La discrimination systémique : peut-on repenser les outils de la non-discrimination en Europe ?

Marie Mercat-Bruns

Édition électronique

URL : <http://journals.openedition.org/revdh/3972>

DOI : 10.4000/revdh.3972

ISSN : 2264-119X

Éditeur

Centre de recherches et d'études sur les droits fondamentaux

Référence électronique

Marie Mercat-Bruns, « La discrimination systémique : peut-on repenser les outils de la non-discrimination en Europe ? », *La Revue des droits de l'homme* [En ligne], 14 | 2018, mis en ligne le 14 juin 2018, consulté le 10 décembre 2020. URL : <http://journals.openedition.org/revdh/3972> ; DOI : <https://doi.org/10.4000/revdh.3972>

Ce document a été généré automatiquement le 10 décembre 2020.

Tous droits réservés

La discrimination systémique : peut-on repenser les outils de la non-discrimination en Europe ?

Marie Mercat-Bruns

- 1 Le concept de « discrimination systémique »¹ n'est inscrit ni dans le droit européen ni dans le droit français alors que cette notion fait l'objet d'une reconnaissance formelle dans le droit canadien² et dans le droit américain³. Avant d'envisager rapidement les contours de cette notion, essentiellement dans le champ de l'emploi, il faut justifier l'apparition d'une réflexion sur ce concept en France et en Europe. Il émerge dans un contexte de transformation majeure du droit du travail sous l'impulsion notamment du droit européen et des politiques de flexicurité⁴ qui s'intéressent davantage à la personne en activité qu'au statut du travailleur⁵. Le droit de la non-discrimination saisit également la personne ou le groupe identifiés par les critères prohibés au-delà des statuts que lui confèrent notamment la loi⁶, l'État ou le système de sécurité sociale.⁷ L'adoption de l'action de groupe « Discriminations » en France explique également l'intérêt d'une réflexion sur la discrimination systémique en ce qu'elle renvoie au groupe au-delà de la personne⁸.
- 2 Réfléchir à la discrimination systémique permet également de se poser la question du sens du droit de la non-discrimination en tant que discipline nourrie par différents savoirs qui portent sur des notions encore en construction (discriminations directes, indirectes, multiples, voire systémiques) et qui sont fondés sur des normes nationales et internationales, des principes (égalité, liberté), des règles de preuve (aménagement de la charge de la preuve) et des valeurs plus ou moins partagées (diversité, neutralité religieuse, cohésion sociale notamment)⁹. Ce n'est pas anodin dans un contexte français – et même européen – où les résistances à la mise en œuvre du droit de la non-discrimination existent¹⁰. L'explosion des critères discriminatoires, notamment en France, qui renvoient non seulement à des caractéristiques personnelles mais à des situations discriminatoires nouvelles, incite également à penser le cadre dans lequel émerge le risque de discrimination¹¹.

- 3 Repenser les outils¹² de lutte contre la discrimination, en envisageant la discrimination systémique, permet sans doute de mieux comprendre les formes de discriminations directes et indirectes en Europe et de prolonger l'analyse de l'existence des discriminations systémiques avec un questionnement sur des solutions systémiques à ses manifestations structurelles de la singularité¹³. La lecture systémique exige de revisiter les fonctions des règles de non-discrimination¹⁴.
- 4 Au préalable, pour utiliser la discrimination systémique comme grille de lecture du droit existant, il faut rappeler brièvement comment la notion de discrimination systémique est appréhendée, de façon plus ou moins étroite, en dehors de l'Europe, afin de s'en servir dans notre réflexion en Europe, faute d'une notion inscrite dans le droit positif. La seule référence française à cette discrimination est tirée du rapport Pécaut-Rivolier qui a précédé l'adoption de l'action de groupe en France¹⁵.
- 5 Sans doute deux acceptions explicites de la discrimination systémique semblent émerger du droit étranger : l'une, plus quantitative, mesurant l'étendue de la discrimination qui partirait d'une alternative au cumul potentiel d'actions qui auraient pu être individuelles dans une sphère donnée, et l'autre, plus qualitative, visant la nature même de cette discrimination. Les États-Unis, par exemple, semblent envisager de façon plus quantitative la discrimination systémique à travers sa portée : selon l'autorité administrative indépendante en charge de la lutte contre les discriminations dans l'emploi (EEOC)¹⁶ qui y fait directement référence, c'est « une combinaison, une dynamique de comportements récurrents, de pratiques, de politiques d'entreprise ou de décisions qui touchent un groupe à travers lequel la discrimination dénoncée a un impact qui peut concerner un secteur professionnel, un métier, une entreprise ou une zone géographique. Les exemples font référence à des obstacles dans le recrutement, dans l'accès à l'encadrement ou à des formations de cadres ; elle toucherait certains métiers réservés plus aux hommes, des conditions d'emploi injustifiables qui excluent des travailleurs handicapés, des licenciements économiques visant davantage des seniors ou des exigences professionnelles imposées par les clients qui influent sur la répartition des postes à l'entrée et sur l'accès aux promotions »¹⁷. Comme l'illustrent les arrêts américains¹⁸, la discrimination systémique s'est façonnée à la fois avec l'apparition des « class actions »¹⁹, actions de groupe américaines, dans les décisions de justice qui concernaient un collectif de salariés par exemple, mais aussi dans la loi avec le *Civil Rights Act* de 1991, qui vise directement des pratiques au-delà des décisions individuelles²⁰.
- 6 Le droit canadien semble proposer une notion plus qualitative de la discrimination systémique qui est davantage le résultat d'une combinaison de discriminations directes et indirectes : selon M-T. Chicha-Pontbriand, reprenant les éléments d'une décision de la Cour Suprême du Canada²¹, la discrimination systémique dans l'emploi serait « une situation d'inégalité cumulative et dynamique résultant de l'interaction, sur le marché du travail, de pratiques, de décisions ou de comportements individuels ou institutionnels, ayant des effets préjudiciables, voulus ou non, sur les membres de groupes visés ». ²² Les juges ont pu montrer que la discrimination systémique dérive de la discrimination directe et indirecte, parfois ancrée dans les procédures et formes que prennent les organisations. Même l'inaction des décideurs (entreprises, autorités publiques), pour retirer les obstacles à l'exclusion, notamment dans l'emploi ou l'éducation, peut perpétuer les inégalités que dévoile la discrimination systémique.²³

- 7 Enfin, dans le contexte français de l'adoption de l'action de groupe, il faut rappeler la définition retenue par le Rapport Pécaut-Rivolier qui est plus ancrée dans le contexte professionnel : « 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 donne lieu à des écarts de rémunération ou d'évolution de carrière entre une catégorie de personnes et une autre... 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 ; la recherche de la rentabilité économique à court terme. La particularité de la discrimination systémique étant qu'elle n'est pas nécessairement consciente de la part de celui qui l'opère. *A fortiori*, elle n'est pas nécessairement décelable sans un examen approfondi des situations par catégories »²⁴ comme l'illustrent le phénomène du plafond de verre à l'encontre des femmes dans certaines entreprises ou la ségrégation sexuée des emplois dans certains secteurs d'activité.
- 8 Ces exemples nationaux – aux États-Unis, au Canada et en France – illustrent trois façons d'envisager la portée de la discrimination systémique, soit de manière explicite en rapport avec une stratégie contentieuse, soit de manière implicite pour offrir une cohérence globale au corpus juridique existant qui encadre les notions de discrimination directe et indirecte.
- 9 Forte de ces définitions, notre étude vise à savoir si cette réflexion sur la discrimination systémique trouve un écho européen, sachant que le droit européen a instauré les notions de discrimination directe et indirecte et l'action positive. L'application harmonieuse du droit de la non-discrimination ne peut qu'être renforcée par une cohérence de l'interprétation des directives et l'acquis communautaire. La question se pose sans doute différemment d'un État à l'autre comme le montrent aussi les décisions de la Cour EH en matière de discrimination directe et indirecte lorsque ces deux notions sont invoquées simultanément²⁵. La découverte d'une appréhension de la discrimination systémique, sans doute variable selon les pays, offre peut être un prisme liant l'individu, cible de préjugés, aux collectifs, groupes assujettis à certaines exclusions catégorielles récurrentes, qui peut mieux se comprendre dans des systèmes nationaux pourvus d'un État Providence.
- 10 Le but de cette étude n'est pas de dévoiler une nouvelle forme de discrimination en Europe, mais plutôt de réexaminer la discrimination autrement, à l'aune du droit européen et national : quelles sont les modalités d'appréhension juridictionnelle de la discrimination systémique en Europe et en France en particulier ? (1°) et quels sont les outils pour exposer et cibler la discrimination systémique dans l'avenir, notamment par la voie contentieuse ? (2°)

1°/ - Les modalités d'appréhension juridictionnelle de la discrimination systémique en Europe

- 11 L'objectif est de montrer que la logique du droit de l'Union européenne²⁶ et du droit français peut être de nature systémique. Pour ce faire, il suffit de prendre des exemples en droit européen (A) et en droit français (B), notamment grâce à un regard plus appuyé sur les décisions juridictionnelles.

A/ - Une relecture du droit de l'Union européenne à la lumière de la discrimination systémique

- 12 Le corpus de règles européennes de non-discrimination a visé initialement à éliminer les obstacles systémiques au marché européen, notamment dans le domaine de l'emploi et des biens et services, au-delà d'une quête des responsables individuels, susceptible de réparer les préjudices infligés aux victimes. Le modèle de non-discrimination européen est collectif dans la mesure où il peut s'appliquer à l'évaluation des différences de traitement – ou d'effets – entre des groupes de personnes dans des situations comparables, liées par tout type de contrat (contrats de travail qui mobilisent un des critères prohibés et tout contrat dans le cas de discriminations raciales²⁷ et fondées sur le sexe²⁸). La question structurelle du travail à valeur égale pour atteindre l'objectif de l'égalité salariale reflète un standard systémique, inscrit dans le prolongement du Traité de Rome²⁹.
- 13 La notion de discrimination indirecte renvoie à une logique moins individuelle de responsabilité sans faute et à une vision souvent plus collective de l'effet discriminatoire de pratiques qui touchent un groupe de personnes selon leur âge ou leur sexe. Les juges européens sont ponctuellement confrontés aux contentieux non seulement individuels mais collectifs par leur nature, tributaires du droit de la négociation collective, des grilles de rémunération³⁰ ou de classification, des prestations sociales ou des licenciements économiques, même en l'absence d'une action de groupe.
- 14 Depuis les arrêts Defrenne³¹, le droit européen sur l'égalité des sexes, sous l'impulsion du Traité d'Amsterdam et de la Directive Refonte, suggère des moyens d'interpréter les formes structurelles de discrimination, en soulignant les désavantages particuliers que subissent les femmes³². S'agissant des critères prohibés de discrimination, les directives ont même mis l'accent sur la discrimination multiple³³ résultant d'une combinaison de critères, qui perpétue la discrimination ou limite l'égalité des chances dans l'accès à l'emploi pour les sous-groupes concernés³⁴, à l'instar des femmes d'origine étrangère et des minorités ethniques³⁵.
- 15 Progressivement, la Cour de justice offre une analyse qui emprunte une logique systémique : « on ne saurait méconnaître qu'une mise en œuvre intégrale de l'objectif poursuivi par l'article 119, par l'élimination de toutes discriminations entre travailleurs féminins et travailleurs masculins, directes ou indirectes, dans la perspective non seulement des entreprises individuelles, *mais encore de branches entières de l'industrie et même du système économique global*, peut impliquer, dans certains cas, la détermination de critères dont la mise en œuvre réclame l'intervention de mesures communautaires et nationales adéquates »³⁶.
- 16 Cette méthode d'analyse des écarts salariaux s'est affinée au-delà d'une simple appréciation des différences de salaires liées à un poste spécifique, élargissant son emprise à la différence de traitement entre postes différents de valeur comparable pour des hommes et des femmes de qualifications semblables en raison d'une ségrégation sexuée d'un secteur professionnel. Dans l'arrêt *Rummler*³⁷, la Cour s'est demandé si un système de classification professionnelle, fondé sur l'effort musculaire, était contraire à la Directive 75/117/CEE du 10 février 1975. La Cour de justice n'a pas écarté les paramètres comme l'effort musculaire ou la charge liée à un poste qui semblaient plus

caractéristiques du travail masculin mais a reconnu que « le principe d'égalité salariale exige principalement que la nature du travail soit évaluée objectivement. Par conséquent, le même travail ou un travail de valeur égale doit être rémunéré quel que soit le sexe de l'individu. Lorsqu'un système de classification de postes est utilisé pour déterminer des rémunérations, ce système doit être fondé sur des critères qui ne doivent pas varier selon le sexe du travailleur et ne doit pas être organisé de telle façon à ce que son effet, dans la pratique, soit discriminatoire vis-à-vis de salaires d'un des sexes »³⁸. Un système qui s'appuie sur une performance moyenne d'un des sexes pour déterminer les valeurs d'un système lui-même ne peut se justifier.

- 17 En outre, les disparités structurelles dans les rémunérations en fonction de la nature du poste (à temps partiel ou temps plein) ont également été sondées dans l'arrêt *Jenkins*³⁹ qui a exposé le nombre disproportionné de femmes qui travaillaient à temps partiel. Cet arrêt sur la discrimination indirecte a censuré une rémunération plus faible (10 %) pour les salariés à temps partiel par rapport aux travailleurs à temps plein, quelle que soit la qualité ou la nature du poste dans le but de combattre, de façon « objective », l'absentéisme et d'encourager la productivité et l'usage optimal des machines. Comme toute forme plus subtile de discrimination, il n'existait pas d'intention de porter préjudice. Pourtant cette différence de traitement liée au nombre d'heures travaillées, dès 1981, reflétait une stratégie systémique du fabricant de vêtements et caractérisait une cause et un effet structurel de discrimination fondée sur le sexe.
- 18 De surcroît, dans l'arrêt *Brachner*,⁴⁰ l'appréciation implicitement systémique des juges européens des discriminations dans l'emploi s'est étendue à la gestion des mécanismes de protection sociale. La question posée était de savoir si une réforme du système de pension, qui majorait séparément toutes les pensions sauf les plus petites, affectait de façon disproportionnée les femmes, bénéficiaires des plus petites retraites, et constituait ainsi une discrimination indirecte fondée sur le sexe. « L'article 4 de la directive 79/7 doit être interprété en ce sens que, si... un pourcentage considérablement plus élevé de femmes pensionnées que d'hommes pensionnés est susceptible d'avoir subi un désavantage en raison de l'exclusion des pensions minimales de l'augmentation exceptionnelle prévue par le régime de péréquation en cause... ce désavantage ne peut être justifié par le fait que les femmes ayant travaillé accèdent plus tôt au bénéfice de la pension, que celles-ci perçoivent leur pension plus longtemps ou en raison de la circonstance que le barème du supplément compensatoire a également fait l'objet d'une augmentation exceptionnelle pour la même année 2008 »⁴¹. Cette décision a une dimension symbolique forte en révélant comment la discrimination systémique fondée sur le sexe dans les salaires peut être perpétuée et se traduire en discrimination systémique dans les pensions de retraite si les États membres ignorent les niveaux disparates de pensions qui persistent entre hommes et femmes.
- 19 Trois autres décisions de la CJUE reflètent la façon dont la société envisage la parentalité, la maternité et le port de signes religieux ostensibles qui peuvent générer des discriminations systémiques fondées sur le sexe. Dans l'arrêt *Coleman*⁴², une salariée qui s'occupait seule de son enfant handicapé n'avait pas obtenu les mêmes aménagements d'horaire que des salariés ayant des enfants en bas âge dépourvus de handicap. La Cour, élaborant un concept plus relationnel de discrimination par association, explique « que lorsqu'un employeur traite un employé n'ayant pas lui-même un handicap de manière moins favorable qu'un autre employé ne l'est, ne l'a été

ou ne le serait dans une situation comparable et qu'il est prouvé que le traitement défavorable dont cet employé est victime est fondé sur le handicap de son enfant, auquel il dispense l'essentiel des soins dont celui-ci a besoin, un tel traitement est contraire à l'interdiction de discrimination directe... »⁴³. Donc l'interdiction de la discrimination directe envisage, de ce fait, les défis structurels et récurrents du « care » fournis par les aidants de personnes dépendantes et la difficile conciliation de leur travail et de la parentalité dans l'hypothèse de la prise en charge d'enfants handicapés.

- 20 La Cour reconnaît la cause véritable de la vulnérabilité de ces travailleurs, souvent des mères, qui ne sont pas les victimes directes de la discrimination fondée sur le handicap mais tributaires de systèmes d'organisation du travail, ignorant le handicap. Le préjudice subi prend encore davantage d'ampleur lorsque la discrimination systémique à l'encontre de ces mères qui continuent à travailler et assumer seules la prise en charge de ces enfants handicapés, se double de harcèlement discriminatoire à caractère répété en créant un environnement hostile : « lors du retour du congé de maternité de M^{me} Coleman, l'ancien employeur de cette dernière a refusé de la réintégrer dans l'emploi qu'elle occupait jusqu'alors, dans des circonstances où des parents d'enfants non handicapés auraient été autorisés à retrouver leur ancien poste ; il a également refusé de lui accorder la même souplesse horaire et les mêmes conditions de travail qu'à ses collègues qui sont des parents d'enfants non handicapés. M^{me} Coleman a été qualifiée de « paresseuse » lorsqu'elle a demandé à bénéficier de temps libre pour prodiguer des soins à son enfant, alors qu'une telle facilité a été accordée à des parents d'enfants non handicapés... »⁴⁴.
- 21 En outre, comme le révèle la Cour de justice, la discrimination systémique fondée sur le sexe peut émerger de l'inaction et du faible intérêt de l'employeur à l'égard d'une différence de traitement vis-à-vis d'une salariée au retour du congé maternité⁴⁵. « L'article 15 de la directive 2006/54/CE doit être interprété en ce sens qu'il s'oppose à une législation nationale qui exclut (...) une femme en congé de maternité d'une formation professionnelle qui fait partie intégrante de son emploi et qui est obligatoire pour pouvoir prétendre à une nomination définitive à un poste de fonctionnaire ainsi que pour bénéficier d'une amélioration de ses conditions d'emploi, tout en lui garantissant le droit de participer à la prochaine formation organisée, mais dont la date est incertaine »⁴⁶. Cette décision, qui se fonde sur le contrôle de proportionnalité⁴⁷, est fondamentale pour comprendre comment l'introduction de politiques dans les entreprises ou au sein de l'État qui paraissent neutres, mais qui offrent des droits conditionnés par une disponibilité ou une présence de salariés dans l'entreprise, peut produire des discriminations systémiques fondées sur le sexe. Le report du moment de la formation en raison du congé de maternité recule le moment de la promotion et, de ce fait, retarde aussi l'évolution du salaire. La disparité salariale que subissent ces fonctionnaires après le congé maternité n'est alors jamais rattrapée tout au long de la carrière et donc aurait représenté, sans alerte de la Cour, un manque à gagner, de nature structurelle, pour toutes les femmes en quête de parentalité.
- 22 Enfin, lorsque la discrimination multiple combine sexe et religion, elle peut être appréhendée par la grille de lecture systémique comme nous le rappelle la CJUE. Elle considère que les salariées, voilées en raison de leur pratique religieuse, peuvent être perçues comme désavantagées si une entreprise adopte une politique de neutralité religieuse, philosophique et politique, interdisant tout signe religieux ostensible. Cette politique d'entreprise n'est pas qualifiée de discrimination directe et ne constitue pas

forcément une discrimination indirecte⁴⁸. Sur le fondement du contrôle de proportionnalité, la Cour prévient les juridictions nationales que la discrimination indirecte fondée sur la religion peut être évitée si les femmes concernées sont reclassées dans des postes sans contact avec la clientèle, empruntant une logique ergonomique propre à l'aménagement raisonnable. C'est une façon d'éviter, en pratique, que des règles d'organisation interne de neutralité augmentent le risque de discrimination systémique par la ségrégation de ces salariées religieuses dans certains types de postes.

- 23 En somme, la jurisprudence de la CJUE révèle une approche implicite des juges, sensibles à la discrimination systémique, qui met en cohérence la dynamique à la fois individuelle et collective du modèle européen du droit de la non-discrimination, même en l'absence d'une action de groupe européenne dans ce domaine. Le droit positif français semble s'inscrire parfois dans la même démarche systémique.

B/ - Une relecture du droit français à la lumière de la discrimination systémique

- 24 Outre l'adoption d'une action de groupe qui a favorisé un débat juridique sur la notion de discrimination⁴⁹, une série d'arrêts en France révèle la dimension systémique de discriminations directes et indirectes et du harcèlement discriminatoire.
- 25 La première série d'exemples concerne des discriminations indirectes dans des métiers. La Cour de cassation reconnaît en 2012 une discrimination indirecte fondée sur le sexe dans le refus d'affilier comme cadre des assistants sociaux de la Mutualité sociale agricole, distinction nécessaire pour l'attribution d'une pension complémentaire⁵⁰. La différence de traitement entre les assistants sociaux, majoritairement des femmes, qualifiés de non-cadres et les techniciens de même niveau, présumés cadres et majoritairement des hommes, était suffisante pour caractériser un désavantage particulier par la dévalorisation structurelle du métier d'assistante sociale affectant chaque professionnel. Même si la Cour de cassation admet que la cohérence et la pérennité du système justifient cette différence de traitement, la Haute Cour s'appuie sur le contrôle de proportionnalité afin de censurer la cohérence de la catégorie de cadre elle-même. La Cour, par une approche éminemment systémique, découvre que les assistantes sociales œuvrant dans le monde rural sont présumées non-cadres par simple analogie avec le statut des assistantes sociales en ville, qui relèvent, elles aussi, de la catégorie des non-cadres. Par ailleurs, une comparaison plus approfondie des tâches des assistantes sociales et des techniciens révèle que les premières ont davantage de responsabilités en matière de tutelle ou de maltraitance d'enfants caractéristiques des fonctions d'encadrement. La Cour de cassation expose ainsi la discrimination systémique en raison du sexe, dissimulée derrière la distinction apparemment neutre de la catégorie de cadre et non-cadre qui perpétue une vision hiérarchisée des métiers selon le genre. L'arrêt de la Cour d'appel révèle que le métier d'assistante sociale était même réservé aux femmes célibataires dans les années 60⁵¹.
- 26 Cette construction sexuée des droits sociaux se double d'un ressenti discriminatoire individuel qui dévalorise la profession tout entière. La notion de discrimination indirecte sert également à démasquer des discriminations fondées sur l'origine comme l'a montré récemment l'affaire des Chibanis. La Cour d'appel de Paris a pu montrer que des retraités marocains de la SNCF, qui avaient été intégrés au début de leur carrière

avec un statut temporaire moins avantageux que le statut permanent, avaient subi une stagnation de leur évolution salariale et professionnelle. Ce plafond de verre constitue un exemple courant de discriminations systémiques⁵². Les juges d'appel ont qualifié la discrimination d'indirecte, car elle était fondée sur la nationalité, mais en réalité, la Convention internationale entre la France et le Maroc qui avait servi de cadre à ce recrutement et à cette ségrégation des postes dévolus aux salariés marocains était bien directement fondée sur leur origine⁵³.

- 27 L'appréhension des discriminations systémiques n'est pas attachée à une notion de discrimination directe ou indirecte. Cette reproduction des inégalités cumulatives ou ancrées dans le temps dérive parfois de discriminations indirectes découlant de discriminations directes ou intentionnelles du passé qui prennent ensuite des formes plus dissimulées. D'autres arrêts en France concernent la discrimination indirecte fondée sur l'état de santé lorsque l'employeur introduit des procédures apparemment neutres de lutte contre l'absentéisme⁵⁴ en ignorant que ces modes de gestion du personnel introduisent des normes peu inclusives dans les systèmes d'organisation du travail.
- 28 Une deuxième série d'exemples en France de discriminations systémiques qui transparaissent dans le raisonnement judiciaire concerne des cas de harcèlements discriminatoires dans certains métiers ou dans certains espaces géographiques où la résistance des milieux, l'ignorance des institutions ou l'inaction des responsables perpétuent ou favorisent l'émergence de comportements discriminatoires dans un environnement donné. En effet, le Défenseur des droits a contribué par ses enquêtes à dévoiler le harcèlement sexuel et sexiste des agents féminins de nettoyage des trains, souvent d'origine étrangère, recrutées par un sous-traitant de la compagnie ferroviaire, qui avaient subi des représailles à la suite de la dénonciation des actes⁵⁵. D'autres arrêts démontrent l'inaction de l'employeur face à un harcèlement raciste qui produit un environnement hostile dans un service ou un métier (chantiers, cuisine...)⁵⁶. Les actes souvent répétés qui portent atteinte à la dignité sont de nature variée : affiche, insultes, sms...⁵⁷. Cependant le *modus operandi* est similaire et peut toucher l'ensemble du personnel : les actes peuvent être minimisés par la hiérarchie et affecter les collègues au-delà des victimes⁵⁸. Mais le harcèlement qui peut accompagner la discrimination n'est pas toujours retenu⁵⁹ ou plaidé, notamment dans le cadre d'un territoire où sont détectés des contrôles d'identité discriminatoires⁶⁰.
- 29 La négociation collective, source du droit privilégiée par les Ordonnances réformant le droit du travail⁶¹ et par le droit européen⁶², peut produire des discriminations systémiques dans la mesure où les accords collectifs peuvent créer des discriminations directes qui touchent des personnes qui ne représentent pas la majorité des salariés⁶³. Ainsi la Cour de cassation détecte déjà des discriminations directes dans les indemnités de rupture des salariés licenciés pour inaptitude non professionnelle, incorporées dans la convention collective⁶⁴.
- 30 Enfin, dans le cadre de discriminations multiples fondées sur le sexe et l'origine, la Cour de cassation emprunte une grille de lecture systémique en reconnaissant l'exploitation de groupes de travailleurs très vulnérables⁶⁵. En effet, les travailleuses domestiques en situation irrégulière qui sont licenciées sans indemnités et sans possibilité de protection du droit du travail ont pu obtenir une réparation pour discrimination indirecte fondée sur l'origine⁶⁶. La Cour de cassation considère que l'employeur a profité de l'apparente neutralité de la situation irrégulière pour se débarrasser de

l'employée à domicile, nourrie et logée, qui avait pourtant une ancienneté de neuf ans. La Haute Cour réalise implicitement que ce sont ces femmes qui sont régulièrement en situation de désavantage en raison de l'absence de statut dû à leur origine. La Cour de cassation traduit le risque d'abus de pouvoir vis-à-vis de ces femmes immigrées en expliquant « que cette travailleuse ne peut pas être comparée avec les autres travailleuses domestiques qui ont leurs papiers et peuvent accéder à leurs droits ». La discrimination directe est, en l'espèce, une qualification inadaptée face à la situation et la preuve de la discrimination multiple comme le montrent aussi d'autres arrêts⁶⁷. Le raisonnement du juge permet de montrer que la loi, en dehors des pratiques patronales, peut produire des effets discriminatoires à l'encontre de personnes subissant des discriminations intersectionnelles⁶⁸. La Haute Cour utilise même un mot à connotation systémique, « l'exploitation », et contourne l'exigence de comparaison : « l'existence d'une discrimination n'implique pas nécessairement une comparaison avec la situation d'autres salariés ; qu'ayant relevé que l'exploitation par M. X... et Mme Y... de la qualité d'étrangère de Mme Z... en situation irrégulière sur le territoire français ne lui permettant aucune réclamation avait entraîné pour la « salariée » la négation de ses droits légaux et conventionnels et une situation totalement désavantageuse par rapport à des employés de maison bénéficiaires de la législation du travail, la cour d'appel, qui en a déduit que Mme Z... avait subi en raison de son origine une discrimination indirecte caractérisée, a légalement justifié sa décision de ce chef ». En outre, sans mentionner la forte présence féminine dans ces professions, les juges caractérisent la vulnérabilité structurelle par le préjudice subi sans aucun recours au droit, évoquant l'ampleur de la « négation des droits légaux et conventionnels ». Enfin ces travailleurs qui subissent des discriminations multiples sont plus souvent exposés aux discriminations car ils ou elles ont moins de chances de contester, par des recours formels, une discrimination systématique raciste ou sexiste⁶⁹ souvent en raison d'une situation de subordination plus forte⁷⁰.

- 31 Toutes ces illustrations nous montrent que les décisions de justice, dans l'emploi en particulier⁷¹, offrent parfois une lecture systémique des causes ou des conséquences structurelles des discriminations. Cette mise en lumière différente des discriminations pose alors, dans un deuxième temps, la question des moyens et solutions systémiques apportés pour rendre utile cette nouvelle grille de lecture des inégalités.

2°/ - Les outils qui exposent et ciblent la discrimination systémique en Europe

- 32 Rechercher les discriminations systémiques signifie « détecter les racines de l'inégalité catégorielle »⁷² pour les combattre. Les outils de lutte contre les discriminations systémiques cherchent à revisiter, à redécouvrir la logique du droit de la non-discrimination pour puiser dans toutes ses fonctions et l'insérer dans la lutte plus globale contre les inégalités. Conceptualiser la discrimination systémique à travers les fonctions de la non-discrimination permet d'identifier les préjudices collectifs subis sans les réduire à la seule conséquence d'un dommage individuel⁷³.
- 33 La première fonction – plus étroite – de la norme interdisant les discriminations est d'éliminer les obstacles au marché en évitant d'opposer la liberté contractuelle à l'égalité pour prôner leur articulation. La grille de lecture des discriminations systémique s'y attèle en reconnaissant une panoplie plus importante d'obstacles

arbitraires à la conclusion et l'exécution de contrats, perçus désormais en continuum puisqu'ils affectent le logement, l'emploi et les biens et services. La seconde fonction de la règle antidiscriminatoire est « d'exprimer des normes sociales comme des standards de respect de la dignité humaine »⁷⁴. La lecture systémique offre sa propre analyse de la discrimination en empêchant de la restreindre uniquement à un préjudice individuel comme le harcèlement sans envisager comment l'environnement de la personne est affecté par la discrimination (service, entreprise, métier, institution). La troisième fonction de la non-discrimination dans un cadre d'analyse systémique est de faciliter la redistribution sociale. Lorsque les juges de l'Union européenne envisagent l'inégalité de traitement et la comparabilité des situations pour étendre des droits sociaux aux ayants droit, ils tiennent compte des contributions de chacun au système de protection sociale et, par ce fait, le légitiment⁷⁵. Enfin la dernière fonction de la non-discrimination peut être de favoriser l'autonomie de l'action des individus ou des groupes. Envisager la discrimination systémique permet alors de penser l'articulation entre l'accès à la justice des citoyens européens et la prohibition des discriminations par la représentation des personnes dans toutes les sphères publiques et privées des organisations, telle qu'elle est prônée dans l'action positive.

- 34 La discrimination systémique à travers l'ensemble de ses fonctions renvoie donc davantage aux effets, aux résultats de la discrimination qu'à ses causes, à l'effet combiné des discriminations directes ou indirectes. Le plafond de verre⁷⁶, « image qui rend compte de la difficulté et des obstacles pour les femmes à accéder aux postes de pouvoir dans les entreprises »⁷⁷ est l'exemple le plus criant d'un phénomène d'exclusion dont les causes discriminatoires sont multiples et combinées. C'est l'intérêt d'identifier la discrimination systémique en Europe, à défaut de la qualifier en droit, car ce diagnostic ouvre la voie non seulement à des sanctions des actes illégaux passés et présents mais à une impulsion qui dicte des remèdes plus globaux dans l'avenir des organisations et institutions. La chasse actuelle aux discriminations directes et indirectes peut être systématique, autrement dit, rigoureusement répétée, lorsque celles-ci sont récurrentes, mais elle prendra toujours la forme d'une identification d'actes discriminatoires (directes ou indirectes) pris isolément⁷⁸ si l'action de groupe récemment adoptée ne sert qu'à regrouper les plaintes en collectif (A). Outre l'action contentieuse, la grille de lecture des discriminations systémiques inscrit la lutte contre les discriminations contextualisées et les outils effectifs de prévention des manquements futurs et de compensation réelle des inégalités dans l'avenir (B).

A/ - Repenser la voie contentieuse dans la lutte contre les discriminations systémiques

- 35 Les exemples ne manquent pas en Europe et à l'étranger pour dénoncer la discrimination collective qui est souvent décrite comme « institutionnelle » ou « structurelle ». La révélation est passée parfois par le contentieux. Il est utile d'envisager l'intérêt de ces démarches formulées autrement dans le passé pour ensuite réfléchir à l'apport possible de l'action de groupe comme outil de lutte contre les discriminations systémiques.
- 36 La discrimination institutionnelle désigne souvent la discrimination collective dans des institutions publiques (écoles, logement, maintien de l'ordre)⁷⁹. Les institutions publiques ne peuvent pas être épargnées de toute action si elles ignorent ou

contribuent à l'exclusion collective ou à des différences de traitement récurrentes au détriment de certains groupes de personnes protégées par les règles de non-discrimination. Hormis le contentieux stratégique devant la Cour EDH⁸⁰, la Cour de cassation a pu statuer implicitement sur la discrimination institutionnelle dans l'accès à l'éducation des enfants roms, considérant l'inaction des autorités publiques⁸¹, ou sur le cas de profilage racial lié aux contrôles d'identité⁸². Le Défenseur des droits a pu révéler le défi institutionnel de l'accès au logement plus souvent refusé à des femmes à la tête de familles monoparentales⁸³. La reconnaissance passée de la discrimination indirecte est une autre façon plus subtile de « remettre en question des pratiques institutionnelles même si vraisemblablement elles sont le produit d'hostilité raciale ou genrée plus difficile à établir »⁸⁴.

- 37 La plupart du temps, les prises de décision institutionnelles sont perçues comme justes, rationnelles et méritocratiques. Le plus souvent l'adjectif « institutionnel » est associé à des travaux sur les changements institutionnels positifs⁸⁵ dans les secteurs public et privé pour cibler des pratiques institutionnelles arbitraires⁸⁶. Selon une lecture institutionnelle de la discrimination, qui semble dans ce cas se fondre avec l'approche systémique, « ces disparités sont souvent considérées comme le résultat de préjugés cognitifs, de l'accès inégal aux réseaux professionnels ou sociaux qui ne favorisent pas l'inclusion sociale ou dans l'entreprise et donc d'une dynamique structurelle au-delà d'une exclusion de nature intentionnelle dans les secteurs public et privé »⁸⁷.
- 38 S'agissant de la discrimination perçue comme « structurelle », les travaux montrent que « lorsque les structures hiérarchiques ou bureaucratiques cèdent la place à une gouvernance plus souple, il est plus difficile d'identifier une politique discriminatoire transversale ou uniforme »⁸⁸. La polyvalence des travailleurs, l'externalisation des sources d'emploi participent aussi au défi structurel qui consiste à saisir les comportements discriminatoires. Le droit de la non-discrimination s'est construit sur une vision plus linéaire de la subordination individuelle⁸⁹.
- 39 Dans l'emploi, « l'émergence des discriminations peut même être favorisée par des structures, les pratiques et les dynamiques organisationnelles »⁹⁰. Cette lecture structurelle s'éloignerait donc d'une appréhension judiciaire de l'état d'esprit, de la motivation d'un auteur isolé, responsable de la discrimination, d'une perception individuelle par une victime de son environnement de travail ou, en cas de discrimination indirecte, de la recherche de la seule justification de l'effet préjudiciable d'une pratique patronale apparemment neutre par le rapport de cette pratique avec l'exercice d'un poste précis⁹¹.
- 40 Dans cette perspective qui englobe les considérations actuelles sur la discrimination « institutionnelle » et « structurelle », la grille de lecture systémique paraît compléter le tableau. Elle part du postulat que les organisations, comme structures, discriminent au-delà de l'implication individuelle de cadres ou de préposés⁹². Les cadres dirigeants et les organes stratégiques des entreprises ne sont pas forcément blanchis du fait qu'un auteur subalterne a été désigné comme auteur de la discrimination individuelle. Cette prise de position plus radicale invite à reconsidérer le rôle de l'action de groupe comme véhicule de lutte contre la discrimination systémique. Or la loi sur l'action de groupe « Discrimination » propose d'envisager l'action de façon étroite et linéaire, uniquement « lorsque plusieurs personnes placées dans une situation similaire subissent un dommage causé par une même personne, ayant pour cause commune un manquement de même nature à ses obligations légales ou contractuelles »⁹³.

- 41 D'une part, c'est seulement si le manquement visé est formulé en tant que pratique d'entreprise, un choix organisationnel affectant structurellement un certain nombre de salariés que son caractère systémique ressortira et non comme le cumul d'une série de manquements individuels qui pourront évidemment être singularisés par la recherche de l'imputabilité directe de différents auteurs individuels et de dommages de différentes natures.
- 42 D'autre part, penser l'action de groupe, c'est nécessairement penser la nature des discriminations qui détermineront les critères de rattachement au groupe, condition *sine qua non* de la réussite de l'action. L'appréciation quantitative du groupe qu'implique son caractère collectif ne peut faire présumer ni les qualités communes des prétentions du groupe ni la conjugaison des prétentions individuelles des membres du groupe qui peuvent subir des effets discriminatoires équivalents ou similaires⁹⁴. Cette stratégie contentieuse peut aussi bien viser des discriminations directes et indirectes que le harcèlement discriminatoire ou le harcèlement sexuel. Dans ce dernier cas de figure, le harcèlement discriminatoire ou sexuel n'est plus un problème interpersonnel mais dérive d'une pratique d'entreprise qui ignore un environnement plus global facilitant certains comportements sexuels et sexistes, verbaux et non verbaux⁹⁵.
- 43 Enfin l'adoption de l'action de groupe permet aux juges de demander la cessation du manquement par une entreprise ou une institution au lieu de se résoudre uniquement à des sanctions pécuniaires. Le décret sur l'action de groupe⁹⁶, de façon très laconique, explique que « le tribunal de grande instance désigne un tiers aux fins de mise en œuvre des mesures destinées à faire cesser le manquement. Le juge statue par décision spécialement motivée énonçant les chefs de la mission confiée et le délai dans lequel le tiers lui en fait rapport. Le tiers est choisi parmi tout professionnel justifiant d'une compétence dans le domaine considéré »⁹⁷. Il n'existe donc pas de précisions sur le contenu et la nature des mesures mises en œuvre pour cesser le manquement. Quelle sera la marge de manœuvre du juge pour chercher des solutions structurelles qui imposent des pénalités financières en l'absence d'actions concrètes de lutte contre les inégalités de nature systémique ? La première action de groupe dans le cadre syndical sera révélatrice de l'état d'esprit des juges⁹⁸.
- 44 Si l'entreprise est reconnue coupable de discriminations, les juges pourraient proposer la création d'outils (autotestings afin de suivre les risques de discriminations systémiques dans les entreprises responsables de discriminations, instauration de règles de transparence sur les salaires ou de mécanisme d'alerte auprès d'organismes extérieurs à l'entreprise). L'introduction d'actions positives peut compenser les phénomènes de plafond de verre selon les critères, et le *gendermainstreaming* couvre toute l'Europe pour les institutions en charge des politiques publiques (logement, emploi, santé). Le suivi des sanctions systémiques en entreprise sous forme de cessation du manquement pourrait prendre la forme de plateformes d'informations sur les postes ou les promotions possibles en entreprise ou sur l'accès optimal aux biens et services et à la formation continue pour les personnes âgées et les personnes handicapées⁹⁹.
- 45 Autrement dit, en dehors des sanctions pécuniaires, l'action de groupe devrait permettre de lutter contre les discriminations systémiques grâce à des solutions procédurales qui exigent des échanges suivis dans le temps après l'action en justice, entre les juges, le milieu de travail concerné et des ONG effectuant des veilles sur les violations du droit par exemple – en dehors du tiers qui effectue son rapport sur la cessation du manquement¹⁰⁰. « Le rôle des juridictions est, en principe, de contrôler les

process patronaux qui peuvent faciliter (ou inhiber) la discrimination, plutôt que contrôler les actes discriminatoires eux-mêmes »¹⁰¹. L'idée est d'encourager les employeurs à développer des *process* de résolution des problèmes, de réunir des informations sur les schémas et les pratiques de sélection et de formuler des standards de comportement évolutifs. En effet, ces standards désigneraient « un seuil de comportements acceptables qui serait élevé à mesure que la capacité de faire face aux problèmes augmente »¹⁰². Un employeur, par exemple, serait en conformité avec les règles de non-discrimination si son comportement était continuellement en amélioration¹⁰³.

B/ - Les outils de compensation future des discriminations systémiques sans les subterfuges de la diversité

- 46 Outre l'action de groupe, un second type d'outils dérive d'une critique des mécanismes de *soft law* ou d'accord collectif sur la promotion de la diversité sans obligations substantielles, contraignant les entreprises et les institutions à rendre des comptes sur les actions prises contre l'exclusion ou la dévalorisation perpétuelle des groupes de personnes les plus désavantagées, travailleurs, clients ou usagers, dans le secteur privé et dans le secteur public.
- 47 Par exemple, la réaction des employeurs à la reconnaissance contentieuse ou légale de la discrimination systémique pourrait être de déléguer la tâche de compensation des inégalités systémiques aux responsables diversité¹⁰⁴. Le risque est de voir les intérêts patronaux réduire ou limiter l'atteinte de ces objectifs de lutte systémique¹⁰⁵. Les responsables en organisation ont tendance à transformer des outils de réclamation en minimisant les questions juridiques pour orienter les enjeux en termes de gestion du personnel (solutions en termes d'amélioration de la communication, de médiation ou de travail en équipe). « Les violations du droit (hygiène et sécurité, discriminations, risques environnementaux) sont alors traitées comme des difficultés interpersonnelles, des problèmes administratifs ou des problèmes pathologiques de responsables individuels »¹⁰⁶. « Les consultants en management incitent les employeurs, par exemple, à adopter des procédures de résolution des conflits, des procédures de « zéro tolérance » ou des programmes de formation sur la diversité »¹⁰⁷. Ces politiques impliquent également des autorités ou des agents intermédiaires¹⁰⁸.
- 48 En dehors des efforts patronaux pour réduire le risque de responsabilité sans confronter les véritables causes de la discrimination, les juges n'ont pas la capacité d'évaluer les structures¹⁰⁹ sans faire référence aux politiques de diversité des entreprises. Peu d'actions positives mettent en perspective ces procédures superficielles de gommage des discriminations profondes par la diversité¹¹⁰. Par exemple, en matière de harcèlement discriminatoire, « il peut être utile de reconnaître ce qui est fautif dans le processus de harcèlement et quelles sont les conduites abusives à bannir.... Quel est l'équilibre entre le coût de ces *process* internes de promotion de la diversité et les préjudices liés aux pratiques persistantes de discrimination »¹¹¹ ?
- 49 La mise en œuvre d'instruments souples de mise en conformité sous couvert de la diversité (*compliance*) peut même dissimuler la résistance des décideurs à adopter des politiques plus ambitieuses d'actions positives qui augmentent la masse critique de femmes par exemple¹¹². La discrimination systémique fondée sur le sexe ignore souvent « les incidences variables de la différenciation des sexes »¹¹³. Les sociétés et les

institutions négligent la question de l'égalité des chances dans les postes de direction¹¹⁴. Si les différences de traitement entre les sexes pour accéder aux fonctions d'encadrement au plus haut niveau se fondent sur des présomptions, sur le manque d'investissement au travail des femmes, le manque d'assurance, d'esprit de compétition, d'objectivité ou de rationalité, alors l'ensemble de la société est privé d'une culture de l'égalité qui affecte l'ensemble de son organisation. Si les systèmes d'organisation favorisent des processus discrétionnaires et subjectifs de prise de décision par un encadrement majoritairement masculin, alors le risque de discrimination systémique perdure¹¹⁵. Cependant appréhender la discrimination par l'introduction d'une culture de réclamations maintient une perception individuelle des causes de la discrimination¹¹⁶. L'autonomisation juridique des femmes dans l'emploi et les biens et services implique une « prise de conscience de la nécessité d'accroître la participation des citoyens pour qu'ils accompagnent les changements structurels dans le sens de l'inclusion »¹¹⁷. Cela passe aussi par la représentation et les réseaux politiques qui peuvent favoriser le parrainage de tout type d'initiatives valorisant les femmes ou d'autres groupes désavantagés dans tous les secteurs d'activité en dehors de la mise en œuvre du droit de la non-discrimination¹¹⁸.

*

Conclusion

- 50 L'analyse de la discrimination systémique en Europe, sans forcément adopter un concept formel dans le droit positif, permet d'offrir une autre lecture des décisions de justice relatives aux inégalités de traitement et du droit de la non-discrimination en dépassant ainsi son articulation binaire vacillant entre deux notions (discriminations directes et indirectes). Il a été également possible de repenser les outils de lutte contre les discriminations par le contentieux stratégique de groupe et en dehors du cadre du procès. L'équilibre entre détection des discriminations systémiques et solutions systémiques mérite d'être trouvé pour cesser réellement les manquements structurels dans l'avenir. Enfin appréhender la discrimination systémique contribue à proposer une vision plus proactive de la cohésion sociale en Europe qui s'est construite dans le cadre de systèmes de droits sociaux (maternité, retraite, invalidité) et qui se confronte aux nouveaux enjeux de l'égalité à travers la parentalité, les conflits intergénérationnels et le sort des personnes les plus désavantagées, souvent tributaires de discriminations multiples et d'un faible accès au droit.

NOTES

1. Pour une première définition globale : « Elle vise des inégalités cumulatives résultant de l'interaction de pratiques volontaires ou non, individuelles et structurelles qui portent préjudice à un groupe donné. Dans la perspective d'une action de groupe, il est possible de cerner les discriminations systémiques à la fois en amont et en aval du contentieux », *in* M. Mercat-Bruns, E. Boussard Verrecchia, « Appartenance syndicale, sexe, âge et inégalités : vers une reconnaissance

- de la discrimination systémique », *Rev. Droit Travail*, 2015, p. 660-671 ; M. Mercat-Bruns, « L'identification de la discrimination systémique », *RDT*, 2015, p. 672-681.
2. V. article de Colleen Sheppard dans ce même numéro RevDH.
 3. Title VII of the Civil Rights Act of 1964 (*Pub. L. 88-352*) SEC. 2000e-2. [Section 703] *The Civil Rights Act of 1991* (*Pub. L. 102-166*) (a) "It shall be an unlawful employment practice for an employer -(2) (...) to limit, segregate, or classify his employees or applicants for employment in any way which would deprive or tend to deprive any individual of employment opportunities or otherwise adversely affect his status as an employee, because of such individual's race, color, religion, sex, or national origin". M. Mercat-Bruns, *Discrimination at work*, UC Press, 2016, pp. 174-180, free e-book <http://dx.doi.org/10.1525/luminos.11><https://www.eeoc.gov/eeoc/systemic/>.
 4. S. Bekker, "Flexicurity in the European Semester: still a relevant policy concept?" In *Journal of European Public Policy*, 2017, Vol. 25, 2, p. 175.
 5. Les piliers européens des droits sociaux soutiennent l'idée de l'égalité des chances de façon transversale et l'effectivité des résultats en matière d'égalité de genre : https://ec.europa.eu/commission/publications/commission-recommendation-establishing-european-pillar-social-rights_en.
 6. La même analyse peut se déployer de façon plus approfondie dans le champ de la santé, de l'éducation, des biens et services, etc.
 7. Sur l'incidence des statuts en matière d'égalité : A. Gogos-Gintrand, *Les statuts des personnes : étude de la différenciation des personnes en droit*, IRJS, 2011, p. 187 ; sur des nouvelles manières de concevoir la protection des situations contractuelles, V. L. Gatti, *La contractualisation, mode nouveau de protection de la personne*, Presses Univ. Poitiers, 2016, p. 18.
 8. Loi n° 2016-1547, 18 nov. 2016 sur la modernisation de la justice du XXIème siècle, v. art. 62.
 9. M. Mercat-Bruns, « Le droit de la non-discrimination : une nouvelle discipline en droit privé ? », *D* 2017, p. 224
 10. La conceptualisation de la discrimination en France n'est pas toujours audible. Deux espaces de résistance :
s'inscrivant dans un mouvement plus large de fondamentalisation du droit privé, la non-discrimination paraît ébranler certaines catégories juridiques et certaines logiques des branches du droit en exigeant des justifications objectives et proportionnées aux règles et aux décisions ; la non-discrimination construirait, par la référence aux critères, des groupes de victimes. V. M. Mercat-Bruns, « Le droit de la non-discrimination », précité, p. 224.
 11. V. Colloque, Multiplication des critères discriminatoires, Défenseur des Droits, ministère de la Justice, janvier 2018 (publication site GIP Justice à venir).
 12. V. par exemple les critères prohibés de lieu de résidence, de perte d'autonomie, de résidence bancaire, de particulière vulnérabilité économique... (v. S. Sturm, "Second Generation Employment Discrimination : a structural approach", *Columbia L. Rev.* Vol 101, 2001, pp. 458-568) mais même de handicap, d'âge, d'apparence physique (v. M. Mercat, « Discrimination fondées sur l'âge : exemple d'une nouvelle génération de critères discriminatoires », *RDT*, n° 6, 2007, p. 360).
 13. V. infra les exemples dans la Partie I.
 14. V. infra Partie II et sur les fonctions des règles de non-discrimination M. Mercat-Bruns, *Discriminations en droit du travail : dialogue avec la doctrine américaine*, Dalloz, 2013, p. 78 ; et l'entretien de R. Post in Mercat-Bruns, M. (2016), *Discrimination at work*, UC Press, pp. 29-37, accès numérique gratuit à l'ouvrage : <http://dx.doi.org/10.1525/luminos.11>.
 15. L. Pecaut-Rivoliér, *Lutter contre les discriminations au travail : un défi collectif*, Rapport au ministère de la Justice, 2013, p. 27.
 16. Equal Employment Opportunity Commission (EEOC) ; V. aussi P. Kim, "Addressing systemic discrimination: public enforcement and the role of the EEOC", *Boston University Law Review*, Vol. 95, 2015, pp. 1133-1154.
 17. <https://www.eeoc.gov/eeoc/systemic/>.

18. EEOC v. Texas Roadhouse (2011) https://www.scribd.com/document/289566171/Amended-Texas-Roadhouse-complaint_; EEOC v. Discovering Hidden Hawaii Tours (2017) https://www.scribd.com/document/339446403/Discovering-Hidden-Hawaii-Tours-complaint#from_embed; EEOC v. Global Horizons (2011) http://digitalcommons.ilr.cornell.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1407&context=condec_; pour un exemple de décision liée à une requête de nature systémique: EEOC v. Global Horizons (2014) http://digitalcommons.ilr.cornell.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1407&context=condec_.
19. Sur l'impulsion forte donnée par les *class actions* américaines à l'encontre des discriminations systémiques fondées sur le sexe, V. L. Krieger L. (2007), "The Watched Variable Improves: On Eliminating Sex Discrimination in Employment", in *Sex Discrimination in Employment* (Crosby F. et al. eds, 2007), p. 33; V. aussi Mercat-Bruns M. (2016), *Discrimination at work*, UC Press, pp. 174-180, free e-book: http://dx.doi.org/10.1525/luminos.11_.
20. V. sur les pratiques concernées : Title VII of the Civil Rights Act of 1964, Section 707; *International Brotherhood of Teamsters v. United States*, 431 U.S. 329 (1977); la loi ne renvoie pas directement à la discrimination systémique mais de façon implicite la couvre en évoquant le terme « schema ou pratique »; V Titre VII, Civil Rights Act of 1964 : "Section 707 authorizes government action 'against an employer 'engaged in a pattern or practice of resistance to the full enjoyment of any of the rights secured by' the statute. *Chin v. Port Auth.*, 685 F.3d 135, 147 (2 d Cir. 2012) citant 42 U.S.C. § 2000e-6 (2006)); see Tsang, C. (2013), "Uncovering systemic discrimination : allowing individual challenges to a 'pattern or practice'", *Yale Law and Policy Review*, Vol. 31, n°1, pp. 319-333.
21. *Action Travail des Femmes c. Canadien National* (1987) 1 RCS 1114. 1139 (1987) 8CHRR D/4210 (SCC).
22. M-T. Chicha-Pontbriand, *Discrimination systémique : fondement et méthodologie*, Commission des droits de la personne du Québec, éd. Yvon Blais, 1989, p. 85.
23. C. Sheppard, *Inclusive Equality: The relational dimensions of systemic discrimination in Canada*, McGill-Queen's University Press, 2010, p. 22.
24. Rapport Pécaut-Rivoliér, précité, p.27.
25. Cour EDH, 13 nov. 2007, *D.H. et autres c. République tchèque*, Req. n° 57325/00.
26. Une même étude pourrait être entreprise sur le droit conventionnel européen.
27. CJUE, 16 juillet 2015, '*CHEZ Razpredelenie Bulgaria*' AD v *Komisija za zashtita ot diskriminatsia*, Aff. C-83/14.
28. CJUE, 1er mars 2011, *Association Belge des Consommateurs Test-Achats ASBL and Others v Conseil des ministres*, Aff C-236/09.
29. Art. 119 CEE.
30. V. Report on pay transparency in the EU : <https://www.equalitylaw.eu/downloads/4073-pay-transparency-in-the-eu-pdf-693-kb>.
31. Par exemple, CJUE, April 8 1976, *Defrenne Case C-43/75*.
32. Directive 2006/54/EC, Art. 2 (1) b.
33. V. aussi S. Fredman, *Discrimination Law*, 2nd ed., Clarendon, 2011, p. 232.
34. See Rapport UE EU sur l'intersectionnalité, <http://ohrh.law.ox.ac.uk/wordpress/wp-content/uploads/2016/07/Intersectional-discrimination-in-EU-gender-equality-and-non-discrimination-law.pdf>.
35. Directive 2000/43/EC (point 14) and Directive 2000/78/EC (point 3) renvoient à la discrimination multiple; V. aussi Decision No. 771/2006/EC du 17 mai 2006 sur l'Année de l'égalité des chances (2007), pt. 10.
36. CJUE, 8 avril 1976, *Defrenne*, Aff C-43/75, pt. 19.
37. CJCE 1er juillet 1986, *Gisela Rummler v Dato-Druck GmbH*, Aff C-237/85.
38. CJCE, 1er juillet 1986, *Rummler*, Aff C-237/85.
39. CJCE, 31 mars 1981, *Paula Jenkins*, Aff C-96/80.

40. CJUE, 20 oct. 2011, *Brachner*, Aff C-123/10.
41. CJUE, 20 oct. 2011, *Brachner*, Aff C-123/10, pt. 105.
42. CJUE, 17 juillet 2008, *Coleman*, Aff C-303/06.
43. CJUE, 17 juillet 2008, *Coleman*, Aff C-303/06, pt. 56.
44. CJUE, *Coleman* C-303/06, pt. 26 : « la réclamation officielle qu'elle a introduite contre le mauvais traitement qu'elle a subi n'a pas été dûment prise en considération et elle s'est sentie contrainte de la retirer ; il y a eu des commentaires déplacés et insultants à l'encontre tant d'elle-même que de son enfant. Aucun commentaire de cet ordre n'a été formulé lorsque d'autres employés ont dû solliciter du temps libre ou une certaine flexibilité pour s'occuper de leurs enfants non handicapés, et étant parfois arrivée en retard à son bureau, en raison de problèmes liés à l'état de son enfant, il lui a été dit qu'elle serait renvoyée si elle arrivait de nouveau en retard. Aucune menace de cet ordre n'a été proférée contre d'autres employés ayant des enfants non handicapés et qui sont arrivés en retard pour les mêmes raisons ».
45. CJUE, 6 mars 2014, *Napoli*, Aff C-595/12.
46. CJUE, 6 mars 2014, *Napoli*, Aff C-595/12, pt. 1.
47. CJUE, *Napoli*, pt 36 : « une mesure telle que celle en cause au principal, qui prévoit l'exclusion automatique des cours de formation et entraîne l'impossibilité de se présenter à l'examen organisé par la suite sans qu'il soit tenu compte, notamment, ni du stade desdits cours auquel intervient l'absence pour congé de maternité ni de la formation déjà acquise et qui se borne à reconnaître à la femme ayant pris un tel congé le droit de participer à un cours de formation organisé à une date ultérieure mais incertaine, n'apparaît pas conforme audit principe de proportionnalité... ».
48. CJUE, 14 mars 2017, Aff. C-157/15, *Achbita v G4S Secure Solutions*, and C-188/15 *Bouagnaoui v Micropole* : une règle interne d'une entreprise interdisant le port visible de tout signe politique, philosophique ou religieux ne constitue pas une discrimination directe. Cependant, en l'absence d'une telle règle, la volonté d'un employeur de tenir compte des souhaits du client de ne plus voir ses services assurés par une travailleuse portant un foulard islamique ne saurait être considérée comme une exigence professionnelle de nature à écarter l'existence d'une discrimination. Plus précisément, l'interdiction du port visible de signes de convictions politiques, philosophiques ou religieuses est apte à assurer la bonne application d'une politique de neutralité, à condition que cette politique soit véritablement poursuivie de manière cohérente et systématique. À cet égard, le juge national doit vérifier si la société établit, préalablement au licenciement d'une salariée, une politique générale et indifférenciée à cet égard. En l'occurrence, il convient également de vérifier si l'interdiction vise uniquement les travailleuses voilées qui sont en relation avec les clients. Si tel est le cas, l'interdiction doit être considérée comme strictement nécessaire pour atteindre le but poursuivi. Il convient enfin de vérifier si, tout en tenant compte des contraintes inhérentes à l'entreprise et sans que celle-ci ait à subir une charge supplémentaire, il eût été possible à la société de proposer à la salariée voilée un poste de travail n'impliquant pas de contact visuel avec ces clients, plutôt que de la licencier.
49. Supra note 14 et voir Partie II.
50. Soc. 6 juin 2012, n° 10-21489.
51. M. Mercat-Bruns, « Pourquoi certains métiers féminisés ne rentrent pas dans le « cadre » ? », *JCP Ed G*, 27 août 2012, n° 35, p. 1508.
52. Sur le plafond de verre qui affecte également les salariés en raison de leur sexe, de leur âge ou de leur appartenance syndicale, v. M. Mercat-Bruns, « Identification de la discrimination systémique », *RDT*, 2015, p. 672 ; M. Mercat-Bruns, M., E. Boussard Verrecchia, « Appartenance syndicale, sexe, âge et inégalités : vers une reconnaissance de la discrimination systémique » *Rev. Droit Travail*, 2015, p. 660-671.
53. V.CA Paris 31 janvier 2018 *Dalloz Actualités* 13 fév. 2018, Obs. M. Peyronnet
54. Soc. 12 fév. 2013, n° 11-27689.

55. V. CP de Paris, 10 nov. 2017, http://www.lemonde.fr/economie/article/2017/11/10/le-conseil-des-prud-hommes-de-paris-reconnait-des-faits-de-harcèlement-sexuel-a-la-gare-du-nord_5213437_3234.html.
56. Soc. 22 Sept. 2015 n° 14-11563 : le même type de harcèlement discriminatoire concerne parfois la discrimination raciale prenant la forme d'insultes raciales dans certains métiers (en l'occurrence dans les cuisines) and entraînant la démission de certains travailleurs ; la difficulté est parfois de prouver la corrélation entre discrimination et abandon de poste.
57. M. Mercat-Bruns, « Racisme au travail : les nouveaux modes de détection et les outils de prévention », *Droit social*, 2017, p. 361.
58. M. Mercat-Bruns, « Racisme au travail », précité.
59. Soc. 3 février 2017, n° 15-23883 : discrimination fondée sur l'origine mais harcèlement non retenu.
60. Discrimination directe par le profilage racial (contrôle d'identité) : 1^{er} civ. 9 nov. 2016, n° 15-25873.
61. V. le nouvel article L. 2262-13 du Code du travail qui instaure une présomption de légitimité des accords collectifs.
62. Sur la déférence accordée aux accords collectifs en matière de discrimination fondée sur l'âge, v. par exemple, CJCE, 16 oct. 2007, *Palacios de la Villa v Cortefiel Servicios SA*, Aff. C-411/05.
63. En outre, le principe d'égalité de traitement prône de traiter différemment des personnes dans des situations différentes.
64. Soc. 8 octobre 2014, n° 13-11789.
65. Soc. 10 avril 2013, n° 11-26986.
66. Cour de cassation, Soc. 3 nov. 2011, n° 10-20765.
67. Une discrimination fondée sur le sexe et l'activité syndicale non retenue, v. Soc. 10 avril 2013, n° 11-26986.
68. S'agissant d'autres arrêts où le titre de séjour est en cause mais la discrimination retenue au pénal, Crim 13 déc. 2016, n° 15-82601.
69. C. Avril, « Ambiance raciste dans l'aide à domicile », *Plein droit*, n° 96, 2013, p. 48.
70. M. Mercat-Bruns, « Discriminations multiples et identité au travail au croisement des questions d'égalité et liberté », *RDT*, 2015, p. 28.
71. En matière de biens et services, les décisions concernent jusqu'à maintenant davantage des discriminations directes, v. M. Dreano, *La non-discrimination en droit des contrats*, dir. E. SAVAUX, Poitiers. V. aussi Mercat-Bruns, M. (2017). Mais l'extension de l'interdiction des discriminations à tous les critères en matière de biens et services par la loi n° 2016-1547 du 18 nov. 2016 sur la modernisation de la justice (art. 86, 3°), modifiant la loi 2008, instaure l'aménagement de la preuve au civil. V. M. Mercat-Bruns, M., « Le droit de la non-discrimination : une nouvelle discipline en droit privé ? », *Recueil Dalloz*, 2017, p.224-239.
72. C. Tilly, *Durable inequality*, University of California Press, 1998, p. 9.
73. V. l'entretien de R. Post in Mercat-Bruns, M. (2016), *Discrimination at work*, UC Press, pp. 29-37, accès numérique gratuit à l'ouvrage : <http://dx.doi.org/10.1525/luminos.11>.
74. Ibid., pp. 29-37.
75. V. CJUE, 10 mai 2011, *Römer*, Affaire C-147/08.
76. V. « Femmes et carrières : la question du plafond de verre », *Revue française de gestion*, n° 151, 2004, p. 220 ; J. Laufer, *La féminité neutralisée. Les femmes cadres dans l'entreprise*, Flammarion, 1982 ; J. Laufer, « L'accès des femmes à la décision dans la sphère économique », in F. Gaspard (dir.), *Les femmes dans la prise de décision en France et en Europe*, L'Harmattan, 1997. ; J. Laufer J., A. Fouquet, Effet de plafonnement de carrière des femmes cadres et accès des femmes à la décision dans la sphère économique. Service des droits des femmes, Centre d'études de l'emploi, Groupe HEC, 1997.

77. S. Landrieux-Kartochian, « Les organisations face au plafond de verre », *Revue française de gestion*, n° 173, 2007, p. 192.
78. T. Green, "Discrimination laundering: the rise of organizational innocence and the crisis of equal opportunity law", *Cambridge University Press*, 2017, pp. 116-141.
79. Feagin, J. (1978), *Discrimination American Style : institutional racism and sexism*, Robert E. Krieger Publishing Company, 246 p. ; Knowles, L., Prewitt, K. (1969), *Institutional racism in America*, Englowood Cliffs.
80. Cour EDH, 13 nov. 2007, *D.H. et autres c. République tchèque*, Req.n° 57325/00. Ainsi la Cour a souligné que la Convention dénonce non seulement des actes discriminatoires spécifiques mais aussi des pratiques systémiques qui refusent aux groupes d'appartenance à une ethnie ou une race l'exercice de droits. La Cour a clarifié que la ségrégation raciale constitue une discrimination au titre de l'article 14 et démontre, par le truchement de la discrimination indirecte, que l'égal accès à l'éducation est un problème persistant à travers l'Europe.
81. Cass. Crim. 23 jan. 2018, n° 17-81369.
82. Cass. 1^{er} civ. 9 novembre 2016, n° 15-25.873.
83. Dans un sondage de 5 117 personnes par le Défenseur des droits en 2016 sur l'accès à la location et la discrimination, 24 % des femmes avec enfants en dessous de l'âge de 3 ans considèrent qu'elles ont fait l'objet de discrimination : <https://www.defenseurdesdroits.fr/fr/communique-de-presse/2017/12/enquete-acces-aux-droits-ndeg5-discriminations-et-acces-au-logement>.
84. A. McColgan, *Discrimination, Equality and the law*, 2014, Hart, p. 10.
85. See <http://change-center.squarespace.com/susan-sturm/>.
86. D. Bobbitt-Zeher, "Connecting Gender Stereotypes, Institutional Policies, and Gender Composition of Workplace", *Gender and society*, Vol. 25, 2011, pp. 764-786.
87. S. Sturm, "Activating systemic change toward full participation: the pivotal role of boundary spanning intermediaries", *Saint Louis Law Rev.* Vol. 54, 2010, pp. 1117-1138 ; see <http://change-center.squarespace.com/susan-sturm/>.
88. T Green, "Discrimination in Workplace Dynamics: Toward a Structural Account of Disparate Treatment Theory", 38 *Harv. C.R.-C.L. L. Rev.* 2003, pp. 91-157.
89. S. Bagenstos, "The structural turn and the limits of antidiscrimination law", *California Law Rev.* Vol. 94, 2006, pp. 1-49, p. 2.
90. T. Green, "Discrimination in Workplace Dynamics: Toward a Structural Account of Disparate Treatment Theory", 38 *Harv. C.R.-C.L. L. Rev.* 2003, pp. 91-157.
91. T. Green, (2003), précité, pp. 91-157.
92. T. Green, *Discrimination laundering : the rise of organizational innocence and the crisis of equal opportunity law*, Cambridge University Press, 2017, pp. 116-141.
93. Article 62, Loi de modernisation de la Justice, précité, Décret d'application, v. infra 96.
94. V. M. Mercat-Bruns, « Identification de la discrimination systémique », art. précité.
95. T. Green, "America is from Venus, France is from Mars : pinups, policing and gender equality", *Employee Rights and Employment Policy Journal*, 2017 , https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2905901.
96. Décret n° 2017-888 du 6 mai 2017 relatif à l'action de groupe et à l'action en reconnaissance de droits prévues aux titres V et VI de la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle.
97. Art. 826-6 du Code de procédure civile.
98. Article 65, Loi de modernisation de la justice ; sur la première action de groupe : <https://www.lesechos.fr/economie-france/social/0301292799787-discrimination-syndicale-la-premiere-action-de-groupe-en-passe-darriver-en-justice-2154771.php>.
99. V. au Canada à l'issue d'une action contentieuse : L. Vanhala, *Making rights a reality ? Disability rights activists and legal mobilization*, Cambridge University Press, 2011, p. 123.

100. S. Sturm, "Second Generation Employment Discrimination: A Structural Approach", Vol. 101, *Colum. L. Rev.*, 2001, p. 458-460.
101. S. Sturm, "Second Generation Employment Discrimination: A Structural Approach", Vol. 101, *Colum. L. Rev.*, 101 2001, précité, p. 458-460.
102. Ibid, p. 460.
103. Ibid, p. 460.
104. L. Edelman, *Working Law: Courts, corporations and symbolic civil rights*, Chicago Series in Law and Society, 2016.
105. C. Albiston, "Bargaining in the Shadow of Social Institutions: Competing Discourses and Social Change in Workplace Mobilization of Civil Rights", *Law & Soc'y Rev.* Vol. 39, 2005, pp. 11, 20.
106. L. Edelman, M. Suchman, "When the "Haves" Hold Court: Speculations on the Organizational Internalization of Law", *Law & Soc'y Rev.* Vol. 33, 1999, pp. 941, 967.
107. S. Bagenstos, S. (2006), "The structural turn and the limits of antidiscrimination law", *California Law Rev.* Vol. 94, 2006, p. 29.
108. K. Krawiec, "Cosmetic Compliance and the Failure of Negotiated Governance", *Wash. U. Law Q.* Vol. 81, 2003, p. 487.
109. S. Bagenstos, précité, p. 33.
110. S. Bagenstos, précité, p. 34.
111. S. Bagenstos, précité, p. 35.
112. CJCE 11 nov. 1997, *Marshall*, Aff C-409/95 ; CJCE 28 mars 2000, *Badeck* Aff C-158/97 ; CJCE 6 juil. 2000, *Abrahamsson*, Aff C-407/98.
113. D. Rhode, *The difference 'difference' makes : women and leadership*, Stanford University Press, 2003, p. 6.
114. C. Tilly, ouvrage précité : « L'exploitation et la maîtrise du nombre des bénéficiaires de l'égalité des chances provoquent l'inégalité durable ».
115. T. Green, *Discrimination laundering: the rise of organizational innocence and the crisis of equal opportunity law*, Cambridge University Press, 2017, p. 73.
116. T Green, (2017), précité, p. 84.
117. J. Anderson, B. Siim, *Introduction: the politics of inclusion and empowerment: gender, class and citizenship*, NY Palgrave, 2004, p. 2.
118. J. Nedelsky, "Reconceiving Autonomy: Sources, Thoughts and Possibilities", *Yale Journal of Law & Feminism*, Vol. 1, 1989, p. 7.

RÉSUMÉS

À la différence du Canada ou des États-Unis, la notion de discrimination systémique n'est pas inscrite dans le droit positif français même si l'adoption de l'action de groupe a fait émerger la question des discriminations structurelles, notamment dans l'emploi. Pourtant, le droit européen et le droit français offrent déjà des exemples où les juges semblent appréhender implicitement cette dimension plus complexe de l'inégalité qui peut combiner les discriminations directes et indirectes et en révèlent sans doute sa nature. Se pose ensuite la question de l'intérêt d'une lutte contre ces discriminations systémiques au regard d'outils juridiques qui embrasseraient un cadre d'analyse de portée équivalente et des fonctions revisitées de la non-discrimination.

Unlike Canada and the United States, the notion of systemic discrimination is not included in French law even though the adoption of a French “class action” has raised the issue of structural discrimination, notably in employment. However, European and French law offer examples of decisions where judges seem to grasp this more complex form of inequality that combines direct and indirect discrimination and can reveal its nature. Systemic discrimination might require systemic solutions and gives the opportunity to revisit anti-discrimination law as a whole.

INDEX

Mots-clés : discrimination, discrimination systémique, recours collectifs, réglementation proactive, transformation organisationnelle

Keywords : discrimination, systemic discrimination, class actions, proactive obligations, transformative remedies

AUTEUR

MARIE MERCAT-BRUNS

Marie Mercat- Bruns est Maître de conférences au CNAM/LISE CNRS, HDR et Professeur affilié à l'École de droit de Sciences Po