La discrimination multiple, un concept insaisissable par le droit du travail ? Un point de vue français et comparatif

Philippe MARTIN

CNRS-COMPTRASEC, Université Montesquieu Bordeaux IV

Résolument situés dans un environnement international, nos systèmes juridiques nationaux se montrent cependant plus ou moins réceptifs aux thématiques « émergentes ». Une telle observation semble valoir pour ce qui est de la question de la discrimination multiple. On peut notamment estimer que cette thématique aura quelques difficultés à prospérer en droit français du travail. Il faut tout d'abord constater que le concept de discrimination multiple a jusque là été peu étudié dans la littérature juridique française[1]. Il a pourtant émergé ces dernières années au plan international, aussi bien dans les sphères académiques que dans les enceintes politiques. Le sujet a fait l'objet d'un rapport publié par la Commission européenne en 2007[2] et il figure aussi dans les conclusions du Sommet européen sur l'Egalité, tenu à Paris les 29 et 30 septembre 2008[3]. Si le concept est relativement nouveau, notamment pour le juriste, la réalité ne l'est sans doute pas[4]. De fait, la question de la discrimination multiple est d'abord apparue dans les sciences sociales, en particulier en Amérique du Nord. Les chercheurs se sont au départ intéressés à la situation des femmes noires et à l'interaction qu'il peut y avoir entre genre et race[5]. L'objet de ces travaux est de montrer que certains groupes sociaux sont à même de vivre des expériences de discrimination spécifiques et distinctes de la discrimination fondée seulement sur le genre ou sur la race[6]. Il est assez évident que ce genre d'approche s'inscrit dans un mouvement de politisation des différences et des discriminations. Les recherches académiques ont d'ailleurs rencontré très vite un écho auprès des organisations de la société civile à caractère militant, en faveur de telle ou telle communauté. Dans la période récente, en Europe, se sont tenus des séminaires sur la discrimination multiple auxquels ont activement participé des organisations de défense des droits des roms, des personnes handicapées, des gays et lesbiennes, ou encore des personnes âgées. Dans ces forums, l'accent a été mis en particulier sur la nécessité de lutter contre des formes de discrimination cumulant les motifs d'origine ethnique, d'orientation sexuelle, de handicap ou d'âge.

Du point de vue français, c'est-à-dire en référence au modèle idéal de « l'égalité républicaine », cette thématique s'avère d'emblée suspecte, car potentiellement porteuse des

[1] V. toutefois M.-T. Lanquetin, « Egalité, diversité….et discriminations multiples », *Travail, Genre et Sociétés*, n° 21, 2009/1, p. 91-106. V. aussi *Discriminations. Pratiques, savoirs, politiques*, s. la dir. d'E. Fassin et J.-L. Halpérin, La Documentation Française, 2008 ; cet ouvrage collectif aborde la question des discriminations multiples, mais plutôt sous un angle sociologique.

[2] *Lutte contre la discrimination multiple: pratiques, politiques et lois*, Commission européenne, sept. 2007.

[3] V. *infra*.

[4] V. Fernando Rey Martínez, « La discriminación múltiple, una realidad antigua, un concepto nuevo", Revista española de derecho constitucional, n° 84, 2008, pp. 251-283.

[5] Cf. La théorie de la « double vulnérabilité » développée par Frances Beale aux Etats Unis: F. Beale, *Double jeopardy : to be black and female* , T. Cade (Ed.), New American Library, New York, 1970. V. aussi les travaux de K. Crenshaw, *Demargenalizing the Intersection of Race and Sex: A Black Feminist Critique of Antidiscrimination Doctrine, Feminist Theory and Antiracist Politics*, University of Chicago Legal Forum, 1989, pp. 67-139; T. Amott and J. Matthaei, *Race, Gender and Work: a Multicultural Economy History of Women in the United States*, South End Press, Boston, 1996.

[6] Hypothèse selon laquelle une femme noire peut être exposée à des discriminations auxquelles n'est pas ou moins exposé une femme blanche ou un homme noir.

valeurs du communautarisme à l'anglo-saxonne. Le mérite ou l'intérêt de ces débats est néanmoins d'attirer l'attention sur l'existence de formes particulières de discrimination qui ne sont en général pas bien prises en charge par le système juridique. Dans les droits nationaux, en effet, les plaintes fondées sur une discrimination multiple prennent très rarement en compte le problème dans sa globalité : les avocats et les juristes ont tendance à en rester à une approche « unidimensionnelle », sur le plan de l'action judiciaire, et à se fonder sur un seul motif principal de discrimination. Ces difficultés pour faire place à une approche multidimensionnelle de la discrimination sont assez bien reflétées par l'affaire Leyla Sahin jugée par la Cour Européenne des droits de l'Homme en 2005[7].

Comment le concept de discrimination multiple, né dans le giron des sciences sociales, peut-il devenir un concept juridique opératoire, particulièrement en droit du travail[8]? Pour tenter de répondre à cette question, on recourra ici à l'approche comparative entre les droits anglo-saxons – principalement la législation et la jurisprudence britanniques- et le droit français. La raison en est que les juridictions nord américaines et britanniques ont déjà été confrontées à la problématique de la discrimination multiple alors que celle-ci est encore relativement inédite en France et en Europe continentale. Les solutions juridiques élaborées dans les pays anglo-saxons pourraient dès lors servir de modèle. Il faut cependant tenir compte des différences de culture juridique. Le réalisme et le pragmatisme ont sans doute permis aux juges anglo-saxons d'appréhender plus aisément le concept même de discrimination qui n'a été « acclimaté » à l'environnement juridique français que depuis la fin des années 1990, voire le début des années 2000. La conception de l'égalité *à la française*, fondée sur l'universalité de la règle de droit, a longtemps fait obstacle à une véritable prise en compte des discriminations[9]. Il conviendra ici de se questionner sur la capacité du droit communautaire à faire émerger une approche commune de la discrimination multiple et à constituer une source de rapprochement des solutions nationales encore éparses et tâtonnantes. Ce qui apparaît d'emblée, cependant, c'est que l'appréhension du concept par le droit pose une double difficulté. Difficulté de définition, d'une part, car la réalité censée être saisie par le droit, en ce domaine, est complexe ; difficulté de mise en oeuvre, d'autre part, car faute de régime spécifique, la discrimination multiple doit s'adapter aux exigences usuelles de l'action juridique.

1. La réception du concept en droit du travail. Questions de définition

1.1. Le concept de discrimination multiple

[7] Cour Européenne des droits de l'Homme, Leyla Sahin c. Turquie, 10 novembre 2005. Dans cette affaire, la plaignante s'était vue interdire le port du voile islamique à l'université par les autorités turques et invoquait tout à la fois la violation de la liberté de conscience et de religion (art. 9 dela Convention Européenne des Droits de l'Homme, ci-après CEDH), du droit à l'éducation (art. 2 du protocole n° 1), du droit au respect de la vie privée (art. 8 CEDH), de la liberté d'expression (art. 10 CEDH) ainsi que la violation de l'interdiction des discriminations formulée par l'art. 14 de la CEDH. La Cour européenne a considéré, en ce qui concerne la question de la discrimination, que la plaignante n'avait pas fourni suffisamment d'éléments à l'appui de sa requête, évitant d'examiner si la mesure d'interdiction ne frappait pas particulièrement la plaignante en tant que femme musulmane (pour une analyse de cette jurisprudence, v. notam. M. Malik, « Complex Equality: Muslim women and the headscarf », *Droit et Société* n° 68/2008, p. 127-152).

[8] La présente étude est essentiellement circonscrite au droit du travail, notamment parce que nombre de cas de discriminations portés en justice relèvent du champ de l'emploi et des relations de travail.

[9] Sur la différence d'approche culturelle, v. D. Lochak, « Quelques réflexions sur l'universalité de la règle de droit dans ses rapports avec l'égalité », in *Egalité et Discriminations. Etats-Unis, Europe, France*, Revue Droit et Cultures, n° 49, 2005/1, pp. 15-20. Sur le changement de paradigme, en France, à partir des années 2000, v. E. Fassin, in *Discriminations. Pratiques, savoirs, politiques*, op. cit.

Les travaux académiques mettent en évidence plusieurs types de discrimination multiple. Celle-ci est généralement définie comme une discrimination basée sur plus d'un seul motif, mais on peut distinguer les cas dans lesquels un motif s'ajoute à un autre, ce que traduit le concept de « discrimination additive », des cas de « discrimination intersectionnelle » - ou discrimination multiple par intersection - dans lesquels les différents motifs de discrimination interagissent les uns avec les autres[10]. Observer la discrimination multiple dans les faits conduit aussi à distinguer les cas de « discrimination parallèle » - par exemple une femme handicapée qui serait discriminée en raison de son genre sur le terrain de l'emploi et en raison de son handicap dans l'accès à certains services – des cas de discrimination combinée (les auteurs anglophones parlent de *compound discrimination*) dans lesquels les différents motifs se cumulent dans une même situation - l'emploi, par exemple- ce qui en intensifie l'expérience.

Pour le juriste, ce qui importe, c'est que la loi permette de prendre en compte la spécificité et de sanctionner le caractère aggravé que représente une discrimination multiple. Les réflexions et travaux sur la question ont à ce jour principalement été menés par des auteurs tentant d'analyser la structure complexe de la discrimination multiple pour la relier aux concepts plus traditionnels d'égalité et de droits de l'homme[11].

Analyser la structure de la discrimination multiple suppose qu'on raisonne à partir des « attributs sociaux » de l'individu. Cela conduit à réfléchir en termes de vulnérabilité de certains groupes sociaux et, partant, de la vulnérabilité accrue de certains individus du fait de leur appartenance à plusieurs groupes considérés comme fragiles. La vulnérabilité n'est toutefois pas une notion juridique bien construite et identifiée. On peut néanmoins estimer que la loi, lorsqu'elle établit les motifs prohibés de discrimination (les « terrains » ou *grounds* dans le droit anglo-saxon)[12], identifie en réalité certains attributs de l'individu susceptibles de le placer économiquement, socialement ou politiquement en situation de vulnérabilité et de traitement inégal par rapport aux autres. Le fait que se conjuguent plusieurs de ces attributs aggrave cette situation. Il est clair que cette approche réaliste peut heurter une conception plus « idéaliste » du droit qui voit dans la prohibition des discriminations l'énoncé de ce qui est illicite, c'est-à-dire, au fond, de ce qui est inacceptable dans une société démocratique. A notre sens, les deux conceptions ne sont pas exclusives l'une de l'autre. L'enjeu, pour le droit, est de reconnaître l'identité réelle des individus, afin de garantir leur pleine dignité.

De la vulnérabilité, il peut être tentant d'opérer un glissement sémantique et de parler en termes de « groupes désavantagés » [13]. Cela pose problème. En effet, selon le « modèle français d'égalité »[14], il n'y a, *a priori*, pas de groupes désavantagés. Précisément, l'action

[10] Il a pu être relevé, par exemple, que dans plusieurs pays européens, des femmes roms avaient été stérilisées de manière coercitive. Cette pratique n'a pas affecté les femmes en général, ni les hommes roms. Il y a donc là plusieurs motifs de discrimination qui agissent simultanément et de manière combinée, ce qui est caractéristique de la discrimination par intersection (cf. Compte rendu du séminaire organisé par l'ERIO – European Roma Information Office – les 19 et 20 juin 2008 à Bruxelles).

[11] V. notam. S. Fredman and E. Szyszczak, "The interaction of race and gender" in *Discriminations: The Limits of the* Law, B. Hepple and E. Szyszczak (dir.), Mansell, London, 1992, pp. 214-226. T. Makkonen, *Multiple, Compound and Intersectional Discrimination: bringing the experiences of the most marginalized to the fore*, Institute for Human Rights, Abo Akademi University, April, 2002.

[12] Sexe ou genre, race ou origine ethnique, opinions, âge, état de santé, orientation sexuelle, etc.

[13] "People can belong to several disadvantaged groups at the same time, and suffer aggravated and specific forms of discrimination in consequence" (T. Makkonen *op. cit.*)

[14] Cf. D. Lochak, « Quelques réflexions sur l'universalité de la règle de droit dans ses rapports avec l'égalité », précit.

visant à faire sanctionner l'existence d'une discrimination suppose que le plaignant fournisse des éléments attestant du fait qu'il est désavantagé par rapport à d'autres. Le simple fait d'appartenir à un ou à plusieurs groupes sociaux considérés comme vulnérables (migrants, femmes, handicapés, …) n'établit pas juridiquement la discrimination. Néanmoins, il faut observer que le droit communautaire a pris certaines distances avec la conception universaliste française, en matière de discrimination. Il reconnaît en effet la légitimité des mesures visant à prévenir ou à compenser les désavantages subis par des groupes de personnes d'une race ou d'une origine ethnique donnée, tout comme il reconnaît la légitimité des mesures habilitant les organisations collectives représentant ces groupes, afin qu'elles agissent pour la promotion de leurs besoins particuliers[15].

Sans doute faut-il y voir la marque et l'influence de la culture anglo-saxonne qui conduit à mettre l'accent sur le fait que la discrimination est avant tout une construction sociale[16]. Le poids du regard du groupe « dominant », dans une société donnée, sur le ou les groupes « dominés » joue un rôle déterminant. Ainsi, les travaux portant sur les castes en Inde montrent-ils que les discriminations subies pas les « intouchables » ne proviennent pas d'éléments objectifs – la foi de ces derniers ou leur origine ethnique – mais plutôt de la perception et de la représentation religieuse du reste de la société à leur égard[17]. Toutefois, cela n'empêche pas les juristes- y compris anglo-saxons- de reconnaître qu'il y a des situations dans lesquelles la discrimination provient des caractéristiques physiques visibles de l'individu : une femme enceinte se trouvera écartée de l'emploi par un employeur qui considérera que l'embaucher entraînera des coûts supplémentaires. Mais derrière l'argument économique se cache une construction sociale, celle des rôles implicitement impartis aux hommes et aux femmes qui font qu'un « futur jeune papa » ne présentera *a priori* pas le même risque d'absentéisme qu'une femme enceinte aux yeux d'un employeur. A l'origine des discriminations, il y a donc des stéréotypes socialement construits, certains positifs, d'autres négatifs, associés aux différentes catégories sociales[18]. La discrimination se manifeste à la fois dans une réalité économique (par ex. des statuts d'emploi systématiquement dévalués pour certaines catégories) mais aussi dans des constructions sociales qui sont le fruit de processus historiques et qui se reflètent dans les agencements institutionnels. C'est dans cette optique que doit être appréhendée la discrimination multiple. Comme on le verra, la difficulté majeure réside cependant dans la qualification juridique de la discrimination « intersectionnelle ». Comment établir et sanctionner le fait que le préjugé à la source de la différence de traitement porte sur la conjonction de deux éléments ?

1.2.L'incorporation du concept dans le droit positif

L'exploration des principales sources du droit international et européen conduit au constat qu'à ce jour, le concept de discrimination multiple n'y est pas véritablement élaboré ni défini. L'observation vaut aussi pour ce qui est des législations nationales, du moins à l'analyse d'un petit échantillon au plan européen. On note cependant une volonté politique de prendre le

[15] Cf. le point 17 du préambule de la directive 2000/43 du 29 juin 2000 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique.

[16] Dans une décision de la Cour Suprême du Canada (affaire Egan v. Canada 1995), les juges avaient estimé : « Nous n'aborderons jamais complètement le problème de la discrimination (…) si nous continuons à nous focaliser sur les catégories abstraites et sur les généralisations plutôt que sur leurs effets spécifiques (…) Dans la plupart des cas, le désavantage provient de la manière dont la société traite les individus en particulier, plutôt que d'une quelconque caractéristique propre à ces mêmes individus ».

[17] K.N. Ruwanpura, *Exploring the links of multi discrimination: considering Britain and India*, International Institute for Labour Studies, Geneva, 2005.

[18] Ce que montrent particulièrement les travaux de T. Makkonen, *op.cit.*

problème en considération, si l'on en croit certaines déclarations ou certains rapports internationaux.

Pas de véritable définition juridique en droit international et européen

En droit international, et pour se limiter aux normes de l'OIT, la référence en matière de lutte contre les disciminations dans l'emploi est la convention n° 111. La discrimination multiple n'est toutefois pas abordée dans ce texte, ce qui n'est guère surprenant si on tient compte du fait qu'il date de 1958. Ajoutons que la Déclaration de 1998 relative aux principes et droits fondamentaux au travail prévoit que «l'ensemble des membres, même s'ils n'ont pas ratifié les conventions en question, ont l'obligation, du seul fait de leur appartenance à l'Organisation, de respecter, promouvoir et réaliser, de bonne foi et conformément à la Constitution, les principes concernant les droits fondamentaux qui sont l'objet desdites conventions », et notamment « d) l'élimination de la discrimination en matière d'emploi et de profession». Il y a donc un principe fondamental, mais dont la structure juridique demeure unidimensionnelle.

En droit européen, l'approche de la discrimination est tout aussi classique, si on se réfère à la Convention Européenne des Droits de l'Homme (en son article 14) ou encore à la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (article 21). On y retrouve la prohibition de toute discrimination fondée sur les motifs tels que le sexe, la race, la couleur, les origines ethniques ou sociales, les caractéristiques génétiques, la langue, la religion ou les convictions, les opinions politiques ou toute autre opinion, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance, un handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle. Ces textes prohibent le fait d'opérer des distinctions fondées *notamment* sur les motifs énumérés, ce qui n'exclut pas que d'autres motifs s'ajoutent à la liste, ni d'ailleurs que plusieurs soient combinés, mais rien n'est dit des conséquences qu'il faudrait en tirer le cas échéant.

Quant aux directives communautaires, qu'il s'agisse des textes traitant de l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes[19] ou des directives adoptées sur la base de l'ex-article 13 du Traité (désormais article 19 TFUE)[20], elles ne font pas véritablement place à la discrimination multiple dans les définitions – désormais bien connues – qu'elles donnent de la discrimination directe et de la discrimination indirecte. Le droit communautaire reconnaît néanmoins la possibilité de cumul entre différentes formes de discrimination. Ainsi lit-on dans le préambule de la directive 2000/43 (point 14) : « Dans la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement sans distinction de race ou d'origine ethnique, la Communauté cherche, conformément à l'article 3 paragraphe 2 du traité CE, à éliminer les inégalités et à promouvoir l'égalité entre les hommes et les femmes, en particulier du fait que les femmes sont souvent victimes de discriminations multiples ». La difficulté à pleinement intégrer le concept de discrimination multiple dans l'arsenal juridique communautaire est bien reflétée, cependant, par la proposition de directive sur la mise en oeuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de religion ou de conviction, de handicap, d'âge ou de d'orientation sexuelle présentée par la Commission européenne au mois de juillet 2008[21].

[19] La directive 2006/54 du 5 juillet 2006 relative à la mise en œuvre de l'égalité des chances et de l'égalité de traitement entre les hommes et les femmes en matière d'emploi et de travail (refonte) et la directive 2004/113 du 13 décembre 2004 mettant en œuvre le principe de l'égalité de traitement entre les femmes et les hommes dans l'accès à des biens et services et la fourniture de biens et services.

[20] La directive 2000/43 du 29 juin 2000 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race et d'origine ethnique et la directive 2000/78 du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail.

[21] Bruxelles, 2.7.2008, COM(2008) 426 final.

L'exposé des motifs indique : « la nécessité de lutter contre la discrimination multiple, par exemple en la définissant en tant que discrimination et en garantissant des voies de recours efficaces, a également été soulignée ». Il est toutefois rajouté que « ces questions dépassent le cadre de la présente directive, mais rien n'empêche les Etats membres de prendre des mesures dans ces domaines ». Le texte même de la proposition ne contient aucune indication normative sur le sujet et il faut entendre que la balle est effectivement dans le camp des législations nationales.

Dans les législations nationales

En Europe, très peu de législations prennent en compte la question de la discrimination multiple. Certaines d'entre elles reconnaissent seulement l'existence du problème, mais elles essayent de le prendre en charge à travers des politiques publiques plutôt que sur le terrain judiciaire. La discrimination multiple constitue dès lors un critère pour des actions devant être menées par les pouvoirs publics. Ainsi en est-il, par exemple, de la législation espagnole. La loi organique 3/2007 du 22 mars 2007, relative à l'Egalité dit qu'« une attention spéciale est apportée aux cas de double discrimination et aux difficultés spécifiques que rencontrent les femmes particulièrement vulnérables, comme celles appartenant à des minorités, les femmes émigrantes et les femmes handicapées »[22]. La législation bulgare en vigueur depuis le 1er janvier 2004 indique aussi que les organes de l'Etat, les organes publics et les collectivités locales doivent prioritairement prendre des mesures visant à rétablir l'égalité des personnes victimes de discrimination multiple.

Quelques (rares) autres législations appréhendent toutefois la discrimination multiple sur le terrain judiciaire. Selon le droit allemand[23], l'auteur présumé d'une discrimination multiple ne peut se justifier- et donc renverser la présomption- que si sa justification s'applique à chacun des motifs du traitement inégal. La législation roumaine (loi du 4 juillet 2006) indique que la discrimination fondée sur deux motifs ou plus doit être traitée et sanctionnée comme une circonstance aggravante.

Pour ce qui est du droit français, il suffira de rappeler qu'il a longtemps été marqué par le traitement pénal des discriminations et que le concept de discrimination tel qu'élaboré au plan international et européen a peiné et peine encore à se voir pleinement transposé, notamment en droit du travail[24]. Le législateur et le juge français ont longtemps manifesté des réticences à l'égard des concepts du droit communautaire, notamment à l'égard de celui de discrimination indirecte[25], ainsi que des méthodes d'établissement de la preuve y relatives (notamment la

[22] V. aussi la loi 4/2005 du 18 février 2005 de la Communauté Autonome d'Euskadi pour l'égalité des hommes et des femmes. L'exposé des motifs reconnaît que de nombreuses femmes sont victimes et que d'autres discriminations dérivent de celles fondées sur le sexe : race, origine ethnique, langue, âge, incapacité, patrimoine, orientation sexuelle. Le texte estime que le phénomène des discriminations multiples « affaiblit la citoyenneté des femmes », sans pour autant bâtir un régime juridique concret.

[23] Loi AGG (*Allgemeines Gleichbehanddlungsgesetz*) entrée en vigueur en août 2006.

[24] M.-T. Lanquetin, « Discriminations : la loi d'adaptation au droit communautaire du 27 mai 2008 », *Droit social* 2008, p. 778.

[25] On a pu noter une timide entrée de la notion de discriminations indirectes avec l'affaire Soc. 9 avril 1996, Mme Soufflet c/CPAM de la Marne (DO 1998-1). Dans cette affaire, une femme avait été employée à temps plein puis à temps partiel à sa demande. Elle avait formulé une demande de changement de coefficient après un stage de formation et essuyé un refus au motif que son temps de pratique professionnelle était insuffisant. Elle avait formulé une demande de dommages intérêts mais avait été déboutée par les juges du fond. A l'appui du pourvoi, était notamment invoquée la discrimination indirecte au sens du droit communautaire. La Cour de cassation a estimé que la Cour d'appel avait recherché si la disposition conventionnelle en cause n'était pas constitutive d'une discrimination *même indirecte*, entre hommes et femmes et a exactement retenu que ce n'était

méthode dite statistique)[26]. La Commission européenne avait d'ailleurs reproché à la France l'absence de définition des discriminations directes et indirectes en matière d'emploi et de travail. La loi du 27 mai 2008 répond à ces critiques, malgré des résistances manifestées au Sénat. Pour certains, l'approche européenne des discriminations heurterait la conception française de l'égalité et véhiculerait une vision communautariste de la société[27]. Au fond, demeure assez prégnante en France la logique de l'égalité devant la loi qui se montre peu ouverte à une conception fondée sur la protection de publics sociologiquement vulnérables (femmes, minorités ethniques, etc.) conduisant des organisations militantes à rechercher dans le droit des ressources pour l'action en faveur de ces catégories. Autant dire que le droit français ne se montre guère prêt à recevoir, ne serait-ce qu'au plan théorique, le concept de discrimination multiple.

Hors de l'Europe, c'est sans doute au Canada que l'on trouve quelques éléments attestant d'une incorporation – certes timide – du concept de discrimination multiple en droit positif. Dans une affaire Canada v. Mossop jugée par la Cour Suprême en 1994, il s'était agi de savoir quel type de discrimination avait commis un employeur ayant refusé un congé à un salarié souhaitant assister aux funérailles du père de son conjoint de même sexe. La Cour en était restée au motif de discrimination fondée sur l'orientation sexuelle sans considérer la discrimination en raison du statut familial. A cette occasion, le juge L'Heureux-Dubé avait émis une opinion dissidente faisant place au concept de discrimination multiple[28]. Par la suite, en 1998, un amendement à la loi canadienne de 1985 sur les droits de la personne a ouvert la définition de la discrimination prohibée, stipulant que la pratique discriminatoire est fondée sur un ou plusieurs motifs de discrimination interdits ou sur l'effet d'une quelconque combinaison desdits motifs. Sur cette base, la Commission ontarienne des doits de la personne et le Tribunal des droits de la personne de l'Ontario ont à plusieurs reprises considéré la dimension intersectionnelle de la discrimination comme élément décisif dans l'appréciation de la plainte[29].

---

pas le cas. La Cour de cassation semble toutefois avoir intégré le concept, à la lumière du droit communautaire, en reconnaissant l'existence d'une discrimination indirecte en raison de l'état de santé d'une salariée (Soc. 9 janvier 2007, *Mme Françoise Bertus*, n° 05-43.962, *Revue de Droit du Travail*, 2007, 245).

[26] Méthode initiée par le juge communautaire, à propos des discriminations indirectes, notamment fondées sur le sexe (CJCE Jenkins/Kingsgate, 31 mars 1981, aff. C- 96/80 ; CJCE Bilka-Kaufhaus, 13 mai 1986, aff ; 170/84). Pour la Cour, une discrimination indirecte est une mesure frappant de manière défavorable, dans les faits, un nombre « considérablement plus important de femmes que d'hommes ». Le juge national est invité à rechercher ce qui peut justifier la différence de traitement. La présomption ainsi établie est susceptible d'être combattue par l'employeur en arguant de « facteurs objectivement justifiés et étrangers à toute discrimination fondée sur le sexe ». Les directives communautaires adoptées depuis lors sur le fondement de l'article 13 du Traité instituant la Communauté européenne ont pris quelques distances avec cette méthode: elles indiquent que la discrimination indirecte peut être établie par tous moyens, « y compris sur la base de données statistiques ».

[27] V. La résolution adoptée par le Sénat le 17 novembre 2008, à partir du Rapport Dini, in « Controverse. Egalité de traitement entre les personnes: une directive de trop ? », *Revue de Droit du Travail* janvier 2009, p. 8. Pour une critique de cette affirmation, dans la même revue, S. Laulom, « Une opposition largement infondée au droit communautaire des discriminations », p. 12.

[28] Opinion citée dans le rapport de la Commission précité, p. 26 : « il est de plus en plus admis que les catégories de discrimination pourraient se chevaucher et que les personnes pourraient souffrir d'exclusion historique fondée à la fois sur la race et sur le sexe ou sur l'âge et sur un handicap physique ou encore sur une autre combinaison (…) la classification de ce type de discrimination comme étant principalement fondée sur l'appartenance raciale ou sur le sexe reflète donc mal la réalité de la discrimination telle qu'elle est vécue par ces personnes. La discrimination peut être fondée sur de nombreux motifs, et lorsque c'est le cas, il n'est pas très utile d'affirmer qu'elle est fondée sur un motif et pas sur tous. Il apparaît plus réaliste d'admettre que deux formes de discrimination puissent coexister et qu'il y a intersection ».

[29] Pour de plus amples développements, v. Rapport de la Commission européenne et l'article de Fernando Rey Martínez précités.

Rapports internationaux et déclarations politiques

Non ou mal défini en droit positif, le concept de discrimination multiple a cependant été reconnu dans certaines enceintes internationales : lors de la Conférence des Nations Unies contre le racisme, la discrimination raciale, la xénophobie et l'intolérance, tenue à Durban en 2001[30] ; dans le rapport global présenté lors de la 91è session de la Conférence Internationale du Travail (OIT) en 2003, rapport intitulé « L'heure de l'égalité au travail»[31]. A l'occasion des conclusions du Sommet de Paris sur l'Egalité (29-30 sept. 2008) a aussi été formulée la nécessité de mieux prendre en considération le sujet de la discrimination multiple d'un point de vue juridique, dans la mesure où la législation communautaire en vigueur ne prévoit pas de disposition explicite dans ce domaine et que la plupart des Etats membres ne la traitent pas dans leurs propres législations. « Lorsqu'elle engage un contentieux, la personne victime de discrimination multiple doit trop souvent « choisir » un aspect de sa personnalité comme motif de discrimination afin d'avoir gain de cause, même si cela ne reflète qu'une partie de la discrimination réellement subie. Il est dès lors essentiel d'échanger les bonnes pratiques sur cette question au niveau européen »[32].

2. La discrimination multiple à l'épreuve de l'action juridique

Une chose est d'estimer que les politiques publiques, notamment les politiques sociales, devraient appréhender les discriminations de manière multidimensionnelle, autre chose est d'envisager la mise en œuvre de la discrimination multiple au plan contentieux. Faute d'un régime spécifique à la discrimination multiple, les actions prétendant faire sanctionner ce type d'atteinte doivent emprunter les voies « usuelles » du droit de la non discrimination. Plusieurs difficultés se manifestent. D'une part, la méthodologie qui commande le régime de la preuve[33] conduit à opérer par comparaison entre la situation de la personne faisant état d'un traitement défavorable et celle d'une autre personne, ou d'autres personnes par hypothèse mieux traitées. Comment déterminer le « comparateur »[34] pertinent en cas de discrimination multiple ? La réponse n'est pas marquée du sceau de l'évidence, car la question de la détermination du comparateur est elle-même sujette à caution en cas de discrimination « simple ». D'autre part, se pose le problème de savoir si le juge doit apprécier séparément ou non les différents motifs de discrimination.

2.1. Le problème de la référence à une ou plusieurs personnes mieux traitées dans une situation comparable

[30] La Déclaration (art. 2) reconnaît que le racisme, la discrimination raciale, la xénophobie et l'intolérance surviennent en raison de la race, de la couleur, de la nationalité ou de l'origine ethnique et que les victimes peuvent souffrir de formes multiples ou aggravées de discrimination basées sur d'autres facteurs comme le sexe, la langue, la religion, les opinions politiques, l'origine sociale, la propriété, la naissance ou encore d'autres situations.

[31] Rapport global en vertu du suivi de la déclaration de l'OIT relative aux principes et droits fondamentaux au travail. Genève, BIT, 2003, XIV, 149 p.

[32] C'est nous qui traduisons à partir de la version anglaise des conclusions du Sommet.

[33] Rappelons qu'en vertu du droit communautaire, il incombe à la personne qui s'estime victime d'une discrimination de fournir au juge des éléments pouvant faire présumer l'existence d'une discrimination prohibée. Il suffit que ces éléments, établis par comparaison (traitement moins favorable par rapport à une autre personne placée dans une situation comparable), créent une apparence de discrimination, ce que le droit britannique nomme *prima facie case of discrimination*. La charge de la preuve se déplace alors sur le défendeur qui doit démontrer qu'il n'y a pas discrimination.

[34] On utilisera ici le terme peu élégant de « comparateur » qui est la traduction littérale de l'anglais *comparator*.

La mécanique même de l'action en discrimination implique la comparaison. Sauf cas particuliers, la victime est donc amenée à se référer à un ou plusieurs modèles. Une première question qui se pose est de savoir si on doit nécessairement se référer à un comparateur réel dont la situation concrète peut être prise comme référence, ou bien si on peut se référer à une situation hypothétique, abstraitement construite. Une seconde question est celle de la détermination du comparateur adéquat (*the suitable comparator*), ce qui pose manifestement des problèmes de logique. En outre, il faut observer que le choix du comparateur et la méthode utilisée par le juge ont des incidences directes sur le fardeau de la preuve et donc sur les chances de succès pour les justiciables s'estimant victime de discriminations. Pour aborder ces questions, un détour par le droit britannique semble particulièrement utile car la matière y est fort élaborée au plan technique.

La nécessité d'un comparateur réel ou hypothétique

Le droit britannique a depuis longtemps abordé cette question du comparateur. La législation en matière de discrimination sexuelle (Sex discrimination Act 1975) indique comment, en cas de plainte en discrimination, la comparaison doit être établie avec une autre personne[35]. Toutefois, il existe une exception importante : lorsqu'une femme se plaint d'une discrimination en relation avec sa grossesse ou sa maternité, la comparaison avec un homme est par hypothèse exclue (*a female only condition*). Le droit britannique a fait sienne la solution de la jurisprudence *Dekker* de la CJCE[36]. Il est d'ailleurs clair, au regard des solutions du droit communautaire, qu'il n'y a pas nécessité dans tous les cas d'un comparateur[37]. La Cour de cassation française, pour sa part, a jugé que « l'existence d'une discrimination n'implique pas nécessairement une comparaison avec la situation d'autres salariés »[38].

Selon l'EPA 1970 (*Equal Pay Act*), il semble même qu'il soit possible de choisir plus d'un comparateur, mais les tribunaux veillent à prévenir les abus de la part des plaignants qui adoptent une stratégie de « tir tous azimuts » (*scatter-gun approach*), c'est-à-dire qui se réfèrent à un éventail trop large de comparateurs[39]. On notera que la nécessité même d'un comparateur s'explique par le concept d'*equal value* qui est au cœur de cette législation. Il est en effet nécessaire d'établir une comparaison concrète pour faire valoir la règle « à travail égal, salaire égal ». En matière d'égalité de rémunérations entre hommes et femmes, le droit français procède aussi de la sorte.

Si on ne peut pas trouver un comparateur réel, le droit britannique admet la nécessité de se référer à un comparateur hypothétique. Cela ressort des termes de la législation et le juge applique couramment cette méthode. Ainsi, en vertu du DDA 1995 (*Disability Discrimination Act*) qui concerne les discriminations en raison du handicap, et afin de déterminer s'il y a traitement défavorable, la section 3A (1) de cette loi énonce qu'un employeur commet une discrimination envers une personne handicapée lorsque :

---

[35] Section 5, (3): "A comparison of the cases of persons of different sex or marital status (…) must be such that the relevant circumstances in the one case are the same, or not materially different, in the other".
[36] CJCE, Dekker, 8 novembre 1990, aff. 177/88.
[37] M.-T. Lanquetin, « L'égalité de traitement entre les hommes et les femmes en matière d'emploi et de travail », Droit social 2007, p. 871. Outre la question de la discrimination dans l'emploi des femmes enceintes, l'auteur évoque les décisions de la CJCE au regard de la situation des transsexuels.
[38] Soc. 10 novembre 2009, pourvoi n° 07-42.849.
[39] M. Sargeant (Ed.), *Discrimination law*, Pearson Education Limited, 2004.

a. pour une raison en lien avec le handicap dont souffre la personne, il la traite de manière moins favorable qu'il ne traite *ou n'aurait traité* d'autres personnes pour lesquelles la raison en question ne s'applique pas *ou ne s'appliquerait pas* ;
b. l'employeur ne peut pas démontrer que le traitement en question est justifié.

L'emploi du conditionnel indique clairement que le droit britannique fait place à un comparateur hypothétique pour juger de l'existence ou non d'une discrimination fondée sur le handicap.

La méthode vaut pour les différents « terrains » possibles de discrimination, et notamment en matière de discrimination sexuelle. Un tribunal a ainsi donné gain de cause à un homme victime de harcèlement qui s'était plaint que ses employeurs l'avaient traité moins favorablement qu'ils n'auraient traité une femme dans les mêmes conditions, au motif qu'il devait endurer « virilement » les brimades de ses camarades[40].

Au plan européen, les directives adoptées en vertu de l'article 13 du Traité envisagent toutes les possibilités dans la définition même de la discrimination prohibée. La directive 2000/78 énonce en effet qu'« une discrimination directe se produit lorsqu'une personne est traitée de manière moins favorable qu'une autre ne l'est, ne l'a été ou ne le serait dans une situation comparable, sur la base de l'un des motifs visés à l'article 1er ». L'emploi du conditionnel indique qu'il est possible de se référer un comparateur hypothétique.

En France, cependant, cette matière n'est pas encore aussi élaborée qu'elle l'est outre-manche et, malgré la lettre du droit communautaire, il y a encore débat sur la pertinence même d'un comparateur hypothétique. Cette approche semble bien, en effet, avoir été rejetée par le législateur français. L'article L. 1134-1 du Code du travail (ancien art. L. 122-45 al. 4), ne fait aucune référence à un quelconque comparateur, fût-il concret ou hypothétique. L'alinéa premier énonce : « Lorsque survient un litige en raison d'une méconnaissance des dispositions du chapitre II, le candidat à un emploi, à un stage ou à une période de formation en entreprise ou le salarié présente des éléments de fait laissant supposer l'existence d'une discrimination directe ou indirecte, telle que définie à l'article 1er 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 ». Il est donc fait renvoi à l'article 1er de la loi du 27 mai 2008 qui pose que la discrimination est constituée dès lors que, sur le fondement de l'une des catégories de motifs prohibés[41], « une personne est traitée de manière moins favorable qu'une autre ne l'est, ne l'a été ou ne l'aura été dans une situation comparable ». Curieusement, le législateur français transposant la législation communautaire ne s'est pas résolu à consacrer le mécanisme du comparateur hypothétique et a écarté l'emploi du conditionnel au profit du futur antérieur.

Le comparateur adéquat

Comme il l'a déjà été remarqué, les droits anglo-saxons tendent à définir la discrimination comme une différence de traitement en raison de l'appartenance à un « groupe protégé ». Dans cette optique, la comparaison doit se faire entre l'individu s'estimant victime d'une discrimination et une (ou plusieurs) personnes appartenant au « groupe opposé ». Notons que

[40] D. Watt Ltd v. Reid, EAT, 25th September 2001. Rappelons qu'en droit britannique, le harcèlement est une facette de la discrimination. Cette approche a d'ailleurs été entérinée par le droit communautaire.
[41] A savoir, l'appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie ou une race, la religion, les convictions, l'âge, le handicap, l'orientation sexuelle, le sexe.

même si le juge français a jusque là peu fait usage de ce mode de raisonnement, notamment en cas discrimination indirecte, l'analyse « par groupe » a tout de même trouvé à s'appliquer dans la fameuse « affaire des champignons »[42]. Dans cette affaire, des femmes manutentionnaires percevaient un salaire sensiblement inférieur à celui versé aux manutentionnaires masculins de la même entreprise. La Cour d'appel de Riom a estimé que « dans une situation de discrimination apparente, c'est à l'employeur de démontrer qu'il existe des raisons objectives à la différence de rémunération constatée », mais le point intéressant est que les deux salariées demanderesses s'estimant victimes de discrimination salariale avaient vu leur situation analysée par comparaison entre les deux groupes de manutentionnaires, le groupe « hommes » et le groupe « femmes ».

Toutefois, même en cas de discrimination fondée sur un seul motif, il n'est pas toujours facile de déterminer le comparateur adéquat. Dans une affaire *Mac Donald* jugée au Royaume-Uni[43], l'intéressé travaillait dans l'armée et il avait eu à subir un entretien professionnel lors d'un changement de corps. On lui demanda s'il était homosexuel et ayant répondu par l'affirmative, il fut licencié. Il saisit la justice d'une plainte en discrimination et harcèlement sexuel sur la base du *Sex and Discrimination Act* (SDA) de 1975. L'*Employment Tribunal*, en première instance, rejeta sa demande au motif que le SDA traite du genre et non de l'orientation sexuelle. L'*Employment Appeal Tribunal* devait toutefois accueillir l'appel de monsieur Mac Donald et estimer que le terme de « sexe », dans le SDA, inclut la question de l'orientation sexuelle. De plus, l'EAT estima à cette occasion que la comparaison devait se faire entre une personne homosexuelle et une personne hétérosexuelle, quel que soit le genre. Selon l'EAT, il y avait bien discrimination car une personne hétérosexuelle placée dans les mêmes conditions n'aurait pas perdu son emploi. Mais la *Court of Session*[44] permit un appel et restaura la décision de première instance. Selon cette juridiction, dans ce cas, le comparateur approprié est une femme homosexuelle employée dans l'armée. Dès lors, comme il apparaît qu'une femme homosexuelle aurait été également licenciée dans les mêmes circonstances, la Cour a estimé qu'il n'y avait pas discrimination. Manifestement, le juge britannique a ici porté l'attention sur le comparateur alors que le fond du problème était de savoir si la législation alors applicable en matière de discrimination sexuelle pouvait ou non inclure le motif de l'orientation sexuelle[45].

La difficulté de détermination du comparateur adéquat s'est aussi manifestée en matière de discrimination pour raison de santé et handicap. Dans l'affaire Novacold[46], la *Court of Appeal* avait eu à connaître du cas d'un opérateur exécutant des tâches manuelles exigeantes au plan physique qui avait souffert du dos, s'était vu arrêté par le médecin puis déclaré inapte à reprendre son emploi. Le salarié avait été licencié et avait saisi la justice, arguant notamment d'une discrimination en raison de son état de santé. En première instance, le tribunal du travail avait jugé que le salarié n'avait pas été traité de manière moins favorable pour une raison liée à son handicap, le comparant à des salariés valides qui auraient, comme lui, été absents pendant une longue période. Selon le tribunal, l'employeur licencierait toute personne, handicapée ou non, absente depuis tout ce temps. La *Court of Appeal* réforma cette décision,

[42] CA Riom 16 janvier 1995 et soc. 12 fév. 1997, Sté USAI Champignons c. Mme Douarre et Daudel, v. M. Miné, « Le nouveau regard des juges français sur l'égalité professionnelle entre les hommes et les femmes, » *Droit Ouvrier* 1998, p. 10.
[43] Secretary of State for Defence v. Mac Donald, EAT [2001] IRLR 431.
[44] L'affaire avait été portée devant les juridictions écossaises et la *Court of Session* remplit la fonction de *Court of Appeal* dans le système judiciaire écossais.
[45] La discrimination pour motif d'orientation sexuelle s'est intégrée dans le droit britannique avec l'*Employment Equality (sexual orientation) Regulations* 2003 entré en vigueur le 1er décembre 2003.
[46] Affaire Clark v. Novacold Ltd, CA 1999, IRLR 318.

estimant que, puisque l'intéressé avait été absent à cause de son handicap, sa situation devait être comparée avec celle de personnes en capacité d'accomplir les principales fonctions de leur emploi et qui n'auraient pas été absentes pour maladie pendant une durée significative. Le juge a estimé qu'une telle personne aurait manifestement gardé son emploi et que le salarié licencié avait été traité de manière moins favorable. Toutefois, cette appréciation semble avoir été invalidée par la Chambre des Lords dans une décision rendue le 25 juin 2008[47], ce qui témoigne de la difficulté à mettre en oeuvre cette méthode comparative. L'enjeu n'est autre que celui de la charge de la preuve.

Comparaison et régime de la preuve

Le choix du comparateur, tout spécialement lorsqu'il est hypothétique, n'est pas sans incidence sur le régime de la preuve. Dans le cas d'une personne injustement licenciée mais s'estimant aussi victime de discrimination raciale, les tribunaux britanniques ont eu à trancher le problème suivant : la victime peut-elle imposer au juge une comparaison entre elle-même et une hypothétique personne qui serait son clone, c'est-à-dire quelqu'un qui aurait les mêmes caractéristiques, y compris personnelles, à l'exception du critère de la race ? Selon le juge, une telle approche ne permettrait pas à la défense de combattre la présomption. En effet, si dans un tel cas, avec ce genre de comparateur, apparaît une différence de traitement, elle sera nécessairement imputable au facteur « race » et donc jugée discriminatoire[48]. Les juridictions britanniques, tout en faisant jouer la présomption légale, ne semblent pas vouloir « enfermer » pour autant la partie défenderesse dans une comparaison univoque.

Il est aussi intéressant de remarquer que la présomption de discrimination qui joue au profit de la victime dès lors que celle-ci allègue d'indices suffisants, peut être d'intensité variable selon que la comparaison se fait avec une seule personne ou bien avec un plus grand nombre. Ce point a été analysé par le juge britannique dans une affaire Griffiths[49]. La plaignante était une femme noire comprise dans un plan de réorganisation de son entreprise. Neuf salariés de qualification égale, dont Mme Griffiths, étaient menacés de licenciement économique et cinq postes étaient offerts en reclassement. Les huit autres candidats étaient des hommes blancs. La direction des ressources humaines ayant procédé à une évaluation de chaque candidat, Mme Griffith fut classée avant dernière et finalement licenciée. Elle saisit la juridiction du travail d'une demande en licenciement injustifié (*unfair dismissal*) et en discrimination fondée sur la race et le sexe. Elle obtint gain de cause en première instance, mais l'affaire fut portée devant la juridiction d'appel du travail. L'une des questions posées au juge était de savoir si la demanderesse avait effectivement passé le premier stade (*prima facie case*) entraînant déplacement de la charge de la preuve sur l'employeur. Pour l'appelant, en effet, le simple fait que la demanderesse fût noire et que les autres candidats fussent blancs n'était pas suffisant. Sur ce point, le tribunal d'appel reprend l'*obiter* établi dans une affaire Adebayo[50], selon lequel il y a commencement de preuve si le demandeur noir écarté de l'emploi était aussi qualifié que son « comparateur » blanc. Le tribunal d'appel estime que dans le cas où il n'y a que deux candidats en compétition et sous réserve qu'ils soient de qualification égale ou équivalente, la présomption de discrimination est assez facilement établie. Par contre, il relève que la présomption est affaiblie dès lors qu'il y a un plus grand nombre de candidats et que la personne de couleur s'est vue refuser la promotion au même titre que d'autres candidats

[47] London Borough of Lewisham v. Malcolm, HL 2008, UKHL 43. Cette affaire ne concernait cependant pas le champ du droit du travail, mais le domaine des relations entre un bailleur et son locataire.
[48] Affaire Madden v. Preferred Technical Group [2005], IRLR 46.
[49] Affaire Griffiths-Henry, EAT May 2006, IRLR 865.
[50] Dresdner Kleinwort Wasserstein Ltd. v Adebayo EAT [2005] IRLR 514.

blancs de même qualification. Le plaignant peut bien se comparer à un collègue blanc qui aura été promu, mais les juges sont invités à tenir compte des circonstances et notamment du fait que d'autres candidats blancs de même qualification ont aussi reçu un traitement moins favorable. Dans cette affaire, néanmoins, le tribunal d'appel a considéré que la présomption pouvait jouer dans la mesure où le nombre de salariés promus était supérieur à celui de ceux qui avaient échoué.

Le choix du comparateur adéquat est donc délicat et son application dépend des circonstances de l'espèce. La difficulté est d'autant plus importante en cas de discrimination multiple. Par référence à l'affaire Griffiths mentionnée, s'il y avait eu une femme blanche parmi les candidates promues, cela aurait sans doute fait obstacle à la plainte en discrimination fondée sur le sexe. Est-ce que cela renforcerait pour autant la présomption de discrimination fondée sur la race ou l'origine ? Rien n'est moins sûr. Par contre, s'il y avait eu une femme blanche dans le lot des salariés non promus, cela aurait pu renforcer la thèse de la discrimination sexuelle (les salariés promus étant tous des hommes) tout en laissant ouverte la question de la race. Ces spéculations font entrevoir un second ordre de difficulté : dans un cas de discrimination multiple alléguée par la victime, chaque motif ou « terrain » de discrimination doit-il être examiné séparément ou bien conjointement par le juge ?

2.2. Approche jointe ou disjointe des motifs multiples de discrimination

Lorsque sont établis des indices de discrimination multiple par le plaignant, le juge se trouve confronté à un problème méthodologique. Considérer ensemble les différents motifs allégués suppose que soit pris en considération le caractère spécifique de la discrimination, ce qui a notamment des incidences sur le choix du comparateur. La démarche est novatrice mais, comme on le verra, peut s'avérer fort rigide. Au contraire, traiter séparément les motifs selon une approche qu'on peut qualifier de distributive, permet au juge d'appliquer sa méthode habituelle, au risque de ne pas prendre toute la mesure de la discrimination vécue par le plaignant. En vérité, selon la méthode que privilégiera le juge, la partie défenderesse à qui incombe de justifier l'inégalité de traitement verra sa tâche plus ou moins alourdie. La question méthodologique prend dès lors le tour d'un arbitrage quant à la charge de la preuve. Là encore, le droit britannique se présente comme un intéressant terrain d'observation. Les solutions actuellement retenues y révèlent une certaine résistance des juges à consacrer pleinement le concept de « discrimination par intersection » qui suppose que chaque motif de discrimination interagit avec les autres, ce qui les rend théoriquement inséparables. Néanmoins, des positions plus avant-gardistes se manifestent en Amérique du Nord.

Un arbitrage quant à la charge de la preuve

L'affaire Bahl v. the Law Society[51] illustre de manière éloquente le fond du problème : par delà la question technique et logique du choix du comparateur, en cas de discrimination multiple, se pose au juge un problème d'arbitrage entre les droits du plaignant et ceux de la partie défenderesse. Dans cette affaire, une femme asiatique s'était plainte d'avoir été discriminée dans son emploi parce qu'elle était une femme *et* parce qu'elle était asiatique. En première instance, le tribunal avait jugé qu'elle devait être comparée à un « homme blanc », de manière à ce que soit pris en considération l'effet combiné du genre et de la race dans son cas. Toutefois, aussi bien le tribunal d'appel que la Cour d'Appel ont jugé qu'il y avait là une mauvaise interprétation de la loi britannique. Dans cette affaire, Lord Justice Peter Gibson a

[51] Bahl v. The Law Society, UK [2004] IRLR 799.

estimé: « Selon nous, il fallait que le tribunal de première instance mette les premiers éléments factuels en relation avec chaque type de discrimination, face à chaque motif allégué, et explique ensuite pourquoi il en avait déduit une présomption en faveur du Dr Bahl à qui incombe la charge d'établir des éléments de preuve. Le tribunal n'a pas procédé ainsi et, comme il l'a justement été établi par le tribunal d'appel, a violé la loi ». Ce jugement indique clairement que chaque motif doit être considéré séparément et que le juge doit finalement se prononcer sur chacun d'eux, même si le plaignant estime que les différents motifs sont inextricablement liés.

Cette solution jurisprudentielle a été considérée comme décevante par les courants favorables à une pleine reconnaissance de la discrimination multiple. La position de la Cour d'Appel est toutefois révélatrice de la nécessité, pour le juge, de se prononcer en vertu du droit positif en vigueur. On peut en effet penser que la Cour a essentiellement cherché, dans cette affaire, à maintenir un certain équilibre quant à la charge de la preuve. Examinons la méthode préconisée par le tribunal de première instance : le plaignant est invité à se référer à un modèle « opposé », (la plaignante étant une femme de couleur, elle doit être comparée à un homme blanc). Cette approche est en réalité très favorable au plaignant car il y aura dans ce cas de plus grandes probabilités de découvrir des différences de traitement obligeant l'employeur à s'en expliquer et à les justifier, surtout si le juge se réfère à un comparateur hypothétique. En effet, il s'agira de savoir si, dans les mêmes circonstances, l'employeur aurait traité différemment un homme blanc. Si apparaît une différence, elle ne sera pas rattachée *a priori* à l'un ou l'autre des motifs prohibés en particulier. Par conséquent, c'est une lourde charge qui pèse sur le défendeur : s'il ne parvient pas à démontrer qu'un homme blanc ne serait pas mieux traité que la femme de couleur dans les mêmes conditions, il sera automatiquement coupable de discrimination multiple. Le juge est donc « enfermé » dans une logique binaire : dans l'hypothèse où il aura admis qu'il y avait bien des éléments de fait laissant supposer l'existence d'une discrimination, selon que les justifications de l'employeur auront été ou non convaincantes, soit il constatera qu'il y a discrimination multiple, soit qu'il n'y a pas discrimination du tout.

En vertu du schéma préconisé par la Cour d'Appel dans l'affaire Bahl, le juge doit adopter une approche « distributive », à savoir chercher en premier lieu à identifier une discrimination sexuelle (le comparateur sera un homme), puis une discrimination raciale (le comparateur sera une personne blanche), sans que ces deux aspects ne soient mis en relation. Chaque motif de discrimination doit être examiné séparément et résolu de la même manière[52]. Cette méthode peut déboucher sur un éventail plus large de solutions : soit il n'y a pas discrimination, soit il y a « mono » discrimination, soit il y a multi-discrimination. Dans ce dernier cas, il s'agira d'ailleurs plutôt de discrimination additionnelle. Le défendeur aura la possibilité de se justifier sur chaque « terrain » de discrimination allégué et ne devrait théoriquement pas être enfermé dans la comparaison avec un comparateur unique construit de manière formelle et abstraite. Du coup, si les causes de discrimination doivent être examinées séparément, cela implique que le plaignant fournisse des indices relatifs à chaque motif de discrimination invoquée.

Cette approche ne permet certes pas de rendre compte de la complexité des expériences de discrimination multiple. Au mieux, si on se réfère au cas *Bahl*, la plaignante sera conduite à se comparer avec un homme dans une position similaire, puis à montrer que sa situation a été aggravée du fait qu'elle est une femme de couleur. Dans cette perspective, l'un des motifs de

[52] Cette approche fait jurisprudence : v. l'affaire Griffiths-Henry précitée, dans laquelle la Cour d'Appel du Travail se réfère expressément à l'arrêt Bahl et envisage la discrimination en raison du sexe *ou* de la race (le *ou* étant ici exclusif).

discrimination pourra être perçu comme aggravant, ce qui suggère une construction de type discrimination principale/discrimination accessoire (mais aggravante). Une telle démarche ne présentera cependant un intérêt pratique que si la législation en vigueur reconnaît et sanctionne ce caractère aggravé, ce qui est rarement le cas à l'heure actuelle.

L'impossible consécration de la notion de discrimination par intersection ?

Finalement, c'est la notion de discrimination par intersection qui pose problème en tant qu'elle implique que la victime subit une expérience singulière de discrimination, non réductible à l'addition de deux ou plusieurs motifs. Dans le cas, par exemple, d'une femme handicapée qui se verrait refuser une promotion par son employeur, on peut se demander si elle a été discriminée en tant que femme ou en tant qu'handicapée ou bien en raison d'une combinaison des deux motifs. Mais il s'avère très délicat en pratique d'établir cette combinaison. Que se passera-t-il, en effet, si l'employeur démontre que, dans une telle situation, il a ou aurait promu un homme handicapé et qu'il a ou aurait promu une femme valide ? Si on en reste à l'approche « distributive » évoquée plus haut, le tribunal en tirera comme conclusion que cet employeur traite les handicapés comme les valides et n'est pas non plus suspect d'attitude sexiste. Aucune discrimination prohibée ne pourra donc lui être imputée. Pourtant, certes de manière paradoxale, cette double justification de la part de l'employeur pourrait bien révéler l'existence d'un préjugé particulier contre les femmes handicapées si, à qualifications égales, il préfère promouvoir un homme handicapé ou une femme valide.

Au fond, rechercher l'existence ou la manifestation d'une discrimination par intersection revient à mettre en évidence certains types de préjugés particuliers qui déterminent certains actes dans une société donnée. La tâche du juge n'est pas simple et cela suppose une vigilance toute particulière, comme le montre le cas Jefferies v. Harris County Community Action Association jugé aux Etats-Unis par une Cour d'appel en 1980[53]. La demanderesse était une femme noire qui estimait avoir été victime d'une discrimination dans son emploi. Elle briguait une promotion et il y avait deux postes vacants. Au moment de postuler, elle avait appris que l'un de ces postes avait été officieusement attribué à un des ses collègues masculin et noir, ce qui avait motivé sa plainte initiale. Or, il se trouve que ces postes avaient précédemment été occupés par une femme blanche et un homme noir. Pour cette raison, le tribunal de première instance avait rejeté la discrimination sexuelle et la discrimination raciale. Néanmoins, la Cour d'appel a considéré qu'il pouvait y avoir une discrimination intersectionnelle de race et de sexe. Le juge a accueilli l'argument de la demanderesse selon lequel un employeur ne saurait échapper à sa responsabilité en raison d'une discrimination contre les femmes noires en démontrant qu'il ne discrimine pas les noirs et qu'il ne discrimine pas les femmes. Le juge estime que la discrimination contre les femmes noires peut exister même en l'absence de discrimination contre des hommes noirs ou des femmes blanches.

Les choses semblent donc plus avancées outre atlantique, du moins pour ce qui est de la combinaison entre sexe et race. Le juge est invité à se montrer attentif à la situation concrète des femmes de couleur, ce qui conduit à les reconnaître comme un sous-groupe spécifique et distinct à protéger en vertu de la législation générale prohibant les discriminations dans l'emploi. Reste cependant à déterminer quels types d'indices de discrimination intersectionnelle doivent être établis par le demandeur pour entraîner le déplacement de la charge de la preuve.

[53] Jefferies v. Harris County Community Action Association, 615 F.2d 1025, United States Court of Appeals (Fifth Circuit), April 21, 1980.

Ces observations autorisent quelques éléments de conclusion. Il semble aujourd'hui difficile d'envisager une théorie générale de la discrimination multiple en droit, sauf à ne prendre en considération que le schéma simplifié de la discrimination additionnelle et considérer que lorsque plusieurs motifs de discrimination s'additionnent, il convient d'appliquer une sanction plus sévère. Demeure extrêmement délicate la prise en compte de la notion de discrimination par intersection. Une raison en est que les combinaisons théoriquement possibles entre différents motifs de discrimination ne renvoient pas à une « expérience standard » de la discrimination. La combinaison « sexe/âge » par exemple n'est pas la combinaison « sexe/race » qui est elle-même distincte de la combinaison « race/handicap ». Au plan technique, du reste, il apparaît que les juges n'exercent pas exactement le même contrôle sur les justifications susceptibles d'être fournies par le défendeur, selon les motifs ou terrains de la discrimination[54]. Par exemple le contrôle semble plus souple en matière de discrimination en raison de l'âge[55], ce qui est d'ailleurs assez bien accepté par la doctrine française[56]. Comment dès lors combiner ces différents degrés de contrôle face à une discrimination multiple ?

Ces difficultés ne pourront être éventuellement dépassées que si on s'entend sur une définition rigoureuse de la notion de discrimination multiple, ce qui revient à déterminer les intérêts que le droit entend protéger. Or, pour l'heure, les choses semblent encore bien floues et le droit comparé suggère que des voies différentes peuvent être empruntées : d'un côté, celle de l'empirisme anglo-saxon consistant à identifier au préalable des groupes ou des sous-groupes sociaux à protéger pour des raisons particulières (par ex. les femmes de couleur) ; d'un autre côté, celle du rationalisme de l'Europe continentale qui tend à rechercher un cadre conceptuel général et unifié. Face aux difficultés conceptuelles et techniques relevées, il est tentant de ne voir dans le sujet des discriminations multiples qu'un effet de mode, une sophistication superflue, un discours auquel le droit peut demeurer relativement imperméable. Pourtant, si on s'accorde sur l'idée que la discrimination multiple constitue une atteinte particulière à la dignité de la personne, on ne saurait faire l'économie d'une réflexion sur la sanction juridique adéquate. Au plan européen, le droit de l'Union devrait au moins proposer un cadre d'action, quitte à laisser aux droits nationaux une marge d'autonomie quant aux formes et aux moyens de sa mise en oeuvre.

[54] V. D. Martin, « Egalité et non-discrimination : les enseignements d'une approche comparative », *Revue de Droit du Travail*, déc. 2008, p. 760-763.

[55] V. Marie Mercat-Bruns, « Un point d'actualité sur la discrimination fondée sur l'âge après l'arrêt *Bartsch* », *Revue de Droit du Travail*, janvier 2009, p. 62-67.

[56] Gérard Lyon-Caen se demandait s'il y avait bien place, en droit, pour une interdiction de la discrimination fondée sur l'âge (G. Lyon-Caen, « Différence de traitement ou discrimination selon l'âge », *Droit* social, 2003, p. 1047-1050). Philippe Langlois, dans la même veine, pose la question de savoir s'il fallait inclure l'âge dans les discriminations interdites et estime que de fortes raisons s'y opposent. Ainsi s'expliqueraient les faiblesses du droit communautaire et du droit national qui, tout en posant la règle, l'assortissent de larges exceptions (P. Langlois, « Que faire de l'interdiction de la discrimination selon l'âge », *Droit social 2006*, p. 155-157).