

D



ACTES

De la mobilisation collective à la reconnaissance des discriminations systémiques en droit

JOURNÉE D'ÉTUDE DU 24 NOVEMBRE 2021

Face au droit, nous sommes tous égaux

Défenseur des droits
RÉPUBLIQUE FRANÇAISE

TABLE DES MATIÈRES

Résumé 05

AVANT PROPOS

Claire Hédon 06

I· LE TEMPS DE LA MOBILISATION : COMMENT SE RECONNAITRE COLLECTIVEMENT DISCRIMINÉS ?

- Avant-propos
Liora Israël 10
- Comment prendre conscience qu'on a subi, individuellement et collectivement, des inégalités de traitement discriminatoires ? Le cas des femmes de chambre de l'hôtel Ibis Batignolles.
Rachel Kéké, Sylvie Kimissa 11
- La mobilisation des jeunes d'un quartier du 12^e arrondissement de Paris face aux pratiques policières illégales.
Omer Mas Capitolin 12
- De la construction du collectif à la construction de l'action en justice.
Savine Bernard 14
- La mobilisation des cheminots marocains contre la SNCF. Du combat social vers le combat judiciaire.
Vincent-Arnaud Chappe, Narguesse Keyhani 16
- Les épreuves du collectif dans l'action en justice.
Clara Gandin 18

II· LA TRADUCTION EN DROIT

DE LA DISCRIMINATION : COMMENT FAIRE LA PREUVE DE LA DISCRIMINATION ?

- Avant-propos
Sarah Benichou 20
- Conditions de travail indignes, mafia et traite : le rôle de l'inspection du travail dans les mobilisations.
Marilyne Poulain 21
- Discrimination indirecte et aménagement de la charge de la preuve.
Mathilde Zylberberg 24
- De l'utilité des tests de situation dans la lutte contre les discriminations.
Patrick Charlier 28

III· COMMENT METTRE EN LUMIÈRE LA	
DISCRIMINATION SYSTÉMIQUE ? LE LIEN	
ENTRE SCIENCES SOCIALES ET DROIT	
	32
· Avant-propos Marie Mercat-Bruno	32
· Apport des sciences sociales : le cas des contrôles d'identité discriminatoire. Slim Ben Achour	34
· L'affaire des travailleurs maliens du BTP : un sociologue du travail cité comme témoin. Nicolas Jounin	38
· Les agents de nettoyage de la gare du Nord : une discrimination systémique reposant sur la vulnérabilité et les rapports de domination sexiste. Sandra Bouchon	41
· Mise en lumière des discriminations systémiques devant les juridictions européennes et les comités onusiens : le rôle des sciences sociales. Isabelle Rorive	43

IV· COMMENT SANCTIONNER ET CORRIGER

LES DISCRIMINATIONS STRUCTURELLES ?

L'ACTION COLLECTIVE DE DEMAIN

	48
· Avant-propos Gwénaële Calvès	48
· L'action de groupe : une voie d'avenir pour réparer les préjudices nés des discriminations ? Frédéric Guiomard	48
· Machine prédictive et justice sociale dans les polices américaines. Bilel Benbouzid	51
· Agir contre les discriminations systémiques : l'exemple Québécois. Philippe-André Tessier, Geneviève St-Laurent	52

CONCLUSION

	62
Claudine Jacob	
Notices bibliographiques et principales publications des auteurs	64
Programme détaillée de la journée d'étude	72
Notes	74



Rachel Kéké, représentante des femmes de chambre de l'hôtel Ibis Batignolles

RÉSUMÉ

Depuis une vingtaine d'années, les recours en justice intentés contre les situations discriminatoires se sont développés sous l'influence du droit européen et de la mobilisation d'acteurs engagés (syndicats, associations, collectifs citoyens...). Malgré des avancées indubitables auxquelles la Halde puis le Défenseur des droits ont contribué, le contentieux reste largement indexé sur une vision individualiste et réparatrice du droit.

Si l'on observe les prémices d'un changement de paradigme avec un nombre croissant de procès impliquant de multiples demandeurs et ayant en ligne de mire la mise en cause de systèmes discriminatoires ancrés dans le fonctionnement même des organisations, ces progrès restent néanmoins fragiles.

À partir des enjeux soulevés par une recherche soutenue par le Défenseur des droits retraçant le procès des cheminots immigrés contre la SNCF et de la présentation d'autres mobilisations collectives, cette journée d'étude entendait contribuer à engager une réflexion partagée sur l'avenir du droit de la non-discrimination, au prisme de sa capacité à agir au niveau collectif et correctif, et non plus simplement individuel et réparateur.

AVANT-PROPOS

CLAIRE HÉDON

Défenseure des droits

Nous sommes particulièrement heureux de pouvoir présenter les actes de la journée d'étude *De la mobilisation collective à la reconnaissance des discriminations systémiques en droit*.

Cette journée d'étude, pluridisciplinaire, s'est tenue le 24 novembre 2021 à Paris et a été organisée par le Défenseur des droits.

Je tiens à remercier ici tous les contributeurs et contributrices à cet événement et plus particulièrement nos homologues étrangers, M. Patrick Charlier, directeur de l'Unia, organisme indépendant de lutte contre les discriminations en Belgique et M. Philippe-André Tessier, président de la Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse du Québec qui avaient fait le déplacement pour l'occasion.

À l'instar de précédents événements scientifiques - je pense ici au colloque de 2018 consacré à la multiplication des critères de discrimination¹ - cette nouvelle journée d'étude du Défenseur des droits illustre notre volonté de faire dialoguer la sphère de la recherche en sciences juridiques comme en sciences sociales, avec tous les acteurs du droit et notre implication pour approfondir la réflexion collective sur le droit de la non-discrimination.

L'effectivité du droit de la non-discrimination est au cœur des missions du Défenseur des droits.

Depuis 20 ans, le droit français de la non-discrimination a connu de nombreuses améliorations telles que l'intégration des définitions de la discrimination directe et de la discrimination indirecte, appréhendées à l'aune de leurs effets discriminatoires et non plus de l'intention ; l'aménagement de la charge de la preuve au bénéfice des victimes devant les juridictions civiles ; la reconnaissance de la capacité des syndicats

et des associations à initier le recours en cas de discrimination en lieu et place des victimes ; l'acceptation du *testing* comme preuve devant les juridictions civiles et pénales ou encore la protection des salariés en cas de rétorsion après avoir dénoncé une situation de discrimination².

Malgré les évolutions juridiques relevées, le recours à la justice reste une démarche lourde et douloureuse pour les victimes et pas toujours efficace. Le taux de non-recours demeure très élevé : pour exemple, parmi les personnes ayant rapporté avoir vécu une discrimination en raison de leur origine dans l'emploi, seules 12 % environ ont entamé une démarche judiciaire selon le 14^e Baromètre des discriminations dans l'emploi³.

Pour mieux accueillir la parole des victimes, mieux faire connaître le Défenseur des droits et encourager le recours au droit, une plateforme de signalement dédiée aux discriminations, annoncée par le président de la République en décembre 2020 et pilotée par le Défenseur des droits, a été lancée le 12 février 2021. Intitulé **3928 - antidiscriminations.fr**, ce dispositif constitue **un service de signalement et d'accompagnement des victimes de discriminations**. En un an, plus de 11 000 appels ont été recensés. La grande majorité concerne des discriminations dans le champ de l'emploi mais les services publics sont également mis en cause. Les deux premiers critères de discrimination cités sont l'origine puis le handicap. C'est dire combien cette nouvelle porte d'entrée pour rendre visibles les discriminations et proposer des recours à celles et ceux qui pensent en être victimes, répond à un besoin fort.

Les pouvoirs d'enquête du Défenseur des droits et les solutions qu'il propose doivent alors permettre de faire reconnaître les victimes dans leurs droits mais aussi de faire progresser la jurisprudence.

À cet égard, le droit pénal demeure une voie particulièrement ardue : bien souvent, les victimes ne peuvent répondre aux exigences très élevées des juges en matière de preuve de l'intentionnalité et font face à l'immobilisme des parquets. Néanmoins, l'expertise des juristes du Défenseur des droits a permis de faire avancer le contentieux et le droit de la non-discrimination en matière civile *via* les observations que l'institution peut transmettre quand les réclamants saisissent le juge.

L'INSTITUTION A AINSI PERMIS DE FAIRE PROGRESSER LA JURISPRUDENCE EN MATIÈRE DE HARCÈLEMENT FONDÉ SUR UN CRITÈRE DE DISCRIMINATION

L'institution a contribué à faire reconnaître une interprétation plus large du harcèlement sexuel : selon nos analyses et observations, le harcèlement sexuel ne devait pas être restreint aux seuls agissements sexuels directs sur la victime. La cour d'appel d'Orléans, dans un arrêt du 7 février 2017 a suivi notre raisonnement en considérant que *« le harcèlement sexuel peut consister en un harcèlement environnemental ou d'ambiance, où, sans être directement visée, la victime subit les provocations et blagues obscènes et vulgaires qui lui deviennent insupportables »*. Et l'employeur a été condamné pour n'avoir pas su protéger ses salariées contre ce *« harcèlement sexuel d'ambiance »*⁴.

Les enquêtes et analyses juridiques du Défenseur ont aussi permis de caractériser la notion de harcèlement discriminatoire et d'obtenir la sanction par les juges de tels comportements et de l'inaction des employeurs.

Le Défenseur des droits a également permis qu'un tel harcèlement puisse être caractérisé sur la base d'un seul acte grave : ainsi les agissements n'ont pas besoin d'être répétés pour qu'une situation puisse être qualifiée de harcèlement discriminatoire, ce que la cour d'appel de Rennes a confirmé dans un arrêt novateur du 10 décembre 2014⁵.

Depuis, le Défenseur des droits a contribué à faire reconnaître des formes de harcèlement discriminatoire dans d'autres dossiers.

LA RECONNAISSANCE PAR LES JUGES DU CARACTÈRE DISCRIMINATOIRE DE CONTRÔLES D'IDENTITÉ

Doublement compétent au titre de la lutte contre les discriminations d'une part, et du respect de la déontologie des forces de sécurité d'autre part, le Défenseur des droits a investi ce sujet depuis des années.

Il a d'abord publié les résultats d'une enquête inédite en 2016 sur les relations police/population qui ont permis d'objectiver les pratiques de contrôles d'identité en l'absence de données d'activité officielles et de mettre en lumière les contrôles discriminatoires⁶. Il a fait part de ses recommandations sur cette question dans de nombreux avis sur des propositions ou projets de loi⁷.

Surtout, les observations transmises par le Défenseur des droits ont contribué à la sanction inédite de contrôles discriminatoires par les juges en 2015 et 2016 en montrant comment le droit de la non-discrimination, et notamment l'aménagement de la charge de la preuve, devait s'appliquer au domaine des contrôles d'identité⁸. La Cour de cassation a repris les analyses du Défenseur des droits sur l'absence de traçabilité comme entrave au recours effectif, en soulignant que les contrôles d'identité *« ne font l'objet d'aucun enregistrement »*⁹.

Le Défenseur des droits a également présenté ses observations suite à la saisine et aux recours de lycéens contrôlés à la gare du Nord au retour d'un voyage scolaire¹⁰. Dans son arrêt du 8 juin 2021, la Cour d'appel de Paris a suivi nos observations et condamné l'État en raison du caractère discriminatoire des contrôles d'identité de ces trois lycéens d'origine étrangère¹¹.

Au-delà des situations individuelles de discrimination parfois particulièrement graves, l'institution s'intéresse donc aux discriminations dans leur dimension collective, à leur prévention et leur correction.

Les discriminations ne sont pas uniquement le produit d'actes individuels, elles résultent également d'un ensemble de facteurs qui pèsent sur les comportements de chacun et de chacune, elles se cumulent dans les domaines du quotidien et se renforcent.

C'est pourquoi l'institution utilise le concept de discrimination systémique.

Dans l'avis n°20-11 du 11 décembre 2020¹², nous avons rappelé que dans certaines situations, il peut être utile de considérer certaines discriminations « *dans une perspective systémique, autrement dit dans un cadre plus large qui prenne en considération : - les représentations stigmatisantes (stéréotypes et préjugés) ; - l'interaction entre les différents types de discriminations subies ; - les inégalités socioéconomiques plus larges qui structurent la société ; - et la part non négligeable des institutions dans la production de ces discriminations.* »

Ce concept permet en effet de mieux comprendre les raisons pour lesquelles un groupe d'individus peut être particulièrement défavorisé par rapport à un autre, les différences de traitement constatées résultant souvent d'inégalités historiques et sociales fondées sur des stéréotypes ancrés et récurrents.

Dans notre dernier rapport sur la mise en œuvre de la Convention internationale relative aux droits des personnes handicapées par la France¹³, comme dans le rapport *Discriminations et origines : l'urgence d'agir* publié en juin 2020¹⁴, ou encore dans notre récente contribution sur les gens du voyage d'octobre 2021¹⁵, l'institution a rappelé l'ampleur des discriminations cumulatives et systémiques auxquelles sont confrontées en France ces populations.

Nous avons aussi pointé le risque de voir s'automatiser ces discriminations systémiques avec le déploiement des algorithmes et autres outils d'intelligence artificielle qui tendent à intégrer des biais discriminatoires et à amplifier les discriminations systémiques¹⁶.

Des discriminations structurelles peuvent également être identifiées au sein des organisations. Le Défenseur des droits a été saisi, a enquêté et mis à jour des situations de discrimination collective au sein de certaines organisations. Notre analyse en matière de discrimination systémique a contribué à introduire cette notion dans la jurisprudence.

Dans le cadre de la journée d'étude, vous reviendrez sur ce dossier de 2019 dans lequel le Défenseur des droits a mis en évidence l'existence d'une discrimination systémique fondée sur l'origine et la nationalité à l'égard d'un groupe de 25 travailleurs maliens dans le secteur du BTP¹⁷.

La Halde puis le Défenseur des droits ont contribué au mouvement d'appropriation du droit de la non-discrimination par les requérantes et requérants comme par les juges. Certes, le contentieux reste encore largement indexé sur une vision individualiste et réparatrice du droit : il sert d'abord et surtout à rétablir les droits d'une victime singulière de discrimination. Mais on observe les prémices d'un changement de paradigme, avec la multiplication de procès impliquant de multiples demandeurs visant la remise en cause de systèmes discriminatoires ancrés dans le fonctionnement même des organisations.

Cette journée d'étude a pour objectif de donner à voir ces avancées, qui sont le fruit de l'engagement de nombreux acteurs mais d'abord des victimes qui se sont mobilisées et ont exercé leur droit au recours devant le juge avec succès, malgré la lourdeur et la longueur des procédures.

La reconnaissance par les juridictions civiles de situations de discrimination systémique au sein de certaines organisations de travail, constitue une avancée majeure du droit de la non-discrimination comme l'introduction de l'action de groupe dans notre législation. Les travaux ou affaires présentés ici permettront d'approfondir l'indispensable dialogue entre droit et sciences sociales. Les travaux du monde de la recherche constituent de solides points d'appui pour les juristes, y compris au Défenseur des droits, pour contextualiser des discriminations, convaincre le juge et mettre en lumière leur dimension systémique. Les nouvelles formes de contentieux ont ainsi bénéficié des réflexions sociojuridiques sur la notion de « discrimination systémique ».

Ces progrès restent néanmoins fragiles compte tenu des obstacles : la preuve d'une inégalité de traitement collective reste difficile, les actions collectives en matière de

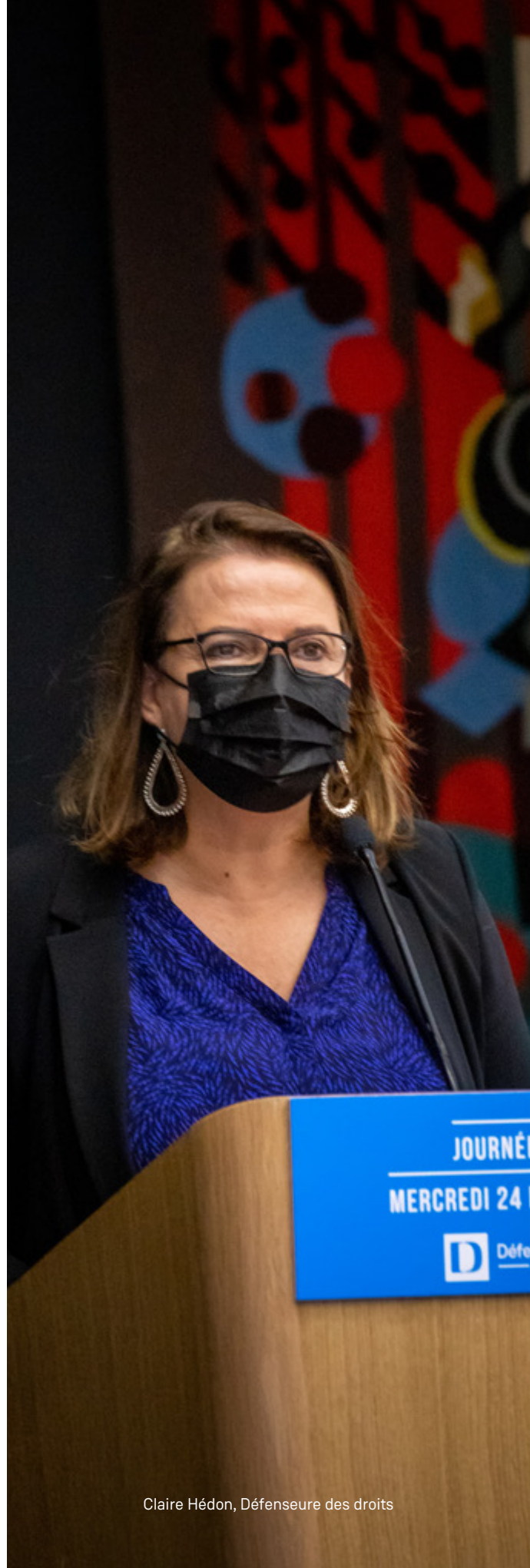
discriminations demandent énormément de ressources, la procédure de l'action de groupe reste difficilement accessible et limitée dans ses effets et la reconnaissance par le juge de discriminations massives voire systémiques au sein d'une organisation demeure encore rare. Enfin, les sanctions en cas de victoires restent peu dissuasives.

La journée d'étude *De la mobilisation collective à la reconnaissance des discriminations systémiques en droit* vise à construire une réflexion sur l'avenir du droit de la non-discrimination, sur la capacité du droit à agir au niveau collectif et correctif, et non plus simplement individuel et réparateur.

À partir d'une recherche soutenue par le Défenseur des droits sur le procès des cheminots immigrés contre la SNCF et de la présentation d'autres mobilisations et affaires¹⁸, les quatre tables rondes prévues constituent autant d'espaces d'échanges et de débats sur ces enjeux avec les différents acteurs mobilisés.

Les dossiers montrent qu'il est indispensable d'approfondir la collaboration entre les acteurs, juristes et sociologues notamment, dans l'optique de faire du droit un outil de dissuasion et un levier de changement structurel au sein des organisations. J'espère que ces contributions apporteront une pierre utile pour atteindre cet objectif partagé.

CLAIRE HÉDON



PARTIE I

LE TEMPS DE LA MOBILISATION : COMMENT SE RECONNAITRE COLLECTIVEMENT DISCRIMINÉS ?

AVANT-PROPOS

LIORA ISRAËL

Sociologue du droit et de la justice, Directrice d'études, EHESS

Je souhaite ici remercier les équipes du Défenseur des droits d'avoir organisé cet évènement et madame la Défenseure des droits de l'avoir introduit. Sociologue du droit et de la justice, j'ai eu l'occasion, avec des étudiants de l'Ouvroir des Sciences Sociales Potentielles (Ouscipo) de l'EHESS, de travailler avec beaucoup de plaisir et d'intérêt auprès des équipes du Défenseur en 2018-2019. Cette enquête collective a porté sur le traitement des saisines au sein de l'institution, *via* les délégués du Défenseur des droits ou par courrier, et a en partie concerné les particularités de repérage et du suivi des affaires de discriminations.

Cette table ronde aborde, à partir de cas concrets, les modalités, les étapes et les acteurs nécessaires à la constitution des collectifs. Rien de moins évident, en effet, que la constitution d'une mobilisation collective à partir de discriminations, dont la prise de conscience repose souvent d'abord sur un ressenti, un sentiment intime.

Comment prendre conscience qu'on a subi, individuellement et collectivement, des inégalités de traitement discriminatoires ? Comment sortir du cas individuel pour aller vers le collectif ? Comment le groupe se saisit-il du droit ? Quels acteurs et appuis sont nécessaires ? Autant de questions sur lesquelles se sont penchées les sciences sociales ces dernières années, mais qui restent encore trop peu connues.

Il s'agit donc d'évoquer dans cette table ronde les « épreuves du collectif » : à quelles conditions et avec quelles ressources, matérielles et symboliques, un collectif de personnes amenées à devenir des plaignantes et plaignants se construit et parvient à se maintenir dans le temps, malgré la longueur de la procédure, les embûches rencontrées, les éventuels intérêts divergents au sein du groupe, pour que puisse, un jour, peut-être, advenir une décision de justice qui concrétise la justesse d'une revendication.

COMMENT PRENDRE CONSCIENCE QU'ON A SUBI, INDIVIDUELLEMENT ET COLLECTIVEMENT, DES INÉGALITÉS DE TRAITEMENT DISCRIMINATOIRE ? LE CAS DES FEMMES DE CHAMBRE DE L'HÔTEL IBIS BATIGNOLLES.

RACHEL KÉKÉ, SYLVIE KIMISSA

Représentantes des femmes de chambre de l'hôtel Ibis Batignolles

Tout d'abord nous tenons à vous remercier pour l'invitation et vous dire combien nous sommes heureuses de pouvoir raconter le combat que nous avons mené.

Le mouvement des femmes de chambre à l'hôtel Ibis des Batignolles a duré près de deux ans dont huit mois pleins de grève.

L'hôtel Ibis des Batignolles appartient au groupe Accor. Nous étions 19 femmes de chambre employées d'une entreprise de sous-traitance mais ne disposant pas des mêmes droits que nos collègues du groupe Accor, alors même que nous étions sur le même site. Nous ne pouvions pas manger à la même table que les travailleurs du groupe Accor, nous ne pouvions pas rester ensemble alors que nous travaillions ensemble. Seuls les salariés d'Accor disposaient d'une prime de panier. Les autres devaient sortir l'argent de leur poche pour manger à la cantine, même pour une bouteille d'eau.

Le métier de femme de chambre est un métier très dur et le groupe Accor a mis un système en place qui exploite les femmes qui y travaillent. La plupart des femmes sont issues de l'immigration. Elles sont piétinées, violées, humiliées. Quand les gens vont à l'hôtel pour dormir, la chambre est propre, bien dressée, mais derrière, il y a énormément de souffrance et de misère. Certaines femmes pleuraient car elles avaient 40 à 50 chambres par jour, elles ne parvenaient pas à travailler et on leur disait : « *Tu ne veux pas travailler, tu dégages, tu peux aller au Pôle Emploi !* ». Nous subissions des menaces terribles et nous allions au travail avec l'angoisse chevillée au corps : « *Quels clients vais-je trouver ? Comment va se passer la journée ? Vais-je être agressée ?...* ». Le travail est tellement difficile, il abîme le corps de la femme, il brise les genoux, le

dos..., mais le sous-traitant, le patron disent : « *Tu travailles quand même* ». Tout ce qui les intéresse, c'est l'argent. Ta façon de vivre, ils s'en moquent éperdument.

À un moment, les responsables ont voulu muter des salariés qui étaient à temps partiel pour des raisons de santé, considérant qu'ils n'étaient plus assez efficaces. Cette décision a constitué le déclencheur de notre mouvement, au regard des cadences infernales auxquelles nous étions soumises.

Nous nous sommes manifestées pour dire « stop ! ». Ce n'est pas parce qu'on travaille, qu'on a besoin de ce métier pour nourrir nos enfants, qu'il faut nous « esclavager ». Quand nous sommes parties en grève, c'était dans le but de pouvoir dénoncer ce système pour que les gens entendent ce que nous vivions dans cet hôtel.

Nous avons décidé de créer un collectif au travail et nous nous sommes rapprochées du syndicat CGT HPE qui nous a montré nos droits.

Nous avons trouvé un avocat qui nous a défendues et nous a expliqué nos droits et ce que nous étions en mesure de faire ou de ne pas faire. Au début le groupe disait : « *Ce ne sont pas mes salariées, ce sont les salariées de la sous-traitance* », mais nous avons continué à pointer du doigt le groupe Accor qui est le donneur d'ordre. Face à l'intervention de l'avocat et celle du Défenseur des droits, le groupe Accor s'est replié.

Le mouvement a duré 22 mois. Nous avons lutté et nous sommes parvenues à gagner la plupart de nos revendications.

Notre principale revendication consistait à être internalisées dans le groupe Accor, pour en finir avec la sous-traitance, qui est, selon nous, une forme de maltraitance. Malheureusement on ne l'a pas obtenue. Mais en revanche on a reçu la prime de panier, la prime d'habillement et la baisse des cadences.

La lutte paie. C'est vrai que ça a été dur, la lutte n'a pas été facile, on a reçu des injures, on nous a même dit : « *Rentrez chez vous !* ». On nous jetait des bouteilles d'eau, des cannettes, des seaux d'eau en plein hiver, on était sous la pluie, sous la neige.

Par la fenêtre, les clients nous ont beaucoup humiliées. Mais nous, on voulait garder notre dignité. Nous avons tenu bon et aujourd'hui, nous marchons la tête haute. La lutte continue, on ne va rien lâcher, merci beaucoup.

LA MOBILISATION DES JEUNES D'UN QUARTIER DU 12^E ARRONDISSEMENT DE PARIS FACE AUX PRATIQUES POLICIÈRES ILLÉGALES.

OMER MAS CAPITOLIN

Agent communautaire, Maison communautaire pour un développement solidaire (MCDS¹⁹)

Je vais illustrer une mobilisation à partir d'une affaire qui a concerné des jeunes du 12^e arrondissement de Paris entre 2013 et 2015.

Une petite vingtaine de jeunes se plaignaient de comportements et attitudes très déplacés de la part d'une brigade de gendarmerie. Ils subissaient des contrôles répétés, étaient victimes d'insultes racistes, et se voyaient régulièrement victimes de comportements particulièrement humiliants tels que des attouchements de leurs parties génitales. Ils avaient droit à de vraies « cérémonies de dégradations ». Les faits se passaient dans les commissariats ou encore, dans des lieux de l'espace public dépourvus de caméra.

À l'époque, j'ai été sollicité par une équipe d'éducateurs du quartier qui avait déjà tenté à plusieurs reprises de rentrer en discussion avec les forces de l'ordre du quartier, sans succès. Mon intervention consistait à travailler avec ces jeunes pour essayer de les outiller, de leur donner les habiletés nécessaires pour rentrer en discussion avec les autorités, le commissaire, la mairie et autre.

Un jour j'ai été témoin, en plein après-midi, d'un contrôle de police au cours duquel le policier a glissé sa main dans le survêtement d'un jeune. J'ai vu et compris ce qui se passait.

Quand le jeune est rentré dans le local, je lui ai proposé de parler de ce qui s'était passé. La parole s'est libérée. Après des échanges avec plusieurs jeunes, nous avons compris que les policiers, depuis des années, avaient pour habitude de pratiquer des touchers génitaux ou mêmes des touchers rectaux avec ces jeunes.

Comme il s'agissait du corps et de choses qu'il est difficile d'évoquer, ces jeunes n'en avaient même pas parlé à leurs propres parents.

Face à ce constat, des solutions ont été cherchées pour endiguer ce problème. Nous avons tenté de mobiliser le droit en faisant appel à deux avocats. Des échanges ont eu lieu entre les jeunes, les victimes, leurs parents et les avocats. Ces derniers ont pu expliquer ce que le droit proposait, ce qu'il était possible de faire à travers une action juridique, et de là, toute la mobilisation s'est mise en place.

Au-delà de la compétence de l'avocat, il convient de souligner que l'engagement même de l'individu est essentiel. Dans la mobilisation avec les jeunes, toute la dynamique a été maintenue parce que l'avocat se déplaçait vers la population. Cette démarche a été essentielle, pour aller au-delà d'un travail pédagogique, obtenir une conscientisation et permettre aux victimes de comprendre qu'elles pouvaient utiliser le droit. Comment rendre le droit accessible aux jeunes ? Comment leur faire comprendre qu'on rentre dans une dynamique probablement longue ?

Grace à un relais médiatique important (Médiapart et Le Monde), nous avons pu mobiliser plus largement, au-delà des seules victimes et de leur famille. Une partie de la population, non concernée par ces contrôles, a découvert ce qui se passait en bas de chez elle. Il y a eu une mobilisation importante qui a permis d'organiser des échanges avec les habitants, les familles, des débats dans l'espace public...

Les échanges avec les avocats, les professionnels et les familles ont permis de développer une stratégie autour d'une procédure juridique. Une plainte commune pour « violences aggravées », « agressions sexuelles aggravées », « séquestrations et arrestations arbitraires » et « discrimination » visant les policiers a été déposée. Les habitants ont ensuite assigné l'État pour « faute lourde » et pour des faits de « harcèlement discriminatoire ». C'est dans le cadre de cette assignation que le Défenseur des droits a été appelé à formuler ses observations devant les juridictions²⁰.

Au-delà des aspects juridiques, cette affaire a permis de réfléchir aux interactions police/population et aux solutions alternatives pour améliorer les rapports entre ces deux communautés. Ainsi, le temps de la justice étant particulièrement long, cela a permis de faire appel aux compétences d'une chercheuse en sciences sociales pour documenter les relations police/population et avoir de la matière, des outils...

Par exemple, les policiers disaient : « *On a beaucoup d'appels de gens qui disent que les jeunes font beaucoup de bruit* ». Des « marches exploratoires » ont alors été organisées pour objectiver ces phénomènes, comprendre pourquoi les jeunes restaient en bas de leur cité, et trouver des solutions alternatives pour que ces jeunes disposent de lieux sécurisés pour se réunir, sans nuire aux habitants du quartier.

Pour accompagner la procédure, il a fallu avoir des outils, être extrêmement créatifs, avoir de la fluidité dans les échanges entre l'avocat, les habitants, les professionnels. Il s'agissait d'être dans une construction collective à chaque étape. Un blog a été créé, pour que pendant toute la durée de la procédure la population puisse être informée.

Cette mobilisation s'est avérée être très riche et son action est allée au-delà des problèmes police/population à l'origine de la mobilisation : des habitants ont ouvert leurs carnets d'adresses pour aider les jeunes dans leurs recherches de stage par exemple, un travail a été effectué avec les jeunes de ce quartier pour renforcer leur sentiment d'appartenance à la République. Les pratiques illégales de la police venaient perturber également la dynamique d'éducation intrafamiliale dans la mesure où les pères ne pouvaient pas aller au commissariat récupérer leur enfant ou se plaindre, de peur de subir les mêmes traitements dégradants. Cela mettait en péril le sentiment d'autorité qu'ils pouvaient avoir, d'où la forte mobilisation des mères et des femmes dans le quartier.

Pour conclure, les policiers ont été condamnés lors de la première audience, mais relaxés en appel. Au civil, l'État a été condamné pour faute lourde. Par ailleurs, le Défenseur des

droits a mis en évidence ces discriminations systémiques.

Je souhaiterais évoquer rapidement la nouvelle mobilisation « des Brigades de mamans » dans le quartier de Belleville. Elles luttent contre une nouvelle arme très utilisée par les brigades de police : les amendes²¹. Les amendes deviennent automatisées avec des motifs qui varient entre le « tapage », le « non-respect du couvre-feu » au moment où il était effectif, le « non-port du masque » lorsqu'il était obligatoire, la « consommation d'alcool sur la voie publique » ou le « jet d'ordure ».

Ce phénomène est à l'origine du surendettement des familles déjà fragilisées et produit de la délinquance.

Aux amendes et aux impayés s'ajoutent l'arrivée éventuelle d'huissiers, des frais bancaires, des stratégies pour éviter que les revenus des jeunes actifs soient directement aspirés par le Trésor public. Pour certains jeunes mineurs, le montant des dettes atteint est considérable. Pour eux, la seule solution de le combler consiste à se tourner vers le trafic de stupéfiants : « *Demander du matos et se mettre sur le trottoir pour vendre* ».

Face à cette situation, les femmes se mobilisent dans le quartier. Elles descendent dans la rue pour faire de l'observation, essayer de mettre la pression sur les policiers pour qu'ils sachent que des adultes sont là et observent ce qui se passe. Des permanences juridiques sont organisées pour accueillir les jeunes et leurs familles.

Le fait de documenter cette réalité a permis de mettre en évidence le nombre important de mineurs qui sont concernés et se retrouvent devant les tribunaux pour ces problèmes. La mobilisation est importante pour permettre une prise de conscience des habitants, la mise en place d'une stratégie de pression pour que les policiers sachent qu'ils ne peuvent plus agir en toute impunité.

Mais il manque quelque chose dans notre pays. On dit que le droit est accessible à tous, mais comment des jeunes, des familles en précarité peuvent-elles financer des procédures aussi lourdes, demandant un travail important à nombreux acteurs, sur la

longueur ? Il s'agit d'une question essentielle, d'autant plus lorsqu'on aborde la question des discriminations systémiques, du racisme. Aux États-Unis, la mobilisation d'un certain nombre de personnalités importantes sur ces questions peut être une solution à cette question. Cela n'existe pas en France. Les avocats qui s'engagent sur ce type d'affaires mettent leur propre cabinet en difficulté, c'est un fait qu'il ne faut pas nier.

L'accompagnement de la mobilisation est également essentiel. Dans notre affaire, il était essentiel d'organiser le quartier, de faire un travail sur la communauté du quartier pour sécuriser les victimes car les mesures de rétorsion envers les plaignants étaient connues. La plainte était déposée et les mêmes policiers étaient toujours en poste dans le quartier, ils continuaient de contrôler régulièrement les plaignants, en les menaçant : « *De toute façon, si tu parles, ça ne sert à rien...* ». Il est primordial de réfléchir au type de mobilisation à engager et ne pas aborder la mobilisation comme quelque chose d'empirique et linéaire. Il convient d'amener les gens à adhérer à l'effort de solidarité et à leur faire prendre conscience qu'il s'agit de questions de transformation sociétale.

DE LA CONSTRUCTION DU COLLECTIF À LA CONSTRUCTION DE L'ACTION EN JUSTICE.

SAVINE BERNARD

Avocate, Barreau de Paris, 1948 Avocats

L'intervention porte sur les interférences entre la construction du collectif et la construction de l'action en justice dans le cadre d'une action de groupe. Deux étapes peuvent être abordées :

- L'analyse des situations et le choix de l'action judiciaire ;
- Les épreuves auxquelles est confronté le collectif lorsqu'une action est décidée.

Je ne traiterai que de l'analyse des situations et en partie du choix de l'action judiciaire, Clara Gandin traitant la deuxième partie du sujet.

L'intervention est effectuée à partir de mon expérience dans quatre actions qui peuvent être considérées comme des actions de

groupe : l'affaire Peugeot²² et l'affaire des mineurs de 48²³, deux actions de groupe avant l'heure, ainsi que les affaires Safran²⁴ et de la Caisse d'Épargne Ile-de-France²⁵ (CEIDF), deux actions de groupe officielles en cours devant les tribunaux. Un point commun dans ces dossiers réside dans le fait que lorsque les plaignants arrivent dans le cabinet d'avocats, il y a un historique important de revendications dans le passé. Dans l'affaire Peugeot, par exemple, des dossiers individuels en discrimination ont été faits, menés avec succès, mais finalement, rien ne changeait dans l'entreprise. Dans l'affaire des mineurs de 48, il y avait un historique de revendications, mais d'ordre politique, car les mineurs considéraient que c'était l'État qui était responsable du licenciement dont ils avaient fait l'objet par Charbonnage de France. Ainsi ils avaient saisi les parlementaires, le président de la République, et d'autres interlocuteurs de l'État. Dans l'affaire Safran, on compte énormément de dossiers individuels passés. Les salariés du groupe ont été dans les premiers à s'emparer du droit pour construire des dossiers en discrimination syndicale. En novembre 2004, 168 dossiers ont été déposés contre six sociétés du groupe (Snecma à l'époque). Il s'agissait d'addition de dossiers individuels, groupés dans une optique de construire une action collective. Cela avait donné lieu, pour la seule société Safran concernée par l'action de groupe, à une indemnisation à hauteur de 3,5 millions dans le cadre d'une transaction globale pour 86 salariés. Enfin, dans l'affaire de la CEIDF, il y avait également un historique de déclarations annuelles de la CGT à l'occasion de l'analyse du rapport de situation comparée, mais là encore avec le ressenti pour la CGT que rien ne changeait année après année.

Par ailleurs, il est à noter que dans trois affaires sur quatre (affaires Peugeot, Safran et de la CEIDF), les revendications étaient menées par le biais d'acteurs syndicaux. Pour l'affaire des mineurs de 48, ce n'est pas le cas mais on peut noter toutefois la présence d'un ancien syndicaliste, monsieur Carbonnier, qui a eu un rôle leader.

Autre élément essentiel dans la construction du collectif, chaque affaire dispose d'un « leader », qui va organiser les individus

séparés et amener le dossier au droit. Ce « passeur » est indispensable tout au long de la procédure. Il s'agit d'un rôle pivot et essentiel, souvent occupé par des femmes, même dans les milieux présentant une majorité d'hommes, comme Safran.

Enfin, on peut constater que chaque action est initiée suite à un élément déclencheur. Dans l'affaire Peugeot, il y a eu un classement sans suite du procès-verbal d'inspection du travail pour discrimination à l'encontre de 21 salariés, établi suite à la découverte du rapport Nathan Hudson sur la politique des ressources humaines dans l'entreprise. Celui-ci faisait état d'une méthode de classification des salariés distinguant les bons salariés, les « alliés », et les autres, les « révolutionnaires ». Cet outil révélait la politique de discrimination systémique institutionnalisée au sein de Peugeot. Un autre élément déclencheur tient à la question de la « transmission ». Les syndicalistes considéraient comme inhérent au mandat le fait d'être discriminé (voire un syndicaliste n'est bon que s'il est discriminé), mais, en vieillissant, ils voyaient bien que se posait la question de la relève et que les jeunes ne s'investiraient pas dans le syndicat s'ils ne mettaient pas fin à la discrimination dont ils faisaient l'objet. Ils devaient donc lutter contre leur appréhension à porter une action pour défendre leurs propres intérêts et à réclamer une indemnisation financière à ce titre.

Dans le cas de l'affaire des mineurs de 48, deux éléments déclencheurs sont identifiés : le premier se manifeste, là encore, à travers la notion de transmission. Les victimes étaient en train de disparaître et les mineurs réalisaient que malgré le fait qu'ils avaient tu leur honte à être ainsi licenciés, ils transmettaient cette histoire à leurs enfants. Il s'agissait de retrouver leur dignité en combattant avant de disparaître (le combat des Mohicans dont parle Tiennot Grumbach²⁶). Ainsi, le conseil de prud'hommes ont été saisis 60 ans après les faits. Le second élément déclencheur est la création de la Halde qui a permis d'identifier un acteur susceptible de jouer un rôle dans la lutte contre la discrimination dont ils avaient fait l'objet et de générer une procédure de médiation. C'est suite à l'échec de cette médiation qu'ils ont saisi les tribunaux.

Dans l'affaire Safran, l'élément de trop s'est produit sur un des sites, celui du Creusot. Onze salariés ont saisi le conseil de prud'hommes en référé qui, par ordonnance du 26 avril 2016, ordonnait la communication des informations sur leur panel qui montraient que les employés syndiqués CGT étaient moins bien payés que les autres. S'est alors posée la question de refaire des actions individuelles. Parmi les 11 victimes, 5 avaient déjà fait l'objet d'indemnisation dans le cadre de la première vague de mobilisation. L'introduction de cette nouvelle procédure en référé révélait pour eux que les processus discriminatoires continuaient sans que rien ne change en dépit des premières réparations individuelles obtenues.

À la Caisse d'Épargne, il y a eu une action très intéressante, menée par 28 salariés dont 26 femmes, qui a donné lieu à un jugement le 18 décembre 2014. La société avait dénoncé un accord d'entreprise et, suite à cette dénonciation, maintenu le paiement d'une prime mais en la proratisant pour les salariés à temps partiel. Une action a alors été menée mais l'outil de la discrimination n'a pas été utilisé. Alors que le dossier pouvait être abordé sous l'angle de la discrimination indirecte, il n'a pas été mené sous cet angle mais avec les outils du droit du travail « classique » sur les conséquences d'une dénonciation d'un accord. Les femmes ont obtenu gain de cause. Il a ainsi été possible d'obtenir gain de cause sans mobiliser l'outil de la discrimination.

Cette dernière illustration permet de mettre en évidence qu'il existe un autre élément déclencheur de l'action de groupe, la rencontre entre le collectif et un avocat qui répond à trois caractéristiques pour que cette mobilisation se transforme en action de groupe de lutte contre les discriminations :

- 1/ un avocat en droit du travail
- 2/ qui utilise les outils de lutte contre les discriminations
- 3/ qui est un avocat militant, dans le sens où il voit le droit aussi comme un outil de lutte contre les dysfonctionnements systémiques.

L'échange avec l'avocat va permettre de construire une action sous un angle collectif/ action de groupe qui a pour objet non seulement d'obtenir une réparation pour tous les membres du groupe discriminés mais également d'obtenir les mesures nécessaires pour faire cesser les manquements.

Bien souvent, il serait plus simple pour les avocats d'additionner des dossiers individuels devant les prud'hommes, plutôt que de s'emparer de l'action de groupe. Mais dans ce cas, on constate que les discriminations systémiques perdurent. L'action de groupe, c'est nouveau et donc c'est compliqué, lourd à mettre en œuvre. Cela demande de sortir d'une logique individuelle, y compris procéduralement, ce qui est très complexe pour l'instant au regard de la nouveauté de l'outil pour tout le monde, incluant le juge. Le salarié dont le cas sert à illustrer l'action de groupe, peut avoir le ressenti que la procédure est plus lente que s'il avait agi seul dans le cadre d'un litige prud'homal.

Mais on voit que le collectif se construit car les salariés trouvent plusieurs satisfactions à l'action de groupe : outre que ce ne sont pas eux qui ont à mener l'action mais le syndicat qui la porte et les porte, ils travaillent collectivement et pour les autres, le groupe.

Ils savent que si eux ont osé apporter leur dossier pour illustrer l'action menée par le syndicat, les autres n'osent pas le faire : ils travaillent donc pour leurs collègues et ont une vraie fierté dans le choix de cette action. C'est d'ailleurs la raison d'être de l'action de groupe : permettre un accès au juge alors que les salariés n'osent pas individuellement mener une action²⁷ contre la discrimination dont ils font l'objet. Autre élément essentiel, ils savent qu'avec l'action de groupe ils utilisent un outil qui s'attaque aux causes pour faire cesser les manquements pour l'avenir et non uniquement indemniser. Ils travaillent à l'entreprise de demain, qui ne discrimine plus.

Les syndicalistes du terrain veulent également s'emparer de l'outil qu'est l'action de groupe, pour le faire vivre et qu'il rentre dans la culture juridique. C'est aussi un outil de politique syndicale.

LA MOBILISATION DES CHEMINOTS MAROCAINS CONTRE LA SNCF. DU COMBAT SOCIAL VERS LE COMBAT JUDICIAIRE.

VINCENT-ARNAUD CHAPPE

Sociologue, CNRS, CEMS-EHESS

NARGUESSE KEYHANI

Maitresse de conférences en science politique, Université Lyon 2, Triangle, IC Migrations

Nous allons évoquer la mobilisation des cheminots marocains contre la SNCF qui a permis la condamnation de celle-ci pour discrimination en raison de la nationalité. Nous avons observé cette mobilisation avec notre regard de chercheur en sciences sociales.

Dans les années 1970, près de 2 000 cheminots marocains ont été recrutés par la SNCF, la plupart du temps directement sur place au Maroc. Ils ont ensuite été « acheminés » en France, et répartis entre différentes gares pour travailler sur les rails. Dès le départ, en raison de l'existence d'une clause de nationalité, ils sont recrutés sur un autre statut que celui du cadre permanent. Ce statut implique ainsi des conditions de travail moins favorables, notamment en ce qui concerne le déroulement de carrière, salaire, droit à la médecine du travail, etc.²⁸

Dès le départ, la situation est inégalitaire en raison des conditions de recrutement de non nationaux et de l'existence d'une clause de nationalité au sein de l'entreprise. Les premières revendications, identifiées grâce aux entretiens et au travail sur archives, s'établissent dès les années 1970. Certains cheminots interpellent leur chef de gare, un collègue français, un collègue syndiqué... pour essayer de comprendre pourquoi leur situation est différente.

C'est surtout à la fin des années 1990 que, par le biais d'une association locale (Ismâïlia) qui rassemble des cheminots marocains dans le Nord-est de l'Île-de-France pour d'autres objectifs (aide aux devoirs pour les enfants par exemple), des revendications collectives vont être formulées. Les membres de l'association vont notamment interpellier le ministre des Transports au début des années 2000 quand,

à l'occasion des premiers départs à la retraite, ils découvrent l'ampleur des inégalités. Ces premiers départs à la retraite constituent ainsi un tournant dans la prise de conscience et donc dans la mobilisation. L'association, créée pour d'autres raisons à l'origine, va constituer un support pour les premières interpellations de personnalités politiques.

Toutefois, il convient de rappeler que dès les années 1980 et 1990, il y avait eu une prise en charge syndicale, timide mais existante, par la CFDT Cheminots, qui s'était alors penchée sur ces cas, non pas par rapport à la nationalité, mais plutôt sur les aspects des inégalités entre statutaires et contractuels. Les revendications portaient davantage sur le non-accès au statut. Une solution possible consistait alors à inciter les cheminots à la naturalisation pour ouvrir ponctuellement des négociations et permettre la titularisation de ceux qui avaient été naturalisés.

Au début des années 2000, le président de l'association Ismaïlia, ancien cheminot marocain ayant une expérience syndicale, avec un autre cheminot, statutaire lui, vont alors se lancer dans un travail d'information au niveau national. Cette « tournée des gares » semble avoir été fondamentale. Elle a permis une large information et un recensement des personnes concernées. Elle se fait grâce à l'appui de plusieurs militants syndicaux de Sud-Rail qui jouent un rôle central.

Les cheminots se réunissent à la bourse du travail, sur une base régulière, à des fins d'information mais également de prise de conscience de la taille du groupe et de sa capacité à mobiliser. Cette mobilisation débouchera sur l'ouverture de négociations en 2004.

Au milieu des années 2000, on assiste à une réorientation totale du combat social vers un combat judiciaire. Cette réorientation s'explique par la déception de certains cheminots face à l'accord négocié en 2004 : celui-ci règle un certain nombre de choses en matière de retraite, mais ne dit rien sur la question de la discrimination. Certains des cheminots restent ainsi insatisfaits des résultats de la mobilisation syndicale.

L'action judiciaire va toutefois mettre du temps à se structurer. Elle démarre de manière conjoncturelle grâce à la rencontre de certains cheminots marocains et du professeur de droit, marocain également, Bendali. Celui-ci participe à relancer ce cas devant les tribunaux, plus exactement devant les prud'hommes, en mettant en avant la question du manque à gagner monétaire lié à la discrimination. Le combat va durer dix ans, avec une victoire intermédiaire en 2015, définitive en 2018, qui reconnaît la discrimination liée à la nationalité et demande une réparation monétaire calculée selon la carrière de chacun des cheminots.

Cette mobilisation implique une configuration d'acteurs différenciés :

- Le professeur Bendali, le personnage central, ressource, qui construit toute la stratégie ;
- Les avocats qui se succèdent, avec une place difficile dans cette affaire car souvent cantonnés à la plaidoirie devant les juges, sans possibilité d'infléchir la stratégie ;
- L'association Ismaïlia, qui joue un rôle d'intermédiaire et parfois de tampon entre les cheminots et les professionnels du droit. Elle organise des permanences juridiques, recueille les pièces pour constituer les dossiers ;
- Les syndicalistes de Sud-Rail, qui continuent à apporter un soutien distant en mettant notamment à disposition des appuis matériels, mais qui doutent de la signification « politique » de cette affaire.

La mobilisation fait face également à des contraintes liées à la voie judiciaire : longueur de la procédure (alors même que la santé des cheminots est fragile), « technicité » importante de la voie judiciaire qui provoque beaucoup d'incompréhensions et/ou de malentendus chez les cheminots. Dans ce cadre, le combat est largement délégué aux professionnels du droit qui savent se mouvoir dans cet espace complexe, alors que les cheminots sont mis à distance. Dans ce climat, de nombreuses tensions vont traverser le collectif et le fragiliser, témoignant à quel point il est difficile de parvenir à mobiliser un groupe de 800 personnes sur le temps long.

La question monétaire, centrale, est un facteur supplémentaire de complexité. Il s'agit à la fois de la question de la réparation des victimes et de la rémunération des professionnels du droit qui les accompagnent. Le groupe va être confronté à des conflits importants, qui vont aller jusqu'à le faire éclater en 2018, autour de la question de la juste reconnaissance et rémunération du travail de chacun. Ces conflits contrastent avec la première phase de la mobilisation et l'engagement bénévole d'une certaine façon des syndicats.

Malgré ces difficultés, il ne faut pas sous-estimer l'impact de cette mobilisation. Elle a permis la construction d'un sens collectif et politique, qui a émergé dans les interstices du procès, dans les couloirs, devant les caméras, dans les relations qui se sont tissées avec les associations antiracistes.

Même si cette mobilisation a été douloureuse à certains égards, elle a permis d'écrire une histoire commune à deux niveaux : autour d'un récit partagé par tous ces cheminots d'une discrimination institutionnelle vécue de manière similaire pour chacun, et également autour du récit, celui d'une fierté, d'une victoire, d'un combat collectif pour la reconnaissance officielle et la réparation de la discrimination. Ce qui en fait, en dernier lieu, une étape importante dans l'histoire des luttes postcoloniales en France.

LES ÉPREUVES DU COLLECTIF DANS L'ACTION EN JUSTICE.

CLARA GANDIN

Avocate, Barreau de Paris, 1948 Avocats

Rendre le travail juridique accessible à tous est quelque chose de compliqué. Les professionnels du droit disposent d'une grammaire aride, de procédures complexes. Le travail des avocats consiste à construire un dossier avec les clients, mais également à gérer les épreuves entraînées par l'action, qui elle-même cimenter le groupe.

La construction du dossier avec les clients passe évidemment, en premier lieu, par des réunions avec tous les acteurs concernés. Des échanges avec les clients et entre les clients sont essentiels, non seulement pour

qu'eux-mêmes prennent conscience de ce qui s'est passé, mais pour faire émerger des problématiques communes, documenter, décortiquer les processus discriminatoires structurels. Les avocats, avec leur expertise, cherchent à comprendre par quoi passe la discrimination, pour s'attaquer à ses causes. L'action de groupe tend à la cessation du manquement²⁹ : il s'agit d'identifier les processus discriminatoires pour que le juge mette en place des actions permettant de les annuler.

Les réunions visent ainsi à recueillir les récits, les preuves. Ce n'est pas simple, car il y a beaucoup d'oralité dans le travail, quelle que soit l'entreprise, et on peut manquer de données sur les processus RH qui ne sont pas nécessairement transparents.

Par ailleurs, nous sommes bien souvent face à des discriminations indirectes qu'il n'est pas facile de conscientiser. Ainsi, c'est par de nombreux échanges avec et surtout entre les clientes que certaines ont pris conscience que le refus de leur demande de mobilité de la part de l'employeur, l'absence d'évolution, le fait qu'en retour de congé maternité elles soient dans des agences sans possibilité d'évolution, etc. étaient liés à leur condition de femme. C'est par la confrontation de leurs expériences qu'ont émergé ces traitements collectifs et leurs racines discriminatoires.

Cette étape demande également un travail d'analyse des accords, des données sociales, des bilans sociaux, des rapports de situation comparée, qui permet justement de comparer l'accès aux formations, de calculer les écarts de salaire et d'évolution... Il s'agit d'exploiter tous les chiffres disponibles pour révéler en quoi les femmes, ou encore les syndicalistes, sont moins bien traités que les autres. L'étude des accords d'égalité professionnelle dans une entreprise permet par exemple de voir dans quelle mesure celle-ci est concrètement investie dans la lutte contre les discriminations envers les femmes.

Concernant la construction du collectif, il semble préférable de s'appuyer sur une seule organisation syndicale. Ce choix, qui a été le nôtre, est contestable mais il s'est révélé efficace, et a permis d'éviter les divisions

syndicales que l'employeur pourrait exploiter pour nuire à l'action. Afin de solidifier ces appuis, il est nécessaire de réunir plusieurs niveaux de l'organisation syndicale : syndicat, fédération, etc. Le but est que les syndicats se renforcent mutuellement face aux pressions, dans l'entreprise, en dehors de l'entreprise, au niveau confédéral.

Enfin, le soutien financier des victimes et/ou le financement des actions reste un point crucial que le syndicat ne peut assumer seul.

Face aux épreuves découlant de l'action collective, il est indispensable d'avoir un collectif fort, car ce collectif va devoir faire face à une triple dépossession :

- Une dépossession à titre individuel du dossier : car à partir de cas individuels, on illustre un processus qui se veut collectif. Le récit individuel se perd alors dans la masse et devient un exemple parmi d'autres. Ceci est d'autant plus fort qu'au cours de l'audience, il n'y a pas de place pour les clients, les salariés. Il s'agit de procédures devant le tribunal judiciaire, écrites, parfois face à un juge peu intéressé par l'aspect humain du dossier. L'avocat est un passeur afin que toutes les victimes s'expriment à travers lui ;
- Une dépossession en termes de calendrier. L'affaire Safran par exemple, a demandé un an et demi d'échanges, de conclusions, d'arguments entre avocats. Les échanges s'éternisaient. Un an et demi de mises en état, auquel s'ajoutent les délais en cas d'appel, c'est particulièrement long. L'action de groupe doit être maintenue malgré cette temporalité qui peut être source de découragement ;
- Une dépossession du processus décisionnel dans la mesure où les décisions doivent être prises en commun, en respectant les règles et processus de toutes les parties prenantes. Les syndicats ont par exemple l'habitude de voter « à la majorité ». Cela nécessite beaucoup de confiance entre les clients, les syndicats et les avocats.

Au-delà de ces épreuves, le collectif doit faire face à des stratégies adverses dont le seul but est de le faire choir, telles que :

- Stigmatisation du syndicat : il s'agit de monter les autres syndicats contre le syndicat à l'initiative de l'action. C'est une stratégie qui peut être efficace contre les salariés à l'origine de l'action, et dissuader d'autres salariés de la rejoindre ;
- Mise à l'écart des avocats en les accusant d'instrumentaliser les syndicats. Cette stratégie peut être extrêmement forte. Il est arrivé que l'entreprise refuse la présence des avocats dans les discussions ;
- Dénier de l'aspect collectif et volonté de ramener systématiquement la discussion à des dossiers individuels. Dans l'affaire Safran cela a fonctionné car le juge a considéré que l'action de groupe était une addition de cas individuels et il n'a pas évoqué une seule fois les trente pages sur les processus collectifs discriminatoires.

L'avocat est là pour rassurer les clients, clarifier les termes et les procédures complexes, gérer le désarroi du collectif, la colère générée par les stratégies de défense adverse... Les audiences, qui consistent à défendre en 15 minutes un dossier qu'on a mis des mois voire des années à construire, qui concerne plus de 30 ou 40 personnes, peuvent être extrêmement frustrantes pour le collectif.

Enfin, force est de constater que la création du collectif a également des aspects positifs. Au-delà du sentiment d'être écoutées et reconnues, les victimes qui décident de se mobiliser collectivement deviennent alors actrices et acteurs de la lutte contre les discriminations. L'action de groupe consiste à travailler pour les autres, récupérer un peu de pouvoir et inverser le rapport de force. C'est important que les victimes en aient conscience.

L'action de groupe permet au collectif de s'inscrire dans une lutte politique plus large, nationale, sociétale, globale. La médiatisation joue un rôle important là-dedans car c'est une confirmation du bien-fondé de la lutte et une consécration de l'engagement, de la justice de la cause.

PARTIE II

LA TRADUCTION EN DROIT DE LA DISCRIMINATION : COMMENT FAIRE LA PREUVE DE LA DISCRIMINATION ?

AVANT-PROPOS

SARAH BENICHOU

Adjointe au directeur, Direction « Promotion de l'égalité et de l'accès aux droits », Défenseur des droits

Si la première table ronde était consacrée aux acteurs de la mobilisation collective, cette seconde séquence aborde l'étape de la preuve, de la caractérisation en droit de la discrimination. Ce processus permet parfois, à partir de signalements individuels, de mettre en lumière des discriminations collectives.

Réunir les preuves reste une étape difficile, et pas toujours couronnée de succès.

Devant les juridictions pénales, il s'avère toujours difficile et compliqué de faire la preuve des discriminations, du fait du niveau de preuves exigées, notamment en matière d'intentionnalité des discriminations, par le droit pénal mais aussi les juges. On constate en revanche des avancées importantes devant les juridictions civiles et administratives, les victimes y bénéficiant de l'aménagement de la charge de la preuve³⁰. Cet aménagement, qui ne constitue pas une inversion de la charge preuve, s'applique depuis vingt ans : la personne requérante doit d'abord présenter des faits permettant de présumer l'existence d'une discrimination.

Il s'agit d'un levier majeur pour les victimes, car, à partir du moment où elles disposent d'un faisceau d'indices, le mis en cause doit justifier les mesures qu'il a prises de manière objective et s'il n'y parvient pas, la discrimination sera caractérisée.

Au fil des années, les moyens de preuve mobilisés ont évolué. Aux côtés des moyens classiques (témoignages, écrits...), ont émergé de nouveaux outils de preuve tels que les *testings* ou encore les comparaisons statistiques qui permettent de révéler des différences de traitement et leur motif discriminatoire. Ces outils ont aussi permis de dévoiler des discriminations plus collectives ou systématiques, fondées sur l'appartenance syndicale, le sexe ou l'origine.

La technique du *testing*, ou test de situation, utilisée il y a une vingtaine d'années pour mettre en évidence des discriminations fondées sur l'origine à l'entrée des boîtes de nuit, est aujourd'hui utilisée de manière bien plus large, pour révéler des discriminations à l'embauche, le logement ou l'accès aux soins pour de nombreux critères³¹.

Les acteurs et actrices de la lutte contre la discrimination ont aussi su se saisir de la méthode de comparaison de panel pour mettre à jour des discriminations dans la carrière. Créée au départ pour faire la preuve de discriminations syndicales par François Clerc de la CGT, cette méthode est aujourd'hui aussi mobilisée pour démontrer des discriminations salariales fondées sur le sexe.

Il n'a cependant pas toujours été facile de faire reconnaître ces nouveaux outils et leur valeur probante par les juridictions. Le Défenseur des droits participe à cette pédagogie du droit en mobilisant une diversité de preuves et d'analyses juridiques dans ses dossiers.

Tous les acteurs mobilisés dans la lutte contre les discriminations, tels que les syndicats, l'inspection du travail, mais aussi évidemment les avocats, les chercheurs et les organismes de promotion de l'égalité, comme le Défenseur des droits, ont des rôles particuliers, des compétences spécifiques à mobiliser au service de cette lutte.

L'enjeu consiste à conjuguer, avec l'ensemble de ces acteurs, tous ces leviers pour construire le faisceau d'indices, notamment pour des dossiers de discriminations collectives voire systémiques, et construire la stratégie contentieuse.

CONDITIONS DE TRAVAIL INDIGNES, MAFIA ET TRAITE : LE RÔLE DE L'INSPECTION DU TRAVAIL DANS LES MOBILISATIONS.

MARILYNE POULAIN

Syndicaliste CGT, UD Paris

Depuis 2007-2008, je fais partie des militants CGT qui ont accompagné les luttes et les grèves de travailleurs sans-papiers. La CGT, ainsi que d'autres organisations se sont mobilisées sur ces grèves.

Le premier objectif de ces grèves était de dénoncer précisément les conditions de travail de ces travailleurs et de leur permettre de trouver des solutions pour sortir d'une situation administrative complexe et source de précarité.

Les mobilisations menées en 2007, 2008, 2009, ont permis d'aboutir à des circulaires, des textes qui sont, certes, imparfaits, mais qui ont permis la régularisation de travailleurs sans titre de séjour. On peut citer en particulier la circulaire de novembre 2012³² qui encadre l'admission exceptionnelle au séjour par le travail mais précise aussi le pouvoir qui est donné à l'employeur de régulariser ou pas ses salariés sans autorisation de travail.



Maryline Poulain, syndicaliste CGT, UD Paris

J'ai suivi à cette époque les piquets de grève des travailleurs maliens du BTP, qui travaillaient sur la rénovation des bâtiments de l'Assemblée nationale, de l'OCDE ou de l'ambassade des États-Unis. Ils étaient soumis à des conditions de travail inqualifiables, indignes.

Il est reconnu que les secteurs d'activité qui sont concernés par l'emploi fréquent d'étrangers sans titre de séjour sont les secteurs présentant des emplois les plus pénibles, les plus difficiles. Il existe une discrimination systémique dans la mesure où ces personnes en situation irrégulière vis-à-vis du séjour sont souvent affectées aux postes les plus mal payés, exposées à des conditions de travail indignes et aussi à un abus de leur situation de vulnérabilité manifeste.

Face à ces situations, il planait une certaine frustration sur le plan du droit et sur le plan de la réparation. Ces dernières années, les combats ont été axés dans cet objectif de réparation au-delà de la question de l'unique régularisation.

L'affaire des coiffeuses du 57 boulevard de Strasbourg en 2014 a permis de passer un cap³³. Pour la première fois, nous nous sommes retrouvés face à des travailleuses sans-papiers qui s'étaient organisées sur ce boulevard. Non payées depuis des mois, exploitées et non déclarées, elles ont décidé elles-mêmes de réagir et de se mobiliser face à leurs employeurs qui menaçaient de les faire rafter si elles continuaient de se plaindre. Face à cette menace, elles ont décidé de contacter la CGT.

Le conflit a duré onze mois, dans un climat d'extrême violence et de grande pression sur les travailleurs.

Cette affaire touchait une population très différente et posait des problèmes d'une autre nature : travail dissimulé, traite des êtres humains et conditions de travail indignes. Dans ce dossier, nous avons travaillé sur la question de la traite des êtres humains dans le droit du travail, qui n'était pas reconnue dans un cadre collectif.

Avec un collectif d'avocats, nous avons travaillé sur ces réalités de discrimination et de conditions de travail indignes et de traite

des êtres humains. Tous les éléments étaient réunis pour porter plainte pour traite. Nous avons également saisi un acteur indispensable selon nous : l'inspection du travail³⁴.

Le sujet des travailleurs sans-papiers est malheureusement un sujet extrêmement sensible dans notre société. Quand on s'y attaque, on est rapidement confrontés à des discours d'une extrême violence aussi bien dans l'opinion publique que de la part des politiques. Il est nécessaire de s'armer de preuves robustes. Nous les avons bâties ensemble, avec l'inspection du travail.

Nous nous sommes confrontés à des différences d'appréciation très fortes, avec le parquet de Paris à l'époque, en particulier. Celui-ci a fait le choix de saisir la sous-direction des étrangers de la Direction du renseignement de la préfecture de Paris (DRPP) pour mener l'instruction. Celle-ci se situait davantage dans une logique de lutte contre les travailleurs illégaux que contre le travail illégal. Elle n'a donc pas été à l'écoute des victimes de traite. Elle a tenté de freiner la procédure.

Les coiffeuses du boulevard de Strasbourg se sont affirmées en tant qu'actrices de leur lutte, elles ont gagné devant la justice la reconnaissance de la traite des êtres humains dans le milieu du travail. C'était en 2018, une première, qui a permis d'enclencher d'autres affaires par la suite.

L'affaire des Ukrainiennes qui travaillent dans la sous-traitance d'Airbnb³⁵ profitera peut-être de cette victoire ou encore d'autres affaires avec des travailleurs dans le milieu associatif, embauchés sur la base de convention de bénévolat, employés avec des salaires dérisoires (affaire « Vies de Paris »³⁶).

Le 6 septembre 2016, un ouvrier malien tombe d'un échafaudage sur un chantier situé avenue de Breteuil (7^e arrondissement de Paris). Vingt-cinq travailleurs maliens, tous sans-papiers y sont employés.

Face à la situation, le patron refuse d'appeler les secours, ce que finissent pourtant par faire les ouvriers maliens bravant son interdiction. La police et l'inspection du travail arrivent sur les lieux et constatent la situation de travail des employés maliens, l'absence ou presque

de bulletins de paie et de contrats de travail, et des arriérés de salaire de plusieurs mois.

Le fait que les travailleurs, tous sans titre de séjour, de la même nationalité (maliens), décident de se révolter d'eux-mêmes, constituent les premiers éléments de la preuve de la discrimination.

Le lendemain, alors que leur patron leur interdit l'entrée du chantier, les ouvriers alertent la CGT et se mettent en grève pour obtenir leurs bulletins de paie et leurs arriérés de salaire, mais aussi des demandes d'autorisation de travail, nécessaires à leur régularisation. Les conditions de travail s'avèrent indignes en matière de sécurité et de flexibilité. Et, surtout, les travailleurs sont contraints au travail dissimulé faute d'autorisation de travail. Le constat de l'inspection du travail, établi sur place, va constituer une preuve essentielle.

La CGT les accompagne dans une grève de deux mois avec occupation du chantier. Toute une stratégie se construit autour de cette mobilisation, qui aboutit, comme dans le cadre des coiffeuses, à un procès-verbal de l'inspection du travail de 400 pages³⁷. Celui-ci démontre les conditions de travail indignes infligées à ces travailleurs. Il est précisé, et assumé par l'employeur, par exemple qu'il les surnommait tous les « Mamadou », qu'il procédait à l'interchangeabilité des salariés, qu'il les considérait uniquement comme de la force de travail...

Dans ces deux affaires, les rapports de l'inspection du travail ont été essentiels pour établir la preuve de la relation de travail, puisque l'inspection a pu effectuer son contrôle le jour même du déclenchement de la grève, c'est-à-dire alors que les salariés étaient à leur poste de travail. Le fait que soit consignée dans les constats de l'inspection du travail la réalité de ces conditions a été un apport fondamental dans la mobilisation.

Une réflexion avec le Défenseur des droits³⁸, les avocats et Nicolas Jounin, sociologue, a alors commencé afin de déterminer comment construire la preuve, comment faire reconnaître cette discrimination systémique qui, pour autant, était constatée depuis des années.

Car en effet, il est largement reconnu que le secteur du BTP emploie principalement des travailleurs étrangers, originaires la plupart du temps d'Afrique subsaharienne, dans des conditions souvent très dégradées. À ce titre, les employeurs se déchargeaient sans scrupules à travers des affirmations telles que « *oui, bon, de toute façon, ce sont tous des maliens, ils sont tous noirs, que ce soit l'un ou l'autre, on s'en fiche !* ».

Dans ce combat, les donneurs d'ordre et maîtres d'ouvrage ont découvert une situation, une réalité qu'ils n'imaginaient pas. En étant confrontés directement à la parole des travailleurs, ils ont pris conscience des conditions de travail infligées à ces travailleurs. Ce constat montre que certains maîtres d'ouvrage sont très éloignés de la réalité des chantiers qui les concernent.

Cette mobilisation a abouti à une première reconnaissance.

Le 25 octobre 2021 plus de 250 travailleurs sans-papiers ont lancé un vaste mouvement de grève en Ile-de-France, à l'appel de la CGT, pour dénoncer leurs conditions de travail et réclamer leur régularisation. La grève est l'élément visible mais en amont nous avons dénoncé ces conditions de travail indignes, plusieurs contrôles de l'inspection du travail ont eu lieu sur les lieux de travail.

Ces contrôles permettent d'asseoir les choses et les constats.

Dans l'affaire des éboueurs de Sepur³⁹, on parle de racket organisé, car les travailleurs étaient obligés de reverser 10 % de leur salaire à leur chef d'équipe pour travailler, certains pendant le confinement devaient faire leurs besoins dans des bidons, parce qu'ils n'avaient pas de locaux attribués, alors qu'ils faisaient le travail d'éboueur, premier de corvée. Tous ces éléments consignés par l'inspection du travail, rendent ces travailleurs plus forts et oblige l'État à réagir.

Dans ce cas précis des éboueurs par exemple, les deux ministères, de l'Intérieur et du Travail, n'ont pu que constater ces conditions de travail indignes. Il s'agit d'une victoire de notre point de vue, parce qu'on fait bouger des lignes au sein de l'appareil d'État et des services.

DISCRIMINATION INDIRECTE ET AMÉNAGEMENT DE LA CHARGE DE LA PREUVE.

MATHILDE ZYLBERBERG

Cheffe du pôle « Emploi, biens et services privés », Défenseur des droits

Le contentieux des discriminations est caractérisé par l'inégalité des armes des parties notamment quant à l'accès à la preuve. Pour rétablir une certaine égalité, poussé par le droit européen, la règle de l'aménagement de la charge de la preuve dans le droit de la non-discrimination a été admis par le droit interne. Mais cet aménagement, pour nécessaire qu'il soit, amène de la complexité dans le procès civil : outre que le juge, qui est celui qui doit « former sa conviction »⁴⁰, est peu familier de cette règle, et qu'il convient donc de faire preuve de pédagogie dans les conclusions et les observations, l'appréciation de l'indice fourni par le demandeur pour faire présumer une discrimination laisse plus de place, à mon sens, à la subjectivité du juge que l'appréciation des éléments probants. Cette subjectivité est source d'une certaine insécurité juridique.

Il est donc indispensable dans les contentieux en matière de discrimination, que cela soit dans les contentieux individuels ou dans les contentieux collectifs, de déterminer quels sont les éléments susceptibles de faire basculer la charge de la preuve sur l'employeur, en se protégeant de la subjectivité du juge, pour emporter sa conviction.

Cette intervention sera consacrée à ces éléments de présomption, d'abord ceux propres aux discriminations appréhendées individuellement mais mobilisables dans le contentieux de l'action collective, puis ceux qui impliquent une appréciation plurielle s'objectivant parce qu'ils concernent un groupe auquel appartient celui ou celle qui allègue une discrimination.

1- LES ÉLÉMENTS DE PRÉSUMPTION PROPRES À LA SITUATION PARTICULIÈRE RETENUS EN MATIÈRE DE CONTENTIEUX INDIVIDUEL

La loi est silencieuse sur la question des éléments de présomption, il n'existe pas, en la matière de preuve légale. Mais les dispositions de l'article 1358 du code civil selon lesquelles « *la preuve peut être rapportée par tout moyen* » sont applicables aux éléments de présomption dès lors que cette disposition n'est pas exclue par les textes relatifs à l'aménagement de la charge de la preuve en matière de discrimination. Évidemment, de simples allégations non étayées sont insuffisantes, même si la Cour de cassation a eu à le rappeler⁴¹.

Un préalable : les éléments de présomption présentés doivent être appréciés dans leur globalité

La chambre sociale de la Cour de cassation a jugé⁴² au visa des articles L. 1132-1 et L. 1134-1 du code du travail que « *lorsque le salarié présente des éléments de fait constituant selon lui une discrimination directe ou indirecte, il appartient au juge d'apprécier si ces éléments pris dans leur ensemble laissent supposer l'existence d'une telle discrimination.* » Elle l'a répété par un arrêt publié⁴³. Dans cette dernière affaire, les juges du fond, après avoir successivement apprécié chacun des dix éléments invoqués par le salarié, avaient rejeté sa demande au motif qu'aucun des éléments établis ne permettait de considérer que le salarié avait été victime de mesures discriminatoires. La Cour de cassation a cassé l'arrêt jugeant qu'il résultait de ces éléments appréciés dans leur ensemble que le salarié « *avait présenté des éléments de fait laissant supposer l'existence d'une discrimination syndicale.* »

1.1· La chronologie des éléments et notamment la concomitance entre la mesure défavorable et la connaissance par l'employeur du critère affectant le ou la salariée

Pour que cette concomitance ait un caractère probant, il convient d'apporter au préalable des éléments sur la connaissance par l'employeur de la présence chez le salarié du critère de discrimination.

La chambre sociale de la Cour de cassation a retenu cette concomitance comme élément de présomption de discrimination en lien avec plusieurs critères, par exemple :

- Le critère de la grossesse : la Cour de cassation a ainsi jugé que la concomitance entre l'annonce de la grossesse et la rupture de la période d'essai laisse présumer le caractère infondé des motifs de la rupture⁴⁴. Cet exemple illustre l'importance de la règle de l'aménagement de la charge de la preuve. Le lien entre l'annonce de la grossesse et la rupture de la période d'essai, laquelle n'a pas à être motivée, ne peut se prouver de manière certaine mais la concomitance entre les deux événements fait naître un doute sur les causes de la rupture et il reviendra alors à l'employeur de démontrer que ces causes sont étrangères à la grossesse de la salariée ;
- Le critère de l'orientation sexuelle : la cour d'appel, qui avait retenu la discrimination, avait constaté qu'un mois après avoir appris l'orientation sexuelle de son salarié, son employeur lui avait retiré un dossier et l'avait licencié pour faute grave. La Cour de cassation a jugé que la cour d'appel, qui avait également constaté que l'employeur ne justifiait pas que sa décision résultait d'éléments objectifs étrangers à toute discrimination, avait légalement justifié sa décision⁴⁵ ;
- Le critère de l'état de santé : la Cour de cassation a validé l'analyse de la cour d'appel qui avait jugé que constitue un élément de présomption « la concomitance entre une réduction de prime et les périodes d'absence pour maladie du salarié »⁴⁶.

Cet élément est mobilisable chaque fois que le critère de discrimination « survient » ou quand

il pouvait être ignoré de l'employeur et est soudainement porté à sa connaissance, mais non quand il est inhérent à la personne.

Cette concomitance est souvent combinée avec l'absence de reproche antérieur à la mesure défavorable. Ce pour quoi le salarié, qui allègue être victime d'une discrimination, produira ses évaluations précédentes. Mais parfois la preuve de l'absence de reproche antérieur est très difficile à rapporter voire impossible, par exemple lorsqu'un salarié n'a pas d'évaluation précédente, ce qui est le cas des ruptures de la période d'essai. Alors la seule concomitance est un indice suffisant à renverser la charge de la preuve.

De même, en l'absence de preuves de ce que le critère a été porté à la connaissance de l'employeur la soudaineté d'une décision de mettre fin à un contrat, à une période d'essai, « comme par hasard », à une période où le salarié ou la salariée apprend qu'il ou elle est malade, enceinte... peut être indice de présomption suffisant.

1.2· La différence de traitement vis-à-vis de salariés étant dans une situation comparable (notamment une différence de rémunération)

La Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) elle-même a retenu cet élément de présomption tout en fixant la méthode. Ainsi, dans l'affaire Susanna Brunnhofer du 26 juin 2001⁴⁷, après avoir indiqué que la requérante alléguait avoir été victime d'une discrimination fondée sur le sexe, au motif que sa rémunération était inférieure à celle d'un collègue situé sur le même échelon de rémunération, la Cour a précisé qu'il incombait à la requérante de prouver, en premier lieu, que sa rémunération était inférieure à celle de son collègue de sexe masculin et, en second lieu, que le travail qu'elle accomplissait était de même valeur et que la production d'éléments probants à cet égard suffirait à faire naître la présomption selon laquelle la différence de traitement ne pouvait s'expliquer qu'en référence au sexe de la requérante et qu'il appartiendrait ensuite à l'employeur de réfuter cette présomption.

La Cour de cassation a également admis cet élément de présomption.

Elle a ainsi retenu comme élément de présomption le retard dans l'évolution de carrière, par rapport à l'ensemble des salariés se trouvant dans une situation comparable jugeant par exemple que « *la cour d'appel, qui a constaté que M. X... avait connu une évolution de carrière moins favorable que celle d'autres salariés de l'entreprise se trouvant dans une situation comparable et retenu que l'employeur ne justifiait pas cette différence de traitement par des raisons objectives étrangères à toute discrimination, a ainsi caractérisé une discrimination liée au mandat représentatif de l'intéressé* »⁴⁸.

La Cour de cassation admet, pour établir la différence de traitement, l'usage des panels constitués des salariés de la même entreprise, embauchés et promus à des niveaux de qualification et de rémunération similaires et occupant les mêmes fonctions. Il n'est pas nécessaire que les salariés soient dans une situation identique, il suffit qu'ils soient dans une situation « équivalente »⁴⁹ ou dans une « situation comparable »⁵⁰.

À noter : une discrimination peut être retenue même sans comparaison possible : « *L'existence d'une discrimination n'implique pas nécessairement une comparaison avec la situation d'autres salariés.* » Une cour d'appel ne peut donc débouter « le demandeur de ses demandes pour discrimination syndicale au motif que le salarié ne produit aucun élément de comparaison avec la situation d'autres salariés »⁵¹.

1-3· L'absence de transparence et le défaut de réponse de l'employeur

La CJUE estime ainsi que le refus de « *tout accès à l'information de la part d'une partie défenderesse peut constituer l'un des éléments à prendre en compte dans le cadre de l'établissement des faits qui permettent de présumer l'existence d'une discrimination directe ou indirecte* »⁵².

L'absence de transparence dans une méthode de recrutement d'un employeur peut également constituer un élément de présomption⁵³.

1-4· Autres exemples divers

Les éléments suivants ont été admis comme faisant présumer la discrimination :

- Le fait de postuler à quatorze reprises à un poste de sous-directeur ou de niveau équivalent, d'être l'un des candidats au poste les plus diplômés et d'obtenir des témoignages relatant une ambiance homophobe
- Une absence de promotion pendant quatorze ans et la mention dans la fiche d'évaluation des activités prud'homales et syndicales⁵⁵ ;
- La mutation sur un poste dépourvu de substance⁵⁶.

2· LA PRÉSUMPTION « PAR LE GROUPE », POUR SAISIR/ RÉVÉLER LA DISCRIMINATION COLLECTIVE

L'absence d'action de groupe jusqu'à la Loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique (dite loi Sapin II) n'a pas empêché l'appréhension de la discrimination collective et structurelle et les éléments permettant de saisir cet aspect ont été utilisés comme éléments de présomption de la discrimination.

2-1· Un traitement défavorable pour un salarié subi par d'autres salariés placés dans sa situation

Le traitement défavorable est considéré comme discriminatoire pour un salarié, dans la mesure où d'autres salariés dans la même situation en ont été victimes antérieurement.

Ainsi, la Cour de cassation a jugé que le licenciement d'un salarié gréviste est présumé être discriminatoire notamment parce que les licenciements intervenus postérieurement au mouvement de grève concernaient pour l'essentiel des grévistes, la cour d'appel ayant relevé la concomitance entre les mouvements de grève et la mise en œuvre des procédures de licenciement⁵⁷.

2.2· L'usage des statistiques ou l'approche quantitative

La CJUE admet l'usage des statistiques comme élément de présomption d'une discrimination. Elle a à cet égard précisé quelles étaient les données statistiques pouvant être prises en considération. Ses arrêts sont intervenus en matière de violation du principe d'égalité des rémunérations entre les travailleurs masculins et les travailleurs féminins pour un même travail⁵⁸.

*« Il appartient au juge national d'apprécier s'il peut prendre en compte ces données statistiques, c'est-à-dire si elles portent sur un nombre suffisant d'individus, si elles ne sont pas l'expression de phénomènes purement fortuits ou conjoncturels et si, d'une manière générale, elles apparaissent significatives »*⁵⁹.

La CJUE a précisé ensuite qu'elles doivent démontrer l'existence de phénomènes à long terme, là encore pour écarter les faits qui pourraient être qualifiés de fortuits⁶⁰.

L'usage des statistiques comme élément emblématique de la présomption de discrimination, a été admis dans une procédure dans laquelle la Haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité (Halde) - dont le Défenseur des droits a repris les compétences et les pouvoirs - est intervenue⁶¹ et qui a finalement donné lieu à un arrêt de la Cour de cassation⁶².

Le réclamant, employé par une entreprise d'aéronautique, avait enchaîné plusieurs contrats de travail temporaires, en tant que fraiseur, puis affûteur avant de se porter candidat en 2005 à un poste d'affûteur d'outil sur un contrat à durée indéterminée (CDI). Sa candidature n'a pas été retenue.

Le candidat recalé était français d'origine algérienne et avait un nom à consonance étrangère. Il invoquait une discrimination à l'embauche à raison de son origine et de son paronyme.

La Halde, outre qu'elle a établi que le réclamant avait les compétences pour le poste puisqu'il l'avait occupé en tant qu'intérimaire, s'est livrée à l'analyse quantitative des effectifs salariés de la société en cause à partir de données fondées sur la consonance des noms

(méthode onomastique⁶³) ainsi qu'à l'analyse quantitative du vivier du bassin d'emploi concerné selon la même méthode.

Le registre du personnel montrait que sur 288 personnes recrutées entre 2000 et 2006, toutes avaient la nationalité française et seules 2 d'entre elles avaient un patronyme d'origine maghrébine.

L'extrait du registre unique du personnel pour la période du 1^{er} janvier 2005 au 30 juillet 2006, mettait en évidence en outre que sur 43 « agents de qualification » embauchés en CDI, tous étaient de nationalité française et qu'aucun nom à consonance maghrébine n'y figurait.

La Halde a ainsi conclu qu'au vu de ces éléments, il apparaissait qu'il existait une sous-représentation des personnes d'origine maghrébine laquelle n'était pas justifiée, notamment au regard des demandeurs d'emploi inscrits à l'Agence nationale pour l'emploi (ANPE) de la région, présentant les qualifications requises pour accéder aux emplois d'agent de fabrication au sein de l'entreprise. Cette proportion ne correspondait donc pas à celle du bassin de recrutement.

Elle a considéré que ces éléments associés à l'absence de transparence de la procédure de recrutement étaient suffisants pour permettre de faire présumer la discrimination.

La cour d'appel se fondant elle aussi sur l'analyse du registre du personnel a suivi l'analyse de la Halde et la Cour de cassation⁶⁴ a constaté que la cour d'appel avait bien retenu que le candidat présentait des éléments laissant supposer l'existence d'une discrimination à l'embauche.

Aujourd'hui le Défenseur des droits continue à utiliser les statistiques et la méthode onomastique en se faisant notamment communiquer les registres du personnel.

On observera néanmoins que si l'outil statistique est utile, il n'est pas nécessairement accessible, ce qui a conduit la CJUE à juger dans un arrêt du 3 oct. 2019⁶⁵ que « l'article 19, paragraphe 1, de la directive 2006/54 doit être interprété en ce sens qu'il n'exige pas de la partie qui s'estime lésée par une discrimination indirecte en raison du sexe

qu'elle produise, afin d'établir une apparence de discrimination, des statistiques ou des faits précis ciblant les travailleurs concernés par la réglementation nationale en cause si cette partie n'a pas accès ou n'a que difficilement accès à ces statistiques ou faits ».

En conséquence, il ne saurait être reproché à la victime d'une discrimination indirecte une quelconque carence dans le fait de ne pas produire en justice les données statistiques qui seraient les plus pertinentes si celles-ci n'existent pas, si elles ne sont pas accessibles ou même si elles ne sont que difficilement accessibles.

Une interrogation en conclusion : l'action de groupe va-t-elle entraîner/ permettre une appréciation différente des indices et donc une stratégie de preuve différente ?

En matière d'action de groupe, la définition de la discrimination est la même, et l'aménagement de la charge de la preuve s'applique également. L'organisation syndicale ou l'association qui mènera l'action devra présenter au juge des éléments de présomption de discrimination concernant plusieurs salariés.

Il est à noter que la loi n'exige pas d'éléments de présomption de prescription dans la phase précontentieuse. L'article L. 1134-9 du code du travail dispose en effet seulement que les syndicats ou association demandent à l'employeur « *de faire cesser la situation de discrimination collective alléguée* ». Il paraît néanmoins plus prudent d'avoir déterminé au moins pour partie, dès cette première phase, les éléments de présomption de la discrimination.

Évidemment les indices admis et énumérés jusque-là seront mobilisables, la question essentielle qui se pose est de savoir si un élément qui, pris individuellement serait insuffisant pour constituer une présomption de discrimination, en deviendrait un dès lors que tous les membres du groupe l'ont subi. Par exemple, un refus de mutation jugé comme insuffisant pour faire présumer une discrimination devient-il un élément suffisant si tous les salariés présentant un même critère se sont vus refuser leur mutation ?

On peut supposer que le cumul de tels indices pourrait permettre de caractériser une discrimination systémique.

Face aux juges de l'action de groupe, qui n'ont pas nécessairement l'habitude du droit des discriminations s'agissant des juges du tribunal judiciaire, dans un contexte où l'existence de discriminations structurelles et collectives est encore contestée par certains, il faudra être créatif et imaginatif dans la présentation des éléments de présomption pour, comme je le disais en introduction, tenant compte de la subjectivité du juge, emporter sa conviction. Cette journée d'étude sera, à cette fin, certainement très utile.

DE L'UTILITÉ DES TESTS DE SITUATION DANS LA LUTTE CONTRE LES DISCRIMINATIONS.

PATRICK CHARLIER

Directeur, Centre interfédéral pour l'égalité des chances (Unia) de Belgique

Avant de présenter les tests de situation, il convient d'apporter quelques précisions d'ordre terminologique. La notion de *testing* à des fins de procédure est différente des autres types de *testings* couramment utilisés.

Il y a d'abord les tests à des fins de recherche ou à des fins scientifiques, qui permettent d'aboutir à des résultats démontrant qu'une personne a une probabilité de faire l'objet d'un traitement inégal, en fonction de tel ou tel critère. Par exemple, lorsqu'on envoie 2 000 ou 3 000 CV, en modifiant sur une partie d'entre eux une seule caractéristique.

Il y a ensuite des tests effectués à des fins de sensibilisation, de communication, pour illustrer une thématique : par exemple, lorsque des journalistes vont, avec une caméra cachée, se rendre dans des lieux, comme des agences immobilières, pour capter une réalité sur le vif et démontrer des pratiques ou attitudes discriminatoires. De même lorsque ce type de test est fait dans le cadre d'une campagne de sensibilisation.

Il arrive également qu'une entreprise ou un secteur pratique des autotests pour améliorer ses pratiques.

En Belgique, par exemple, le secteur de l'intérim a recours aux tests de situation pour améliorer les pratiques de ses membres.

Enfin, les pouvoirs publics font parfois des tests pour évaluer l'impact de politiques mises en place dans la lutte contre les discriminations. Par exemple, en Belgique, la ville de Gand mène une politique très déterminée pour lutter contre les discriminations en matière de logement. Dans ce cadre-là, elle recourt régulièrement à des opérations de tests de situation faits par l'Université de Gand, afin de déterminer si les agents immobiliers ont des pratiques discriminatoires. Ce dispositif permet à la ville de dialoguer avec les agents immobiliers et de les inciter, si besoin à modifier leurs pratiques.

Le *testing* à des fins de procédure consiste à utiliser des tests en vue de les produire dans une procédure judiciaire, comme élément de preuve, comme élément faisant présumer une forme de discrimination.

L'utilisation des tests de situation à des fins de preuve, reconnus dans la législation, est une route difficile, chaotique. Les directives européennes anti-discrimination prévoient le mécanisme de glissement de charge de la preuve en cas de présomption de l'existence d'une discrimination directe ou indirecte. Ainsi les éléments qui font présumer une discrimination permettent de faire glisser la charge de la preuve sur le mis en cause. C'est à ce dernier de démontrer qu'il n'y a pas eu de discrimination.

Malheureusement, les directives européennes ne prévoient pas le *testing* comme un élément de preuve. Cette procédure, si elle n'est pas exclue, n'est pas reconnue.

En Belgique, les premières lois anti-discrimination prévoyant la possibilité de recourir aux tests de situation pour faire présumer d'une situation de discrimination ont été adoptées en 2003. Si cette loi a été adoptée, l'usage des tests de situation fait l'objet de discussion, de résistance de la part de certains acteurs.

Un arrêté royal du gouvernement devait être adopté afin de pouvoir mettre en œuvre les tests de situation. Il ne l'a jamais été et entre-temps les lois anti-discrimination ont changé.

Entre 2003 et 2007, la Belgique a fait face à une levée de boucliers, principalement par les employeurs, face à la proposition de l'usage des tests de situation. Ce mouvement a sensibilisé toute une série de responsables politiques. Quand la loi de 2007 a été adoptée, le mot « test de situation » était devenu tabou, c'était un chiffon rouge. Par conséquent le terme ne figure pas dans cette loi. Il a été préféré la notion de « test de comparabilité ». Il s'agit d'une euphémisation du *testing*.

La personne doit alors apporter les éléments révélant qu'elle est victime d'un traitement plus défavorable en comparaison avec une situation d'une personne de référence.

Il s'agit d'un recul considérable entre la loi de 2003 et celle de 2007. Mais, il est à noter que même si la loi ne prévoit pas l'usage des tests de situation, en fait, elle ne les interdit pas. De ce fait leur utilisation a été mise en place petit à petit. Les tests de situation ont d'abord été utilisés dans des situations individuelles, pour servir de preuve le cas échéant.

Leur utilisation demande de travailler de manière rigoureuse en mettant en place un protocole robuste pour organiser le test. Lorsqu'Unia met en place ce type de tests, nous recourons systématiquement à un huissier de justice afin de disposer d'un procès-verbal officiel et ainsi pouvoir l'utiliser en toute légitimité.

Jusqu'à présent, l'utilisation des tests a été menée dans des situations très précises, lorsqu'il y avait une situation alléguée de discrimination suite à une condamnation de justice, ou encore suite à un accord, une reconnaissance de la discrimination et un engagement du mis en cause à changer les pratiques. Les tests étaient mis en place quelques mois après ces décisions afin de pouvoir constater les changements.

À des fins d'illustration, un établissement sur la côte belge refusait de servir les femmes voilées, un bowling à Bruxelles refusait l'accès aux femmes portant le foulard, une discothèque à Liège refusait les personnes d'origine africaine. Les tests de situation menés après les jugements ou les accords, ont montré dans les trois cas, la disparition des pratiques discriminatoires.

Le travail de la justice ou la conciliation a donc porté ses fruits de manière structurelle.

Les tests de situation n'étant pas formellement interdits par la loi, nous avons développé un outil qui s'appelle : *Comment prouver la discrimination raciale dans le logement ?* Cet outil a été élaboré dans le cadre légal et réglementaire belge pour permettre aux personnes et associations les accompagnant de mettre en œuvre elles-mêmes un test de situation et l'utiliser, le cas échéant, comme moyen de preuve devant la justice.

Dans le cas d'une recherche de location d'appartement, une situation de discrimination envers une personne en raison de son origine africaine, a été démontrée. Nous avons proposé d'enregistrer les demandes de rendez-vous pour visiter l'appartement⁶⁶ : il s'est avéré que lorsque la personne avait un nom à consonance belge l'appartement était libre, mais quand Boubakar appelait, on lui proposait de le mettre sur la liste d'attente, etc. Cet enregistrement a été considéré comme valable et légitime pour faire valoir la discrimination.

L'application des législations anti-discrimination est difficile en Belgique, notamment sur la question de la preuve. Le pays compte une vingtaine de législations différentes, des décrets, ordonnances, des lois fédérales anti-discrimination. La région bruxelloise, région la plus cosmopolite, la plus confrontée à la diversité culturelle et religieuse, a pris l'initiative en 2017 d'adopter une ordonnance permettant à l'inspection du travail de mener des tests de situation. Elle peut aussi prononcer des sanctions administratives, sans forcément prendre une procédure, si une discrimination est reconnue.

Cette ordonnance prévoit également la possibilité, pour un employeur, qui serait reconnu discriminant, de perdre des avantages et subventions publiques. Dans ce cadre, Unia a signé un protocole de collaboration avec l'inspection du travail, aboutissant à des formations sur le cadre législatif. Celui-ci précise également les modalités d'exercice et de collaboration avec l'inspection, de transfert des dossiers...

Depuis l'adoption de cette ordonnance, le nombre de dossiers ouverts n'est pas élevé car les conditions d'application de l'ordonnance sont strictes : il faut des indices sérieux de discrimination et une plainte. Or bien souvent, les candidats qui sont dans des procédures de recrutement par exemple, ne savent pas qu'ils font l'objet de pratiques discriminatoires.

Il est utile de préciser également que nous faisons face à un manque de moyen (l'inspection du travail n'a pas eu de renforcement de ressources) auquel s'ajoute parfois un manque de conviction. Un travail de sensibilisation est à faire auprès de ces acteurs.

Depuis 2017, d'autres initiatives sont menées, en matière de test de situation. Ainsi, il existe à Bruxelles un projet d'ordonnance pour doter l'inspection du logement de moyens de détecter et de juger les discriminations dans l'accès au logement et pour que l'inspection du travail puisse réaliser des appels « mystères » sans risque de poursuites judiciaires.

En conclusion, l'enjeu aujourd'hui est d'utiliser les tests de situation non plus dans les seuls cas individuels mais bien dans une approche collective. À ce titre, Unia recommande de mener une réflexion, pour permettre notamment à l'inspection du travail d'avoir recours au *data mining*⁶⁷ et au *data matching*⁶⁸. Ces techniques permettraient l'utilisation de données administratives de manière proactive. Ainsi l'exploitation de données pourrait permettre de mettre en évidence des biais discriminatoires.

Unia propose que les *testings* soient faits dans des secteurs dans lesquels les signalements sont fréquents, en faisant l'hypothèse que le nombre élevé de signalements est un indice qui pourrait justifier la mise en place de tests de situation. Ces outils pourraient être utilisés à des fins d'autorégulation et d'autocontrôle.

Enfin, Unia suggère d'assouplir les conditions du recours aux *testings*, en ne les limitant pas aux discriminations en raison de l'origine ou du genre et propose d'utiliser cet outil dans la lutte contre les discriminations indirectes, car pour l'instant, le *testing* est plus utilisé dans la lutte contre les discriminations directes.

LA TRADUCTION EN DROIT DE LA DISCRIMINATION : COMMENT FAIRE LA PREUVE DE LA DISCRIMINATION ?



Mathilde Zylberberg, cheffe du pôle « Emploi, biens et services privés », Défenseur des droits

Maryline Poulain, syndicaliste CGT, UD Paris

Sarah Benichou, adjointe au directeur, Direction « Promotion de l'égalité et de l'accès aux droits », Défenseur des droits

Patrick Charlier, directeur, Centre interfédéral pour l'égalité des chances (UNIA) de Belgique

PARTIE III

COMMENT METTRE EN LUMIÈRE LA DISCRIMINATION SYSTÉMIQUE ? LE LIEN ENTRE SCIENCES SOCIALES ET DROIT

AVANT-PROPOS

MARIE MERCAT-BRUNS

Maitresse de conférences en droit privé,
HDR, Professeure affiliée à l'École de droit de
Sciences Po, CNAM

Cette table ronde, intitulée « *Comment mettre en lumière la discrimination systémique ?* » aborde le lien entre le droit et les sciences sociales. Il s'agit de montrer comment les sciences sociales peuvent être mobilisées et dialoguées de manière fructueuse avec le droit.

Même lorsque la discrimination se manifeste à l'échelle individuelle, au sein d'une organisation, d'un secteur professionnel, elle peut trouver sa source ou se reproduire dans un cadre plus collectif qui exige par conséquent une étude non seulement quantitative, mais également qualitative sur l'environnement, le contexte dans lequel émerge la situation discriminatoire qui produit des obstacles à l'inclusion.

Même lorsque la discrimination est avérée, des études montrent que les justifications en défense cherchent à restreindre le contentieux à des phénomènes strictement individuels, liés à un comportement discriminatoire d'un individu ayant agi isolément. Or, c'est souvent le cumul de situations qui produit une discrimination de plus grande ampleur et l'absence de réaction des organisations qui la laissent perdurer, persister.

Celle-ci est parfois liée à des constructions sociales, des préjugés ou des stéréotypes.

Une grille de lecture systémique constituant une vision plus globale de ces phénomènes, n'est pas si étrangère, notamment en droit du travail. L'analyse du matérialisme historique formulée par Karl Marx en est un exemple⁶⁹.

La qualification de la discrimination systémique est l'enjeu au cœur de la question de la mobilisation des sciences sociales. Sans être définie dans la loi en France, la notion de discrimination systémique a été évoquée dans un rapport sur les actions collectives qui a précédé l'adoption de la loi sur l'action de groupe de 2016⁷⁰ et a fait l'objet d'une décision de justice en 2019 où elle est nommément désignée⁷¹.

Selon la définition dans le cadre de l'emploi « *la discrimination systémique est une discrimination qui relève d'un système, c'est-à-dire d'un ordre établi, provenant de pratiques volontaires ou non, neutres en apparence, mais qui donnent lieu à des écarts de rémunération. Cette discrimination systémique conjugue quatre facteurs :*

- Les stéréotypes et préjugés sociaux ;
- La ségrégation professionnelle dans la répartition des emplois entre catégories ;
- La sous-évaluation de certains emplois ;
- Et éventuellement, la recherche de rentabilité économique à court terme.

La particularité de cette discrimination réside dans le fait qu'elle n'est pas nécessairement consciente, de la part de celui qui l'opère »⁷².

Elle est reconnue par la Cour suprême du Canada qui offre une définition plus générique considérant que la discrimination systémique est une situation d'inégalité cumulative et dynamique résultant de l'interaction de pratiques, décisions, comportements, individuels ou institutionnels, ayant des effets préjudiciables, voulus ou non sur les membres du groupe protégé⁷³. On comprend par cette définition que la discrimination systémique peut être une combinaison en droit de discriminations directes, indirectes, de harcèlement discriminatoire et d'injonctions de discriminer. Ceci est parfois contre-intuitif pour un juriste, avocat ou juge, parce qu'on ne rentre pas dans une seule catégorie juridique : discrimination directe ou indirecte, qui répond chacune à un régime spécifique même si parfois une discrimination indirecte n'exclut pas une intention discriminatoire de celui qui l'opère. Les sciences sociales peuvent permettre d'opérer ce rapprochement entre catégories de qualification en attestant concrètement avant tout de l'effet discriminatoire des pratiques, décisions ou règles qui combinent les différentes figures de la discrimination⁷⁴.

Il s'agit, par le biais des sciences sociales notamment, de mettre en lumière à la fois les causes, l'objet et les effets de ces discriminations systémiques qui se caractérisent par le contexte spécifique dans lequel elles émergent. Cette démarche est peu familière pour le juriste, car dans un système civiliste, on part de l'énonciation de la règle et non pas des faits selon le raisonnement propre au syllogisme.

Quel est le rôle des sciences sociales ? Elles aident à identifier les situations discriminatoires, comme le stipule la définition de la discrimination directe⁷⁵ et les effets des discriminations tels qu'ils résultent du désavantage particulier pour un groupe comme l'énonce la définition de la discrimination indirecte⁷⁶. Elles permettent de mettre en lumière les causes de la discrimination systémique quand elles sont

informelles, non fondées sur une règle (culture de l'entreprise, code de conduite, réseaux professionnels fermés).

Enfin, les sciences sociales permettent de voir comment cette déconstruction des normes, des pratiques volontaires ou involontaires en place, peut offrir des solutions systémiques. Les juridictions ont besoin de co-construire avec les sciences sociales pour trouver des solutions juridiques et sociales, des injonctions de faire pour changer les pratiques de façon structurelle, et donc, en dehors de la réparation, aussi, transformer les situations et les environnements qui augmentent le risque de discrimination. L'action de groupe prévoit précisément la possibilité de demander la cessation du manquement dans l'avenir⁷⁷.

L'autre élément important de la discrimination systémique réside dans le fait qu'elle est reproduite par l'inaction ou l'ignorance volontaire ou involontaire de ceux qui ont le pouvoir de décision : celles des organisations, des institutions. C'est ce qu'on appelle une preuve diabolique car il s'agit de prouver l'absence d'action à la différence d'un acte discriminatoire visible (décision de promotion, règle dans un accord collectif, profilage racial d'un agent des forces de l'ordre). Le plafond de verre, la ségrégation des métiers, la dévalorisation des postes genrés, le harcèlement environnemental⁷⁸ sont des phénomènes difficiles à prouver. Pourtant en droit, la construction de la négligence ou de la responsabilité sans faute est familière. Il faudrait utiliser les sciences sociales aussi pour comprendre des phénomènes historiques liés à l'immigration par exemple (affaire des Chibanis⁷⁹) mais également mobiliser la technique d'entretiens à l'échelle individuelle pour relever les narrations des personnes discriminées⁸⁰. Au niveau collectif, il faudrait regarder les pratiques collectives formelles et informelles des acteurs pour obtenir une visibilité, une traçabilité, de la spécificité de la discrimination dans un certain type de carrière, dans un secteur de l'emploi (services, industrie) ou en dehors de l'emploi (logement, santé, éducation)⁸¹.

APPORT DES SCIENCES SOCIALES : LE CAS DES CONTRÔLES D'IDENTITÉ DISCRIMINATOIRE.

SLIM BEN ACHOUR

Avocat, cour d'appel de Paris

1- POURQUOI LA MOBILISATION DES SCIENCES SOCIALES ET COMMENT ?

Le dossier sur les contrôles au faciès est le fruit des sciences sociales.

Il existait une étude réalisée par René Lévy et Fabien Jobard, du CNRS-CESDIP intitulée « *Police et minorités visibles : les contrôles d'identité à Paris, 2009* ».

Sur la base de cette étude, de nombreuses associations luttent contre les contrôles au faciès.

Dans un premier temps, politiquement, puis dans un second temps, juridiquement.

Politiquement, parce que nombre de militants considéraient qu'en France il était difficile d'obtenir sur un tel sujet une avancée sur le plan juridique.

Il est vrai que les résultats de l'enquête menée par le CNRS permettaient d'objectiver la situation : les « contrôles de routine » tels que nommés par les policiers sont, dans la réalité, quasiment exclusivement des « contrôles au faciès ».

Munis de ces éléments statistiques, les associations, les militants interpellaient le gouvernement qui leur répondait, à l'époque, qu'il n'y avait pas de contrôle discriminatoire en France.

Le débouché politique s'est matérialisé lors de la campagne présidentielle de 2012, puisque le candidat du parti socialiste, François Hollande, promettait à travers l'engagement numéro 30 de mettre fin aux contrôles au faciès et la mise en place d'un récépissé de contrôle d'identité.

La discrimination raciale prenait place dans le débat politique, permettait une prise de conscience pour beaucoup que le contrôle au faciès disait quelque chose de très pertinent sur les fractures de la société française et de l'insatisfaction des promesses républicaines, ce après les révoltes de 2005.

Heureusement, avant même l'élection de François Hollande, les associations nous avaient mandatés, Félix de Belloy et moi-même, pour réfléchir à un contentieux permettant d'exposer l'État et le faire condamner pour contrôle au faciès (dans l'hypothèse où le candidat serait élu et ne respecterait pas ses engagements).

La demande était particulièrement pertinente puisque le récépissé de contrôle fut l'un des premiers engagements abandonnés une fois le candidat élu.

Comme les militants le disaient à l'époque, nous allions donc « faire du droit ».

Concrètement, il s'agissait d'une action en réparation du préjudice dirigé contre l'État et non contre des policiers individuellement sur le plan pénal.

Tout au long du contentieux qui s'est déroulé de 2011 à novembre 2016 devant les juridictions nationales, une importante littérature a été produite et est encore produite aujourd'hui.

Notons, les rapports suivants (sans être exhaustif) : les rapports de 2014 et 2017 du Défenseur des droits⁸², le rapport de la Commission nationale des droits de l'homme⁸³ du 8 novembre 2016, le rapport de l'ACAT⁸⁴, le rapport de la Fondation Open society justice initiative⁸⁵, l'article scientifique de René Lévy (CNRS Cездip)⁸⁶, le rapport de Human Rights Watch de 2012⁸⁷, puis celui de 2020^{88 89}, etc.

Constatant la profusion d'études, des instances nationales et internationales invitaient régulièrement la France à régler le problème des contrôles au faciès^{90 91 92}.

Naturellement, ces études trouvaient une bonne place dans les dossiers présentés devant les juges au titre de preuves et contribuaient à la qualification juridique de la notion de discrimination.

Les juridictions y faisaient référence dans leurs décisions, tant dans les décisions de condamnation de l'État par la cour d'appel de Paris le 24 juin 2015 (RG : 13/24277), que dans les décisions de confirmation de la Cour de cassation du 9 novembre 2016 (15-25.873), par exemple.

Les sciences sociales utilisées dans les dossiers des contrôles faciès ont sans aucun doute permis aux juges de comprendre ce qui se jouait à l'occasion de ce que les policiers appellent les « contrôles de routine » dont le fondement n'existe pas dans le Code de procédure pénale. En d'autres termes, les études donnaient une clé de compréhension du dossier individuel présenté en l'inscrivant dans une dimension collective.

Les études permettaient également, probablement, de surmonter les croyances selon lesquelles nos institutions seraient neutres, l'État ne saurait discriminer, pas plus que les policiers...

Elles rendaient également possible la distanciation avec d'éventuels biais.

Sur le plan de la preuve, les sciences sociales pouvaient intégrer le premier mouvement du « test de discrimination » posé par la loi selon lequel le demandeur doit présenter les éléments laissant supposer l'existence d'une discrimination pour avoir des chances de succès.

J'ajoute que dans d'autres contentieux impliquant des violences, le dossier pénal des mineurs de Paris 12^e a mis à jour un mode opératoire d'action policière motivé non pas par la loi, mais par la notion « d'indésirable ».

Cette notion avait déjà été étudiée en sociologie et avait un lien fort avec l'histoire coloniale et postcoloniale du pays.

Histoire coloniale également mobilisée à l'occasion des contentieux sur les contrôles au faciès⁹³.

Enfin, peut-être que les sciences sociales mobilisées avec le rappel de l'absence de politiques publiques en matière de lutte contre la discrimination raciale en France permettaient aux juges de comprendre qu'une grande partie de l'espoir du combat contre les contrôles au faciès reposait sur leurs épaules.

2- LES SCIENCES SOCIALES, « RÉVÉLATEUR » DES DISCRIMINATIONS SYSTÉMIQUES ?

Les avocats sont souvent saisis d'un dossier individuel, voire de plusieurs dossiers individuels dont les situations sont similaires.

Leur similarité nous est révélée, voire confirmée par les études réalisées.

Nous parlons de plus en plus de systèmes, et concernant la discrimination, de discrimination systémique.

Dans les contrôles au faciès, la définition mobilisée est issue de l'observation générale n°20 relative aux principes de non-discrimination du Comité des droits économiques, sociaux et culturels de l'Organisation des Nations unies⁹⁴ : « *cette discrimination systémique peut être comprise comme un ensemble de règles juridiques, de politiques, de pratiques ou d'attitudes culturelles prédominantes dans le secteur public ou le secteur privé qui créent des désavantages relatifs pour certains groupes et des privilèges pour d'autres groupes* ».

Clairement, si nous en restions au droit, au test de discrimination, il serait difficile d'obtenir gain de cause devant les juges.

Avant même de parler de sciences sociales comme « révélateur » de la discrimination, je pointerais les sciences sociales (qu'il s'agisse de sociologie, psychologie, histoires, sciences politiques...) comme moyen de comprendre, personnellement, les processus discriminatoires, les comportements intentionnels ou pas de discrimination, les biais, stéréotypes, généralisations...

Ensuite, concernant les contrôles au faciès, il convient de partir de l'existant : les autorités, la police ne produisent pas d'éléments sur le nombre de contrôles d'identité « de routine », leurs fondements juridiques, les raisons, pas plus qu'elles ne se justifient (pas de récépissé de contrôle).

En d'autres termes sur le sujet, le principe du contradictoire n'est pas mis à profit par l'État pour se justifier, pas même devant le juge.

D'où l'importance des études relatives aux causes et procédures de contrôle d'identité.

Ainsi, grâce aux études statistiques, les juges ont pu reconnaître la disproportion des contrôles d'identité sur les « minorités visibles » comme les appelle la Cour de cassation⁹⁵. Les juges peuvent appréhender la manière et les différents types de contrôles d'identité réalisés (fouille, palpation...), l'âge des personnes contrôlées, la fréquence des contrôles, les lieux, l'impact sur les personnes, les familles, les voisins, les proches.

Les études réalisées permettent de changer d'échelle, de changer de dimension : les cas individuels habituellement présentés ne constituent pas des cas isolés mais s'inscrivent bien dans une histoire d'expériences collectives et communes.

Elles révèlent que les cas individuels ne sont justement pas des cas individuels et que beaucoup de personnes sont dans une situation similaire.

Les études conduisent à la conclusion que les cas de contrôle au faciès ne constituent pas des exceptions mais une règle, pas juridique, une règle sociale, une pratique généralisée persistante, expression d'une politique publique discriminatoire profondément ancrée dans le travail des forces de l'ordre.

Ce qui nous permet de constater que les contrôles dits « de routine » constituent une discrimination raciale systémique.

C'est ce que dit le Défenseur des droits dans ses observations devant le tribunal judiciaire de Paris (en plus de dire que les enfants subissaient un harcèlement discriminatoire) dans le dossier des mineurs de Paris 12^e.

Depuis lors on peut noter que le terme de système est de plus en plus utilisé⁹⁶.

La discrimination systémique est désormais une grille de lecture, on parle même de pensée systémique (« discipline qui permet de concevoir les phénomènes dans leur intégralité. C'est un cadre qui permet de voir les interrelations plutôt que les éléments individuels », Colleen Sheppard).

3· LA CONTRIBUTION DES SCIENCES SOCIALES À LA QUALIFICATION DE DISCRIMINATION SYSTÉMIQUE ?

Revenons tout d'abord à la contribution des sciences sociales à la discrimination tout court, pour des dossiers individuels. La Cour de cassation, dans les décisions sur les contrôles au faciès du 9 novembre 2016⁹⁷, souligne l'importance des études statistiques dans la caractérisation de la présomption de la discrimination : « *Attendu, d'abord, que l'arrêt constate que les études et informations statistiques produites attestent de la fréquence de contrôles d'identité effectués selon des motifs discriminatoires sur une même catégorie de population appartenant aux "minorités visibles", c'est-à-dire déterminées par des caractéristiques physiques résultant de l'origine ethnique réelle ou supposée ; que, se fondant sur un témoignage, il retient que les opérations de contrôle ont visé, durant une heure trente, de façon systématique et exclusive, un type de population en raison de sa couleur de peau ou de son origine ; que la cour d'appel en a souverainement déduit que M. X apportait des éléments de nature à traduire une différence de traitement laissant présumer l'existence d'une discrimination* ».

En d'autres termes, la motivation de la Cour de cassation révèle une équation :

Études et informations statistiques

+ attestation sur le fait que le contrôle constitue une différence de traitement en lien avec l'origine de la personne

= présomption de discrimination.

Cette équation se retrouve dans la décision de la cour d'appel de Paris en date du 8 juin 2021⁹⁸ sur les contrôles réalisés sur trois élèves de terminale à la gare du Nord de Paris.

Dans cette affaire, l'État « aggrave » son cas, puisque malgré la pléthore d'informations à sa disposition, il ne communique que très peu d'éléments, ne lui permettant pas de s'exonérer de sa responsabilité.

Pour les dossiers collectifs, les sciences sociales ont encore plus d'importance, notamment s'agissant de discriminations systémiques et singulièrement pour la nouvelle action judiciaire qu'est l'action de groupe.

L'action de groupe est pensée et mise en place pour résoudre des problèmes structurels, institutionnels, collectifs, systémiques.

Elle a pour objectif de faire cesser la discrimination par des réparations dissuasives et surtout par des injonctions, des obligations de faire.

Il s'agit donc à des problèmes systémiques de trouver, via l'action groupe, des solutions systémiques.

Dans l'action de groupe, les cas individuels ne sont pas analysés comme dans les contentieux individuels classiques, mais examinés comme les illustrations d'un problème collectif.

Dépendant des données à disposition, des statistiques, études qualitatives et quantitatives, l'examen des dossiers individuels peut s'avérer superfétatoire.

Concernant les contrôles au faciès, les études démontrent un système de contrôle généralisé pratiqué sur les personnes perçues comme issues des « minorités ».

Les études, d'ailleurs, ont permis la reconnaissance par le plus grand nombre, y compris par l'État, notamment dans les enceintes internationales, ainsi que l'actuel président de la République, de la réalité des contrôles discriminatoires.

Elles permettent de mettre en lumière une incapacité pour l'État à se réformer, ainsi que de caractériser une défaillance institutionnelle.

En effet, l'inactivité, la passivité, les omissions de faire, les silences, les défaillances et les manquements dans les procédures œuvrent également à la caractérisation de la discrimination systémique.

Tout récemment, six associations ont, après une mise en demeure signifiée en janvier 2021 au Premier ministre, ministre de l'Intérieur et ministre de la Justice, saisi le Conseil d'État en juillet 2021 au titre d'une action groupe visant à mettre un terme aux contrôles au faciès.

En l'espèce il s'agit d'une action en cessation des manquements et non en réparation des préjudices. Elle a pour objectif d'imposer une réforme à l'État par l'intermédiaire du juge.

Réforme dans laquelle les travaux des experts trouvent, encore une fois, une bonne place.

Ces travaux trouveront également une bonne place à Strasbourg puisque les dossiers de contrôle au faciès « perdus » devant la Cour de cassation le 9 novembre 2016 sont aujourd'hui devant la Cour européenne des droits de l'homme.

L'État est donc pris dans un étau. Il aura à répondre de la pratique des contrôles au faciès, tant devant le juge national que devant le juge de Strasbourg.

Enfin, évoquons la situation d'une volonté d'introduire un contentieux... sans études à sa disposition.

Dans ces conditions, il peut être intéressant d'aller... voir ailleurs !

Existe-t-il des études réalisées au sein du Conseil de l'Europe ? De l'Union Européenne ? Des Nations unies ? Dans des pays dans lesquels la notion de discrimination s'est beaucoup développée, notamment judiciairement (Canada, USA, Royaume-Uni...) ?

Existe-t-il des analyses juridiques innovantes ?

En effet, les juristes étant également très importants en raison des difficultés d'implantation de la notion de discrimination en France, insistons sur l'importance des travaux provenant de la « Critical race theory ».

Pour conclure, insistons sur le fait que les sciences sociales constituent un apport essentiel à la preuve de la discrimination, la qualification et désormais à sa solution.

Les sciences sociales mobilisées dans les contentieux relatifs aux discriminations servent grandement à la réduction de la distance entre la norme sociale, les pratiques sociales discriminatoires et la norme juridique. Elles rendent possible, la promesse d'effectivité de l'égalité humaine.

L'AFFAIRE DES TRAVAILLEURS MALIENS DU BTP : UN SOCIOLOGUE DU TRAVAIL CITÉ COMME TÉMOIN.

NICOLAS JOUNIN

Sociologue, CEDAET, Université Paris 8
Vincennes-Saint-Denis

Les enquêtes mobilisées dans le cadre des contentieux sur les contrôles d'identité, évoqués par Slim Ben Achour, étaient des études statistiques, fondées sur l'observation et la mesure de différences de traitement, « *toutes choses égales par ailleurs* ». Cette formule signale une opération statistique, la régression, qui ne permet évidemment pas d'aplanir toutes les aspérités des individus et situations, mais sert à neutraliser certains aspects (par exemple le fait de porter un sac ou pas) pour isoler quelque chose qu'on interprète comme l'effet pur de la discrimination.

Ces études ont subi un plus ou moins grand mépris de la part des contradicteurs de Slim Ben Achour (la critique minimale étant qu'elles sont peut-être valides mais ne disent rien des cas d'espèce soulevés). Du moins leur aspect quantitatif se moule-t-il dans la conception juridique classique de la discrimination perçue comme traitement défavorable. Cela suppose une comparaison, donc une base de comparaison, un point de départ commun.

Lorsque j'ai été sollicité pour témoigner aux prud'hommes dans le cadre de l'affaire de la villa Ségur déjà évoquée par Marilyne Poulain⁹⁹, je n'avais à proposer qu'une enquête déjà vieille de dix ans et surtout de nature qualitative, c'est-à-dire fondée sur une immersion au long cours sur les chantiers de bâtiment¹⁰⁰. Ce type d'investigation, par entretiens et observation participante, se prête à la saisie d'une configuration d'ensemble, mais pas à la réduction de quelques phénomènes à des causalités distinguées par une égalisation statistique de « toutes les autres choses ».

Dans ma thèse et le livre qui en est tiré, j'ai décrit l'articulation entre l'organisation productive des chantiers de gros œuvre et les discriminations racistes, et plus précisément la correspondance entre des hiérarchies professionnelles et des hiérarchies ethniques.

J'ai décrit un « système » discriminatoire – c'est exprès que je ne dis pas « discrimination systémique » – c'est-à-dire un ensemble de phénomènes dont les sources et les acteurs sont divers, hétérogènes, mais qui se cumulent pour fabriquer une relégation professionnelle des salariés de certaines origines. Les éléments de ce système sont :

- La politique des entreprises générales du bâtiment (qui commandent les chantiers), dont le recours massif à des employeurs intermédiaires (notamment l'intérim) crée une hiérarchie des personnels qui n'est pas liée qu'à leur qualification ou leur expérience, mais à leur statut d'emploi et au statut de leur employeur, créant, autour d'un noyau stable de salariés, un halo de précarités ;
- Des politiques migratoires qui depuis la fin des années 1960 favorisent les dernières immigrations européennes et entravent l'installation et l'emploi des autres : ainsi la relégation civique des immigrations africaines (à travers des titres de séjour précaires ou l'absence de titres de séjour) les prédestine aux emplois les plus relégués des chantiers ;
- La consolidation de l'implantation des groupes les plus installés et de la relégation des groupes marginalisés par la pratique généralisée du recrutement par cooptation (à travers des réseaux familiaux et amicaux) ;
- Et enfin, la discrimination directe dans l'allocation des emplois entretenue par des employeurs à divers échelons, qui partagent une idéologie raciste sur la place devant être assignée aux salariés en fonction de leurs origines. Comme toujours quand une idéologie raciste est partagée ou promue par des gens qui ont un peu de pouvoir, elle fonctionne comme une prophétie auto-réalisatrice puisque l'assignation de certaines personnes à certains emplois confirme de manière circulaire qu'elles ne sont « bonnes qu'à ça ».

D'un côté, l'affaire de Ségur correspondait à ce que j'avais pu analyser et ne m'étonnait pas. De l'autre, relativement au contentieux, qu'est-ce que pouvait apporter mon témoignage ?

Au-delà du statut de témoin qui m'a été donné (et qui a donné lieu à des critiques), est-ce que cela ne pouvait pas nuire à la cause ?

- En montrant les logiques racistes à l'œuvre dans le bâtiment bien au-delà du cas de l'employeur incriminé, est-ce que je ne risquais pas de banaliser les pratiques de ce dernier ?
- En mettant en avant les différentes facettes et sources d'un système discriminatoire, est-ce que je ne risquais pas de diluer les responsabilités de cet employeur en particulier ?

C'est pourquoi, pour prévenir ce double risque de banalisation des faits et de dilution des responsabilités, j'avais conclu mon témoignage en disant que la notion de discrimination systémique doit nous amener, non à renvoyer à un « système » désincarné, sans personne pour en rendre compte, mais au contraire à interroger et interpellier les acteurs et les lieux cruciaux de production et de perpétuation des discriminations, qui contribuent à maintenir certaines catégories de population dans une position infériorisée.

Mais je pense que cela ne lève pas toute ambivalence, et en tout cas n'élimine pas ma propre perplexité. Dans cette affaire, en quoi la discrimination relevée était-elle systémique, dès lors qu'elle n'était dans le cas d'espèce reproché qu'à un seul justiciable ?

Est-ce parce que l'ensemble des infractions du droit au travail faisaient système dans une conception raciste des salariés qui en faisaient les frais ? En effet, il y a quelque chose d'insatisfaisant à se contenter de sanctionner un à un tous les manquements de l'employeur : obligation de formation, de sécurité, de paiement de toutes les heures travaillées (cotisations sociales incluses), de respect des repos, relative à la rupture du contrat de travail, de respect du droit de grève. Condamner chacune de ces infractions est nécessaire, mais paraît insuffisant, car le cumul est par lui-même l'indice d'une conception insupportable, par l'employeur, des travailleurs qui les subissent. On pourrait dire que le total est supérieur à la somme des parties, que le dommage est supérieur à l'addition des dommages liés à chacune de ces infractions.

Comment nommer ce surcroît, ce supplément d'âme qui donne sens à l'ensemble, si ce n'est dans les termes de la discrimination ?

Ou alors, peut-on dire qu'il y a discrimination systémique parce que ce traitement dégradant était produit à l'encontre d'un collectif, en l'espèce l'ensemble des ouvriers de la démolition, et que le droit offre pour l'instant peu de prises pour saisir un tel phénomène ? L'acception juridique et jurisprudentielle habituelle de la discrimination est mal taillée pour accueillir une telle situation. Les 25 salariés maliens constituent l'essentiel de l'effectif de l'entreprise incriminée, ils sont les seuls sur le chantier à assumer le travail extrêmement pénible de démolition, ce qui contrarie la comparaison (« *toutes choses égales par ailleurs* ») avec des salariés non-discriminés. Il n'y a pas de fichier du personnel commun au chantier – le « système » organisationnel de ce chantier (comme de beaucoup d'autres) étant celui de la sous-traitance et de l'émiettement de la communauté de travail entre de multiples employeurs. Or c'est sous l'angle de la différence de traitement que s'appréhende principalement la discrimination. Dans ce dossier, la différence de traitement est à la fois patente et insaisissable.

Cependant, le droit offre d'autres ressources que la preuve de la différence de traitement : par exemple, en reconnaissant comme discrimination, dans la loi, « *tout agissement lié* » à un motif prohibé « *ayant pour objet ou pour effet de porter atteinte à sa dignité ou de créer un environnement intimidant, hostile, dégradant, humiliant ou offensant* » (ce qui rejoint la définition du harcèlement, tout en libérant de l'obligation de prouver comme dans ce dernier que ces agissements sont « *répétés* ») ; ou encore, en écartant (comme le fait la Cour de cassation le 3 novembre 2011 pour une employée de maison) l'obligation de comparer avec des salariés existants, la comparaison avec des salariés fictifs qui auraient bénéficié de l'application des règles de droit étant suffisante, tandis que le statut civique de la salariée (étrangère sans-papiers) permet de relier ce traitement défavorable à un motif prohibé (en l'espèce l'origine).

En quoi la prohibition juridique traditionnelle de la discrimination, qui prévoit déjà de qualifier tout traitement dégradant lié à un motif prohibé comme une discrimination, aurait été insuffisante ? N'étant pas juriste, je suis encore perplexe sur ce que permet, ou pas, l'introduction de la notion de discrimination systémique.

En revanche, en tant que sociologue, je vois une brèche décisive dans ce que cette notion, qu'elle soit bien ou mal définie, a permis de penser.

Une anecdote peut illustrer cette brèche. J'ai le souvenir d'une journée d'étude sur la discrimination, organisée il y a une quinzaine d'années par plusieurs fédérations de la CGT. Les petits films projetés, les cas exposés par la tribune présentaient des enfants d'immigrations postcoloniales ayant réalisé des études et subissant, à travail et poste égaux, des discriminations. Des syndicalistes du nettoyage (dont la fédération n'avait pas pris part à l'évènement), quant à eux directement issus de migrations postcoloniales, s'étaient invités et se sont vus couper la parole par la tribune lorsqu'ils décrivaient leurs conditions de travail (analogues, au regard de la quantité d'infractions et de traitements dégradants, à celles des ouvriers de la villa Ségur) au nom du fait que c'était hors sujet. Cela s'est passé à la CGT mais je pense que cela aurait pu se passer dans de nombreuses autres enceintes à l'époque.

Ce qui change, me semble-t-il, avec la notion de discrimination systémique telle qu'appliquée à la villa Ségur, c'est le périmètre des populations que l'on couvre ainsi et que l'on entend protéger contre la discrimination. Jusqu'à récemment, l'analyse de la discrimination accueillait dans son giron les personnes les plus au cœur du système capitaliste, les mieux intégrées à l'institution du salariat – et on s'en tenait à une vision étroite de la maxime « à travail égal salaire égal ». Une telle perspective ne pouvait que laisser de côté les franges les plus reléguées du salariat – collectivement reléguées –, là où il n'est pas possible d'établir un raisonnement « *toutes choses égales par ailleurs* » pour

dégager une inégalité résiduelle que seule la discrimination viendrait expliquer. Enfin, en dépit de la jurisprudence constante du Conseil constitutionnel justifiant un traitement différent et inégal pour les étrangers, la notion de discrimination commence enfin à intégrer ces derniers, y compris ceux auxquels l'État ne reconnaît pas le droit à être là, les sans-papiers.

Cet élargissement en appelle d'autres, qui seront autant sources d'avancées que de perplexité :

- Puisque les frontières civiques (de nationalité et même de titre de séjour) ne sont plus une barrière à l'analyse de la discrimination, est-ce que les frontières géographiques devraient le rester ? Je ne serais pas étonné – ou en tout cas je ne serais pas déçu – que les tout débuts de responsabilisation des entreprises multinationales installées au cœur du système capitaliste vis-à-vis de leurs salariés du bout du monde (à travers le devoir de vigilance) débouchent à terme sur la possibilité de mettre en cause la discrimination (système ?) qui frappe les ouvrières bangladaises du textile comme il a pu être fait pour les ouvriers de la villa Ségur.
- L'association de stéréotypes, de la ségrégation professionnelle et de la sous-évaluation des emplois, présente dans l'affaire de la villa Ségur et retenue comme pouvant définir la discrimination systémique dans le rapport de M^{me} Pécaut-Rivolier, est susceptible de relancer la prise en compte des discriminations sexistes. On sait depuis longtemps que les écarts de rémunération sont principalement imputables à la ségrégation professionnelle et la moindre valorisation des métiers féminins (soignantes, aides à domicile, etc.). Reste à savoir contre qui, contre quelle institution, ou en faveur de quoi la notion de discrimination systémique pourrait alors être mobilisée.

LES AGENTS DE NETTOYAGE DE LA GARE DU NORD : UNE DISCRIMINATION SYSTÉMIQUE REPOSANT SUR LA VULNÉRABILITÉ ET LES RAPPORTS DE DOMINATION SEXISTE.

SANDRA BOUCHON

Ancienne juriste du Défenseur des droits,
Juriste-conseil harcèlement/discrimination

En 2013, le Défenseur des droits a été saisi par l'Association européenne contre les violences faites aux femmes au travail (AVFT), sur la situation de cinq femmes qui s'estimaient victimes de harcèlement sexuel au sein d'une importante société de nettoyage, ainsi que de mesures de représailles pour avoir dénoncé ces faits¹⁰¹. Parallèlement, l'institution avait été saisie par un représentant syndical de cette même société, qui disait avoir été victime de représailles pour avoir soutenu ces femmes.

Les victimes étaient toutes des femmes, agentes d'entretien dans une société de nettoyage sous-traitante de la SNCF. Leurs tâches consistaient à nettoyer les trains en transit à la gare du Nord, par équipe de 6 à 8 personnes.

Toutes se plaignaient de propos à connotation sexuelle et sexiste de la part de leurs supérieurs, majoritairement des chefs d'équipe, et de faits de harcèlement sexuel pouvant pour certains être apparentés à des actes d'agression sexuelle. Elles travaillaient ainsi dans un environnement de travail dégradé et dégradant.

Dans ce dossier, il est apparu assez vite que le Défenseur des droits disposait de suffisamment d'éléments de présomption sur l'existence du harcèlement sexuel pour diligenter une enquête contradictoire et mobiliser ainsi un certain nombre de pouvoirs d'instruction.

Dans cette affaire, l'institution a mobilisé un maximum de pouvoirs d'instruction : une dizaine de personnes sur le site de gare du Nord a été auditionnée (réclamantes, mis en cause, témoins, ressources humaines...) et une vérification sur place sur le site de gare du Nord a été organisée pendant deux jours.

Suite à cette vaste enquête, une analyse juridique des faits a été menée par les juristes

du Défenseur des droits. Très vite, celle-ci est cependant apparue insuffisante à elle seule.

En effet au cours des auditions, il est ressorti qu'il existait un système de domination entre les femmes et les hommes, dans le secteur du nettoyage en général et sur ce site en particulier. Cette domination résidait à la fois dans une hiérarchisation des fonctions et des tâches en raison du genre, et dans les situations de précarité, de vulnérabilité économique dans lesquelles étaient les réclamantes.

Face à ce constat, l'apport des sciences sociales est apparu indéniable dans ce dossier. Il a alors été fait appel à une sociologue, Nathalie Benneli, qui a beaucoup travaillé sur les questions de genre, d'intersectionnalité, et qui a publié un ouvrage en 2011 intitulé « *Nettoyeuse, comment tenir le coup dans un sale boulot* »¹⁰².

Après avoir pris contact avec elle, le Défenseur des droits a sollicité une note d'expertise de sa part sur le dossier. Un certain nombre d'éléments, tels que les procès-verbaux d'audition, de vérifications sur place, lui ont été communiqués après avoir été anonymisés.

Cette note d'expertise a été largement reprise dans la décision que le Défenseur des droits a pu rendre dans ce dossier¹⁰³, en vue de présenter ses observations devant les juridictions, le conseil de prud'hommes puis la cour d'appel.

Cette note d'expertise faisait ressortir deux constats sur lesquels l'institution s'est appuyée : d'une part, le profil de ces femmes caractérisé par une importante précarité, et d'autre part, l'existence de rapports de domination genrés dans le secteur du nettoyage, révélés par une hiérarchisation des fonctions et une division sexuée au sein d'un même métier.

Le cumul de ces constats crée un terreau fertile pour la survenance de situations de harcèlement sexuel. Dans ce contexte, l'enquête a révélé que certains hommes se croyaient autorisés à abuser de leur position d'autorité pour faire subir à ces femmes de tels agissements.

La situation de précarité de ces femmes s'explique par le fait que ces métiers du nettoyage sont considérés comme secondaires au sein d'une organisation, car éloignés des métiers lucratifs, productifs. Il s'agit de métiers invisibles, majoritairement assignés aux femmes, et en particulier aux femmes d'origine étrangère, peu ou pas qualifiées. La vulnérabilité de ces femmes est accentuée par le recours accru à la sous-traitance dans ces métiers qui implique bien souvent une précarisation des contrats (intérim, CDD...). Ces femmes évoluent donc dans un environnement de travail extrêmement anxiogène dans lequel il leur est rappelé constamment leur situation de précarité, d'interchangeabilité : *« si ce n'est pas toi, ce sera une autre »*.

La hiérarchisation des fonctions et des tâches en raison du genre, dans les métiers du nettoyage, ressort également du constat de l'enquête menée par le Défenseur des droits. Dans le dossier des nettoyeuses de la gare du Nord, toutes les réclamantes étaient des femmes, au plus bas de la pyramide professionnelle et tous les auteurs étaient des hommes en position d'encadrement, chef d'équipe ou chef de chantier. Ce modèle met en évidence une forme de ségrégation professionnelle avec les hommes en donneurs d'ordre et les femmes en exécutantes.

Au sein même du métier d'agents de nettoyage, il existe une division sexuée des tâches. Ainsi parmi les équipes qui nettoyaient les trains, les hommes étaient assignés au passage de l'aspirateur par exemple, quand les femmes se voyaient confier le nettoyage des toilettes. Les auditions révèlent à cet égard qu'il était impossible de demander à un homme de nettoyer des toilettes. Même la responsable des ressources humaines expliquait : *« Je ne peux pas demander à un homme de nettoyer les toilettes, c'est considéré par tous comme un travail de femme »*.

Le fait d'assigner ainsi les femmes à une tâche particulièrement dégradante, les contraint également à une posture particulière en nettoyant ces petits espaces, une contrainte spatiale.

Plusieurs réclamantes ont d'ailleurs déclaré que les hommes profitaient de ces positions penchées vers le bas pour se frotter à elles.

Ce travail sociologique a permis de faire émerger que la domination sexiste dans le milieu du nettoyage, couplée à des situations de précarité et de vulnérabilité économique, a créé un contexte propice au harcèlement sexuel. Plus encore, ce dossier mettait en évidence des agissements généralisés, comme un système de fonctionnement au sein de cette société.

Le jugement du conseil de prud'hommes rendu dans cette affaire a reconnu le harcèlement sexuel pour les réclamantes et a repris, dans son jugement, en novembre 2017, cette analyse sociologique en citant les éléments de contexte, de hiérarchisation des fonctions, sur fond de vulnérabilité économique, pour établir le harcèlement sexuel. La société a été condamnée à indemniser les réclamantes de manière significative.

En appel, la cour d'appel n'a pas été aussi audacieuse : elle a reconnu le harcèlement sexuel, mais n'a pas conservé le contexte sociologique et a minoré les dommages et intérêts. Ce résultat pose la question de la réparation pour les victimes de harcèlement sexuel, de discrimination.

Cette affaire, comme celle des travailleurs maliens du BTP, met en évidence la nécessité de sortir du prisme individuel pour mettre en lumière la dimension systémique de la discrimination à l'égard d'un groupe en raison d'un ou plusieurs critères. Dans ces affaires, de travailleurs dits invisibles, les analyses du Défenseur des droits ont été à la fois juridique et sociologique.

Il est fondamental de se saisir de ces dossiers aujourd'hui pour montrer que nos sociétés contemporaines produisent des systèmes de domination, raciste ou sexiste, selon les secteurs. Cette discrimination doit être entendue comme un système à l'égard d'un groupe.

Emparons-nous de ces dossiers pour faire encore évoluer la jurisprudence.

MISE EN LUMIÈRE DES DISCRIMINATIONS SYSTÉMIQUES DEVANT LES JURIDICTIONS EUROPÉENNES ET LES COMITÉS ONU SIENS : LE RÔLE DES SCIENCES SOCIALES.

ISABELLE RORIVE

Professeure de droit, Centre Perelman et Equality Law Clinic, Université libre de Bruxelles

Afin d'évoquer le rôle des sciences sociales pour mettre en lumière les discriminations systémiques devant les juridictions européennes et les comités onusiens, je vais m'appuyer sur l'expérience de l'Equality Law Clinic, qu'avec Emmanuelle Bribosia, aujourd'hui juge à la Cour constitutionnelle de Belgique, nous avons créée en 2014 au sein de la Faculté de droit et de criminologie de l'Université libre de Bruxelles¹⁰⁴.

L'enseignement clinique du droit vise notamment à assurer une transmission des connaissances juridiques qui allie la théorie à la pratique en faisant travailler les étudiantes et les étudiants sur des cas réels. Bien connu en Amérique du Nord, ce modèle d'enseignement, qui se décline sous diverses formes, a essaimé en Europe au XXI^e siècle¹⁰⁵.

L'Equality Law Clinic est une clinique juridique qui travaille sur des causes structurelles de discrimination dans une perspective de lutte pour le droit avec divers partenaires ayant une expérience du terrain, à savoir principalement des organismes de promotion de l'égalité de traitement et des acteurs de la société civile (que ce soient des ONG bien établies de défense des droits humains ou des groupements plus informels, des avocates et avocats engagés dans des causes de justice sociale, d'autres cliniques de droit, des réseaux universitaires interdisciplinaires, etc.). Le droit, et notamment le droit international et européen des droits fondamentaux qui comporte des clauses de non-discrimination, est considéré ici comme un outil à mobiliser pour dénoncer et contribuer à dépasser certaines formes de discriminations systémiques. Notre approche n'est pas nécessairement contentieuse, même si nous contribuons à élaborer les stratégies argumentatives de demandes en justice et que nous sommes intervenus en tant



Isabelle Rorive, professeure de droit, Centre Perelman et Equality Law Clinic, Université libre de Bruxelles

qu'*amicus curiae* dans des affaires portées notamment devant la Cour européenne des droits de l'homme ou le Comité onusien des droits économiques, sociaux et culturels. Nous participons également à la rédaction et à la mise en œuvre de protocoles de *testing* en collaboration avec Unia, à la rédaction de rapports de recherche, de mémorandums ou de guides de bonnes pratiques dans une perspective de renforcement des capacités des personnes concernées, en veillant à intégrer les ressources pertinentes des sciences sociales dans nos actions.

Il est aujourd'hui bien établi que le droit de la non-discrimination, tel qu'il s'est développé ces vingt dernières années, notamment sous l'impulsion du droit de l'Union européenne, ne se limite pas à une approche *formelle* de l'égalité, à savoir une approche procédurale qui se contenterait d'exiger le traitement semblable des cas semblables ou le traitement différent des situations différentes. Une approche *substantielle* de l'égalité implique d'autres dimensions, comme l'a notamment montré la professeure Sandy Fredman, dans son modèle qui en combine quatre, à savoir : la *redistribution* (pour réparer en brisant le cycle du désavantage), la *reconnaissance* (pour faire cesser l'humiliation et rétablir la dignité), la *participation* (pour faciliter l'inclusion) et la *transformation* (pour aménager la différence en changeant les structures)¹⁰⁶. Ces quatre dimensions constituent une forme d'horizon interprétatif qui offre un ancrage multiple au droit de la non-discrimination.

Lorsque des formes systémiques de discrimination sont à l'œuvre, cette approche substantielle de l'égalité oblige à donner plus d'ampleur aux faits de l'espèce, à les inscrire dans un contexte plus large pour mettre en lumière la manière dont les inégalités de traitement opèrent. Ici, les outils des sciences sociales, comme les statistiques, les tests de situation ou les enquêtes, sont particulièrement précieux. Ils permettent d'*approfondir le lien entre le fait et le droit* en dépassant le cas d'espèce.

Les juridictions européennes et les comités onusiens se sont montrés réceptifs à ce type de données. Ainsi, pour prendre un exemple bien connu, la notion de discrimination

indirecte pour lutter contre les écarts salariaux entre hommes et femmes a été construite en Europe par la Cour de justice des Communautés européennes sur la base d'une approche statistique importée des États-Unis¹⁰⁷. Cette approche a ensuite été reprise par la Cour européenne des droits de l'homme, dans l'affaire *D.H. c. République Tchèque* relative à des mécanismes de ségrégation scolaire à l'encontre des enfants Roms, alors que jusque-là cette juridiction européenne s'était montrée frileuse pour admettre qu'une différence de traitement soit établie sur la base de données statistiques¹⁰⁸. Une analyse sociologique de la notion de stéréotypes pour caractériser la discrimination, commence également à se développer dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, comme l'illustrent notamment les opinions concordantes des juges Yudkivska et Motoc dans l'affaire *Carvalho Pinto de Sousa Morais c. Portugal*¹⁰⁹. La Cour y condamne le Portugal pour discrimination tirée d'une motivation judiciaire soulignant qu'« à la date de l'opération, la demanderesse était mère de deux enfants et déjà âgée de 50 ans et que, à cet âge-là, le sexe ne [revêtait] plus autant d'importance que lorsqu'on est jeune, l'intérêt pour la chose diminuant avec l'âge ». C'est notamment sur cet argument que la Cour administrative suprême nationale s'appuyait pour justifier la diminution du dédommagement moral accordé à la requérante suite à une opération gynécologique fautive aux conséquences désastreuses pour sa vie intime. Des hommes plus âgés que la requérante s'étaient vu accorder un dédommagement moral beaucoup plus important pour réparer une faute médicale les ayant également privés d'avoir des relations sexuelles « normales », sans référence aucune à leur âge ou à leur statut de père. Une approche intersectionnelle, chère aux sociologues, est également ici particulièrement importante pour caractériser la différence de traitement qui s'appuie sur une vision stéréotypée de la femme mariée, mère et âgée de 50 ans.

Le recours aux études ou aux outils de sciences sociales pour mettre en lumière des discriminations systémiques dépassent donc l'enjeu de la preuve et du « *prima*

facie case ». Pour assurer leur prise en compte, les contraintes sont essentiellement procédurales, à savoir trouver le bon canal pour les communiquer. La tierce-intervention¹¹⁰ est l'un d'entre eux et permet parfois de compléter utilement le travail des avocats et avocates.

Dans plusieurs tierces-interventions soumises par l'Equality Law Clinic à la Cour européenne de droits de l'homme, des données tirées des sciences sociales et des sciences médicales nous ont semblé cruciales pour ancrer l'affaire dans un contexte plus général afin d'en cerner les enjeux systémiques, mais également, pour mieux mesurer les effets d'une législation ou d'une pratique sur un groupe vulnérable au stade de l'appréciation de la proportionnalité. Nous avons notamment développé cette approche dans des affaires concernant des personnes intersexes, tant pour soutenir une inscription à l'état civil dans le respect de leurs caractéristiques sexuées¹¹¹, que pour dénoncer les opérations dites de « normalisation » pratiquées sur les enfants intersexes sans nécessité médicale avérée et au mépris d'un consentement libre et éclairé¹¹². De la même manière, les effets de l'interdiction des signes religieux à l'école sur les processus d'émancipation de nombreuses élèves musulmanes portant l'hijab ont pu être tirés d'études universitaires qui mesuraient tant le décrochage scolaire que la précarité professionnelle à venir. Ces données ont été soumises à la Cour européenne des droits de l'homme pour apprécier la proportionnalité d'une mesure d'interdiction des signes religieux et philosophiques dans les établissements publics de la Communauté flamande de Belgique¹¹³. Nous avons également embrassé cette approche dans une affaire relative aux obstacles qui contribuent à l'ineffectivité de l'accès aux droits et aux soins pour les étrangers gravement malades dans le système juridique belge¹¹⁴.

Le Comité onusien des droits économiques, sociaux et culturels (CESCR)¹¹⁵ est moins connu. C'est pourquoi j'ai choisi de développer plus avant l'affaire *L.J.W. c. Belgique* soumise à ce Comité en 2018, lequel a rendu ses constatations en octobre 2021¹¹⁶. Cette affaire a été introduite sous l'angle du droit au logement et dans sa tierce-intervention¹¹⁷, l'Equality Law Clinic s'efforce de montrer que l'atteinte

au droit au logement est discriminatoire, ce que le Comité admettra en s'appuyant explicitement sur les données que nous lui avons transmises. Cette tierce-intervention est divisée en trois temps en vue de dénoncer la dimension structurelle toute particulière de l'atteinte au droit au logement des personnes âgées à faibles revenus à Bruxelles. Nous envisageons d'abord le contexte individuel de Mr. L.J.W., avant de présenter le contexte socioéconomique bruxellois, pour enfin évaluer la législation applicable au regard de ce contexte socioéconomique. Il est important de noter qu'au contraire de la Cour européenne des droits de l'homme, une tierce-intervention portée devant le Comité onusien des droits économiques, sociaux et culturels peut évoquer la situation de la personne requérante ce qui permet plus facilement de replacer le cas dans son contexte.

Âgé de 73 ans au moment des faits, Mr. L.J.W. vivait depuis 24 ans dans le même appartement à Bruxelles et bénéficiait d'une aide sociale de 1 185 euros par mois¹¹⁸, montant qui correspond pratiquement au seuil de pauvreté en Belgique¹¹⁹. Sur la base d'un mécanisme de résiliation unilatérale du bail relatif à la résidence principale du locataire, sans qu'un motif ne doive être précisé par le propriétaire, il est contraint de quitter son appartement alors qu'aucune solution de logement convenable n'a pu être trouvée. Il importe de souligner que cette fin de bail est conforme à la législation civile applicable qui permet, moyennant un préavis de six mois et une indemnité de trois mois de loyer, de résilier unilatéralement un bail en cours depuis plus de neuf ans. Par ailleurs, aucun manquement contractuel ne pouvait être reproché à Mr. L.J.W., qui n'avait ni dégradé les lieux, ni omis de payer un quelconque loyer. S'il s'agit d'une législation qui, avec les garanties de préavis et d'indemnité qu'elle prévoit, ne parait pas poser de difficultés majeures, il est nécessaire, pour en évaluer les effets, de la replacer dans le contexte Bruxellois qui est caractérisé par une augmentation exponentielle des loyers ces dix dernières années.

Dans sa tierce-intervention, l'Equality Law Clinic s'est attelée à démontrer les effets discriminatoires de la législation applicable, dans la mesure où, des personnes avec

des revenus limités et occupant, en bons locataires, un logement depuis de nombreuses années à Bruxelles étaient dans l'impossibilité de se reloger car l'indemnité prévue, calculée sur la base de l'ancien loyer, était insignifiante suite à l'évolution du marché locatif à Bruxelles et à la forte hausse des loyers. Ainsi, l'appartement occupé par Mr. L.W. était passé d'un loyer de 525 euros à 900 euros par mois après son expulsion. Du reste, nous avons attiré l'attention du Comité sur des études de terrain qui établissent que la faculté de résiliation sans motif est, dans la grande majorité des cas, utilisée pour tirer du bien loué un rendement accru, c'est-à-dire une augmentation significative du loyer¹²⁰.

Si, comme le montre le Rassemblement Bruxellois pour le Droit à l'Habitat, « *les logements abordables sont de plus en plus rares, voire inexistantes pour les familles avec un bas revenu* »¹²¹, la situation est encore plus critique pour les appartements une chambre. Par ailleurs, nous avons pu montrer l'existence d'une liste d'attente de près de 46 000 ménages pour les logements sociaux, un chiffre qui a augmenté de 40 % en 10 ans et qui est encore plus prégnant pour les logements destinés à une personne isolée. Cette situation va de pair avec un risque préoccupant de pauvreté ou d'exclusion sociale à Bruxelles qui est le plus haut du pays. Ce risque est encore plus prégnant pour les personnes âgées aux revenus modestes. Ainsi, nous avons attiré l'attention du Comité, chiffres à l'appui, sur le fait que ce sont les personnes âgées qui font, le plus souvent, l'objet de ces expulsions forcées, avec des conséquences dramatiques sur leur santé mentale et physique, sachant qu'elles dépendent pour leur autonomie des liens tissés dans leur quartier. Cette surreprésentation des personnes âgées dans les départs forcés de leur logement est due à « *la combinaison de leurs fragilités et difficultés* »¹²², qui explique trop souvent l'impossibilité de déménager pour éviter l'expulsion.

Pour évaluer la législation applicable en Belgique, l'existence de mesures législatives plus protectrices dans des systèmes civilistes proches de la Belgique (comme la Suisse, l'Allemagne ou la France) a également permis

de montrer qu'il était possible de mieux concilier le droit au respect des biens (ou droit de propriété) et le droit au logement de personnes en situation de vulnérabilité, comme les personnes âgées à faibles revenus.

La lecture des constatations du Comité montre qu'il s'appuie sur les différentes données socioéconomiques que nous lui avons soumises pour évaluer les effets de l'application de la législation relative au bail de la résidence principale sur la réalisation du droit au logement sans discrimination, non seulement de Mr. L.J.W., mais également des personnes âgées de plus de 64 ans qui, en région bruxelloise, sont les plus touchées par la résiliation unilatérale de leur contrat de bail. Outre la réparation effective auquel Mr. L.J.W. a droit, le Comité fait plusieurs recommandations importantes à l'État belge qui sont de nature à lutter contre une situation de discriminations systémiques suite à une « *application inflexible* » de la loi « *dans le contexte spécifique de la hausse des loyers dans la région bruxelloise* ».

Ainsi, pour le Comité, « *la possibilité d'un impact disproportionné de cette politique sur le droit à un logement suffisant de certaines populations en situation vulnérable entraîne une double obligation pour tout État partie qui choisit un tel cadre normatif. Premièrement, l'État doit mettre en place un mécanisme de suivi de l'impact de l'application du cadre légal sur les populations les plus vulnérables et marginalisées afin d'introduire les ajustements nécessaires pour éviter un impact disproportionné qui pourrait impliquer une violation du droit à un logement suffisant sur un groupe spécifique, tel que les personnes âgées en difficulté socioéconomique. Deuxièmement, la politique doit inclure des mécanismes et des flexibilités pour garantir que l'application du cadre légal n'ait pas un impact disproportionné dans certains cas* »¹²³.

L'Equality Law Clinic ne manquera pas de suivre les modifications législatives qui s'imposent suite à ces constatations du Comité onusien.

COMMENT SANCTIONNER ET CORRIGER LES DISCRIMINATIONS STRUCTURELLES L'ACTION COLLECTIVE DE DÉMOCRATIE



Défenseur des droits
RÉPUBLIQUE FRANÇAISE



Nicolas Jouin, maître de conférence en sociologie, CRESPPA, Université Paris-VIII-Saint-Denis

Sandra Bouchon, ancienne juriste du Défenseur des droits, juriste: conseil harcèlement/discrimination

Marie Mercat Bruns, maîtresse de conférences en droit privé, HDR, professeure affiliée à l'École de droit de Sciences Po, CNAM

PARTIE IV

COMMENT SANCTIONNER ET CORRIGER LES DISCRIMINATIONS STRUCTURELLES ? L'ACTION COLLECTIVE DE DEMAIN

AVANT-PROPOS

GWÉNAËLE CALVÈS

Professeure de droit public, Université de Cergy-Pontoise

Mesdames et Messieurs, bonsoir. Nous allons maintenant aborder la dernière table ronde de la journée. Elle s'inscrit dans le prolongement de la précédente puisqu'elle porte sur la question de la discrimination structurelle ou systémique, mais elle l'envisage sous trois nouveaux angles.

Celui de l'action collective portée devant les juridictions judiciaires, d'abord, avec la présentation de Frédéric Guiomard, professeur de droit social à l'Université Toulouse 1 Capitole.

L'angle de la discrimination algorithmique, ensuite, qui présente nécessairement un caractère collectif. Nous aurons le plaisir d'entendre Bilel Benbouzid sur ce sujet important.

L'angle, enfin, de la comparaison internationale, qui nous transportera de l'autre côté de l'Atlantique, avec une analyse, par monsieur Philippe-André Tessier, de l'expérience québécoise de lutte contre les discriminations systémiques.

L'ACTION DE GROUPE : UNE VOIE D'AVENIR POUR RÉPARER LES PRÉJUDICES NÉS DES DISCRIMINATIONS ?

FRÉDÉRIC GUIOMARD

Professeur de droit social, Université Toulouse 1 Capitole

Aussi surprenant que cela puisse paraître, on peut estimer l'action de groupe comme un dispositif efficace d'un point de vue juridique. L'efficacité en droit est en effet définie comme l'aptitude d'une norme à produire les effets de droit qui sont attendus par celui qui pose une norme.

Les travaux préparatoires montrent que les ambitions du législateur étaient modestes lorsqu'il a décidé, en 2016, d'instituer cette nouvelle voie d'action en justice afin de lutter contre les discriminations. L'étude d'impact du projet de loi pour la justice du XXI^e siècle indiquait on ne peut plus clairement que le texte emporte « *un changement d'état d'esprit* », mais « *l'impact juridique lui-même ne sera pas très important dans la mesure où ce projet a été conçu pour s'intégrer au mieux dans le paysage juridique français* » (p. 161). Une intégration qui s'avèrera on ne peut plus discrète : en six ans, seules deux actions de groupe semblent avoir été engagées.

Dès l'adoption de la loi du 18 novembre 2016, il pouvait être perçu que le dispositif a été conçu pour ne pas servir ou pour rendre cette action particulièrement difficile à exercer. Les obstacles à l'exercice de l'action pèsent

aussi bien sur les procédures que sur les réparations.

Les procédures paraissent en premier lieu particulièrement contraignantes pour les justiciables. Sans entrer dans les détails des textes, l'action de groupe est enserrée dans une procédure impérative, qui exige dans un premier temps que le demandeur (syndicat représentatif ou association) mette l'employeur en demeure. Celui-ci doit alors en informer le Comité social et économique, et une période de « discussion » avec le CSE et les syndicats peut s'ouvrir sur les mesures permettant de faire cesser la discrimination alléguée. C'est le seul texte du Code du travail qui emploie un tel terme, assez significatif du faible niveau d'exigence posé. Face à une situation de discrimination collective alléguée, le législateur en appelle à une simple discussion, sans l'encadrer par aucune règle. Cette première étape peut durer jusqu'à six mois. Un tel délai imposé à une procédure amiable ne se rencontre nulle part ailleurs. Le décret du 11 décembre 2019, qui a généralisé, dans la procédure civile, l'obligation de recourir à des modes amiables de résolution des litiges n'impose aucun délai impératif. Un tel délai, cumulé avec les lenteurs traditionnelles du traitement des litiges par les juridictions constitue un véritable frein à l'exercice de l'action. La question pourrait se poser de la compatibilité de délais minimaux préalables à l'introduction d'une demande en justice avec les règles du procès équitable.

Les actions de groupe s'avèrent ensuite problématiques en ce qui concerne la réparation des préjudices. Deux règles emportent une sévère limitation des préjudices réparés. L'évaluation du préjudice relève en premier lieu d'une démarche compliquée. Dès lors que l'action ne tend pas à la seule cessation des manquements, il revient au juge de fixer les contours du groupe de victimes ou les critères du rattachement, de déterminer à l'avance « *les préjudices susceptibles d'être réparés* ». Aucune règle n'encadre ce pouvoir d'évaluation du juge, ce qui rend l'issue de ces litiges incertaine. Cette incertitude se conjugue avec la phase ultérieure de liquidation collective des préjudices laissant la place à une négociation entre le demandeur et l'employeur

sur la détermination des préjudices individuels indemnisés. Dans tous les cas, la loi du 18 novembre 2016 indique que les victimes peuvent saisir le juge de la réparation des préjudices auxquelles l'employeur n'a pas fait droit¹²⁴, l'action étant de la compétence du juge du tribunal judiciaire. L'action collective rend donc indispensable la conjugaison entre une action collective et une action individuelle pour permettre une liquidation individualisée des préjudices, ce qui pèse sur les délais, le coût et l'efficacité de la réparation.

En second lieu, le Code du travail impose une limitation injustifiable du droit à réparation. L'article L. 1134-8 prescrit que les préjudices indemnisables sont uniquement ceux qui sont nés après l'introduction de la demande. L'action de groupe n'ouvre droit à réparation que pour une partie très limitée des préjudices subis. On ne répare en quelque sorte que le préjudice de non-cessation du manquement, ce qui impose alors nécessairement de recourir à une action individuelle complémentaire. Les périodes couvertes par la réparation n'étant pas les mêmes, rien ne garantit que le juge saisi du litige individuel se considère comme lié par les appréciations du tribunal judiciaire dans l'action collective.

Ce panorama rapide permet de comprendre que le législateur a mis en place une procédure à la fois lente, complexe et limitée dans son étendue.

Il n'est pas vraiment surprenant que le tribunal judiciaire de Paris, dans sa décision du 15 décembre 2020¹²⁵ ait fait un usage si décevant de l'action de groupe en rejetant cette action en réparation d'un préjudice de retard de rémunération subi par des syndicalistes.

L'interprétation très restrictive qu'il livre de la loi pour la Justice du XXI^e siècle prive l'action de groupe de tout intérêt procédural. Il a d'abord estimé que l'obligation de discuter après la mise en demeure pouvait être limitée à une dénégation de l'existence de discrimination, sans encadrer cette étape par un minimum de loyauté qui devrait donner un sens à ce préalable de discussion. Il a ensuite écarté l'application des règles d'aménagement de la preuve issues du droit européen, en reprochant au syndicat demandeur de n'avoir

pas prouvé l'existence d'une discrimination collective. Enfin, du côté du préjudice, le tribunal a fait valoir qu'il ne pouvait examiner les disparités antérieures à 2016, au motif que cela conférerait un effet rétroactif aux nouvelles dispositions, ce qui confond la question de l'exercice de l'action et celle des droits qui peuvent faire l'objet d'une telle action. La décision confirme ainsi le potentiel assez limité de l'action de groupe à la française dans la lutte contre les discriminations. Ces difficultés peuvent engager les plaideurs à préférer, classiquement, en rester à une collection d'actions individuelles devant les conseils de prud'hommes, ce qui a été fait dans l'affaire dite des Chibanis de la SNCF.

Faut-il pour autant abandonner tout espoir en l'action de groupe en matière de discrimination ? Celle-ci peut-elle encore trouver sa place dans le droit français ?

Il ne fait pas de doute que ce type d'action présente une vraie utilité. La complexité des opérations de preuve en matière de discriminations collectives dans la carrière ou la rémunération nécessite des acteurs aguerris et le montage de dossiers lourds et coûteux. L'exercice individuel de l'action s'avère en ces matières particulièrement difficile. Par ailleurs, le caractère collectif de l'action est un moyen nécessaire afin de protéger les victimes contre le risque d'une rétorsion de l'employeur. Le caractère collectif de l'action ne devrait en outre pas faire obstacle à une évaluation individuelle des préjudices.

Le dispositif existant nécessiterait ainsi d'être corrigé afin de faire de l'action de groupe un outil plus efficace dans la lutte contre les discriminations. Certaines améliorations sont déjà envisageables par une interprétation plus favorable aux victimes des règles existantes. Les règles d'aménagement de la preuve issues des directives européennes pourraient tout naturellement être appliquées à ces espèces. La sensibilité que montre la chambre sociale de la Cour de cassation à l'égard du droit européen pourrait aisément conduire à une telle correction. Le très faible volume contentieux dresse cependant un obstacle à la constitution d'une telle jurisprudence.

Ne pourrait-on également imaginer une interprétation plus favorable aux victimes

s'agissant de la réparation des préjudices ? Il paraît possible par exemple de construire des passerelles entre les actions de groupe reconnaissant l'existence d'une discrimination et l'octroi de réparations aux prud'hommes. Surtout, il faut souhaiter que le législateur s'empare à nouveau de la question afin de corriger les aspects de la loi, tant en matière de procédure que de réparation.

Il faut enfin savoir tirer atout de l'une des particularités du droit français, provenant de la multiplicité des voies d'actions qu'il offre aux justiciables afin d'agir contre les discriminations, ce que ne font pas nombre de droits étrangers à l'instar du droit Nord-Américain.

L'action de groupe pourrait être conservée comme la voie privilégiée pour établir l'existence d'un manquement et pour en demander la cessation, alors que la réparation serait mieux appréhendée par l'action prud'homale individuelle, éventuellement en relais d'une action de groupe préalable. Les questions de principe, elles, seraient plus facilement abordées au moyen de l'action dans l'intérêt collectif de la profession. Il faut encore ajouter que les victimes disposent de l'appui précieux du Défenseur des droits dans ces procédures afin de pouvoir accéder aux preuves ou à une expertise sur les règles applicables.

Face à la diversité des affaires suscitées par les discriminations collectives, le droit français présente un avantage : proposer une gamme d'actions en justice variées.

En conclusion, il apparaît donc que le dispositif d'action de groupe en matière de discrimination adopté en 2016 est très imparfait, et ne se prête que difficilement à une mobilisation contentieuse. L'action n'a pas réussi à trouver sa place dans le paysage procédural français. On peut espérer que les actions de groupe expérimentées, de façon créative, seront l'occasion de la construction d'une jurisprudence qui permette de donner leur place à ces actions. Peut-être auront-elles également pour conséquence d'attirer l'attention du législateur sur la nécessité de les réformer de façon à offrir aux victimes l'accès à une action qui favorise une réparation complète, moins compliquée et rapide.

MACHINE PRÉDICTIVE ET JUSTICE SOCIALE DANS LES POLICES AMÉRICAINES.

BILEL BENBOUZID

Maître de conférence en sociologie, Université Paris-Est Marne-la-Vallée

C'est à partir de l'étude de la police et de leur usage des machines prédictives que je me suis intéressé aux enjeux de justice sociale et de discrimination.

Au cours des 10 dernières années, les techniques de police prédictive, ou prévision policière, se sont fortement développées, en particulier aux États-Unis. Celles-ci consistent à prévenir les crimes ou les délits à partir d'analyse de données existantes.

Fondés sur l'étude de bases de données de faits de délinquance (cambriolages, vols, trafics de stupéfiants, agressions sexuelles), les programmes déterminent les zones géographiques et les horaires où ces faits sont les plus probables de se produire permettant ainsi aux patrouilles policières de s'ajuster et d'être « au bon endroit, au bon moment ».

Aux États-Unis, cette technique est très utilisée. Elle l'est également dans la gendarmerie française.

La police cherche à devenir davantage proactive que réactive. Elle souhaite faire un réel travail de sécurité publique, c'est pour cette raison qu'elle s'est tournée vers ces nouvelles techniques. Jusqu'à présent, elle ne disposait pas d'outils lui permettant d'être proactive, à l'exception des patrouilles et des contrôles d'identité. Ces derniers ont, aux États-Unis comme en France, été source de polémiques, de procès, voire de condamnations. Rappelons que les policiers, aux États-Unis en particulier, sont soumis à des pressions pour réaliser leurs quotas de contrôles d'identité, même si l'usage des quotas est interdit. Aux États-Unis, il a été démontré que cette politique des quotas produisait des contrôles discriminants à l'égard des minorités. La police prédictive est donc apparue comme une solution : en orientant les patrouilles sur des prédictions en apparence neutres de la machine, on espère rectifier le problème des discriminations dans les activités de contrôle de la police.

La technique consiste à quadriller un quartier en projetant sur une carte des zones, des carrés de 500 mètres par 500 mètres, et d'envoyer la police dans le carré dans lequel existe une forte probabilité de cambriolages, à un moment précis. La police ne pouvant contrôler toutes les personnes qui passent dans ces zones, elle y patrouille de manière ostensible, un temps optimal calculé sur la base d'expérience passée, de façon à réaliser un temps de vigilance quotidien – il s'agit de produit de la sécurité. On parle de dosage optimisé des patrouilles dans l'espace et le temps.

Il faut le répéter, à l'origine, tout l'enjeu de ces technologies est de ne pas produire de la discrimination. Sauf que des associations ont dénoncé ces technologies en considérant qu'elles étaient racistes.

Ces technologies reposent sur la *machine learning*¹²⁶, ou apprentissage automatique, qui permet aux machines de devenir « intelligentes » car elles apprennent des régularités (ou irrégularités) dans les jeux de données.

Ces méthodes sont considérées comme discriminatoires car les données reflètent avant tout l'activité de la police et cette activité étant structurellement discriminante à l'égard des minorités, la prédiction des patrouilles a tendance à reproduire ces discriminations.

La machine est devenue elle-même raciste.

Mais cette hypothèse d'une machine raciste est tout à fait discutable. En fait, pour que les faits soient enregistrés dans les bases de données, il est nécessaire d'avoir effectué un dépôt de plainte. Si certaines personnes ne vont pas déposer plainte pour un cambriolage par exemple auprès de la police, les patrouilles seront orientées systématiquement dans les quartiers ou les personnes ont davantage déposé plainte. L'offre de sécurité publique est alors discriminatoire. On ne peut plus parler d'une police raciste, mais d'un accès inégal à ce bien public qu'est la sécurité. C'est une autre forme de discrimination qui n'est pas assez pris en compte dans le débat sur les biais de la police prédictive.

Si on se focalise sur le racisme plutôt que sur les autres formes de discrimination,

c'est en raison d'une autre controverse qui a largement contribué à cadrer le débat sur les systèmes algorithmiques : l'outil d'aide à la décision intitulé COMPAS, utilisé par les juges des tribunaux aux États-Unis¹²⁷, dont l'objectif est de déterminer les risques de récidive des délinquants. Ce logiciel, à l'issue d'un questionnaire, attribue un score de risque de récidive pour chaque personne. Cet outil a fait l'objet de controverse car des chercheurs ont montré que la machine se trompait et en particulier pour les personnes issues de minorités ethniques.

Face à ces constats, des recherches sont menées pour que les techniques de *machine learning* intègrent ces problématiques de discrimination. L'enjeu consiste alors à tenter d'intégrer dans la conception des machines des contraintes d'équité et non plus des seules contraintes d'efficacité.

Afin d'intégrer ces notions de justice sociale (*fairness*) dans la machine, il a fallu aller chercher des métriques de *fairness*, c'est-à-dire des manières plus ou moins différentes de dire : « *ceci est juste, ceci ne l'est pas* ». Il s'agit d'évaluer l'impartialité des systèmes et d'en atténuer la partialité.

Il existe plusieurs méthodes pour tenter de répondre à cette exigence de *fairness*.

La question qui se pose alors est celle de la régulation de l'intelligence artificielle et de son cadrage par le droit européen. Il semble difficile aujourd'hui de pouvoir déterminer une métrique officielle qui permette de « labelliser » des machines prédictives comme « justes » ou « équitables ».

Il est probable que des outils se développent, des kits, des labellisations, permettant de certifier la capacité des machines prédictives à produire des résultats « justes ». IBM a ainsi développé un kit qui permet d'afficher si la machine est juste ou pas, selon un certain nombre de métriques.

Le problème auquel nous sommes confrontés, c'est qu'il va être particulièrement difficile dans le futur pour les usagers de pouvoir prendre conscience et prouver les discriminations algorithmiques dont ils sont victimes. C'est un enjeu fondamental aujourd'hui.

Aujourd'hui, le droit européen qui se construit autour de l'*Artificial Intelligence Act* ne permet pas aux usagers de se mobiliser. Ce droit s'inspire de la loi de mise en conformité des machines relative à la sécurité des produits, c'est mécanique, technique, cela couvre essentiellement les enjeux de sécurité. L'*Artificial Intelligence Act* est donc un instrument de construction du marché européen qui protège les consommateurs et non pas les citoyens, en garantissant des droits fondamentaux vis-à-vis des usages et de la conception des systèmes d'intelligence artificielle.

AGIR CONTRE LES DISCRIMINATIONS SYSTÉMIQUES : L'EXEMPLE QUÉBÉCOIS.

PHILIPPE-ANDRÉ TESSIER

Président de la Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse du Québec

GENEVIÈVE ST-LAURENT

Conseillère juridique à la Direction de la recherche, Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse du Québec

INTRODUCTION

Adoptée en 1975 par l'Assemblée nationale du Québec¹²⁸, la Charte des droits et libertés de la personne vise « à affirmer solennellement les libertés et droits fondamentaux de la personne afin que ceux-ci soient garantis par la volonté collective et mieux protégés contre toute violation »¹²⁹. Son texte s'inspire de déclarations et de pactes internationaux qui énoncent les droits et libertés de tous les êtres humains, tels que la Déclaration universelle des droits de l'homme, le *Pacte international relatif aux droits civils et politiques* ainsi que le *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels*.

La Charte est reconnue comme étant une loi fondamentale, quasi constitutionnelle et à valeur supra-législative, c'est-à-dire que toutes les autres lois québécoises doivent respecter les droits qu'elle prévoit. Au niveau fédéral,

il existe également une Charte des droits, adoptée en 1982 et de valeur constitutionnelle. La Charte canadienne ne vise toutefois que les relations des individus avec l'État, alors que la portée de la Charte québécoise est plus large. En effet, sont tenus de s'y conformer tant le gouvernement du Québec et ses institutions, que les entreprises ou organismes privés et tous les citoyens dans leurs rapports sociaux.

La Charte québécoise comprend un chapitre consacré aux droits fondamentaux (qui correspondent plus ou moins à ce qu'on appelle en France les droits de première génération), et elle consacre ensuite, dans différents chapitres, le droit à l'égalité, les droits politiques et les droits judiciaires. Elle comprend également un chapitre dédié aux droits économiques et sociaux, cette dernière section n'ayant cependant pas de valeur supra-législative.

En plus de consacrer une série de droits et libertés, la Charte met en place différents mécanismes permettant de favoriser leur exercice et d'en garantir le respect. Furent ainsi créés, dès 1976, une Commission des droits de la personne¹³⁰ puis, en 1989, un Tribunal des droits de la personne. Ce dernier a notamment pour compétence d'entendre et disposer de toute demande relative à une situation de discrimination constatée au terme d'une enquête de la Commission¹³¹.

FONCTIONS ET RESPONSABILITÉS DE LA COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE ET DES DROITS DE LA JEUNESSE

Pour assurer sa large mission de promotion et de respect des principes contenus dans la Charte, la Commission assume différentes responsabilités¹³². Parmi celles-ci, nous nous attarderons plus particulièrement, dans le cadre de cette présentation, sur son rôle d'enquête en matière de discrimination. En effet, en vertu de la Charte¹³³, la Commission doit faire enquête, de sa propre initiative ou lorsqu'une plainte lui est adressée, sur toute situation qui lui paraît constituer un cas de discrimination. Cette enquête se fait sur un mode non contradictoire. La Commission recherche ainsi tout élément de preuve qui permet de favoriser un règlement à l'amiable entre les parties ou éventuellement de porter

le litige devant un tribunal. Si un règlement se révèle impossible, la Commission propose, en tenant compte de l'intérêt public et de celui de la victime, toute mesure de redressement qu'elle juge opportune¹³⁴. Une telle mesure peut viser l'admission de la violation d'un droit, la cessation de l'acte reproché, l'accomplissement d'une action particulière (pensons à la réintégration en emploi), ou la réparation du préjudice subi par le paiement d'une indemnité, par exemple. En cas de refus par la partie mise en cause de mettre en œuvre les propositions de la Commission, le litige pourra être porté devant un tribunal. Dans la majorité des cas, ce litige sera porté devant le Tribunal des droits de la personne (TDP).

Précisons qu'au Québec et au Canada, les tribunaux reconnaissent depuis de nombreuses années que la discrimination peut être directe, indirecte ou systémique, ce dernier terme étant sans doute le plus près de ce qui est identifié en France comme les « discriminations structurelles » auxquelles fait référence le titre de cette table ronde.

Dans la jurisprudence, la discrimination systémique a été définie plus particulièrement dans le contexte de l'emploi, mais peut s'appliquer dans d'autres secteurs. En emploi, elle a été définie comme étant :

« La discrimination qui résulte simplement de l'application des méthodes établies de recrutement, d'embauche et de promotion, dont ni l'une ni l'autre n'a été nécessairement conçue pour promouvoir la discrimination. La discrimination est alors renforcée par l'exclusion même du groupe désavantagé, du fait que l'exclusion favorise la conviction, tant à l'intérieur qu'à l'extérieur du groupe, qu'elle résulte de forces "naturelles", par exemple que les femmes "ne peuvent tout simplement pas faire le travail" »¹³⁵.

Ce qui nous amène au cœur de notre présentation d'aujourd'hui. À travers trois exemples d'affaires portées par la Commission devant les tribunaux, nous aborderons tant les succès que les limites des actions judiciaires visant à contrer la discrimination systémique devant les tribunaux à ce jour. Nous traiterons ensuite des perspectives qu'offre l'action collective, puisque la Commission a entrepris

récemment pour la première fois de s'attaquer à une situation de discrimination systémique par cette voie judiciaire particulière. Mentionnons qu'au-delà de l'action collective et des recours devant le TDP en lien avec les plaintes reçues, il arrive que la Commission agisse aussi comme intervenante devant les tribunaux civils ou administratifs, dans différents litiges qui mettent en cause la protection du droit à l'égalité, mais aussi d'autres droits ou libertés protégés par la Charte. Elle agit par exemple en ce moment comme intervenante dans un dossier où est contestée une mesure réglementaire qui prive les personnes demandeuses d'asile d'un accès aux places en garderie (crèche) financées par l'État¹³⁶.

LES SUCCÈS ET LES LIMITES DE L'ACTION INDIVIDUELLE FACE À LA DISCRIMINATION SYSTÉMIQUE AU QUÉBEC

La majorité des enquêtes de la Commission sur des situations de discrimination alléguée sont fondées sur une plainte individuelle. Dans certains cas, c'est un groupe de victimes qui portera plainte, soit par celles-ci directement ou par l'intermédiaire d'un organisme. Toutefois, la logique de responsabilité civile qui sous-tend en grande partie le recours devant le Tribunal des droits de la personne (TDP) impose que la preuve du préjudice soit faite de manière individuelle. La situation de chaque victime doit donc être exposée et le tribunal doit conclure à une situation de discrimination dans chaque cas individuel pour octroyer la réparation demandée¹³⁷.

Néanmoins, même lorsque les plaintes sont individuelles, la Commission peut, parce qu'elle agit pour le compte de la victime mais également dans l'intérêt public¹³⁸, demander au tribunal auquel elle s'adresse qu'il émette des ordonnances d'une portée qui dépasse le cas individuel qui lui est soumis¹³⁹. Cette possibilité a d'ailleurs été reconnue par la Cour suprême dans l'affaire *Bombardier*¹⁴⁰.

Les ordonnances dans l'intérêt public peuvent prendre différentes formes : obligation de suivre une formation, mise en place d'un programme d'accès à l'égalité en emploi, modification des procédures d'embauche, etc. Elles comportent cependant certaines

limites. Elles doivent notamment se rapporter au litige spécifiquement soumis au tribunal, être appuyées par la preuve pertinente et être appropriées compte tenu de l'ensemble des circonstances¹⁴¹. Il peut donc s'avérer complexe pour la Commission de recueillir une preuve suffisamment convaincante et étoffée pour venir soutenir une conclusion d'une portée large, dans l'intérêt public, à partir d'une situation factuelle individuelle. En outre, ces ordonnances ne permettent pas toujours d'avoir le contrôle sur le contenu de la formation à donner ou de la politique anti-discrimination qu'une partie du litige serait tenue d'élaborer¹⁴².

LA DÉCISION GAZ MÉTROPOLITAIN : UN EXEMPLE PROBANT DE LA PORTÉE DES MESURES À CARACTÈRE SYSTÉMIQUE

À l'instar de l'article 14 de la Convention européenne des droits de l'homme, la Charte ne protège pas le droit à l'égalité en soi. Celui-ci n'est protégé que dans l'exercice des autres droits et libertés garantis par la Charte. Le droit à l'absence de discrimination ne peut donc à lui seul fonder un recours et doit nécessairement être rattaché à un autre droit ou à une autre liberté de la personne.

Précisons que pour qu'il y ait discrimination au sens de l'article 10 de la Charte, trois éléments doivent d'abord être réunis : une distinction, exclusion ou préférence ; fondée sur l'un des 14 motifs protégés ; et qui affecte l'exercice en pleine égalité de l'un des droits ou libertés protégés par la Charte. Une fois établis les trois éléments d'une discrimination à *première vue*, le défendeur peut présenter des éléments de preuve réfutant l'allégation de discrimination ou une défense justifiant la discrimination. S'il parvient à le faire, le tribunal conclura à une absence de violation du droit à l'égalité.

Dans la décision *Gaz Métropolitain*¹⁴³ sur laquelle nous allons d'abord nous attarder, la Commission agissait en faveur de huit femmes qui alléguaient avoir fait l'objet d'une discrimination en embauche, interdite par l'article 16 de la Charte.

Dans cette affaire, le TDP constata d'abord une importante sous-représentation des femmes dans le poste qui était à pourvoir, un poste de « préposé réseau », fonction aux tâches mal

définies et qui n'étaient occupées à l'époque par aucune femme. Il conclut également que les exigences préalables à l'embauche et l'ensemble du processus comportaient des biais et des pratiques qui ont eu pour effet d'exclure de façon disproportionnée les femmes du poste en question. Il fut notamment démontré que lors des examens pratiques, on avait fourni aux femmes des gants de travail beaucoup trop grands pour effectuer correctement les tâches imposées. On exigeait aussi que les candidates aient un permis de conduire réservé à certains types de véhicules lourds, alors que la preuve a révélé que ce permis pouvait aisément être obtenu en cours d'emploi. Au surplus, les questions posées en entretien révélaient des biais sexistes de la part des responsables de l'embauche.

Le TDP précisa dans ses motifs que la discrimination systémique en emploi envers les femmes est aussi entretenue par une culture institutionnelle comprenant divers biais, préjugés et stéréotypes inconscients qui sont favorables aux personnes déjà présentes dans le milieu et qui orientent la sélection des candidats en fonction de personnes semblables à celles déjà en poste. Cela a pour effet de perpétuer l'exclusion des catégories de personnes qui n'ont pas eu l'occasion de pénétrer dans ce milieu.

Des réparations individuelles ont été octroyées à certaines candidates, mais tant le TDP que la Cour d'appel, qui a confirmé la décision, ont aussi prononcé des ordonnances à portée systémique. Parmi les mesures à portée systémique qui ont été ordonnées, mentionnons l'obligation faite à l'entreprise d'élaborer, dans un délai de trois mois et en consultation avec la Commission, un programme d'accès à l'égalité¹⁴⁴ conforme aux prescriptions de la Charte et comportant notamment des mesures visant l'embauche prioritaire des femmes ayant les qualités et aptitudes essentielles requises pour exercer le travail de « préposé réseau », ou tout poste équivalent, et ce, selon un taux de nomination préférentiel établi à 40 %. Il fut aussi ordonné de cesser d'exiger le type de permis de conduire spécifique préalablement à l'embauche et d'adapter aux

caractéristiques physiques des femmes les tests de sélection, les outils et les méthodes de travail respectivement utilisés dans le cadre du recrutement, du programme de formation et de l'emploi en question. Le TDP avait en outre ordonné la mise sur pied d'un comité pour contrer le harcèlement sexuel et sexiste au travail, mais cette dernière ordonnance fut transformée en simple recommandation par la Cour d'appel, celle-ci estimant que l'ordonnance était insuffisamment justifiée par le Tribunal et que sa pertinence était trop lointaine par rapport à la preuve administrée. Soulignons que dix ans plus tard, de nombreuses femmes occupent ce poste au sein de l'entreprise et le PDG de Gaz Métropolitain était jusqu'à récemment une femme, Sophie Brochu, qui s'est dite très fière de reconnaître le virage entrepris en matière d'égalité femmes/hommes dans les processus de recrutement de cette importante compagnie québécoise.

LA DÉCISION BOMBARDIER : UNE DÉCISION EN DEMI-TEINTE DANS LA LUTTE CONTRE LES DISCRIMINATIONS SYSTÉMIQUES

Le second exemple que nous aborderons est celui de l'affaire *Bombardier*, qui illustre les limites de l'action individuelle dans la preuve de discrimination systémique, mais qui permet également la reconnaissance formelle, par le plus haut tribunal du pays, du phénomène de profilage racial.

Dans cette affaire, un pilote canadien d'origine pakistanaise s'était vu refuser une formation devant être donnée au Texas et au Québec par Bombardier, une compagnie aéronautique. L'enquête de la Commission a révélé qu'à la suite des événements du 11 septembre 2001, le pilote avait été placé — probablement en raison d'une erreur d'identité¹⁴⁵ — sur une liste de personnes interdites d'entrée aux États-Unis par les autorités américaines et Bombardier avait été avisé par le Département américain de la justice que celui-ci présentait une menace pour la sécurité aérienne. Bombardier a ainsi refusé d'offrir la formation au pilote, se disant contrainte de respecter la décision américaine.

Saisi par la Commission, le TDP a rendu en 2010 un jugement¹⁴⁶ reconnaissant que la compagnie avait porté atteinte au droit du plaignant de bénéficier de services ordinairement offerts au public et à son droit à la sauvegarde de sa dignité et de sa réputation sans discrimination fondée sur l'origine ethnique ou nationale¹⁴⁷. Le TDP condamna Bombardier au versement de dommages-intérêts punitifs, compensatoires et moraux, tout en lui ordonnant de cesser d'appliquer ou de considérer les normes et décisions des autorités américaines en matière de sécurité nationale lors du traitement de demandes de formation de pilote sous une licence de pilote canadienne.

Toutefois, la Cour d'appel du Québec renversa la décision et l'affaire fut finalement tranchée par la Cour suprême en 2015, qui estima que la preuve n'avait pas été faite que l'origine ethnique ou nationale avait joué d'une façon quelconque dans la décision défavorable des autorités américaines pour la demande de vérification de sécurité. En conséquence, la Cour conclut à l'absence de discrimination.

Cette décision défavorable permit néanmoins à la Cour suprême, pour la première fois, de reconnaître le profilage racial comme étant une forme particulière de discrimination, reprenant ainsi la définition élaborée par la Commission en 2005 et qui se lit comme suit :

« Le profilage racial désigne toute action prise par une ou des personnes en situation d'autorité à l'égard d'une personne ou d'un groupe de personnes, pour des raisons de sûreté, de sécurité ou de protection du public, qui repose sur des facteurs d'appartenance réelle ou présumée, tels [que] la race, la couleur, l'origine ethnique ou nationale ou la religion, sans motif réel ou soupçon raisonnable, et qui a pour effet d'exposer la personne à un examen ou à un traitement différent.

Le profilage racial inclut aussi toute action de personnes en situation d'autorité qui appliquent une mesure de façon disproportionnée sur des segments de la population du fait, notamment, de leur appartenance raciale, ethnique ou nationale ou religieuse, réelle ou présumée. »¹⁴⁸

Cette importante reconnaissance du phénomène vint notamment valider la jurisprudence du TDP en la matière. Depuis, la Commission a eu gain de cause dans plusieurs affaires où des corps de police municipaux ont été reconnus responsables de profilage à l'endroit de citoyens racisés.

Récemment, dans une décision impliquant la police de la ville de Longueuil¹⁴⁹, la Commission a par exemple obtenu différentes ordonnances visant à enrayer le phénomène au sein du corps de police visé. Dans cette affaire, le plaignant avait été intercepté sans motif alors qu'il se déplaçait dans une voiture d'une marque luxueuse. Lors du procès, la Commission a notamment mis en preuve ses travaux internes et un rapport d'expertise sociale exposant les préjugés négatifs qui concernent les hommes noirs et le profilage dont ils sont l'objet de la part des policiers, entre autres en lien avec les infractions routières (préjugé souvent qualifié de « driving while black »).

Le TDP a ainsi ordonné, outre une réparation pécuniaire du préjudice subi par le plaignant, que soit donnée une formation aux policiers, mais aussi au personnel-cadre du service de police. Le contenu de cette formation est d'ailleurs balisé par l'ordonnance : celle-ci doit inclure une revue de la jurisprudence, expliquer le phénomène du profilage et la manière dont se manifestent les préjugés et stéréotypes - conscients ou non - dans les interventions policières, identifier des mesures et pratiques qui permettent de contrer le phénomène, etc. Cette formation doit en outre être donnée dans un certain délai, être récurrente et elle doit donner lieu à une évaluation des acquis par les personnes qui la suivent.

Le jugement ordonne également à la ville impliquée de recueillir et de publier annuellement, à compter de l'année 2021, des données statistiques concernant l'appartenance raciale perçue ou présumée des personnes faisant l'objet d'une interpellation policière afin de documenter le phénomène du profilage racial. En effet, le Tribunal considère qu'une telle collecte est nécessaire afin de mieux documenter l'ampleur du profilage racial au sein du service, à conscientiser davantage les policiers et policières et à mieux les outiller

pour le combattre. Il estime aussi que « *la communication périodique de ces données, en toute transparence tout en respectant le droit à la vie privée des personnes interpellées, peut contribuer à mieux informer le public et à maintenir sa confiance dans son service de police* ».

L'ACTION COLLECTIVE : UNE NOUVELLE VOIE JUDICIAIRE EN MATIÈRE DE LUTTE CONTRE LES DISCRIMINATIONS ?

La Commission reçoit régulièrement des plaintes relatives à des situations de discrimination subies dans le cadre du processus d'embauche, dans différents secteurs économiques. Certaines sont par exemple liées à l'article 18.1 de la Charte, qui interdit spécifiquement de requérir d'une personne, dans un formulaire de demande d'emploi ou lors d'un entretien d'embauche, des renseignements sur les motifs de non-discrimination visés à l'article 10, à moins que ces questions soient liées aux aptitudes ou qualités requises pour l'emploi.

Or, avec le temps, la Commission a constaté que beaucoup d'employeurs exigeaient, dans le cadre de leur processus de recrutement, que les candidates et candidats fournissent des renseignements très détaillés sur leur état de santé, informations par ailleurs couvertes par le motif « handicap » de l'article 10 de la Charte. On a ainsi vu se développer des pratiques où des questionnaires et des examens médicaux pré-embauche très intrusifs avaient pour effet de porter atteinte au droit à l'intégrité de la personne et au droit au respect de la vie privée¹⁵⁰ de manière discriminatoire. L'action individuelle permet généralement, dans ce type de situations, d'obtenir la réintégration de la personne dans le processus d'embauche ou une réparation financière du préjudice subi, mais la Commission a pu constater que malgré le volume conséquent d'affaires traitées en cette matière, aucun changement durable ne semblait s'instaurer dans les pratiques des employeurs.

La Commission a donc entrepris pour la première fois, en 2019, une action collective à l'encontre d'un grand employeur de la région de Montréal, le Centre de services scolaires de Montréal (CSSDM)¹⁵¹. Cet organisme public est l'employeur des enseignants, personnel de

bureau, éducateurs spécialisés, personnel de soutien, etc., qui travaillent dans l'ensemble des écoles publiques de son territoire. Or, l'enquête a révélé qu'il utilisait le même formulaire pour tous les emplois, sans tenir compte des spécificités de chaque poste ou des aptitudes requises en lien avec les fonctions occupées.

Précisons que l'action collective¹⁵² est un type de procédure créé en 1979 qui a beaucoup été utilisé en matière de consommation, par exemple pour des cas de publicité trompeuse dans le domaine alimentaire ou à l'encontre des cigarettiers par les personnes ayant développé des cancers en lien avec leur consommation de tabac. Ce type d'action est aussi utilisé en matière d'environnement ou de protection des renseignements personnels. Ce type de procédure permet à une personne ou un organisme d'entreprendre une poursuite judiciaire au nom d'un groupe de personnes se trouvant dans une situation similaire, permettant aux « membres » à l'action collective d'obtenir réparation à travers une seule preuve et un seul débat judiciaire. En ce sens, l'action collective mise sur la force du nombre afin de faire respecter les droits de chaque membre du groupe, favorisant un meilleur accès à la justice en regroupant les recours des membres (parfois plusieurs milliers de personnes), ce qui évite la multiplication de recours individuels.

La Commission a donc déposé une demande en Cour supérieure¹⁵³ visant à obtenir l'autorisation d'exercer une action collective afin de faire déclarer discriminatoire l'utilisation systématique et automatique, par le CSSDM, d'un questionnaire médical pré-embauche unique et à la portée trop large pour toutes les personnes qui posent leur candidature pour un emploi, en contravention du droit, pour toute candidate et tout candidat, à un processus d'embauche exempt de discrimination fondée sur le handicap ou la perception de handicap. La Commission souhaite également que soit reconnu que ces pratiques constituent une violation du droit au respect de la vie privée et du droit à la sauvegarde de la dignité, protégés par les articles 4 et 5 de la Charte. La Commission demande à représenter toute personne ayant posé sa candidature pour un emploi auprès du CSSDM depuis octobre 2016

et ayant eu à remplir le formulaire en question. L'objectif poursuivi par la Commission est avant tout de faire reconnaître la nature systémique de la discrimination subie et d'obtenir des dommages-intérêts moraux et punitifs pour les personnes concernées. Mais elle cherche également à faire modifier le questionnaire afin qu'il soit conforme à la Charte, notamment afin qu'il se limite à vérifier les qualités et aptitudes rationnellement requises par chacun des emplois offerts par le CSSDM et qu'il ne puisse être exigé qu'après qu'une offre d'embauche conditionnelle ait été présentée au candidat ou à la candidate. Il est en outre demandé que les renseignements personnels recueillis à travers les formulaires non conformes soient détruits¹⁵⁴.

Il s'agit d'une première initiative de ce type pour notre organisme, qui comporte évidemment son lot de défis. La demande d'exercer l'action collective n'a toujours pas été autorisée à ce jour, la Cour devant trancher, de manière préliminaire, certaines questions relatives à la compétence du tribunal saisi. En effet, le CSSDM affirme que puisqu'il s'agit d'un litige en matière d'emploi, celui-ci relève de la convention collective et que ce sont les juridictions en droit du travail qui sont donc compétentes de manière exclusive. Compte tenu du fait que la discrimination survient avant le recrutement effectif des employés, la Commission estime quant à elle être pleinement compétente pour faire enquête et représenter les parties lésées, mais le débat reste à faire devant la Cour avant de pouvoir envisager de faire la preuve du caractère discriminatoire du processus d'embauche. Soulignons toutefois que bien que le recours soit toujours au stade préliminaire, le CSSDM a d'ores et déjà annoncé son intention de réviser et modifier le formulaire médical pré-embauche en question.

Force est de constater que malgré ses aspects prometteurs, l'action collective comporte des limites évidentes. Outre les enjeux de compétence, le fardeau de preuve en matière de discrimination au Québec soulève aussi des questions, particulièrement en lien avec le motif handicap, puisque l'obligation d'accommodement raisonnable qui naît lorsqu'il y a discrimination à première vue

(pensons à un poste de travail non adapté à la condition de santé d'un employé) se prête assez mal à un mode de règlement des litiges qui soit collectif. En effet, l'accommodement doit, par nature, être adapté à la situation de la personne¹⁵⁵. Finalement, on peut penser que le caractère inédit de la demande introduite par la Commission amènera sans doute les tribunaux, si celle-ci vient à être autorisée, à clarifier les règles d'application particulières de ce type de procédure aux recours exercés en matière de droits et libertés de la personne.

CONCLUSION

Ces différents exemples nous ont permis d'aborder brièvement les principaux moyens d'action judiciaires de la Commission face aux situations de discrimination systémique. Or, tel que mentionné précédemment, la Charte confie à la Commission diverses responsabilités visant la protection et la promotion de l'ensemble des droits qui y sont consacrés¹⁵⁶, au-delà de ses pouvoirs d'enquête, qu'elle utilise également afin de lutter contre toutes les formes de discrimination. Nous souhaitons donc, en conclusion, attirer votre attention sur certaines des autres voies d'action dont dispose la Commission afin de lutter contre la discrimination systémique.

À travers sa mission de recherche, la Commission a par exemple mené une large consultation publique, en 2009, sur le profilage racial. Se heurtant depuis plusieurs années aux limites du traitement individuel des plaintes dans ce domaine, la Commission a en effet estimé que la solution à la discrimination systémique vécue par les minorités racisées devait elle aussi prendre une dimension systémique. Pour ce faire, il fallait tout d'abord susciter une prise de conscience collective quant à ce problème et cerner les pistes de solution à mettre en œuvre. Un rapport comportant plus de 90 recommandations a ainsi été publié en 2011¹⁵⁷. Ces recommandations s'adressaient à l'ensemble de l'administration publique, plus particulièrement le secteur de la sécurité publique, le secteur scolaire et le système de protection de la jeunesse. La Commission poursuit ses travaux en la matière

et un bilan relatif à la mise en œuvre des recommandations de ce rapport a d'ailleurs été publié en octobre 2020¹⁵⁸.

La Commission a aussi mené différentes études, par exemple pour mesurer la discrimination à l'embauche subie par les minorités racisées à travers un *testing* de CV dans la grande région de Montréal¹⁵⁹. Plus récemment, pour prendre un dernier exemple, elle a mené une étude qui a notamment permis de documenter les conséquences majeures qu'entraînent les actes haineux à caractère xénophobe sur les victimes et l'impact que cela a sur l'exercice de leurs droits¹⁶⁰.

La mission de la Commission implique aussi d'être à l'écoute des personnes ou groupes qui soulèvent des questions relatives aux droits et libertés de la personne, de les étudier et d'éventuellement faire des recommandations au gouvernement. Elle analyse aussi tous les projets de loi de l'Assemblée nationale du Québec afin d'en relever les dispositions qui pourraient être contraires à la Charte, y compris au droit à l'égalité, et elle fait, ici aussi, les recommandations appropriées au gouvernement.

Finalement, parmi les autres moyens d'action de la Commission face à la discrimination systémique, il importe de souligner que la Commission assure le suivi et l'encadrement des programmes d'accès à l'égalité dans un grand nombre d'organismes publics, en vertu de la *Loi sur l'accès à l'égalité en emploi dans des organismes publics* et qu'elle peut aussi, si elle constate une situation de discrimination systémique dans l'emploi, les secteurs de l'éducation, de la santé ou tout autre service ordinairement offert au public, recommander la mise en place d'un programme d'accès à l'égalité¹⁶¹. Les programmes d'accès à l'égalité, particulièrement en emploi, visent à assurer la représentation équitable des personnes issues de groupes victimes de discrimination dans tous les types d'emploi d'une organisation ou d'une entreprise et à repérer et corriger les règles et les pratiques de gestion des ressources humaines qui peuvent potentiellement exclure ou désavantager les personnes issues de tels groupes¹⁶².



Philippe-André Tessier, président, Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse du Québec

ACTUALITÉS RÉCENTES

DE LA COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE ET DES DROITS DE LA JEUNESSE

La Commission a produit une déclaration, publiée dans le Devoir du 7 octobre 2021, concernant la notion de racisme systémique : <https://www.cdpedj.qc.ca/fr/actualites/declaration-racisme-systemique> ainsi qu'un document de réflexion sur cette même notion : <https://www.cdpedj.qc.ca/fr/publications/document-reflexion-racisme-systemique>. Elle rappelle notamment sa recommandation au gouvernement québécois d'adopter une politique de lutte contre le racisme et la discrimination systémique.

La CDPDJ s'est également récemment prononcée sur le projet de loi n° 101 visant à renforcer la lutte contre la maltraitance envers les aînés et toute autre personne majeure en situation de vulnérabilité ainsi que la surveillance de la qualité des services de santé et des services sociaux, insistant notamment sur la nécessité de préserver l'équilibre entre protection et autonomie dans la lutte contre la maltraitance (<https://www.cdpedj.qc.ca/fr/actualites/presentation-loi-101-maltraitance-aines>).

La Commission s'est également positionnée concernant l'aide médicale à mourir, et s'est dite préoccupée de l'inaccessibilité de l'aide médicale à mourir à certaines personnes, notamment les personnes mineures et les personnes incapables de consentir aux soins (<https://www.cdpedj.qc.ca/fr/actualites/commission-loi-soins-fin-de-vie>).

Le 5 août 2021, la Commission a également publié une synthèse de son avis concernant les enjeux relatifs à l'accommodement des enfants en situation de handicap dans les camps de jour municipaux du Québec (<https://www.cdpedj.qc.ca/fr/publications/camps-de-jour>).

En matière de handicap, elle a également produit son rapport annuel sur l'accès à l'égalité en emploi des personnes handicapées dans les organismes publics, qui contient des engagements et des recommandations (<https://www.cdpedj.qc.ca/fr/actualites/rapport-lae-personnes-handicapees>).

De manière générale, la Commission réagit régulièrement aux faits d'actualité concernant le profilage racial et sur le domaine de la sécurité publique.

À ce titre, la Commission a vu les plaintes liées au profilage racial doubler en trois ans <https://www.journaldequebec.com/2021/10/25/les-plaintes-pour-profilage-ont-triple>.

Mémoire au Comité consultatif sur la réalité policière https://www.cdpedj.qc.ca/storage/app/media/publications/memoire_consultation-police_CCRP.pdf.

Mémoire à la Commission de la sécurité publique de la ville de Montréal dans le cadre de la consultation sur la politique en matière d'interpellations du service de police de la ville de Montréal https://www.cdpedj.qc.ca/storage/app/media/publications/memoire_interpellations_police_montreal.pdf.

Bilan de la mise en œuvre des recommandations du Rapport de consultation de la Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse sur le profilage racial et ses conséquences <https://www.cdpedj.qc.ca/storage/app/media/publications/bilan-profilage-racial.pdf>.



Journée d'étude
MERCREDI 24 NOVEMBRE 2021
 Défenseur des droits
Mission de confiance

Claudine Jacob, directrice Protection des droits, affaires judiciaires, Défenseur des droits

CONCLUSION

CLAUDINE JACOB

Directrice « Protection des droits, affaires judiciaires », Défenseur des droits

Cette journée met en évidence toute la difficulté du parcours d'une mobilisation individuelle ou collective pour arriver jusqu'à la réparation des préjudices, en passant par les étapes de la procédure judiciaire et de la reconnaissance de la discrimination systémique. Les témoignages et conclusions apportées par nos différents intervenants mettent en évidence tout le travail qu'il reste à effectuer en la matière.

Il est toutefois nécessaire de souligner l'incroyable mobilisation d'un certain nombre d'acteurs et tout d'abord des victimes elles-mêmes. Le retour d'expérience des femmes de chambre de l'hôtel Ibis les Batignolles est de ce point de vue très remarquable et encourageant. Elles ont ouvert cette journée d'étude en dépeignant des conditions de travail extrêmement difficiles, absolument inadmissibles et un courage exemplaire pour se mobiliser, mobiliser les autres, trouver des soutiens et des accompagnements pour parvenir au bout de 18 mois à une résolution de la situation.

Mais le parcours est long et complexe...

L'enjeu est de parvenir à « traduire » ces mobilisations pour qu'elles soient qualifiées juridiquement. Comment passer de discriminations individuelles vécues par plusieurs victimes à une mobilisation collective ? Comment rendre les victimes actrices de cette mobilisation pour obtenir la reconnaissance de leurs statuts et les restituer dans leurs droits et leur dignité ?

Car il s'agit bien ici de lutte contre les discriminations et donc d'engagement contre des atteintes à la dignité humaine. Une des limites évoquées au cours de cette journée est l'absence de financement pour permettre ces mobilisations.

Notre loi créant l'action de groupe dans le domaine des discriminations est récente et bien en retard par rapport à l'Amérique du Nord où le Québec par exemple dispose d'un fonds pour financer les recours collectifs. En 2015, le Défenseur des droits, avant même son avis sur le projet de loi de 2016, avait recommandé la création d'un fonds¹⁶³. Il ne faut pas y renoncer et l'institution n'y renonce pas.

En matière d'administration de la preuve, certains intervenants se réjouissaient du fait que la notion d'aménagement de la preuve était acquise selon eux, en matière de discrimination directe et individuelle, mais ce n'est malheureusement pas tout à fait le cas. Si cette notion est acquise effectivement par la chambre sociale de la Cour de Cassation, en revanche elle n'est pas retenue dans d'autres chambres de la Cour.

Comment qualifier les indices qui permettent l'aménagement de la charge de la preuve ?

À ce titre, le Défenseur des droits, avec un certain nombre d'avocats et d'autres professionnels du droit, se bat depuis plusieurs années pour faire accepter les différents outils tels que les *testings* ou les enregistrements clandestins, devant les juridictions. La coopération entre les inspecteurs du travail, les avocats et les chercheurs en sciences sociales est plus que jamais nécessaire pour contribuer à apporter du matériel au juriste qui pourra l'utiliser pour constituer le faisceau d'indices qui permet l'aménagement de la charge de la preuve de la discrimination. Les liens entre le Défenseur des droits et l'inspection du travail sont à ce titre très utiles.

En matière de discrimination indirecte, les preuves sont plus compliquées à apporter.

La discrimination indirecte est une disposition, un critère ou une pratique neutre en apparence, mais susceptible d'entraîner un désavantage particulier pour des personnes en vertu d'un des critères prohibés par la loi.

C'est par les discriminations indirectes qu'on parvient, la plupart du temps, à la qualification de la discrimination systémique. Ces discriminations ne peuvent être appréhendées que grâce à un travail des professionnels du droit avec les experts en sciences sociales, tel qu'illustré au cours de cette journée.

Les sciences sociales apportent des éléments permettant de qualifier la discrimination dans son aspect systémique, structurel, fonctionnel, et à identifier des phénomènes invisibles de prime abord dans les différents contextes évoqués (organisation du travail dans une entreprise ou un secteur professionnel donné). On peut citer à nouveau les recherches de monsieur Jounin sur les travailleurs du bâtiment, ou encore les études de messieurs Jobard et Levy sur les contrôles d'identité.

Pour réussir à agir dans le cadre d'une action en justice, on doit mettre en cause une organisation ou une entreprise et pouvoir décrire les phénomènes discriminatoires existant en leur sein. C'est après un travail conjoint du juriste et du sociologue qu'il est alors possible de décrire puis de qualifier juridiquement la discrimination et de préparer le dossier contentieux.

L'histoire montre qu'il a été très difficile pour les juges civilistes, les conseillers des prud'hommes, d'appréhender les règles de preuves en matière de discrimination. La notion de discrimination systémique est une étape supplémentaire qui nécessitera aussi du temps. Les derniers échecs ne doivent pas interrompre la bataille...

Ont été expliquées aujourd'hui deux victoires importantes et emblématiques dans lesquelles le Défenseur des droits a présenté des observations : l'affaire concernant les conditions d'emploi indignes dans le bâtiment de travailleurs maliens et celle d'un commissariat sur la question des contrôles d'identité sur les jeunes du quartier.

L'enjeu aujourd'hui est de faire accepter la notion de discrimination systémique par la jurisprudence, au-delà du conseil des prud'hommes, devant un tribunal judiciaire c'est-à-dire, devant des juges compétents en matière d'action de groupe qui sont peu familiers du droit des discriminations.

Il semble qu'on soit confronté à une grande difficulté, tant pour le juge judiciaire que pour le juge administratif, à articuler dans le cadre de l'action de groupe le droit procédural avec le droit des discriminations. Or, sans cette articulation, si on applique la preuve civile habituelle par exemple, la charge étant supportée par le demandeur, il sera toujours extrêmement difficile d'apporter la preuve d'une discrimination. Un important travail de pédagogie et de formation des juges est nécessaire.

D'autres difficultés nous attendent, liées en particulier au fait que la loi de 2016 prévoit que les faits générateurs de la discrimination doivent être postérieurs à son « entrée en vigueur ». Une interprétation restrictive de cette disposition conduit à une entrée en vigueur effective de la loi dans dix ou quinze ans. Il y a ici un risque de vider la loi de sa substance.

Enfin, les difficultés concernent également le juge qui ne dispose d'aucun outil pour aborder les actions de groupe. Il se retrouve devant une problématique nouvelle, sans connaître son rôle qui n'est pas défini dans la loi. Il s'agit d'un terrain vierge pour lui. Comment se passe le processus de constitution du groupe s'il considère qu'il y a un manquement ? Et la phase de réparation ? Le Défenseur des droits, des avocats, ont fait des recommandations dans ce domaine notamment pour notre institution dans ces avis au Parlement et dans des observations en justice très complètes.

Le dernier atelier a montré que de nombreux défis restent à surmonter. Certains, comme les travaux sur les algorithmes le montrent, ont été déjà anticipés par le Défenseur des droits notamment¹⁶⁴. Et si à l'avenir les juristes doivent collaborer également avec des mathématiciens ou des statisticiens, en plus des sociologues, alors nous le ferons.

Cette journée souligne encore à quel point la lutte contre les discriminations systémiques doit être une affaire de tous : sociologues, juristes, avocats, syndicats, associatifs, inspecteurs du travail... et bien évidemment des victimes de discriminations.

Merci à toutes et tous.

NOTICES BIBLIOGRAPHIQUES ET PRINCIPALES PUBLICATIONS

SLIM BEN ACHOUR

BIOGRAPHIE

Slim Ben Achour est avocat à la Cour d'appel de Paris, spécialiste des questions d'égalité et de non-discrimination, membre du syndicat des avocats de France.

PRINCIPALES PUBLICATIONS

- Ben Achour S., « La bataille contre les contrôles au faciès (saison 1) », *Délibérée*, 2017, 1, pp. 86-90 ;
- Ben Achour S., « L'avocat, acteur de la lutte contre les discriminations », *Les Cahiers de la Justice*, 2010, 4, pp. 135-147.

BILEL BENBOUZID

BIOGRAPHIE

Après une formation d'ingénieur des travaux publics de l'État (à l'ENTPE), Bilel Benbouzid soutient une thèse de doctorat en sociologie des sciences sur les technologies de lutte contre le crime.

Maitre de conférence à l'Université Gustave Eiffel depuis 2013, il conduit une recherche sur la police prédictive où il s'est intéressé aux questions de discrimination et d'équité dans les systèmes algorithmiques d'aide à la décision. Il oriente progressivement ses travaux vers les sciences sociales computationnelles, en travaillant en particulier sur des données YouTube. Il a participé récemment à une recherche sur la détection de la haine sur YouTube dans le cadre du Rapport sur la lutte contre le racisme, l'antisémitisme et la xénophobie de la CNCDH. Il est actuellement en délégation CNRS au Centre Internet et Société où il mène une recherche sur l'économie du marché

d'influence sur YouTube d'une part, et la régulation de l'intelligence artificielle, d'autre part.

PRINCIPALES PUBLICATIONS

- Dampierre C., Mogoutov A., Tainturier B., Benbouzid B., Cardon D., Cointet J.-P., Froio C., Perrier A., « L'empreinte antisémite dans l'espace YouTube français (chapitre 1.3.1) », In CNCDH *La lutte contre le racisme, l'antisémitisme et la xénophobie*, Rapport, 2020 ;
- Benbouzid B., « Quand prédire, c'est gérer. La police prédictive aux États-Unis », *Réseaux*, vol. 211, 2018, 5, pp. 221-256.

SARAH BENICHO

BIOGRAPHIE

Juriste de formation, Sarah Benichou a exercé diverses fonctions dans le monde syndical et associatif avant de devenir consultante spécialiste des discriminations. Auteure d'une thèse de droit, *Le droit à la non-discrimination "raciale" : instruments juridiques et politiques publiques*, elle a été chargée d'enseignement et a notamment assuré de 2015 à 2020 le cours sur le droit de la non-discrimination dans le cadre du Master « Migrations et relations interethniques » de l'Université Paris VII-Diderot. Elle travaille à la direction de la Promotion de l'égalité et de l'accès aux droits du Défenseur des droits depuis 2012, où elle occupe aujourd'hui le poste d'adjointe du directeur.

PRINCIPALES PUBLICATIONS

- Benichou S., *Le droit à la non-discrimination "raciale" : instruments juridiques et politiques publiques*, Thèse de l'université Paris 10, 1^{er} décembre 2011.

SAVINE BERNARD**BIOGRAPHIE**

Avocate associée au sein du Cabinet 1948 AVOCATS, ayant prêté serment en 1997, et ne travaillant qu'aux côtés des salariés, syndicats de salariés et représentants du personnel.

PRINCIPALES PUBLICATIONS

- Chroniques juridiques régulières dans *l'Humanité* : *Alerter n'est pas dénigrer* (10 janvier 2022), *Sans juge le travailleur est sans droits* (15 novembre 2021), *Les Sourds s'emparent des prud'hommes* (27 septembre 2021) ;
- Bernard S., Code du télétravailleur, *Éditions DALLOZ*, 2021 ;
- Bernard S., « L'égalité des femmes dans la profession d'avocat », *La Lettre du SAF*, octobre 2020 ;
- Bernard S., Roulet V., « Controverse : le CSE et le droit à la participation des travailleurs : des victimes collatérales de la covid-19 ? », *Revue de Droit du Travail, Dalloz*, 2020, pp. 440-447.

SANDRA BOUCHON**BIOGRAPHIE**

Avocate de formation, Sandra Bouchon a exercé dans un cabinet spécialisé en droit du travail dans la défense des salariés. En 2009, elle rejoint la Halde en tant que juriste au sein du pôle emploi privé, et se spécialise dans les questions de discrimination dans l'emploi. Elle affine ensuite son expertise sur les questions spécifiques d'égalité entre les femmes et les hommes et les problématiques de harcèlement sexuel. Elle rejoint ensuite la direction territoriale du Défenseur des droits pour accompagner et former les délégués référents sur ce sujet. Fin 2021, elle quitte le Défenseur des droits pour monter sa société spécialisée dans la réalisation d'enquêtes internes en matière de discrimination, harcèlement moral et sexuel. Elle enseigne également à l'Université de Reims et dispense des formations sur ces sujets.

GWÉNAËLE CALVÈS**BIOGRAPHIE**

Gwénaële Calvès est professeure de droit public à l'Université de Cergy-Pontoise et membre du collège « *Lutte contre les discriminations et promotion de l'égalité* » du Défenseur des droits. Avec Daniel Sabbagh, elle codirige, depuis 2001, le groupe de recherche « *Politiques antidiscriminatoires* » (CERI-Sciences Po).

PRINCIPALES PUBLICATIONS

- Calvès G., *Territoires disputés de la laïcité*, Paris, Presses Universitaires de France, 2018 ;
- Calvès G., *La discrimination positive*, Paris, Presses Universitaires de France, coll. « Que sais-je ? », 4^e éd., 2016 ;
- Calvès G., *Envoyer les racistes en prison ? Le procès des insulteurs* de Christiane Taubira, Paris, LGDJ, 2015 .

VINCENT-ARNAUD CHAPPE**BIOGRAPHIE**

Vincent-Arnaud Chappe est sociologue, chargé de recherche au CNRS, membre du Centre d'étude des mouvements sociaux à l'EHESS. Ses recherches portent sur différentes pratiques de régulation du travail, notamment concernant les discriminations. Il s'intéresse par exemple à la façon dont les acteurs du système des relations professionnelles mènent des enquêtes et traitent les informations disponibles en appui de leurs revendications.

PRINCIPALES PUBLICATIONS

- Chappe V.-A., Keyhani N., *La mobilisation collective des cheminots PS25 contre la SNCF*, Rapport de recherche, 2021 ;
- Chappe V.-A., *L'égalité au travail. Justice et mobilisations contre les discriminations*, Paris, Presses des Mines, coll. « Sciences sociales », 2019 ;
- Chappe V.-A., Denis J.-M., Guillaume C., Pochic S., *La fin des discriminations syndicales ? Luttés judiciaires et pratiques négociées*, Éditions du Croquant, 2019, 255 p.

PATRICK CHARLIER**BIOGRAPHIE**

Juriste, Patrick Charlier est Directeur d'Unia – Centre interfédéral pour l'égalité des chances et la lutte contre le racisme (Belgique) depuis 2016.

PRINCIPALES PUBLICATIONS

- Charlier P., *Dis, c'est quoi la discrimination ?*, Édition la Renaissance du livre, 2019, 90 p. ;
- Charlier P., Lejeune J., « De l'État de transit à l'État de droit », *Revue du droit des étrangers*, Décembre 2004, pp. 374-397 ;
- Charlier P., Mary Ph., Nève M., Reynaert P., *Le Guide du prisonnier*, Éditions LABOR, 2002, 333 p. ;
- Charlier P., Lejeune J., « 20 ans de loi contre le racisme – paysage, horizon et changement de perspective », *Hémisphère Gauche*, 2001, 0, pp. 55-81 ;
- Charlier P., « Dire les droits de l'Homme, c'est bien, les respecter, c'est mieux », in *Droits de l'Homme et démocratie - relativité ou universalité*, édité par Solidarité socialiste et la Ligue des droits de l'Homme, 1998 ;
- Charlier P., « La protection de la vie privée », in *Droits de l'Homme et démocratie - relativité ou universalité*, édité par Solidarité socialiste et la Ligue des droits de l'Homme, 1998 ;
- Charlier P., 100 questions sur les polices, *Éditions Jeunesse et droit*, 1998 ;
- Charlier P., « Que reste-t-il du droit d'asile ? Réfugiés et droits de l'Homme en Belgique », In *Le front du refuge*, Éditions De la démocratie, 1994.

CLARA GANDIN**BIOGRAPHIE**

Avocate associée du cabinet 1948 AVOCATS, Clara Gandin a prêté serment en 2018 et exerce essentiellement en droit de la non-discrimination au travail, aux côtés des salariés et des organisations syndicales.

PRINCIPALES PUBLICATIONS

- Chroniques juridiques régulières dans l'Humanité : *Réintégré onze ans après le licenciement : la carrière doit être reconstituée* (24 janvier 2022), *Lanceur d'alerte et licenciement* (4 octobre 2021), *Camaïeu rappelée à l'ordre pour discrimination* (19 avril 2021), *Prouver la discrimination : l'employeur doit coopérer !* (4 janvier 2021) ;
- Gandin C., « Le congé parental ne doit pas aboutir à une réduction des droits », *Semaine sociale Lamy*, 8 juillet 2019.

FRÉDÉRIC GUIOMARD**BIOGRAPHIE**

Frédéric Guiomard est professeur de droit privé, spécialisé en droit du travail et droit de la protection sociale, à l'Université Toulouse Capitole, E.A. 1920, Responsable du Département de Droit du travail et de l'activité professionnelle. Il est responsable de la chronique 'Contentieux, procédure et juridictions' à la revue de droit du travail. Ses travaux de recherche portent sur le contentieux social, le droit de la protection sociale et le droit des discriminations.

PRINCIPALES PUBLICATIONS

- Guiomard F., « L'action de groupe-discrimination en quête de sens. (À propos du jugement du tribunal judiciaire de Paris, 15 décembre 2020, FTM-CGT c/ SA Safran Aircraft Engines) », *Le Droit ouvrier*, 2021, 336, pp. 321-336 ;
- Guiomard F., Jad A., « Les principes d'universalité et d'égalité dans la réforme du système de retraite », *Droit social*, Dalloz, 2021, p. 294 ;
- Guiomard F., « Un sociologue aux prud'hommes », *Revue de droit du travail*, Dalloz, 2020, p. 137 ;
- Guiomard F., « La preuve des discriminations syndicales dans l'action de groupe », *Revue de droit du Travail*, Dalloz, 2018, p. 866 ;
- Guiomard F., « L'extension des règles de preuve des discriminations aux procédures de référé », *Revue de droit du travail*, Dalloz, 2017, p. 742.

LIORA ISRAËL**BIOGRAPHIE**

Liora Israël est sociologue du droit, Directrice d'Études à l'École des Hautes Études en Sciences Sociales (EHESS), Membre du Centre Maurice Halbwachs (UMR 8097 CNRS/ENS/EHESS). Elle a notamment travaillé sur les mobilisations politiques du droit, sur la formation juridique des élites, ou en encore sur le traitement judiciaire des discriminations. Elle s'occupe au sein de l'EHESS de l'Ouvroir de Sciences Sociales Potentielles (OuSciPo) dont l'objet est de construire des partenariats entre monde de la recherche et société civile.

PRINCIPALES PUBLICATIONS

- Israël L., « Détournement de procès ? L'affaire des "Quatre de Fleury-Merogis" », *Histoire Politique*, 2021, 45 ;
- Israël L., À la gauche du droit. Mobilisations politiques du droit et de la justice (1968-1981), *Éditions de l'EHESS*, 2020 ;
- Israël L., L'arme du droit, 2^e édition, *Éditions Presses de Sciences Po*, Paris, 2020.

CLAUDINE JACOB**BIOGRAPHIE**

De 1983 à 1999 puis de 2011 à 2014, Claudine Jacob occupe des postes de juge des enfants et juge d'instance et présidente de chambre dans différents tribunaux. En 1999, elle devient chargée de mission pour les affaires pénales européennes et internationales auprès du directeur des affaires juridiques du ministère des Affaires étrangères, de 2002 à 2007 magistrate de liaison au Canada et de 2008 à 2011 conseillère justice civile à la Représentation permanente de la France auprès de l'Union européenne à Bruxelles. De 2014 à 2016, Claudine Jacob est nommée experte nationale détachée à la Commission des libertés civiles, de la justice et des affaires intérieures du Parlement européen.

Depuis 2016, elle dirige la direction de la protection des droits - affaires judiciaires au Défenseur des droits.

NICOLAS JOUNIN**BIOGRAPHIE**

Sociologue, Nicolas Jounin est auteur d'une thèse sur les relations de travail et les discriminations dans le secteur du bâtiment, et co-auteur d'un ouvrage sur les grèves de travailleurs sans-papiers. Maître de conférence en disponibilité de l'Université Paris 8, il réalise des expertises sur les conditions de travail pour les représentants du personnel dans le cadre du cabinet Cedaet.

PRINCIPALES PUBLICATIONS

- Jounin N., Tourette L., *Marchands de travail, Édition Seuil*, 2014 ;
- Barron P., Bory A., Chauvin S., Jounin N., Tourette L., *On bosse ici ! On reste ici !*, *Édition La Découverte*, 2011 ;
- Jounin N., *Chantier interdit au public. Enquête parmi les travailleurs du bâtiment*, *Édition La Découverte*, 2008 ;
- Jounin N., Palomares É., Rabaud A., « Ethnicisations ordinaires, voix minoritaires », *Sociétés contemporaines*, 2008, 70, pp. 7-23.

RACHEL KÉKÉ**BIOGRAPHIE**

Rachel Kéké Raïssa a pris ses fonctions en 2003 à l'hôtel Ibis Batignolles comme femme de chambre puis gouvernante à partir de 2019. Elle est l'une des porte-parole de la grève des femmes de chambre de l'hôtel Ibis Batignolles entamée en 2019 contre la société STN, sous-traitante du groupe Accor, qui s'est achevée en mai 2021.

Depuis la fin de cette mobilisation, Rachel Kéké dénonce plus généralement dans les médias l'injustice que subissent les femmes d'origine étrangère dans la société française et insiste sur les conséquences que les emplois précaires qu'elles occupent majoritairement ont sur leur santé physique et mentale (accidents du travail, harcèlement moral et sexuel, mépris, etc.).

NARGUESSE KEYHANI

BIOGRAPHIE

Narguesse Keyhani est maitresse de conférences à l'Université Lyon 2, membre du laboratoire TRIANGLE et de l'Institut Convergence Migrations. Avec Vincent-Arnaud Chappe, elle a enquêté sur la mobilisation collective des cheminots marocains contre les discriminations à la SNCF. Elle a aussi participé à une enquête collective sur le traitement judiciaire des infractions racistes, coordonnée par Abdellali Hajjat et Audrey Célestine.

PRINCIPALES PUBLICATIONS

- Chappe V.-A., Keyhani N., *La mobilisation collective des cheminots PS25 contre la SNCF*, Rapport de recherche, 2021 ;
- François C., Gilbert P., Keyhani N., Masclet C., « Espaces non mixtes : l'entre-soi contre les inégalités ? », *Métropolitiques*, 2021 ;
- Keyhani N., Hajjat A., Rodrigues C., « Saisir le racisme à travers sa pénalisation », *Genèses*, 2019, 116/39.

OMER MAS CAPITOLIN

BIOGRAPHIE

Omer Mas Capitolin est agent de développement social, communautaire et local, membre de la plateforme « *Pour en finir avec les contrôles au faciès* », une coalition d'organisations non gouvernementales qui s'efforce de promouvoir des réformes visant à réduire la pratique des contrôles au faciès. Il est également co-fondateur de la Maison Communautaire pour un Développement Solidaire (MCDS), une organisation non gouvernementale qui lutte contre la discrimination et promeut l'amélioration des relations entre la police et la population en France.

SYLVIE KIMISSA

BIOGRAPHIE

Sylvie Kimissa travaille depuis 2013 à l'hôtel Ibis Batignolles comme femme de chambre. Elle est l'une des porte-parole de la grève des femmes de chambre de l'hôtel Ibis Batignolles entamée en 2019 contre la société STN, sous-traitante du groupe Accor et qui s'est achevée en mai 2021.

MARIE MERCAT-BRUNS

BIOGRAPHIE

Marie Mercat-Bruns est Professeure Affiliée à l'École de droit de Sciences Po, membre du Comité scientifique du Programme Presage sur le Genre. Depuis 2019, elle a été nommée Expert pour la France sur l'Égalité des sexes auprès de la Commission Européenne. Maitresse de Conférence en droit privé, HDR au CNAM et membre du laboratoire LISE CNRS (Copilote de l'Axe Genre, Droit et Discriminations), elle dirige aussi le pôle « Discriminations et droits fondamentaux » dans le réseau Trans Europe Experts. Elle a récemment rédigé un rapport mondial sur le racisme pour l'UNESCO (2021) et a participé à plusieurs groupes de travail pour l'exécutif dont un sur l'évolution de la protection de la personne vulnérable pour le ministère de la Justice, de la Santé et des Personnes Handicapées (Rapport Caron-Déglise 2018).

PRINCIPALES PUBLICATIONS

- Mercat-Bruns M., « Les inégalités à l'épreuve de la crise sanitaire : télétravail et discrimination indirecte fondée sur le sexe », *JCP*, 2021, p. 461 ;
- Mercat-Bruns M., « La discrimination intersectionnelle : une notion émergente en droit du travail ? », *Bulletin Joly*, 2021, p. 52 ;
- Mercat-Bruns M., Nouveaux modes de détection et de prévention de la discrimination et accès au droit : action de groupe et discrimination systémique ; algorithmes et préjugés ; réseaux sociaux et harcèlement sexuel, *Société de législation comparée*, 2020 ;

- Mercat-Bruns M., « Le droit français est-il suffisamment équipé en matière de lutte contre la discrimination systémique », *Revue de Droit du Travail*, 2020, p. 373 ;
- Mercat-Bruns M., « Les figures de la discrimination au travail : quelle cohérence ? », *Revue Droit du Travail*, 2020, p. 25 ;
- Mercat-Bruns M., « La discrimination systémique : peut-on repenser les outils de la non-discrimination en Europe ? » *REDH*, 2018, 14 ;
- Mercat-Bruns M., Oppenheimer D. B., Cady S., « Comparative Perspectives on the Enforcement and Effectiveness of Antidiscrimination Law: challenges and innovative tools », *Springer International Publishing*, 2018 ;
- Mercat-Bruns M., « Racisme au travail : les nouveaux modes de détection et les outils de prévention », *Droit social*, 2017, p. 361 ;
- Mercat-Bruns M., « Discrimination at Work: Comparing European, French, and American Law », *Oakland: University of California Press*, 2016 ;
- Mercat-Bruns M., « L'identification de la discrimination systémique », *Revue de Droit du Travail*, Nov. 2015, p. 672 ;
- Mercat-Bruns M., *Discriminations en droit du travail : dialogue avec la doctrine américaine*, Paris, Dalloz, 2013.

MARILYNE POULAIN

BIOGRAPHIE

Secrétaire de l'Union Départementale CGT de Paris, Membre de la direction confédérale CGT, Pilote du collectif Immigration de la CGT, Directrice de la revue « Droit ouvrier ».

PRINCIPALES PUBLICATIONS

- Poulain M., Carayon L., « Fin de chantier pour le racisme des patrons », *Délibérée*, 2021, 12, pp. 70-77 ;
- Poulain M., « Travailleurs étrangers sans-papiers, et s'il était temps d'appliquer notre Constitution et de garantir l'égalité de

traitement et la cohésion sociale ! », *Annales des Mines - Réalités industrielles*, 2021, 2, pp. 48-51 ;

- Poulain M., « Les actions collectives animées par la CGT ont permis la condamnation prud'homale de la discrimination raciale systémique », *Chronique Ouvrière*, Février 2020 ;
- Poulain M., « À propos de l'Affaire du Chantier de Breteuil - Récit d'un combat syndical et juridique », *Droit ouvrier*, Avril 2020 ;
- Poulain M., « Le procès de la traite », *Plein droit*, 2018, 4, p. 119 ;
- Poulain M., « Mafia et traite bd de Strasbourg », *Plein droit*, 2017, 2, p. 113.

ISABELLE RORIVE

BIOGRAPHIE

Isabelle Rorive est professeure à la Faculté de droit et de criminologie de l'Université libre de Bruxelles (ULB) où elle est également présidente du Centre Perelman. Conseillère de la Rectrice et du Président de l'ULB pour la politique de la diversité, membre du comité d'experts seniors de l'European Equality Law Network et membre fondateur du comité scientifique du Berkeley Centre on Comparative Equality and Anti-Discriminations Law, Isabelle Rorive poursuit ses recherches de manière collective dans des projets européens et internationaux en s'appuyant sur une approche interdisciplinaire. Avec Emmanuelle Bribosia, elle a créé l'Equality Law Clinic en octobre 2014 dont elle assure aujourd'hui la direction.

PRINCIPALES PUBLICATIONS

- Rorive I., « Le droit à la santé sans discrimination des résidents des maisons de repos laissé pour compte » (avec C. Derave), in F. Tulkens, S. Parsa (éd.), *État de droit, état d'exception et libertés publiques*, *Anthémis*, 2022, pp. 205-253 ;
- Rorive I., « Digital Profiling: Challenges for Equal Opportunities in Online Targeted Employment Advertising » (avec A.M. Corréa Harcus), *European Journal of Human Rights*, 2021, pp. 221-241 ;

- Rorive I., « Discrimination intersectionnelle : mode d'emploi » (avec E. Bribosia & R. Medard Inghilterra), *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 2021, pp. 241-274 ;
- Rorive I., "Religious Conscientious Objection: A Troubled Path" (avec A.M. Corrêa Marcus), in S. Mancini (ed.), *Handbook on Constitutions and Religions*, Edward Elgar Publishers, 2020, pp. 370-382 ;
- Rorive I., « Convention sur l'élimination des discriminations à l'égard des femmes et Pactes onusiens : quel potentiel pour les droits des femmes ? » (avec E. Bribosia), in D. Bernard & C. Harmel (eds.), *Code commenté - Droits des femmes*, Bruxelles, Larcier, 2020, pp. 23-34 ;
- Rorive I., « Article 20 - Égalité en droit » et « Article 21 - Non-discrimination » (avec E. Bribosia & J. Hilaire), in F. Picod, C. Rizcallah & S. Van Drooghenbroeck (éd.), *Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Commentaire article par article*, Bruxelles, De Boeck, 2019, 2^e éd., pp. 533-557 et pp. 559-592 ;
- Rorive I., *Human Rights Tectonics. Global Dynamics on Integration and Fragmentation* (éd. avec E. Bribosia), Cambridge, Intersentia, 2018 (avec une contribution intitulée "Why a global approach to non-discrimination law matters: Struggling with the 'conscience' of companies", pp. 111-140) ;
- Rorive I., *Governing Plural Societies. Migrants integration and multiculturalism in North America and in Europe* (éd. avec A. Rea, E. Bribosia, D. Sredanovic), Bruxelles, PUB, coll. *Études européennes*, 2018 ;
- Rorive I., "Human rights integration in action: making equality law work for trans people in Belgium" (avec E. Bribosia), in *Fragmentation and Integration in Human Rights Law: Users' Perspectives*, in E. Brems & S. Ouald-Chaib (eds), Cheltenham, Edward Elgar Publishers, 2018, pp. 111-138 ;
- Rorive I., « Lutter contre les discriminations », in C. Bricteux et B. Frydman (dir.), *Les défis du droit global*, Bruxelles, Bruylant, coll. *Penser le droit*, 2018, pp. 41-61 ;

- Rorive I., *Droit de la non-discrimination : avancées et enjeux* (éd. avec E. Bribosia & S. Van Drooghenbroeck), Bruxelles, Bruylant, 2016 ;
- Rorive I., « Chronique - Droit de l'égalité et de la non-discrimination » (avec E. Bribosia), *Journal européen des droits de l'homme*, 2013, pp. 297-329 ; 2014, pp. 205-237 ; 2015, 2, pp. 223-243 ; 2016, 2, pp. 254-268 ; 2017, 2, pp. 191-213 ; 2018, 2, pp. 126-145 ; 2019, 2, pp. 120-140.

GENEVIÈVE ST-LAURENT

BIOGRAPHIE

Geneviève St-Laurent est avocate et titulaire d'un doctorat en cotutelle de l'Université Laval (Québec) et d'Aix-Marseille Université (France). Sa thèse a reçu le prix des Éditions législatives Aix-Marseille, le prix de l'Association québécoise de droit comparé et le prix Michel-Robert de l'ABC-Québec. De 2016 à 2018, Maître St-Laurent fut chercheuse postdoctorale et chargée de cours à la Faculté de droit de l'Université de Montréal. Depuis 2018, elle est conseillère juridique à la Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse.

PRINCIPALES PUBLICATIONS

- Saint-Laurent G., La condamnation pénale comme limite au droit de vote ou la quête de l'équilibre entre un droit fonctionnel et un droit individuel, *Thèse de Sciences Juridiques et Politiques*, 29 septembre 2015.

MATHILDE ZYLBERBERG

BIOGRAPHIE

Mathilde Zylberberg a passé le concours d'entrée à l'École nationale de la magistrature en décembre 1998 et obtenu le poste de juge d'instruction près le tribunal de grande instance de Laon en septembre 2001. De septembre 2001 jusqu'au 31 mars 2021 elle a occupé divers postes de magistrats.

Depuis le 1^{er} avril 2021, elle occupe le poste de cheffe du pôle « Emploi - biens et services privés » au sein du Défenseur des droits.

PHILIPPE-ANDRÉ TESSIER

BIOGRAPHIE

Maitre Philippe-André Tessier a été nommé vice-président responsable du mandat Charte en décembre 2017 et a assuré l'intérim de la présidence en mars 2018, avant d'être nommé président de la CDPDJ par l'Assemblée nationale le 28 février 2019. Avant sa nomination à la Commission, il était associé et chef du groupe de droit du travail chez Robinson Sheppard Shapiro et sa pratique était axée sur le droit du travail et de l'emploi ainsi que le droit administratif.

Diplômé de l'Université de Montréal en droit, en relations industrielles et en communication, Maitre Tessier est membre du Barreau du Québec ainsi que de l'Ordre des conseillers en ressources humaines agréés (CRHA). Il est également titulaire de la désignation d'Administrateur de sociétés certifié (ASC).

Maitre Tessier a été très actif au sein de son ordre professionnel, ayant été président de l'Association du Jeune Barreau de Montréal (AJBM), secrétaire et trésorier du Conseil du Barreau de Montréal ainsi que membre du comité exécutif et du Conseil général du Barreau du Québec. Il a également été membre et secrétaire du conseil d'administration d'Éducaloi et était, jusqu'à sa nomination à la Commission, membre et président de la Société québécoise d'information juridique (SOQUIJ). Maitre Tessier a également été très impliqué lors de ses études dans le mouvement étudiant collégial et universitaire et a présidé le comité d'accréditation institué en vertu de la Loi sur l'accréditation et le financement d'associations d'élèves ou d'étudiants.



PROGRAMME

DE LA JOURNÉE D'ÉTUDE D'ÉTUDE DU 24 NOVEMBRE 2021

8H30

ACCUEIL

9H00

OUVERTURE

Claire Hédon, Défenseuse des droits

9H15

I- LE TEMPS DE LA MOBILISATION : COMMENT SE RECONNAITRE COLLECTIVEMENT DISCRIMINÉS ?

Cette table-ronde abordera, à partir de cas concrets, les modalités de constitutions des collectifs. Comment prendre conscience qu'on a subi, individuellement et collectivement, des inégalités de traitement discriminatoires ? Comment sortir du cas individuel pour aller vers le collectif ? Comment le groupe se saisit du droit ? Quels acteurs et appuis ?

Il s'agira également d'évoquer les « épreuves du collectif » : à quelles conditions et avec quelles ressources, un collectif de plaignants se construit et parvient à se maintenir dans le temps, malgré la longueur de la procédure, les embûches, les intérêts divergents, etc.

ANIMATRICE

Liora Israël, sociologue du droit et de la justice, directrice d'études, EHESS.

INTERVENANTS

- **Rachel Kéké** et **Sylvie Kimissa**, représentantes des femmes de chambre de l'hôtel Ibis Batignolles ;
- **Omer Mas Capitolin**, agent communautaire, Maison communautaire pour un développement solidaire (MCDS) ;
- **Vincent Arnaud Chappe**, sociologue, CNRS, EHESS et **Nargesse Keyhani**, maîtresse de conférences en science politique, Université Lyon II, Triangle, IC Migrations ;
- **Savine Bernard** et **Clara Gandin**, avocates, Barreau de Paris, 1948 Avocats.

11H00

II- LA TRADUCTION EN DROIT DE LA DISCRIMINATION : COMMENT FAIRE LA PREUVE DE LA DISCRIMINATION ?

Cette table abordera les enjeux de la preuve des désavantages et inégalités discriminatoires ressentis au regard notamment de l'aménagement de la charge de la preuve qui s'applique en droit de la non-discrimination.

Comment mettre à jour et caractériser la différence de traitement collective ?

Quel faisceau d'indices pour établir en droit la discrimination ?

Quels usages et rôles des comparaisons, des testings et des statistiques ?

ANIMATRICE

Sarah Benichou, adjointe au directeur, Direction « Promotion de l'égalité et de l'accès aux droits », Défenseur des droits.

INTERVENANTS

- **Mathilde Zylberberg**, cheffe du pôle « Emploi, biens et services privés », Défenseur des droits ;
- **Maryline Poulain**, syndicaliste CGT, UD Paris ;
- **Patrick Charlier**, directeur, Centre interfédéral pour l'égalité des chances (UNIA) de Belgique.

14H00**III- COMMENT METTRE EN LUMIÈRE LA DISCRIMINATION SYSTEMIQUE ? LE LIEN ENTRE SCIENCES SOCIALES ET DROIT**

Les inégalités de traitement pointées dans certains dossiers traduisent des discriminations structurées au sein des organisations mises en cause et reflètent des discriminations d'ordre systémique. Cette séquence étudiera comment les sciences sociales, et la sociologie en premier lieu, sont aujourd'hui mobilisées avec efficacité dans des recours pour discrimination et discutera de l'usage de la notion de discrimination systémique issue des sciences sociales.

Comment les sciences sociales peuvent-elles constituer des points d'appui majeurs pour contextualiser des dossiers individuels ?

Comment faire la preuve de la dimension systémique des discriminations et caractériser la discrimination auprès du juge en mobilisant des études ?

Quelle appréhension des juges français et européens des discriminations collectives ?

ANIMATRICE

Marie Mercat Bruns, maîtresse de conférences en droit privé, HDR, professeure affiliée à l'Ecole de droit de Sciences Po, CNAM.

INTERVENANTS

- **Slim Ben Achour**, avocat, Cour d'appel de Paris ;
- **Nicolas Journin**, maître de conférence en sociologie, CRESPPA, Université Paris-VIII-Saint-Denis ;
- **Sandra Bouchon**, ancienne juriste du Défenseur des droits, juriste conseil harcèlement/discrimination ;
- **Isabelle Rorive**, professeure de droit, Centre Perelman et Equality Law Clinic, Université libre de Bruxelles.

15H30**IV- COMMENT SANCTIONNER ET CORRIGER LES DISCRIMINATIONS STRUCTURELLES ? L'ACTION COLLECTIVE DE DEMAIN**

Les réparations et sanctions obtenues en cas de discrimination restent tout à fait insuffisantes au regard des standards, notamment européens, de proportionnalité et d'effets dissuasifs et strictement individuelles.

Cette séquence abordera les atouts et limites de la procédure d'action de groupe et les perspectives du droit pour sanctionner et voir corriger des discriminations structurelles au prisme notamment de l'exemple québécois et des nouveaux enjeux posés par les discriminations et biais issus des algorithmes.

ANIMATRICE

Gwénaële Calvès, Professeur de droit public à l'Université de Cergy-Pontoise.

INTERVENANTS

- **Frédéric Guiomard**, professeur de droit social, Université Toulouse 1 Capitole ;
- **Bilel Benbouzid**, maître de conférence en sociologie, Université Paris Est Marne la Vallée ;
- **Philippe-André Tessier**, président, Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse du Québec.

17H00**CONCLUSION**

Claudine Jacob, directrice Protection des droits, affaires judiciaires, Défenseur des droits.

NOTES

- ¹ Défenseur des droits, Mission de recherche Droit et Justice, Multiplication des critères de discrimination. Enjeux et perspectives. Actes du colloque, 18 & 19 janvier 2018, Paris, 2019, 218 p.
- ² Loi n° 2001-1066 du 16 novembre 2001 relative à la lutte contre les discriminations (dans le domaine du travail) ; loi n° 2002-73 du 17 janvier 2002 de modernisation sociale ; loi n° 2004-1486 du 30 décembre 2004 portant création de la Haute Autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité (devenue Défenseur des droits en 2011) ; loi n° 2006-396 du 31 mars 2006 pour l'égalité des chances ; 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, constitue le principal texte de référence.
- ³ Défenseur des droits, Organisation internationale du travail, 14e baromètre de la perception des discriminations dans l'emploi, consacré à la jeunesse, Paris, 2021, 36 p.
- ⁴ C.A. Orléans, 7 février 2017, n° RG 15/02566.
- ⁵ C.A. Rennes, 10 décembre 2014, n° RG 14/00134.
- ⁶ Défenseur des droits, Enquête sur l'accès aux droits – volume 1 : relations police / population : le cas des contrôles d'identité, Rapport, 2017, 44 p.
- ⁷ Défenseur des droits, Avis 15-25 du 1er décembre 2015 relatif à la sécurité dans les gares face à la menace terroriste ; Avis 15-27 du 11 décembre 2015 relatif à la prévention et à la lutte contre les incivilités, contre les atteintes à la sécurité publique et contre les actes terroristes dans les transports collectifs de voyageurs ; Avis 16-12 du 10 mai 2016 relatif à la lutte contre les contrôles d'identité abusifs.
- ⁸ Défenseur des droits, Décision MDS-2016-132 du 29 avril 2016 relative à des contrôles d'identité discriminatoires.
- ⁹ Cass. 1^{ère} civ., Arrêt relatif au caractère non-discriminatoire d'un contrôle d'identité intervenu suite à un vol en réunion, 9 novembre 2016, n° 15-24207. Les douze autres arrêts de la Cour de cassation : n° 15-24214 ; 15-24213 ; 15-24211 ; 15-24209 ; 15-24208 ; 15-25873 ; 15-25877 ; 15-25876 ; 15-24210 ; 15-24207 ; 15-25875 ; 15-25872.
- ¹⁰ Défenseur des droits, Décision 2018-257 du 18 octobre 2018 relative à une procédure en responsabilité de l'Etat pour contrôles d'identité discriminatoires / Défenseur des Droits ; Décision 2021-054 du 9 mars 2021 relative à des observations devant une Cour d'appel dans le cadre d'une procédure en responsabilité de l'État pour contrôles d'identité discriminatoires / Défenseur des Droits.
- ¹¹ C.A. Paris, 8 juin 2021, n° RG 19/00872.
- ¹² Défenseur des droits, Avis 20-11 du 11 décembre 2020 relatif à l'audition de la Défenseure des droits par la mission d'information de l'Assemblée nationale sur l'émergence et l'évolution des différentes formes de racisme et les réponses à y apporter.
- ¹³ Défenseur des droits, La mise en œuvre de la Convention relative aux droits des personnes handicapées (CIDPH), Rapport, 2020, 108 p.
- ¹⁴ Défenseur des droits, Discriminations et origines : l'urgence d'agir, Rapport, 2020, 80 p.
- ¹⁵ Défenseur des droits, « Gens du voyage » : lever les entraves aux droits, Rapport, 2021, 23 p.
- ¹⁶ Défenseur des droits, Algorithmes : prévenir l'automatisation des discriminations, Déclaration commune avec la CNIL, 2020, 11 p.
- ¹⁷ Défenseur des droits, Décision 2019-108 du 19 avril 2019 relative à la situation de 25 travailleurs en situation irrégulière s'estimant victimes de traitements discriminatoires de la part de leur employeur, une entreprise du secteur du bâtiment, en raison de leur origine et de leur nationalité.
- ¹⁸ Défenseur des droits, La mobilisation collective des cheminots PS25 contre la SNCF : dynamique et tensions d'une action judiciaire groupée, Études & résultats, 2021, 13 p.
- ¹⁹ La MCDS est une organisation non gouvernementale qui lutte contre la discrimination et promeut l'amélioration des relations entre la police et la population en France. L'organisation travaille sur quatre questions fondamentales : le profilage ethnique dans les contrôles de police, les contrôles abusifs, la violence policière et l'amélioration des relations entre la police et la population, en particulier les relations entre la police et les jeunes. L'approche communautaire de la MCDS vise à renforcer la capacité des citoyens à élaborer collectivement des solutions à leurs problèmes au sein de leurs communautés locales.

La MCDS fournit aux jeunes les conseils et les outils nécessaires pour réfléchir collectivement à leurs problèmes et identifier des solutions, puis les accompagne dans la formulation des aspects opérationnels de leurs projets et dans l'obtention d'un soutien institutionnel pour la réalisation de leur vision de la transformation sociale. La MCDS développe et co-construit également un réseau ouvert d'acteurs locaux capables d'utiliser leurs diverses positions, intérêts et compétences pour apporter collectivement un changement. Les expériences et les connaissances acquises dans un quartier sont ensuite utilisées pour organiser d'autres quartiers. Cette approche vise à bâtir des collectifs, à créer un sentiment d'appartenance et à donner aux personnes les moyens de devenir des agents du changement.

- ²⁰ Défenseur des droits, Décision 2020-102 du 12 mai 2020 relative à des observations devant le tribunal judiciaire de X dans le cadre d'une procédure en responsabilité de l'État pour contrôles d'identité discriminatoires.
- ²¹ La Brigade des mamans contre les amendes abusives de leurs enfants - Bondy Blog.
- ²² Mobilisation judiciaire menée à la fin des années 1990 contre l'entreprise PSA Peugeot Citroën pour des faits de discriminations syndicales. Chappe V.-A., Les discriminations syndicales saisies par le droit à PSA, *La nouvelle revue du travail*, 7, 2015.
- ²³ Action de 17 mineurs licenciés pour avoir participé aux grèves de 1948 ou 1952 et/ou ayants droits qui, suite à une action groupée initiée devant le conseil des prud'hommes en 2008, ont obtenu la réhabilitation de par la loi n° 2014-1654 du 29 décembre 2014 de finances pour 2015 de l'ensemble des mineurs ayant été licenciés pour avoir participé à ces grèves.
- ²⁴ Action de groupe de la CGT contre Safran Aircraft Engines (anciennement Snecma) pour discrimination syndicale à l'encontre de 34 délégués syndicaux, initiée en 2017.
- ²⁵ Action de groupe de la CGT contre la Caisse d'Épargne d'Ile-de-France pour discrimination de genre.
- ²⁶ Documentaire *L'honneur des gueules noires* de Jean-Luc Raynaud.
- ²⁷ Étude d'impact loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle, p. 168.
- ²⁸ Voir Chappe V.-A., Keyhani N., *La mobilisation collective des cheminots PS25 contre la SNCF*, Rapport de recherche, 2021 ; Défenseur des droits, *La mobilisation collective des cheminots PS25 contre la SNCF : dynamique et tensions d'une action judiciaire groupée*, Études & résultats, 2021, 13 p.
- ²⁹ Lorsque l'action de groupe tend à la cessation du manquement, le juge, s'il en constate l'existence, enjoint au défendeur de le cesser ou de le faire cesser et de prendre, dans un délai qu'il fixe, toutes les mesures utiles à cette fin, au besoin avec l'aide d'un tiers qu'il désigne.
- ³⁰ En matière de discrimination, compte tenu des difficultés pour la victime de rapporter la preuve des faits de discrimination, la loi atténue le principe de la charge de la preuve devant les tribunaux civils et administratifs en vertu des articles L.1154-1 du code du travail et 4 de la loi n° 2008-496 du 27 mai 2008. Ce principe permet de faciliter l'établissement de la preuve pour les victimes qui doivent réunir des éléments établissant une présomption de discrimination. C'est au mis en cause de démontrer, dans un second temps, que ses agissements ne sont pas discriminatoires.
- ³¹ Voir la brochure du Défenseur des droits qui présente cette méthode du test de discrimination pour tous les acteurs et actrices qui souhaitent s'en saisir.
- ³² Circulaire INTK1229185C du 28 novembre 2012 relative aux conditions d'examen des demandes d'admission au séjour déposées par des ressortissants étrangers en situation irrégulière. Elle précise entre autres les conditions d'admission au séjour par l'intermédiaire d'une carte « salarié ».
- ³³ Combat mené en 2014 par des coiffeuses, manucures et employés de salons de coiffure du boulevard de Strasbourg pour faire valoir leurs droits auprès de patrons qui les exploitaient. Pour plus de détails voir : Poulain M., « *Mafia et traite boulevard de Strasbourg* », *Gisti - Revue Plein droit*, 2017, 113.
- ³⁴ L'inspection du travail, accompagnée du responsable de la main-d'œuvre étrangère de la Direccte, effectuera un premier constat et relèvera diverses infractions en matière d'hygiène et de sécurité, de paiement et de niveaux des salaires, d'absence de déclaration aux organismes sociaux, etc. Le procès-verbal de l'inspection, dressé a posteriori après plusieurs constats, dénombrera pas moins de 14 infractions.
- ³⁵ https://www.liberation.fr/france/2021/01/26/travail-dissimule-des-femmes-de-menage-ukrainiennes-exploitees-et-sous-emprise_1818491/.
<https://www.nouvelobs.com/justice/20210127.OBS39424/onze-femmes-de-menage-ukrainiennes-exploitees-par-une-entreprise-liee-a-airbnb-portent-plainte.html>.
- ³⁶ <https://www.humanite.fr/social-eco/esclavage-moderne/vies-de-paris-la-traite-detres-humains-derriere-une-association-daide>.
<https://www.leparisien.fr/faits-divers/lassociation-daide-aux-migrants-qui-exploitait-des-sans-papiers-devant-le-tribunal-de-paris-21-01-2022-PAOFV5LH7ZHEZMJKT04A6AL6MA.php>.
<https://www.franceinter.fr/justice/censee-aider-les-sans-papiers-l-association-vies-de-paris-devant-la-justice-pour-traite-des-etres-humains>.

- ³⁷ Pour plus de détails voir : Poulain M., « Mafia et traite boulevard de Strasbourg » *Gisti - Revue Plein droit*, 2017, 113.
- ³⁸ Défenseur des droits, Décision 2019-108 du 19 avril 2019 relative à la situation de 25 travailleurs en situation irrégulière s'estimant victimes de traitements discriminatoires de la part de leur employeur, une entreprise du secteur du bâtiment, en raison de leur origine et de leur nationalité.
- ³⁹ https://www.lemonde.fr/societe/article/2021/12/21/travailleurs-sans-papiers-une-enquete-vise-une-entreprise-de-collecte-de-dechets_6106879_3224.html.
- ⁴⁰ Cf. article 4 de la loi n°2008-496 du 27 mai 2008 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations.
- ⁴¹ Cass. soc., 3 avril 2020 n° 00-42.583.
- ⁴² Cass. soc., 12 février 2014, n° 12-27.420 arrêt inédit.
- ⁴³ Cass. soc., 29 juin 2011, n° 10-15.792.
- ⁴⁴ Cass. soc., 14 juin 2007, n° 05-45.219.
- ⁴⁵ Cass. soc., 8 juillet 2020, n° 19-13.637.
- ⁴⁶ Ibid.
- ⁴⁷ CJCE, 26 juin 2001, aff. C-381/99, *Susanna Brunnhofner c. Bank der österreichischen Postsparkasse AG*, points 51 à 62.
- ⁴⁸ Cass. soc., 8 décembre 2009, n° 08-44.003.
- ⁴⁹ Cass. soc., 4 juillet 2000, n° 98-43285 ; Soc., 28 juin 2006, n° 04-46419 ; Soc., 7 nov. 2018, n° 16-20759.
- ⁵⁰ Cass. soc., 2 juillet 2014, n° 12-24175 et autres.
- ⁵¹ Cass. soc., 29 juin 2011, n° 10-15.792. Bulletin 2011, V, n°166.
- ⁵² CJUE, 19 avril 2012, aff. C-415/10, *Galina Meister c/ Speech Design Carrier Systems GmbH*, spec. §§ 32 et 47 et dispo.
- ⁵³ Défenseur des droits, Décision 2020-101 du 4 mai 2020, relative à un refus d'embauche en CDI opposé à une salariée travaillant déjà en intérim dans l'entreprise mise en cause depuis 8 mois en raison de sa grossesse et de son sexe, par exemple.
- ⁵⁴ Cass. soc., 24 avril 2013, n° 11-15.204.
- ⁵⁵ Cass. soc., 1^{er} juillet 2009, n° 08-40.988.
- ⁵⁶ Cass. soc., 29 juin 2011, n° 10 14.067.
- ⁵⁷ Cass. soc., 20 septembre 2017, n° 16-20.238.
- ⁵⁸ Article 119 du Traité de l'Union européenne
- ⁵⁹ CJCE, 27 octobre 1993, aff. C-127/92, *Enderby, C-127/92, Rec. p. I-5535*, point 17.
- ⁶⁰ CJCE, 9 février 1999, aff. C-167/97, *Seymour-Smith et Perez*.
- ⁶¹ Halde, Délibération n° 2010-129 du 31 mai 2010 relative à une réclamation portant sur une discrimination à l'embauche fondée sur l'origine.
- ⁶² Cass. soc., 15 décembre 2011, n° 10-15.873.
- ⁶³ À noter que la consonance des noms et/ou des prénoms est ici utilisée comme support de perceptions stéréotypées et non comme un indice fiable d'une origine donnée.
- ⁶⁴ Cass. soc., 15 décembre 2011, n° 10-15.873.
- ⁶⁵ CJUE, 3 octobre 2019, aff. C-274/18, *Schuch-Ghannadan*.
- ⁶⁶ Les tests de situation sont nécessaires contre la discrimination | Unia.
- ⁶⁷ Le Data Mining est un terme anglo-saxon qui peut être traduit par « exploration de données » ou « extraction de connaissances à partir de données ». Ainsi le Data Mining consiste en une famille d'outils - qu'ils soient automatiques ou semi-automatiques - permettant l'analyse d'une grande quantité de données contenues dans une base.
- ⁶⁸ Le matching des données ou couplage, est le procédé qui consiste à lier des données issues de différentes sources.
- ⁶⁹ Le matérialisme historique est une philosophie de l'histoire formulée au milieu du XIX^e siècle par Karl Marx et Friedrich Engels, selon laquelle les événements historiques sont déterminés non pas par des idées mais par des rapports sociaux (plus particulièrement les liens entre classes sociales) et par l'impact de l'évolution des moyens de production sur les mentalités.

- ⁷⁰ Loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle (article 60).
- ⁷¹ CPH de Paris 17 décembre 2019, n° 17/10051.
- ⁷² Pecaut-Rivolier L., *Lutter contre les discriminations au travail : un défi collectif en entreprise*, Rapport, 2013, p. 27.
- ⁷³ *Action Travail des Femmes c. Canadien National* (1987) 1 RCS 1114. 1139 (1987) 8CHRR D/4210 (SCC) ; Mercat-Brunns M., « La discrimination systémique : un concept venu d'ailleurs mais un défi commun », RDT, 2020, p. 423.
- ⁷⁴ Mercat-Brunns M., « *Les figures de la discrimination au travail : quelle cohérence ?* », RDT, 2020, p. 25.
- ⁷⁵ « Constitue une discrimination directe la situation dans laquelle, sur le fondement de son origine... », Art. 1 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.
- ⁷⁶ « Constitue une discrimination indirecte une disposition, un critère ou une pratique neutre en apparence, mais susceptible d'entraîner, pour l'un des motifs mentionnés au premier alinéa, un désavantage particulier pour des personnes... », Art. 1, Loi n° 2008-496 du 27 mai 2008.
- ⁷⁷ V. supra note², Loi de 2016.
- ⁷⁸ T. corr. Paris, 20 décembre 2019, rendu dans le cadre du procès contre France Telecom, <https://urlz.fr/bAtL>.
- ⁷⁹ Séréno S., « Épilogue de la bataille judiciaire des Chibanis contre la SNCF (Paris, 31 janv. 2018) », *Gaz. Pal.*, 2018, n° 20, p. 70 ; Jouin N., *Chantier interdit au public*, La Découverte, 2009.
- ⁸⁰ Dubet F., Cousin O., Macé E., Rui S., *Pourquoi moi ? L'expérience de la discrimination*, Le Seuil, 2013.
- ⁸¹ Hart M., Secunda P., "A Matter of Context: Social Framework Evidence in Employment Discrimination Class Actions", *Fordham Law Review*, 2009, 78, p. 37.
- ⁸² Défenseur des droits, *Rapport relatif aux relations Police/Citoyens et aux contrôles d'identité*, 2014 ; Défenseur des droits, *Enquête sur l'accès aux droits (volume 1). Relations police/population : le cas des contrôles d'identité*, 2017, 44 p.
- ⁸³ CNCDH, *Prévention des pratiques de contrôles d'identité discriminatoires et/ou abusives*, Rapport, 2016.
- ⁸⁴ ACAT, *L'Ordre et la force : enquête sur l'usage de la force par les représentants de la loi en France*, 2016.
- ⁸⁵ Open society justice initiative, *L'égalité trahie, l'impact des contrôles au faciès*, 2013.
- ⁸⁶ Lévy R., « La police française à la lumière de la théorie de la justice procédurale », *Déviante et Société*, 2016, 40, pp. 139-164.
- ⁸⁷ Human Rights Watch, *La base de l'humiliation. Les contrôles d'identité abusifs en France*, Rapport, 2012, 62 p.
- ^{88, 89} Human Rights Watch, *Ils nous parlent comme à des chiens, contrôles abusifs en France*, Rapport, 2020, 50 p.
- ⁹⁰ ECRI, « Rapport de l'ECRI sur la France (quatrième cycle de monitoring) », Adopté le 29 avril 2010.
- ⁹¹ Agence des droits fondamentaux de l'Union européenne (FRA), *Données en bref - Contrôles de police et minorités*, 2008.
- ⁹² Conseil de l'Europe, Rapport par Nils Muizniek suite à sa visite en France du 22 au 26 septembre 2014. Publié le 17 février 2015.
- ⁹³ Voir Piazza P., *Histoire de la carte nationale d'identité*, Édition Odile Jacob, 2004.
- ⁹⁴ Nations unies, Comité des droits économiques, sociaux et culturels Observation générale 20 - *La non discrimination dans l'exercice des droits économiques, sociaux et culturels*.
- ⁹⁵ Cass 1^{ère} civ., 9 novembre 2016, n° 15-25.876.
- ⁹⁶ Voir : Rapport de la Commission indépendante sur les abus sexuels dans l'église (2021) (rapport Sauvé) ; Conseil d'État, décision n° 456924 du 22 novembre 2021, ordonnant l'amélioration des conditions d'hygiène en garde à vue.
- ⁹⁷ Cass. 1^{ère} civ., 9 novembre 2016, n° 15-25.873.
- ⁹⁸ C.A. Paris, 8 juin 2021, n° RG 19/00873.
- ⁹⁹ Voir : Chanu A., Berlan C., « *Reconnaissance de discrimination raciale systémique envers des travailleurs maliens sans-papiers* », Droit social / Discriminations, 2020, pp 18-19.
- ¹⁰⁰ Jouin N., *Chantier interdit au public. Enquête parmi les travailleurs du bâtiment*, Édition La découverte, poche, 2009.
- ¹⁰¹ AVFT (2017). « *Condamnation de la société H. REINIER pour harcèlement sexuel.* »
- ¹⁰² Benelli N., *Nettoyeuse, comment tenir le coup dans un sale boulot*, Édition Seismo, coll. « Questions de genre », 2011.

- ¹⁰³ Défenseur des droits, Décision MLD-2015-247 du 12 octobre 2015 relative à des faits de harcèlement sexuel et à des mesures de représailles en raison de la dénonciation de ces faits.
- ¹⁰⁴ L'Equality Law Clinic (ELC) est rattachée au Centre Perelman et au Centre de droit européen de la Faculté de droit et de criminologie de l'Université libre de Bruxelles (ULB). <https://equalitylawclinic.ulb.be>.
- ¹⁰⁵ Voy., par exemple, Poillot E. (dir.), *L'enseignement clinique du droit. Expériences croisées et perspectives pratiques*, Larcier, 2014.
- ¹⁰⁶ Fredman S., « Substantive Equality Revisited », I-CON (2016), 14, 712–738 (*Oxford Legal Studies Research Paper No. 70/2014*).
- ¹⁰⁷ Sur la circulation de la notion d'impact disproportionné, voy. Rorive I., « Lutter contre les discriminations », in C. Briceux et B. Frydman (dir.), *Les défis du droit global*, Bruxelles, Bruylant, coll. Penser le droit, 2018, pp. 30-45.
- ¹⁰⁸ Arrêt rendu par la Grande Chambre de la Cour EDH, le 13 novembre 2007 (requête n° 57325/00).
- ¹⁰⁹ Arrêt rendu par la 4e Section de la Cour EDH, le 25 juillet 2017 (requête n° 17484/15).
- ¹¹⁰ La procédure de tierce intervention, permet « à une personnalité ou à un organe non-partie à une procédure judiciaire de donner des informations de nature à éclairer le tribunal sur des questions de faits ou de droit » [Salmon 2001]. Ses modalités varient suivant les juridictions ou quasi-juridictions concernées.
- ¹¹¹ Tierce intervention de l'Equality Law Clinic en collaboration avec le Human Rights Centre de l'UGent, dans l'affaire Y c. France (requête n° 76888/17) soumise le 23 novembre 2020 à la Cour EDH.
- ¹¹² Tierce intervention de l'Equality Law Clinic en collaboration avec le Human Rights Centre de l'UGent, dans l'affaire M. c. France (requête n° 42821/18) soumise le 24 février 2021 à la Cour EDH.
- ¹¹³ Tierce intervention de l'Equality Law Clinic en collaboration avec le Human Rights Centre de l'UGent, dans l'affaire Mykias c. Belgique (requête n° 50681/20) soumise le 25 mai 2021 à la Cour EDH.
- ¹¹⁴ Tierce intervention de l'Equality Law Clinic en collaboration avec la Refugee Law Clinic dans l'affaire N.R. c. Belgique (requête n° 63620/19) soumise le 18 mai 2021 à la Cour EDH.
- ¹¹⁵ Le Comité des droits économiques, sociaux et culturels (CESCR) est l'organisme constitué de 18 experts indépendants qui contrôlent la mise en œuvre du Pacte international sur les droits économiques, sociaux et culturels par ses États parties. Le Comité a été créé en vertu de la Résolution 1985/17 de l'ECOSOC du 28 mai 1985 afin de mener à bien les fonctions de surveillance confiées au Conseil économique et social des Nations unies (ECOSOC) en Partie IV du Pacte. Approuvé le 10 décembre 2008 et entré en vigueur le 3 mai 2013, le Protocole facultatif prévoit la mise en œuvre du droit à une procédure de recours. Au 31 décembre 2021, 24 États l'avaient ratifié, dont la Belgique et la France.
- ¹¹⁶ Constatations communiquées à l'État Belge le 12 octobre 2021 suite à la communication n° 61/2018.
- ¹¹⁷ Tierce intervention de l'Equality Law Clinic soumise au CDESC le 25 mars 2020.
- ¹¹⁸ Garantie de revenus aux personnes âgées (GRAPA).
- ¹¹⁹ Pour l'année 2018, le seuil de pauvreté pour une personne isolée était fixé à 1 185 euros mensuels : STATBEL (Office belge de statistique), « Indicateurs SILC 2004 2018 », juin 2019, disponible en ligne : <https://statbel.fgov.be/fr/themes/menages/pauvrete-et-conditions-de-vie/risque-de-pauvrete-ou-dexclusion-sociale#figures>.
- ¹²⁰ Parmi les facteurs conjoncturels, liés au propriétaire, menant à une expulsion forcée, une étude bruxelloise énumère cinq motifs, dont trois sont liés à une résiliation unilatérale sans motif (en souligné) : (i) augmentation du loyer ; (ii) volonté d'occupation du bien ; (iii) changement de propriétaire par l'effet d'une succession ou d'une vente ; (iv) volonté de changement de locataire ; (v) réalisation d'importants travaux de rénovation (Observatoire de la Santé et du Social à Bruxelles, « Précarités, mal-logement et expulsions domiciliaires en Région bruxelloise », *Rapport bruxellois sur l'état de la pauvreté*, 2018, p. 62).
- ¹²¹ Rassemblement Bruxellois pour le Droit à l'Habitat, « Crise du logement : le logement social », 10 octobre 2019, disponible en ligne : <http://www.rbdh-bbrow.be/spip.php?article1958> ; voy. aussi Rapporteuse spéciale sur le logement convenable en tant qu'élément du droit à un niveau de vie suffisant, et sur le droit à la non-discrimination à cet égard (Leilani Farha), Rapport UN/Doc A/HRC/34/51, 18 janvier 2017, §34.
- ¹²² Observatoire de la Santé et du Social à Bruxelles, « Précarités, mal-logement et expulsions domiciliaires en Région bruxelloise », *op. cit.*, p. 100.
- ¹²³ Point 12.3 des Constatations du CDESC dans l'affaire *L.J.W.*
- ¹²⁴ Loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle, art L.1134-10 C. Trav.
- ¹²⁵ TJ Paris, 15 décembre 2020, n° RG 18/04058.

- ¹²⁶ Le *machine learning* ou apprentissage automatique est un champ d'étude de l'intelligence artificielle qui se fonde sur des approches mathématiques et statistiques pour donner aux ordinateurs la capacité d'« apprendre » à partir de données, c'est-à-dire d'améliorer leurs performances à résoudre des tâches sans être explicitement programmés pour chacune.
- ¹²⁷ Le logiciel *Correctional Offender Management Profiling for Alternative Sanctions* (COMPAS) qui est utilisé par les tribunaux pour déterminer le risque de récidive.
- ¹²⁸ Le Québec est l'une des dix provinces qui composent, avec trois territoires, le Canada. Le partage des compétences entre les États fédérés et le pouvoir fédéral est prévu par la Constitution canadienne, aux articles 91 et suivants de la Loi constitutionnelle de 1867. Rappelons qu'en raison de ce contexte fédéral et de l'histoire du Québec, le droit québécois est à la fois de tradition civiliste en ce qui a trait au droit privé et de tradition de *common law* pour le droit public.
- ¹²⁹ *Charte des droits et libertés de la personne*, RLRQ, c. C -12 (ci-après « Charte »).
- ¹³⁰ Son nom et ses mandats actuels proviennent de la fusion, en 1995, entre les mandats auparavant dévolus respectivement à cet organisme et à la Commission de protection des droits de la jeunesse. *Loi sur la Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse*, L.Q. 1995, c. 27, art. 2.
- ¹³¹ Charte, art. 111.
- ¹³² Charte, art. 71.
- ¹³³ Charte, art. 71 et 74 à 85.
- ¹³⁴ Charte, art. 80.
- ¹³⁵ CN (*Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada*) c. Canada (*Commission canadienne des droits de la personne*), [1987] 1 R.C.S. 1114.
- ¹³⁶ *Bijou Cibubua Kanyinda c. Procureur général du Québec*, 500-17-108083-190. Ce pourvoi en contrôle judiciaire fut entrepris par une mère de famille demandeuse d'asile, sur une base personnelle, mais la Commission aura l'occasion d'appuyer les arguments de cette dernière lors du procès, afin d'éclairer le tribunal sur les enjeux de discrimination indirecte sur la base du sexe, de la condition sociale et de l'origine nationale, entre autres. Ce type d'intervention permet à la Commission de mettre en œuvre son expertise unique sur différents enjeux de droits, dans des matières qui ne passent pas forcément par son mécanisme de plainte et d'enquête.
- ¹³⁷ Voir, par exemple, l'affaire relative au gel salarial imposé aux jeunes enseignants du réseau public, où l'inégalité de traitement découlant d'une politique de rémunération ayant pour effet de désavantager les enseignants en début de carrière avait été jugée discriminatoire par le TDP. La plainte originale, portée par une soixantaine de personnes, affectait près de 13 000 autres plaignants s'étant ensuite ajoutés au recours visant à contester les modifications apportées à la convention collective de travail. Ce grand nombre de plaignants soulevait plusieurs difficultés de reconnaissance, par le TDP, de la transaction conclue entre la Commission, le syndicat et le gouvernement. Voir : Morin c. Québec (Procureur général), 2009 QCTDP 8, et plus largement, pour une mise en contexte de cette affaire : Normand MORIN, *Le gel de l'avancement de l'échelon salarial chez les jeunes enseignants du Québec (1997-2009)*, mémoire présenté à la Faculté des études supérieures de l'Université Laval, 2010, [En ligne]. <https://www.collectionscanada.gc.ca/obj/thesescanada/vol2/QQLA/TC-QQLA-27184.pdf>.
- ¹³⁸ Charte, art. 79 et 80.
- ¹³⁹ Voir, pour un exemple récent ayant mené à une réparation pécuniaire individuelle pour les plaignants, mais comportant aussi une ordonnance à portée systémique visant la modification de la convention collective de tous les employés : *Aluminerie de Bécancour inc. c. CDPDJ (Beaudry et autres)*, 2021 QCCA 989.
- ¹⁴⁰ Québec (*Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse*) c. *Bombardier Inc. (Bombardier Aéronautique Centre de formation)*, 2015 CSC 39.
- ¹⁴¹ *Id.*, par. 103.
- ¹⁴² Précisons qu'en cas de défaut de respecter les ordonnances prononcées par le tribunal, qu'elles soient de portée individuelle ou rendues dans l'intérêt public, les règles ordinaires d'exécution des jugements en matière civile s'imposent. Les parties condamnées en défaut de s'exécuter pourraient par exemple se voir reconnues coupables d'outrage au tribunal et se voir imposer une amende pénale, voire des travaux d'utilité sociale ou une peine d'emprisonnement.
- ¹⁴³ *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse (Beaudoin et autres) c. Gaz Métropolitain inc.*, 2008 QCTDP 24 ; *Gaz Métropolitain inc. c. Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse*, 2011 QCCA 1201. Soulignons que la plainte avait initialement été portée par un organisme de défense des droits des femmes, Action travail des femmes.
- ¹⁴⁴ La Charte prévoit, à ses articles 86 et suivants, la possibilité de mettre en place des programmes d'accès à l'égalité en emploi, qui permettent notamment de favoriser, à compétence équivalente, l'embauche de personnes appartenant à certains groupes historiquement discriminés. Une loi particulière encadre également ce type de programmes dans certains organismes publics : *Loi sur l'accès à l'égalité en emploi dans des organismes publics*, RLRQ, c. A -2.01.

- ¹⁴⁵ Bombardier affirma lors du procès que les autorités américaines avaient confirmé cette erreur lors d'un échange verbal, mais la preuve formelle ne put en être faite au cours des procédures.
- ¹⁴⁶ *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse (Latif) c. Bombardier inc. (Bombardier Aerospace Training Center)*, 2010 QCTDP 16.
- ¹⁴⁷ Conformément aux articles 4, 10 et 12 de la Charte.
- ¹⁴⁸ *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse, Le profilage racial. Mise en contexte et définition*, Me Michèle Turenne, 2005.
- ¹⁴⁹ *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse (De Bellefeuille) c. Ville de Longueuil*, 2020 QCTDP 21.
- ¹⁵⁰ Protégés respectivement par les articles 1 et 5 de la Charte.
- ¹⁵¹ Cet organisme se nommait, au moment de l'introduction de la demande, « Commission scolaire de Montréal ». Les centres de services scolaires sont des organisations publiques intermédiaires entre le ministère de l'Éducation et les établissements scolaires. Leur mandat est d'organiser les services éducatifs dans les établissements d'enseignement préscolaire et primaire, secondaire, les écoles spécialisées pour les élèves handicapés ou en difficulté d'adaptation ou d'apprentissage, les centres de formation professionnelle et d'éducation des adultes.
- ¹⁵² Voir, sur ce type de recours : Éducaloi, « Qu'est-ce qu'une action collective ? », [En ligne] <https://educaloi.qc.ca/capsules/quest-ce-quune-action-collective/> Voir aussi, sur cette action collective en particulier, la FAQ mise en ligne par la Commission <https://www.cdpedj.qc.ca/fr/foire-aux-questions/action-collective>.
- ¹⁵³ Précisons que la Charte n'oblige pas la Commission à introduire ses recours en discrimination devant le TDP (voir plus particulièrement l'article 80 de la Charte). En l'espèce, le TDP n'a d'ailleurs pas compétence en matière d'action collective, domaine réservé à la Cour supérieure.
- ¹⁵⁴ Soulignons que le formulaire contesté comporte 14 questions relatives à l'état de santé physique et psychologique des candidats. La plupart sont ouvertes, c'est-à-dire qu'elles sont formulées très largement et ne sont pas ciblées dans le temps. S'il répond par l'affirmative à l'une ou l'autre des questions, le candidat doit fournir des précisions supplémentaires sur son état de santé et l'employeur se réserve le droit de demander un examen médical auquel le candidat est obligé d'acquiescer. Si le candidat refuse, sa candidature ne sera pas considérée. Pour plus de détails, voir la demande d'autorisation soumise par la Commission, disponible sur le registre des actions collectives du Québec, [En ligne] <https://www.registredesactionscollectives.quebec/fr/Consulter/ApercuDemande?NoDossier=500-06-001021-191>.
- ¹⁵⁵ Voir par exemple, sur l'application concrète d'une demande d'accommodement : COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE ET DES DROITS DE LA JEUNESSE, *Guide d'accompagnement - Traitement d'une demande d'accommodement*, Jean-Sébastien Imbeault et al., 2012 (mise à jour en 2018), [En ligne] https://cdpedj.qc.ca/storage/app/media/blocs-informations/pour-en-savoir-plus-accommodement-raisonnable/Guide_virtuel_accommodement.pdf.
- ¹⁵⁶ Charte, art. 71.
- ¹⁵⁷ *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse, Profilage racial et discrimination systémique des jeunes racisés, Rapport de la consultation sur le profilage racial et ses conséquences*, Paul Eid, Johanne Magloire et Me Michèle Turenne, 2011.
- ¹⁵⁸ *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse, Bilan de la mise en œuvre des recommandations du rapport de la consultation de la Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse sur le profilage racial et ses conséquences*, Me Evelyne Pedneault, Amina Triki-Yamani et al., 2020.
- ¹⁵⁹ *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse, Mesurer la discrimination à l'embauche subie par les minorités racisées : résultats d'un « testing » mené dans le grand Montréal*, Paul Eid et al., 2012.
- ¹⁶⁰ *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse, Les actes haineux à caractère xénophobe, notamment islamophobe : résultats d'une recherche menée à travers le Québec*, Houda Asal, Jean-Sébastien Imbeault et Me Karina Montminy, 2019.
- ¹⁶¹ Voir les articles 86 et suivants de la Charte. Si cette recommandation n'était pas suivie, la Commission pourrait alors s'adresser au TDP.
- ¹⁶² La loi qui concerne les organismes publics cerne plus spécifiquement cinq groupes, soit les femmes, les personnes autochtones, les « minorités visibles » (soit les personnes qui ne sont pas blanches et qui ne sont pas des personnes autochtones), les « minorités ethniques » (soit les personnes dont la langue maternelle n'est ni le français ni l'anglais et qui ne sont ni des personnes autochtones ni d'une minorité visible) et les personnes handicapées (suivant une définition législative précise). Pour en savoir plus sur les objectifs et le fonctionnement de ces programmes, voir <https://www.cdpedj.qc.ca/fr/nos-services/activites-et-services/en-savoir-plus-sur-les-programmes-dacces-legalite-en-emploi>.
- ¹⁶³ Défenseur des droits, *Avis 15-13 du 2 juin 2015 relatif à la proposition de loi instaurant une action de groupe en matière de discrimination et de lutte contre les inégalités*.
- ¹⁶⁴ Voir la Déclaration du Défenseur des droits (2020), « *Algorithmes : prévenir l'automatisation des discriminations* », en partenariat avec la CNIL, mai 2020.



Bilel Benbouzid, maître de conférence en sociologie, Université Paris Est Marne la Vallée

—

Défenseur des droits

TSA 90716 - 75334 Paris Cedex 07

09 69 39 00 00

—

defenseurdesdroits.fr



D

Défenseur des droits

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE