



HAL
open science

Les discriminations multiples au travail

Lucie Besombes

► **To cite this version:**

| Lucie Besombes. Les discriminations multiples au travail. Droit. 2018. dumas-02089255

HAL Id: dumas-02089255

<https://dumas.ccsd.cnrs.fr/dumas-02089255v1>

Submitted on 3 Apr 2019

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

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

AIX-MARSEILLE UNIVERSITÉ
FACULTÉ DE DROIT ET DE SCIENCE POLITIQUE

Master 2 Droit des affaires – Spécialité Droit social

**LES DISCRIMINATIONS MULTIPLES
AU TRAVAIL**

Mémoire de Lucie BESOMBES

Directeur de recherche :
Madame Sophie SERENO
Maître de conférences

- Année 2017/2018 -

AIX-MARSEILLE UNIVERSITÉ
FACULTÉ DE DROIT ET DE SCIENCE POLITIQUE

Master 2 Droit des affaires – Spécialité Droit social

**LES DISCRIMINATIONS MULTIPLES
AU TRAVAIL**

Mémoire de Lucie BESOMBES

Directeur de recherche :
Madame Sophie SERENO
Maître de conférences

- Année 2017/2018 -

REMERCIEMENTS

Je remercie Madame SERENO, maître de conférence à l'université d'Aix Marseille, qui a pris le temps, tout au long de cette année, de discuter de chacune de mes idées, de me conseiller dans mes choix et de m'épauler dans ce travail de recherches.

SOMMAIRE

PARTIE 1. UN CONCEPT AMBIGU ET COMPLEXE INSUFFISAMMENT RECONNU

CHAPITRE 1. Le caractère protéiforme des discriminations multiples

Section 1. Les discriminations multiples aux critères individualisables

Section 2. Les discriminations multiples aux critères indissociables

CHAPITRE 2 : La reconnaissance nuancée des discriminations multiples en droit positif

Section 1. La prise en compte frileuse des discriminations multiples hors du prisme français

Section 2. Un traitement ambivalent des discriminations multiples en droit français

PARTIE 2. LA NECESSITE D'UNE RECONNAISSANCE LEGALE EN FRANCE ET SES OBSTACLES

CHAPITRE 1 : L'opportunité d'une reconnaissance de l'existence des discriminations multiples

Section 1. La reconnaissance nécessaire d'un concept florissant dans la pratique

Section 2. Des modalités efficaces de reconnaissance légale des discriminations multiples inspirées du droit comparé

CHAPITRE 2 : Les entraves à la réception du concept de discriminations multiples dans la législation française

Section 1. L'impossibilité de transposer le cadre juridique de la discrimination au domaine des discriminations multiples

Section 2. Une reconnaissance des discriminations multiples freinée par des modes d'action en justice inadaptés

LISTE DES ABREVIATION

- ACSÉ Agence nationale pour la cohésion sociale et l'égalité des chances
- Asfad Association de solidarité avec les femmes algériennes démocrates
- CA Cour d'appel
- Cass. crim. Cour de cassation chambre criminelle
- Cass. soc. Cour de cassation chambre sociale
- CGT Confédération générale du travail
- CODP Commission ontarienne des droits de la personne
- CEDH Convention Européenne des Droits de l'Homme
- CDFUE Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne
- CJCE Cour de justice des Communautés européennes
- CJUE Cour de justice de l'Union européenne
- CNRTL Centre national de ressources textuelles et lexicales
- CNU Charte des Nations Unies
- Cons. prud'h. Conseil de prud'hommes
- CORIF Conseil Recherche Ingénierie Formation pour l'égalité femmes-hommes
- CRPD Convention relative aux droits des personnes handicapées
- DDHC Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen
- DUDH Déclaration universelle des droits de l'Homme
- Fasc. Fascicule
- FRA Agence des droits fondamentaux de l'Union européenne
- HALDE Haute Autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité
- J.-Cl. Juris-Classeur
- LICRA Ligue Internationale Contre le Racisme et l'Antisémitisme
- Obs. Observations
- OIT Organisation internationale du travail
- PIDCP Pacte international relatif aux droits civils et politiques
- PIDESC Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels
- QPC Question prioritaire de constitutionnalité
- QPV Quartiers prioritaires de la politique de la ville
- RJS Revue de jurisprudence sociale
- TFUE Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne
- V., v. voir

INTRODUCTION GENERALE

« Il ne peut pas y avoir de paix sans justice et respect des droits humains ». Irène KHAN, avocate bangladaise prononça ces mots alors qu'elle était la première femme asiatique et musulmane à la tête du secrétariat général d'*Amnesty international*.

On ne compte plus les textes qui prescrivent le respect de ces « droits humains », que ce soit au plan supranational ou national. Les Nations Unies ont proclamé, à l'article premier de la Déclaration universelle des droits de l'Homme (DUDH) de 1948, que « tous les êtres humains naissent libres et égaux en dignité et en droits ». La France en a fait de même à l'article premier de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen (DDHC) de 1789. La protection de la liberté et de l'égalité des individus semble donc être le *leitmotiv* des textes protégeant les droits de l'Homme. Selon J-J. ROUSSEAU, la liberté est « un don qu'ils [les individus] tiennent de la nature en qualité d'hommes » et elle ne peut subsister sans l'égalité¹.

En France, l'égalité est un principe constitutionnel. En effet, l'article premier du préambule de la Constitution de 1946 dispose que « (...) tout être humain, sans distinction de race, de religion ni de croyance, possède des droits inaliénables et sacrés ». L'égalité civile des personnes implique donc qu'elles soient titulaires des mêmes droits et devoirs². Du principe d'égalité découle l'égalité de traitement des individus³. Celle-ci est souvent représentée par l'adage « à situation égale, traitement égal »⁴, plus connu sous sa forme travailliste « à travail égal, salaire égal ». Par opposition, des situations différentes peuvent donc tout à fait justifier des traitements différents. Certains traitements défavorables sont cependant interdits au nom de la non-discrimination.

Le terme « discrimination » vient du latin « *discriminatio* » qui signifie séparer. La discrimination se définit comme une différenciation contraire au principe d'égalité civile, consistant à rompre celle-ci au détriment de certaines personnes⁵. Une discrimination est donc

¹ ROUSSEAU, J-J., *Discours sur l'origine de l'inégalité parmi les hommes*, Paris, 10/18, 1973 in DOSSO F., « Du consensus de cœur au consensus des arguments : la conception de la démocratie chez Rousseau et Habermas », *Hermès, La Revue*, vol. 64, n°3, 2012, pp. 184-195.

² CORNU G., *Vocabulaire juridique*, Quadrige, PUF, 12^{ème} édition, 2018.

³ En ce sens, voir JEAMMAUD A., « Du principe d'égalité de traitement des salariés », *Dr. soc.* 2004, p. 694 et s. in LANGLOIS P., « Discrimination, égalité et rémunération : régime et fondement », *Semaine Sociale Lamy*, N° 1256, 10 avril 2006, Supplément.

⁴ Conseil d'Etat, 4 / 1 SSR, du 10 juillet 1995, 147212.

⁵ CORNU G., *Vocabulaire juridique*, Quadrige, PUF, 12^{ème} édition, 2018.

un traitement défavorable qui, pour être reconnu juridiquement, doit être fondé sur un critère visé par la loi (sexe, âge, handicap...) et relever d'une situation visée par la loi (accès à un emploi, un service, un logement...) ⁶. La prohibition des discriminations est, selon l'expression du Doyen WAQUET, « un moteur auxiliaire du principe d'égalité » ⁷. Toutefois, égalité et non-discrimination ne doivent pas être confondues. En effet, une différence de traitement entre deux personnes, fondée sur des éléments objectifs, n'est pas contraire au principe d'égalité ⁸. *A contrario*, la différence de traitement fondée sur un motif prohibé par la loi est, elle, interdite parce qu'elle contrevient au principe d'égalité.

Les discriminations peuvent couvrir tous les aspects du quotidien de la personne. En effet, elles peuvent être constatées en matière d'accès à des prestations sociales, à un logement ou encore à la santé. Toutefois, c'est dans l'emploi qu'elles se manifestent le plus régulièrement. En France, un tiers de la population active rapporte avoir été discriminé dans son parcours professionnel ⁹. Par ailleurs, le cadre du travail paraît être l'un des plus intéressants et des plus frappants au vu de ses conséquences quant au gain économique et à l'autonomie qu'il procure à ses acteurs. C'est probablement le domaine dans lequel la victime de discrimination est rendue la plus vulnérable. En effet, des difficultés rencontrées dans son insertion professionnelle participeront à son exclusion sociale. C'est pour ces raisons que le droit français entend protéger aussi bien le travailleur que le candidat à l'emploi.

Pour ce faire, une législation prolixe interdit les discriminations principalement au visa de l'article L1132-1 du Code du travail ¹⁰. Celui-ci énonce, dans une liste non-exhaustive de situations, vingt-cinq motifs sur le fondement desquels tout traitement défavorable est prohibé. L'article 225-1 du Code pénal ¹¹ reprend cette liste de motifs et sanctionne le comportement discriminatoire de trois ans d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende.

La discrimination *lato sensu* englobe les discriminations directes et indirectes, le harcèlement discriminatoire et l'injonction de discrimination ¹². Ces quatre notions sont définies

⁶ defenseurdesdroits.fr

⁷ WAQUET P., Le principe d'égalité en droit du travail, Dr. soc. 2003, p. 281 in BRISSY S., Fasc. 17-11 : Discriminations, *J.-Cl Travail Traité*.

⁸ Ce peut être une différence de rémunération entre deux salariés qui n'ont pas la même ancienneté par exemple.

⁹ DEFENSEUR DES DROITS et ORGANISATION INTERNATIONALE DU TRAVAIL, « 10^{ème} Baromètre de la perception des discriminations dans l'emploi », p. 2.

¹⁰ Article L1132-1 C.trav., Modifié par LOI n°2017-256 du 28 février 2017 - art. 70 : V. ANNEXES n°1

¹¹ Article 225-1 C.pén. : V. ANNEXES n°1

¹² BRISSY S., Fasc. 17-11 : Discriminations, *J.-Cl Travail Traité*.

à l'article deux de la Directive 2000/43/CE¹³. On peut retenir, à ce titre, que la *discrimination directe* se produit lorsqu'une personne est traitée de façon moins favorable qu'une autre dans une situation comparable, en raison d'un motif prohibé par la loi. Il en est de même pour la *discrimination indirecte* si ce n'est qu'elle repose sur une « disposition, un critère ou une pratique apparemment neutre (...) susceptible d'entraîner un désavantage particulier » pour la personne¹⁴. Le *harcèlement discriminatoire* consiste en un comportement indésirable lié à l'un des motifs prohibés, qui a « pour effet ou pour objet de porter atteinte à la dignité d'une personne et de créer un environnement intimidant, hostile, dégradant, humiliant ou offensant »¹⁵. Pour finir, *l'injonction de discrimination* consiste à sommer quelqu'un de pratiquer une discrimination.

Bien que le terme générique de « discrimination » regroupe déjà plusieurs concepts, une étude approfondie de la matière permet de constater ses limites. En effet, l'approche classique de la discrimination repose sur la prise en compte de la différence de traitement, motif par motif. Or, cette méthode ne permet pas de prendre en compte la situation des personnes qui seraient discriminées en raison de plusieurs facteurs à la fois¹⁶. C'est donc pour pallier ce vide juridique que le concept de « discrimination multiple » est né.

Il doit être précisé que le terme de « concept » est préféré à celui de « notion » lorsqu'il s'agit de désigner les discriminations multiples. En effet, le concept – du latin *concipere* (concevoir) – est le résultat de la conception, de la chose conçue ; alors que la notion – du latin *supin de noscere* (apprendre à connaître, connaître) – s'entend de la connaissance acquise de quelque chose¹⁷. Il résulte de cette distinction que les discriminations multiples sont un concept puisqu'elles renvoient à la réflexion et au résultat du travail de chercheurs en la matière et non à une idée acquise par tout un chacun.

L'étude de ce concept présente de nombreux intérêts. Un premier tient à l'appréhension de l'expérience réellement vécue par les victimes, en vue de déterminer un régime juridique adapté à leur protection. À cet égard, un deuxième tient à la découverte de solutions dégagées

¹³ DIRECTIVE 2000/43/CE DU CONSEIL 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.

¹⁴ Article 2 « Concept de discrimination » (2) de la DIRECTIVE 2000/43/CE.

¹⁵ Article 2 « Concept de discrimination » (3) de la DIRECTIVE 2000/43/CE.

¹⁶ LAULOM S., « L'interdiction des discriminations du fait de l'âge », *Semaine Sociale Lamy*, n°1750, 26 décembre 2016, Supplément.

¹⁷ Dictionnaire Littré.

par les législations étrangères qui traitent des discriminations multiples. Un dernier tient à l'analyse de la « faisabilité » d'un tel régime en droit français.

Le terme de discrimination multiple a officiellement été employé pour la première fois en 2001 à Durban, lors de la Conférence mondiale de l'Organisation des Nations Unies (ONU) contre le racisme, la discrimination raciale, la xénophobie et l'intolérance qui y est associée¹⁸. Cependant, certains auteurs avaient déjà abordé la question d'une pluralité de facteurs discriminatoires auparavant. C'est le cas de l'américaine KW. CRENSHAW, professeur de Droit, qui a conceptualisé le phénomène dès les années quatre-vingt-dix¹⁹. Si la prise en compte de celui-ci est aussi tardive, c'est notamment parce que sa définition reste incertaine et confuse.

Les termes de « discrimination multiple » ou « discrimination multifactorielle »²⁰ peuvent être utilisés au singulier comme au pluriel, pour désigner les discriminations fondées sur plusieurs facteurs. Le mot « facteurs » doit s'entendre des différentes variables qui fondent la discrimination multiple. Il désigne les *critères*, *moments* ou *situations* qui induisent une discrimination multiple. C'est pour cette raison que l'expression générique de « discriminations multiples » regroupe en son sein toutes les discriminations qui reposent sur plusieurs critères (*discriminations multicritères* et *intersectionnelles*), qui ont lieu à différents moments (*discriminations successives*) ou qui touchent diverses situations (*discriminations parallèles*). Notons qu'il n'est pas nécessaire d'aller plus en avant dans la définition de ces termes, puisque chacune de ces formes de discrimination multiple fait l'objet d'une étude approfondie qui dépasse le cadre de cette introduction²¹.

Par ailleurs, le choix a été fait d'utiliser ces termes précis pour chacun des concepts, dans un souci de clarté et d'intelligibilité pour le lecteur. Il n'en reste pas moins que les discriminations multiples souffrent d'une absence de consensus quant à leur dénomination et leur définition. En effet, toute la difficulté d'appréhension des discriminations multiples réside dans le fait que chaque auteur a sa propre terminologie et interprétation en la matière. Malheureusement, ces

¹⁸ MARTIN P., « La discrimination multiple, un concept insaisissable par le droit du travail ? Un point de vue français et comparatif », *Revue internationale de droit comparé, Société de législation comparée*, 2011, p. 8.

¹⁹ CRENSHAW KW., « Demarginalizing the intersection of race and sex: A black feminist critique of antidiscrimination. Doctrine, Feminist theory and Antiracist politics », *University of Chicago Legal Forum*, Vol. 1989, Article 8.

²⁰ FRIGOLI G. « *Discriminations multiples et action publique locale* », *La discrimination au féminin pluriel, Hommes et migrations* 1292 | 2011, p. 25.

²¹ Ces sous-catégories de discriminations multiples feront l'objet d'une étude approfondie dans la Partie 1.

débats restent bien souvent cantonnés à des « querelles conceptuelles mineures »²² qui nuisent finalement au fond de la réflexion. Qui plus est, ce flou sémantique est accentué par la traduction ambiguë des textes étudiant les discriminations multiples à l'étranger. Une mise au point est notamment nécessaire quant à la corrélation des appellations anglaises et françaises²³.

Un tour d'horizon des termes utilisés dans la doctrine anglophone permettra d'éviter toute confusion. L'expression anglaise « compound discrimination » peut se traduire par « discrimination combinée, ou composée ». Elle correspond donc à notre définition française de la *discrimination multicritère* dans laquelle les motifs se superposent les uns aux autres en même temps.

Toutefois, la « multiple discrimination » anglo-saxonne est un faux ami. Celle-ci fait, certes, référence à la discrimination fondée sur plusieurs critères, mais à des moments différents. Les critères n'y sont pas envisagés simultanément, mais plutôt séparément, comme se réitérant un certain nombre de fois dans le temps. L'expression anglaise « multiple discrimination » semble donc faire référence à ce que les auteurs français appellent les « *discriminations successives* ». Une dernière difficulté réside dans le fait que le terme anglais « intersectional discrimination » peut revêtir deux sens. Le premier, dans son acception la plus large, peut être assimilé à celui des *discriminations multiples* françaises, en tant que concept générique, englobant les différentes catégories de discriminations fondées sur plusieurs facteurs. Les anglophones la qualifient d'ailleurs à ce titre « d'overarching term »²⁴ qui peut être traduit par « terme général ». Cependant, l'expression « intersectional discrimination » recouvre un deuxième sens, plus étroit, qualifié de « narrower sense » en anglais²⁵. Elle désigne alors notre conception française des *discriminations intersectionnelles*, en tant que sous-catégorie des *discriminations multiples*. Cette dernière s'entend de la catégorie dans laquelle les critères interagissent les uns avec les autres. On optera donc pour la dénomination de *discriminations multiples* ou *multifactorielle* lorsqu'il s'agira de désigner l'ensemble des catégories.

²² Expression utilisée par KACHOUKH F., « *Discriminations multiples rendre visible l'invisible* », Plein droit 2014/4 n° 103, p. 7.

²³ L'équivalence entre les termes anglais et français est exposée dans le schéma en ANNEXE n°2.

²⁴ MAKKONEN T., « Multiple, compound and intersectional discrimination: bringing the experiences of the most marginalized to the fore », pp. 12-13.

²⁵ MAKKONEN T., Multiple, compound and intersectional discrimination: bringing the experiences of the most marginalized to the fore, Institute For Human Rights, Åbo Akademi University, April 2002.p. 11.

Une autre précision d'ordre sémantique doit être apportée pour parfaire la définition des discriminations multiples. Il s'agit de la distinction entre « critère » et « motif ». Le terme de motif renvoie à l'idée de « raison »²⁶. Le motif discriminatoire est donc la raison sur laquelle est fondée la discrimination. Les motifs prohibés par la loi sont les raisons sur lesquelles une différence de traitement ne peut être opérée. Quant au critère²⁷ lui, il est un caractère, un élément auquel on se réfère pour apprécier ou définir quelque chose ou quelqu'un. Le critère est donc un attribut, une caractéristique de la personne.

Critères et motifs doivent être distingués en ce sens que la personne peut porter un critère sans que celui-ci ne soit un motif de discrimination. Par exemple, la possession d'un diplôme est un critère justifiant une différence de traitement mais ce n'est pas un motif discriminatoire prévu par la loi. En outre, une personne peut présenter des critères tels que l'origine, le sexe ou encore l'âge sans qu'ils ne soient pour autant utilisés comme motifs de discrimination. Cependant, l'étude de la doctrine semble révéler que les auteurs utilisent les deux termes indifféremment, comme synonymes.

Bien que cette discussion sémantique autour des discriminations multiples soit longue et délicate, elle n'en reste pas moins essentielle à leur étude. C'est d'ailleurs cette confusion autour du concept qui démontre toute sa complexité. La conséquence directe en est le manque de reconnaissance générale du phénomène par le droit.

Toutefois, l'intérêt pour les discriminations multiples est plus développé dans certains droits étrangers qu'en France. En effet, l'étude du droit comparé démontre que quelques législations s'efforcent de se saisir du sujet. Bien qu'elles restent insuffisamment développées pour traiter correctement de la discrimination multiple, elles permettent tout de même de juger de l'efficacité ou, au contraire, de la non-efficacité de certaines approches afin de savoir s'il serait judicieux de s'en inspirer. Il n'en demeure pas moins qu'une règle de droit fonctionnant à l'étranger ne trouvera pas forcément à s'appliquer en France. Les nombreuses entraves qui existent à la reconnaissance des discriminations multiples en droit du travail en sont la preuve.

En effet, l'état actuel de la législation française suscite de nombreuses interrogations quant à sa capacité à protéger de manière efficiente les victimes de discriminations multiples et permettre une sanction appropriée de leurs auteurs. Il est donc légitime de se demander si le régime français de la discrimination pourrait permettre d'accueillir et de traiter efficacement un

²⁶ Centre national de ressources textuelles et lexicales (CNRTL).

²⁷ Centre national de ressources textuelles et lexicales (CNRTL).

tel concept. De prime abord, la législation anti-discrimination nationale peut sembler protectrice si l'on sait que la liste de motifs prohibés n'a de cesse de s'étendre. Pour autant, le législateur français n'a pas daigné s'attarder sur les relations qui pouvaient exister entre eux dans certaines situations. Nonobstant l'accueil apparemment bienveillant de l'approche multifactorielle par les juges, les victimes de discriminations multiples semblent donc bien dépourvues de moyens adaptés en vue de s'en défendre.

Par ailleurs, il est évident que le régime probatoire de la discrimination unidimensionnelle – en ce qu'il est allégé pour la victime – concourt à la protection accrue de celle-ci. À cet égard, bien qu'elle ne soit pas obligatoire, la méthode de comparaison constitue un bon moyen pour la victime d'étayer ses prétentions. Cependant, il se pourrait qu'un tel système soit difficilement applicable lorsqu'entre en jeu une pluralité de facteurs discriminatoires. En effet, la victime de discriminations multiples rencontrera des difficultés dans la comparaison de sa situation à celle des salariés ayant un poste équivalent au sien.

De même, la méthode de réparation de la victime de discrimination « classique » ne tient pas compte de la totalité du préjudice subi du fait des discriminations multiples. Ces difficultés expérimentées par la victime de discriminations multiples mettent en lumière le manque d'adaptation du droit à leur situation si particulière. Elles sont autant d'arguments qui militent en faveur de leur reconnaissance par le législateur afin d'y rattacher un régime juridique réellement adapté.

À l'inverse, il est un acteur qui s'avère particulièrement investi dans la lutte contre les discriminations multiples ; il s'agit du Défenseur des droits. Cette institution française indépendante de l'État œuvre pour la défense et la promotion des droits des personnes. Elle est née en 2011 de la réunion de quatre institutions qu'étaient le Médiateur de la République, le Défenseur des enfants, la Haute Autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité (HALDE) et la Commission Nationale de Déontologie de la Sécurité. Le Défenseur des droits est nommé par le président de la République, ce que d'aucuns envisagent comme une preuve de l'importance de l'institution et d'autres comme une incertitude quant à son indépendance²⁸. Il peut être saisi gratuitement par une victime de discrimination ou s'autosaisir. Il émet ainsi régulièrement des avis sur l'interprétation de situations impliquant des discriminations et communique ensuite ses décisions aux juridictions concernées. Lorsqu'une pluralité de facteurs est constatée, il s'avère généralement être en faveur de la reconnaissance d'une discrimination

²⁸ SERENO S., Le défenseur des droits et les discriminations dans l'emploi, pp. 92-93.

multiple par le juge. Le Défenseur des droits joue un rôle encore plus explicite s'agissant de la mesure du phénomène dans la pratique. Ses rapports annuels ainsi que ses études au sujet des discriminations multiples témoignent de sa volonté de faire connaître le concept. Il n'en demeure pas moins que, sans l'appui d'une législation appropriée, la portée des actions du Défenseur des droits en termes de discriminations multiples reste très limitée.

Finalement, en fermant les yeux sur la pratique des discriminations multiples, notamment à l'embauche, le législateur français fait peu de cas du droit constitutionnellement garanti d'obtenir un emploi²⁹. Par cette omission, qu'elle soit volontaire ou non, le droit national échoue à garantir l'égalité des citoyens en droits, proclamée à l'article premier de la DDHC³⁰. De surcroît, la France atteste d'une vision bien particulière du principe d'égalité. En effet, l'idéal d'égalité républicaine dont elle est porteuse semble rendre impossible la reconnaissance des discriminations multiples puisqu'il ne permet pas la différenciation des individus en fonction de leurs critères. Or, les discriminations multiples visent justement certains individus en raison des divers facteurs qu'ils portent. Le nier revient à les traiter sur un même pied d'égalité que ceux qui ne portent pas ces facteurs et donc à une rupture d'égalité.

Il s'agit donc de s'interroger sur l'intérêt d'une reconnaissance juridique des discriminations multiples dans les relations de travail.

Pour ce faire, il est important de clarifier le concept de discriminations multiples afin de le rendre plus accessible. Une fois ce problème de définition résolu, il apparaît que les discriminations multiples souffrent d'un manque de reconnaissance générale (Partie 1). Or, l'étude de la pratique démontre que leur reconnaissance légale est nécessaire, bien qu'elle soit difficile à mettre en œuvre (Partie 2).

Partie 1 : Les « discriminations multiples » : un concept ambigu et complexe insuffisamment reconnu

Partie 2 : La nécessité d'une reconnaissance légale des discriminations multiples en France et ses obstacles

²⁹ Article 5 du Préambule de la Constitution de 1946.

³⁰ Article 1^{er} de la DDHC de 1789 : « Les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droits. »

PARTIE 1. UN CONCEPT AMBIGU ET COMPLEXE INSUFFISAMMENT RECONNU

Toute la difficulté de compréhension des discriminations multiples résulte en premier lieu du nombre considérable de situations qu'elles recouvrent. Ainsi, le terme même de discriminations multiples regroupe différentes formes de discriminations qui doivent être distinguées (chapitre 1)³¹. Les débats autour de cette catégorisation des discriminations multiples ont pour effet de freiner la reconnaissance du concept sans toutefois la paralyser totalement (chapitre 2).

CHAPITRE 1. Le caractère protéiforme des discriminations multiples

L'étude des discriminations multiples nécessite d'effectuer un travail de catégorisation et de définition important. En effet, il s'agit là d'un préalable incontournable en l'absence de consensus doctrinal. Nous avons donc décidé de dissocier les différentes discriminations multiples en deux grandes catégories. Dans certains cas, la discrimination multiple est constituée par une multiplicité de critères distincts clairement individualisables (Section 1). Dans d'autres, la multiplicité de critères a pour particularité leur indissociabilité (Section 2).

Section 1. Les discriminations multiples aux critères individualisables

Dans le domaine des discriminations multiples aux critères individualisables, deux catégories s'opposent quant à leur temporalité. Les discriminations diachroniques s'entendent de plusieurs actes discriminatoires dans le temps (§1) alors que les discriminations synchroniques reposent sur la concomitance des différents motifs de discrimination (§2).

§1. Les discriminations successives, des discriminations multiples diachroniques

Les seules discriminations diachroniques sont les *discriminations successives*. Elles

³¹ V. schéma en ANNEXE 2.

impliquent une répétition d'actes discriminatoires dans le temps (A). Cette répétition a des conséquences particulières dans la pratique, pouvant aller jusqu'à la qualification de harcèlement (B).

A. La particularité des discriminations successives tenant à la répétition d'actes discriminatoires

Toute la singularité des *discriminations successives* réside dans la survenance d'une pluralité d'actes discriminatoires envers une même victime³². Elles sont, du reste, fondées aussi bien sur un ou plusieurs motifs prohibés clairement individualisables.

Pour illustrer l'hypothèse du motif unique, prenons l'exemple d'une personne discriminée parce qu'elle est une femme. Celle-ci subirait des discriminations fondées sur ce motif d'abord lors de la fixation de son salaire, puis sur l'avancement de sa carrière et enfin sur l'accès à une formation professionnelle. Elle serait alors traitée de façon défavorable en raison d'un même critère qu'est le sexe, mais à divers moments de sa relation de travail.

Concernant l'hypothèse de la pluralité de motifs, elle apparaît lorsqu'une personne subit une répétition d'actes discriminatoires fondés chacun sur un motif différent. Pour reprendre l'exemple précédent, tel serait le cas d'une personne discriminée en raison de son sexe lors de la fixation de son salaire, puis sur l'avancement de sa carrière en raison de ses convictions religieuses et sur l'accès à une formation professionnelle en raison de son état de santé.

Quoiqu'il en soit, que ce soit dans le cas d'un motif unique ou de motifs multiples, la *discrimination successive* est une discrimination multiple en ce qu'elle repose sur une *pluralité* d'actes discriminatoires.

Pour le Défenseur des droits, la *discrimination successive* fait apparaître des motifs de discriminations les uns après les autres, lors de situations différentes. Cependant, leur part de responsabilité dans la discrimination de la personne doit être envisagée isolément, puisque ceux-ci ne s'aggravent pas mutuellement³³.

La Haute Autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité (HALDE) avait illustré ce propos en considérant qu'une salariée avait subi « une différence de traitement à l'embauche en matière de positionnement et de rémunération en raison de son sexe, et une discrimination

³² V. schéma en ANNEXE 2.

³³ DEFENSEUR DES DROITS et ORGANISATION INTERNATIONALE DU TRAVAIL, « 10^{ème} Baromètre de la perception des discriminations dans l'emploi », p. 9.

en matière d'évolution de carrière et de rémunération en raison de son sexe et de sa situation de famille »³⁴. En l'espèce, la salariée avait ainsi été discriminée à deux périodes différentes de sa carrière ; il s'agissait donc là de discriminations dites *successives*.

La *succession* de discriminations doit être distinguée des discriminations *multicritères* et *intersectionnelles* quant à sa temporalité. En effet, elle est la seule à reposer sur une répétition d'actes discriminatoires. Toutefois, l'un des actes discriminatoires d'une *discrimination successive* peut comporter une *discrimination multicritère* ou *intersectionnelle*. La succession aura alors pour effet de les aggraver et ainsi d'augmenter le sentiment d'injustice de la victime³⁵. En effet, si la succession implique une réitération d'actes discriminatoires dans le temps, l'un (ou plusieurs) d'entre eux peut inclure un cumul de critères. M-T LANQUETIN donne ainsi l'exemple d'une *discrimination multiple successive* vécue par une « femme handicapée »³⁶. Celle-ci pourrait subir une discrimination directe lors de l'embauche sur le double motif du sexe et du handicap. En outre, elle pourrait subir une discrimination indirecte lors de l'accès à des établissements inadaptés au fauteuil roulant. Elle ferait alors l'objet de *discriminations successives* (directe puis indirecte) dont l'un des actes discriminatoires serait fondé sur plusieurs critères. L'auteure explique qu'en ce sens, les *discriminations successives* ont pour conséquence de sans cesse rappeler à la victime la situation dans laquelle elle se trouve.

Récemment, la jurisprudence a fait état de *discriminations successives* dans les affaires opposant huit-cent quarante-huit cheminots d'origine marocaine, les « Chibanis », à la SNCF³⁷. En l'espèce, l'un des salariés présentait, à l'appui de ses prétentions, de nombreux faits laissant présumer qu'il avait été discriminé, à de nombreuses reprises, en raison de sa nationalité. La Cour d'appel de Paris a conclu, le 31 janvier 2018, à deux discriminations, l'une directe et l'autre indirecte³⁸. Elle a tout d'abord admis que les Chibanis avaient été victimes d'une *discrimination directe* en raison de leur nationalité concernant leur différence de traitement tout au long de leurs carrières à la SNCF. La succession d'actes discriminatoires est donc ici prise en compte de façon globale, sur toute la durée de la carrière. Par ailleurs, elle a qualifié de

³⁴ HALDE, Délibération n° 2010-169, 6 septembre 2010.

³⁵ LANQUETIN M-T., « Égalité, diversité et... discriminations multiples », *Travail, genre et sociétés* 2009, n° 21, p. 103.

³⁶ LANQUETIN M-T., « Égalité, diversité et... discriminations multiples », *Travail, genre et sociétés* 2009, n° 21, p. 102.

³⁷ CA Paris, Ch. 6-10, 31 janvier 2018, n°05-12.309 par exemple.

³⁸ PEYRONNET M., « Affaire Chibanis c. SNCF : la discrimination fondée sur la nationalité est confirmée », Cour d'appel de Paris, 31 janvier 2018, *Dalloz actualité*, 13 février 2018.

discrimination indirecte la différence de statut qui leur était appliquée, puisqu'elle leur donnait droit à un régime de retraite distinct de celui des autres salariés.

On est donc bien loin de la reconnaissance de la dizaine de chefs de discrimination dont le salarié estimait avoir fait l'objet. La Cour a, en effet, fait le choix d'en globaliser la quasi-totalité sous la mention de « différence de traitement tout au long de la carrière ». Il n'en reste pas moins qu'elle a ici admis l'existence de *discriminations successives* en constatant une discrimination globale *et* une discrimination induisant un régime de retraite défavorable. Même si elle est, en l'espèce, en partie occultée, la réception de ces *discriminations successives* a un intérêt remarquable dans la détermination de l'indemnisation du préjudice subi par la victime. En l'espèce, les juges ont utilisé la « méthode Clerc », qui consiste à effectuer un panel de comparaison, afin d'indemniser plusieurs préjudices. À l'aide de cette méthode, il a été fait droit à plus de deux cent mille euros d'indemnisation par salarié. Cela correspond à un total de cent quatre-vingt millions d'euros pour l'ensemble des affaires des Chibanis. Cette somme est constituée des diverses indemnités pour réparer le préjudice causé aux salariés discriminés. Elle comprend donc les dommages et intérêts en réparation de la discrimination sur l'ensemble de la carrière et la rémunération (173 017 €). Elle inclue aussi le préjudice lié à l'infériorité de la pension de retraite (60 555 €), le préjudice moral (5 000 €) et celui résultant de l'absence de formation professionnelle (3 000 €)³⁹. L'intérêt de la reconnaissance des discriminations successives est donc flagrant puisque celles-ci permettent de reconnaître des préjudices distincts et de cumuler leurs indemnisations. Partant du constat précédemment établi que la succession de discriminations décuple le sentiment d'acharnement perçu par la victime, on peut par ailleurs supposer que les *discriminations successives* pourraient être prises en compte en vue de majorer le préjudice moral.

Si la constatation de *discriminations successives* pourrait permettre une indemnisation plus juste de la victime, elle peut avoir d'autres conséquences juridiques.

³⁹ PEYRONNET M., « Affaire Chibanis : évaluation du préjudice résultant de la discrimination », Paris, 31 janvier 2018, *Dalloz actualité*, 13 février 2018.

B. L'impact pratique des discriminations successives dans la qualification de harcèlement moral

La pluralité des mesures discriminatoires renforce la preuve d'un comportement discriminatoire pouvant aller jusqu'à la qualification de harcèlement⁴⁰. Tel était le cas d'une ouvrière potière licenciée parce qu'elle ne pouvait plus manipuler d'émaux au plomb compte tenu de sa grossesse. Le Défenseur des droits avait alors conclu à un harcèlement moral discriminatoire, une discrimination en matière d'emploi et de conditions de travail, et à un licenciement discriminatoire lié à sa grossesse⁴¹. En l'espèce, l'existence d'une succession de discriminations de la part de l'employeur était indéniable puisque plusieurs actes discriminatoires distincts avaient été opérés. Pour autant, ce n'est pas la solution qu'ont retenue les juges. La Cour d'appel de Grenoble a, en effet, conclu à l'existence d'un harcèlement discriminatoire, ne faisant qu'une appréciation globale de la situation⁴². Cependant, même si la succession de discriminations n'a pas été retenue pour prendre en compte chaque acte distinct, elle a tout de même permis de conclure au harcèlement discriminatoire de la salariée.

En effet, le harcèlement moral, prohibé à l'article L1152-1 du Code du travail, repose sur des *agissements répétés* envers un salarié « qui ont pour objet ou pour effet une dégradation de ses conditions de travail susceptible de porter atteinte à ses droits et à sa dignité, d'altérer sa santé physique ou mentale ou de compromettre son avenir professionnel ». L'article 222-33-2 du Code pénal requiert lui aussi des « propos ou comportements *répétés* » pour conclure à la qualification de harcèlement moral. En outre, les victimes de harcèlement et de discrimination bénéficient d'un aménagement probatoire similaire. Les *discriminations successives* trouvent donc ici tout leur intérêt, puisqu'elles sont autant d'éléments constitutifs d'agissements répétés que le salarié peut présenter pour laisser supposer l'existence d'un harcèlement⁴³.

Toutefois, si la preuve de *discriminations successives* peut être présentée à l'appui d'une qualification de harcèlement moral, harcèlement et discrimination ne vont pas forcément de pair. C'est d'ailleurs ce qu'avaient souligné des conseillers prudhommaux dans un arrêt de 2001⁴⁴, rappelant que la discrimination syndicale n'est pas, à elle seule, constitutive d'un

⁴⁰ SERENO S., Le défenseur des droits et les discriminations dans l'emploi, p. 174.

⁴¹ DEFENSEUR DES DROITS, Décision n° MLD/2012-71.

⁴² CA Grenoble, ch. soc., 12 septembre 2012, n° 11/04477.

⁴³ Article L. 1154-1 Al.1 du Code du travail : « Lorsque survient un litige relatif à l'application des articles L. 1152-1 à L. 1152-3 et L. 1153-1 à L. 1153-4, 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'un harcèlement ».

⁴⁴ CPH Moulins, 27 nov. 2001, *Dr. ouvrier* 2002. 326, note Miné.

harcèlement moral. De même, le harcèlement peut se révéler être un outil de discrimination mais un salarié harcelé n'est pas forcément discriminé.

En revanche, il est un concept qui implique la conjugaison d'une ou plusieurs discriminations et d'un harcèlement moral ; c'est celle du *harcèlement moral discriminatoire*. Cette notion mérite d'être analysée au vu de son intérêt pratique. En effet, le Défenseur des droits estimait en 2013 que « plus de 30% des dossiers traités en matière de fonction publique [concernaient] le harcèlement moral discriminatoire »⁴⁵. La loi du 27 mai 2008⁴⁶ définit le harcèlement moral discriminatoire comme « tout agissement lié à l'un des motifs [discriminatoires] (...), subis par une personne et ayant pour objet ou pour effet de porter atteinte à sa dignité ou de créer un environnement intimidant, hostile, dégradant, humiliant ou offensant ». Ainsi rédigé, l'article 1^{er} de la loi de 2008 opère donc une sorte de fusion entre la définition de la discrimination et celle du harcèlement moral.

Le Défenseur des droits constate d'ailleurs que la complexité de la loi amène souvent à une confusion entre discrimination dans le déroulement de la carrière⁴⁷ et harcèlement moral⁴⁸. Or, si les actes qui constituent les *discriminations successives* et le harcèlement moral peuvent être similaires, l'un et l'autre diffèrent quant à leur finalité. Effectivement, le harcèlement moral a pour objet ou pour effet de créer un cadre délétère⁴⁹ pour la victime. Tel n'est pas le cas cependant de la discrimination qui tient à la prohibition du motif sur laquelle elle se fonde. De façon plus schématique, le harcèlement moral résulte d'une finalité illicite, en aval de l'acte ; alors que la discrimination repose sur une raison illicite, en amont de l'acte.

In fine, le harcèlement moral n'est discriminatoire que lorsqu'il est fondé sur un ou plusieurs motifs prohibés par la loi. Quant aux *discriminations successives*, elles ne sont constitutives d'un harcèlement moral que lorsqu'elles tendent à créer chez la victime un cadre délétère s'apparentant à celui du harcèlement.

En dernier lieu, une précision nécessite d'être apportée quant à la loi de 2008 sur le

⁴⁵ DEFENSEUR DES DROITS, Rapport annuel d'activité, 2013, p. 50.

⁴⁶ 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 (1), article 1.

⁴⁷ Les discriminations successives sont souvent qualifiées par les juges, toujours dans une démarche d'appréciation globale, de « discrimination tout au long de la carrière » ou de « discrimination dans le déroulement de la carrière ». Tel était le cas dans l'affaire des Chibanis exposée *supra* (p. 4).

⁴⁸ DEFENSEUR DES DROITS, Rapport annuel d'activité, 2013, p. 50.

⁴⁹ Dans un objectif de concision, nous appelons « cadre délétère » celui qui est caractérisé par un « (...) environnement intimidant, hostile, dégradant, humiliant ou offensant » dans la rédaction de la loi n°2008-496.

harcèlement moral discriminatoire. En effet, si le harcèlement moral repose sur une *répétition* d'agissements, propos ou comportements, le harcèlement moral discriminatoire peut lui provenir d'un agissement *unique*. L'article 1^{er} de la loi mentionne en effet « tout agissement », ce qui induit qu'un seul peut suffire à le caractériser. L'abandon de la condition tenant à la répétition peut s'expliquer par la situation d'hyper fragilité dans laquelle est placée la victime. Pour rappel, les victimes de discriminations comme celles de harcèlement moral bénéficient d'un aménagement probatoire. Cet allègement de la charge de la preuve paraît donc, *a fortiori*, nécessaire dans le cas d'un harcèlement moral discriminatoire. La preuve de celui-ci par la démonstration d'un seul acte constitutif s'explique donc par la double peine dont pâtit la victime. Toutefois, le Défenseur des droits constate qu'il est rare que les requérants se fondent sur un seul agissement. Il relève qu'en pratique, le harcèlement moral discriminatoire est caractérisé par un ensemble d'actes relevant de registres différents⁵⁰.

En outre, le harcèlement moral discriminatoire peut faire l'objet d'une action devant le juge prud'homal. Néanmoins, il est surprenant de noter que, si la loi a permis la réception de ce concept en 2008, le code pénal ne prévoit toujours aucune sanction spécifique au harcèlement moral discriminatoire. Il est probable que les deux ans d'emprisonnement et 30 000 € d'amende prévus dans le cadre du harcèlement moral⁵¹ puissent s'appliquer en matière de harcèlement moral discriminatoire. Cependant, on pourrait dès lors déplorer que cette réponse pénale ne contienne pas la sanction des discriminations qui sont pourtant l'autre composante du harcèlement moral discriminatoire.

Sommes toutes, les *discriminations successives* ont un intérêt pratique dans la détermination du préjudice exact de la victime ainsi que dans la preuve du harcèlement moral discriminatoire. Il n'en reste pas moins que leur particularisme, tenant à la pluralité d'actes discriminatoires, n'est pas retenu en réalité par les juges qui lui préfèrent une approche globalisée.

Il existe une autre catégorie de discriminations multiples reposant elle aussi sur une multiplicité de critères distincts mais qui doit être distinguée des *discriminations successives* quant à sa temporalité : il s'agit de la discrimination multicritère.

⁵⁰ DEFENSEUR DES DROITS, Rapport annuel d'activité, 2013, p. 50.

⁵¹ Article 222-33-2 du Code pénal.

§2. Les discriminations multicritères, des discriminations multiples synchroniques

Les discriminations multicritères sont des discriminations synchroniques en ce sens qu'elles reposent sur une combinaison de critères individualisables mais simultanés (A). Elles englobent par ailleurs une sous-catégorie particulière que sont les discriminations par association (B).

A. Une combinaison de critères individualisables mais concomitants

La « *discrimination multicritère* » désigne une catégorie de discriminations multiples qui peut se définir comme une discrimination fondée sur plusieurs critères individualisables, à un instant T et dans une situation donnée⁵². Elle est aussi parfois appelée « *discrimination cumulative* » ou « *discrimination combinée* », en référence au terme anglais « *compound discrimination* ».

Pour illustrer ce propos, prenons l'exemple d'une personne discriminée à l'embauche en raison de sa surdité et de son origine maghrébine supposée. Celle-ci serait alors victime d'une discrimination multicritère pour deux raisons. Premièrement, l'acte discriminatoire serait ici fondé sur une dualité de motifs prohibés que sont le handicap et l'origine (réelle ou supposée). En outre, ces deux critères distincts seraient ainsi pris en compte simultanément, au moment de l'embauche.

Bien que selon les auteurs, sa définition diffère légèrement, la discrimination multicritère fait globalement l'objet d'un consensus. Il arrive notamment que la *discrimination multicritère* soit définie comme celle qui est basée sur plus d'un motif. D'aucuns la qualifient également de *discrimination additive* puisque les motifs discriminatoires s'ajoutent les uns aux autres⁵³. La discrimination multicritère ne doit donc pas être interprétée de façon restrictive comme une *double discrimination* étant donné que les critères qui la composent peuvent être bien plus nombreux.

L'Agence des droits fondamentaux de l'Union européenne insiste sur la synchronicité des critères de la discrimination multicritère en précisant qu'elle s'effectue dans une situation

⁵² V. schéma en ANNEXE 2.

⁵³ MARTIN P., « La discrimination multiple, un concept insaisissable par le droit du travail ? Un point de vue français et comparatif », *Revue internationale de droit comparé, Société de législation comparée*, 2011, p. 3.

ou à un moment donnés⁵⁴. Sur ce point, il ne faut pas confondre *discrimination multicritère* et *discrimination parallèle*. En effet, la discrimination parallèle contient elle aussi l'idée qu'une même personne soit discriminée en raison de divers motifs. Toutefois, elle implique que la discrimination soit opérée dans des situations ou moments différents. Ce peut être, par exemple, le cas d'une femme handicapée qui serait discriminée en raison de son sexe sur le terrain de l'emploi et en raison de son handicap dans l'accès à certains services⁵⁵. Il y a bien ici une pluralité de motifs, toutefois, ceux-ci touchent la victime dans des situations distinctes. *A contrario*, la discrimination multicritère s'observe dans une seule et même situation, à un seul et même moment.

Un autre amalgame est communément constaté. En effet, le terme de *discrimination intersectionnelle* est malheureusement souvent utilisé à tort comme synonyme de *discrimination multicritère*. Or, bien qu'elles soient proches, discriminations multicritère et intersectionnelle ne doivent pas être confondues. Leur distinction tient au type de relation qui existe entre les critères discriminatoires. Dans la discrimination multicritère, il s'agit d'un simple *cumul* de critères distincts. Autrement dit, un critère mineur peut *s'ajouter* au critère déterminant, ou bien plusieurs critères de même importance peuvent *s'additionner*. Certains auteurs parlent en ce sens de la dimension « amplificatrice » des critères⁵⁶. Le résultat d'une discrimination multicritère peut, de fait, s'analyser en une *somme* des conséquences résultant de chaque critère. Naturellement, il peut s'avérer difficile de trouver un autre salarié dans l'entreprise détenant exactement les mêmes critères que la victime. On pourrait donc imaginer que la victime d'une discrimination multicritère en fasse la démonstration en comparant, à poste équivalent, sa situation à celle des personnes ne détenant pas l'un des critères qu'elle porte. Reprenons l'exemple précédant de la personne sourde d'origine maghrébine pour illustrer ce propos. Nous l'appellerons « A ». Partons du postulat qu'elle estime être discriminée, sur ce double motif du handicap et de l'origine, relativement à son salaire. Son salaire pourra alors être comparé à celui des personnes non-handicapées ayant un poste équivalent au sien. Nous appellerons ce groupe de salariés « B ». Par ailleurs, son salaire pourra être comparé à celui des personnes qui, à poste équivalent, ne sont pas d'origine maghrébine, dénommées « C ». Si un

⁵⁴ AGENCE EUROPEENNE DES DROITS FONDAMENTAUX, Rapport sur « La discrimination multiple subie par les minorités », Communiqué de presse, Vienne le 2 Février 2011.

⁵⁵ MARTIN P., « La discrimination multiple, un concept insaisissable par le droit du travail ? Un point de vue français et comparatif », *Revue internationale de droit comparé, Société de législation comparée*, 2011, p. 3.

⁵⁶ BECUWE A., LAURENT-MERLE I., « Pour une approche transdisciplinaire de la discrimination au travail », *RIMHE, la Revue Interdisciplinaire Management, Homme & Entreprise*, 2013/1 n°5, p. 6.

écart est effectivement constaté entre le salaire de la personne A et le salaire moyen du groupe B et celui du groupe C, la discrimination multicritère sera avérée. De cette manière, la somme de ces deux écarts de salaire équivaldra au préjudice causé par la discrimination multicritère. Schématiquement, cette démonstration peut être représentée par l'addition suivante : « discrimination de A par rapport à B + discrimination de A par rapport à C = discrimination multicritère de A ».

In fine, il s'agit d'agrèger les discriminations monocritères entre elles pour obtenir le résultat de la discrimination multicritère. Ce cumul, s'il était admis, permettrait ainsi de réparer plus justement le préjudice de la victime d'une discrimination multicritère. En effet, il a malheureusement pour conséquence d'alourdir le ressenti de la victime⁵⁷. Le terme de « added burden »⁵⁸ est d'ailleurs utilisé par les auteurs anglophones afin d'illustrer le fardeau créé par l'addition des différents critères au même moment. C'est pourquoi, il serait plus approprié d'indemniser chacun des motifs qui la composent, plutôt que d'inciter la victime à choisir entre l'un des critères sur le fondement duquel elle estime être discriminée.

La discrimination multicritère semble rester un modèle très théorique. Pourtant, il y a près de dix ans, une catégorie de discrimination multicritère a été admise par la jurisprudence. Il s'agit des discriminations par association.

B. La discrimination par association comme sous-catégorie des discriminations multicritères

La « *discrimination par association* » est un acte discriminatoire à l'encontre d'une personne en raison de caractéristiques présentes chez autrui⁵⁹. Elle est aussi qualifiée de « *discrimination par ricochet* ». Ce serait le cas, par exemple, d'un salarié discriminé en raison des opinions politiques de son conjoint.

⁵⁷ MARTIN P., « La discrimination multiple, un concept insaisissable par le droit du travail ? Un point de vue français et comparatif », *Revue internationale de droit comparé, Société de législation comparée*, 2011, p. 3.

⁵⁸ MAKKONEN T., Multiple, compound and intersectional discrimination: bringing the experiences of the most marginalized to the fore, Institute For Human Rights, Åbo Akademi University, April 2002, p. 11.

⁵⁹ V. schéma en ANNEXE 2.

En droit communautaire, la *discrimination par association* a été consacrée par la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) dans le célèbre arrêt COLEMAN de 2008⁶⁰. En l'espèce, la requérante estimait avoir été victime d'une discrimination en raison du fait qu'elle avait la charge principale d'un enfant handicapé.

La Cour avait alors estimé que l'interdiction des discriminations fondées sur le handicap, au sens de la directive n° 2000/78⁶¹, doit bénéficier non seulement aux personnes handicapées elles-mêmes mais également à celles qui, leur étant liées, subissent, pour ce motif, des décisions défavorables ou un comportement constitutif de harcèlement de la part de leur employeur. Elle a d'ailleurs précisé que ces décisions ou comportements sont constitutifs d'une *discrimination directe*. Sur le fondement de ladite directive⁶², 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 1^{er} ⁶³. La *discrimination indirecte* elle, se produit lorsqu'une disposition, un critère ou une pratique apparemment neutre est susceptible d'entraîner un désavantage particulier pour des personnes d'une religion ou de convictions, d'un handicap, d'un âge ou d'une orientation sexuelle donnés, par rapport à d'autres personnes. Or, en l'espèce, la décision n'est pas « apparemment neutre » mais au contraire directement fondée sur le handicap de l'enfant de la salariée.

Sans aller jusqu'à utiliser la qualification de *discrimination par association*, la Cour lui donne ainsi une certaine force au vu de la difficulté qu'il en résulte à la justifier en comparaison aux *discriminations indirectes*⁶⁴.

Sous l'impulsion de la jurisprudence communautaire, la France a suivi la même logique dans un jugement du Conseil de prud'hommes de Caen de 2008⁶⁵. Les conseillers ont ainsi conclu que « revêt dès lors un caractère discriminatoire emportant la nullité de la mesure le licenciement d'une salariée en raison du mandat syndical dont son compagnon est investi dans la même entreprise ». Pour la première fois en France, on assiste à la reconnaissance d'une *discrimination par association*, aussi qualifiée de *discrimination par ricochet*⁶⁶.

⁶⁰ CJCE, gde ch., 17 juill. 2008, aff. C-303/06, Coleman c/ Attridge Law.

⁶¹ Directive n° 2000/78/CE du 27 novembre 2000 du Conseil de l'UE portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail.

⁶² Article 2, §2 de la directive n° 2000/78/CE du 27 novembre 2000 du Conseil de l'UE.

⁶³ Motifs visés par la directive 2000/78, article 1^{er} : « la religion ou les convictions, le handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle, en ce qui concerne l'emploi et le travail »

⁶⁴ BRISSY S., Fasc. 17-11 : « Discriminations » du 25 Octobre 2015, *J.-Cl. (Travail Traité)*.

⁶⁵ Cons. prud'h. Caen 25 novembre 2008, n° 06/00120, Enault c/ SAS ED.

⁶⁶ Obs. sous CPH. Caen 25 novembre 2008, n° 06/00120, Enault c/ SAS ED, *RJS 2009* - n° 134 - Février - Contrat de travail.

Dans ce jugement, le Conseil de prud'hommes a une interprétation très large de l'article L. 1132-1 du Code du travail relatif à l'interdiction des discriminations, puisqu'il en ressort qu'il peut être invoqué par la victime elle-même, mais également par toute autre personne qui lui serait étroitement associée.

En l'espèce, c'est finalement le lien familial qui sert ici de relai à la discrimination. En effet, si l'activité syndicale avait été pratiquée par une personne sans lien avec la salariée, celle-ci n'aurait pas été licenciée. De même, le seul fait d'avoir un compagnon, sans que celui-ci n'ait d'implication syndicale n'aurait *a priori* pas engendré de discrimination. Il s'agit donc bien d'une discrimination reposant sur deux motifs prohibés que sont l'activité syndicale et la situation de famille. À ce titre, la *discrimination par association* fait partie des discriminations multiples puisqu'elle repose sur plus d'un motif. Par ailleurs, le cumul des critères distincts ayant lieu dans une situation et un moment précis, elle correspond à la définition de la *discrimination multicritère*.

Toutefois, elle ne peut être qualifiée de discrimination multicritère que lorsque le « relai » de discrimination est lui aussi un motif discriminatoire. Tel est le cas de la situation de famille mais pas de la relation amicale par exemple.

Il n'en reste pas moins que la *discrimination par association* se trouve être le témoin de la reconnaissance involontaire, voire inconsciente d'une *discrimination multicritère* par la jurisprudence. Cependant, elle révèle à plus forte raison la frilosité du législateur français en la matière. En effet, la HALDE avait, sur ce point, recommandé au législateur de modifier la rédaction de l'article L. 1132-1 (anciennement L. 122-45) du Code du travail pour y inclure la *discrimination par association*⁶⁷. Plus de dix ans après, l'absence de cette réforme peut s'interpréter au sens d'un refus délibéré du législateur d'inclure dans la loi de nouvelles formes de discriminations. Celui-ci estime peut-être que le droit positif est suffisamment développé pour lutter de façon efficace contre les discriminations. De façon plus tempérée, cela peut tout aussi bien révéler sa prudence et ses craintes quant à la reconnaissance de notions encore trop peu connues et déterminées.

Somme toute, il existe des discriminations multiples aux critères *individualisables*. Tel est le cas des *discriminations successives* et multicritères. Leur réception permet de conduire à

⁶⁷ HALDE, Délibération n°2007-75 du 26 mars 2007.

la qualification de harcèlement moral ou encore à une indemnisation plus juste du préjudice de la victime. En outre, d'autres discriminations multiples présentent un intérêt tout aussi remarquable. Il s'agit des discriminations fondées sur une pluralité de critères cette fois-ci *indissociables*.

Section 2. Les discriminations multiples aux critères indissociables

L'indissociabilité des critères discriminants n'implique pas forcément qu'ils se ressemblent. S'ils sont bien distincts dans les *discriminations intersectionnelles* (§1), ils présentent effectivement une certaine parenté dans les *discriminations connexes* (§2).

§1. L'indissociabilité de critères distincts dans les discriminations intersectionnelles

L'intersectionnalité, entendue dans son sens étroit, implique une interaction entre les critères discriminants (A). Ce concept trouve tout son intérêt dans la spécificité des effets qu'il produit chez la victime (B).

A. La définition des discriminations intersectionnelles *stricto sensu*

La « *discrimination intersectionnelle* » ou « *discrimination par intersection* » désigne une catégorie des discriminations multiples qui peut se définir comme une discrimination fondée sur plusieurs critères indissociables, à un instant T et dans une situation donnée⁶⁸.

Ces critères interagissent entre eux au point d'être indivisibles et de ne pas permettre de déterminer lequel a pu prédominer sur l'autre. C'est justement cette interaction qui la distingue de la *discrimination multicritère* dans laquelle les critères sont simplement juxtaposés les uns à côté des autres. L'intersectionnalité s'oppose donc à tout cloisonnement des motifs dans des compartiments que sont le sexe, le handicap ou encore l'origine⁶⁹.

La notion d'intersectionnalité vient du latin *inter* (entre) *sectio* (section)⁷⁰, s'entendant comme la partie commune entre deux ensembles. Le dictionnaire donne d'ailleurs une définition explicite de l'intersection en la déterminant comme une « jonction entre deux

⁶⁸ V. schémas en ANNEXE 2 et 3.

⁶⁹ BECUWE A., LAURENT-MERLE I., « Pour une approche transdisciplinaire de la discrimination au travail », *RIMHE, la Revue Interdisciplinaire Management, Homme & Entreprise*, 2013/1 n°5, pp. 3-5.

⁷⁰ Dictionnaire Littré.

relations s'exprimant par « et »⁷¹. Il va sans dire que l'intersectionnalité est donc bien la jonction d'un critère *et* d'un ou plusieurs autres comme un tout indivisible.

Le concept d'intersectionnalité a été élaboré en 1989 par l'auteure féministe noire américaine KW. CRENSHAW⁷². Sa réflexion a été impulsée par une critique du droit dans son appréhension unidimensionnelle de la discrimination⁷³. Elle déplore en effet le manque de pertinence de la législation anti-discrimination au sujet des femmes noires et propose une vision multidimensionnelle plus adaptée⁷⁴. Regrettant le postulat selon lequel les politiques féministes ne prennent en compte que l'idée de genre et les politiques antiracistes seulement le critère de l'origine, KW. CRENSHAW propose une approche plus précise de la discrimination en combinant les deux. Toutefois, elle indique bien qu'il ne s'agit pas de simplement les cumuler mais bien d'interpréter l'expérience de la victime de discriminations à la lumière du croisement des deux critères⁷⁵. En effet, les éléments qui la composent sont entremêlés à tel point qu'il est difficile de déterminer si l'un a pu prédominer sur les autres. L'une des spécificités de la *discrimination intersectionnelle* est donc l'impossibilité de savoir sur lequel des motifs a été fondé l'acte discriminatoire.

Les auteurs abordent chacun à leur manière le concept d'intersectionnalité pour finalement en tirer une définition assez commune. En ce sens, M-T. LANQUETIN estime que l'*intersectionnalité* repose sur des « phénomènes entrecroisés » puisque les critères sont ici indissociables et simultanés⁷⁶. Celle-ci différencie donc bien la *succession* de discriminations, du *cumul* de critères discriminants ou encore de l'*interaction* de critères indissociables. Selon F. KACHOUKH, responsable Mission Égalité de la DRH à la Mairie de Paris, « la *discrimination intersectionnelle* se fonde sur deux ou plusieurs motifs imbriqués de telle sorte qu'il est difficile d'isoler un motif prédominant »⁷⁷. P. MARTIN poursuit la même hypothèse en rappelant l'interaction indéniable des motifs de discrimination de la *discrimination*

⁷¹ Dictionnaire Larousse.

⁷² CRENSHAW KW., « Demarginalizing the intersection of race and sex: A black feminist critique of antidiscrimination. Doctrine, Feminist theory and Antiracist politics », *University of Chicago Legal Forum*, Vol. 1989, Article 8.

⁷³ CRENSHAW KW., « a single-axis framework that is dominant in antidiscrimination law » p. 139.

⁷⁴ CRENSHAW KW., « the multidimensionality of Black women's experience » p. 139.

⁷⁵ CRENSHAW KW., « Mapping the margins: Intersectionality, Identity politics, and Violence against women of color » *Stanford Law Review*, Vol. 43, No. 6 (Jul., 1991) p. 1-2.

⁷⁶ LANQUETIN M-T., « Égalité, diversité et... discriminations multiples », *Travail, genre et sociétés* 2009, n° 21, p. 103.

⁷⁷ KACHOUKH F., « Discriminations multiples rendre visible l'invisible », *Plein droit* 2014/4 (n° 103), p. 7-10.

intersectionnelle, qu'il appelle aussi *discrimination multiple par intersection*⁷⁸.

La *discrimination intersectionnelle* est parfois qualifiée de « systémique » en ce sens qu'elle se fonde sur les attributs de la personne mais aussi sur des variables qui lui sont extérieures⁷⁹. En effet, la discrimination systémique « renvoie à une situation d'inégalité cumulative et dynamique résultant par exemple de l'interaction sur le marché du travail de pratiques, de décisions, de comportements individuels ou institutionnels, ayant des effets préjudiciables, voulus ou non, sur les membres d'un groupe spécifique »⁸⁰.

C'est justement l'interaction des critères et variables externes qui induit des conséquences si particulières pour la victime d'une *discrimination intersectionnelle*. Tout l'intérêt de cette théorie est de permettre d'évaluer le préjudice de la victime qui se voit intensifié.

B. L'apport opportun de l'approche intersectionnelle dans l'évaluation du préjudice de la victime

Ce concept d'intersectionnalité repose sur une interdisciplinarité, sociologique et juridique, dans l'étude de la discrimination au travail. Elle a pour but de mieux parvenir à protéger le travailleur⁸¹. En effet, cette théorie permet de progresser dans l'appréhension des discriminations grâce à la prise en compte de certaines inégalités sociales. L'approche intersectionnelle de la discrimination explique notamment la production et la reproduction de ces inégalités⁸². De fait, la *discrimination intersectionnelle* permet d'appréhender des situations complexes qui ne pourraient être illustrées par la seule présentation des motifs discriminatoires pris isolément les uns des autres.

⁷⁸ MARTIN P., « La discrimination multiple, un concept insaisissable par le droit du travail ? Un point de vue français et comparatif », *Revue internationale de droit comparé, Société de législation comparée*, 2011, p. 3.

⁷⁹ BATAILLE P. *Le racisme au travail*, 1997, La Découverte, p. 117 in LANQUETIN M-T. *Discrimination*, Répertoire de droit du travail, Dalloz, 2010 (actualisation : 2018).

⁸⁰ CHICHA M-T., « À travail équivalent, salaire égal sans discrimination : détermination du lien avec un des critères de discrimination de l'article 10 de la charte », 1989, Commission des droits de la personne du Québec in LANQUETIN M-T. *Discrimination*, Répertoire de droit du travail, Dalloz, 2010 (actualisation : 2018).

⁸¹ BECUWE A., LAURENT-MERLE I., « Pour une approche transdisciplinaire de la discrimination au travail », *RIMHE, la Revue Interdisciplinaire Management, Homme & Entreprise*, 2013/1 n°5, pp. 3-5.

⁸² CRENSHAW, 1989; COLLINS, 2000; BRAH et PHOENIX, 2004 in BECUWE A., LAURENT-MERLE I., « Pour une approche transdisciplinaire de la discrimination au travail », *RIMHE, la Revue Interdisciplinaire Management, Homme & Entreprise*, 2013/1 n°5, pp. 3-5.

Les *discriminations intersectionnelles* touchent ainsi des catégories de victimes spécifiques dont l'interaction des critères rend le préjudice difficile à évaluer. De manière générale, la *discrimination intersectionnelle* dans le travail est constatée en premier lieu chez les femmes immigrées. C'est d'ailleurs l'analyse des discriminations chez cette catégorie de victimes qui a poussé KW. CRENSHAW à élaborer le concept d'intersectionnalité. Sur ce point, l'auteure avait constaté que la somme de l'expérience type d'une femme aux Etats Unis et de l'expérience type d'une personne afro-américaine aux Etats Unis n'équivalait pas à l'expérience type d'une femme afro-américaine aux Etats Unis⁸³.

A cet égard, la Cour suprême canadienne estime que le « chevauchement » de motifs doit être considéré comme un nouveau motif⁸⁴. De plus, elle relève que ce dernier est impacté par « le contexte social, le désavantage historique et la dignité humaine fondamentale ».

En effet, l'intersectionnalité n'aboutit pas au même résultat que la *discrimination multicritère*. Si la *discrimination multicritère* induit un cumul des effets de chaque critère, ces effets sont démultipliés dans la *discrimination intersectionnelle*. L'interaction des critères entre eux augmente en effet le préjudice de la victime de manière exponentielle.

Pour illustrer ce propos, reprenons l'exemple d'une femme noire (A) discriminée dans l'accès à une formation professionnelle. Son préjudice ne sera pas égal à la somme de sa discrimination par rapport aux hommes (B) et de sa discrimination par rapport aux personnes n'étant pas de couleur noire (C). Le schéma de la *discrimination multicritère* n'est donc pas transposable à la *discrimination intersectionnelle*. Cette affirmation peut se traduire par « discrimination de A par rapport à B + discrimination A par rapport à C \neq *discrimination intersectionnelle* de A ». L'addition n'est pas possible en matière de *discrimination intersectionnelle* car d'autres facteurs que les critères discriminants entrent en jeu. Ces facteurs consistent notamment en des stéréotypes et préjugés concernant un groupe de personnes⁸⁵. Ce groupe de personnes, tel que les minorités ethniques, fait alors souvent l'objet d'une sorte de désaveu social. Par conséquent, il est envisageable d'indiquer que c'est ce facteur (Y) qui va

⁸³ MAKKONEN T., *Multiple, compound and intersectional discrimination: bringing the experiences of the most marginalized to the fore*, Institute For Human Rights, Åbo Akademi University, April 2002, p. 11. Note 33 : Fredman & Szyszak, 1993.

⁸⁴ COMMISSION ONTARIENNE DES DROITS DE LA PERSONNE, « Approche intersectionnelle de la discrimination - Pour traiter les plaintes relatives aux droits de la personne fondées sur des motifs multiples », ISBN – 0-7794-3002-6, 9 octobre 2001, p. 25. Note 69.

⁸⁵ MAKKONEN T., *Multiple, compound and intersectional discrimination: bringing the experiences of the most marginalized to the fore*, Institute For Human Rights, Åbo Akademi University, April 2002, p. 8.

démultiplier les effets des critères en interaction. Concernant l'exemple précédemment exposé de la femme noire, le facteur d'interaction entre les deux critères peut consister en des stéréotypes racistes ou sexistes. De fait, nous pourrions présenter une opération plus juste pour illustrer l'intersection qui serait : « (discrimination de A par rapport à B) \times Y + (discrimination de A par rapport à C) \times Y = *discrimination intersectionnelle* de A ».

Si une limite réside dans la quantification du facteur Y, ce calcul permet de révéler combien la *discrimination intersectionnelle* peut mener certaines personnes à être écartées de l'emploi. Or, la mise en place d'une telle opération pour indemniser au mieux le préjudice de la victime permettrait de coller réellement à la réalité de sa situation si particulière qu'est l'intersection. En France, le Défenseur des droits résume d'ailleurs l'apport de la *discrimination intersectionnelle* en considérant que les motifs sur lesquels elle se fonde sont indissociables et créent « une nouvelle forme de discrimination qui ne peut pas se réduire à la somme de ses composantes, intensifiant et amplifiant l'effet discriminatoire »⁸⁶.

D'aucuns se bornent à distinguer, et ce n'est pas chose aisée, les *discriminations successives, multicritères et intersectionnelles*. Toutefois, la prolifération du nombre de motifs discriminatoires dans la législation française nous conduit à créer une catégorie supplémentaire de discriminations multiples, que nous appellerons *discriminations connexes*.

§2. L'indissociabilité de critères voisins dans les discriminations connexes

Le droit français est l'une des législations les plus prolifiques en matière de motifs discriminatoires. Le nombre extraordinaire de motifs de discrimination qu'elle prohibe nous amène à en rapprocher certains. En effet, sur les vingt-cinq motifs énumérés à l'article L. 1132-1 du Code du travail, un lien peut être constaté entre certains d'entre eux. C'est ce constat qui nous conduit à proposer le concept nouveau des *discriminations connexes*⁸⁷. Ce terme peut se traduire par l'expression « *related discrimination* » en anglais.

Nous définirons les *discriminations connexes* comme une catégorie des discriminations multiples fondée sur plusieurs critères voisins, à un instant T et dans une situation donnée. Deux cas de figure doivent dès lors être distingués. En effet, certaines discriminations multiples sont

⁸⁶ DEFENSEUR DES DROITS et ORGANISATION INTERNATIONALE DU TRAVAIL, « 10^{ème} Baromètre de la perception des discriminations dans l'emploi ».

⁸⁷ V. schéma en ANNEXE 2.

connexes parce que fondées sur des motifs consubstantiels (A) alors que d'autres reposent sur des motifs analogues (B).

A. Les discriminations connexes fondées sur des critères consubstantiels

Certains motifs discriminatoires s'avèrent être indiscutablement liés parce qu'ils découlent d'une même caractéristique biologique de la personne. Ils peuvent être qualifiés de motifs consubstantiels en ce sens qu'ils ont la même substance.

L'exemple le plus frappant est celui de la grossesse. À cet égard, le considérant 23 de la directive 2006/54/CE indique qu'« il ressort clairement de la jurisprudence de la Cour de justice qu'un traitement défavorable lié à la grossesse ou à la maternité infligé à une femme constitue une discrimination directe fondée sur le sexe »⁸⁸. Le principe selon lequel les hommes ne peuvent biologiquement pas enfanter est scientifiquement établi. Par définition, le critère de la grossesse ne peut donc se retrouver que chez les femmes. En droit français les deux motifs discriminatoires que sont le sexe et la grossesse coexistent pourtant. Une discrimination en raison de l'état de grossesse sera donc fondée aussi bien sur le motif de la grossesse que du sexe⁸⁹. Cette discrimination comprend donc une dualité de facteurs discriminatoires intrinsèquement liés par leur nature. Toutefois, si la grossesse implique forcément le sexe féminin, l'inverse n'est pas vrai. Une femme ne sera pas forcément enceinte au cours de sa carrière professionnelle.

Malgré tout, c'est un « risque » que l'employeur n'est pas toujours prêt à prendre. Il est donc fréquent qu'il préfère embaucher un homme pour éviter ce type d'évènement. Cette politique a donc pour conséquence directe de tendre à discriminer toutes les femmes, en tant que « potentielles futures mères »⁹⁰, y compris celles qui ne veulent pourtant pas enfanter. Cette affirmation est d'ailleurs illustrée par le constat que plus d'une femme sur deux déclare des discriminations dans l'emploi entre 18 et 34 ans contre 30% des femmes passés 45 ans⁹¹. Cette

⁸⁸ Directive 2006/54/CE du 5 juillet 2006 relative à la mise en œuvre du principe d'égalité des chances et de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière d'emploi et de travail.

⁸⁹ Voir en ce sens SERENO S., *Le défenseur des droits et les discriminations dans l'emploi*, p. 139. L'auteur retient que « si la grossesse et la maternité constituent des critères protégés autonomes, ils demeurent connexes et inhérents au genre féminin ».

⁹⁰ DEFENSEUR DES DROITS et ORGANISATION INTERNATIONALE DU TRAVAIL, « 10^{ème} Baromètre de la perception des discriminations dans l'emploi », p. 13.

⁹¹ DEFENSEUR DES DROITS et ORGANISATION INTERNATIONALE DU TRAVAIL, « 10^{ème} Baromètre de la perception des discriminations dans l'emploi », p. 13.

enquête démontre qu'il existe donc une sorte de « sanction sociale » envers les femmes dans le domaine de l'emploi qui est directement liée à la grossesse présumée ou effective. Une femme traitée différemment parce qu'elle est enceinte sera donc victime de *discriminations connexes* fondées sur deux motifs consubstantiels que sont la grossesse et le sexe.

Un troisième motif prohibé peut venir s'y greffer, c'est celui de la situation de famille. Sur ce point, la HALDE avait constaté, dans une de ses délibérations⁹², qu'une salariée avait fait l'objet d'une « différence de traitement à raison de son sexe, en termes de position et de rémunération (...) et d'une rétrogradation du fait de son nouveau statut de mère de famille ». A cet égard, S. SERENO qualifie la deuxième discrimination de *multicritère* puisqu'elle repose sur deux motifs que sont le sexe et la maternité⁹³. Or, les *discriminations multicritères* reposent sur un cumul de critères distincts. Plutôt que d'y voir en l'espèce une *discrimination multicritère*, il serait donc plus opportun d'y voir des *discriminations connexes*.

Théoriquement, la connexité entre sexe et situation de famille peut être discutée puisque cette dernière peut toucher également les hommes, dans le cadre de la parentalité notamment. À première vue, ce motif ne pourrait donc pas être rattaché automatiquement et exclusivement à l'un des deux sexes. Toutefois, en pratique, les femmes sont plus discriminées sur le fondement de la situation de famille que les hommes. C'est ce qu'a constaté une étude du Conseil économique, social et environnemental (CESE) sur l'éloignement des femmes du marché du travail⁹⁴. En effet, seulement 4% des travailleurs qui prennent un congé parental d'éducation sont des hommes et 96% des femmes. Il serait donc plus réaliste d'en conclure que le congé parental est finalement un congé maternel⁹⁵. La discrimination fondée sur la situation de famille se rapporte donc assez naturellement au motif du sexe. C'est pourquoi, la salariée qui subirait une différence de traitement en raison de sa prise de congé parental serait alors victime de *discriminations connexes* fondées sur sa situation de famille et son sexe.

Si l'automatisme du lien entre ces deux critères peut être remis en question par la part très anecdotique d'hommes qui prennent des congés parentaux, son admission permettrait de mieux prendre en compte la situation des salariées dans la pratique.

⁹² HALDE, Délibération n° 2010-169, 6 septembre 2010.

⁹³ SERENO S., Le défenseur des droits et les discriminations dans l'emploi, p. 173.

⁹⁴ « Les femmes éloignées du marché du travail », Délégation aux droits des femmes et à l'égalité, Mme Hélène FAUVEL (rapporteuse), Conseil économique, social et environnemental (CESE), 25 février 2014.

⁹⁵ « Les femmes éloignées du marché du travail », Délégation aux droits des femmes et à l'égalité, Mme Hélène FAUVEL (rapporteuse), Conseil économique, social et environnemental (CESE), 25 février 2014, p. 11.

La reconnaissance des *discriminations connexes* fondées sur des motifs consubstantiels serait un vecteur de lutte contre les discriminations multiples généralisées dont les femmes sont victimes. En effet, le lien naturel entre les critères de sexe et de maternité permet de révéler la présence de discriminations presque systématiques des salariées. La prise en compte de l'automatisme de critères qui s'induisent naturellement les uns les autres devrait être un préalable aux politiques publiques de lutte contre les discriminations. La question reste de savoir comment traiter cette connexité de critères consubstantiels. Une réponse pourrait se trouver dans le droit pénal. En effet, le code pénal prévoit que le motif de « particulière vulnérabilité due (...) à un état de grossesse »⁹⁶ est constitutif d'une circonstance aggravante de la sanction⁹⁷.

Si des critères de discrimination peuvent découler les uns des autres du fait de leur substance commune, d'autres peuvent se déduire les uns des autres du fait de leur ressemblance.

B. Les discriminations connexes fondées sur des critères analogues

Certains motifs discriminatoires sont liés au point d'être confondus ou assimilés les uns aux autres. Ils peuvent être qualifiés de motifs analogues en ce sens qu'ils sont similaires. De fait, les discriminations fondées sur une pluralité de motifs analogues entrent dans le champ des *discriminations connexes*.

Le premier exemple de connexité concerne les divers motifs tenant à l'origine du travailleur. On peut y intégrer les motifs prohibés que sont « l'appartenance ou la non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, une nation ou une prétendue race ». Ces trois notions semblent d'ailleurs être associées dans la rédaction elle-même de l'article L. 1132-1 du Code du travail. En effet, les trois termes ne sont séparés que par une virgule comme si l'important résidait dans l'appartenance ou non au groupe, peu importe que celui-ci soit dénommé par l'un ou l'autre des termes. Le législateur semble ainsi avoir créé un seul et même motif reposant sur des critères aux appellations différentes⁹⁸. En 2008, la HALDE confirmait

⁹⁶ Article 223-15-2 du Code pénal.

⁹⁷ « Les personnes vulnérables dans la jurisprudence de la Cour de cassation », *Rapport annuel de la Cour de cassation*, 2009, La documentation française, p. 295.

⁹⁸ Voir en ce sens SERENO S., *Le défenseur des droits et les discriminations dans l'emploi*, p. 135. L'auteure retient que « (...) l'interdiction de différencier une personne en considération de son origine se décline en plusieurs

cette idée en estimant que « l'origine est supposée à partir de la couleur de la peau, du patronyme, de l'origine géographique ou nationale »⁹⁹. Or, tous ces critères sont considérés par la loi comme des motifs discriminatoires que sont l'apparence physique, le nom de famille et l'origine. En effet, ils sont autant d'éléments qui permettront à l'employeur d'établir sa conviction personnelle quant à savoir quelle est l'origine du travailleur et ainsi servir de support à la discrimination. Il s'agit là d'une sorte de « faisceau d'indices » sur lequel l'employeur se fonde, pour tenter de déterminer l'origine du candidat à l'embauche par exemple. Il importe peu que ces critères correspondent en réalité à la présomption de l'employeur ou non. Ce qui compte finalement, c'est qu'ils conduisent la personne qui les porte à être discriminée en raison de son origine « vraie ou supposée ».

L'origine peut également être déduite de la « capacité à s'exprimer dans une autre langue que le français ». Il s'agit là du dernier motif discriminatoire énoncé à l'article L. 1132-1 du Code du travail. En effet, cette faculté peut être assimilée à la possession d'une origine particulière. Tel fut le cas lorsque la HALDE a qualifié de « discrimination sur l'origine » le refus de donner un poste de professeur de français à une personne dont ce n'était pas la langue maternelle¹⁰⁰. Ce cas démontre bien que la discrimination fondée sur ce motif peut revenir à discriminer la personne en raison de son origine. Il s'agirait, dès lors, de *discriminations connexes* fondées sur deux motifs analogues.

Pour finir, l'origine peut parfois faire l'objet d'amalgames avec la religion¹⁰¹. La HALDE illustre cette hypothèse par l'exemple d'un refus d'embauche opposé à une candidate algérienne, par peur qu'elle porte le voile au travail. Ces deux critères étant confondus, même à tort, ils créent alors des *discriminations connexes* fondées sur des motifs analogues.

En 2016, le Défenseur des droits présentait les résultats de son appel à témoignage sur les discriminations liées à l'origine dans l'accès à l'emploi¹⁰². Il semblait déjà constater l'existence de motifs analogues puisque les résultats témoignaient de « discriminations multiples auxquelles sont confrontées les personnes pouvant signaler une origine étrangère - nom, couleur de peau, religion - et qui bien souvent se cumulent ». En effet, un tiers des répondants subissait alors des *discriminations connexes* puisque fondées sur leur origine ainsi

critères : l'origine, l'appartenance ou la non-appartenance, - fût-elle supposée - à une nation, une ethnie ou une prétendue race voire la capacité à s'exprimer dans une autre langue que le français. »

⁹⁹ HALDE, Rapport annuel, 2008, p. 41.

¹⁰⁰ HALDE, Délibération n° 2007-31 du 12 février 2007.

¹⁰¹ HALDE, Rapport annuel, 2008, p. 42.

¹⁰² DEFENSEUR DES DROITS, Communiqué de presse, « Le Défenseur des droits présente les résultats de son appel à témoignages sur les discriminations liées à l'origine dans l'accès à l'emploi », Paris, 19 septembre 2016.

qu'au moins un de ces trois motifs voisins. Sur ce principe, les personnes considérées comme arabes révèlent notamment être discriminées sur le fondement de leur supposée religion musulmane et les personnes vues comme noires du fait de leur couleur de peau.

La dernière illustration de la connexité des motifs similaires repose sur la mention de la discrimination d'une personne « en raison de son état de santé, de sa perte d'autonomie ou de son handicap ». Encore une fois, le législateur semble avoir associé ces notions comme pour créer un même motif pouvant découler de l'un de ces trois critères. A cet égard, il peut être rappelé que la HALDE constate que « le handicap et l'état de santé constituent *le* deuxième critère le plus invoqué »¹⁰³. Cette affirmation révèle de façon flagrante que les critères de handicap et d'état de santé sont envisagés comme un tout composant *un* même motif prohibé. En ce sens, une salariée en mauvais état de santé, parce qu'atteinte de diabète, peut être reconnue travailleur handicapé¹⁰⁴. Dans ce cas, la discrimination fondée sur l'état de santé conduira à la discrimination fondée sur le handicap qui seront ainsi deux *discriminations connexes*. La connexité du handicap et de l'état de santé avec la perte d'autonomie est plus discutable. En effet, les deux premiers critères n'induisent pas obligatoirement le troisième et inversement. Pour exemple, une personne présentant une paralysie de certains doigts n'aura pas pour autant forcément un mauvais état de santé ni une perte d'autonomie. Toutefois, lorsque la perte d'autonomie est présente dans l'un ou l'autre motif discriminatoire, elle sera constitutive de *discriminations connexes*.

La connexité des motifs consubstantiels ou analogues qui fondent une discrimination multiple est une spécificité bien française. Le fait que certains critères puissent se déduire les uns des autres ou être confondus pour créer des *discriminations connexes*, démontre l'attention particulière qu'il faut accorder aux personnes qui les portent. Toutefois, la question reste en suspens de savoir quel traitement il faudrait accorder à de telles discriminations. Deux interprétations peuvent être retenue à ce sujet. La première peut être d'estimer que ces critères s'assimilent pour ne former qu'un motif unique auquel on appliquera alors le régime de la discrimination monocritère. La deuxième, inspiré du droit pénal, pourrait être de conclure que la connexité des critères alourdit le préjudice de la victime et devrait donc être considérée comme une circonstance aggravante dans la sanction de son auteur.

¹⁰³ HALDE, Rapport annuel, 2008, p. 43.

¹⁰⁴ HALDE, Délibération n° 2008-131 du 16 juin 2008.

In fine, les discriminations multiples souffrent en premier lieu d'un manque de clarté au vu des différentes formes qu'elles peuvent prendre. Pour autant, l'élaboration du concept inédit de *discriminations connexes* a permis de démontrer que le champ des discriminations multiples n'était pas fermé à la réception de nouvelles formes. C'est toutefois leur caractère protéiforme qui les rend si difficiles à appréhender. Certes, les auteurs s'accordent sur le sens à donner aux discriminations *successives*, *multicritères* et *intersectionnelles*. Cependant, leur impact sur la situation de la victime n'est pas toujours clairement exposé. Il était donc nécessaire de revenir sur ces concepts afin de les préciser, pour pouvoir analyser dans quelle mesure les discriminations multiples sont reconnues en pratique.

CHAPITRE 2 : La reconnaissance nuancée des discriminations multiples en droit positif

Malgré le manque d'initiative de la part du droit supranational, les discriminations multiples font l'objet d'une reconnaissance timide en droit comparé (Section 1). Quant au droit français, il reste lui bien silencieux à ce sujet (Section 2).

Section 1. La prise en compte frileuse des discriminations multiples hors du prisme français

Alors que la reconnaissance des discriminations multiples en est à ses balbutiements en droit supranational (§1), le droit comparé s'est plus vaillamment emparé du phénomène (§2).

§1. La réception tardive des discriminations multiples en droit supranational

Le droit international semble trop daté pour être compatible avec un concept aussi récent que celui des discriminations multiples (A) alors que le droit européen paraît, lui, faire preuve d'un peu plus de flexibilité dans la réception d'un tel phénomène (B).

A. Un droit international dépassé par le concept de discriminations multiples

Longtemps resté silencieux sur le phénomène des discriminations multiples, l'analyse du droit international suggère une réception naissante du concept.

La *Déclaration concernant les buts et objectifs de l'Organisation Internationale du Travail* (OIT) de 1944, aussi appelée *Déclaration de Philadelphie*, aborde le thème de la discrimination. Dans son article 2 a, elle affirme que « tous les êtres humains, quels que soient leur race, leur croyance ou leur sexe, ont le droit de poursuivre leur progrès matériel et leur développement spirituel dans la liberté et la dignité, dans la sécurité économique et avec des chances égales ». L'utilisation de la conjonction de coordination alternative « ou » démontre que les rédacteurs de la déclaration étaient bien loin de l'idée de cumul, de combinaison ou de connexité de critères qui sous-tendent les discriminations multiples.

Quant à la *Convention n°111 de l'organisation internationale du travail (OIT) relative à la discrimination dans l'emploi et la profession*, celle-ci n'aborde pas plus les discriminations

multiples. Toutefois, ce constat peut s'expliquer d'un point de vue historique. En effet, cette Convention a été signée en 1958, et elle est entrée en vigueur en 1960. A cette époque, les discriminations multiples n'étaient pas même conceptualisées. Pour rappel, KW. CRENSHAW a posé les bases du concept de discriminations multiples plus de trente ans après l'adoption de la *Convention n°111*, dans les années quatre-vingt-dix. Par conséquent, cette norme internationale de référence en matière de discrimination ne pose qu'un cadre général, via un listing de critères prohibés non exhaustif, sans jamais envisager l'approche multifactorielle et encore moins ses conséquences¹⁰⁵. Il est donc tout à fait regrettable que le texte n'ait pas été révisé en ce sens.

La *Charte des Nations Unies* (CNU), signée à San Francisco en 1945, aborde dans son chapitre IX le thème de la coopération économique et sociale internationale. Celle-ci déclare, dans son article 55, que les Nations Unies favoriseront « le respect universel et effectif des droits de l'homme et des libertés fondamentales pour tous, sans distinction de race, de sexe, de langue ou de religion ». La Charte ne pose ainsi qu'une interdiction très générale des discriminations. Toutefois, dans un rapport publié en 2017, le secrétaire général des Nations Unies constate que « la discrimination à l'égard des femmes existe toujours dans la législation et dans la pratique et nombreuses sont les femmes à être victimes de *plusieurs formes* de discrimination »¹⁰⁶. Si cette formulation peut renvoyer à la distinction entre discriminations directe et indirecte, elle peut s'interpréter également au sens de discriminations multifactorielles. En prenant pour exemple les femmes comme victimes d'une discrimination protéiforme, le secrétaire général met de fait en lumière la vulnérabilité des catégories de personnes susceptibles d'être victimes de discriminations multiples.

Dans le même sens que la CNU, la *Déclaration universelle des droits de l'Homme* (DUDH) de 1948 pose un principe général de non-discrimination à valeur unidimensionnelle. Son article 7 prévoit que « tous ont droit à une protection égale contre toute discrimination qui violerait la présente Déclaration et contre toute provocation à une telle discrimination ». Son article 23 énonce notamment que toute personne a droit « sans aucune discrimination, à un salaire égal pour un travail égal ». Ce texte n'envisage ainsi aucunement l'approche

¹⁰⁵ MARTIN P., « La discrimination multiple, un concept insaisissable par le droit du travail ? Un point de vue français et comparatif », *Revue internationale de droit comparé, Société de législation comparée*, 2011, p. 5.

¹⁰⁶ SECRETAIRE GENERAL DES NATIONS UNIES, Rapport « D. Promotion et protection des droits de l'homme », publié le 3 Janvier 2017 sur un.org.

multifactorielle de la discrimination. Encore une fois, le fait qu'elle précède dans le temps l'élaboration du concept même de discriminations multiples explique son aspect très généraliste et son manque de détails au sujet des différents critères et de leur articulation. Toutefois, la DUDH n'a pas vu le jour dans le but d'aborder en profondeur ce type de questions mais plutôt dans celui de créer un cadre juridique général permettant de promouvoir une conception des droits et libertés commune à ses membres. Elle proclame de cette manière un « idéal commun à atteindre par tous les peuples et toutes les nations »¹⁰⁷. Il est donc notamment laissé le soin aux Etats membres de prévoir plus en détail les motifs qui doivent être considérés comme discriminatoires ou encore leurs sanctions.

Il en va de même pour le *Pacte international relatif aux droits civils et politiques* (PIDCP) dans son article 26 et le *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels* (PIDESC) dans son article 2. Ces dispositions énoncent que les Etats parties auxdits Pactes de 1966 s'engagent à garantir que les droits qui y sont énoncés seront exercés « sans discrimination aucune fondée sur la race, la couleur, le sexe, la langue, la religion, l'opinion politique ou toute autre opinion, l'origine nationale ou sociale, la fortune, la naissance ou toute autre situation ». De cette manière, ils énoncent une dizaine de critères prohibés sans toutefois envisager qu'ils puissent interagir entre eux. Tout comme les normes internationales « pré-CRENSHAW » vues précédemment, les Pactes de 1966 n'envisagent donc qu'une conception de la discrimination à entrée unique.

Toutefois, les textes internationaux « post-CRENSHAW » se révèlent plus propices à la reconnaissance des discriminations multiples. Les Nations Unies se révèlent d'ailleurs parfois assez explicites en matière de discriminations multiples. En effet, aux neuf principaux traités internationaux relatifs aux droits humains dont l'organisation internationale est à l'origine, s'ajoutent des protocoles facultatifs et conventions spécifiques. C'est le cas du « Protocole facultatif à la convention sur l'élimination de *toutes les formes* de discrimination à l'égard des femmes » de 1999. Il y est mentionné que les femmes font notamment l'objet de « discriminations sur le lieu de travail »¹⁰⁸. L'utilisation du pluriel paraît ici viser plus la succession d'actes discriminatoires dont serait victime une femme au travail que la combinaison, le cumul ou la connexité de critères discriminatoires. En ce sens, ce texte

¹⁰⁷ Préambule de la Déclaration universelle des droits de l'Homme de 1948.

¹⁰⁸ Protocole facultatif à la convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes (OP-CEDAW) du 6 octobre 1999, p. 5.

reconnait implicitement l'existence de discriminations multiples ou du moins d'une catégorie d'entre elles, à savoir les *discriminations successives*.

Outre ce Protocole, la *Convention relative aux droits des personnes handicapées* (CRPD) du 13 décembre 2006 s'intéresse elle aussi aux discriminations multiples. La CRPD interdit la discrimination fondée sur le handicap dans le domaine de l'emploi. Elle fournit une liste non-exhaustive de situations incluant « notamment les conditions de recrutement, d'embauche et d'emploi, le maintien dans l'emploi, l'avancement et les conditions de sécurité et d'hygiène au travail »¹⁰⁹.

Celle-ci offre une vision renouvelée de la protection des droits de l'Homme notamment du fait de sa rédaction plus récente. En effet, l'article 5 de ladite Convention qui promeut l'égalité et la non-discrimination pose une interdiction « de toutes les discriminations fondées sur le handicap et [garantit] aux personnes handicapées une égale et effective protection juridique contre toute discrimination, quel qu'en soit le fondement ». La formulation de la Convention diffère légèrement de celle retenue dans les textes plus anciens. Ces derniers prohibaient « toute » discrimination, ou « une telle » discrimination alors que la Convention de 2006 utilise le pluriel. Cet usage peut être interprété comme une interdiction globale couvrant celle des discriminations fondées sur plusieurs facteurs. Il pourrait donc s'agir de la discrimination d'une personne handicapée fondée sur le critère du handicap ainsi qu'un ou plusieurs autres critères.

Par ailleurs, cette Convention est bien plus explicite quant à l'admission des discriminations multiples dans son article 6, concernant les « femmes handicapées ». Le titre même de cet article est très évocateur puisqu'il combine ici très clairement deux critères prohibés que sont le sexe et le handicap. Dans le premier paragraphe de cet article, la Convention stipule de surcroît que « les Etats Parties reconnaissent que les femmes et les filles handicapées sont exposées à de multiples discriminations (...) ». Il est important de noter l'utilisation de l'expression « multiples discriminations ». En effet, cette mention est, à notre connaissance, une grande première dans une convention internationale.

En outre, ces deux sources internationales érigées par les Nations Unies, que sont le Protocole de 1999 et la Convention de 2006, appuient la thèse de l'absence de toute mention des discriminations multiples dans les conventions antérieures aux années 1990. En effet, ces normes internationales sont bien postérieures à la création du concept par KW. CRENSHAW. L'absence de construction conceptuelle antérieure semble donc expliquer le fait que nombre de

¹⁰⁹ Article 27 « Travail et emploi », Convention relative aux droits des personnes handicapées, 13 décembre 2006.

sources anciennes de droit international n'abordent pas les discriminations multiples. Toutefois, cette observation laisse suggérer une prise en considération grandissante du phénomène par le droit international.

A l'heure actuelle, le droit international accuse toujours un retard certain dans la reconnaissance des discriminations multiples alors que le droit européen, lui, se montre plus flexible dans la réception du concept.

B. Une reconnaissance timide des discriminations multiples en droit européen

De prime abord, le droit européen, qu'il s'agisse du droit primaire de l'Union européenne ou du droit du Conseil de l'Europe, paraît avoir une approche assez classique des discriminations. Toutefois, les discriminations multiples sont timidement envisagées en droit dérivé de l'Union depuis une quinzaine d'années.

S'agissant du droit du Conseil de l'Europe, l'article 14 de la *Convention Européenne des Droits de l'Homme* (CEDH) de 1950 prohibe toute distinction « fondée notamment sur le sexe, la race, la couleur, la langue, la religion, les opinions politiques ou toutes autres opinions, l'origine nationale ou sociale, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance ou toute autre situation ». La CEDH n'empêche donc pas, en soi, que d'autres motifs s'ajoutent à cette liste ou encore qu'un cumul ou une combinaison de ceux-ci soient opérés. Cependant, encore une fois, l'absence de disposition concernant les conséquences d'une telle articulation des motifs limite très fortement l'hypothèse où un tel cumul ou une telle combinaison seraient retenus en pratique¹¹⁰.

En droit communautaire, le même constat s'impose à la lecture des articles 10 et 19 du *Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne* (TFUE) qui combattent « toute discrimination fondée sur le sexe, la race ou l'origine ethnique, la religion ou les convictions, un handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle ». De la même manière, la *Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne* (CDFUE), dans son article 21, donne une liste non

¹¹⁰ MARTIN P., « La discrimination multiple, un concept insaisissable par le droit du travail ? Un point de vue français et comparatif », *Revue internationale de droit comparé, Société de législation comparée*, 2011, p. 5.

limitative de motifs prohibés. Le droit primaire de l'Union a donc une approche assez traditionnelle des discriminations. Toutefois, son droit dérivé se révèle légèrement plus novateur depuis les années 2000.

En effet, la *Directive 2000/43/CE 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*, reconnaît l'existence de discriminations multiples. Dans son point 14, le Conseil de l'Union européenne promeut l'égalité entre les hommes et les femmes en précisant que « les femmes sont souvent victimes de discriminations multiples ». Toutefois, ladite directive ne prévoit aucun moyen de lutter contre ce phénomène. En effet, dans le paragraphe suivant, le texte se contente de déléguer l'appréciation des faits permettant de conclure à une discrimination aux instances judiciaires nationales.

De manière plus précise, la *Directive 2004/113/CE*¹¹¹ indique, dans son article 8, que les Etats veillent à prévoir des voies de recours nécessaires pour permettre une réparation effective pour la victime de discrimination. Sur ce point, l'exposé des motifs de la *Proposition de Directive du Conseil de 2008*¹¹² mentionne lui aussi 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 ». Cependant, le texte n'entend pas répondre lui-même à ces questions et permet encore une fois aux « Etats membres de prendre des mesures dans ces domaines ». Il n'en reste pas moins que la formulation suggère l'obligation pour les Etats d'adopter des mesures permettant de lutter effectivement contre ce phénomène. L'article 12 de la Directive de 2004 ainsi que l'article 20 de la *Directive 2006/54/CE*¹¹³, enjoignent par ailleurs aux Etats membres de se doter d'organismes indépendants¹¹⁴ pour lutter contre les discriminations ainsi que de procéder à des études et de publier des rapports à ce sujet¹¹⁵.

¹¹¹ Directive 2004/113/CE du Conseil 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.

¹¹² Proposition de Directive du Conseil relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de religion ou de convictions, de handicap, d'âge ou d'orientation sexuelle - Bruxelles, 2.7.2008, COM (2008) 426 final.

¹¹³ Directive 2006/54/CE du Parlement européen et du Conseil du 5 juillet 2006 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité des chances et de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière d'emploi et de travail (refonte).

¹¹⁴ Il convient de souligner que ce n'est pas le cas de la Directive 2000/78/CE du Conseil du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail, qui elle, n'oblige pas les Etats membres à mettre en place ce type d'organismes chargés des questions d'égalité.

¹¹⁵ Pour exemple, la HALDE, puis le Défenseur des droits, dont l'action répond en partie à cette obligation, ont réalisé des recherches sur la question des discriminations multiples.

Bien qu'elle soit assez timide dans la reconnaissance même des discriminations multiples du point de vue juridique, l'Union européenne est plus téméraire lorsqu'il s'agit d'en étudier la pratique. Elle a d'ailleurs publié plusieurs analyses à ce sujet telles que les rapports du Réseau européen des experts indépendants en matière de non-discrimination, l'étude sur la « Lutte contre la discrimination multiple : pratiques, politiques et lois »¹¹⁶ ou encore les résultats d'Eurobaromètres.

Malgré des tentatives récentes, il apparaît clairement que le droit européen n'est pas prêt à se saisir pleinement du traitement des discriminations multiples au point d'imposer un cadre commun à ses Etats membres. Il en résulte que l'essentiel des normes relatives aux discriminations multiples apparaissent dans certaines législations nationales.

§2. L'accueil prometteur des discriminations multiples en droit comparé

L'analyse du droit comparé révèle qu'une approche multifactorielle est retenue dans la législations de certains Etats (A) dont les « best practices »¹¹⁷ démontrent un accueil favorable du phénomène (B).

A. Quelques législations nationales pionnières en matière de discriminations multiples

Dans l'Union européenne, rares sont les législations qui sanctionnent les discriminations multiples. En effet, sur l'ensemble des Etats membres et candidats à l'UE, seuls treize se sont dotés d'une législation mentionnant explicitement les discriminations multiples¹¹⁸. Alors que certains pays les définissent clairement, d'autres se contentent de constater que ce phénomène existe afin de mettre en place des politiques publiques visant à le combattre¹¹⁹.

¹¹⁶ Commission européenne, Direction générale de l'emploi, des affaires sociales et de l'égalité des chances, Communautés européennes, 2007.

¹¹⁷ Terme emprunté à BECUWE A., LAURENT-MERLE I., « Pour une approche transdisciplinaire de la discrimination au travail », *RIMHE, la Revue Interdisciplinaire Management, Homme & Entreprise*, 2013/1 n°5, p. 5.

¹¹⁸ FREDMAN S., « Intersectionnal discrimination in EU gender equality and non-discrimination Law », European network of legal experts in gender equality and non-discrimination, *Justice and Consumers*, European Commission, 2016, p. 9.

¹¹⁹ MARTIN P., « La discrimination multiple, un concept insaisissable par le droit du travail ? Un point de vue français et comparatif », *Revue internationale de droit comparé, Société de législation comparée*, 2011, p. 6.

Les législations allemande, autrichienne, italienne, polonaise et roumaine mentionnent en effet la possibilité d'admettre une discrimination fondée sur plusieurs critères prohibés¹²⁰. Pour exemple, le Code du travail polonais¹²¹ énonce qu'une discrimination « est commise lorsqu'un salarié, pour un ou plusieurs des motifs [prohibés], a été, est ou serait traité dans une situation comparable moins favorablement que les autres salariés ». La Roumanie définit elle aussi la discrimination multiple¹²² comme « toute action discriminatoire fondée sur deux ou plusieurs critères de discrimination »¹²³. La Bulgarie en donne une définition tout aussi simple dans sa Loi sur la protection contre les discriminations en qualifiant de discrimination multiple la « discrimination fondée sur plus d'un motif [prohibés] »¹²⁴.

La législation bulgare semble aussi vouloir soutenir les victimes de discriminations multiples via des mesures de discrimination positive¹²⁵. Elle dispose en effet dans son article 11 (2)¹²⁶ que « les organes de l'Etat et des collectivités locales et les organismes publics prennent en priorité des mesures (...) afin d'égaliser les opportunités pour les victimes de discrimination multiple ». L'article 48 (3) précise aussi que les cas de discriminations multiples devront être traités par un collège élargi de cinq membres au lieu de trois habituellement. La Bulgarie est donc un exemple de bon élève en matière de discriminations multiples. Outre qu'elle aborde le concept, ce qui est déjà remarquable, elle pose aussi des moyens de lutter contre celui-ci via des politiques publiques et de la traiter de façon plus minutieuse qu'une discrimination monocritère via un collège de juges spécifique.

L'Espagne, elle aussi, prévoit des mesures de politiques publiques visant à lutter contre les discriminations multiples¹²⁷. Dans son article 14.6, la *Loi constitutionnelle espagnole*¹²⁸ prévoit la « prise en compte des difficultés spécifiques rencontrées par les femmes appartenant à des communautés particulièrement vulnérables, telles que les femmes appartenant à des

¹²⁰ BURRI S., SCHIEK D., « Multiple discrimination in the EU Law. Opportunities for legal responses to intersectional gender discrimination ? », European network of legal experts in the field of gender equality, p.17.

¹²¹ Article 18 (3a) §3 du Code du travail polonais du 23 décembre 1997 r. (Dz.U. tłum. gb 1998 Nr 21, poz. 94).

¹²² MARTIN P., « La discrimination multiple, un concept insaisissable par le droit du travail ? Un point de vue français et comparatif », *Revue internationale de droit comparé, Société de législation comparée*, 2011, p. 6.

¹²³ Article 4 of the revised Romanian Act on Equal Opportunities.

¹²⁴ §1.10, Additional provision, Bulgarian Protection Against Discrimination Act (PADA).

¹²⁵ BURRI S., SCHIEK D., « Multiple discrimination in the EU Law. Opportunities for legal responses to intersectional gender discrimination ? », European network of legal experts in the field of gender equality, p.17.

¹²⁶ Article 11 (2) of the Bulgarian Protection Against Discrimination Act (PADA).

¹²⁷ BURRI S., SCHIEK D., « Multiple discrimination in the EU Law. Opportunities for legal responses to intersectional gender discrimination ? », European network of legal experts in the field of gender equality, p.17.

¹²⁸ Article. 14.6, Ley constitucional 3/2007, para la igualdad efectiva entre mujeres y hombres.

minorités ou des groupes d'immigrés, les filles, les femmes handicapées et les femmes âgées, les veuves et les victimes de violence sexiste pour qui les pouvoirs publics peuvent également adopter des mesures d'action positive ». Cette rédaction ne semble toutefois pas faire place à la lutte contre *toutes* les discriminations multiples. Elle s'avère être tournée spécifiquement vers la protection des femmes. Plutôt que d'interdire les discriminations multiples dans leur ensemble, la loi espagnole semble donc interdire les discriminations fondées sur le sexe et un autre critère.

De la même manière, la législation italienne a elle aussi une approche multifactorielle¹²⁹. En effet, l'Italie a une vision des discriminations qui prend en compte l'impact différent que les mêmes formes de discrimination peuvent avoir selon le sexe ou le racisme à caractère culturel et religieux¹³⁰.

L'Allemagne a également légiféré en la matière¹³¹. La *Loi générale sur l'égalité de traitement* (AGG¹³²) de 2006 interdit toute différence de traitement fondée sur plusieurs critères dans son paragraphe 4. L'expression exacte « *plusieurs raisons* », traduite de ladite loi, renvoie à l'idée d'une multiplicité de motifs discriminatoires. Il s'agit donc bien ici d'une législation prohibant les discriminations multiples et, plus précisément, les *discriminations multicritères*. L'AGG prévoit que dans le cas où une telle discrimination serait pratiquée, sa justification devra nécessairement porter sur *toutes* les « raisons » pour lesquelles la personne est traitée différemment. L'employeur peut donc renverser la présomption de discrimination qui pèse sur lui en démontrant que tous les motifs du traitement inégal sont objectivement justifiés par un but légitime¹³³. Les paragraphes 19 et 27 de l'AGG prévoient d'ailleurs, tel que le préconisent les directives européennes, que l'Agence fédérale anti-discrimination, le Gouvernement fédéral et les commissaires du Bundestag (Parlement allemand) coopèrent dans ce domaine. Tous trois ont pour mission de rendre, tous les quatre ans, des rapports sur les discriminations et peuvent conjointement mener des études sur leurs effets indésirables.

¹²⁹ DELIYIANNI-DIMITRAKOU C., « Égalité multidimensionnelle et discriminations multiples en droit comparé », *Revue internationale de droit comparé*, Vol. 65 N°3, 2013, p. 697.

¹³⁰ Articolo 1, Decreto Legislativo 9 luglio 2003, n. 215 « Attuazione della direttiva 2000/43/CE per la parità di trattamento tra le persone indipendentemente dalla razza e dall'origine etnica » *Gazzetta Ufficiale* n° 186 del 12 agosto 2003.

¹³¹ BECUWE A., LAURENT-MERLE I., « Pour une approche transdisciplinaire de la discrimination au travail », *RIMHE, la Revue Interdisciplinaire Management, Homme & Entreprise*, 2013/1 n°5, p. 7.

¹³² Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz (AGG), 2006.

¹³³ Directive 2004/113/CE du 13 décembre 2004 (16).

Hors Union européenne, c'est le Canada qui a été précurseur en matière de discriminations multiples. C'est très tôt, en 1998, que la *Loi canadienne sur le droit de la personne*¹³⁴ a été amendée pour y inclure le concept. On y trouve désormais, à l'article 3.1¹³⁵, la définition élargie de la « pratique discriminatoire [qui] comprend une pratique fondée sur un ou plusieurs motifs de discrimination interdits ou sur l'effet d'une *combinaison* de motifs interdits ». Cette formulation semble donc aussi bien faire référence à la *discrimination multicritère* qu'à la *discrimination intersectionnelle*.

La législation sud-africaine¹³⁶ interdit les discriminations à travers une liste assez étendue de motifs. Par ailleurs, elle prohibe les discriminations fondées sur tout autre motif – non visé expressément – qui cause ou perpétue un désavantage systémique ou porte atteinte à la dignité humaine. Selon Erica HOWARD, cette loi s'interprète en ce sens qu'elle permet une combinaison de motifs¹³⁷.

Si la loi sud-africaine facilite de cette manière la réception des discriminations multiples, les législations qui les abordent plus restrictivement peuvent elles aussi être appliquées en pratique.

B. L'accueil favorable des discriminations multiples dans la pratique

À notre connaissance, la tentative d'approche multifactorielle la plus ancienne s'est certainement opérée dans la jurisprudence canadienne en 1993¹³⁸. En l'espèce, un salarié s'absente du travail durant une journée pour assister aux funérailles d'un proche et demande, pour le lendemain, un jour de congé de deuil. À noter que sa convention collective permet un congé de maximum quatre jours le cas échéant. Or, son employeur refuse de lui octroyer cette journée, au motif qu'il s'agissait du décès du père de son conjoint de même sexe et que cette possibilité n'était donnée qu'au « conjoint de droit commun » – entendu au sens de conjoint de sexe opposé – selon la convention collective. En l'espèce, la Cour n'avait pas retenu la

¹³⁴ Loi canadienne sur les droits de la personne, L.R.C. 1985, ch. H-6.

¹³⁵ Article 3.1, « Multiplicité des motifs », de la loi visant à compléter la législation canadienne en matière de discrimination.

¹³⁶ Chapter 1, « Definitions, objects, interpretation, guiding principles and application of act (ss 1-5) », Définition of « prohibited grounds », Promotion of equality and prevention of unfair discrimination act 4 of 2000.

¹³⁷ HOWARD E., « Multiple discrimination », Middlesex University : Conference paper presented at the 'Think Equal, Symposium on Multiple Discrimination', 1 November 2011, National Commission for the Promotion of Equality (NCPE), Malta.

¹³⁸ Cour suprême du Canada (Procureur général) c. Mossop, 25 février 1993, 1 R.C.S. 554.

discrimination fondée sur l'orientation sexuelle puisque ce motif n'était pas encore protégé par la loi canadienne à l'époque. Par ailleurs, le motif de la « situation de famille » ne comprenant pas les relations homosexuelles, il avait été lui aussi écarté. Toutefois, le juge L'HEUREUX-DUBÉ avait alors émis une opinion dissidente de celle de la Cour en retenant que les catégories de discrimination pouvaient se « chevaucher » ou se combiner. Selon le juge « 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 ». C'est donc à travers cette opinion dissidente que le juge L'HEUREUX-DUBÉ fait naître le concept de discrimination multiple au Canada¹³⁹.

La loi allemande permet qu'une discrimination multicritère soit retenue, reste à savoir si les juges font application de ces dispositions en pratique. La jurisprudence allemande a effectivement conclu à une discrimination multiple dans une affaire du 18 avril 2008¹⁴⁰. En l'espèce, un candidat s'était vu refuser le poste de sapeur-pompier malgré sa réussite aux examens d'entrée. Pour ce faire, l'employeur (une société de lutte contre les incendies) arguait que la nationalité turque du candidat ainsi que sa séropositivité l'empêchaient d'exercer cette profession. Suite au recours du candidat, la Haute Cour allemande a jugé que la nationalité était constitutive d'un motif discriminatoire. Par ailleurs, elle a estimé que le fait d'être atteint du sida constituait un handicap sans toutefois être un danger pour autrui au vu de sa faible possibilité de transmission dans l'exercice de lutte contre les incendies. Les juges ont donc conclu à une *double discrimination* à l'embauche reposant sur les deux critères prohibés que sont la nationalité et le handicap. Par ailleurs, cet arrêt confirme la théorie des *discriminations connexes* selon laquelle certains critères analogues sont parfois assimilés dans un même motif. En effet, le handicap et l'état de santé sont ici utilisés comme des synonymes. Cela s'explique par le fait que la loi anti-discrimination allemande ne vise pas le critère de l'état de santé, ce qui amène les juges à interpréter très largement le critère du handicap.

¹³⁹ MARTIN P., « La discrimination multiple, un concept insaisissable par le droit du travail ? Un point de vue français et comparatif », *Revue internationale de droit comparé, Société de législation comparée*, 2011, p. 7.

¹⁴⁰ Tribunal fédéral du travail (BAG), 18 avril 2008, DB 2008 p. 597 in BECUWE A., LAURENT-MERLE I., « Pour une approche transdisciplinaire de la discrimination au travail », *RIMHE, la Revue Interdisciplinaire Management, Homme & Entreprise*, 2013/1 n°5, p.7.

En 2007¹⁴¹, une affaire précédente avait concerné deux salariées camerounaises humiliées par leur employeur qui leur interdisait de porter des gilets dans le froid puisqu'elles étaient « assez grosses pour supporter cela » et se plaisait à les insulter de « pauvres femmes » ou encore de « sales noires ». En l'espèce, la Haute Cour allemande avait déjà conclu à une discrimination multiple reposant sur les critères de sexe et nationalité.

A la même époque, la Haute Cour autrichienne s'est prononcée au sujet du licenciement¹⁴² d'une salariée qui n'aurait pas de mal à retrouver du travail parce qu'elle était « belle, célibataire et sans enfant ». Les juges ont conclu à un licenciement discriminatoire fondé sur plusieurs critères. La Haute Cour autrichienne a récidivé en 2008¹⁴³, au sujet du licenciement d'une salariée en raison de son sexe et de sa situation de famille. En l'espèce, l'employeur refusait d'embaucher des femmes ayant plus de trois enfants et des personnes dont les parents étaient déjà salariés de l'entreprise. Tel était le cas d'une salariée porteuse de ces deux critères, dont le contrat de travail a été rompu. Les juges dénonceront d'ailleurs la gravité d'une telle discrimination multicritère en la qualifiant de « comportement antisocial ».

Par ailleurs, l'absence de disposition relative aux discriminations multiples n'empêche toutefois pas les juges de s'emparer de la question. Ce fut le cas dans une affaire Danoise¹⁴⁴ concernant le licenciement d'une salariée portant le hijab. En l'espèce, la requérante ne contestait son licenciement que sur le fondement d'une discrimination religieuse. Pour autant, la Haute Cour danoise ne s'est pas arrêtée à ce seul motif et a pris en considération les motifs d'origine ethnique et de « genre », en plus du motif religieux. Bien que ce triple facteur de discrimination n'ait pas abouti - la restriction vestimentaire ayant été justifiée par l'employeur -, les juges ont ainsi démontré que la reconnaissance des discriminations multiples était possible en pratique. Il semblerait donc que l'absence de législation, certes freine la réception du concept de discrimination multiple, mais n'y fasse pas obstacle totalement.

¹⁴¹ Tribunal fédéral du travail (BAG), 20 mars 2007, DB 2007 p. 412 in BECUWE A., LAURENT-MERLE I., « Pour une approche transdisciplinaire de la discrimination au travail », *RIMHE, la Revue Interdisciplinaire Management, Homme & Entreprise*, 2013/1 n°5, p.7.

¹⁴² Cour suprême allemande (Oberster Gerichtshof), 10 avril 2007, RC n°127 pg. 917 in BECUWE A., LAURENT-MERLE I., « Pour une approche transdisciplinaire de la discrimination au travail », *RIMHE, la Revue Interdisciplinaire Management, Homme & Entreprise*, 2013/1 n°5, note 4.

¹⁴³ Cour suprême (Oberster Gerichtshof), 23 septembre 2008, RC 149 pq 1002 917 in BECUWE A., LAURENT-MERLE I., « Pour une approche transdisciplinaire de la discrimination au travail », *RIMHE, la Revue Interdisciplinaire Management, Homme & Entreprise*, 2013/1 n°5.

¹⁴⁴ Cour suprême Danoise, Føtex case U, 21 janvier 2005, 1265H in « Multiple discrimination in the EU Law. Opportunities for legal responses to intersectional gender discrimination ? », BURRI S., SCHIEK D., European network of legal experts in the field of gender equality, Note 39, p.15.

En Grande Bretagne, une jurisprudence étonnante de 2003¹⁴⁵ a permis la reconnaissance des discriminations multiples. En l'espèce, la requérante arguait qu'elle avait été victime d'une discrimination de la part de son employeur. La difficulté résidait dans le fait que la salariée estimait avoir fait l'objet d'une discrimination parce qu'elle était une femme asiatique. En première instance, l'*Employment Tribunal* lui donna raison en concluant à une discrimination raciale *et* sexuelle. La société de la salariée ayant fait appel de cette décision, l'*Employment Appeal Tribunal* rendit une solution différente. En effet, la juridiction d'appel n'admit pas la discrimination multiple au sein d'une même instance et regretta que deux affaires, sur chacun des motifs, n'eurent pas été menées conjointement. La salariée fut par ailleurs déboutée de sa demande car incapable de prouver la discrimination via un seul des deux motifs. Les différents critères peuvent donc être reconnus et sanctionnés isolément seulement dans des procès distincts. Malgré l'issue de cette affaire, elle mérite attention. En effet, le jugement a tout de même eu l'audace d'admettre qu'une telle discrimination soit reconnue. Toutefois, dans cette législation à la « structure stratifiée »¹⁴⁶, les discriminations multiples ne pourront être reconnues que par le biais d'actions unidimensionnelles séparées. Ceci pose une limite de taille puisque la difficulté peut résider dans la preuve de chacun des motifs pris isolément. Cette solution est d'autant plus insatisfaisante s'agissant de la *discrimination intersectionnelle*. En effet, dans ce type de discrimination, il est impossible de savoir quel motif a pu prédominer dans la réalisation de l'acte discriminatoire, ce qui les rend indissociables. Quoiqu'il en soit, même du point de vue purement *multicritère*, la séparation des actions et donc des motifs discriminatoires ne rendrait pas justice à la situation de la victime. Par ailleurs, la victime se retrouve également confrontée à une difficulté d'ordre purement pratique en ce sens qu'elle doit mener plusieurs actions pour chacun des critères sur le fondement desquels elle estime avoir été discriminée. On peut donc imaginer que ce type d'obstacle pourrait bien en décourager certains d'engager de telles actions.

Pour autant, l'analyse de la jurisprudence étrangère aboutit à une conclusion assez positive. En effet, qu'ils soient encouragés par un cadre légal ou non, les juges s'avèrent relativement enclins à adopter une approche multifactorielle de la discrimination.

¹⁴⁵ Tribunal d'appel pour l'emploi (Employment Appeal Tribunal), *The Law Society v Bahl*, 31 juillet 2003.

¹⁴⁶ SOLANKE I., « Addressing Intersectionality in Britain », *in* Discriminations multiples, *TANGRAM* n°23, Bulletin de la commission fédérale contre le racisme (CFR), Juin 2009, Confédération suisse.

In fine, il apparaît que la reconnaissance des discriminations multiples ne bénéficie pas d'une réelle impulsion internationale ou européenne. Cela n'a cependant pas empêché certains Etats de se saisir de la question. En France, la persistance d'une législation à valeur unidimensionnelle semble faire de cette dernière une assez mauvaise élève.

Section 2. Un traitement ambivalent des discriminations multiples en droit français

En France, les discriminations multiples sont tiraillées entre deux ambitions antinomiques. D'un côté, la jurisprudence semble ouverte à l'idée d'une discrimination à entrées multiples (§1). De l'autre, la loi a une conception de la discrimination à entrée unique. Cela a pour effet de générer des incertitudes dans la réparation pragmatique du préjudice occasionné par les discriminations multiples (§2).

§1. L'accueil bienveillant de l'approche multidimensionnelle face au silence de la loi

Si les discriminations multiples se heurtent au mutisme du législateur français, les actions du Défenseur des droits tendent à les reconnaître (A). Sur ses recommandations, il arrive donc que les juges s'intéressent à l'approche multifactorielle sans jamais la nommer (B).

A. Le rôle remarquable du Défenseur des droits dans la lutte contre les discriminations multiples

Le Défenseur des droits peut être saisi gratuitement en vue de défendre les personnes victimes d'une atteinte à leurs droits. Si ce n'est pas le cas, il est en capacité de s'autosaisir, ce qui lui permet de contourner les risques de paralysies dus à l'inaction des victimes¹⁴⁷. L'un de ses domaines de compétence tient d'ailleurs à la lutte contre les discriminations et à la promotion de l'égalité. De fait, il joue un rôle essentiel dans la marche vers la reconnaissance des discriminations multiples en France.

¹⁴⁷ SERENO S., *Le défenseur des droits et les discriminations dans l'emploi*, p. 97.

Dans le cadre de ses attributions, il est amené notamment à rendre des rapports sur la discrimination. Il y aborde d'ailleurs fréquemment le thème de la discrimination multiple. À cet égard, il déplore la présence de discriminations multifactorielles chez les femmes dans le domaine de l'emploi dès 2012¹⁴⁸, sans toutefois s'étendre réellement sur le sujet. Il réitère ce constat en 2014¹⁴⁹, au sujet des femmes étrangères, en précisant que ces discriminations peuvent notamment prendre la forme de harcèlement sexuel. En 2016, dans un rapport au sujet des femmes en situation de handicap¹⁵⁰, il s'intéresse à nouveau à l'approche multifactorielle en analyse notamment les *discriminations cumulatives et intersectionnelles*. Lors de cette étude, le Défenseur des droits déplore que la législation française ne se saisisse pas de la question. Plus récemment, il a par ailleurs publié les résultats d'une étude, en collaboration avec l'OIT, sur la perception des discriminations¹⁵¹. Celle-ci contribue à mieux connaître l'ampleur du phénomène dans le paysage français de la discrimination. En effet, cette étude fait état des résultats d'une enquête, menée en 2016, sur un échantillon – de plus de cinq milles personnes – représentatif de la population de France métropolitaine. C'est à travers ce type d'enquêtes de sondages et de rapports que le Défenseur des droits s'empare en premier lieu du concept des discriminations multiples. Son implication dans un sujet aussi peu documenté est révélatrice d'une problématique de taille. En effet, ses tentatives d'alertes ont pour but l'identification des personnes les plus exposées. Pour autant, le législateur ne semble pas disposé à inclure une mention expresse des discriminations multiples dans la loi française. Selon le Défenseur des droits il en résulte que, bien qu'il soit possible de les invoquer, de telles actions restent assez rares en pratique.

Par ailleurs, le Défenseur des droits est en position de faire des recommandations au gouvernement en vue de mieux lutter contre les discriminations. À cet égard en 2011, la HALDE, précédant le Défenseur des droits, avait notamment fait des propositions afin de lutter contre les *discriminations connexes* dont les femmes sont victimes en raison de leur grossesse¹⁵². Elle rappelait à cet occasion avoir édité un dépliant visant à sensibiliser ces dernières et à les informer de leurs moyens de recours¹⁵³. Dans sa délibération de 2011, la

¹⁴⁸ DEFENSEUR DES DROITS, Rapport annuel d'activité, 2012.

¹⁴⁹ DEFENSEUR DES DROITS, Rapport annuel d'activité, 2014.

¹⁵⁰ DEFENSEUR DES DROITS, Rapport sur « L'emploi des femmes en situation de handicap - Analyse exploratoire sur les discriminations multiples », novembre 2016.

¹⁵¹ DEFENSEUR DES DROITS et ORGANISATION INTERNATIONALE DU TRAVAIL, « 10ème Baromètre de la perception des discriminations dans l'emploi », mars 2017.

¹⁵² HALDE, Délibération n°2011-66 du 7 mars 2011.

¹⁵³ HALDE « Les conseils de la HALDE – Une grossesse sans discrimination », janvier 2010.

HALDE invitait les acteurs de l'égalité professionnelle entre les hommes et les femmes à conduire des campagnes d'information sur le modèle de son dépliant. Par ailleurs, elle recommandait au gouvernement d'effectuer une campagne de sensibilisation visant à lutter contre les stéréotypes attachés à la maternité dans l'entreprise.

En outre, dans cette même recommandation au gouvernement de 2011, la Haute autorité avait abordé le concept des discriminations multiples s'agissant des femmes étrangères dans les emplois domestiques. Après avoir déploré que celles-ci soient exclues de la protection de l'article L. 1132-1 du Code du travail, elle incitait le gouvernement à modifier la législation sur ce point. Cependant, force est de constater que cette recommandation n'a pas été suivie. En effet, l'article L. 7221-1 du Code du travail, concernant les salariés employés par des particuliers à leur domicile privé, fixe les dispositions qui sont « seules applicables » à ces derniers. Or l'article ne fait, encore aujourd'hui, aucune mention du bénéfice des dispositions relatives à la non-discrimination. Il est regrettable que cette délibération n'ait pas eu plus d'impact. En effet, elle avait pour objectif « d'éviter que la *discrimination multicritère* ne constitue une forme de violence supplémentaire » pour les femmes qui risquent « tout au long de leur vie, [d'être] confrontées au risque de voir les discriminations se *cumuler* ou se *conjoindre* ». La Haute autorité espérait donc, déjà en 2011, attirer l'attention du législateur sur les risques qu'engendrent les discriminations multiples pour leur victime. *In fine*, malgré sa volonté affichée de faire reconnaître les discriminations multiples pour mieux les endiguer, il semblerait que la HALDE n'ait pas été entendue du législateur.

Si le mutisme du législateur quant aux discriminations multiples pourrait paralyser leur reconnaissance dans la jurisprudence, le Défenseur des droits milite tout de même pour une approche multifactorielle. En effet, il intervient régulièrement dans les procédures judiciaires visant à sanctionner des discriminations afin de donner son avis sur leur interprétation. Pour exemple, en 2014, le Défenseur des droits avait été saisi d'une réclamation d'une salariée relativement au harcèlement moral et au licenciement discriminatoires dont elle estimait être victime. Celle-ci arguait d'un harcèlement moral tenant à l'irrespect, par son employeur, de son mi-temps thérapeutique préconisé par le médecin en raison d'un grave accident de la route. Elle estimait, par ailleurs, avoir été « mise à l'écart » et privée d'un bonus de rémunération au retour de son congé maternité. Enfin, elle se voyait notifier un licenciement pour insuffisance professionnelle alors qu'elle se présentait aux élections professionnelles. Le défenseur des droits avait conclu en l'espèce à une discrimination de la salariée en raison de son état de santé,

de ses grossesses, de son sexe, puis de ses activités syndicales¹⁵⁴. Cette décision est donc un exemple prégnant de discriminations multiples puisque l'affaire semblait comporter à la fois des *discriminations successives*¹⁵⁵, *multicritères*¹⁵⁶ et *connexes*¹⁵⁷. Toutefois, ce n'est pas la solution qu'en a retenu la Cour d'appel en l'espèce. En effet, si elle retient que la salariée a fait l'objet d'une discrimination en matière de rémunération et d'évaluation professionnelle, elle estime que ce n'est pas le cas du licenciement qui repose sur une absence de cause réelle et sérieuse. Les juges nient également l'existence d'un harcèlement moral. De cette manière, la position du Défenseur des droits est suivie en partie pour ce qui est de la discrimination alléguée, puisque la Cour condamne la société au versement de dommages et intérêts à la victime. Cependant, le Défenseur des droits déplore que la juridiction d'appel n'ait pas établi de « lien de causalité entre le licenciement, qu'elle estime injustifié, et les discriminations constatées dans l'exécution du contrat »¹⁵⁸.

Malgré l'impulsion que s'efforce de donner le Défenseur des droits, cet arrêt démontre à quel point la reconnaissance des discriminations multiples reste fragile en pratique. *A contrario*, il arrive que l'avis du Défenseur des droits soit suivi par les juges, nonobstant le manque d'amplitude qui leur est laissée par la loi.

B. Les prémices d'une réception des discriminations multiples dans la jurisprudence malgré le mutisme du législateur

Le retard de la loi française dans la réception des discriminations multiples peut s'expliquer par la persistance d'un idéal « d'égalité républicaine ». En effet, celui-ci s'oppose aux tendances communautaristes que l'approche multidimensionnelle peut sous-entendre¹⁵⁹. Autrement dit, le principe d'égalité français laisse peu de place à la prise en compte de la fonction sociale des organisations communautaires¹⁶⁰. Ce phénomène explique tout la difficulté de la législation à s'emparer des discriminations multiples qui touchent, dans certaines de leurs

¹⁵⁴ DEFENSEUR DES DROITS, Décision n° 2017-29 du 26 janvier 2017.

¹⁵⁵ *Discriminations successives* en raison d'une répétition d'actes discriminatoires dans la même relation de travail.

¹⁵⁶ *Discriminations multicritères* en raison de trois critères distincts que sont l'état de santé, la grossesse et les activités syndicales.

¹⁵⁷ *Discriminations connexes* en raison de deux critères consubstantiels que sont la grossesse et le sexe.

¹⁵⁸ DEFENSEUR DES DROITS, « Suivi de la décision », Décision n° 2017-29 du 26 janvier 2017.

¹⁵⁹ MARTIN P., « La discrimination multiple, un concept insaisissable par le droit du travail ? Un point de vue français et comparatif », *Revue internationale de droit comparé, Société de législation comparée*, 2011, p. 1.

¹⁶⁰ Entendues notamment au sens d'organisations communautaires ethniques, religieuses, sexuelles.

accepions¹⁶¹, les minorités. L'article 1 de la Constitution de 1958 illustre bien ce constat. Il dispose que « La France est une République indivisible, laïque, démocratique et sociale. Elle assure l'égalité devant la loi de tous les citoyens sans distinction d'origine, de race ou de religion ». Cet universalisme de la règle de droit repose précisément sur la considération selon laquelle les citoyens sont indistinctement égaux. Or, le concept des discriminations multiples repose justement sur la reconnaissance de critères propres aux victimes. Ce sont ces critères qui permettent d'identifier les individus d'une minorité et ce sont sur eux que se fondent les discriminations multifactorielles. Cette théorie de l'égalité des droits ne coïncide donc pas avec celle d'une protection des personnes sociologiquement plus vulnérables. Toutefois, si la législation française ne permet pas de nommer les discriminations multiples en tant que telles, les juges semblent accueillir assez favorablement l'approche multidimensionnelle. Deux arrêts célèbres illustrent d'ailleurs ce phénomène.

Dans le premier, un jeune coiffeur avait vu sa période d'essai rompue de manière assez étonnante. Suite à un jour d'absence pour maladie, il recevait en effet un message de sa manager qui ne lui était pas destiné. Ce dernier mentionnait, à propos du salarié, « je ne garde pas T., je le préviens demain. On fera avec des itinérants en attendant, je ne le sens pas ce mec, c'est un PD, ils font tous des coups de putes ». La rupture de sa période d'essai lui était d'ailleurs notifiée dès le lendemain de la réception du message. Le salarié, estimant que la rupture était liée à sa maladie et à son homosexualité, avait donc saisi la juridiction prud'homale en vue de faire reconnaître son caractère discriminatoire. C'est alors que le Conseil de prud'hommes de Paris s'était prononcé dans une décision pour le moins invraisemblable¹⁶². D'abord, il retenait que la rupture était sans lien avec l'absence du salarié pour maladie et expliquait la concomitance des deux événements par une « simple coïncidence de date ». De façon encore plus surprenante, il estimait ensuite que le terme de « PD » n'est pas un propos homophobe « car il est reconnu que les salons de coiffure emploient régulièrement des personnes homosexuelles ». C'est d'ailleurs cette phrase, empreinte de préjugés et de stéréotypes homophobes, qui a malheureusement fait la célébrité de cet arrêt¹⁶³. *In fine*, selon le Conseil de prud'hommes, la rupture de la période d'essai n'avait donc aucun fondement discriminatoire. Le jugement n'avait d'ailleurs fait droit qu'à une indemnisation à hauteur de 5 000 euros pour le préjudice moral lié à l'injure. Le salarié

¹⁶¹ C'est le cas notamment de la discrimination intersectionnelle dont l'objet premier était de mieux comprendre les expériences discriminatoires vécues par les femmes noires américaines.

¹⁶² Cons. prud'h. Paris, 16 déc. 2015, n° F 14/14901.

¹⁶³ PEYRONNET M., « Prud'hommes : « PD » ne serait pas une insulte homophobe », *Dalloz actualité*, 15 avril 2016.

décidait alors d'interjeter appel et de saisir le Défenseur des droits. Ce dernier a bien entendu estimé qu'il s'agissait d'une discrimination en raison de son orientation sexuelle et de son état de santé¹⁶⁴. De la même manière, la Cour d'appel a considéré que la rupture de la période d'essai était fondée sur une « discrimination en lien avec la santé et l'orientation ou l'identité sexuelle supposée [du requérant] »¹⁶⁵. La Cour a donc conclu à la nullité de la rupture pour discrimination ainsi qu'à un préjudice moral résultant de la discrimination. Force est de constater que l'on était ici en présence d'une *discrimination multicritère*. En effet, la rupture discriminatoire de la période d'essai était fondée sur deux critères distincts mais concomitants, dans une même situation (l'emploi). Toutefois, les discriminations multiples n'étant pas expressément citées et définies dans la législation française, les juges ne peuvent que les constater, sans pour autant pouvoir les nommer.

Un arrêt comme celui-ci démontre l'accueil, tout de même favorable, du phénomène par les juges¹⁶⁶ et ne doit d'ailleurs pas être considéré comme une décision marginale.

Un autre arrêt marquant a traduit la réception volontaire des discriminations multiples par les juges. Il s'agissait, en l'espèce, d'un salarié embauché en tant que serveur dans un restaurant gastronomique qui s'était vu licencier pour avoir refusé d'ôter ses boucles d'oreilles durant le service. Il avait alors saisi le Conseil de Prud'hommes dans le but de voir déclarer son licenciement nul, parce que discriminatoire. Or, le Conseil avait dit le licenciement bien-fondé car justifié par des exigences de sobriété face à la clientèle¹⁶⁷. Le salarié avait alors interjeté appel. La Cour d'appel avait infirmé le jugement de première instance pour retenir une toute autre solution¹⁶⁸. Elle déclarait en effet le licenciement nul, car fondé sur un motif discriminatoire. La juridiction d'appel constatait, en l'espèce, que la lettre de licenciement était ainsi libellée : « votre statut au service de la clientèle au quotidien ne nous permettait pas de tolérer le port de boucles d'oreilles sur *l'homme que vous êtes* ». Elle en concluait qu'il était fait référence à deux motifs prohibés que sont le sexe et l'apparence physique du salarié. En effet, il est important de noter ici qu'un homme sans boucle d'oreille, ou une femme portant des boucles d'oreilles, n'auraient pas été discriminés. C'est donc le critère de l'apparence physique, rattaché à celui du sexe, qui crée une telle situation. En 2012, la Cour de cassation avait

¹⁶⁴ DÉFENSEUR DES DROITS, Décision n° MLD-2016-182 du 12 juillet 2016.

¹⁶⁵ CA de Paris, 21 février 2018, n°16/02237.

¹⁶⁶ Du moins s'agissant des juges professionnels.

¹⁶⁷ Cons. prud'h. Perpignan, 26 janvier 2010, n° RG09/ 0118.

¹⁶⁸ CA Montpellier, 27 octobre 2010, n° 10/ 01174.

d'ailleurs confirmé cette décision d'appel¹⁶⁹. Elle estimait que s'il est possible d'imposer à un salarié des contraintes vestimentaires, il faut toutefois qu'elles soient nécessairement « justifiées par la nature des tâches à accomplir et proportionnées au but recherché ». Or tel n'était pas le cas de la justification tenant au sexe du serveur, constitutive d'un motif de discrimination prohibé. Lors de cette affaire, les juges ont reconnu l'existence de ce qui peut être qualifié de *discrimination multicritère* reposant sur la combinaison du sexe et de l'apparence physique.

Il n'en demeure pas moins qu'une question reste en suspens. En effet, une incertitude réside quant au caractère conscient ou non de cette pratique jurisprudentielle des discriminations multiples. Cependant, imaginer que les juges ne se rendent pas compte de leur approche multifactorielle serait les sous-estimer. C'est pourquoi, bien qu'elle soit tue, il semblerait que la pratique des discriminations multiples en France soit pleinement consciente et volontaire. La seule possibilité d'officialiser l'existence du concept resterait donc, encore, de le reconnaître dans la loi.

Si une approche multidimensionnelle est fréquemment adoptée par les juges pour déterminer l'existence des discriminations multiples, son impact sur l'évaluation et la réparation du préjudice causé à la victime reste assez limité.

§2. Les particularités tenant à l'appréciation et à l'indemnisation du préjudice causé par les discriminations multiples

La réception des discriminations multiples en tant que concept particulier est indéniable. Celui-ci devrait donc s'accompagner d'un régime particulier, notamment s'agissant de l'évaluation et de l'indemnisation du préjudice qui en résulte pour la victime. Or, le préjudice issu des discriminations multiples reste apprécié de manière globale par les juges (A). L'espoir d'une analyse multifactorielle se retrouve tout de même dans le calcul de l'indemnisation de ce préjudice (B).

¹⁶⁹ Cass. soc. 11 janvier 2012 n° 10-28.213 (n° 177 FS-PB), Sté Bessière frères c/ Wylock.

A. La survivance d'une appréciation globale du préjudice résultant des discriminations multiples

Le préjudice résultant de la discrimination correspond au dommage causé au candidat ou au salarié, dans son intégrité physique, ses biens, ses sentiments. Il fait naître chez la victime un droit à réparation¹⁷⁰. Son existence, comme son évaluation, relèvent du pouvoir souverain d'appréciation des juges du fond¹⁷¹.

Si la victime de discriminations multiples a finalement des chances de voir la multiplicité de facteurs prise en compte par les juges, son préjudice demeure apprécié de manière globale.

Telle a été la solution récemment retenue par la Cour d'appel d'Aix en Provence, dans un arrêt impliquant des discriminations multiples¹⁷². En l'espèce la salariée, travaillant en tant que « responsable équipe train » chez la SNCF Mobilités, avait été victime de *discriminations successives* durant toute sa relation de travail. En outre, certaines d'entre elles s'apparentaient à des *discriminations multicritères* en raison du sexe et de l'activité syndicale. En l'espèce, le juge a condamné la SNCF Mobilités à payer à la salariée « 99 362 euros en réparation du préjudice matériel ayant résulté de la discrimination sexuelle et syndicale ». S'il est remarquable que les deux motifs aient été pris en compte, le préjudice qui en résulte n'a cependant été apprécié que de façon globale. Or, les effets de la discrimination ont été augmentés par le cumul des deux critères et la réitération des actes discriminatoires dans le temps. Toutefois, les deux motifs discriminatoires avaient les mêmes effets, à savoir une incidence sur la carrière et la rémunération de la salariée. Ces effets défavorables étant de même nature, il était impossible pour les juges de distinguer les conséquences de chacun des motifs¹⁷³. La différence de traitement est donc réparée dans son ensemble, sans que soit recherchée la part de responsabilité des motifs dans le préjudice.

Une appréciation globale du préjudice avait aussi été réalisée dans l'une des affaires opposant les Chibanis à la SNCF¹⁷⁴. En l'espèce, l'un des salariés présentait à l'appui de ses prétentions qu'il avait eu un déroulement de carrière moins favorable que les autres salariés. Il

¹⁷⁰ CORNU G., *Vocabulaire juridique*, Quadrige, PUF, 12^{ème} édition, 2018.

¹⁷¹ Dictionnaire juridique de Serge BRAUDO, Conseiller honoraire à la Cour d'appel de Versailles.

¹⁷² CA Aix en Provence, Mme C. contre SNCF Mobilités, 20 octobre 2017, n°17-518.

¹⁷³ BOUSSARD-VEERECCHIA E., note sous CA Aix en Provence, Mme C. contre SNCF Mobilités, 20 octobre 2017, n°17-518, *Le Droit ouvrier*, avril 2018, n° 837.

¹⁷⁴ PEYRONNET M., « Affaire Chibanis : évaluation du préjudice résultant de la discrimination », Paris, 31 janvier 2018, *Dalloz actualité*, 13 février 2018. V. SUPRA.

estimait également qu'on lui avait refusé d'accéder aux examens ou de prendre en compte ses résultats en cas de réussite. Par ailleurs, il considérait qu'il n'avait pas été intégré au processus de notation et qu'il n'avait quasiment jamais été formé. En outre, il indiquait avoir eu un accès différencié aux soins et bénéficié de prestations sociales moins favorables que le reste des salariés. Il déclarait aussi n'avoir pas bénéficié des facilités de circulation sur le réseau et avoir eu un traitement différent en matière de retraite. Pour finir, il signalait que sa conjointe bénéficierait d'une pension de réversion de retraite moins avantageuse que les autres salariés de la SNCF. Ces arguments étaient donc constitutifs d'une multitude d'actes discriminatoires distincts, créant à l'encontre du salarié des *discriminations successives*. Or, en l'espèce malgré la quantité de faits invoqués par le salarié, la Cour avait conclu à une discrimination en raison de la nationalité « tout au long de la carrière ».

Cette solution peut s'expliquer par l'obligation qui est faite au juge d'apprécier de manière globale les éléments de fait invoqués par le salarié pour prouver la discrimination.

L'article L. 1134-5 du Code du travail dispose que « les dommages et intérêts réparent *l'entier* préjudice résultant de la discrimination, pendant toute sa durée ».

Cette réparation de « l'entier » préjudice repose sur l'appréciation de *l'ensemble* des éléments de fait qui permettent de déterminer s'il y a discrimination. Par ailleurs, c'est cet ensemble de faits qui vont être pouvoir être pris en compte dans l'évaluation du préjudice. Sur ce point, la Cour d'appel d'Aix en Provence a même précisé que des faits prescrits « pourraient néanmoins être pris en considération dans le cadre de la réparation du préjudice »¹⁷⁵. Cette obligation pour le juge de faire une appréciation globale des éléments laissant supposer une discrimination a été rappelée à plusieurs reprises par la Cour de cassation. En 2011, elle avait cassé sur ce point l'arrêt d'appel qui avait apprécié successivement chacun des dix éléments invoqués par le salarié et qui concluait qu'aucun d'eux n'avait permis de conclure à sa discrimination¹⁷⁶. De même, en 2013, la Chambre sociale avait infirmé l'arrêt d'appel qui avait procédé à une appréciation séparée de chaque élément invoqué par la salariée au soutien de son harcèlement moral¹⁷⁷. En effet, *l'ensemble* des éléments présentés par le salarié afin de laisser supposer l'existence d'une discrimination doivent être pris en compte par le juge. Cette règle joue en faveur du salarié en ce sens que l'appréciation globale des faits peut permettre de conclure à une discrimination alors même que l'analyse de chacun d'eux pris isolément ne le permettrait

¹⁷⁵ CA Aix en Provence, Mme C. contre SNCF Mobilités, 20 octobre 2017, n°17-518.

¹⁷⁶ Cass. soc., 29 juin 2011, n°10-15792.

¹⁷⁷ Cass. soc., 13 février 2013, n°11-26603.

pas forcément. Cela signifie que plusieurs mesures individuellement non-discriminatoires peuvent engendrer une discrimination, ou du moins la laisser supposer, si elles sont conjuguées¹⁷⁸. Cette appréciation globale des faits est donc protectrice du salarié puisqu'elle lui permet de laisser supposer l'existence d'une discrimination plus facilement.

Toutefois, si ce système paraît favorable à la victime dans le cadre d'une discrimination unidimensionnelle, il pourrait bien jouer contre elle dans le cadre des discriminations multifactorielles. L'appréciation globale des faits peut ainsi avoir des effets pervers sur l'évaluation du préjudice résultant de *discriminations successives*. En effet, les éléments de fait successifs étant appréciés globalement, ils sont alors interprétés comme formant une seule et même discrimination dans la durée. La jurisprudence utilise l'expression de discrimination « tout au long de la carrière » pour exprimer cette idée. À cet égard, il faut rappeler que leurs effets préjudiciables pour la victime sont cumulatifs. Or, l'appréciation globale du préjudice ne permet pas de comptabiliser ce cumul. Ce mode d'évaluation du préjudice ne rend donc pas totalement justice à la victime de discriminations multiples. Toutefois, il faut admettre qu'il est difficile d'attribuer à chaque critère sa part de responsabilité dans la discrimination.

Somme toute, la pluralité de facteurs composant les discriminations multiples ne se retrouve pas dans l'évaluation du préjudice qui est apprécié globalement. Pour autant, il arrive que les juges prennent en compte un critère détenu par la personne discriminée – quand bien même elle n'est pas discriminée sur le fondement de celui-ci – lors du calcul des dommages et intérêts qui lui seront versés.

B. La pertinence d'une approche multifactorielle dans l'indemnisation du préjudice sur la retraite de la victime

L'indemnité est une somme d'argent destinée à dédommager la victime de discrimination, à réparer son préjudice par l'attribution d'une valeur équivalente¹⁷⁹. Que ce soit dans les discriminations multifactorielles ou unidimensionnelles, il arrive qu'un autre critère que celui sur lequel la personne est discriminée soit pris en compte dans le calcul de

¹⁷⁸ PERRIN L., « Preuve de la discrimination : appréciation globale des éléments de faits », note sous Cass. soc., 29 juin 2011, n°10-15792, *Dalloz actualité*, 26 juillet 2011.

¹⁷⁹ CORNU G., *Vocabulaire juridique*, Quadrige, PUF, 12^{ème} édition, 2018.

l'indemnisation de son préjudice. En effet, les dommages et intérêts versés à la victime forment la compensation financière de son préjudice moral ou matériel, ou des deux la fois¹⁸⁰. Ils ont pour but de réparer l'entier préjudice résultant de la discrimination¹⁸¹. Si l'appréciation du préjudice résultant des discriminations se fait de manière globale, son indemnisation peut varier en fonction du *sexe* de la victime. C'est donc un critère tenant aux caractéristiques biologiques de la personne qui est parfois retenu pour majorer son indemnisation. Ce raisonnement a été adopté par la Cour d'appel de Paris en 2011¹⁸². En l'espèce, une salariée embauchée en tant que câbleuse protestait contre son absence totale de promotion durant les vingt-trois premières années de son contrat, sa faible évolution de carrière et son très rare octroi d'augmentations. Le Conseil de prud'hommes l'avait déboutée de ses demandes de dommages et intérêts pour les discriminations, en raison de son sexe, subies au cours de sa carrière professionnelle¹⁸³. La salariée avait alors interjeté appel et la Cour d'appel avait infirmé le jugement de première instance. Elle avait constaté qu'il y avait effectivement lieu de reconnaître l'existence d'une discrimination sur le sexe. Outre l'indemnisation de sa perte de rémunération calculée grâce à la méthode Clerc, la Cour avait fait droit à l'indemnisation du préjudice résultant de l'incidence de la perte de salaire sur la retraite. C'est là tout l'intérêt de cet arrêt. En effet, l'incidence de la discrimination sur la retraite est calculée en fonction de l'espérance de vie du salarié. L'arrêt énonce à cet égard que « pour un salarié de sexe masculin, compte tenu de son espérance de vie correspondant à 12 ans de retraite comparée aux 40 ans d'activité professionnelle, le préjudice complémentaire au titre de la retraite peut être évalué à 30%¹⁸⁴ du préjudice correspondant à la perte de chance d'avoir eu des salaires plus élevés ». Or les femmes ont une espérance de vie plus importante que celle des hommes. La Cour décide donc de ne pas appliquer le taux de 30% à la salariée afin d'effectuer un calcul plus juste, selon l'espérance de vie féminine. Elle estime à 19 ans le temps passé à la retraite chez les femmes. Sur 40 ans d'activité, cela porte le préjudice au titre de la retraite à environ 48%¹⁸⁵ du préjudice correspondant à la perte de salaires.

La même solution a été retenue récemment par la Cour d'appel d'Aix en Provence dans un arrêt précédemment analysé¹⁸⁶. Pour rappel, la salariée avait été embauchée en tant que

¹⁸⁰ Dictionnaire juridique de Serge BRAUDO, Conseiller honoraire à la Cour d'appel de Versailles.

¹⁸¹ Article L. 1134-5 du Code du travail.

¹⁸² CA de Paris 16 juin 2011 n°09-08065, Messier Bugatti Precilec.

¹⁸³ Cons. Prud'h. de Bobigny 15 Juin 2009, section industrie, n° 05/04325.

¹⁸⁴ Calcul pour un homme : $12 \times 100 / 40 = 30$.

¹⁸⁵ Calcul pour une femme : $19 \times 100 / 40 = 47,5$.

¹⁸⁶ CA Aix en Provence, Mme C. contre SNCF Mobilités, 20 octobre 2017, n°17-518. V. SUPRA.

« responsable équipe train » par la SNCF Mobilités. Elle avait subi des *discriminations successives* et *multicritères* en raison de son sexe et de son activité syndicale. Son préjudice au titre de la retraite avait été indemnisé à hauteur de 48% du préjudice correspondant à la perte de chance d'avoir eu des salaires plus élevés.

Il est donc admis que la discrimination dans le déroulement de la carrière a une incidence préjudiciable sur la retraite du salarié. Cependant, ce préjudice est assez rarement indemnisé car trop peu demandé par les salariés. Par ailleurs, le mode de calcul de cette indemnisation étant établi au départ pour les hommes, il nécessite d'être adapté à la situation des femmes, comme ce fut le cas dans ces deux arrêts¹⁸⁷. Dans ces deux jurisprudences, outre le constat d'une pluralité de motifs (*discriminations multicritères*) et d'actes discriminatoires (*discriminations successives*), c'est la présence d'un critère particulier chez la personne qui est pris en compte dans l'évaluation de l'indemnisation de son préjudice.

Toutefois, il semblerait que cette méthode ne soit pas propre à l'indemnisation des discriminations multiples. En effet, quand bien même il s'agirait d'une discrimination monocritère unique¹⁸⁸, le sexe de la victime pourrait aussi être pris en compte en vue d'indemniser plus justement son préjudice au titre de la retraite. Pour illustrer ce propos, prenons l'exemple d'une salariée discriminée sur sa rémunération en raison de son état de santé. Dans ce cas, la discrimination serait monocritère car fondée sur l'état de santé seulement. Par ailleurs, elle pourrait reposer sur un acte discriminatoire unique consistant en un refus d'une augmentation à laquelle les autres salariés, à situation équivalente, ont pourtant accédé. En l'occurrence, la règle de calcul prenant en compte l'espérance de vie féminine pourrait effectivement être appliquée pour calculer l'incidence de cette discrimination sur la retraite de la salariée. De cette manière, son sexe - bien qu'il ne fonde pas la discrimination - serait pris en compte dans l'évaluation de l'indemnisation de son préjudice. Dans cette hypothèse, une analyse multifactorielle serait donc tout de même opérée par les juges. Certes, elle ne concernerait pas l'existence de la discrimination en elle-même, mais elle porterait sur la réparation du préjudice qui en résulte. En effet, l'indemnisation de l'incidence de la

¹⁸⁷ Sur la question de la fréquence d'indemnisation du préjudice au titre de la retraite et de son mode de calcul, v. BOUSSARD-VEERECCHIA E., note sous CA Aix en Provence, Mme C. contre SNCF Mobilités, 20 octobre 2017, n°17-518, *Le Droit ouvrier*, avril 2018, n° 837.

¹⁸⁸ L'expression « discrimination monocritère unique » doit être comprise dans le sens d'un seul acte discriminatoire (par opposition aux discriminations successives) fondé sur un seul critère (par opposition aux discriminations multicritères).

discrimination sur la retraite reposerait ainsi sur la prise en compte de deux critères. D'abord, il faudrait s'intéresser au critère de l'état de santé comme motif discriminatoire. C'est celui sur le fondement duquel sera déterminée l'existence ou non de la discrimination et le cas échéant, les dommages et intérêt compensant l'écart de salaire qui en découle. Ensuite, il s'agirait de s'intéresser au critère du sexe pour indemniser, en fonction de l'espérance de vie, l'incidence sur la retraite du préjudice lié au premier critère. De fait, l'analyse multifactorielle - que ce soit dans une discrimination multiple ou unidimensionnelle - réside dans le calcul des dommages et intérêts.

Quoiqu'il en soit, ce mode de calcul paraît remettre en question la tradition d'une « égalité républicaine »¹⁸⁹ française. En effet, l'égalité suppose que « tous les individus ont, sans distinction (...) la même vocation juridique au régime, charges et droits que la loi établit »¹⁹⁰. Ce principe a été posé, des 1789 par la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen (DDHC) qui dispose que « Les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droits »¹⁹¹. Or, l'appréciation d'un critère particulier chez la personne dans le but réparer son préjudice différemment de celui des autres ne correspond plus à cet idéal. La tradition tenant à l'égalité de traitement des individus, considérés comme tous égaux, n'est alors plus de mise dans ce système. De surcroît, cela s'apparente plutôt à un jugement en équité qu'en égalité. En effet, l'équité implique une justice du cas particulier et repose sur un effort pour rétablir l'égalité en traitant inégalement des choses inégales¹⁹². C'est cette idée qui est suivie par le juge lors du calcul de l'indemnisation du préjudice au titre de la retraite. En effet, si le même calcul était appliqué aux hommes comme aux femmes, il ne tiendrait pas compte du fait qu'ils ont une espérance de vie différente. Cela aurait alors pour effet de créer une inégalité de traitement dans leur indemnisation. La prise en compte du sexe du salarié est donc primordiale dans l'indemnisation de son préjudice de retraite. Cette différence de traitement a pour but de créer, à terme, une égalité entre les victimes quel que soit leur sexe. L'approche multifactorielle permet ici de traiter de manière plus juste les salariés, en compensant une différence de situation initiale dans le but de les placer sur un pied d'égalité *in fine*.

L'ouverture d'un droit français auparavant assez fermé à l'équité est donc le signe d'une évolution qui peut être favorable à la reconnaissance des discriminations multiples. En effet, si

¹⁸⁹ MARTIN P., « La discrimination multiple, un concept insaisissable par le droit du travail ? Un point de vue français et comparatif », *Revue internationale de droit comparé, Société de législation comparée*, 2011, p. 1.

¹⁹⁰ CORNU G., *Vocabulaire juridique*, Quadrige, PUF, 12^{ème} édition, 2018.

¹⁹¹ Article 1, Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen (DDHC) de 1789.

¹⁹² CORNU G., *Vocabulaire juridique*, Quadrige, PUF, 12^{ème} édition, 2018.

l'analyse multidimensionnelle est utilisée dans le calcul de l'indemnisation du préjudice, elle pourrait alors l'être aussi dans l'appréciation du préjudice lui-même.

Somme toute, la reconnaissance des discriminations multiples est difficile pour deux raisons. La première tient au flottement sémantique qui entoure le concept et la seconde à son caractère incroyablement protéiforme. En effet, quatre catégories de discriminations multiples – que sont les *discriminations successives*, *multicritères*, *intersectionnelles* et *connexes* – peuvent être distinguées. C'est d'ailleurs leur complexité qui les rend difficile à appréhender par le droit. Par conséquent, et de manière générale, les discriminations multiples s'avèrent être insuffisamment reconnues. Toutefois, une nuance peut être apportée selon que l'on se place en droit supranational ou en droit national. En effet, si la réception d'une approche multifactorielle est plus que timide au plan supranational, il apparaît que le phénomène est mieux accueilli par certains pays étrangers. La France présente, elle, une ambivalence certaine. Alors que le concept n'est pas abordé par la loi, il est finalement officieusement pris en compte dans la pratique. Il n'en reste pas moins que le régime français n'est pas approprié au traitement efficace des discriminations multiples.

Or, si de nombreux arguments plaident en faveur d'une reconnaissance juridique du concept en tant que tel, l'état actuel du droit français ne la rend pas si aisée.

PARTIE 2. LA NECESSITE D'UNE RECONNAISSANCE LEGALE EN FRANCE ET SES OBSTACLES

Si la reconnaissance des discriminations multiples est nécessaire afin de mieux protéger les personnes qui en sont victime (Chapitre 1), il n'en demeure pas moins qu'en l'état actuel du droit ce ne sera pas chose aisée (Chapitre 2).

CHAPITRE 1 : L'opportunité d'une reconnaissance de l'existence des discriminations multiples

Les victimes de discriminations multiples souffrent de la complexité de leur situation. C'est d'ailleurs ce qui amène la doctrine à s'interroger sur l'intérêt, pour le droit français, de connaître d'un tel concept. De fait, la question se pose de savoir pourquoi et comment les discriminations multiples devraient être abordées. À cet égard, leur développement considérable en pratique milite en faveur de leur reconnaissance (Section 1). Par ailleurs, l'analyse du droit comparé démontre que de nombreux moyens pourraient être mis en œuvre, par la France, en vue de lutter contre ce phénomène (Section 2).

Section 1. La reconnaissance nécessaire d'un concept florissant dans la pratique

Les discriminations multiples se développent dans la pratique alors que les victimes font face au mutisme du législateur français. Cependant, d'autres acteurs essaient tant bien que mal de les dénoncer à l'aide d'outils permettant de les mesurer (§1). Une fois le phénomène appréhendé, il apparaît qu'il alourdit le préjudice de la victime. Par conséquent, son traitement nécessite des réponses adaptées de la part du législateur (§2).

§1. L'existence d'outils au soutien de la lutte contre les discriminations multiples

Bien que la législation française n'interdise pas directement les discriminations multiples, elle permet indirectement à d'autres acteurs de les combattre. Ceux-ci utilisent divers outils tels que les enquêtes (A) ou encore le *testing* (B) afin de les mesurer et d'en dénoncer l'existence.

A. Un concept oublié de la loi mais remarquablement révélé par l'étude de la pratique

De nombreuses études ont été menées sur les discriminations multiples dans le cadre français et européen, notamment par le Défenseur des droits, l'OIT, le Conseil de l'Europe ou encore la Commission européenne. Celles-ci résultent généralement de rapports interprétant les résultats d'enquêtes de sondages. Si ces enquêtes relèvent plutôt de la matière sociologique que juridique, elles revêtent une importance capitale dans la poursuite de l'objectif de reconnaissance des discriminations multiples. En effet, c'est l'analyse des expériences et des problématiques que posent les discriminations multiples aux victimes qui permettent de déplorer le vide juridique français prégnant à ce sujet. Cette question pratique mérite donc tout à fait d'être abordée en tant qu'argument au soutien de la nécessité d'une reconnaissance légale des discriminations multiples.

En effet, les résultats de ces sondages sont éloquentes car ils consistent principalement en des « enquêtes de victimation ». Cette technique consiste à interroger des personnes qui composent un échantillon représentatif de la population d'un pays par exemple, sur les infractions dont ils ont été victimes¹⁹³. Tel est le cas de l'Eurobaromètre de 2008 sur les « perceptions et expériences de la discrimination (...) » dans l'Union européenne¹⁹⁴. Celui-ci avait pour objectif de mesurer les connaissances et les expériences des citoyens de l'Union en ce qui concerne les discriminations. Il démontre d'ailleurs de manière significative l'ampleur des discriminations multiples dans la pratique. En l'espèce, une question consistait à interroger des milliers de citoyens dans les vingt-sept Etats membres de l'Union. Elle était ainsi rédigée : « Vous-même, ou quelqu'un qui est proche de vous a-t-il déjà été victime de discrimination ? (...) en raison de... ? »¹⁹⁵. Elle était ensuite suivie de différentes options. Ces options, au nombre de sept, consistait en des motifs discriminatoires tels que l'origine, ou le sexe. Par ailleurs, au milieu des options monocritères, l'une était dénommée « combinaison des motifs ». En l'espèce, les personnes discriminées sur le fondement d'une pluralité de motifs représentaient 16% du panel de l'Union. La discrimination fondée sur plusieurs caractéristiques personnelles est ainsi le deuxième motif de discrimination le plus fréquent, derrière l'origine (19%). Ce résultat traduit

¹⁹³ Centre national de la recherche scientifique (CNRS), « Les enquêtes de victimation ».

¹⁹⁴ COMMISSION EUROPEENNE, Flash Eurobaromètre n° 232, « La discrimination dans l'Union européenne. Perceptions et expériences de la discrimination dans les secteurs du logement, des soins de santé, dans le système éducatif et lors de l'achat de produits ou l'utilisation de services », 2008.

¹⁹⁵ COMMISSION EUROPEENNE, Flash Eurobaromètre n° 232, « La discrimination dans l'Union européenne. Perceptions et expériences de la discrimination dans les secteurs du logement, des soins de santé, dans le système éducatif et lors de l'achat de produits ou l'utilisation de services », 2008, (Question 6), p.19.

l'importance du phénomène. Qui plus est, l'enquête démontre que c'est au Royaume-Uni et en France que ce pourcentage est le plus élevé avec un taux à 24%. C'est donc un citoyen sur quatre qui se dit discriminé en raison de plusieurs motifs dans notre pays. Ce constat est d'autant plus alarmant quand on sait que la France ne semble pas très encline à se doter d'un système de lutte contre ce phénomène. Ce record contient deux apports. D'abord, il est certainement dû à l'absence de disposition légale l'interdisant. Ensuite, il démontre combien une intervention du législateur est nécessaire. Par ailleurs, l'étude sociodémographique de ces résultats démontre que les personnes âgées de 25 à 39 ans, celles qui ont un niveau d'éducation élevé et celles qui habitent les grandes villes témoignent plus facilement de discriminations multicritères¹⁹⁶. Encore une fois, ce constat a deux apports. Il peut signifier que certaines catégories de personnes sont plus victimes que d'autres des discriminations multiples. Il peut vouloir dire également qu'une partie de la population¹⁹⁷ souffre peut-être de discriminations multiples sans pour autant s'en rendre compte ou vouloir les déclarer. Par ailleurs, cette étude démontre qu'une grande majorité des répondants¹⁹⁸ sont en faveur de l'établissement de législations anti-discriminations spécifiques dans leur pays. Les citoyens de l'Union – qu'ils subissent ou non des discriminations multiples – attendent donc beaucoup de leur législateur, estimant qu'il a un rôle primordial à jouer dans leur protection.

Toutefois, ce rapport à dimension européenne ne permet pas d'appréhender de manière précise la pratique des discriminations multiples dans chaque pays. C'est pour cette raison qu'il est bienvenu de s'intéresser également à des études menées dans le cadre national.

Le « 10ème Baromètre de la perception des discriminations dans l'emploi », de mars 2017 démontre l'ampleur des discriminations multiples en France¹⁹⁹. Il fait d'ailleurs un focus sur les *discrimination successives, multicritères et intersectionnelles*. Son premier constat est de reconnaître que, tous critères confondus, les femmes sont plus discriminées que les hommes. En effet, 41% d'entre elles contre 28% des hommes déclarent subir des discriminations dans l'emploi. Si le sexe est un critère redondant, d'autres caractéristiques telles que l'âge, l'origine

¹⁹⁶ COMMISSION EUROPEENNE, Flash Eurobaromètre n° 232, « La discrimination dans l'Union européenne. Perceptions et expériences de la discrimination dans les secteurs du logement, des soins de santé, dans le système éducatif et lors de l'achat de produits ou l'utilisation de services », 2008, p.22.

¹⁹⁷ A l'inverse, il peut s'agir de personnes âgées de plus de 40 ans, au faible niveau d'éducation, vivant en milieu rural.

¹⁹⁸ Entre 68 et 77% selon les domaines.

¹⁹⁹ DEFENSEUR DES DROITS et ORGANISATION INTERNATIONALE DU TRAVAIL, « 10ème Baromètre de la perception des discriminations dans l'emploi », mars 2017.

ou le handicap sont étudiées puisque leur combinaison a pour effet de créer des catégories de personnes particulièrement vulnérables.

Tout d'abord, concernant les femmes, le critère de l'âge rentre régulièrement en jeu étant donné qu'il est perçu comme un indicateur de risque de maternité par l'employeur. De cette manière, plus d'une femme sur deux entre 18 et 34 ans déclare des discriminations dans l'emploi contre 30% des femmes passés 45 ans. L'étude de la combinaison des critères de sexe et d'âge révèle donc une première catégorie de victimes particulièrement vulnérables que sont les jeunes femmes. Dans la même tranche d'âge, les femmes perçues comme étrangères se disent discriminées à 65% contre 42% des femmes vues comme blanches. Les femmes d'origine étrangère, vraie ou supposée, constituent donc une cible des plus fréquentes de discriminations multiples.

S'agissant de l'origine, les hommes – bien qu'ils soient moins touchés que les femmes – perçus comme étrangers sont discriminés à 48% contre 24% des hommes vus comme blancs. Les jeunes hommes, perçus comme étrangers à l'Europe, sont donc une troisième catégorie de victimes particulièrement touchée par les discriminations multiples.

Enfin, les personnes en situation de handicap sont elles aussi très exposées aux discriminations multiples puisque la moitié d'entre elles déclare avoir été discriminée dans l'emploi, tous critères confondus, contre 31% des non-handicapés. Toutefois, ce résultat ne dépend pas cette fois-ci des autres caractéristiques personnelles de la victime. En effet, peu importe les autres critères de discrimination de la victime, le handicap multiplie par trois la probabilité d'être discriminé. Il constitue en ce sens un facteur aggravant de la discrimination.

Pour conclure, cette étude révèle que les facteurs de sexe cumulé à l'âge et/ou à celui de l'origine ont pour effet d'augmenter très considérablement la probabilité d'être discriminée pour la personne qui porte ces critères. Le handicap renforce encore les obstacles rencontrés dans l'emploi par ces personnes.

Quoiqu'il en soit, l'étude de la pratique permet de démontrer la nécessité de reconnaître légalement les discriminations multiples en France. En effet, les enquêtes de victimation permettent de déplorer l'absence de régime approprié. À cet égard, un autre système est utilisé en vue de mesurer et dénoncer les mauvaises pratiques ; il s'agit du *testing*.

B. Le « testing », une méthode propice à la démonstration des discriminations multiples

Le terme de « testing » est un anglicisme signifiant « essayer, tester, éprouver ». Il peut se définir comme un « stratagème consistant pour un particulier (...) à créer, pour un autre, une occasion de délit afin d'en surprendre et d'en constituer la preuve sur le fait, s'il est commis (...) »²⁰⁰. En pratique, ce procédé consiste à répondre à des offres d'emploi par des candidatures fictives. Celles-ci reposent sur des *curriculum vitae* (CV) équivalents dont seule une variable change. Cette variable constitue le critère testé. Ce peut être notamment le sexe, l'âge ou encore l'origine²⁰¹.

Le *testing* ou « test discriminatoire » est admis dans la démonstration des discriminations au visa de l'article 225-3-1 du Code pénal²⁰². Si la question s'est posée de la loyauté de la preuve ou encore de la provocation à l'infraction²⁰³, ce procédé a finalement été admis sur le fondement de la liberté de la preuve en droit pénal²⁰⁴. La Cour de cassation a d'ailleurs refusé de transmettre une question prioritaire de constitutionnalité (QPC) relative au procédé de *testing* en matière de discrimination, estimant que cette méthode avait pour seule vocation de faciliter la preuve de leur existence²⁰⁵. Bien qu'un tel procédé soit admis devant les juridictions pénales, la question se pose de savoir si tel est le cas également devant les juridictions civiles. La réponse est négative : alors que la chambre criminelle admet tout mode de preuve, la chambre sociale refuse la production de toute preuve déloyale²⁰⁶. Toutefois, l'intérêt du *testing* trouve ses limites, y compris au plan pénal. En pratique, il ne révolutionne pas le système probatoire de la discrimination. Même qu'il soit concluant, il ne permet finalement pas de la démontrer automatiquement²⁰⁷.

²⁰⁰ CORNU G., *Vocabulaire juridique*, Quadrige, PUF, 12^{ème} édition, 2018.

²⁰¹ LASSERRE CAPDEVILLE J., « Le testing », *AJ pénal*, 2008, p. 310.

²⁰² L'article 225-3-1 du Code pénal dispose « Les délits prévus par la présente section sont constitués même s'ils sont commis à l'encontre d'une ou plusieurs personnes ayant sollicité l'un des biens, actes, services ou contrats mentionnés à l'article 225-2 dans le but de démontrer l'existence du comportement discriminatoire, dès lors que la preuve de ce comportement est établie ».

²⁰³ LASSERRE CAPDEVILLE J., « Le testing », *AJ pénal*, 2008, p. 310.

²⁰⁴ Cass. crim., 11 juin 2002 n° 01-85.559.

²⁰⁵ FONTEIX C., « La preuve par testing ne porte pas atteinte aux droits fondamentaux », *Dalloz actualité*, 25 février 2015, commentaire sous Cass. Crim. 4 février 2015, n° 14-90.048.

²⁰⁶ LANQUETIN M-T., « Discrimination », *Répertoire de droit du travail*, janvier 2010 (actualisation : janv. 2018).

²⁰⁷ LASSERRE CAPDEVILLE J., « L'article 225-3-1 du code pénal, régissant le testing, est conforme aux droits de la défense et au droit à un procès équitable », *AJ Pénal* 2015, commentaire sous Crim. 4 février 2015, n° 14-90.048.

L'intérêt du *testing* dans les discriminations multiples est tout de même notable. En effet, si d'autres modes de preuves comme la comparaison peuvent être difficiles à mettre en place lorsqu'on est en présence d'une pluralité de facteurs, le *testing* peut se révéler être une solution. Il peut ainsi permettre de tester la réaction de l'employeur face aux différents critères. Toutefois, le procédé doit alors être adapté au cadre des discriminations multiples et non plus de la discrimination unidimensionnelle. Pour ce faire, plutôt que d'étudier les effets de l'un des critères, le *testing* doit étudier les effets croisés de plusieurs critères.

Pour exemple, en 2011, un *testing* avait porté sur les discriminations des jeunes qualifiés dans l'accès à l'emploi²⁰⁸. Il comportait trois variables à tester qu'étaient les critères de sexe, d'origine (française ou maghrébine) et de lieu de résidence²⁰⁹. Le premier apport de ce *testing* est d'écarter l'origine comme critère discriminant chez les hommes. Toutefois, ce constat s'inverse s'agissant des candidats maghrébins résidant dans une ville considérée comme défavorisée. Concernant les femmes, quelle que soit leur origine, le fait d'habiter dans une commune défavorisée réduit la possibilité d'obtenir un entretien d'embauche.

En 2009, un autre *testing* illustre l'importance de la prise en compte des critères de façon combinée²¹⁰. En effet, celui-ci a étudié les effets de l'intersectionnalité du sexe et de l'origine (française, marocaine, sénégalaise et vietnamienne) sur un poste de développeur informatique. Il en résulte que les femmes, quelle que soit leur origine, sont particulièrement discriminées à l'embauche. Il en va de même pour les personnes d'origine étrangère, quel que soit leur sexe. Cependant, – et c'est là tout l'intérêt du *testing* dans les discriminations multiples – les femmes d'origine asiatique ont une propension plus élevée à être retenue pour un entretien d'embauche que les femmes d'autres origines et que les hommes d'origine asiatique. Cela peut être expliqué par l'existence d'un stéréotype selon lequel les asiatiques sont particulièrement compétents en informatique.

Poursuivant cette problématique d'évitement des discriminations à l'embauche, une *Loi relative au dialogue social et à l'emploi* de 2006 prévoyait le recours obligatoire au CV

²⁰⁸ L'HORTY Y., DUGUET E., DU PARQUET L., PETIT P. et SARI F., « Les effets du lieu de résidence sur l'accès à l'emploi : un test de discrimination auprès de jeunes qualifiés », *Economie et statistique*, n°447, 2011. pp. 71-95.

²⁰⁹ Selon trois communes du Val-d'Oise plus ou moins défavorisées : Enghien-les-Bains, Sarcelles et Villiers-le-Bel.

²¹⁰ PETIT P., DUGUET E., L'HORTY Y., DU PARQUET L. et SARI F., « Discriminations à l'embauche des jeunes franciliens et intersectionnalité du sexe et de l'origine : Les résultats d'un testing », Rapport de recherche n°2011-5 à l'Agence nationale pour la cohésion sociale et l'égalité des chances (ACSé), Travail, Emploi et Politiques Publiques (TEPP), CNRS, 2011.

anonyme. Elle n'a jamais été appliquée et a été abrogée en 2016²¹¹. Par ailleurs, la même année le Gouvernement avait lancé une campagne de *testing*²¹². Celle-ci mesurait les discriminations fondées sur l'origine à l'embauche et incitait notamment les entreprises discriminantes à mettre en place des actions correctives. Toutefois, ce *testing* avait eu des effets très limités puisqu'il n'avait pas été suivi de sanction. C'est pour cette raison que le président de la République, Emmanuel Macron, a récemment proposé une pénalisation des entreprises grâce à la technique du « name and shame »²¹³. Cela consisterait en la dénonciation publique des entreprises discriminantes en vue d'atteindre leur réputation²¹⁴. Cette idée atteint ses limites lorsqu'il s'agit de plus petites entreprises qui ont moins le souci d'une image de marque à préserver.

Quoiqu'il en soit, si le *testing* n'a que des effets nuancés sur la réduction des discriminations multiples, il permet tout de même de les mesurer²¹⁵. À cet égard, il reste un outil efficace dans la lutte contre les discriminations multiples. En effet, la révélation de ce concept permet sa meilleure appréhension. Par ailleurs, cette technique peut servir de support dans la création de solutions législatives adaptées. En effet, dans le cadre de ses missions, le Défenseur des droits peut faire des propositions au gouvernement. Il arrive que celles-ci soient construites notamment sur des opérations de *testing*²¹⁶.

Pour conclure, les discriminations multiples sont bien plus qu'un concept théorique autour duquel la doctrine se livre à des querelles sémantiques. En effet, les enquêtes de victimation et le *testing* démontrent l'ampleur d'un phénomène malheureusement récurrent dans les relations de travail. Ces outils permettent, par ailleurs, de le dénoncer pour mieux le freiner. Ils montrent ainsi à quel point une intervention du législateur serait opportune. Si cette reconnaissance législative advenait, elle pourrait permettre un meilleur traitement juridique des discriminations multiples.

²¹¹ PORTMANN A., « Treize mesures pour lutter contre les discriminations au travail », *Daloz actualité*, 20 mai 2015.

²¹² DARES ANALYSES et MINISTÈRE DU TRAVAIL, « Discriminations à l'embauche selon l'origine : que nous apprend le testing auprès des grandes entreprises ? », décembre 2016, n°076.

²¹³ BERKAOUI H., « Discriminations à l'embauche : le retour du «Name and shame» », public.senat.fr, 17 novembre 2017.

²¹⁴ BERKAOUI H., « Discriminations à l'embauche : le retour du «Name and shame» », public.senat.fr, 17 novembre 2017.

²¹⁵ LASSERRE CAPDEVILLE J., « Le testing », *AJ pénal*, 2008, p. 310.

²¹⁶ CHOPIN F., « Défenseur des droits », *Répertoire de droit du travail*, janvier 2015 (actualisation : févr. 2017).

§2. La spécificité du préjudice causé par les discriminations multiples appelant à des réponses légales adaptées

Les discriminations multiples causent un profond préjudice à leurs victimes. Une intervention du législateur paraît donc primordiale en vue de protéger les personnes les plus vulnérables (A). Cette protection pourrait passer par une meilleure indemnisation de la victime et par l'aggravation des sanctions pour leur auteurs (B).

A. L'urgence d'une intervention législative face à la vulnérabilité des victimes de discriminations multiples

L'analyse de la discrimination multiple repose sur le constat d'une vulnérabilité profonde de certains individus en fonction de leurs « attributs sociaux »²¹⁷. En effet, les lois anti-discrimination se construisent à travers l'identification de caractéristiques susceptibles de rendre vulnérable la personne qui les porte²¹⁸. Le terme de « vulnérabilité » peut se définir comme la « situation d'une personne en état de faiblesse, en raison de son âge, d'une maladie, d'une infirmité, d'une déficience physique ou encore d'un état de grossesse »²¹⁹. Les personnes discriminées en raison de ces critères peuvent donc être considérées comme vulnérables, *a fortiori*, lorsqu'elles le sont à raison de plusieurs critères à la fois. Par conséquent, le fait d'être une femme et d'être noire est constitutif d'une double vulnérabilité²²⁰.

Les concepts de vulnérabilité et de discrimination multiple entretiennent une relation corrélative. En effet, la discrimination multiple accentue la vulnérabilité de la victime, de même que sa vulnérabilité l'expose à un plus grand risque de subir une discrimination multiple. Si la discrimination unidimensionnelle repose sur un traitement défavorable de la victime, les discriminations multiples augmentent encore ce désavantage²²¹. En effet, la conjugaison de plusieurs critères défavorables « aggrave cette situation »²²² de vulnérabilité.

²¹⁷ MARTIN P., « La discrimination multiple, un concept insaisissable par le droit du travail ? Un point de vue français et comparatif », *Revue internationale de droit comparé, Société de législation comparée*, 2011, p. 3.

²¹⁸ MARTIN P., « La discrimination multiple, un concept insaisissable par le droit du travail ? Un point de vue français et comparatif », *Revue internationale de droit comparé, Société de législation comparée*, 2011, p. 3.

²¹⁹ CORNU G., *Vocabulaire juridique*, Quadrige, PUF, 12^{ème} édition, 2018.

²²⁰ BEALE F., « Double jeopardy : to be black and female », T. Cade (Ed.), *New American Library*, New York, 1970.

²²¹ DELIYIANNI-DIMITRAKOU C., « Égalité multidimensionnelle et discriminations multiples en droit comparé », *Revue internationale de droit comparé*, Vol. 65 N°3, 2013, p.710.

²²² MARTIN P., « La discrimination multiple, un concept insaisissable par le droit du travail ? Un point de vue français et comparatif », *Revue internationale de droit comparé, Société de législation comparée*, 2011, p. 3.

La juge canadienne L'HEUREUX-DUBE estime, par ailleurs, que la reconnaissance du fait que les personnes les plus vulnérables « ressentent l'effet plus fortement est importante pour décider des remèdes à appliquer en réparation des actes discriminatoires fondés sur des motifs multiples et entrecroisés »²²³. C'est donc la vulnérabilité de certaines personnes qui amplifie leur risque de subir des discriminations multiples et leurs effets.

Cette vulnérabilité résulte de l'évaluation subjective de la position sociale qu'occupe la personne²²⁴. En effet, les individus vulnérables seront alors plus enclins à accepter un salaire plus faible ou un emploi précaire. Ce sentiment peut notamment se manifester par une absence de protestation contre des discriminations successives, tout au long de la carrière. Tel fut notamment le cas des cheminots d'origine marocaine dans l'affaire des Chibanis²²⁵.

Des situations telles que les discriminations multiples peuvent alors créer des « impressions de fragilité, d'insécurité et d'impuissance, qui caractérisent le sentiment de vulnérabilité matérielle »²²⁶. Ce sentiment d'infériorité de la victime la rend encore plus susceptible d'être discriminée puisqu'il l'installe dans la relation de travail en tant qu'agent dominé et simultanément discrédité²²⁷. Les populations dominées font en effet l'objet d'une décredibilisation, que ce soit dans des « rapports de classe, les rapports sociaux de sexe ou les rapports de racisation ». En transposant cette affirmation au cadre des discriminations multiples, les victimes voient alors leur situation de vulnérabilité exacerbée. Pour exemple, les critères de sexe et d'origine rendent la personne extrêmement vulnérable puisqu'ils la positionnent au croisement des rapport sociaux de sexe et de racisation. En outre, ces rapports sociaux sont porteurs de « préjugés multiples »²²⁸. Ainsi, les femmes immigrées sont plus vulnérables que les hommes immigrés parce qu'elles cumulent les effets des stéréotypes et préjugés liés à chacun des deux critères²²⁹. La vulnérabilité devient donc « un terrain fertile pour stigmatiser

²²³ COMMISSION ONTARIENNE DES DROITS DE LA PERSONNE, « Approche intersectionnelle de la discrimination - Pour traiter les plaintes relatives aux droits de la personne fondées sur des motifs multiples », ISBN – 0-7794-3002-6, 9 octobre 2001, p. 27.

²²⁴ STAERKLE C., et al. « Régulation disciplinaire et redistributive : le double effet du sentiment de vulnérabilité matérielle », *Bulletin de psychologie*, vol. numéro 491 n° 5, 2007, pp. 397-405.

²²⁵ Notamment Cour d'appel de Paris, 31 janvier 2018, *Dalloz actualité*, 13 février 2018.

²²⁶ STAERKLE C., et al. « Régulation disciplinaire et redistributive : le double effet du sentiment de vulnérabilité matérielle », *Bulletin de psychologie*, vol. numéro 491 n° 5, 2007, pp. 397-405.

²²⁷ DELCROIX D., « Agir en situation de discrédit », *Migrations sociétés*, vol. 23, n°133, 2011, pp. 81-93. In LESNE M., *La perception et la mesures des discriminations racistes et sexistes*, Université Paris VIII, 24 novembre 2015.

²²⁸ MERCAT-BRUNS M., « Les discriminations multiples et l'identité au travail au croisement des questions d'égalité et de libertés », *Revue de droit du travail*, 2015 p.28.

²²⁹ LESNE M., *La perception et la mesures des discriminations racistes et sexistes*, Université Paris VIII, 24 novembre 2015.

et réprimer des individus que l'on estime (encore) plus faibles que soi, appartenant à des groupes défavorisés et discriminés »²³⁰.

Ce lien entre vulnérabilité et discriminations multiples appelle encore à une autre remarque. Malgré le constat selon lequel les discriminations multiples sont répandues en France, il apparaît que les français sont assez peu enclins à faire sanctionner les atteintes à leurs droits. En effet, le Défenseur des droits fait état d'un taux de non recours des victimes de discrimination de plus de 90% à l'embauche et de 75% dans la carrière²³¹. Or, les catégories de personnes les plus vulnérables en termes de discrimination sont aussi, souvent, celles-ci qui ont le moins connaissance des démarches à effectuer pour les faire sanctionner, ou les trouvent complexes ou sans intérêt²³². Ce cercle vicieux a pour conséquence de laisser les victimes de discriminations multiples enfermées dans leur situation de vulnérabilité. Une législation anti-discriminations multiples prenant en compte ces considérations serait donc la bienvenue pour lutter contre leur exclusion professionnelle et sociale.

Le code pénal fait, lui, de la vulnérabilité de la personne une circonstance aggravante de la sanction pénale. À cet égard, l'article 223-15-2 du Code pénal mentionne comme cause d'une « particulière vulnérabilité » l'âge, la maladie, l'infirmité, la déficience physique ou psychique, et l'état de grossesse. *A contrario*, le droit social semble presque dépourvu de cette notion. La vulnérabilité en matière de discriminations n'a été intégrée que récemment dans le Code du travail. En effet, un nouveau critère s'est ajouté à la liste des motifs prohibés de discrimination en juin 2016²³³. L'article L. 1132-1 du Code du travail dispose depuis d'une interdiction des discriminations en raison « de la particulière vulnérabilité résultant de sa situation économique, apparente ou connue de son auteur ». Toutefois, il s'agit là d'un motif discriminatoire à part entière et non d'une circonstance aggravante de la sanction de la discrimination. La vulnérabilité résultant de la situation économique renvoie à l'idée d'une certaine précarité sociale de la victime²³⁴. Elle ne peut donc pas être assimilée à la situation

²³⁰ STAERKLE C., et al. « Régulation disciplinaire et redistributive : le double effet du sentiment de vulnérabilité matérielle », *Bulletin de psychologie*, vol. numéro 491 n° 5, 2007, pp. 397-405.

²³¹ DEFENSEUR DES DROITS, Rapport annuel d'activité, 2016 et « 10ème Baromètre de la perception des discriminations dans l'emploi », mars 2017, p. 16.

²³² DEFENSEUR DES DROITS, Rapport annuel d'activité, 2016, p. 22.

²³³ Loi n° 2016-832, 24 juin 2016 modifiant l'article L. 1132-1 du Code du travail.

²³⁴ LAPEROU-SCHENEIDER B., « Discrimination - La particulière vulnérabilité résultant de la situation économique, nouveau critère de discrimination », *La Semaine Juridique Edition Générale* n° 28, 11 Juillet 2016, 817.

générale de vulnérabilité dans laquelle se trouve la victime de discriminations multiples.

Finalement, la reconnaissance des discriminations multiples implique la reconnaissance d'un désavantage profond pour les personnes qui les subissent²³⁵. C'est cette conscience de la vulnérabilité des victimes de discriminations multiples qui – si tant est qu'elle soit admise – pourrait pousser le législateur à majorer l'indemnisation de leur préjudice ainsi qu'à aggraver la sanction de leur auteur.

B. Un préjudice amplifié justifiant une réparation majorée et une sanction aggravée

La CJUE estime que « l'indemnisation ou la réparation doit être réelle, effective et dissuasive – et proportionnée, en outre, au dommage subi »²³⁶.

Partant du postulat que la victime est placée dans une situation de particulière vulnérabilité et voit son préjudice augmenté par la discrimination multiple, la doctrine s'accorde sur la nécessité d'une compensation plus importante de son préjudice²³⁷. C'est l'idée d'une sorte de « réparation-sanction ». Des dommages et intérêts punitifs pourraient donc être prévus sur le modèle américain. Or, on sait désormais qu'en France les juges font une appréciation globale du préjudice des victimes de discriminations multifactorielles, ce qui a pour effet d'empêcher une réparation appropriée de leur préjudice réel. Toutefois, une réponse contre l'aggravation de leur vulnérabilité par les discriminations multiples peut également se trouver dans l'établissement d'une sanction plus forte de l'infraction. Le concept n'étant pas même abordé par la loi française, c'est à plus forte raison le cas de sa sanction et de son indemnisation.

Il s'agit donc de se tourner vers les pays qui permettent d'augmenter la réparation la victime ou la sanction de l'auteur afin de savoir si cela fonctionne et serait opportun pour lutter contre les discriminations multiples en France. Ces solutions ont d'ailleurs été retenues par la Commission des droits de la personne d'Ontario et certaines législations nationales telles que

²³⁵ UCCELARI P., « Multiple discrimination. How can reflect reality », *The Equal Rights Review*, 2008, p. 43.

²³⁶ COMMISSION EUROPÉENNE, PRECHAL S., et Susanne BURRI S., Rapport « Égalité des genres : les règles de l'UE et leur transposition en droit national », Direction générale de l'emploi, des affaires sociales et de l'égalité des chances, 2009, p. 27.

²³⁷ UCCELARI P., « Multiple discrimination. How can reflect reality », *The Equal Rights Review*, 2008, in DELIYIANNI-DIMITRAKOU C., « Égalité multidimensionnelle et discriminations multiples en droit comparé », *Revue internationale de droit comparé*, Vol. 65 N°3, 2013, pp. 681-718.

les législations roumaine et autrichienne²³⁸.

Tout d'abord, s'agissant du droit autrichien, il précise que la spécificité des discriminations multiples doit être prise en compte pour calculer l'indemnisation de la victime²³⁹. Une telle approche mérite d'être soulignée pour plusieurs raisons. D'abord, la plupart des textes qui reconnaissent les discriminations multiples n'indiquent pas pour autant quelles sont leurs conséquences juridiques. Ensuite, le concept est habituellement envisagé sous l'angle de la reconnaissance et non de la réparation. Cependant, sa portée reste tout de même très limitée puisque le texte ne précise pas de quelle manière la multiplicité de critères influe sur le montant des dommages et intérêts alloués à la victime²⁴⁰. Sont-ils augmentés, doublés ou encore les indemnisations dues pour chacun des critères s'additionnent-elles ? Le droit autrichien ne fournit aucune réponse sur ce point.

La Commission ontarienne des droits de la personne (CODP) est l'équivalent canadien de notre Défenseur des droits français. Celle-ci évoque la possibilité d'une « réparation appropriée » dans le cas où les motifs de discrimination sont des « facteurs d'exacerbation » du préjudice de la victime²⁴¹. En effet, l'existence des discriminations multiples est reconnue et sanctionnée en droit canadien depuis l'arrêt Mossop de la Cour suprême²⁴². Cependant, la CODP déplore le fait qu'en pratique, il n'existe pas de disposition explicites s'agissant de la réparation de ces discriminations multiples²⁴³. De fait, alors même que la jurisprudence reconnaît que « la discrimination peut être ressentie à plusieurs niveaux, cela ne semble pas se répercuter dans les réparations et les montants adjugés » à la victime²⁴⁴.

²³⁸ DELIYIANNI-DIMITRAKOU C., « Égalité multidimensionnelle et discriminations multiples en droit comparé », *Revue internationale de droit comparé*, Vol. 65 N°3, 2013, p. 715.

²³⁹ BECUWE A., LAURENT-MERLE I., « Pour une approche transdisciplinaire de la discrimination au travail », *RIMHE, la Revue Interdisciplinaire Management, Homme & Entreprise*, 2013/1 n°5, p. 7.

²⁴⁰ BECUWE A., LAURENT-MERLE I., « Pour une approche transdisciplinaire de la discrimination au travail », *RIMHE, la Revue Interdisciplinaire Management, Homme & Entreprise*, 2013/1 n°5, p. 8.

²⁴¹ Olarte c. DeFilippis and Commodore Business Machines Ltd. (1983), 4, *The Canadian Human Rights Reporter (C.H.R.R.)* D/1705, in COMMISSION ONTARIENNE DES DROITS DE LA PERSONNE, « Approche intersectionnelle de la discrimination - Pour traiter les plaintes relatives aux droits de la personne fondées sur des motifs multiples », ISBN – 0-7794-3002-6, 9 octobre 2001.

²⁴² Cour suprême du Canada (Procureur général) c. Mossop, 25 février 1993, 1 R.C.S. 554.

²⁴³ COMMISSION ONTARIENNE DES DROITS DE LA PERSONNE, « Approche intersectionnelle de la discrimination - Pour traiter les plaintes relatives aux droits de la personne fondées sur des motifs multiples », ISBN – 0-7794-3002-6, 9 octobre 2001, p. 25.

²⁴⁴ V. notamment les affaires Crozier c. Asselstine (1994), 22 C.H.R.R. D/244 (Comm. d'enquête de l'Ont.), et Ghosh c. Domglas Inc. (N°2) (1992), 17 C.H.R.R. D/216 (Comm. d'enquête de l'Ont.) in COMMISSION ONTARIENNE DES DROITS DE LA PERSONNE, « Approche intersectionnelle de la discrimination - Pour traiter les plaintes relatives aux droits de la personne fondées sur des motifs multiples », ISBN – 0-7794-3002-6, 9 octobre 2001, pp. 26-27.

Finalement, il semblerait que l'indemnisation majorée du préjudice de la victime de discriminations multiples, bien qu'elle soit proposée par la CODP, ne soit pas utilisée par les juges canadiens. Le dernier espoir d'entrevoir les conséquences d'une réponse à la discrimination multiple paraît donc résider dans la législation roumaine.

En droit roumain, les discriminations multiples peuvent être sanctionnées comme une circonstance aggravante²⁴⁵. Les circonstances aggravantes sont les « faits visés par la loi obligeant le juge à prononcer une peine plus forte que la sanction normalement encourue »²⁴⁶. En effet, depuis un Décret n° 77/2003 du Gouvernement roumain²⁴⁷, les *motifs racistes* représentent une circonstance aggravante dans toutes les infractions – telles que les discriminations – définies dans le code pénal²⁴⁸. Celui-ci précise que « commettre une infraction pénale pour des *motifs de race, de nationalité, d'appartenance ethnique, de langue, de religion* (...) constitue une circonstance aggravante de l'infraction »²⁴⁹. Alors que la doctrine semble encenser la Roumanie pour sa législation punitive en matière de discriminations multiples²⁵⁰, celle-ci semble finalement décevante. Bien qu'une réserve doive être émise au vu de la difficulté à décrypter (linguistiquement parlant) la législation roumaine ; son apport semble finalement assez limité. En effet, cette rédaction semble réserver le statut de circonstance aggravante aux seuls motifs discriminatoires analogues à l'origine. Quoiqu'il en soit, les discriminations multiples sont effectivement reconnues et sanctionnées en droit roumain. Toutefois, seules les celles fondées sur au moins un motif lié à l'origine peuvent être sanctionnées plus fortement que la discrimination unidimensionnelle.

Par ailleurs, tout comme le système de circonstances aggravantes prévu par le Code pénal français, le système roumain d'amplification de la sanction ne s'applique qu'à l'auteur de la discrimination. Il ne s'agit pas d'une augmentation de l'indemnisation du préjudice de la victime. Cette option ne comprend donc qu'un aspect rétributif et dissuasif, et non indemnitaire.

²⁴⁵ MARTIN P., « La discrimination multiple, un concept insaisissable par le droit du travail ? Un point de vue français et comparatif », *Revue internationale de droit comparé, Société de législation comparée*, 2011, p. 6.

²⁴⁶ CORNU G., *Vocabulaire juridique*, Quadrige, PUF, 12^{ème} édition, 2018.

²⁴⁷ DELIYIANNI-DIMITRAKOU C., « Égalité multidimensionnelle et discriminations multiples en droit comparé », *Revue internationale de droit comparé*, Vol. 65 N°3, 2013, p. 697.

²⁴⁸ CONSEIL DE L'EUROPE, Rapport de la Commission européenne contre le racisme et l'intolérance (ECRI) sur la Roumanie, quatrième cycle de monitoring, 3 juin 2014, p. 9.

²⁴⁹ Article 75 (c) 1 du Code pénal roumain (Lege - Codul penal, Parlamentul româniei) in CONSEIL DE L'EUROPE, Rapport de la Commission européenne contre le racisme et l'intolérance (ECRI) sur la Roumanie, quatrième cycle de monitoring, 3 juin 2014, Note 18 p. 17.

²⁵⁰ Voir notamment MARTIN P., « La discrimination multiple, un concept insaisissable par le droit du travail ? Un point de vue français et comparatif », *Revue internationale de droit comparé, Société de législation comparée*, 2011, p. 6 et DELIYIANNI-DIMITRAKOU C., « Égalité multidimensionnelle et discriminations multiples en droit comparé », *Revue internationale de droit comparé*, Vol. 65 N°3, 2013, p. 697.

Elle ne règle donc pas la problématique concernant la vulnérabilité de la victime et la réparation de son préjudice amplifié. Effectivement, elle ne s'apparente malheureusement pas à des dommages et intérêts punitifs, alors même que ceux-ci paraissent être la solution la plus appropriée à la réparation du dommage causé par les discriminations multiples.

In fine, les législations étrangères qui prévoient d'indemniser ou sanctionner plus fortement la multiplicité de critères que la discrimination « classique » ne semblent pas aboutir en réalité. Que ce soit parce que les juridictions ne suivent pas la lettre de la loi (Canada), parce que la loi ne définit pas clairement le système de majoration de l'indemnisation (Canada, Autriche) ou parce que l'aggravation de la sanction ne s'applique qu'à un type de motif prohibé bien précis (Roumanie) ; les discriminations multiples restent généralement sanctionnées au même titre que la discrimination unidimensionnelle. Alors même que des pays qui ont décidé de légiférer sur les discriminations multiples ne parviennent pas leur donner des effets juridiques en pratique, le désintérêt de la législation française pour ce concept risquerait de compromettre ce genre de tentatives, s'il advenait qu'elle soit entreprise un jour.

Quoiqu'il en soit, la nécessité d'établir un régime adapté aux discriminations multiples n'est plus à démontrer. Dès lors, la question se pose de savoir quels sont les meilleurs moyens pouvant être mis en œuvre afin de combattre ce phénomène.

Section 2. Des modalités efficaces²⁵¹ de reconnaissance légale des discriminations multiples inspirées du droit comparé

Deux solutions existent quant à la mise en place d'un régime permettant de lutter contre les discriminations multiples. L'État peut prévoir une législation adaptée (§1) ou encore intégrer l'approche multifactorielle dans les politiques publiques (§2).

§1. L'efficacité²⁵² des différentes approches légales permettant d'aborder les discriminations multiples

Les discriminations multiples peuvent être interdites par la loi de différentes manières.

²⁵¹ L'adjectif « efficaces » est utilisé ici dans le sens d'« opérantes, performantes » - Juridictionnaire des travaux publics et services gouvernementaux du Canada par PICOTTE J.

²⁵² Le terme « efficacité » s'entend de l'adéquation des moyens mis en œuvre à l'objectif recherché - Juridictionnaire des travaux publics et services gouvernementaux du Canada par PICOTTE J.

D'aucuns retiennent trois approches²⁵³. La première et la plus évidente est celle de la consécration expresse de la multiplicité de facteurs dans la loi. S'il a déjà été constaté que certaines législations étrangères en faisaient effectivement la mention, cette solution semble un peu ambitieuse au regard du retard de la France en la matière. Une deuxième option consiste à accroître le nombre de critères prohibés dans la loi afin de couvrir toutes les situations discriminatoires (A). C'est d'ailleurs un « service minimum » dans lequel la France excelle. La troisième et dernière possibilité ne demanderait qu'une légère réforme du droit français et paraît donc être la solution la plus adaptée. Elle consiste à faire de la loi anti-discrimination une liste ouverte de motifs discriminatoires qui laisserait place au traitement de nouveaux concepts (B).

A. Un vaste « éventail »²⁵⁴ de motifs prohibés comme seul support de l'approche multifactorielle en France

En règle générale, une tendance à l'augmentation du nombre de critères de discrimination est constatée dans les législations nationales²⁵⁵. En termes de discriminations multiples, cette évolution est assez positive. En effet, l'une des approches législatives qui permet la sanction des discriminations multiples consiste « à rehausser le niveau de l'éventail de protections quant aux motifs couverts par les directives [européennes] » - étant précisé que ces dernières consistent en des listes de motifs ouvertes²⁵⁶.

Les législations françaises sont justement prolixes en termes de motifs discriminatoires. En Droit du travail, les motifs discriminatoires sont fixés principalement à l'article L. 1132-1 qui en énumère vingt-cinq à lui seul. En outre, l'article L. 1132-2 du même code y ajoute l'interdiction des discriminations « en raison de l'exercice normal du droit de grève » et l'article L. 1132-3-1 fait lui référence à « l'exercice des fonctions de juré ou de citoyen assesseur »²⁵⁷. Le Code du travail et le Code pénal²⁵⁸ énumèrent ainsi respectivement vingt-sept et vingt-trois motifs illicites.

²⁵³ BECUWE A., LAURENT-MERLE I., « Pour une approche transdisciplinaire de la discrimination au travail », *RIMHE, la Revue Interdisciplinaire Management, Homme & Entreprise*, 2013/1 n°5, p. 10.

²⁵⁴ Expression empruntée à BECUWE A., LAURENT-MERLE I., « Pour une approche transdisciplinaire de la discrimination au travail », *RIMHE, la Revue Interdisciplinaire Management, Homme & Entreprise*, 2013/1 n°5, p. 10.

²⁵⁵ DAUGAREILH I., « Les discriminations multiples – Une opportunité pour repenser le droit à la non-discrimination », *La discrimination au féminin pluriel, Hommes et migration*, n° 1292, 2011.

²⁵⁶ BECUWE A., LAURENT-MERLE I., « Pour une approche transdisciplinaire de la discrimination au travail », *RIMHE, la Revue Interdisciplinaire Management, Homme & Entreprise*, 2013/1 n°5, p. 10.

²⁵⁷ SERENO S., *Le défenseur des droits et les discriminations dans l'emploi*, note 645, p. 123.

²⁵⁸ Article L. 225-1 du Code pénal.

Toutefois, ce « comptage » reste assez subjectif. En effet, certains d'entre eux semblent liés du fait de la rédaction de la loi. Tel est le cas des activités syndicales « ou » mutualistes. D'autres peuvent être assimilés les uns aux autres parce qu'ils sont analogues. C'est le cas notamment des critères relevant de l'appartenance ou non à « une ethnie, une nation ou une prétendue race ». Voilà pourquoi leur « décompte reste incertain dans la mesure où certains motifs sont en quelque sorte explicités »²⁵⁹.

Il n'en reste pas moins que les lois anti-discrimination françaises sont très attachées aux listes *limitatives* de motifs prohibés²⁶⁰. Cependant, l'interprétation de chacun des critères permet d'élargir le champ de la non-discrimination²⁶¹. En effet, ces critères « ne sont pas univoques et peuvent s'appliquer à différentes situations » notamment grâce à l'interprétation qu'en fait le Défenseur des droits²⁶². C'est d'ailleurs cette interprétation qui justifie la création des discriminations connexes en tant que sous-catégorie des discriminations multiples.

Le Défenseur des droits précise quant à lui sur son site internet qu'« à ce jour, près de trente critères de discrimination sont fixés par la loi »²⁶³. Cette approximation démontre à quel point il est difficile de définir le nombre exact de motifs prohibés et la façon dont le législateur a voulu les cloisonner ou non. Finalement, les motifs discriminatoires pourraient être regroupés²⁶⁴ sous plusieurs grandes catégories telles que l'origine, le sexe, ou encore les opinions personnelles. Or, le législateur semble vouloir appréhender une à une les situations que pourraient subir les individus en pratique. C'est cette volonté qui explique que la liste des motifs discriminatoires n'a de cesse de s'allonger²⁶⁵ pour toujours mieux refléter « les valeurs de la société à un moment donné »²⁶⁶.

Toutefois, on peut regretter le fait que ce « listing » prolix à la française nuise considérablement à la lisibilité de la loi ainsi qu'à sa connaissance par le justiciable. C'est justement mu par un souci de clarté que le Défenseur des droits a recommandé au Gouvernement d'« engager une réflexion sur la liste des critères pertinents, notamment s'agissant des critères redondants ou étrangers à la protection de la personne pour ce qu'elle est

²⁵⁹ LANQUETIN M-T., « Discrimination », *Répertoire de droit du travail*, n°94, 2010.

²⁶⁰ SERENO S., *Le défenseur des droits et les discriminations dans l'emploi*, p. 122.

²⁶¹ SERENO S., *Le défenseur des droits et les discriminations dans l'emploi*, p. 122.

²⁶² SERENO S., *Le défenseur des droits et les discriminations dans l'emploi*, p. 134.

²⁶³ <https://www.defenseurdesdroits.fr/fr/institution/organisation/defenseur>.

²⁶⁴ LANQUETIN M-T., « Discrimination », *Répertoire de droit du travail*, n°108, 2010.

²⁶⁵ SERENO S., *Le défenseur des droits et les discriminations dans l'emploi*, p. 122.

²⁶⁶ ALLEMANT S. et MINE M., *Siffler en travaillant ? Les droits de l'homme au travail : un état des lieux*, Cavalier Bleu, 2006, p. 47 in SERENO S., *Le défenseur des droits et les discriminations dans l'emploi*, note 648, p. 123.

en tant qu'« être humain »²⁶⁷.

D'aucuns estiment toutefois que cette redondance bénéficie à la reconnaissance des situations discriminantes à facteurs multiples. Cette théorie repose sur l'argument selon lequel « le chevauchement propre à certains motifs de l'article L.1132-1 du Code du travail [forme] un contexte opportun pour des réclamations faisant état de discrimination multiple »²⁶⁸. Qui plus est, le « champ d'intervention généraliste » du Défenseur des droits est un autre élément en faveur du traitement des discriminations multiples. En effet, ses attributions portant sur la protection de toutes les discriminations – entendues au sens de tous les motifs prohibés – permettent aux victimes de le saisir sur le fondement de plusieurs facteurs à la fois²⁶⁹.

Nonobstant l'évolution régulière du nombre de motifs qui le composent, le caractère limitatif de l'énoncé de l'article L. 1132-1 du Code du travail pourrait nuire aux discriminations multiples. En effet, la rédaction actuelle de la législation anti-discrimination paraît tout de même assez restrictive quant aux motifs pouvant être abordés et aux relations pouvant être établies entre eux. C'est pour cette raison que des approches juridiques plus adaptées à la réception des discriminations multiples devraient retenir l'attention du législateur. Outre cette approche qui consiste à élargir l'éventail des motifs prohibés, les discriminations multiples pourraient être abordées plus facilement grâce à l'adoption d'une législation plus ouverte.

B. L'intérêt d'une législation « ouverte » dans la lutte contre les discriminations multiples française

Une option qui s'offre au législateur français est celle de prendre exemple sur les énumérations de motifs « à titre indicatif »²⁷⁰ présentes en droit supranational. En ce sens, l'article 14 de la CEDH interdit les discriminations fondées « notamment » sur une dizaine de motifs illicites ainsi que « toute autre situation ». Il s'agit donc d'une liste de motifs

²⁶⁷ DEFENSEUR DES DROITS, Avis n°17-06 du 07 juillet 217.

²⁶⁸ BECUWE A., LAURENT-MERLE I., « Pour une approche transdisciplinaire de la discrimination au travail », *RIMHE, la Revue Interdisciplinaire Management, Homme & Entreprise*, 2013/1 n°5, p. 10.

²⁶⁹ BECUWE A., LAURENT-MERLE I., « Pour une approche transdisciplinaire de la discrimination au travail », *RIMHE, la Revue Interdisciplinaire Management, Homme & Entreprise*, 2013/1 n°5, p. 10.

²⁷⁰ DELIYIANNI-DIMITRAKOU C., « Égalité multidimensionnelle et discriminations multiples en droit comparé », *Revue internationale de droit comparé*, Vol. 65 N°3, 2013, p. 706.

discriminatoires ouverte²⁷¹, dans laquelle d'autres situations peuvent être admises. De cette manière, les textes supranationaux offrent une conception assez large des critères prohibés²⁷². Leurs listes non limitatives peuvent permettre de couvrir d'autres éléments qui n'y sont pas expressément visés. En théorie, cette technique bénéficie alors à la lutte contre les discriminations multiples²⁷³. Elle permet, ainsi, la combinaison de motifs énumérés et/ou nouveaux.

De surcroît, l'énumération à titre indicatif peut s'accompagner d'un recours à la notion de *désavantage* pour traiter pleinement des discriminations multiples. En effet, ces dernières ne sont pas dirigées envers les individus seulement en raison des critères qu'ils portent en apparence, mais aussi parce qu'ils sont considérés comme faisant partie d'une minorité²⁷⁴. Or, le focus du législateur sur l'énumération de motifs identifiés occulte cette idée. Selon la juge canadienne L'HEUREUX-DUBE, c'est à l'aune du *contexte* de l'affaire que les critères de la personne doivent être interprétés²⁷⁵. Cette notion de désavantage renvoie à l'idée d'un préjudice amplifié. Bien qu'elle soit très rarement suivie, cette interprétation a été retenue par la loi sud-africaine.

La loi sud-africaine²⁷⁶ est tout à la fois un exemple topique de législation ouverte et un OJNI (objet juridique non-identifié) en matière de législation anti-discrimination. Elle interdit les discriminations à travers une liste assez étendue de motifs ainsi que pour tout autre motif qui cause un dommage à sa victime²⁷⁷. En effet, elle prohibe expressément les différences de traitement fondées sur « tout autre motif de discrimination pérennisant des désavantages

²⁷¹ BECUWE A., LAURENT-MERLE I., « Pour une approche transdisciplinaire de la discrimination au travail », *RIMHE, la Revue Interdisciplinaire Management, Homme & Entreprise*, 2013/1 n°5, p. 10.

²⁷² SERENO S., *Le défenseur des droits et les discriminations dans l'emploi*, p. 122.

²⁷³ DELIYIANNI-DIMITRAKOU C., « Égalité multidimensionnelle et discriminations multiples en droit comparé », *Revue internationale de droit comparé*, Vol. 65 N°3, 2013, p. 706.

²⁷⁴ DELIYIANNI-DIMITRAKOU C., « Égalité multidimensionnelle et discriminations multiples en droit comparé », *Revue internationale de droit comparé*, Vol. 65 N°3, 2013, p. 705.

²⁷⁵ *Corbière v. Canada*, (Minister of Indian and Northern Affairs) (199) 2 S.C.R., 203 [par. 1-24 Mc Lachlin and Bastarache J. J. writing for the Majority] par. 14, (18)] in DELIYIANNI-DIMITRAKOU C., « Égalité multidimensionnelle et discriminations multiples en droit comparé », *Revue internationale de droit comparé*, Vol. 65 N°3, 2013, p. 708.

²⁷⁶ Chapter 1, « Definitions, objects, interpretation, guiding principles and application of act (ss 1-5) », Définition of « prohibited grounds », Promotion of equality and prevention of unfair discrimination act 4 of 2000.

²⁷⁷ V. Chapter 1 (1) (xxii) du *South African Promotion of Equality and Prevention of Unfair Discrimination Act 2000* in DELIYIANNI-DIMITRAKOU C., « Égalité multidimensionnelle et discriminations multiples en droit comparé », *Revue internationale de droit comparé*, Vol. 65 N°3, 2013, p. 708.

systemiques ou portant atteinte à la dignité de la personne »²⁷⁸. L'intérêt de la loi sud-africaine est de mieux lutter contre les discriminations « qui ne résultent pas d'actes intentionnels mais sont dues à des facteurs systémiques, institutionnels ou structurels »²⁷⁹. Cette théorie renvoie à l'idée que des préjugés et stéréotypes marginalisent certains groupes de personnes particulièrement vulnérables. Selon Erica HOWARD, cette loi s'interprète en ce sens qu'elle permet une combinaison de motifs²⁸⁰. Paola UCCELLARI, consultante chez *Equal Rights Trust*, rejoint cette interprétation. Elle estime, en effet, que le droit sud-africain est l'un des régimes le plus adapté pour combattre les discriminations multiples, grâce à l'étendue des motifs qu'il protège²⁸¹. Cette législation permet ainsi la réception de nouveaux motifs dès lors qu'ils sont constitutifs d'un *désavantage* pour la victime. Le plaignant est donc libre d'invoquer les motifs qu'il souhaite devant le juge et peut, dès lors, se prévaloir d'une approche multifactorielle.

La rédaction de la législation sud-africaine est donc un exemple de liste de critères discriminatoires très ouverte. Le rattachement de motifs repose en effet sur la seule appréciation souveraine du juge concernant le dommage.

Cependant, il arrive que les juridictions ne se risquent pas à cet exercice et interprètent strictement les discriminations comme étant celles fondées uniquement sur l'un des motifs expressément reconnus par la loi. Dans ce cas, une disposition ouverte mais trop concise interprétée de façon fermée par le juge pourrait avoir un effet néfaste pour la victime, a fortiori dans le cadre d'une discrimination multifactorielle. Elle aurait pour conséquence de l'empêcher de faire reconnaître sa discrimination si elle est fondée sur des motifs qui ne sont pas prévus par la loi.

La loi sud-africaine est donc particulièrement novatrice en matière de lutte contre les discriminations multiples. Il serait utopique de croire que la France soit prête à suivre la même

²⁷⁸ La loi dispose ainsi : « The prohibited grounds are : race, gender, sex, pregnancy, marital status, ethnic or social origin, colour, sexual orientation, age, disability, religion, conscience, belief, culture, language and birth; or any other ground where discrimination based on that other ground : causes or perpetuates systemic disadvantage ; undermines human dignity; or adversely affects the equal enjoyment of a person's rights and freedoms in a serious manner that is comparable to discrimination on a ground in paragraph ».

²⁷⁹ DELIYIANNI-DIMITRAKOU C., « Égalité multidimensionnelle et discriminations multiples en droit comparé », *Revue internationale de droit comparé*, Vol. 65 N°3, 2013, p. 709.

²⁸⁰ HOWARD E., « Multiple discrimination », Middlesex University : Conference paper presented at the 'Think Equal, Symposium on Multiple Discrimination', 1 November 2011, National Commission for the Promotion of Equality (NCPE), Malta.

²⁸¹ UCCELLARI P., « Multiple discrimination : how law can reflect reality », *The equal rights review*, Vol. one, 2008.

piste. Toutefois, il n'y a qu'un pas entre l'abondance des critères prohibés par la loi et son ouverture à d'autres situations que celles qu'elle vise. Le législateur français pourrait d'ailleurs adopter cette approche par la simple adjonction de l'adverbe « notamment » précédant la liste de motifs existants. Quoiqu'il en soit, la meilleure façon d'inclure l'interdiction des discriminations multiples dans la loi serait de viser expressément la pluralité de facteurs comme une modalité de discrimination à part entière.

In fine, quelle qu'en soit son ampleur, une réforme de la loi anti-discrimination française serait opportune en vue de traiter correctement les discriminations multiples. En outre, les lois anti-discrimination ne sont pas les seules vectrices de lutte contre les discriminations multiples. D'autres méthodes permettent de les combattre en dehors du cadre judiciaire.

§2. Les tentatives d'intégration de l'approche multifactorielle de la discrimination dans les politiques publiques

Bien que les principes de non-discrimination et d'égalité ne doivent pas être confondus, il est important de noter que l'interdiction des discriminations est une conséquence directe du principe d'égalité entre les citoyens. Par conséquent, les dispositifs de promotion de l'égalité peuvent s'avérer être de véritables alliés du régime judiciaire dans la lutte contre les discriminations multiples. Reste à savoir si ces politiques peuvent également suffire à pallier l'absence de disposition légale propre au phénomène. Il semblerait que la réponse soit double. Si l'approche multifactorielle fait défaut dans les politiques publiques œuvrant pour l'égalité (A), elle semble être intégrée timidement dans les mesures de discrimination positive (B).

A. Le défaut de « mainstreaming » des discriminations multiples dans les politiques publiques promouvant l'égalité

Le terme « mainstreaming » pourrait se traduire en français par « l'intégration ». Comme souvent, la traduction d'un terme anglais reste hasardeuse puisqu'elle ne permet pas de faire transparaître le concept exact qui sous-tend le terme originel²⁸². Toutefois, d'aucuns utilisent ces deux termes comme synonymes²⁸³, afin de palier toute récurrence du premier.

²⁸² DAUPHIN S. et SENAC-SLAWINSKI R., « Gender mainstreaming : analyse des enjeux d'un 'concept-méthode'. Introduction », *Cahiers du Genre* (n° 44), 2008, p. 8.

²⁸³ En ce sens, voir notamment DELIYIANNI-DIMITRAKOU C., « Égalité multidimensionnelle et discriminations multiples en droit comparé », *Revue internationale de droit comparé*, Vol. 65 N°3, 2013, p. 711.

Ce concept a été créé *ab initio* pour promouvoir l'égalité des sexes. Le *gender mainstreaming* doit donc s'entendre de « l'approche intégrée de l'égalité »²⁸⁴. Ce « concept-méthode »²⁸⁵ consiste à prendre en compte l'effet des discriminations sur les femmes, afin d'intégrer l'égalité des sexes dans les politiques publiques²⁸⁶. Elle a été évoquée pour la première fois en 1985, dans le cadre d'une Conférence des Nations Unies²⁸⁷, et se retrouve à l'article 8 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE). Celui-ci énonce que « pour toutes ses actions, l'Union cherche à éliminer les inégalités, et à promouvoir l'égalité, entre les hommes et les femmes ».

Créé dans le cadre du paritarisme, le concept a ensuite été étendu à la lutte contre le racisme et la promotion de l'intégration sociale²⁸⁸. C'est en raison de cette évolution que le *mainstreaming* [au sens large] a été qualifié de « *diversity mainstreaming* »²⁸⁹ pour représenter « l'intégration de l'égalité pour tous » plutôt que « l'intégration de l'égalité des sexes »²⁹⁰. Finalement, le *mainstreaming lato sensu* peut s'entendre comme « l'intégration des objectifs de non-discrimination et d'intégration sociale » dans les politiques publiques²⁹¹. Outre la prise en compte de la discrimination touchant certains individus particulièrement vulnérables, c'est la discrimination multiple qui peut être retenue à cet égard. L'analyse des attributs propres à certains groupes discriminés sera alors intégrée dans les politiques publiques promouvant l'égalité. En effet, c'est la prise en compte de la pluralité de critères présents chez les victimes de discriminations multiples qui permet d'ajuster les politiques publiques dans le but « d'atteindre l'égalité matérielle »²⁹². Pour ce faire, il s'agit d'analyser le système de l'emploi

²⁸⁴ DAUPHIN S. et SENAC-SLAWINSKI R., « Gender mainstreaming : analyse des enjeux d'un 'concept-méthode'. Introduction », *Cahiers du Genre* (n° 44), 2008, p. 5.

²⁸⁵ Expression utilisée par DAUPHIN S. et SENAC-SLAWINSKI R., « Gender mainstreaming : analyse des enjeux d'un 'concept-méthode'. Introduction », *Cahiers du Genre* (n° 44), 2008, p. 7.

²⁸⁶ DAUPHIN S. et SENAC-SLAWINSKI R., « Gender mainstreaming : analyse des enjeux d'un 'concept-méthode'. Introduction », *Cahiers du Genre* (n° 44), 2008, p. 5.

²⁸⁷ Discussions de la Commission des Nations Unies de la Condition de la femme (CCF), IIIe Conférence mondiale des Nations unies sur les femmes, Nairobi, 1985 in DAUPHIN S. et SENAC-SLAWINSKI R., « Gender mainstreaming : analyse des enjeux d'un 'concept-méthode'. Introduction », *Cahiers du Genre* (n° 44), 2008, p. 5.

²⁸⁸ DELIYIANNI-DIMITRAKOU C., « Égalité multidimensionnelle et discriminations multiples en droit comparé », *Revue internationale de droit comparé*, Vol. 65 N°3, 2013, p. 711.

²⁸⁹ SQUIRES J. citée par DAUPHIN S. et SENAC-SLAWINSKI R., « Gender mainstreaming : analyse des enjeux d'un 'concept-méthode'. Introduction », *Cahiers du Genre* (n° 44), 2008, p. 13.

²⁹⁰ STRATIGAKI M. citée par DAUPHIN S. et SENAC-SLAWINSKI R., « Gender mainstreaming : analyse des enjeux d'un 'concept-méthode'. Introduction », *Cahiers du Genre* (n° 44), 2008, p. 12.

²⁹¹ DELIYIANNI-DIMITRAKOU C., « Égalité multidimensionnelle et discriminations multiples en droit comparé », *Revue internationale de droit comparé*, Vol. 65 N°3, 2013, p. 712.

²⁹² DELIYIANNI-DIMITRAKOU C., « Égalité multidimensionnelle et discriminations multiples en droit comparé », *Revue internationale de droit comparé*, Vol. 65 N°3, 2013, p. 712.

afin de tenir compte de la multiplicité de critères qui rendent certains groupes particulièrement vulnérables. Cette anticipation des discriminations multiples tend donc à permettre l'intégration sociale des personnes qui pourraient en être victimes. Ladite intégration repose notamment sur la facilitation de leur insertion professionnelle à travers l'objectif d'empêcher, en amont, les discriminations multiples qui y font souvent obstacle.

Cette idée peut s'illustrer par les politiques de certains membres de l'Union européenne. En effet, l'Espagne précise dans une loi relative à l'égalité²⁹³ 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 »²⁹⁴. La législation bulgare enjoint également les pouvoirs publics à « prendre des mesures visant à rétablir l'égalité des personnes victimes de discriminations multiples »²⁹⁵.

En France, on retrouve le principe du *mainstreaming* dans les engagements du Ministère du travail. Celui-ci « s'engage pour la diversité » en mettant en place une « politique interne de promotion de la diversité et de lutte contre les discriminations »²⁹⁶. Pour ce faire, le Ministère promeut le label diversité et le respect de la prohibition de vingt-cinq critères de discrimination. Il s'engage également dans des domaines tels que l'égalité femme-homme, le handicap, ou encore l'âge. Cependant les ministères ne s'attardent pas plus sur la discrimination multiple que le législateur. De surcroît, ils ont généralement un mandat dans un domaine déterminé, ce qui exclut toute prise en compte de critères combinés dans l'établissement de leurs politiques publiques²⁹⁷. La doctrine révèle d'ailleurs que la France ne tient pas compte des discriminations multiples dans l'approche intégrée de l'égalité²⁹⁸.

Une fois encore, en France, la construction d'une « politique des minorités » fondée sur le constat des discriminations multiples qu'elles subissent est freinée par la tradition d'égalité

²⁹³ Loi organique 3/2007 du 22 mars 2007, relative à l'Égalité.

²⁹⁴ MARTIN P., « La discrimination multiple, un concept insaisissable par le droit du travail ? Un point de vue français et comparatif », *Revue internationale de droit comparé, Société de législation comparée*, 2011, p. 6.

²⁹⁵ MARTIN P., « La discrimination multiple, un concept insaisissable par le droit du travail ? Un point de vue français et comparatif », *Revue internationale de droit comparé, Société de législation comparée*, 2011, p. 6.

²⁹⁶ Travail-emploi.gouv.fr.

²⁹⁷ « Lutte contre la discrimination multiple : pratiques, politiques et lois », Commission européenne, Direction générale de l'emploi, des affaires sociales et de l'égalité des chances, 2007, p. 45.

²⁹⁸ DAUPHIN S. et SENAC-SLAWINSKI R., déclarent que « la faiblesse de la production française sur cette notion et son application est flagrante », p. 6.

républicaine²⁹⁹. Il avait d'ailleurs été envisagé d'intégrer la notion de diversité dans le préambule de la Constitution³⁰⁰. Cette option a évidemment été rejetée parce qu'elle reviendrait à admettre une différenciation entre les individus.

In fine, il semblerait que la France échoue encore dans la prise en compte des discriminations multiples que peuvent subir certains individus. Toutefois, cette critique doit être tempérée. Si les politiques publiques promouvant l'égalité ne font aucun cas de l'approche multifactorielle, celle-ci paraît plus efficacement intégrée dans les politiques de discrimination positive.

B. Une approche multifactorielle de la discrimination positive récente mais prometteuse

La discrimination positive est le « traitement préférentiel réservé à des catégories de citoyens défavorisées, par mesure de compensation (...) »³⁰¹. Elle consiste en la favorisation juridique d'un groupe d'individus vulnérables en vue de leur permettre d'atteindre une égalité de fait³⁰². Cette asymétrie peut être rapprochée d'un traitement en équité³⁰³ puisque cette dernière a pour but de rétablir l'égalité en « traitant inégalement des choses inégales »³⁰⁴. En outre, c'est l'étude des discriminations dans l'emploi qui permet d'identifier des groupes de minorités pour les aider à s'insérer socialement par le travail. Cette politique est critiquée de ceux qui ne relèvent pas du champ de la discrimination positive³⁰⁵ et prônent la méritocratie³⁰⁶. En conséquence, les individus qui en bénéficient sont régulièrement stigmatisés³⁰⁷.

²⁹⁹ DOYTCHÉVA M., et CARADEC V., *Inégalités, discriminations, reconnaissance. Une recherche sur les usages sociaux des catégories de la discrimination : VOLUME 1 : De la lutte contre les discriminations ethnoraciales à la " promotion de la diversité " - Une enquête sur le monde de l'entreprise*, Rapport de recherche, Université de Lille 3, 2017, p. 84.

³⁰⁰ LANQUETIN M-T., « Discrimination », *Répertoire de droit du travail*, janvier 2010 (actualisation : janvier 2018), §. 85.

³⁰¹ CORNU G., *Vocabulaire juridique*, Quadrige, PUF, 12^{ème} édition, 2018.

³⁰² BOËTON M., « Discrimination positive en France », *Études*, vol. tome 398, n°2, 2003, p. 175.

³⁰³ Rapport Minc (1994) in BOËTON M., « Discrimination positive en France », *Études*, vol. tome 398, n°2, 2003, p. 175.

³⁰⁴ CORNU G., *Vocabulaire juridique*, Quadrige, PUF, 12^{ème} édition, 2018.

³⁰⁵ DELIYIANNI-DIMITRAKOU C., « Égalité multidimensionnelle et discriminations multiples en droit comparé », *Revue internationale de droit comparé*, Vol. 65 N°3, 2013, p. 714.

³⁰⁶ CHATARD A., LORENZI-CIOLDI F., BUSCHINI F., « Entre méritocratie et préjugés, la discrimination positive peut-elle se frayer un chemin ? », *L'année psychologique*, 2006 vol. 106, n°3, p. 360.

³⁰⁷ CALVES G. « Pour une analyse (vraiment) critique et la discrimination positive », *Le Débat*, Gallimard, vol. 117, no. 5, 2001, p. 163.

La discrimination positive en tant que telle n'est pas une discrimination prohibée au sens du droit supranational³⁰⁸. En droit communautaire l'action positive est d'ailleurs envisagée comme celle promouvant l'égalité des chances³⁰⁹. Toutefois, la CJUE conditionne ce traitement préférentiel à une transparence et une objectivité certaines³¹⁰.

Cela n'a pas pour autant empêché le Conseil Constitutionnel français de vivement s'opposer à certaines mesures de discrimination positive. En effet, en France, la discrimination positive des femmes a débouché sur une controverse des « quotas » visant à favoriser leur représentation professionnelle³¹¹. Marlène SCHIAPPA, secrétaire d'Etat chargée de l'égalité entre les femmes et les hommes, se dit d'ailleurs « pour les quotas, partout »³¹². Or le Conseil Constitutionnel a déclaré inconstitutionnelle la loi qui imposait des proportions déterminées de femmes dans les relations de travail³¹³, estimant qu'elle contrevenait au principe d'égalité devant la loi³¹⁴. Le Conseil s'oppose donc clairement à la différenciation des individus selon leurs attributs. Cependant, la Cour de cassation n'a pas le même avis sur la question de la parité. Elle a d'ailleurs récemment estimé que l'exigence d'une alternance hommes/femmes dans les listes électorales a un caractère d'ordre public absolu³¹⁵.

Au départ concentrée sur un seul type de bénéficiaires (les femmes), la discrimination positive s'est ensuite étendue aux travailleurs handicapés, ou issus de l'immigration³¹⁶. En droit français, la discrimination positive en faveur des travailleurs handicapés se retrouve à l'article L. 323-1 du Code du travail. Celui-ci fixe une obligation pour « tout employeur occupant au moins vingt salariés (...) à temps plein ou à temps partiel » d'employer au moins 6% de travailleurs en situation de handicap.

³⁰⁸ L'article 141 du Traité instituant la Communauté européenne énonce à ce sujet que « Pour assurer concrètement une pleine égalité entre hommes et femmes dans la vie professionnelle, le principe de l'égalité de traitement n'empêche pas un Etat membre de maintenir ou d'adopter des mesures prévoyant des *avantages spécifiques* destinés à faciliter l'exercice d'une activité professionnelle par le sexe sous-représenté ou à prévenir ou compenser des désavantages dans la carrière professionnelle ». Voir également en ce sens la Convention n° 111 de l'OIT et le Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes (CEDAW, 1979).

³⁰⁹ LANQUETIN M-T., « Discrimination », *Répertoire de droit du travail*, janvier 2010 (actualisation : janvier 2018), §. 151.

³¹⁰ LANQUETIN M-T., « Discrimination », *Répertoire de droit du travail*, janvier 2010 (actualisation : janvier 2018), §. 159.

³¹¹ JUNTER A., LANQUETIN M-T., « L'égalité professionnelle peut-elle passer par des quotas ? » *Revue de droit du travail*, 2006, p. 72.

³¹² LEMARCHAND J. et LOYE D., Interview de Marlène SCHIAPPA le 13 décembre 2017, *Les échos*.

³¹³ La disposition concernait les conseils d'administration et de surveillance des sociétés privées et des entreprises du secteur public, les comités d'entreprise, les délégués du personnel, les listes de candidats aux conseils de prud'hommes et les organismes paritaires de la fonction publique.

³¹⁴ Décision n° 2006-533 DC du 16 mars 2006.

³¹⁵ Cass.soc., 9 mai 2018, n°17-14.088.

³¹⁶ CHATARD A., LORENZI-CIOLDI F., BUSCHINI F., « Entre méritocratie et préjugés, la discrimination positive peut-elle se frayer un chemin ? », *L'année psychologique*, 2006 vol. 106, n°3, p. 370.

Dès lors, si la discrimination positive est permise dans une certaine mesure en France, QUID d'une « discrimination multiple positive » ?

A priori, l'approche multifactorielle semble pouvoir s'insérer dans la définition de la discrimination positive. En effet, le traitement préférentiel d'un groupe défavorisé peut viser des individus vulnérables en raison de critères multiples. On peut déjà relever que les critères de sexe et de handicap, bien qu'ils fassent l'objet d'actions positives distinctes, permettent de favoriser l'insertion professionnelle d'une catégorie d'individus habituellement désavantagée que sont les femmes handicapées. Il n'en demeure pas moins que l'exposé des discriminations positives en leur faveur se fait l'écho, une fois encore, d'une politique d'égalité bien cloisonnée.

Cependant, quelques exceptions récentes méritent d'être relevées. En effet, un décret du 30 mars 2018³¹⁷ a introduit une disposition en droit français concernant les « emplois francs ». Celle-ci consiste à encourager les entreprises à embaucher des demandeurs d'emploi résidant dans les quartiers prioritaires de la politique de la ville (QPV). Le cas échéant, l'employeur percevra – pour un temps plein – une aide à hauteur de 5 000 euros par an sur 3 ans pour un CDI et 2 500 euros par an sur 2 ans pour un CDD d'au moins 6 mois. Cette aide financière lui est versée par Pôle emploi³¹⁸. Un arrêté de la même date³¹⁹ fixe, par ailleurs, la liste des zones géographiques concernées. Cette démarche est un exemple topique d'une rupture d'égalité dans le traitement des candidats à l'embauche. Elle a pour objet de permettre aux populations de quartiers défavorisés une égalité dans l'accès à l'emploi par rapport au reste de la population active. Il s'agit donc effectivement d'une discrimination positive. En outre, bien qu'elle ne soit évidemment pas décrite comme telle, cette mesure est constitutive de ce qu'on pourrait appeler une « discrimination multiple positive ». En effet, cette politique, en s'adressant aux résidents de QPV, repose sur la différenciation d'une population vulnérable en raison de plusieurs critères. Elle vise à promouvoir l'insertion professionnelle de ces travailleurs en limitant les discriminations multiples à l'embauche dont ils peuvent faire l'objet habituellement. Les emplois francs permettent notamment de contourner indirectement les discriminations multiples en raison du lieu de résidence, de la particulière vulnérabilité résultant de sa situation économique [précarité sociale], de l'origine et de ses critères connexes tels que les convictions religieuses et/ou la capacité à s'exprimer dans une autre langue que le français.

³¹⁷ Décret n° 2018-230 du 30 mars 2018 relatif à l'expérimentation d'emplois francs.

³¹⁸ Travail-emploi.gouv.fr

³¹⁹ Arrêté du 30 mars 2018 fixant la liste des territoires éligibles au dispositif expérimental « emplois francs ».

En outre, un autre dispositif favorise des personnes sur le fondement de plusieurs critères, c'est celui des « adultes-relais ». Celui-ci permet à des individus éloignés de l'emploi de bénéficier d'un contrat d'insertion afin d'assurer des missions de médiation locales. Ce système est réservé aux personnes sans emploi, de plus de trente ans et résidant dans des QPV. Il repose donc sur des critères de précarité sociale, d'âge et de lieu de résidence, ce qui en fait un dispositif de discrimination multiple positive.

Enfin, un dernier système de discrimination positive illustre cette théorie, c'est celui des « garanties jeunes ». Elles permettent de favoriser l'insertion professionnelle des jeunes de seize à vingt-cinq ans. Si elles semblent ne viser qu'un seul critère qui est celui de l'âge, elles reposent finalement sur plusieurs facteurs. En effet, les « garanties jeunes » concernent les jeunes en situation de précarité « qui ne sont ni en emploi, ni en formation, ni en étude »³²⁰. Par ailleurs, 21% des personnes concernées viennent de QPV. Ce troisième dispositif peut donc bien être considéré comme une mesure de discrimination multiple positive.

In fine, la doctrine se montrait assez pessimiste en ce qui concerne le croisement des critères dans la construction de la discrimination positive et craignait un « écrémage des groupes ou milieux auxquels elle s'adresse »³²¹. *A contrario*, la création des dispositifs précédemment énoncés traduit d'une attention particulière envers les personnes victimes de discriminations multiples.

Bien que ces systèmes restent assez rares, il s'agit là d'une évolution qui mérite d'être soulignée au vu de l'espoir qu'elle fait naître d'une prise en compte progressive de la multiplicité de critères présents chez l'individu discriminé. En effet, il est incontestable que l'approche multifactorielle dans les politiques publiques promouvant l'égalité sera plus efficace si elle s'accompagne d'actions positives telles que celles-ci³²².

Cependant, l'absence de reconnaissance générale du concept ne peut être attribuée à la seule responsabilité du législateur. Quand bien même celui-ci voudrait insérer une disposition visant les discriminations multiples dans la loi française, il risquerait d'en être empêché pour différentes raisons.

³²⁰ travail-emploi.gouv.fr

³²¹ BELORGEY J-M., « Discrimination ordinaire/discrimination positive. Quelle place pour la différence ? », *VST - Vie sociale et traitements*, vol. 95, n° 3, 2007, p. 144.

³²² DELIYIANNI-DIMITRAKOU C., « Égalité multidimensionnelle et discriminations multiples en droit comparé », *Revue internationale de droit comparé*, Vol. 65 N°3, 2013, p. 713.

CHAPITRE 2 : Les entraves à la réception du concept de discriminations multiples dans la législation française

Le cadre juridique de la discrimination « classique » n'est pas adapté à la réception des discriminations multiples (Section 1). Par ailleurs, la prise en compte des discriminations multiples par le droit est freinée par l'existence de modes d'action en justice inadaptés (Section 2).

Section 1. L'impossibilité de transposer le cadre juridique de la discrimination au domaine des discriminations multiples

Dans le cadre des discriminations unidimensionnelles, la victime bénéficie de règles qui facilitent la démonstration de sa discrimination. C'est le cas du régime probatoire de la discrimination, qui paraît toutefois inadapté au domaine des discriminations multiples (A). Par ailleurs, la preuve par comparaison, si courante dans la démonstration des discriminations monofactorielles, semble bien difficile à appliquer aux discriminations multifactorielles (B).

§1. Le régime probatoire de la discrimination inadapté aux cas de discriminations multiples

En France et dans l'Union en règle générale, le régime probatoire de la discrimination est différent du régime de droit commun. Si ce régime d'exception est favorable à la victime de discrimination unidimensionnelle (A), il s'avère l'être bien moins pour la victime de discriminations multiples (B).

A. Le déplacement de la charge de la preuve en faveur de la victime de discrimination

Selon la CJUE, le régime de la preuve relève de la compétence des États membres³²³. Toutefois, une directive européenne de 1997³²⁴ a impulsé un déplacement de la preuve en matière de discriminations³²⁵.

³²³ LANQUETIN M-T., *Discrimination*, Répertoire de droit du travail, Dalloz, 2010 (actualisation : 2018), §. 230.

³²⁴ Directive 97/80/CE du 15 décembre 1997.

³²⁵ BAUCOMONT M. et al., Dispositions civiles relatives à la charge de la preuve en matière de discrimination, n°4891, Le Lamy droit pénal des affaires.

Selon le principe civiliste français, traduit par l'adage latin « *actori incumbit probatio* », la charge de la preuve incombe au demandeur. En effet, l'article 1353 du Code civil dispose que « celui qui réclame l'exécution d'une obligation doit la prouver ».

Or, dans le cadre des discriminations, une asymétrie en résultait entre le pouvoir de l'employeur et la victime, « souvent démunie pour avoir accès aux éléments qui pourraient l'aider dans son travail d'enquête »³²⁶. C'est pourquoi, depuis un arrêt de la Cour de cassation de 1999, la charge de la preuve s'est déplacée en matière de discrimination. Les juges avaient en effet estimé qu'« il appartient au salarié qui se prétend lésé par une mesure discriminatoire de soumettre au juge des éléments de fait susceptibles de caractériser une atteinte au principe d'égalité de traitement entre hommes et femmes et qu'il incombe à l'employeur, s'il conteste le caractère discriminatoire de cette mesure, d'établir que la disparité de situation ou la différence de rémunération constatée est justifiée par des critères objectifs, étrangers à toute discrimination fondée sur le sexe »³²⁷.

Une loi de 2007³²⁸ a repris ces termes pour introduire l'article L. 1134-1 dans le Code du travail. Celui-ci dispose qu'en cas de discrimination « 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 ». Il incombe ensuite à l'employeur de prouver que « sa décision est justifiée par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination ». Le salarié a donc la charge de la preuve initiale et l'employeur la charge de la preuve négative. Alors que certains parlent d'un renversement³²⁹ et d'autres d'un allègement³³⁰ de la charge de la preuve, d'aucuns estiment qu'il s'agit plutôt de sa répartition entre les parties³³¹.

S'agissant des « éléments de fait » laissant supposer l'existence d'une discrimination, il peut s'agir notamment d'une comparaison avec les autres salariés, d'une attitude ou d'un comportement inappropriés de l'employeur ou encore d'un blocage de sa situation³³². Dans le

³²⁶ CHAPPE V-A., « La preuve par comparaison : méthode des panels et droit de la non-discrimination », *Sociologies pratiques*, 2011/2, n°23, p. 45.

³²⁷ Cass. soc., 23 novembre 1999, n° 97-42.940.

³²⁸ Loi n° 2007-329 du 12 mars 2007.

³²⁹ KOMBILA H., « La multiplicité des critères illicites de discrimination », Colloque ARDIS, Octobre 2015, p. 9.

³³⁰ BURNOUF P., « Le §22 AGG sur l'aménagement du régime de la charge de la preuve en matière de discrimination : les exigences européennes en matière de preuve et la réception du droit de l'UE en France et en Allemagne », *Droit et discriminations*, Blogs pédagogiques de l'Université Paris Nanterre, 2011.

³³¹ ARDILLIER S., et al., *Répartition de la charge de la preuve*, n°238, Lamy social, 2018.

³³² PÉCAUT-RIVOLIER L., *Représentants du personnel : statut protecteur*, 401, Répertoire de droit du travail, juin 2013 (actualisation : févr. 2018).

cas où le salarié n'est pas en possession d'éléments de fait laissant supposer la discrimination, il peut saisir le juge des référés pour faire contraindre l'employeur à produire les éléments qu'il a en sa possession³³³.

Concernant la justification de la différence de traitement par l'employeur, elle doit reposer sur des « éléments objectifs ». Dans le cadre d'une hypothétique discrimination directe, il faut que le motif de différenciation corresponde à une exigence professionnelle et déterminante pour occuper l'emploi. Pour les cas de discrimination indirecte, l'employeur peut démontrer, pour sa défense, que le critère neutre constituait un moyen approprié dans le but d'atteindre un objectif légitime³³⁴.

B. La lourdeur de la charge de la preuve pour la victime de discriminations multiples

Selon que le juge choisisse d'analyser les critères ensembles ou distinctement, la charge de la preuve sera plus ou moins importante pour la victime³³⁵. En effet, l'approche « distributive », consistant à apprécier la licéité de chacun des critères séparément, rend la preuve de la discrimination par la victime difficile. Prenons l'exemple d'un salarié qui s'estime discriminé dans l'accès à une promotion professionnelle parce qu'il est homosexuel et d'origine étrangère. Supposons que l'employeur démontre qu'il promeut des personnes homosexuelles et des personnes d'origine étrangère. Dès lors, l'appréciation de chacun des critères que sont l'orientation sexuelle et l'origine, de manière indépendante, ne permettra pas au salarié de démontrer sa discrimination. Pourtant, cette discrimination multidimensionnelle pourrait cacher des préjugés de la part de l'employeur qui peut préférer, à situation égale, promouvoir des français homosexuels ou des étrangers hétérosexuels.

De nombreux arrêts de la CJUE témoignent de cette approche successive de l'un puis de l'autre critère. C'est le cas notamment de l'affaire Odar³³⁶, dans laquelle la Cour avait écarté la possibilité d'une discrimination fondée sur l'âge, pour ensuite retenir celle tenant au

³³³ Cass. soc., 19 déc. 2012, n° 10-20.526.

³³⁴ PEYRONNET M., « Affaire Chibanis c. SNCF : la discrimination fondée sur la nationalité est confirmée », Paris, 31 janvier 2018, *Dalloz actualité*, 13 février 2018.

³³⁵ KOMBILA H., « La multiplicité des critères illicites de discrimination », Colloque ARDIS, Octobre 2015, p. 11.

³³⁶ CJUE n° 161/12 du 6 décembre 2012.

handicap. La victime n'était pas parvenue à démontrer que c'était sa situation de travailleur handicapé *et* âgé qui avait conduit à sa discrimination. La CJUE a d'ailleurs limité la possibilité de reconnaître les discriminations multiples dans un arrêt du 24 novembre 2016³³⁷. En effet, elle a estimé qu'« une réglementation n'est pas susceptible d'instituer une discrimination fondée sur l'effet combiné de l'orientation sexuelle et de l'âge au sens de la directive 2000/78 lorsque cette réglementation n'est constitutive d'une discrimination ni en raison de l'orientation sexuelle ni en raison de l'âge, isolément considérés ». Cet arrêt a été considéré comme constitutif d'un « repli sur le terrain des discriminations en droit du travail »³³⁸. Cette approche distributive des critères illicites a pour effet de désarmer la victime sur le terrain de la preuve. Par conséquent, d'aucuns considèrent que la discrimination multiple accroît la charge de la preuve qui incombe au demandeur³³⁹.

Toutefois, une nuance doit être apportée à ce constat. Si l'approche distributive alourdit la charge de la preuve dans le cadre de la discrimination intersectionnelle, elle ne nuit pas à la démonstration qui incombe à la victime en matière de discrimination multicritère³⁴⁰. En effet, l'appréciation distincte de chacun des critères de la discrimination multicritère permet tout de même, *in fine*, de conclure à leur cumul. Cependant, rappelons que les critères de la discrimination intersectionnelle sont si étroitement liés qu'on ne peut déterminer leur part de responsabilité individuellement. C'est ce lien étroit, sur fond de préjugés et de stéréotypes, qui entrave leur reconnaissance séparément et aggrave ainsi considérablement la charge de la preuve de la victime.

À notre connaissance, la seule adaptation qui existe sur le terrain de la preuve de la discrimination multiple se trouve en droit allemand. En l'occurrence, l'auteur de la différence de traitement ne peut démontrer qu'il ne s'agit pas d'une discrimination multiple que si s'il parvient à justifier chacun des motifs sur lesquels est fondé le traitement inégal³⁴¹.

³³⁷ CJUE, 24 novembre 2016, C-443/15, *David L. Parris*.

³³⁸ MOIZARD N., « La CJUE limite la reconnaissance de la discrimination multiple », note sous CJUE, 24 novembre 2016, C-443/15, *David L. Parris*, *Revue de droit du travail*, 2017.

³³⁹ HOWARD E., « Multiple discrimination », Middlesex University : Conference paper presented at the 'Think Equal, Symposium on Multiple Discrimination', 1 November 2011, National Commission for the Promotion of Equality (NCPE), Malta.

³⁴⁰ La discrimination multicritère avait ainsi été démontrée dans l'affaire Tribunal d'appel pour l'emploi (Employment Appeal Tribunal), *The Law Society v Bahl*, 31 juillet 2003 – V. SUPRA.

³⁴¹ Loi AGG (Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz) entrée en vigueur en août 2006 *in* MARTIN P., « La discrimination multiple, un concept insaisissable par le droit du travail ? Un point de vue français et comparatif », *Revue internationale de droit comparé, Société de législation comparée*, 2011, p. 6.

Les juridictions britanniques ont dû, elles aussi, se prononcer sur le système de la charge de la preuve en matière de discrimination. Elles ont estimé que le choix du comparateur avait une grande incidence sur le régime de la preuve. En effet, la comparaison de la victime à un hypothétique « clone »³⁴² à l'exception du critère discriminant n'a pas été admise. Le tribunal britannique justifiait cette interdiction par le fait qu'une telle comparaison ne permettrait pas à l'employeur de combattre la présomption d'une discrimination³⁴³. En effet, il estime que ce mode de comparaison, s'il était admis pour preuve, reviendrait à rattacher automatiquement la différence de traitement au critère que le « clone » ne porte pas.

Cette décision, empreinte d'une logique indéniable démontre – outre les problématiques liées à la répartition de la charge de la preuve entre les parties – des difficultés consistant en la construction d'une comparaison recevable.

§2. La technique de preuve par comparaison inappropriée aux discriminations multiples

La comparaison entre la situation de la présumée victime et celle des autres salariés, est la méthode de preuve la plus simple en termes de discrimination « classique » (A). Toutefois, cette méthode peut s'avérer bien plus difficile à mettre en œuvre dans le cadre des discriminations multiples (B).

A. La démonstration de la discrimination facilitée par la technique de preuve par comparaison

La « discrimination de carrière » se distingue de la « discrimination salariale » en ce qu'elle persiste dans le temps³⁴⁴. Si la première se prescrit par cinq ans, la seconde permet une réparation du préjudice pendant toute sa durée.

³⁴² Expression utilisée par la Cour britannique pour désigner la personne qui aurait exactement les mêmes critères, y compris les mêmes caractéristiques personnelles, que la victime à l'exception du critère discriminant (ici la « race » : « I do not accept the argument that the hypothetical comparator in a case under RRA 1976 must be, in effect, a clone of the applicant in every respect (including personality and personal characteristics) except that he or she is a different race. » - *Madden v. Preferred Technical Group* [2005], IRLR 46. in MARTIN P., « La discrimination multiple, un concept insaisissable par le droit du travail ? Un point de vue français et comparatif », *Revue internationale de droit comparé, Société de législation comparée*, 2011, p. 12.

³⁴³ MARTIN P., « La discrimination multiple, un concept insaisissable par le droit du travail ? Un point de vue français et comparatif », *Revue internationale de droit comparé, Société de législation comparée*, 2011, p. 12.

³⁴⁴ LANQUETIN M-T., *Discrimination*, Répertoire de droit du travail, Dalloz, 2010 (actualisation : 2018).

Lorsqu'il est victime d'une discrimination de carrière, le salarié peut apporter la preuve de sa discrimination par comparaison. La « preuve par comparaison » est aussi appelée « méthode des panels », « méthode de triangulation »³⁴⁵ ou « méthode Clerc », du nom de son créateur, syndicaliste à la CGT. Elle a pour but « d'objectiver la réalité de la discrimination », grâce à la démonstration d'un écart cumulatif entre les carrières et l'évolution des différents salariés³⁴⁶. Cette méthode a d'abord été utilisée pour démontrer l'existence d'une discrimination sur l'activité syndicale, puis elle a été élargie aux autres critères³⁴⁷. Il s'agit d'une méthode synchronique³⁴⁸, puisqu'elle a pour objet la comparaison du salarié discriminé aux autres, *durant une même période*. Elle s'oppose donc à la discrimination diachronique, laquelle suppose une comparaison du salarié à sa propre situation, avant l'apparition du critère discriminant.

Pour établir un panel de comparaison, l'individu discriminé doit constituer une liste des autres salariés qui sont dans une situation équivalente à la sienne³⁴⁹. À cet égard, la jurisprudence a précisé que le terme de situation « équivalente » ne devait pas s'entendre comme « strictement identique »³⁵⁰. En effet, il suffit que la situation du salarié qui se dit discriminé soit comparable à celle des autres. Il est donc nécessaire que les salariés qu'il sélectionne pour sa comparaison aient le même niveau de formation, la même ancienneté et le même coefficient que lui³⁵¹. Pour sa défense, l'employeur peut produire son propre panel de comparaison. Le juge fera alors une étude de leur pertinence afin de déterminer quel panel retenir pour se prononcer sur l'existence ou non de la discrimination.

Par ailleurs, l'employeur est contraint de communiquer les informations nécessaires au salarié pour établir son panel. En effet, en matière de discrimination, il ne peut justifier de la confidentialité des données à caractère personnel des autres salariés pour le lui refuser³⁵².

³⁴⁵ SAINT-RAT A., note sous CA de Versailles, (5^{ème} Chambre), 20 février 2014, Droit ouvrier, octobre 2014, n°795, p. 666.

³⁴⁶ CHAPPE V-A., « La preuve par comparaison : méthode des panels et droit de la non-discrimination », *Sociologies pratiques*, 2011/2, n°23, p. 47.

³⁴⁷ BENICHOUS S., « Propos conclusifs », *La revue des droits de l'Homme*, 2016, p. 5.

³⁴⁸ MOIZARD N., « Le panel de comparaison dans la preuve des discriminations ou de l'inégalité de traitement », *Revue de droit du travail*, 2016, p. 42.

³⁴⁹ CONFEDERATION GENERALE DU TRAVAIL (CGT), « Gagner l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes », Guide de la négociation 2017, p. 108.

³⁵⁰ CA Grenoble, 12 décembre 2005, n° 04-00.926.

³⁵¹ MOIZARD N., « Le panel de comparaison dans la preuve des discriminations ou de l'inégalité de traitement », *Revue de droit du travail*, 2016, p. 42.

³⁵² CA VERSAILLES, 18/03/2011, c/ SCS OTIS, (n°10-27694) *in* CONFEDERATION GENERALE DU TRAVAIL (CGT), « Gagner l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes », Guide de la négociation 2017, p. 46.

Un fois le panel de comparaison établi et la discrimination démontrée, le préjudice du salarié est mesuré selon la méthode de calcul de l'aire d'un triangle, à savoir $(\text{base} \times \text{hauteur})/2$ ³⁵³. Le préjudice est donc le résultat de l'écart de salaire final, multiplié par la durée (en mois) de la discrimination, divisé par deux³⁵⁴.

Bien qu'elle soit opportune, la méthode de comparaison n'est pas obligatoire dans l'établissement de la preuve de la discrimination. C'est ce qu'a rappelé la Cour de cassation, notamment dans un arrêt du 10 novembre 2009³⁵⁵. Toutefois, l'établissement d'un tel panel facilite la réparation de la discrimination que le salarié a subie en matière de rémunération et d'évolution professionnelle.

Pour autant, cette méthode atteint ses limites dans certaines situations. Effectivement, la comparaison peut s'avérer compromise dans les cas de « discriminations dues au sexe qui se manifestent dans des professions exercées exclusivement par les personnes d'un sexe, [de] harcèlement sexuel par des employeurs qui traitent de la même manière sexiste les salariés des deux sexes, [de] discriminations dues à la grossesse ou au changement de sexe »³⁵⁶. En outre, la méthode Clerc n'est parfois pas envisageable en raison de la nature de certains critères de discrimination. C'est le cas notamment de la discrimination liée à l'origine pour laquelle « l'absence de catégories objectivées » ne permet pas au salarié de construire des « panels testant la variable « ethnique » »³⁵⁷.

B. La difficulté de constituer un panel de comparaison dans le cadre des discriminations multiples

Bien qu'il soit possible d'invoquer en justice une pluralité de critères, leur combinaison est difficile à identifier et entrave bien souvent la reconnaissance des discriminations multiples. Le rapport du Défenseur des droits au sujet de l'emploi des femmes en situation de handicap

³⁵³ PEYRONNET M., « Affaire Chibanis : évaluation du préjudice résultant de la discrimination », Paris, 31 janvier 2018, *Dalloz actualité*, 13 février 2018.

³⁵⁴ En ce sens, voir le schéma en ANNEXE n°4.

³⁵⁵ Cass. soc. 10 novembre 2009, n° 07-42849.

³⁵⁶ DELIYIANNI-DIMITRAKOU C., « Égalité multidimensionnelle et discriminations multiples en droit comparé », *Revue internationale de droit comparé*, Vol. 65 N°3, 2013, p. 701.

³⁵⁷ CHAPPE V-A., « La preuve par comparaison : méthode des panels et droit de la non-discrimination », *Sociologies pratiques*, 2011/2, n°23, p. 51.

fait parfaitement état de cette problématique. Celui-ci mentionne qu'« au lieu de multiplier les preuves de discriminations, la présence de plusieurs critères mobilisables pour défendre les intérêts d'une personne discriminée semble nuire à la preuve de ces discriminations et à leur visibilité. Par exemple, une salariée malienne à qui est refusée une promotion ne peut prouver la discrimination, car l'employeur a promu des femmes (mais d'origine française) et des personnes d'origine africaine (mais ce sont des hommes d'origine africaine). La preuve distincte ou combinée de la discrimination fondée sur l'origine et de celle fondée sur le sexe échoue »³⁵⁸.

D'aucuns proposent pourtant une solution tenant à la possibilité d'opérer plusieurs comparaisons³⁵⁹. Pour ce faire, il faudrait que le juge permette de tenir compte de plusieurs motifs prohibés. C'est la solution qu'ont retenu les États Unis et la Grande Bretagne en limitant le nombre de motifs pouvant être invoqués au nombre de deux. Toutefois, si ce système est envisageable dans la discrimination multicritère, dans laquelle les divers motifs prohibés entrent en jeu indépendamment les uns des autres ; « il se révèle impossible à poser dans celui des discriminations intersectionnelles » dans laquelle les motifs sont « entrelacés »³⁶⁰.

En effet, lorsque les critères sont extrêmement liés comme dans les *discriminations intersectionnelles*, cette méthode est difficilement utilisable. Pour rappel, dans les *discriminations intersectionnelles*, les critères qui fondent la discrimination sont tellement imbriqués les uns dans les autres, qu'ils forment un tout. Il est alors impossible de déterminer leur part de responsabilité dans l'acte discriminatoire.

Par ailleurs, il arrive que même en présence de critères individualisables, la comparaison soit impossible parce qu'aucun autre salarié de l'entreprise n'est porteur de l'un des critères sur le fondement duquel le salarié se dit discriminé.

Cette situation a été illustrée par l'arrêt COLEMAN de la CJUE³⁶¹. En l'espèce, la requérante estimait avoir été victime d'une discrimination dans l'emploi³⁶² en raison du fait qu'elle élevait seule un enfant handicapé. En l'occurrence, si la comparaison par rapport aux autres parents de

³⁵⁸ MERCAT-BRUNS M., *in* Rapport sur « L'emploi des femmes en situation de handicap, Analyse exploratoire sur les discriminations multiples », Novembre 2016. p.11.

³⁵⁹ DELIYIANNI-DIMITRAKOU C., « Égalité multidimensionnelle et discriminations multiples en droit comparé », *Revue internationale de droit comparé*, Vol. 65 N°3, 2013, p. 702.

³⁶⁰ DELIYIANNI-DIMITRAKOU C., « Égalité multidimensionnelle et discriminations multiples en droit comparé », *Revue internationale de droit comparé*, Vol. 65 N°3, 2013, p. 702.

³⁶¹ En ce sens, voir SUPRA.

³⁶² Elle ne bénéficiait pas d'aménagements horaires contrairement aux autres parents.

l'entreprise qui élevaient un enfant handicapé était possible, elle échouait s'agissant du critère de parent isolé. En effet, la salariée discriminée était la seule à porter ce critère dans l'entreprise. La Cour avait alors raisonné par analogie pour créer la notion de *discrimination par association*³⁶³. La doctrine s'est d'ailleurs félicité d'une telle avancée puisqu'elle permet, enfin, de prendre en compte les critères illicites dans leur ensemble et non plus distinctement³⁶⁴.

Lorsque la comparaison de l'individu discriminé aux autres salariés de l'entreprise est impossible, une autre méthode de comparaison peut être envisagée. Il s'agit d'apporter la preuve de la présence de motifs prohibés par la loi ainsi que de les rattacher à des « groupes statistiquement suivis » tels que celui des femmes ou des groupes d'âge³⁶⁵. Toutefois, cette technique s'avère limitée si l'on sait que le Conseil Constitutionnel³⁶⁶ a censuré une disposition prévoyant la réalisation d'un « référentiel ethno-racial » en 2007³⁶⁷. D'aucuns ont alors cru à l'interdiction pure et simple des statistiques ethniques. Cependant, une nuance a été apportée par le rapport du Comité de réflexion présidé par S. VEIL énonçant qu'il « ne comprendrait qu'elles [les statistiques ethniques] soient interdites, tant il est vrai que la lutte contre les discriminations suppose de pouvoir les mesurer »³⁶⁸. Ledit Comité a d'ailleurs précisé que la décision du Conseil Constitutionnel devait s'interpréter de façon bien moins radicale et ne visait pas à l'interdiction des statistiques ethniques mais seulement à leur encadrement.

Toutefois, bien qu'elles soient admises, ces études de groupes sont parfois trop incomplètes pour permettre de démontrer la discrimination multiple. Tel avait été le cas d'une décision dans laquelle le Défenseur des droits avait conclu que la salariée handicapée avait fait l'objet d'une « discrimination cumulative en raison de son état de santé et de sa grossesse »³⁶⁹. Or, le Tribunal administratif n'avait pas retenu cette solution³⁷⁰. Le Défenseur des droits avait alors regretté la

363 CJUE 17 juill. 2008, C-303/06, *Coleman*, AJDA 2008. 2327, chron. E. Broussy, F. Donnat et C. Lambert *in* MERCAT-BRUNS M., « Les discriminations multiples et l'identité au travail au croisement des questions d'égalité et de libertés », *Revue de droit du travail*, 2015.

364 MOIZARD N., « La CJUE limite la reconnaissance de la discrimination multiple », note sous CJUE, 24 novembre 2016, C-443/15, *David L. Parris*, *Revue de droit du travail*, 2017.

365 MERCAT-BRUNS M., « Les discriminations multiples et l'identité au travail au croisement des questions d'égalité et de libertés », *Revue de droit du travail*, 2015, p.

366 Décision n°2007-557 DC du 15 novembre 2007, Loi relative à la maîtrise de l'immigration, à l'intégration et à l'asile, JO du 21 novembre 2007.

367 COMITÉ POUR LA MESURE DE LA DIVERSITÉ ET L'ÉVALUATION DES DISCRIMINATIONS (COMEDD), Rapport « Pour un usage critique et responsable de l'outil statistique, Inégalités et discriminations », 2010, p. 6.

368 COMITÉ DE RÉFLEXION PRÉSIDÉ PAR SIMONE VEIL, Rapport : « Redécouvrir le préambule de la Constitution », Paris, *La Documentation française*, décembre 2008, p. 60.

369 DEFENSEUR DES DROITS, Décisions MLD-2013-71 du 23 avril 2013 et MLD 2015-225 du 7 octobre 2015.

370 TA Orléans, 2 février 2016, requêtes nos 1303234 et 1402147.

rareté ou l'absence d'approche sexuée dans les études statistiques sur l'emploi des personnes en situation de handicap.

Le régime probatoire n'est pas le seul obstacle à la reconnaissance des discriminations multiples, en effet les modes d'action en justice eux même ne sont pas appropriés.

Section 2. Une reconnaissance des discriminations multiples freinée par des modes d'action en justice inadaptés

Les modes d'actions en justice, tant individuels (§1) que collectifs (§2) ne permettent pas entièrement d'arguer d'une discrimination multiple.

§1. L'action individuelle et l'action pour la défense des tiers freinées par la pluralité de facteurs

Plusieurs acteurs bénéficient de l'intérêt à agir contre les discriminations. Toutefois, leurs actions ne sont pas forcément transposables au cadre des discriminations multiples. La première personne qui a la qualité pour agir est, bien-entendu, la victime elle-même. Cependant elle peut avoir des difficultés à appréhender son statut de victime (A). Quant aux autres acteurs de la lutte contre les discriminations, tels que les syndicats ou les associations, on peut relever que leur rôle est nuancé en termes de discriminations multiples (B).

A. L'incapacité des individus à s'auto-diagnostiquer victimes de discriminations multiples

S'il semble évident que l'action en reconnaissance d'une discrimination a pour préalable la constatation de cette discrimination, il s'avère que ce constat n'est pas si flagrant pour la victime de discriminations multiples. En effet, ce phénomène n'étant que trop peu appréhendé par le droit, c'est *a fortiori* qu'il n'est pas connu des justiciables. Pourtant, bien que la discrimination multiple ne soit pas prohibée expressément par la loi française, il est possible de l'évoquer devant le juge. Or, le Défenseur des droits déplore la rareté des recours en ce sens³⁷¹. Outre le fait que la pluralité de facteurs discriminatoires soit difficile à faire valoir devant les juridictions françaises, la complexité du concept nuit à son identification par la victime³⁷².

³⁷¹ BENICHOUS S., « Propos conclusifs », *La revue des droits de l'Homme*, 2016, p. 8.

³⁷² BENICHOUS S., « Propos conclusifs », *La revue des droits de l'Homme*, 2016, p. 8.

En 2008, la CORIF (Conseil Recherche Ingénierie Formation pour l'égalité femmes-hommes) et l'ACSÉ (Agence nationale pour la cohésion sociale et l'égalité des chances) avaient abordé l'épineux problème de la connaissance des dispositifs juridiques de la lutte contre les discriminations³⁷³. En effet, cette association avait interrogé un échantillon de femmes de dix-sept à cinquante et un ans, issues de l'immigration et diplômées d'un niveau BAC à BAC+5. L'étude avait notamment pour objectif de mesurer la connaissance des lois et des procédures de la lutte contre les discriminations par les répondantes. Pour ce faire, trois questions leur étaient posées de la manière suivante : « Il y a des lois contre la discrimination, les connaissez-vous ? Y avez-vous eu recours ? Connaissez-vous les procédures à suivre ? ». Force est de constater que leurs réponses font état d'un manque criant de connaissance du régime juridique de la discrimination. Par ailleurs, lorsqu'elles ont conscience des actions qui existent afin de faire sanctionner leur discrimination, elles expliquent bien souvent ne pas avoir « osé » entreprendre des démarches.

Cette étude est donc révélatrice de deux freins à l'action en justice individuelle dans le cadre de la discrimination multiple. D'abord, elle démontre que les victimes de discriminations multiples elles-mêmes connaissent très mal les régimes qui pourraient les protéger. Ensuite, l'étude se fait l'écho d'une « peur des représailles » et d'un désintéressement considérable pour le droit de la non-discrimination.

C'est justement cette idée qui a conduit le Défenseur des droits à conclure à un lien entre vulnérabilité des individus et reproduction du phénomène de non-recours face aux discriminations. Il attribue cela notamment au fait qu'une « proportion réduite de celles et ceux qui les subissent les ressentent comme telles »³⁷⁴. En effet, d'aucuns constatent que certains individus ont « tendance à sous-estimer la discrimination à laquelle ils sont exposés »³⁷⁵. C'est d'ailleurs ce qui conduit les victimes de discriminations multiples – lorsqu'elles n'y sont pas

³⁷³ CORIF et Acsé, Rapport sur « L'imbrication des discriminations liées au genre, à l'origine, au niveau social », 2009, p. 106.

³⁷⁴ DÉFENSEUR DES DROITS, Rapport annuel d'activité de 2016, p. 3.

³⁷⁵ BECUWE A., LAURENT-MERLE I., « Pour une approche transdisciplinaire de la discrimination au travail », *RIMHE, la Revue Interdisciplinaire Management, Homme & Entreprise*, 2013/1 n°5, p. 28. et LESNE M., et SIMON P., « La mesure des discriminations dans l'enquête "Trajectoires et Origines" », *Ined*, « Documents de travail, n° 184 » 2012, 32.

contraintes – à faire un choix entre l'un des critères sur le fondement desquels elles sont discriminées³⁷⁶.

L'action individuelle des victimes en vue de faire sanctionner la discrimination multiple et d'en obtenir réparation connaît donc deux obstacles qui sont leur manque de connaissance du droit et leur vulnérabilité. Il est à noter que les deux se combinent car ils s'induisent mutuellement.

Si l'on pourrait espérer que d'autres agents – tels que des associations – viennent à leur secours, il apparaît que celles-ci souffrent également de difficultés lorsqu'une pluralité de critères entre en jeu.

B. Le rôle nuancé des syndicats et associations dans la lutte contre les discriminations multiples

Le droit à un recours effectif est un droit fondamental protégé par la CEDH. Son article 13 dispose en effet que « toute personne dont les droits et libertés (...) ont été violés, a droit à l'octroi d'un recours effectif devant une instance nationale (...) ». Dans un arrêt de 1984, la CJUE a elle aussi posé le principe selon lequel « les juridictions nationales doivent assurer une protection judiciaire efficace et garantir [aux individus] l'accès aux procédures judiciaires »³⁷⁷. Les États membres doivent rendre l'action en justice accessible aux personnes qui s'estiment victimes d'un non-respect du principe d'égalité de traitement³⁷⁸. Un rapport de la Commission européenne, sur l'égalité des genres, révèle les bonnes pratiques des États membres à ce sujet³⁷⁹. Il soulève notamment le cas de la France qui prévoit que des organisations et des syndicats peuvent assister les victimes et tenter des actions pour leur compte.

³⁷⁶ MARTIN P., « La discrimination multiple, un concept insaisissable par le droit du travail ? Un point de vue français et comparatif », *Revue internationale de droit comparé, Société de législation comparée*, 2011, p. 8.

³⁷⁷ CJUE, C-222/84 du 15 mai 1986, Marguerite Johnston contre Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary, Recueil 1986, in PRECHAL S., et Susanne BURRI S., Rapport « Égalité des genres : Les règles de l'UE et leur transposition en droit national », Commission européenne, Direction générale de l'emploi, des affaires sociales et de l'égalité des chances, 2009, p. 26.

³⁷⁸ PRECHAL S., et Susanne BURRI S., Rapport « Égalité des genres : Les règles de l'UE et leur transposition en droit national », Commission européenne, Direction générale de l'emploi, des affaires sociales et de l'égalité des chances, 2009, p. 26.

³⁷⁹ PRECHAL S., et Susanne BURRI S., Rapport « Égalité des genres : Les règles de l'UE et leur transposition en droit national », Commission européenne, Direction générale de l'emploi, des affaires sociales et de l'égalité des chances, 2009, p. 26.

En effet, l'article L. 1134-2 du Code du travail prévoit que des syndicats représentatifs peuvent exercer une action, en faveur du candidat ou salarié et ce, sans avoir à justifier d'un mandat de sa part. Cependant, il est précisé que l'intéressé « peut toujours intervenir à l'instance engagée par le syndicat ». Il s'agit là de l'action en substitution.

Par ailleurs, il arrive également que les syndicats interviennent de manière volontaire à l'instance, en vue d'obtenir réparation de leur propre préjudice, lorsque l'un des critères de discrimination du salarié repose sur l'activité syndicale. Tel était le cas dans l'affaire de la SNCF Mobilité³⁸⁰ dans laquelle la Cour d'appel avait reconnu l'existence d'une discrimination fondée sur le sexe et l'activité syndicale. En l'espèce, l'action de la Confédération générale du travail (CGT) avait été jugée recevable et le syndicat avait obtenu 3 000 euros en réparation du préjudice subi.

Les syndicats bénéficient donc d'un champ d'action assez large qui peut s'avérer profitable à la victime de discriminations multiples.

Un deuxième type d'acteur peut tenter des actions en matière de discriminations multiples, il s'agit des associations. Sur ce point, l'article L. 1134-3 du Code du travail vise « les associations régulièrement constituées depuis cinq ans au moins pour la lutte contre les discriminations ou œuvrant dans le domaine du handicap ». L'action de l'association, en faveur d'un candidat ou d'un salarié, ne peut toutefois être engagée qu'après obtention de son accord écrit. Celui-ci peut, par ailleurs, intervenir ou mettre un terme à l'instance lorsqu'il le souhaite.

Cette disposition pourrait répondre à la problématique de la vulnérabilité et de l'ignorance des procédures, dont il a été fait état précédemment, au sujet des victimes de discriminations multiples. Toutefois, l'intervention de l'association pour pallier le défaut d'action de la victime elle-même paraît fortement compromis par la rédaction de l'article L. 1134-3 du Code du travail. En effet, cette possibilité n'est laissée qu'aux associations dont les prérogatives touchent à la discrimination ou au handicap. Cela signifie que l'intérêt à agir de l'association est déterminé par son objet. Or, la plupart des associations visent en général un domaine bien particulier et « sont généralement constituées pour lutter contre un seul motif de discrimination »³⁸¹. Sans vouloir en faire une liste exhaustive, quelques exemples topiques tels que l'Association de solidarité avec les femmes algériennes démocrates (Asfad), ou encore la

³⁸⁰ CA Aix en Provence, Mme C. contre SNCF Mobilités, 20 octobre 2017, n°17-518 – Voir SUPRA.

³⁸¹ LANQUETIN M-T., « Égalité, diversité et... discriminations multiples », *Travail, genre et sociétés* 2009, n° 21, p. 100.

Ligue Internationale Contre le Racisme et l'Antisémitisme (LICRA) peuvent être mentionnés. Les noms même des associations renvoient d'ailleurs à leur spécialisation, laquelle ne correspond pas avec l'idée des discriminations multiples qui se fondent plusieurs critères pouvant être très différents. Cette corrélation entre l'objet de l'association et le motif de la discrimination a été posé très tôt dans un arrêt³⁸² de 1997. La Cour d'appel avait ainsi jugé que « l'association ayant pour objet (...) la défense et la promotion des intérêts des familles, ne justifie pas d'une vocation particulière à assurer la défense des cadres en activité ou à la retraite (...) ». La Cour l'avait alors déclarée irrecevable car elle ne justifiait pas d'un intérêt collectif à agir.

Partant, l'action de l'association en vue de lutter contre un seul motif de discrimination semble difficilement pouvoir profiter aux discriminations multiples. Pour autant, on pourrait imaginer que d'autres associations interviennent pour les autres critères de discrimination. Toutefois, des actions distinctes de la part de plusieurs associations ne feraient pas cas de « la complexité des questions de discrimination [qui] ne peut toujours se satisfaire d'une approche, motif par motif »³⁸³.

§2. Le système de l'action de groupe inadapté à la lutte contre les discriminations multiples

A. L'ouverture de l'action de groupe aux victimes de discriminations

Alors que l'action de groupe existait déjà depuis 2014 en matière de consommation et depuis janvier 2016 en matière de santé, elle s'est ouverte aux discriminations, à l'environnement et aux protections des données à caractère personnel avec la loi du 18 novembre 2016³⁸⁴. L'action de groupe contre les discriminations au travail se retrouve aux articles L. 1134-6 à L. 1134-10 du Code du travail. La loi de modernisation de la justice du XXI^{ème} siècle, aussi appelée « J21 » dispose que l'action de groupe peut être menée par des

³⁸² CA Paris, 1^{er} juillet 1997, 1^{ère} ch. A, Fédération des Familles de France c/ CFTC et autres in RJS 1997 - n° 1153 - Octobre - Sécurité sociale

³⁸³ LANQUETIN M-T., « Égalité, diversité et... discriminations multiples », *Travail, genre et sociétés* 2009, n° 21, p. 100.

³⁸⁴ « Actions de groupe : les nouveautés de la loi J21 », Dalloz Actu-étudiant.

syndicats représentatifs ou des associations constituées depuis plus de 5 ans œuvrant dans le domaine des discriminations ou du handicap.

Elle a vocation à s'appliquer quand plusieurs personnes physiques font l'objet d'une discrimination fondée sur un même motif et imputable à un même employeur³⁸⁵. L'action de groupe peut être engagée si le manquement persiste six mois après sa demande de cessation. Une procédure de réparation individuelle est alors mise en place. Elle définit le groupe de bénéficiaires, le délai d'adhésion au groupe et les préjudices qui sont réparables. Une telle action pour discrimination syndicale a été menée par la CGT en mai 2017 contre « Safran Aircraft Engines »³⁸⁶ notamment.

B. Les limites de l'action de groupe en matière de discriminations multiples

L'absence de mention des discriminations multiples dans la loi J21 n'est pas étonnante si l'on sait qu'elles ne sont pas mentionnées à l'article L. 1132-1 du Code du travail.

Si l'action de groupe ou « *class action* » peut être de très grande ampleur aux Etats Unis³⁸⁷, les français ne lui accordent pas autant d'attention. Cela s'explique notamment par ses conditions de mises en œuvre difficiles et le fait que son déclenchement soit réservé à seulement deux acteurs que sont les syndicats et les associations.

Bien qu'elle ait suscité un grand espoir lors de son ouverture toute récente à la discrimination, l'action de groupe paraît donc avoir des difficultés à s'appliquer en l'état³⁸⁸. Par ailleurs, il est certain qu'elle ne peut être que très difficilement menée au profit de victimes de discriminations multiples. En effet, cela supposerait que toutes les victimes soient discriminées par le même employeur et pour les mêmes motifs. Or, il apparaît évident que constituer un groupe de victimes discriminées chacune en raison de plusieurs et des mêmes critères s'avère compliqué.

Cependant, l'affaire des Chibanis semblait pouvoir être menée de manière collective. Tel n'a pas été le cas puisque chacun des salariés discriminés a engagé une action individuelle.

³⁸⁵ Discrimination (Principe de non-discrimination), Fiches d'orientation, Dalloz.

³⁸⁶ cgt.fr

³⁸⁷ Affaire Wal-mart devant la « District Court for the Northern District of California » en 2001 dans laquelle 1,5 million de femmes étaient concernées par une discrimination de genre.

³⁸⁸ CLÉMENT E., « L'action de groupe : un remède efficace contre les discriminations ? », Etude doctrine.

CONCLUSION

Somme toute, l'appréhension des discriminations multiples est complexe pour deux raisons. La première tient au flottement sémantique qui entoure le concept. À cet égard, l'absence de consensus entre les auteurs est prégnante, s'agissant tant de l'appellation des discriminations multifactorielles dans leur ensemble, que de la dénomination de chaque catégorie de discriminations multiples elle-même. La seconde raison qui rend difficile la connaissance des discriminations multiples tient à leur caractère protéiforme.

Toutefois, il ressort de l'étude de ce sujet que quatre catégories principales de discriminations multiples peuvent se déclarer dans le domaine du travail. On distingue les discriminations multiples dont les critères sont individualisables, de celles dont les critères sont indissociables. Dans les discriminations multiples aux critères individualisables, on retrouve les discriminations multicritères dont les critères discriminatoires sont concomitants, ainsi que les discriminations successives qui reposent sur des actes discriminatoires répétés. En outre, il a été démontré que la discrimination par association doit s'entendre comme une forme de discrimination multicritère. S'agissant des discriminations multiples aux critères indissociables, elles correspondent aux discriminations intersectionnelles – qui ont pour effet de démultiplier le préjudice de la victime – ainsi que les discriminations connexes, qui sont une particularité française et reposent sur des motifs consubstantiels ou analogues.

Les discriminations multiples sont reconnues de manière nuancée en droit positif. En effet, le droit international apparaît trop ancien pour démontrer une prise en charge d'un concept créé dans les années quatre-vingt-dix. Le droit européen lui, aborde timidement le concept notamment en droit communautaire, dans certaines directives des années 2000. Finalement, il faut se tourner vers le droit comparé pour remarquer que certaines législations étrangères abordent expressément les discriminations multiples. Bien qu'elles restent encore trop rares, les « best practices » sont notamment remarquées en Allemagne, en Roumanie et en Afrique du sud. Toutefois, il apparaît que la mention des discriminations multiples dans la législation n'implique pas forcément qu'elles soient traitées de manière appropriée en pratique. À l'inverse, il est des cas où l'absence de disposition spécifique n'empêche pas la reconnaissance des discriminations multiples, comme c'est par exemple le cas au Danemark. De prime abord, la France – persistant à conserver une législation unidimensionnelle – fait figure de mauvaise élève. Cependant, l'étude de la pratique nous livre un tout autre message.

En effet, le Défenseur des droits joue un rôle considérable dans la lutte contre les discriminations multiples. Pour ce faire, il utilise toute l'étendue de ses attributions. Celles-ci lui permettent aussi bien de publier des études sur ce phénomène, que de donner son avis au juge sur leur interprétation ou encore de faire des recommandations législatives au Gouvernement. Par ailleurs, les juges eux même passent outre le silence du législateur pour accueillir assez favorablement l'approche multifactorielle. Il n'en demeure pas moins que, ne bénéficiant pas d'un régime légal adapté, les juridictions restent attachées à une appréciation globale du préjudice de la victime. La réparation la plus adaptée aux discriminations multiples serait pourtant une réparation accrue, permettant de sanctionner par la même l'auteur, selon le modèle américain des dommages et intérêts punitifs. Or, bien que les juges français reconnaissent la pluralité de facteurs ayant fondé la discrimination, ils n'en tiennent pas compte dans sa réparation. Cependant, l'espoir d'une meilleure réparation, grâce à la prise en compte des critères de la victime, apparaît en droit français là où on ne l'attendait pas. Il s'agit de la considération du sexe de la victime dans l'indemnisation de son préjudice sur le montant de la retraite. Si cela se justifie par des considérations objectives, tenant à la différence d'espérance de vie entre les hommes et les femmes, cet aménagement n'en constitue pas moins une avancée de taille pour le pays. En effet, la France est attachée à l'idée d'un idéal d'égalité républicaine qui ne permet, en théorie, pas de différencier les individus considérés comme égaux en droit.

De nombreux arguments plaident en faveur d'une reconnaissance des discriminations multiples alors que l'état actuel du droit français rend la réception du concept difficile. En effet, l'absence de régime juridique de la discrimination multiple n'empêche pas son développement dans la pratique. Il s'avère toutefois que d'autres acteurs tels que le Défenseur des droits ou l'OIT s'efforcent de les combattre. Pour ce faire, ils utilisent notamment deux méthodes qui ont fait leur preuve. La première consiste en des enquêtes de victimation, afin de mesurer l'ampleur des discriminations multiples dans la pratique. Le second n'est autre que le testing, désormais fréquemment utilisé dans les politiques de dénonciation des entreprises discriminantes. En outre, ces outils font la démonstration de la spécificité du préjudice de la victime et de la nécessité d'adopter des réponses légales adaptées. En effet, la situation de particulière vulnérabilité dans laquelle se trouve la victime la rend d'autant plus susceptible de subir des discriminations multiples. De façon corrélative, la discrimination multifactorielle qu'elle expérimente la rend encore plus vulnérable puisqu'elle a affaibli ses capacités d'insertion professionnelle. La victime de discriminations multiples se retrouve donc prise dans un cercle vicieux qui se traduit par son sentiment d'exclusion sociale.

Bien que ce ne soit pas le cas en droit français, ce constat justifierait donc une réparation accrue de son préjudice, sur le modèle américain des dommages et intérêts punitifs. De même, la pluralité de facteurs pourrait légitimement être considérée comme une circonstance aggravante dans la sanction pénale de son auteur.

Si l'on plaide pour une reconnaissance des discriminations multiples, encore faut-il pouvoir en déterminer les modalités. En effet, différentes approches légales, plus ou moins efficaces, permettent de les appréhender. Le fait d'augmenter la liste des motifs prohibés constitue le socle minimal pour permettre à la victime d'évoquer différents critères devant le juge. Si la France s'en est contenté, d'autres approches expérimentées à l'étranger conduiraient à faciliter la reconnaissance du phénomène. Si la meilleure solution reste de viser expressément la multiplicité de motifs dans la loi prohibant les discriminations, une approche intermédiaire pourrait également être retenue. Celle-ci consiste en l'élaboration d'une liste non exhaustive de motifs prohibés, permettant l'invocation de motifs nouveaux ainsi que leur combinaison. Toutefois, l'approche légale ne constitue pas le seul moyen qui permette de lutter contre les discriminations multiples. En effet, les politiques publiques peuvent également concourir à lutter contre le phénomène. Pour ce faire, l'approche multifactorielle doit être intégrée dans les politiques promouvant l'égalité. C'est ce que les anglo-saxons appellent le « mainstreaming ». Cependant, une fois encore, l'idéal d'égalité républicaine à la française rend impossible cette intégration puisqu'elle reviendrait à admettre la singularité des individus. Or tout l'intérêt des discriminations multiples est justement de reconnaître que les individus ont des caractéristiques personnelles différentes. C'est la prise en compte de ces critères qui permet de les protéger en interdisant qu'un traitement défavorable en découle. Cette notion d'égalité républicaine paraît d'autant plus surprenante si l'on considère qu'un « Label diversité » a été créé en France pour féliciter les entreprises qui embauchent des travailleurs aux attributs « divers » [sexe, origine, handicap,...]. Quoiqu'il en soit le pays paraît aujourd'hui moins catégorique quant à cet idéal puisqu'il semble prêt à élaborer une « discrimination multiple positive » avec la création du système des « emplois francs ».

In fine, il serait utopique de croire qu'une simple modification de la loi anti-discrimination permettrait de traiter correctement les situations de discriminations multiples. En effet, nombreux sont les obstacles à la réception efficace du concept dans la législation française. Le premier consiste en l'impossibilité de transposer le cadre juridique de la discrimination dite « classique » à la discrimination multiple. Cela se traduit notamment par un

régime probatoire inadapté, parce que trop lourd pour la victime de discriminations multiples. En outre, la méthode du panel de comparaison, très utilisée dans le cadre de la discrimination, échoue bien souvent à démontrer l'existence d'une discrimination multiple.

Pour finir, les modes d'actions qui permettent d'invoquer l'existence d'une discrimination unidimensionnelle ne peuvent être valablement utilisés pour faire valoir la discrimination multiple. Un premier frein se trouve dans la difficulté que rencontre le salarié à s'auto-diagnostiquer en tant que victime. Par ailleurs, si l'action en substitution du syndicat reste possible, l'objet déterminé des associations les empêche d'intervenir pour la défense de plusieurs critères différents, qui sortiraient de leur champ d'action. Enfin, la création récente de l'action de groupe semble bien impossible à mettre en œuvre dans le cadre des discriminations multiples.

Un colloque de grande ampleur a été organisé par le Défenseur des droits en janvier dernier. Il avait pour but, durant deux jours, de discuter autour des discriminations multiples. Bien que les actes n'aient pas été à ce jour publiés, ce type d'évènement met en lumière un concept encore trop peu reconnu.

ANNEXE 1

Article L1132-1 C.trav. :

« Aucune personne ne peut être écartée d'une procédure de recrutement ou de l'accès à un stage ou à une période de formation en entreprise, aucun salarié ne peut être sanctionné, licencié ou faire l'objet d'une mesure discriminatoire, 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, notamment en matière de rémunération, au sens de l'article L. 3221-3, de mesures d'intéressement ou de distribution d'actions, de formation, de reclassement, d'affectation, de qualification, de classification, de promotion professionnelle, de mutation ou de renouvellement de contrat en raison de son origine, de son sexe, de ses mœurs, de son orientation sexuelle, de son identité de genre, de son âge, de sa situation de famille ou de sa grossesse, de ses caractéristiques génétiques, de la particulière vulnérabilité résultant de sa situation économique, apparente ou connue de son auteur, de son appartenance ou de sa non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, une nation ou une prétendue race, de ses opinions politiques, de ses activités syndicales ou mutualistes, de ses convictions religieuses, de son apparence physique, de son nom de famille, de son lieu de résidence ou de sa domiciliation bancaire, ou en raison de son état de santé, de sa perte d'autonomie ou de son handicap, de sa capacité à s'exprimer dans une langue autre que le français. »

Article 225-1 C.pén. :

« Constitue une discrimination toute distinction opérée entre les personnes physiques (*L. n° 2016-1547 du 18 nov. 2016, art. 86*) «sur le fondement de leur origine, de leur sexe, de leur situation de famille, de leur grossesse, de leur apparence physique, de la particulière vulnérabilité résultant de leur situation économique, apparente ou connue de son auteur, de leur patronyme, de leur lieu de résidence, de leur état de santé, de leur perte d'autonomie, de leur handicap, de leurs caractéristiques génétiques, de leurs mœurs, de leur orientation sexuelle, de leur identité de genre, de leur âge, de leurs opinions politiques, de leurs activités syndicales, de leur capacité à s'exprimer dans une langue autre que le français, de leur appartenance ou de leur non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, une Nation, une prétendue race ou une religion déterminée.

Constitue également une discrimination toute distinction opérée entre les personnes morales (*L. n° 2016-1547 du 18 nov. 2016, art. 86*) «sur le fondement de l'origine, du sexe, de la situation de famille, de la grossesse, de l'apparence physique, de la particulière vulnérabilité résultant de la situation économique, apparente ou connue de son auteur, du patronyme, du lieu de résidence, de l'état de santé, de la perte d'autonomie, du handicap, des caractéristiques génétiques, des mœurs, de l'orientation sexuelle, de l'identité de genre, de l'âge, des opinions politiques, des activités syndicales, de la capacité à s'exprimer dans une langue autre que le français, de l'appartenance ou de la non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, une Nation, une prétendue» race ou une religion déterminée des membres ou de certains membres de ces personnes morales. »

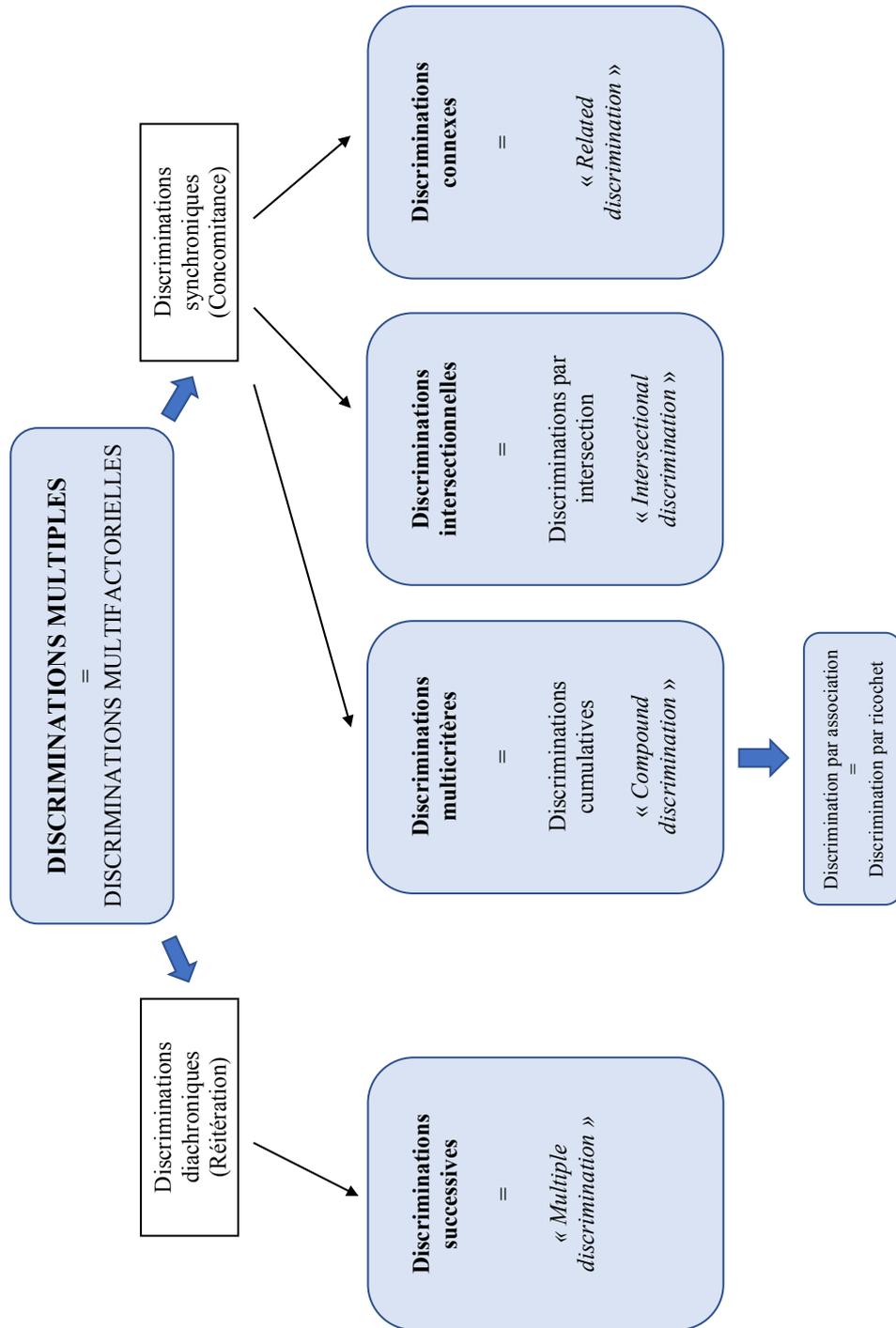
Article L1134-1 C.trav. :

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.

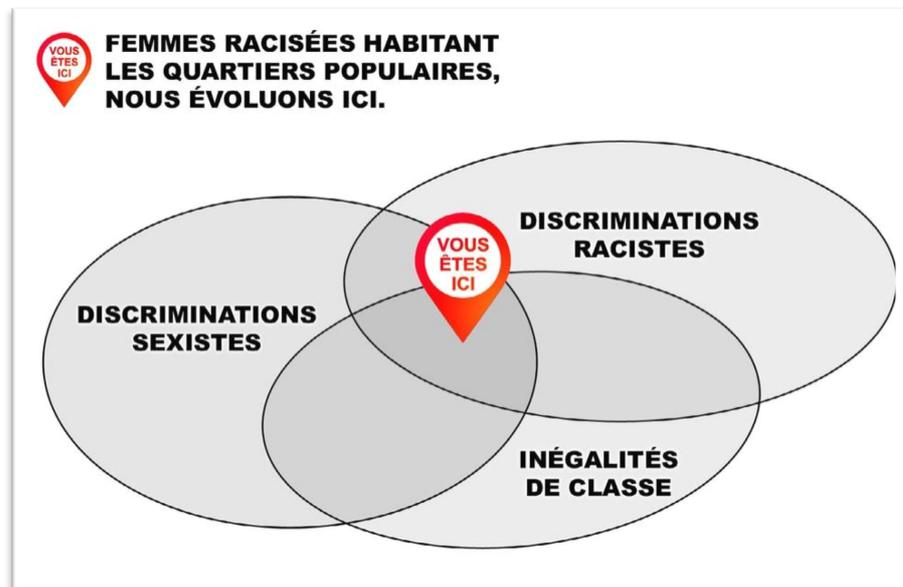
Au vu de ces éléments, il incombe à la partie défenderesse de prouver que sa décision est justifiée par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination.

Le juge forme sa conviction après avoir ordonné, en cas de besoin, toutes les mesures d'instruction qu'il estime utiles.

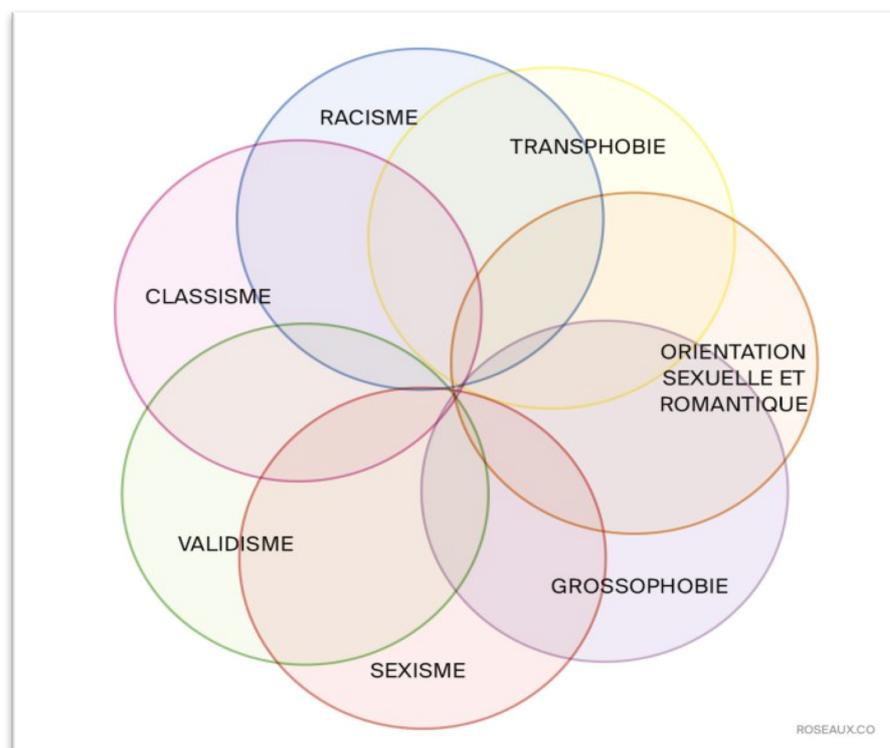
ANNEXE 2



ANNEXE 3

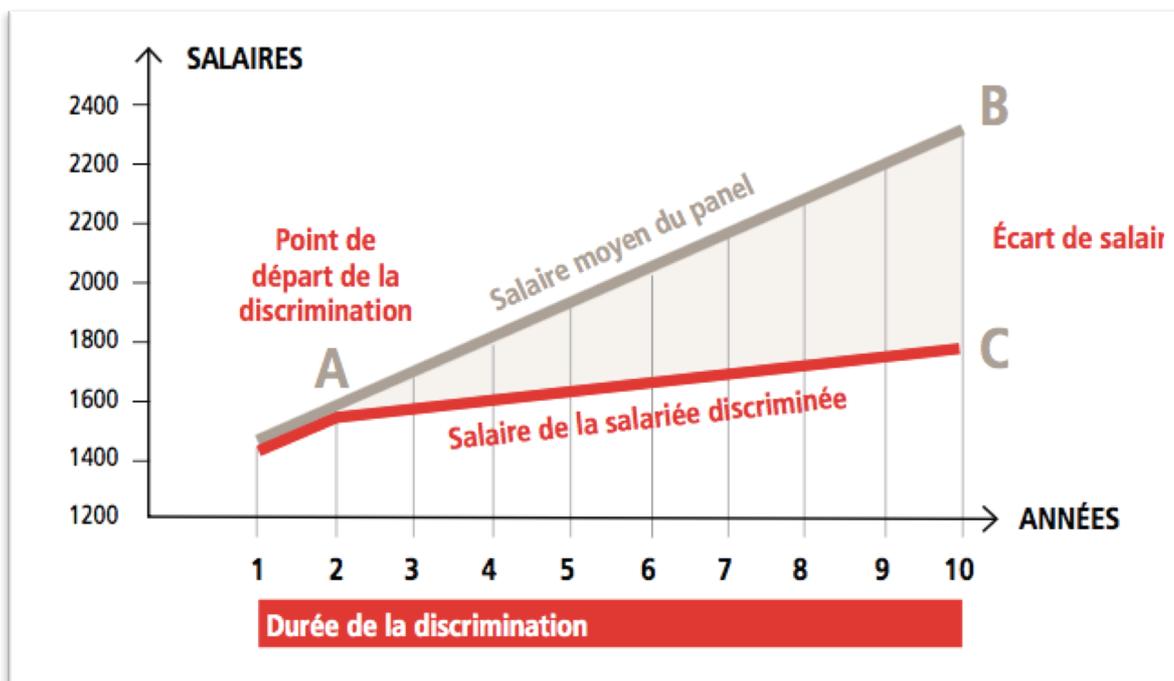


Source : **OUASSAK F.**, *Discriminations Classe/Genre/Race*, Ifar 2015.



Source : <http://roseaux.co>

ANNEXE 4



**Préjudice financier = surface du triangle ABC
= (Écart de salaire) x (Durée de la discrimination)
2**

Source : CONFEDERATION GENERALE DU TRAVAIL (CGT), « Gagner l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes », Guide de la négociation 2017, p. 110.

BIBLIOGRAPHIE

1. Traités, manuels, dictionnaires et ouvrages généraux

AUZERO G., BAUGARD D., DOCKES E.,

- *Droit du travail*, Précis Dalloz, 31^{ème} édition, 2018.

BORENFREUND G., VACARIE I.,

- *Le droit social, l'égalité et les discriminations*, Thèmes et commentaires Dalloz, 2013.

CORNU G.,

- *Vocabulaire juridique*, Quadrige, PUF, 12^{ème} édition, 2018.

Discrimination (Principe de non-discrimination), Fiches d'orientation, Dalloz.

LANQUETIN M-T.,

- *Discrimination*, Répertoire de droit du travail, Dalloz, 2010 (actualisation : 2018).

PÉCAUT-RIVOLIER L.,

- *Représentants du personnel : statut protecteur*, Répertoire de droit du travail, juin 2013 (actualisation : févr. 2018).

WOLMARK C., PESKINE E.,

- *Droit du travail 2017*, HyperCours Dalloz, 11^{ème} édition, 2016.

2. Ouvrages spéciaux, thèses et monographies, mémoires

ALLEMAND S. et MINE M.,

- *Siffler en travaillant ? Les droits de l'homme au travail : un état des lieux*, Cavalier Bleu, 2006.

DOYTCHEVA M., et CARADEC V.,

- *Inégalités, discriminations, reconnaissance. Une recherche sur les usages sociaux des catégories de la discrimination : VOLUME 1 : De la lutte contre les discriminations ethnoraciales à la " promotion de la diversité " - Une enquête sur le monde de l'entreprise*, Rapport de recherche, Université de Lille 3, 2017, p. 84.

LESNE M.,

- *La perception et la mesures des discriminations racistes et sexistes*, Université Paris

VIII, 24 novembre 2015.

MAKKONEN T.,

- *Multiple, compound and intersectional discrimination: bringing the experiences of the most marginalized to the fore*, Institute For Human Rights, Åbo Akademi University, April 2002.

OUASSAK F.,

- *Discriminations Classe/Genre/Race*, Ifar 2015.

SERENO S.,

- *Le défenseur des droits et les discriminations dans l'emploi*, Aix-Marseille Université, pp. 169-177.

3. Articles et chroniques

ARDILLIER S., et al.,

- *Répartition de la charge de la preuve*, n°238, Lamy social, 2018.

BAUCOMONT M. et al.,

- *Dispositions civiles relatives à la charge de la preuve en matière de discrimination*, Le Lamy droit pénal des affaires, 2017.

BEALE F.,

- « Double jeopardy : to be black and female », T. Cade (Ed.), *New American Library*, New York, 1970.

BECUWE A., LAURENT-MERLE I.,

- « Pour une approche transdisciplinaire de la discrimination au travail », *RIMHE, la Revue Interdisciplinaire Management, Homme & Entreprise*, 2013/1 n°5.

BELORGEY J-M.,

- « Discrimination ordinaire/discrimination positive. Quelle place pour la différence ? », *VST - Vie sociale et traitements*, vol. 95, n° 3, 2007, pp. 141-146.

BENICHOUS S.,

- « Propos conclusifs », *La revue des droits de l'Homme*, 2016.

BERKAOUI H.,

- « Discriminations à l'embauche : le retour du «Name and shame» », *Public Sénat*, 17 novembre 2017.

BOËTON M.,

- « Discrimination positive en France », *Études*, vol. tome 398, n°2, 2003, pp. 175-184.

BRISSY S.,

- *Fasc. 17-11 : Discriminations*, J.-Cl. (Travail Traité), 2015.

BURNOUF P.,

- « Le §22 AGG sur l'aménagement du régime de la charge de la preuve en matière de discrimination : les exigences européennes en matière de preuve et la réception du droit de l'UE en France et en Allemagne », *Droit et discriminations*, Blogs pédagogiques de l'Université Paris Nanterre, 2011.

BURRI S., SCHIEK D.,

- « Multiple discrimination in the EU Law. Opportunities for legal responses to intersectional gender discrimination ? », *European network of legal experts in the field of gender equality*.

CALVES G.

- « Pour une analyse (vraiment) critique et la discrimination positive », *Le Débat*, Gallimard, vol. 117, no. 5, 2001, pp. 163-174.

CHAPPE V-A.,

- « La preuve par comparaison : méthode des panels et droit de la non-discrimination », *Sociologies pratiques*, 2011/2, n°23, pp. 45-55.

CHATARD A., LORENZI-CIOLDI F., BUSCHINI F.,

- « Entre méritocratie et préjugés, la discrimination positive peut-elle se frayer un chemin ? », *L'année psychologique*, 2006 vol. 106, n°3. pp. 359-373.

CHOPIN F.,

- « Défenseur des droits », *Répertoire de droit du travail*, janvier 2015 (actualisation : févr. 2017).

CLÉMENT E., « L'action de groupe : un remède efficace contre les discriminations ? », *Etude doctrine*.

CRENSHAW KW.,

- « Demarginalizing the intersection of race and sex: A black feminist critique of antidiscrimination. Doctrine, Feminist theory and Antiracist politics », *University of Chicago Legal Forum*, Vol. 1989, Article 8.
- « Mapping the margins: Intersectionality, Identity politics, and Violence against women of color », *Stanford Law Review*, Vol. 43, No. 6 (Jul., 1991).

DAUGAREILH I.,

- « Les discriminations multiples – Une opportunité pour repenser le droit à la non-discrimination », *La discrimination au féminin pluriel*, *Hommes et migration*, n° 1292, 2011.

DAUPHIN S. et SENAC-SLAWINSKI R.,

- « Gender mainstreaming : analyse des enjeux d'un 'concept-méthode'. Introduction », *Cahiers du Genre* (n° 44), 2008, p. 5-16.

DELCROIX D.,

- « Agir en situation de discrédit », *Migrations sociétés*, vol. 23, n°133, 2011, pp. 81-93.

DELIYIANNI-DIMITRAKOU C.,

- « Égalité multidimensionnelle et discriminations multiples en droit comparé », *Revue internationale de droit comparé*, Vol. 65 N°3, 2013, pp. 681-718.

DOSSO F.,

- « Du consensus de cœur au consensus des arguments : la conception de la démocratie chez Rousseau et Habermas », *Hermès, La Revue*, vol. 64, n°3, 2012, pp. 184-190.

FREDMAN S.,

- « Intersectionnal discrimination in EU gender equality and non-discrimination Law », *European network of legal experts in gender equality and non-discrimination, Justice and Consumers*, European Commission, 2016.

FRIGOLI G.,

- « Discriminations multiples et action publique locale », *La discrimination au féminin pluriel*, *Hommes et migrations* N°1292, 2011, p. 25.

HOWARD E.,

- « Multiple discrimination », *Middlesex University : Conference paper presented at the 'Think Equal, Symposium on Multiple Discrimination'*, 1 November 2011, National Commission for the Promotion of Equality (NCPE), Malta.

JUNTER A., LANQUETIN M-T.,

- « L'égalité professionnelle peut-elle passer par des quotas ? » *Revue de droit du travail*, 2006, p. 72.

KACHOUKH F.,

- « Discriminations multiples rendre visible l'invisible », *Plein droit* 2014/4 (n° 103).

KOMBILA H.,

- « La multiplicité des critères illicites de discrimination », Colloque ARDIS, Octobre 2015.

LANGLOIS P.,

- « Discrimination, égalité et rémunération : régime et fondement », *Semaine Sociale Lamy*, N° 1256, 10 avril 2006, Supplément.

LANQUETIN M-T.,

- « Égalité, diversité et... discriminations multiples », *Travail, genre et sociétés* 2009, n° 21.

LAPEROU-SCHENEIDER B.,

- « Discrimination - La particulière vulnérabilité résultant de la situation économique, nouveau critère de discrimination », *La Semaine Juridique Edition Générale* n° 28, 11 Juillet 2016, 817.

LASSERRE CAPDEVILLE J.,

- « Le testing », *AJ pénal*, 2008, p. 310.

LAULOM S.,

- « L'interdiction des discriminations du fait de l'âge », *Semaine Sociale Lamy*, n°1750, 26 décembre 2016, Supplément.

LEMARCHAND J. et LOYE D.,

- Interview de Marlène SCHIAPPA, *Les échos*, 13 décembre 2017.

LESNE M., et SIMON P.,

- « La mesure des discriminations dans l'enquête "Trajectoires et Origines" », *Ined*, « Documents de travail, n° 184 » 2012, 32.

L'HORTY Y., DUGUET E., DU PARQUET L., PETIT P. et SARI F.,

- « Les effets du lieu de résidence sur l'accès à l'emploi : un test de discrimination auprès de jeunes qualifiés », *Economie et statistique*, n°447, 2011. pp. 71-95.

MARTIN P.,

- « La discrimination multiple, un concept insaisissable par le droit du travail ? Un point de vue français et comparatif », *Revue internationale de droit comparé, Société de législation comparée*, 2011.

MERCAT-BRUNS M.,

- « Les discriminations multiples et l'identité au travail au croisement des questions d'égalité et de libertés », *Revue de droit du travail*, 2015.

MOIZARD N.,

- « Le panel de comparaison dans la preuve des discriminations ou de l'inégalité de traitement », *Revue de droit du travail*, 2016, p. 42.

PETIT P., DUGUET E., L'HORTY Y., DU PARQUET L. et SARI F.,

- « Discriminations à l'embauche des jeunes franciliens et intersectionnalité du sexe et de l'origine : Les résultats d'un testing », Rapport de recherche n°2011-5 à l'Agence nationale pour la cohésion sociale et l'égalité des chances (ACSé), *Travail, Emploi et Politiques Publiques (TEPP)*, CNRS, 2011.

PORTMANN A.,

- « Treize mesures pour lutter contre les discriminations au travail », *Dalloz actualité*, 20 mai 2015.

SOLANKE I.,

- « Addressing Intersectionality in Britain », in *Discriminations multiples, TANGRAM n°23*, Bulletin de la commission fédérale contre le racisme (CFR), Juin 2009, Confédération suisse.

UCCELLARI P.,

- « Multiple discrimination : how law can reflect reality », *The equal rights review*, 2008.

4. Rapports, enquêtes, études

AGENCE EUROPEENNE DES DROITS FONDAMENTAUX,

- Rapport sur « La discrimination multiple subie par les minorités », Communiqué de presse, Vienne le 2 Février 2011.

COMITÉ DE RÉFLEXION PRÉSIDÉ PAR SIMONE VEIL,

- Rapport : « Redécouvrir le préambule de la Constitution », Paris, *La Documentation française*, décembre 2008.

COMITÉ POUR LA MESURE DE LA DIVERSITÉ ET L'ÉVALUATION DES DISCRIMINATIONS (COMEDD)

- Rapport « Pour un usage critique et responsable de l'outil statistique, Inégalités et discriminations », 2010.

COMMISSION EUROPEENNE,

- Flash Eurobaromètre n° 232, « La discrimination dans l'Union européenne. Perceptions et expériences de la discrimination dans les secteurs du logement, des soins de santé, dans le système éducatif et lors de l'achat de produits ou l'utilisation de services », 2008.
- « Lutte contre la discrimination multiple : pratiques, politiques et lois », Direction générale de l'emploi, des affaires sociales et de l'égalité des chances, 2007.
- PRECHAL S., et Susanne BURRI S., Rapport « Égalité des genres : les règles de l'UE et leur transposition en droit national », Commission européenne, Direction générale de l'emploi, des affaires sociales et de l'égalité des chances, 2009.

COMMISSION ONTARIENNE DES DROITS DE LA PERSONNE,

- « Approche intersectionnelle de la discrimination - Pour traiter les plaintes relatives aux droits de la personne fondées sur des motifs multiples », ISBN – 0-7794-3002-6, 9 octobre 2001.

CONFEDERATION GENERALE DU TRAVAIL (CGT),

- « Gagner l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes », Guide de la négociation 2017, p. 108.

CONSEIL ECONOMIQUE, SOCIAL ET ENVIRONNEMENTAL (CESE),

- Étude sur « Les femmes éloignées du marché du travail », Délégation aux droits des femmes et à l'égalité, Mme Hélène FAUVEL (rapporteuse), 25 février 2014.

CORIF et ACSÉ,

- Rapport sur « L'imbrication des discriminations liées au genre, à l'origine, au niveau social », 2009, p. 106.

COUR DE CASSATION,

- « Les personnes vulnérables dans la jurisprudence de la Cour de cassation », Rapport annuel de la Cour de cassation, 2009, *La documentation française*, p. 295.

DARES ANALYSES et MINISTERE DU TRAVAIL,

- « Discriminations à l'embauche selon l'origine : que nous apprend le *testing* auprès des grandes entreprises ? », décembre 2016, n°076.

DEFENSEUR DES DROITS,

- Communiqué de presse, « Le Défenseur des droits présente les résultats de son appel à témoignages sur les discriminations liées à l'origine dans l'accès à l'emploi », Paris, 19 septembre 2016.
- Rapport annuel d'activité, 2012.
- Rapport annuel d'activité, 2013.
- Rapport annuel d'activité, 2014.
- Rapport annuel d'activité, 2016.
- Rapport sur « L'emploi des femmes en situation de handicap, Analyse exploratoire sur les discriminations multiples », Novembre 2016.

DEFENSEUR DES DROITS et ORGANISATION INTERNATIONALE DU TRAVAIL,

- « 10^{ème} Baromètre de la perception des discriminations dans l'emploi », mars 2017.

HALDE,

- « Les conseils de la HALDE – Une grossesse sans discrimination », janvier 2010.
- Rapport annuel, 2008.

SECRETAIRE GENERAL DES NATIONS UNIES,

- Rapport « Promotion et protection des droits de l'homme », publié le 3 Janvier 2017.

STAERKLE C., et al.

- « Régulation disciplinaire et redistributive : le double effet du sentiment de vulnérabilité matérielle », *Bulletin de psychologie*, vol. numéro 491 n° 5, 2007, pp. 397-405.

5. Notes, conclusions, avis et commentaires de jurisprudence

BOUSSARD-VEERECCHIA E.,

- Note sous CA Aix en Provence, Mme C. contre SNCF Mobilités, 20 octobre 2017, n°17-518, *Le Droit ouvrier*, avril 2018, n° 837.

DEFENSEUR DES DROITS,

- Avis n°17-06 du 07 juillet 2017.
- Décision n° MLD/2012-71 du 15 juin 2012.
- Décision n° MLD-2013-71 du 23 avril 2013
- Décision n° MLD 2015-225 du 7 octobre 2015.
- Décision n° MLD-2016-182 du 12 juillet 2016.
- Décision n° 2017-29 du 26 janvier 2017.

FONTEIX C.,

- « La preuve par testing ne porte pas atteinte aux droits fondamentaux », commentaire sous Cass. Crim. 4 février 2015, n° 14-90.048, *Dalloz actualité*, 25 février 2015.

HALDE,

- Délibération n° 2007-31 du 12 février 2007.
- Délibération n° 2007-75 du 26 mars 2007.
- Délibération n° 2008-131 du 16 juin 2008.
- Délibération n° 2010-169 du 6 septembre 2010.
- Délibération n° 2011-66 du 7 mars 2011.

LASSERRE CAPDEVILLE J.,

- « L'article 225-3-1 du code pénal, régissant le testing, est conforme aux droits de la défense et au droit à un procès équitable », commentaire sous Crim. 4 février 2015, n° 14-90.048, *AJ Pénal* 2015.

MOIZARD N.,

- « La CJUE limite la reconnaissance de la discrimination multiple », note sous CJUE, 24 novembre 2016, C-443/15, *David L. Parris*, *Revue de droit du travail*, 2017.

PERRIN L.,

- « Preuve de la discrimination : appréciation globale des éléments de faits », note sous Cass. soc., 29 juin 2011, n°10-15792, *Dalloz actualité*, 26 juillet 2011.

PEYRONNET M.,

- « Prud'hommes : « PD » ne serait pas une insulte homophobe », obs. sous Cons. prud'h. Paris, 16 décembre 2015, n° F 14/14901, *Dalloz actualité*, 15 avril 2016.
- « Affaire Chibanis c. SNCF : la discrimination fondée sur la nationalité est confirmée », Paris, 31 janvier 2018, *Dalloz actualité*, 13 février 2018.
- « Affaire Chibanis : évaluation du préjudice résultant de la discrimination », Paris, 31 janvier 2018, *Dalloz actualité*, 13 février 2018.

SAINT-RAT A.,

- Note sous CA de Versailles, (5^{ème} Chambre), 20 février 2014, *Droit ouvrier*, octobre 2014, n°795, p. 666.

6. Sites Internet

Centre national de la recherche scientifique (CNRS) :

- <http://www.cnrs.fr>

Centre national de ressources textuelles et lexicales (CNRTL) :

- <http://www.cnrtl.fr>

Confédération générale du travail (CGT) :

- cgt.fr

Dalloz actu-étudiant :

- <https://actu.dalloz-etudiant.fr>

Défenseur des droits :

- <https://www.defenseurdesdroits.fr>

Dictionnaire juridique de Serge BRAUDO :

- <https://www.dictionnaire-juridique.com>

Dictionnaire Larousse :

- <http://www.larousse.fr>

Dictionnaire Littré :

- <https://www.littre.org>

Juridictionnaire des travaux publics et services gouvernementaux du Canada par PICOTTE J. :

- <https://www.btb.termiumplus.gc.ca>

Ministère du travail :

- <http://travail-emploi.gouv.fr>

Nations Unies :

- <http://www.un.org>

Public sénat :

- <https://www.publicsenat.fr>

Roseaux (Magasine féministe) : Schéma 1

- <http://roseaux.co>

<http://roseaux.co/2017/11/kimberle-crenshaw-lintersectionnalite-et-le-feminisme-francais/>

TABLE DES MATIERES

PARTIE 1. UN CONCEPT AMBIGU ET COMPLEXE INSUFFISAMMENT

RECONNU 9

CHAPITRE 1. Le caractère protéiforme des discriminations multiples 9

Section 1. Les discriminations multiples aux critères individualisables 9

§1. Les discriminations successives, des discriminations multiples diachroniques9

A. La particularité des discriminations successives tenant à la répétition d'actes discriminatoires
10

B. L'impact pratique des discriminations successives dans la qualification de harcèlement moral
13

§2. Les discriminations multicritères, des discriminations multiples synchroniques 16

A. Une combinaison de critères individualisables mais concomitants 16

B. La discrimination par association comme sous-catégorie des discriminations multicritères 18

Section 2. Les discriminations multiples aux critères indissociables 21

§1. L'indissociabilité de critères distincts dans les discriminations intersectionnelles 21

A. La définition des discriminations intersectionnelles *stricto sensu* 21

B. L'apport opportun de l'approche intersectionnelle dans l'évaluation du préjudice de la victime
23

§2. L'indissociabilité de critères voisins dans les discriminations connexes 25

A. Les discriminations connexes fondées sur des critères consubstantiels 26

B. Les discriminations connexes fondées sur des critères analogues 28

CHAPITRE 2 : La reconnaissance nuancée des discriminations multiples en droit positif 32

Section 1. La prise en compte frileuse des discriminations multiples hors du prisme français 32

§1. La réception tardive des discriminations multiples en droit supranational 32

A. Un droit international dépassé par le concept de discriminations multiples 32

B. Une reconnaissance timide des discriminations multiples en droit européen 36

§2. L'accueil prometteur des discriminations multiples en droit comparé 38

A. Quelques législations nationales pionnières en matière de discriminations multiples 38

B. L'accueil favorable des discriminations multiples dans la pratique 41

Section 2. Un traitement ambivalent des discriminations multiples en droit français 45

§1. L'accueil bienveillant de l'approche multidimensionnelle face au silence de la loi 45

A. Le rôle remarquable du Défenseur des droits dans la lutte contre les discriminations multiples
45

B. Les prémices d'une réception des discriminations multiples dans la jurisprudence malgré le
mutisme du législateur 48

§2. Les particularités tenant à l'appréciation et à l'indemnisation du préjudice causé par les discriminations multiples 51

A. La survivance d'une appréciation globale du préjudice résultant des discriminations multiples
52

B. La pertinence d'une approche multifactorielle dans l'indemnisation du préjudice sur la retraite de la victime.....	54
---	----

PARTIE 2. LA NECESSITE D'UNE RECONNAISSANCE LEGALE EN FRANCE ET SES OBSTACLES 59

CHAPITRE 1 : L'opportunité d'une reconnaissance de l'existence des discriminations multiples 59

Section 1. La reconnaissance nécessaire d'un concept florissant dans la pratique..... 59

§1. L'existence d'outils au soutien de la lutte contre les discriminations multiples59

A. Un concept oublié de la loi mais remarquablement révélé par l'étude de la pratique60

B. Le « testing », une méthode propice à la démonstration des discriminations multiples.....63

§2. La spécificité du préjudice causé par les discriminations multiples appelant à des réponses légales adaptées66

A. L'urgence d'une intervention législative face à la vulnérabilité des victimes de discriminations multiples66

B. Un préjudice amplifié justifiant une réparation majorée et une sanction aggravée69

Section 2. Des modalités efficaces de reconnaissance légale des discriminations multiples inspirées du droit comparé 72

§1. L'efficacité des différentes approches légales permettant d'aborder les discriminations multiples ..72

A. Un vaste « éventail » de motifs prohibés comme seul support de l'approche multifactorielle en France73

B. L'intérêt d'une législation « ouverte » dans la lutte contre les discriminations multiples française.....75

§2. Les tentatives d'intégration de l'approche multifactorielle de la discrimination dans les politiques publiques.....78

A. Le défaut de « mainstreaming » des discriminations multiples dans les politiques publiques promouvant l'égalité.....78

B. Une approche multifactorielle de la discrimination positive récente mais prometteuse.....81

CHAPITRE 2 : Les entraves à la réception du concept de discriminations multiples dans la législation française 85

Section 1. L'impossibilité de transposer le cadre juridique de la discrimination au domaine des discriminations multiples 85

§1. Le régime probatoire de la discrimination inadapté aux cas de discriminations multiples.....85

A. Le déplacement de la charge de la preuve en faveur de la victime de discrimination85

B. La lourdeur de la charge de la preuve pour la victime de discriminations multiples.....87

§2. La technique de preuve par comparaison inappropriée aux discriminations multiples.....89

A. La démonstration de la discrimination facilitée par la technique de preuve par comparaison ..89

B. La difficulté de constituer un panel de comparaison dans le cadre des discriminations multiples

Section 2. Une reconnaissance des discriminations multiples freinée par des modes d'action en justice inadaptés	94
§1. L'action individuelle et l'action pour la défense des tiers freinées par la pluralité de facteurs	94
A. L'incapacité des individus à s'auto-diagnostiquer victimes de discriminations multiples	94
B. Le rôle nuancé des syndicats et associations dans la lutte contre les discriminations multiples	96
§2. Le système de l'action de groupe inadapté à la lutte contre les discriminations multiples	98
A. L'ouverture de l'action de groupe aux victimes de discriminations	98
B. Les limites de l'action de groupe en matière de discriminations multiples	99