



HAL
open science

La discrimination intersectionnelle en droit : mode d'emploi

Emmanuelle Bribosia, Robin Medard Inghilterra, Isabelle Rorive

► To cite this version:

Emmanuelle Bribosia, Robin Medard Inghilterra, Isabelle Rorive. La discrimination intersectionnelle en droit : mode d'emploi. *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 2021, 126, pp.241-274. hal-03840168v2

HAL Id: hal-03840168

<https://hal.science/hal-03840168v2>

Submitted on 15 Dec 2023

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.

REVUE TRIMESTRIELLE DES DROITS DE L'HOMME

<http://www.rtdh.eu>



NEMESIS



ANTHEMIS

Comité scientifique

Sous la présidence de **Pierre LAMBERT**, avocat honoraire, ancien directeur de la *revue*, président d'honneur de l'Institut des droits de l'homme du barreau de Bruxelles

R. BADINTER, ancien Garde des Sceaux.

FI. BENOÎT-ROHMER, professeure des Universités, présidente de l'Université Robert Schuman à Strasbourg.
V. BERGER, ancien juriste de la Cour européenne des droits de l'homme, avocat au barreau de Paris, professeur au Collège d'Europe.

Fr. BILTGEM, juge à la Cour de justice de l'Union européenne.

M. BOSSUYT, président émérite de la Cour constitutionnelle (b.) et professeur émérite de l'Université d'Anvers.

E. BREMS, professeure à l'Université de Gand.

L. BURGORGUE-LARSEN, professeure à la Sorbonne.

J. CALLEWAERT, greffier adjoint de la Grande Chambre de la Cour européenne des droits de l'homme et professeur à l'Université de Spire et à l'Université catholique de Louvain.

A.A. CAÑADO TRINDADE, ancien président de la Cour interaméricaine des droits de l'homme et juge à la Cour internationale de justice.

C. CHAINAIS, professeure à l'Université Panthéon-Assas (Paris II).

Chr. CHARRIÈRE-BOURNAZEL, ancien bâtonnier du barreau de Paris.

J.-P. COSTA, ancien président de la Cour européenne des droits de l'homme et président de l'Institut international des droits de l'homme – René Cassin.

J.-P. COT, professeur émérite de l'Université de Paris I et juge au Tribunal international du droit de la mer.

V. COUSSIRAT-COUSTÈRE, professeur émérite de l'Université de Lille II.

E. DECAUX, professeur émérite de l'Université de Paris II.

P. de FONTBRESSIN, avocat au barreau de Paris et maître de conférences à l'Université de Paris XI.

B. DEJEMPEPE, conseiller à la Cour de cassation (b.).
M. DELMAS-MARTY, professeure honoraire au Collège de France et membre de l'Académie des sciences morales et politiques.

Fr. DELPÉRÉE, professeur émérite de l'Université catholique de Louvain.

M. DE SALVIA, ancien greffier et juriste de la Cour européenne des droits de l'homme.

O. DE SCHUTTER, professeur à l'Université catholique de Louvain.

R. ERGEC, professeur émérite de l'Université libre de Bruxelles et de l'Université du Luxembourg.

G. HAARSCHER, professeur émérite de l'Université libre de Bruxelles.

M. HERTIG, professeure à l'Université de Genève.

M. HOTTELIER, professeur à l'Université de Genève.

E. LEMMENS, ancien bâtonnier du barreau de Liège.

G. MALINVERNI, ancien juge à la Cour européenne des droits de l'homme et professeur émérite de l'Université de Genève.

J.-P. MARGUÉNAUD, professeur à l'Université de Limoges, Institut européen des droits de l'homme (Université Montpellier I).

P. MARTENS, président émérite de la Cour constitutionnelle (b.) et chargé de cours honoraire de l'Université de Liège et de l'Université libre de Bruxelles.

H. MOCK, ambassadeur de Suisse auprès du Royaume d'Espagne et de la Principauté d'Andorre.

A. NUSSBERGER, ancienne vice-présidente de la Cour européenne des droits de l'homme.

Y. OSCHINSKY, ancien bâtonnier et président de l'Institut des droits de l'homme du barreau de Bruxelles.

P. PARARAS, ancien vice-président du Conseil d'Etat (gr.) et professeur émérite de l'Université Démocratie de Thrace.

G. RAIMONDI, ancien président de la Cour européenne des droits de l'homme.

L.-A. SICILIANOS, juge et ancien président de la Cour européenne des droits de l'homme.

D. SPIELMANN, ancien président de la Cour européenne des droits de l'homme et président de chambre au Tribunal de l'Union européenne.

Fr. SUDRE, professeur émérite de l'Université Montpellier I.

P. TAVERNIER, professeur émérite de l'Université Paris XI.

Fr. TEITGEN, ancien bâtonnier et président de l'Institut des droits de l'homme du barreau de Paris.

H. TIGROUDJA, membre du Comité des droits de l'homme des Nations Unies.

S. TOUZÉ, professeur à l'Université Panthéon-Assas (Paris II) et directeur de l'Institut international des droits de l'homme.

Fr. TULKENS, ancienne vice-présidente de la Cour européenne des droits de l'homme et professeure émérite de l'Université catholique de Louvain.

J. VAN COMPERNOLLE, professeur émérite de l'Université catholique de Louvain.

P. VANDERNOOT, président de chambre au Conseil d'Etat (b.) et maître de conférences à l'Université libre de Bruxelles.

M. VERDUSSEN, professeur à l'Université catholique de Louvain.

P. WACHSMANN, professeur à l'Université de Strasbourg.

Discrimination intersectionnelle en droit : mode d'emploi

PAR

Emmanuelle BRIBOSIA

Professeure à la Faculté de droit et de criminologie de l'Université libre de Bruxelles (ULB) et vice-présidente de l'Institut d'Études européennes

Robin MEDARD INGHILTERRA

Docteur en droit de l'Université Paris Nanterre et chercheur postdoctoral auprès du Centre de droit européen et du Centre Perelman de la Faculté de droit et de criminologie de l'ULB

ET

Isabelle RORIVE

Professeure ordinaire à la Faculté de droit et de criminologie de l'ULB et présidente du Centre Perelman

Résumé

Forme spécifique de discrimination qui résulte de l'interaction de plusieurs motifs, la discrimination intersectionnelle, bien que largement étudiée au niveau théorique, suscite l'embarras des praticiens. Une analyse comparée de jurisprudence permet d'identifier les moments clés lors desquels une approche intersectionnelle est particulièrement pertinente pour la mise en œuvre du droit de la non-discrimination en Europe.

Abstract

Intersectional discrimination is a specific form of discrimination that results from the interaction of several grounds. It is widely studied at the theoretical level, but it is seldom implemented and challenges legal practitioners. A comparative analysis of judicial precedents helps to identify key moments when an intersectional analysis is particularly relevant for the implementation of non-discrimination law in Europe.

« Mais pourquoi nous faudrait-il choisir entre différents combats menés contre différentes modalités de la domination ? Si ce que nous sommes se situe à l'intersection de plusieurs déterminations collectives et donc de plusieurs 'identités', de plusieurs modalités de l'assujettissement, pourquoi faudrait-il instituer l'une plutôt que l'autre comme foyer central de la préoccupation politique, même si l'on sait que tout mouvement a tendance à imposer comme primordiaux et prioritaires ses principes spécifiques de division du monde social ? Et si ce sont les discours et les théories qui nous fabriquent comme sujets de la politique, ne nous incombe-t-il pas de bâtir des discours et des théories qui nous permettent de ne jamais négliger tel ou tel aspect, de ne laisser hors du champ de la perception ou hors du champ de l'action aucun domaine de l'oppression, aucun registre de la domination, aucune assignation à l'infériorité, aucune honte liée à l'interpellation injurieuse... ? Des théories qui nous permettent aussi d'être prêts à accueillir tout mouvement nouveau qui voudra porter sur la scène politique des problèmes nouveaux et des paroles qu'on n'y entendait ou qu'on n'y attendait pas ? »¹

Introduction²

Forme spécifique de discrimination qui résulte de l'interaction de plusieurs motifs³, la discrimination intersectionnelle n'en finit pas d'interroger les juristes. Il s'agirait d'un « concept nouveau et complexe »⁴, « difficile à manier »⁵, en déficit d'« opérationnalisation pratique »⁶ ou « peu fécond en

¹ D. ERIBON, « The Dissenting Child: A Political Theory of the Subject », conférence prononcée le 9 avril 2008, à l'occasion de la remise du *James Robert Brudner Memorial Prize*, tel que cité dans D. ERIBON, *Retour à Reims*, Flammarion, Paris, 2018, p. 245.

² Cette publication s'inscrit dans le cadre du projet de recherche transdisciplinaire ARC « Catégories multiples des migrants », financé par la Fédération Wallonie-Bruxelles, et coordonné par le professeur Laurent Licata.

³ La discrimination multiple est ici envisagée comme un concept englobant l'ensemble des discriminations fondées sur plusieurs motifs. Elle vise tant la discrimination additive (une personne est discriminée à un même moment pour divers motifs qui s'ajoutent sans interagir) que la discrimination intersectionnelle (une personne est discriminée au même moment pour différents motifs qui interagissent et produisent ensemble un désavantage spécifique).

⁴ N. CROWLEY, *Innovating at the Intersections. Equality Bodies Tackling Intersectional Discrimination*, European Network of Equality Bodies (Equinet), Bruxelles, 2016, p. 42, consultable à l'adresse https://equineteurope.org/wp-content/uploads/2018/01/equinet_perspective_2016_-_intersectionality_final_web.pdf.

⁵ *Ibid.*

⁶ S. VINCENT et J. VRIELINK, « Les discriminations multiples et intersectionnelles », in I. Hachez et J. Vrieling (dir.), *Les grands arrêts en matière de handicap*, Larcier, Bruxelles, 2020, p. 272.

perspective pratique»⁷. Un concept «hautement éprouvant»⁸ pour le droit de la non-discrimination, qui manquerait d'«orientation méthodologique»⁹ et d'«attention judiciaire»¹⁰, voire qui serait l'objet d'une «indifférence des acteurs du droit»¹¹. Source de «difficultés et [de] défis»¹², la discrimination intersectionnelle serait à la fois «ignorée»¹³, «incomprise»¹⁴ et «invisible aux yeux des juridictions»¹⁵.

Il est vrai que le droit de la non-discrimination, en pleine efflorescence en Europe depuis le tournant du XXI^e siècle, s'est construit autour de motifs de discrimination bien distincts, que certains auteurs qualifient de «cercle magique»¹⁶. On y retrouve notamment le sexe ou le genre, la «race» ou l'origine ethnique, le handicap, l'orientation sexuelle, l'âge, la religion ou les convictions¹⁷. Désormais, l'accent n'est plus mis uniquement sur le caractère illégitime de certains critères pour fonder des politiques publiques ou pour motiver des comportements sanctionnés par la loi pénale. Le droit de la non-discrimination s'inscrit résolument dans les rapports entre particuliers qui se nouent dans la sphère de l'emploi, du logement ou de l'accès à des biens et des services variés. Le caractère intentionnel de la différence de traitement n'est par ailleurs plus consubstantiel à la définition de la discrimination, qui peut être

⁷ F. KACHOUKH, «Discriminations multiples. Rendre visible l'invisible», *Plein droit*, 2014, n° 103, p. 7.

⁸ S. FREDMAN, *Intersectional Discrimination in EU Gender Equality and Non-Discrimination Law*, European Commission, Directorate-General for Justice and Consumers, Office des Publications de l'Union européenne, Luxembourg, 2016, p. 86.

⁹ J. BULLOCK et A. MASSELOT, «Multiple Discrimination and Intersectional Disadvantages: Challenges and Opportunities in the European Union Legal Framework», *Columbia Journal of European Law*, 2012, vol. 19, n° 1, p. 71.

¹⁰ R. XENIDIS, «Multiple Discrimination in EU Anti-Discrimination Law. Towards Redressing Complex Inequality?», in U. Belavusau et K. Henrard (éd.), *EU Anti-Discrimination Law Beyond Gender*, Hart Publishing, Oxford, 2018, p. 74.

¹¹ F. KACHOUKH, *op. cit.*, p. 7.

¹² S. VINCENT et J. VRIELINK, *op. cit.*, p. 253.

¹³ Shr. ATREY, «Illuminating the CJEU's Blind Spot of Intersectional Discrimination in *Parris v. Trinity College Dublin*», *Industrial Law Journal*, 2018, vol. 47, n° 2, pp. 278-296.

¹⁴ CENTER FOR INTERSECTIONAL JUSTICE, *Intersectional Discrimination in Europe: Relevance, Challenges, and Ways forward*, report commissioned by the European Network Against Racism, 2020, p. 20.

¹⁵ J. BULLOCK et A. MASSELOT, *op. cit.*, p. 58.

¹⁶ S. FREDMAN, *Discrimination Law*, Oxford University Press, Oxford, 2011, pp. 110 et 127. Voy. aussi Conclusions de l'avocate générale Eleanor Sharpston présentées le 22 mai 2008 dans l'affaire *Bartsch*, C-427/06, § 45.

¹⁷ I. RORIVE, «Lutter contre les discriminations», in C. Briceux et B. Frydman (dir.), *Les défis du droit global*, Bruylant, Bruxelles, 2018, pp. 45-52.

caractérisée en raison des effets préjudiciables d'une pratique ou d'une mesure sur des personnes d'une origine ethnique particulière par exemple. Ainsi, le droit de la non-discrimination dont on parle aujourd'hui en Europe entend dépasser une approche formelle et procédurale du principe d'égalité. Il n'en est pas moins d'inspiration libérale et n'a pas été pensé dans le cadre d'une déconstruction critique caractéristique de la naissance du concept d'intersectionnalité aux États-Unis. En d'autres termes, le droit de la non-discrimination part du postulat que des différences de traitement fondées sur des motifs particuliers, identifiés à une époque donnée, et conçus isolément, sont illégitimes dans une série de domaines, comme l'emploi, l'offre de biens ou de services, l'éducation, entre autres. L'approche intersectionnelle est plus subversive: elle tend à rendre visibles des formes de domination qui échappent à la sphère juridique et aux mouvements sociaux majoritaires. Il n'est donc pas étonnant que la construction d'une approche intersectionnelle en droit soit postérieure à l'adoption de législations antidiscriminatoires majeures. Ce fut le cas aux États-Unis où un quart de siècle s'est écoulé entre l'adoption du *Civil Rights Act* de 1964 et la rédaction de l'article phare de la célèbre juriste Kimberlé Crenshaw, en 1989. En forgeant le concept d'intersectionnalité, elle montra comment un droit de la non-discrimination, conçu uniquement sur la base de motifs isolés et imperméables aux stéréotypes associés à certaines identités, est impuissant à capturer des formes de discriminations auxquelles font face des personnes que ce droit avait aussi pour vocation de protéger, ici les femmes noires dans le secteur de l'emploi¹⁸.

La notion de discrimination intersectionnelle a depuis suscité une abondante littérature juridique, y compris en Europe¹⁹. Devenue un objet théorique

¹⁸ K. CRENSHAW, «Demarginalizing the Intersection of Race and Sex: A Black Feminist Critique of Antidiscrimination Doctrine, Feminist Theory and Antiracist Politics», *University of Chicago Legal Forum*, 1989, n° 139, pp. 139-167.

¹⁹ En complément des références précitées, voy., entre autres: Shr. ATREY, *Intersectional Discrimination*, Oxford University Press, Oxford, 2019, 256 p.; S. BURRI et D. SCHIEK, *Multiple Discrimination in EU Law. Opportunities for Legal Responses to Intersectional Gender Discrimination?*, European Network of Legal Experts in the Field of Gender Equality, 2009, 131 p.; A. LAWSON et D. SCHIEK, *European Union Non-Discrimination Law and Intersectionality*, Routledge, Londres, 2016, 340 p.; R. XENIDIS, *Beyond the 'Master's Tools': Putting Intersectionality to Work in European Non-Discrimination Law*, thèse, European University Institute, Florence, 2020, 394 p.; I. SOLANKE, *Discrimination as Stigma. A Theory of Anti-discrimination Law*, Hart Publishing, Oxford, 2017, 223 p., notamment chapitre 6. «Stigma, Synergy and Intersectionality», pp. 133-159; EUROPEAN COMMISSION & DANISH INSTITUTE FOR HUMAN RIGHTS, *Tackling Multiple Discrimination. Practices, Policies and Laws*, Office des Publications de l'Union européenne,

→

bien documenté, elle reste néanmoins largement absente des prétoires. Quand elle y fait une timide entrée, le juge semble démuné pour la mettre en œuvre.

La décision du Tribunal du travail de Bruxelles, rendue en juillet 2020 dans l'affaire *Fernandez Dedriñana*²⁰, illustre de manière frappante ce fossé entre intérêt théorique et mise en œuvre pratique. En l'espèce, une entreprise chargée de la gestion du parc locatif bruxellois avait refusé d'engager une femme de confession musulmane en qualité de stagiaire car celle-ci souhaitait porter son foulard islamique au sein de l'entreprise. Les conclusions de l'avocate de la requérante soulignaient la dimension intersectionnelle de la discrimination : le refus de stage visait une *femme musulmane*. Il était *coproduit* par deux motifs de discrimination, à savoir la religion et le genre²¹. Pour le tribunal du travail, ce moyen est dépourvu d'assise juridique :

« En particulier, il ne sera donné aucun écho dans la présente décision aux longs développements théoriques que consacre la demanderesse à la dimension intersectionnelle de la discrimination prétendue, encore qu'ils ne soient pas dépourvus d'intérêt scientifique.

←

Luxembourg, 2007, 70 p. ; T. MAKKONEN, *Multiple, Compound and Intersectional Discrimination: Bringing the Experiences of the Most Marginalised to the Fore*, Institute for Human Rights, Abo Academy University, 2002, 65 p. ; S. HANNETT, « Equality at the Intersections: The Legislative and Judicial Failure to Tackle Multiple Discrimination », *Oxford Journal of Legal Studies*, 2003, vol. 23, n° 1, pp. 65-86 ; Shr. ATREY, « Comparison in Intersectional Discrimination », *Legal Studies*, 2018, vol. 38, pp. 379-395 ; A. MACKINNON, « Intersectionality as Method: A Note », *Journal of Women in Culture and Society*, 2013, vol. 38, n° 4, pp. 1019-1030 ; M. V. ONUFRIO, « Intersectional Discrimination in the European Legal Systems: Toward a Common Solution? », *International Journal of Discrimination and the Law*, 2014, vol. 14, n° 2, pp. 126-140 ; K. MONAGAN, « Multiple and Intersectional Discrimination in EU Law », *European Anti-Discrimination Law Review*, 2011, n° 13, pp. 20-32 ; M. C. LA BARBERA et M. CRUELLS LÓPEZ, « Towards the Implementation of Intersectionality in the European Multilevel Legal Praxis: *B. S. v. Spain* », *Law and Society Review*, 2019, vol. 53, n° 4, pp. 1167-1201 ; F. REY MARTINEZ, « La discriminación múltiple, una realidad antigua, un concepto nuevo », *Revista Española de Derecho Constitucional*, 2008, n° 84, pp. 251-283 ; I. DAUGAREILH, « Les discriminations multiples. Une opportunité pour repenser le droit à la non-discrimination », *Hommes & Migrations*, 2011, n° 1292, pp. 34-46 ; P. MARTIN, « La discrimination multiple, un concept insaisissable par le droit du travail? Un point de vue français et comparatif », *Rev. int. dr. comp.*, 2011, vol. 63, n° 3, pp. 585-608 ; M. MERCAT-BRUNS, « Le jeu des discriminations multiples », *Rev. dr. trav.*, 2013, pp. 254 et s. ; M. MERCAT-BRUNS, « Les discriminations multiples et l'identité au travail au croisement des questions d'égalité et de libertés », *Rev. dr. trav.*, 2015, pp. 28 et s.

²⁰ Trib. trav. Bruxelles, 17 juillet 2020, n° 19/2070/A.

²¹ Les auteurs souhaitent remercier M^e Véronique van der Plancke pour la communication de ses conclusions ainsi que les échanges très riches autour de la décision du Tribunal du travail de Bruxelles du 17 juillet 2020 qui est ici évoquée.

Non seulement la demanderesse ne précise pas quel est le régime juridique qui s'appliquerait à la discrimination intersectionnelle qu'elle dénonce, mais elle ne tire en outre aucune conséquence de son analyse sur le fondement de sa prétention.

Au demeurant, force est de constater que la notion de discrimination intersectionnelle est largement absente du droit de l'Union et que les lois anti-discrimination du 10.5.2007 ne définissent pas et ne règlent pas le sort des discriminations intersectionnelles, pas plus qu'elles ne le font pour les discriminations multiples²².

Les réserves formulées par le tribunal du travail doivent être prises au sérieux. Pour que les acteurs du droit puissent se l'approprier, il faut « rendre le sujet moins académique »²³. Tel est l'objectif de cette contribution qui s'appuie sur une analyse de jurisprudence ancrée dans une approche globale du droit de la non-discrimination avec laquelle nous sommes familiers²⁴. Sans nier les spécificités des différents systèmes juridiques, nous fondons la pertinence de la démarche sur la similarité des standards de contrôle de ce droit de la non-discrimination qui s'est en grande partie développé sous l'action de la migration d'idées et de concepts constitutionnels²⁵ ou de fertilisations croisées de jurisprudences²⁶, tout en étant au cœur de stratégies de revendications transnationales²⁷.

Plusieurs considérations ont guidé notre analyse. D'abord, le rôle majeur de la jurisprudence dans la construction du droit de la non-discrimination doit

²² Trib. trav. Bruxelles, 17 juillet 2020, préc., § 43. Soulignons que l'affaire n'a pas été définitivement tranchée en raison de la transmission d'une question préjudicielle à la C.J.U.E. relative aux modalités d'application de la jurisprudence *Achbita c. G4S Secure Solutions*, 14 mars 2017, aff. C-157/15, § 32.

²³ F. KACHOUKH, *op. cit.*, p. 10.

²⁴ Voy. notamment E. BRIBOSIA et I. RORIVE, « Droit de l'égalité et de la non-discrimination », *Journal européen des droits de l'homme*, 2019, n° 2, pp. 120-140; 2018, n° 2, pp. 127-145; 2017, n° 2, pp. 191-213; 2016, n° 2, pp. 254-268, et R. MEDARD INGILTERRA, *La réalisation du droit de la non-discrimination*, thèse, Université Paris Nanterre, 2020, 871 p.

²⁵ Voy. notamment S. CHOUDHRY, « Migration as a New Metaphor in Comparative Constitutional Law », in S. Choudhry (éd.), *The Migration of Constitutional Ideas*, Cambridge University Press, Cambridge, 2006.

²⁶ Voy. notamment A.-M. SLAUGHTER, « Judicial Globalization », *Virginia Journal of International Law*, 2000, vol. 40, pp. 1103-1124.

²⁷ Sur ces questions de recours au droit comparé dans une approche de droit global, voy. I. RORIVE, « Lutter contre les discriminations », *op. cit.*, pp. 52-60. Voy. aussi E. BRIBOSIA et I. RORIVE, « Anti-Discrimination Law in the Global Age », *Journal européen des droits de l'homme*, 2015, n° 1, pp. 3-10.

conduire à dépasser l'argument de texte. C'est bien grâce aux juges que de nombreux objectifs poursuivis par ce droit ont pu être réalisés. Ainsi, ce n'est pas parce que la discrimination intersectionnelle n'est pas explicitement reconnue dans la législation européenne²⁸ ou nationale qu'elle sort du champ du droit positif. Rappelons ici que la discrimination indirecte existait en droit de l'Union avant sa consécration textuelle en 1997 comme, du reste, le principe du partage de la charge probatoire²⁹, et que la discrimination par association³⁰, forme de discrimination incontestée, n'est pas consacrée par le droit dérivé européen. Ensuite, la reconnaissance de la discrimination intersectionnelle a déjà fait largement son chemin dans la jurisprudence de plusieurs Comités onusiens³¹, au premier chef desquels le Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes (CEDAW) qui considère que les États parties ont l'obligation d'interdire la discrimination fondée sur le sexe ou le genre qui est « indissociablement liée à d'autres facteurs tels que la race, l'origine ethnique, la religion ou la croyance, la santé, l'état civil, l'âge, la classe, la caste et l'orientation et l'identité sexuelles »³². La Cour européenne des droits de

²⁸ Soulignons toutefois que le Parlement européen souhaite consacrer la discrimination multiple, additive ou intersectionnelle en droit dérivé. Voy. Résolution législative du Parlement européen du 2 avril 2009 sur la 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 (COM(2008)0426 – C6-0291/2008 – 2008/0140(CNS)).

²⁹ C.J.C.E., arrêt *Giovanni Maria Sotgiu*, 12 février 1974, aff. 152/73; C.J.C.E., arrêt *Danfoss*, aff. 109/88, 17 octobre 1989; C.J.C.E., arrêt *Pamela Mary Enderby*, 27 octobre 1993, aff. C-127/92; jurisprudence reprise dans la directive 97/80/CE du Conseil du 15 décembre 1997 relative à la charge de la preuve dans les cas de discrimination fondée sur le sexe (aujourd'hui refondue dans la directive 2006/54/CE 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).

³⁰ Voy. C.J.C.E., arrêt *S. Coleman*, 17 juillet 2008, aff. C-303/06, et C.J.U.E., arrêt *CHEZ Razpredelenie Bulgaria AD*, 16 juillet 2015, aff. C-83/14.

³¹ Voy. notamment : CEDAW, *Alyne da Silva Pimentel Texeira c. Brésil*, 25 juillet 2011, n° 17/2008, § 7.7; CEDAW, *Cécilia Kell c. Canada*, 28 février 2012, n° 19/2008, § 10.2; CEDAW, *R.P.B. c. Philippines*, 21 février 2014, n° 34/2011, § 8.3; Com. dr. h., *Seyma Türkan c. Turquie*, 17 juillet 2018, n° 2274/2013, § 7.8; Com. dr. h., *Sonia Yaker c. France*, 17 juillet 2018, n° 2747/2016, § 8.17; Com. dr. h., *F.A. c. France*, 16 juillet 2018, n° 2662/2015, § 8.13. Voy. également les observations finales du C.O.D.E.S.C. au titre de l'examen périodique pour la Belgique (2020), le Royaume-Uni (2016), la Slovaquie (2019) et l'Estonie (2019). Voy. aussi A. SHARIFRAZI, « Les discriminations intersectionnelles à la croisée des chemins : regard pratique sur le système anti-discriminatoire des organes conventionnels des Nations Unies », *Journal européen des droits de l'homme*, 2019, n° 5, pp. 335-355.

³² CEDAW, Recommandation générale n° 28 concernant les obligations fondamentales des États parties concernant l'article 2, 16 décembre 2010, § 18.

l'homme n'a pas manqué de lui emboîter le pas³³, comme du reste une série de juges nationaux dont nous avons examiné les décisions. De cette analyse, nous avons tiré trois moments clés lors desquels une approche intersectionnelle est particulièrement pertinente pour une mise en œuvre du droit de la non-discrimination : la compréhension des faits (I), leur qualification (II), et l'évaluation du préjudice subi (III).

I. La compréhension des faits

L'approche intersectionnelle permet en premier lieu de saisir plus précisément les fondements de la discrimination. Elle favorise une meilleure compréhension des modalités de production de l'effet défavorable contesté lorsqu'il opère par l'entremise de plusieurs motifs protégés (A). Elle permet ensuite une contextualisation plus fine des faits en saisissant les ressorts sociaux qui sous-tendent le traitement défavorable (B).

A. Reconnaître la pluralité des motifs

L'analyse intersectionnelle³⁴ est avant tout une analyse multidimensionnelle, en ce sens qu'elle prend en compte plusieurs motifs de discrimination. Le fait de se situer par rapport à un motif unique (approche unidimensionnelle) risque, dans certains cas, d'invisibiliser une ou plusieurs dimensions de la discrimination et d'ainsi occulter une partie de ses causes, comme l'expose le Tribunal ontarien des droits de la personne dans une affaire de harcèlement racial et sexuel³⁵ :

« The reliance on a single axis analysis where multiple grounds of discrimination are found, tends to minimize or even obliterate the impact of racial discrimination on women of colour who have been discriminated against

³³ Voy. Cour eur. dr. h., arrêt *Carvalho Pinto de Sousa Morais c. Portugal*, 25 juillet 2017, §§ 48-56. Voy. aussi, quoique de manière plus confidentielle, Cour eur. dr. h., Gde ch., arrêt *S.A.S. c. France*, 1^{er} juillet 2014, § 161 (religion, sexe et origine) et arrêt *B.S. c. Espagne*, 24 juillet 2012, § 67-72 (prétendue race, sexe et origine sociale); Cour eur. dr. h., Gde ch., arrêt *Konstantin Markin c. Russie*, 22 mars 2012, §§ 122-123 et 131-152 (sexe et statut de militaire).

³⁴ Cette analyse a parfois été définie comme « a fact-driven exercise that assesses the disparate relevancy and impact of the possibility of compound discrimination » (*Baylis-Flannery v. DeWilde (Tri Community Physiotherapy)*, 2003 H.R.T.O. 28 (CanLII), § 143).

³⁵ À mettre en parallèle avec U.S. Court of Appeals (10th Circuit), *Hicks v. Gates Rubber co.*, 25 novembre 1987, 833 F.2d 1406.

on other grounds, rather than recognize the possibility of the compound discrimination that may have occurred»³⁶.

C'est précisément pour éviter cet écueil que plusieurs juridictions ont affirmé la nécessité d'envisager tous les motifs qui concourent à la production du traitement défavorable. Ainsi, dans une affaire où un vigile avait interdit l'accès à un centre commercial à la requérante en raison de son apparence physique, et alors que celle-ci n'avait initialement invoqué «que» sa race, sa couleur et son ascendance comme causes du refus d'accès, le Tribunal britanno-colombien des droits de la personne juge, dans une décision de mise en l'état, que le motif du handicap devait être ajouté à la requête dans l'intérêt public :

«I accept the Complainant's submission that the way a person looks can refer to and incorporate many factors, and that her allegations may relate to more than one ground of discrimination. Treating the various grounds of discrimination as mutually exclusive has the potential of ignoring the possibility that several different grounds may play a role in any given experience of discrimination. I find that there is a significant public interest in recognizing the potential intersectionality of allegedly discriminatory acts. Therefore, I conclude that it would be in the public interest to amend the Complaint to include the ground of disability»³⁷.

Par ailleurs, le juge refuse d'envisager les différents motifs pertinents de manière cloisonnée afin de saisir au mieux la réalité du processus discriminatoire :

«Ms. Radek is multiply disadvantaged on a number of grounds protected by the Code³⁸. These grounds cannot be separated out and parsed on an individual basis. Ms. Radek is an integrated person, with a number of characteristics, some of them protected under the Code, all of which are alleged to have been factors in how she was treated on May 10. It is Ms. Radek who went through the events of that day, not a number of disembodied and distinct grounds»³⁹.

³⁶ *Baylis-Flannery v. DeWilde (Tri Community Physiotherapy)*, préc., § 144.

³⁷ *Radek v. Henderson Development (Canada) Ltd. and others*, 2003 B.C.H.R.T. 67 (CanLII), § 53.

³⁸ Le tribunal se réfère ici au Code des droits de la personne de l'Ontario, lequel dispose à son article 1^{er} : «Toute personne a droit à un traitement égal en matière de services, de biens ou d'installations, sans discrimination fondée sur la race, l'ascendance, le lieu d'origine, la couleur, l'origine ethnique, la citoyenneté, la croyance, le sexe, l'orientation sexuelle, l'identité sexuelle, l'expression de l'identité sexuelle, l'âge, l'état matrimonial, l'état familial ou un handicap».

³⁹ *Radek v. Henderson Development (Canada) Ltd. and Securiguard Services (No. 3)*, 2005 B.C.H.R.T. 302 (CanLII), § 463.

Le contrôle juridictionnel ne se trouve pas affaibli mais est, au contraire, enrichi par l'approche multidimensionnelle. Cette dernière tend à appréhender l'ensemble des facteurs qui ont engendré le traitement contesté⁴⁰ et permet donc une compréhension plus fine des faits qui caractérisent le litige⁴¹. Considérons, par exemple, le cas des contrôles au faciès, parfois réduits à la formule de « profilage racial ». L'approche unidimensionnelle conduit fréquemment à considérer les faits exclusivement sous l'angle de la discrimination fondée sur « la race ou l'origine ethnique », ces motifs étant conçus comme interchangeables⁴². Les requérants et leurs conseils ne mobilisent souvent qu'un seul motif⁴³. Plusieurs études ont pourtant insisté sur la multiplicité des facteurs participant au profilage qui conduisent à des contrôles de police illicites. Ces facteurs sont pour la plupart des caractéristiques protégées, à l'instar de l'origine ethnique, de la prétendue race (minorités visibles), du sexe (hommes), de l'âge (jeunes), voire de l'apparence physique (style vestimentaire)⁴⁴. L'approche multidimensionnelle permet ici au juge de saisir la discrimination *sous toutes ses dimensions* afin de

⁴⁰ *Ibid.*, § 465 : « While the primary focus of Ms. Radek's individual complaint is her race, colour and ancestry, the analysis of those grounds must not ignore her disability, and the possibility of the compound discrimination which may have occurred ».

⁴¹ Concernant la jurisprudence canadienne, pour un cas de discrimination intersectionnelle fondée sur (1°) le sexe et le handicap, voy. *McAllister-Windsor c. Canada (Développement des ressources humaines)*, 2001 T.C.D.P. 20691 (CanLII), § 52 ; (2°) le sexe, le statut familial et le bénéficiaire d'aides sociales, voy. *Falkiner v. Ontario (Minister of Community and Social Services)*, 2002 O.N.C.A. 44902 (CanLII), § 82-93 ; (3°) le sexe et l'âge, voy. *Arias v. Desai*, 2003 H.R.T.O. 1 (CanLII), § 6(1) ; (4°) le sexe et la race, voy. *Baylis-Flannery v. DeWilde (Tri Community Physiotherapy)*, préc., § 143 ; (5°) le sexe et l'origine ethnique, voy. *Ontario Human Rights Commission v. Motsewetshe*, 2003 H.R.T.O. 21 (CanLII), § 14 ; (6°) la race, l'origine, l'ascendance et le handicap, voy. *Radek v. Henderson Development (Canada) Ltd. and others*, préc., § 53 et *Radek v. Henderson Development (Canada) and Securiguard Services (No. 3)*, 2005 B.C.H.R.T. 302 (CanLII) ; (7°) l'ascendance et le statut familial, voy. *Flamand v. DGN Investments*, 2005 H.R.T.O. 10 (CanLII), §§ 138-140 ; (8°) l'origine ethnique, l'orientation sexuelle et l'état de santé, voy. *Gorzsas c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2009 F.C. 458 (CanLII) § 36.

⁴² Voy. Cass. (fr.) (ch. civ.), 9 novembre 2016, n° 15-24.210, *Bull.*, qui se borne à évoquer des « caractéristiques physiques associées à une origine, réelle ou supposée ». Voy. toutefois Paris, 24 juin 2015, n° 13/24277 et n° 13/24255 : « le contrôle d'identité litigieux a été exécuté en tenant compte de l'apparence physique de l'intéressé et de son appartenance, vraie ou supposée, à une ethnité ou une race ».

⁴³ En ce sens, voy. notamment les requêtes pendantes devant la Cour européenne des droits de l'homme : *Mohamed Shee Wa Bail c. Suisse*, introduite le 10 septembre 2018, n° 43868/18 ; *M.B. e.a. c. Slovaquie*, introduite le 6 décembre 2019, n° 63962/19 ; *Zeshan Muhammad c. Espagne*, introduite le 6 mai 2017, n° 34085/17.

⁴⁴ Pour un état de l'art des travaux de recherche en France, en Grande-Bretagne et en Amérique du Nord, suivi d'une analyse détaillée et intersectionnelle des contrôles de police à Paris, voy. F. JOBARD, R. LÉVY, J. LAMBERTH et S. NÉVANEN, « Mesurer les discriminations selon l'apparence : une analyse des contrôles d'identité à Paris », *Populations*, 2012, vol. 67, n° 3, pp. 423-451.

mieux comprendre comment s'est produit l'effet défavorable contesté devant lui, et quelles furent les fonctions discriminantes respectives – ou la fonction discriminante commune – des différentes caractéristiques protégées.

Si cette approche multidimensionnelle est utile pour décrypter une mesure, une politique ou une pratique fondée sur plusieurs motifs, elle l'est également pour envisager des mesures, politiques ou pratiques distinctes fondées chacune sur un motif spécifique, notamment lorsque la différence de traitement opère par leur combinaison. Dans l'affaire *Ministry of Defence v. DeBique*, c'est l'effet cumulé de deux politiques, chacune engendrant un désavantage lié à un motif protégé, qui était contesté. Une politique de disponibilité 24 heures/24, 7 jours/7, appliquée dans l'armée britannique, générerait d'abord un désavantage particulier pour les militaires qui étaient parents célibataires et à qui la garde de leurs enfants était confiée. Une politique d'immigration empêchait ensuite l'octroi de visas pour des proches aidants de militaires stationnés au Royaume-Uni lorsque les premiers étaient étrangers ou originaires d'un pays du *Commonwealth*. Considérée isolément, chacune de ces politiques était justifiée et ne constituait ni une discrimination indirecte fondée sur la maternité ou la paternité, d'une part, ni une discrimination directe fondée sur la nationalité ou l'origine, de l'autre. L'effet combiné de ces politiques fut néanmoins jugé disproportionné pour une mère célibataire et isolée, originaire de Saint-Vincent-et-les-Grenadines. Être disponible en permanence pour répondre aux attentes de sa hiérarchie lui était impossible dans sa configuration familiale, d'autant qu'elle ne pouvait pas faire venir sa sœur auprès d'elle pour l'aider à garder sa fille, ce qui lui avait valu d'être sanctionnée par son commandement militaire⁴⁵. Comme l'explique l'*Employment Appeal Tribunal* britannique, une approche intersectionnelle est ici nécessaire pour révéler la discrimination⁴⁶ qui serait autrement restée hors de portée juridique :

« In general, the nature of discrimination is such that it cannot always be sensibly compartmentalised into discrete categories. Whilst some complainants will raise issues relating to only one or other of the prohibited grounds, attempts to view others as raising only one form of discrimination for consideration will result in an inadequate understanding and assessment of the

⁴⁵ *Administrative Action* prévue par le *Army General and Administration Instruction book*, Chapter 67.

⁴⁶ *Contra*, Employment Appeal Tribunal, *Ministry of Defence v. DeBique*, 12 octobre 2009, 2009 WL 3122456, § 162 : « [The Ministry of Defence] contends that the Tribunal erred in conflating the two separate PCPs which they found had been applied to the Claimant in this case. He submits that it was wrong to consider the combined effect of two PCPs alleged to discriminate indirectly on the separate and distinct grounds of sex and race. Either one or the other, or both independently, are indirectly discriminatory or they are not ».

complainant's true disadvantage. Discrimination is often a multi-faceted experience»⁴⁷.

La prise en compte à la fois de plusieurs motifs de discrimination et de l'effet cumulé de deux politiques a ainsi permis de décrypter les modalités complexes de production du désavantage subi et de saisir la situation spécifique de la victime.

Dans l'affaire *Fernandez Dedriñana* tranchée par le Tribunal du travail de Bruxelles en 2020, évoquée dans l'introduction (refus de stage fondé sur le port du foulard d'une femme de confession musulmane), réhabiliter la dimension de genre, en complément de la religion, aurait également permis une approche plus complète et plus conforme aux faits du litige. La confession de la requérante n'était pas, en soi, la seule cause du désavantage. Plus justement, ce désavantage était fondé sur la manière dont une *femme* – et non un homme – de confession musulmane souhaitait la manifester, à savoir par le port d'un foulard. Par contraste, le port de la barbe par les hommes de confession musulmane ne semble pas, en soi, interdit par les politiques de neutralité en emploi. En écartant l'approche multidimensionnelle pour ne raisonner qu'à partir de la religion⁴⁸, le juge se prive d'un outil de compréhension de la particularité des faits soumis à son contrôle.

B. *Prendre en compte le contexte*

L'analyse intersectionnelle est non seulement multidimensionnelle, mais également contextuelle, en ce sens qu'elle tient compte de la situation sociale d'une catégorie de personnes placées à l'intersection de plusieurs caractéristiques protégées. La Cour européenne des droits de l'homme et le Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes envisagent parfois la vulnérabilité particulière de ces personnes en élargissant la focale du champ d'appréciation du litige.

En 2007, ce Comité a, par exemple, été saisi d'une requête individuelle relative à la prise en charge médicale défaillante d'une femme enceinte qui avait

⁴⁷ *Ibid.*, § 165.

⁴⁸ Trib. trav. Bruxelles, 17 juillet 2020, préc., § 81 : «À travers les considérations purement théoriques qu'elle avance et l'affirmation péremptoire qu'une 'distinction fondée sur le port d'un foulard d'une femme constitue une distinction fondée sur les convictions religieuses et le genre', la demanderesse n'établit pas des faits qui permettent de présumer l'existence d'une discrimination directe fondée sur le genre».

conduit à son décès. Ses ayants droit avaient engagé plusieurs actions en réparation contre l'État brésilien, qui débouchèrent soit sur des refus, soit sur des délais de traitement abusivement longs. Selon l'auteure de la requête, la cause du décès de sa fille était la négligence systémique, par les services publics, vis-à-vis des femmes des milieux socio-économiques défavorisés et des femmes d'ascendance africaine⁴⁹. Le Comité accepta de considérer le contexte plus large dans lequel l'affaire s'était déroulée, en mettant notamment l'espèce dont il était saisi en perspective avec ses observations finales, rendues quelques mois plus tôt au titre de l'examen périodique :

«le Comité rappelle ses conclusions au sujet du Brésil, adoptées le 15 août 2007⁵⁰, dans lesquelles il a relevé une discrimination *de facto* à l'égard des femmes, en particulier celles issues des secteurs les plus vulnérables de la société, comme les femmes d'ascendance africaine. Il a également constaté que cette discrimination était exacerbée par les disparités régionales, économiques et sociales»⁵¹.

Cette confrontation des faits individuels à une pratique systémique au niveau national était ici essentielle pour apprécier le traitement de la victime. Aucune manifestation directe de comportement discriminatoire n'avait pu être établie, mais une approche contextuelle permit au Comité de considérer que la combinaison de plusieurs caractéristiques protégées (sexe, origine ethnique et origine sociale) avait joué un rôle central dans la prise en charge médicale déficiente ayant causé le décès⁵². Cette approche fut ultérieurement renouvelée

⁴⁹ Elle relevait notamment que : «L'État partie, d'une manière générale, ne prévoit pas de recours judiciaire adéquat au bénéfice des femmes appartenant à des groupes vulnérables, comme M^{me} da Silva Pimentel Teixeira et sa famille. Les retards dans l'administration de la justice sont encore plus graves pour certains des segments les plus vulnérables de la société ; les femmes des milieux socio-économiques défavorisés et les femmes d'ascendance africaine rencontrent de grosses difficultés 'pour exercer des recours judiciaires afin d'obtenir réparation lorsque des actes de violence et de discrimination sont commis à leur encontre' » (CEDAW, *Alyne da Silva Pimentel Teixeira c. Brésil*, préc., § 5.5).

⁵⁰ CEDAW, Observations finales concernant le sixième rapport périodique du Brésil, 25 juillet 2007, § 11 : «Le Comité est préoccupé par l'écart persistant entre l'égalité de droit et l'égalité de fait entre les hommes et les femmes, notamment chez les groupes les plus vulnérables de la société, tels que les femmes d'ascendance africaine, les femmes autochtones et autres groupes marginalisés, écart exacerbé par des disparités régionales, économiques et sociales ».

⁵¹ CEDAW, *Alyne da Silva Pimentel Teixeira c. Brésil*, préc., § 7.7.

⁵² *Ibid.* : «Le Comité remarque que l'État partie n'a pas écarté la possibilité que la discrimination ait pu contribuer, dans une certaine mesure, sans toutefois être décisive, dans le décès de la fille de l'auteure. L'État partie a également admis que la convergence ou l'association des différents éléments décrits par l'auteure peuvent avoir contribué au fait que sa fille n'ait pas reçu les soins

dans la jurisprudence du Comité à l'occasion d'une affaire de viol concernant une jeune fille sourde-muette :

«le Comité note, comme l'a indiqué l'auteur et comme ne l'a pas contesté l'État partie, d'après une étude du Centre philippin d'assistance aux sourds, que la majorité des affaires introduites par des personnes sourdes aux Philippines entre 2006 et 2010 concernaient des plaintes pour viol, moins d'une victime sur trois bénéficiant d'une interprétation en langue des signes. Il prend note de l'affirmation de l'auteur quant au fait que les Philippines n'ont pas une politique complète d'égalité d'accès des personnes sourdes, en particulier des femmes et des filles, à la justice, et qu'en outre le pays manque de normes et procédures concernant la mise en place de services d'interprétation pour ces justiciables»⁵³.

La prise en compte du contexte permet de mettre en lumière une vulnérabilité spécifique, intrinsèquement liée à la manière dont certaines catégories de personnes sont perçues et traitées dans une société donnée⁵⁴. Ici, elle est le fruit de l'interaction de plusieurs caractéristiques (sexe et handicap) dont la combinaison transforme *qualitativement* les rapports sociaux et le traitement judiciaire. L'analyse est alors à la fois multidimensionnelle, contextuelle, et *dynamique*, en ce sens qu'elle considère la synergie des caractéristiques qui produisent, ensemble, un désavantage spécifique.

Dans cette ligne, plusieurs juridictions nationales, dont le Tribunal supérieur de justice de Las Palmas de Gran Canaria, ont insisté sur la nécessité de comprendre comment les caractéristiques se combinent pour créer conjointe-

←

urgents nécessaires, ce qui a causé sa mort. Dans ces conditions, le Comité conclut que M^{me} da Silva Pimentel Teixeira a fait l'objet d'une discrimination fondée non seulement sur son sexe, mais aussi sur son ascendance africaine et sa situation socio-économique».

⁵³ CEDAW, *R.P.B. c. Philippines*, préc., § 8.6. Sur cette affaire, voy. E. BRIBOSIA et I. RORIVE, «Convention sur l'élimination des discriminations à l'égard des femmes et Pactes onusiens: quel potentiel pour les droits des femmes?», in D. Bernard et Chl. Harmel, *Code commenté – Droits des femmes*, Larcier, Bruxelles, 2020, pp. 31 et s., et J. BOURKE MARTIGNONI, «Sexual and Reproductive Rights at the Crossroads», in E. Bribosia et I. Rorive (éd.), *Human Rights Tectonics*, Intersentia, Cambridge, 2018, pp. 155-157.

⁵⁴ Voy. aussi en ce sens l'argumentaire de la requérante dans l'affaire *B.S. c. Espagne* devant la Cour européenne des droits de l'homme. Il s'agissait d'une femme noire exerçant la prostitution qui avait subi diverses violences lors de contrôles de police et dont les plaintes avaient été négligées par les autorités judiciaires. La requérante soulignait que «la discrimination à l'égard de femmes immigrées noires est un problème structurel dans le pays» et que «l'attitude et les agissements tant de la police que des tribunaux [avaient] été clairement motivés par leurs préjugés», fondés sur la race, le sexe et la condition sociale (arrêt du 24 juillet 2012, § 39).

ment des stéréotypes spécifiques à certaines catégories de personnes, susceptibles de construire une vulnérabilité sociale, et de fonder des pratiques discriminatoires :

«Le genre interagit avec d'autres caractéristiques personnelles de manières très diverses créant ainsi des stéréotypes composites, qui incluent d'autres motifs de discrimination qui s'ajoutent au sexe, comme l'âge, la race ou l'ethnie, le handicap, l'orientation sexuelle, etc. De la sorte, les caractéristiques sexo-spécifiques interagissent avec d'autres caractéristiques pour engendrer une assignation hostile ou fausse soutenue par des stéréotypes complexes. Ces stéréotypes reflètent des idées reçues concernant différentes sous-catégories de femmes et contiennent des messages idéologiques relatifs au rôle approprié que doivent assumer ces sous-groupes au sein de la société»⁵⁵.

Cette triple dimension de l'analyse intersectionnelle (multidimensionnelle, contextuelle et dynamique) a aussi été embrassée par la Cour européenne des droits de l'homme dans son arrêt *Pinto Carvalho de Sousa Morais c. Portugal* en 2017. Il était là encore question de stéréotypes pesant sur le fonctionnement d'un système judiciaire national. Pour la Cour administrative suprême du Portugal, le montant des dommages-intérêts alloués à une femme victime d'une erreur médicale au cours d'une opération gynécologique, laquelle avait engendré de graves séquelles, y compris sexuelles, pouvait être diminué au motif qu'«à la date de l'opération, la demanderesse était mère de deux enfants et déjà âgée de 50 ans et que, à cet âge-là, le sexe ne revêt plus autant d'importance que lorsqu'on est jeune, l'intérêt pour la chose diminuant avec l'âge»⁵⁶. La Cour européenne accepte ici de raisonner à partir de deux motifs de discrimination (approche multidimensionnelle), l'âge et le sexe. Elle considère ensuite l'effet coconstitutif de ces deux motifs (approche dynamique), et souligne qu'ils produisent, ensemble, un stéréotype spécifique. En l'occurrence, la Cour réfute

«l'hypothèse selon laquelle la sexualité ne revêtirait pas autant d'importance pour une quinquagénaire mère de deux enfants que pour une femme plus jeune. Ce postulat reflète une vision traditionnelle de la sexualité fémi-

⁵⁵ Tribunal Superior de Justicia de Las Palmas de Gran Canaria, *Humberto Guadalupe Hernandez*, 4 juin 2018, n° 605/2018 (notre traduction).

⁵⁶ Cour eur. dr. h., *Carvalho Pinto de Sousa Morais c. Portugal*, préc., § 16. Voy. aussi § 53 : «Cette conception transparait également dans la décision de la Cour administrative suprême de réduire le montant de l'indemnité accordée à la requérante au titre des frais engagés pour les services d'une employée de maison au motif que l'intéressée n'avait 'probablement à s'occuper que de son époux' compte tenu de l'âge de ses enfants à la période considérée».

nine – essentiellement liée aux fonctions reproductrices de la femme – et méconnaît son importance physique et psychologique pour l'épanouissement de la femme en tant que personne. Non seulement il est, d'une certaine manière, moralisateur, mais encore il ne tient pas compte des autres aspects de la sexualité féminine dans le cas précis de la requérante»⁵⁷.

Puisque l'interaction de l'âge et du sexe avait été un facteur décisif pour réévaluer à la baisse le montant de l'indemnisation du préjudice moral, la décision judiciaire était constitutive d'une discrimination. Pour répondre au gouvernement portugais qui invoquait une maladresse de la juridiction, la Cour européenne mobilisa enfin une approche contextuelle pour souligner le contexte global de sexisme dans les institutions judiciaires portugaises :

«La Cour estime que ces considérations sont le reflet des préjugés qui subsistent chez les magistrats portugais et qui ont été pointés du doigt dans le rapport du 29 juin 2015 établi par la Rapporteuse spéciale du Conseil des droits de l'homme des Nations Unies sur l'indépendance des juges et des avocats [...], et dans les conclusions finales formulées par le Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes en ce qui concerne la nécessité pour l'État partie de remédier aux comportements stéréotypés à l'égard des rôles et des responsabilités des femmes et des hommes [...]. Les considérations en question confirment également les observations et préoccupations exprimées par l'Observatoire permanent de la justice portugaise dans son rapport de novembre 2006 sur les violences domestiques à propos du sexisme ambiant au sein des institutions judiciaires»⁵⁸.

L'approche intersectionnelle, dans sa dimension contextuelle, permet ainsi de faire le lien entre le niveau individuel et le niveau systémique : l'acte anodin ou l'accident de parcours cède la place à une pratique structurelle qui dépasse l'enjeu du litige mais qui doit être prise en compte dans le litige particulier pour en saisir la trame complète⁵⁹. La compréhension des ressorts sociaux des faits soumis au contrôle du juge, à savoir tant la nature intersectionnelle des

⁵⁷ *Ibid.*, § 52.

⁵⁸ *Ibid.*, § 54. Voy. également l'opinion concordante de la juge Yudkivska pour une analyse détaillée de ces préjugés.

⁵⁹ Soulignons ici la différence avec l'approche retenue dans CEDAW, *Alyne da Silva Pimentel Teixeira c. Brésil*, préc. Dans ce dernier cas, le contexte systémique caractérisa la dimension discriminatoire de l'acte individuel contesté. Dans l'affaire *Carvalho Pinto de Sousa Morais c. Portugal*, la dimension discriminatoire de l'acte individuel ne fit qu'illustrer un contexte systémique plus global.

stéréotypes que le contexte dans lequel ils s'exercent, est fondamentale à l'appréhension des faits.

Pour revenir à nouveau sur l'affaire *Fernandez Dedriñana* évoquée dans l'introduction, le refus de stage ou d'accès à l'emploi fondé sur le port du foulard par une femme de confession musulmane n'est manifestement plus un phénomène marginal. Il s'inscrit dans un contexte global de réprobation d'une manifestation religieuse singulière et d'exclusion des femmes qui ne se conforment pas aux attentes d'intégration fantasmées de certaines sociétés européennes. Cette exclusion est parfois *normalisée* par l'adoption de règlements intérieurs en entreprise, élaborés notamment pour maintenir « un environnement de travail pacifique, où l'égalité (des sexes) et le pluralisme sont protégés et où le fondamentalisme religieux et la pression sociale sont exclus »⁶⁰. Plusieurs préjugés transparaissent de cette motivation. Indépendamment du contexte social dans lequel il est porté, le foulard traduirait *per se* une attitude hostile, une forme d'inégalité de sexe, un prosélytisme fondamentaliste et une absence de libre arbitre. Ces préjugés ne peuvent pour la plupart être compris que par une analyse des interactions entre le genre et la religion. L'analyse intersectionnelle permet de mieux cerner les ressorts sociaux de l'acte contesté en le replaçant dans son contexte⁶¹ et en mettant en lumière la synergie des motifs qui génèrent le désavantage.

⁶⁰ Telle était la raison d'être de la politique de neutralité au sein de l'entreprise G4S Secure Solutions, relevée par la Cour du travail d'Anvers dans sa décision du 23 décembre 2011 (n° 2010/AA/453, § 2.1.3). De manière proche, dans l'affaire soumise au Tribunal du travail de Bruxelles (17 juillet 2020, préc.) il était question pour le Logement Bruxellois de « créer une ambiance de travail paisible, où l'égalité et le pluralisme sont protégés ».

⁶¹ Soulignons par ailleurs qu'un paradoxe singulier conduit, au nom de l'égalité des sexes, à exclure des femmes issues le plus souvent de minorités du secteur de l'emploi, et qu'un silence pesant demeure sur « the elephant in the room », à savoir la xénophobie des employeurs ou des clients qui motivent parfois ce type de politiques. Ces phénomènes sont largement documentés. Voy., entre autres: V. AMIRAUX, « Visibilité, transparence et commérage », *Sociologie – Numéro spécial Sociologie de l'islamophobie*, 2014, vol. 5, n° 1, pp. 81-95; P. FOURNIER et E. JACQUES, « Voiles/Voiler », in E. Bribosia et I. Rorive (dir.), *L'accommodement de la diversité religieuse. Regards croisés Canada, Europe, Belgique*, Peter Lang, Bruxelles, 2015, pp. 289-312; E. BRIBOSIA et I. RORIVE, « Insider perspectives and the human rights debate on face veil bans », in E. Brems (éd.), *The Experiences of Face Veil Wearers in Europe and the Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2014, pp. 163-183.

II. La qualification des faits

L'approche intersectionnelle a également une incidence lors du processus de qualification de la discrimination. Ce processus dépend de l'établissement par le requérant d'une présomption de discrimination (A), de l'éventuelle justification par le défendeur de la mesure ou de la pratique mise en cause (B), ainsi que du contrôle de proportionnalité opéré par le juge (C).

A. Favoriser l'établissement d'une présomption de discrimination

Lorsqu'une discrimination intersectionnelle est en jeu, un premier écueil consiste à exiger du requérant qu'il établisse l'existence d'un traitement moins favorable (discrimination directe) ou d'un désavantage particulier (discrimination indirecte) au regard de chacune des caractéristiques invoquées. Telle avait été en substance l'exigence posée en 1976, aux États-Unis, par la Cour de district du Missouri dans l'affaire *DeGraffenreid v. General Motors Assembly*⁶². Une mesure en apparence neutre («last hired, first fired») avait pour effet de licencier en priorité des femmes noires qui avaient été longtemps maintenues hors du marché de l'emploi et qui donc ne pouvaient se prévaloir que de peu d'ancienneté⁶³. Pour établir la présomption de discrimination, la Cour exigea la preuve d'un désavantage particulier pour les femmes, d'une part, puis pour les personnes perçues comme noires, d'autre part⁶⁴. En réalité, cette exigence était impossible à satisfaire, dans la mesure où des femmes (blanches) ainsi que des (hommes) noirs bénéficiaient d'une plus grande ancienneté, et le recours fut rejeté⁶⁵. Étant donné que les femmes noires ne constituaient pas un groupe protégé expressément visé par la législation fédérale des États-Unis⁶⁶, l'approche intersectionnelle aurait été indispensable pour qu'elles puissent établir les différences de traitement à leur égard.

⁶² U.S. District Court (Eastern District of Missouri), *DeGraffenreid v. General Motors Assembly Div.*, 4 mai 1976, 413 F. Supp. 142.

⁶³ À une exception près (la concierge...), aucune femme noire n'avait été recrutée avant 1970 au sein de l'entreprise pour des motifs discriminatoires.

⁶⁴ U.S. District Court (Eastern District of Missouri), *DeGraffenreid v. General Motors Assembly Div.*, préc. : « this lawsuit must be examined to see if it states a cause of action for race discrimination, sex discrimination, or alternatively either, but not a combination of both ».

⁶⁵ C'est en partie pour souligner l'aspect problématique de ce raisonnement que Kimberlé Crenshaw conceptualisa l'intersectionnalité en droit de la non-discrimination. Voy. K. CRENSHAW, *op. cit.*, pp. 141-143.

⁶⁶ Titre VII du Civil Rights Act de 1964.

Quelques années plus tard, dans l'affaire *Jefferies v. Harris County Community Action Association*, la Cour d'appel du cinquième circuit prit cet enjeu à bras le corps :

« Black females represent a significant percentage of the active or potentially active labor force. In the absence of a clear expression by Congress that it did not intend to provide protection against discrimination directed especially toward black women as a class separate and distinct from the class of women and the class of blacks, we cannot condone a result which leaves black women without a viable Title VII remedy. [...] »

Recognition of black females as a distinct protected subgroup for purposes of the prima facie case and proof of pretext is the only way to identify and remedy discrimination directed toward black females»⁶⁷.

Ainsi, comme le soutenait la requérante qui contestait une politique d'entreprise au terme de laquelle les employées noires voyaient leur demande de promotion systématiquement rejetée, l'allégation d'un désavantage intersectionnel ne devait pas être corroborée par la preuve d'un traitement défavorable des femmes, d'une part, et des personnes perçues comme noires, de l'autre⁶⁸. La présomption de discrimination était établie par la démonstration d'un désavantage spécifique subi par les femmes noires, situées à l'intersection des deux motifs invoqués⁶⁹. Cette conception intersectionnelle de l'exigence probatoire qui pèse sur la victime d'une discrimination, demanderesse en justice, fut confirmée dans des décisions postérieures⁷⁰, notamment par la Cour d'appel du neuvième circuit en 1994 dans l'affaire *Lam v. University of Hawaii* qui concernait une femme asiatique :

« At least equally significant is the error committed by the court in its separate treatment of race and sex discrimination. As other courts have recognized, where two bases for discrimination exist, they cannot be neatly

⁶⁷ U.S. Court of Appeals (5th Circuit), *Jefferies v. Harris County Community Action Association*, 21 avril 1980, 615 F.2d. 1025, §§ 24 et 34.

⁶⁸ *Ibid.*, § 22 : « Jefferies contends that the district court erred in that it did not address her claim that HCCAA discriminated against her in promotion on the basis of both race and sex. The district court made no findings concerning this claim of discrimination based on a combination of race and sex. Rather, it separately addressed Jefferies' claims of race discrimination and sex discrimination ».

⁶⁹ *Ibid.* : « Jefferies argues that if a Title VII plaintiff alleges that her employer discriminated against black females, the only statistics relevant to that claim of discrimination would be the number of black females hired or promoted by the employer ».

⁷⁰ Voy. notamment U.S. District Court (Nebraska), *Chambers v. Omaha Girls Club*, 11 février 1986, 629 F. Supp. 925.

reduced to distinct components. [...] Rather than aiding the decisional process, the attempt to bisect a person's identity at the intersection of race and gender often distorts or ignores the particular nature of their experiences [...]. Like other subclasses under Title VII, Asian women are subject to a set of stereotypes and assumptions shared neither by Asian men nor by white women. In consequence, they may be targeted for discrimination «even in the absence of discrimination against [Asian] men or white women» [...]. Accordingly, we agree with the Jefferies court that, when a plaintiff is claiming race and sex bias, it is necessary to determine whether the employer discriminates on the basis of that combination of factors, not just whether it discriminates against people of the same race or of the same sex»⁷¹.

En définitive, lorsqu'une discrimination intersectionnelle est alléguée, le traitement défavorable doit être envisagé à l'égard de la personne ou du groupe de personnes qui se trouvent à la croisée des différentes caractéristiques. À nouveau, quelles seraient les conséquences de cette position jurisprudentielle dans le cas de M^{me} Fernandez Dedriñana, envisagé en introduction ? Si le refus de stage en raison du port du foulard islamique est envisagé sous la qualification d'une discrimination indirecte (car il s'appuie sur un règlement en apparence neutre), il convient d'apprécier si ce règlement entraîne un désavantage particulier, non pour les femmes en général ou pour les musulmans en général, mais pour les femmes de confession musulmane. Tant le Comité des droits de l'homme⁷² que la Cour européenne des droits de l'homme⁷³ et certains avocats généraux à la Cour de justice de l'Union européenne⁷⁴ adoptent cette approche⁷⁵.

⁷¹ U.S. Court of Appeals (9th Circuit), *Lam v. University of Hawaii*, 11 octobre 1994, 40 F. 3d. 1551.

⁷² Com. dr. h., *F.A. c. France*, préc., § 8.12, au sujet d'une politique de neutralité en entreprise : «la restriction du règlement intérieur affecte de façon disproportionnée les femmes musulmanes» (nous soulignons). Voy. aussi Com. dr. h., *Sonia Yaker c. France*, préc., § 8.13.

⁷³ Cour eur. dr. h., *S.A.S. c. France*, préc., § 161, au sujet d'une loi prohibant la dissimulation du visage dans l'espace public : la loi a «des effets négatifs spécifiques sur la situation des femmes musulmanes» (nous soulignons).

⁷⁴ Conclusions de l'avocate générale Juliane Kokott présentées le 31 mai 2016 dans l'affaire *Achbita c. G4S Secure Solutions*, C-157/15, § 57, au sujet d'une politique de neutralité en entreprise : ladite règle «est toutefois, en pratique, susceptible de défavoriser particulièrement les personnes ayant une certaine religion ou conviction – en l'espèce, les travailleuses de religion musulmane» (nous soulignons).

⁷⁵ *Contra* : dans l'affaire *Achbita*, la Cour du travail de Gand a considéré en 2020 que, si une politique de neutralité en emploi implique bien un désavantage pour les personnes qui souhaitent manifester leurs convictions religieuses, politiques ou philosophiques, «il n'y a pas en l'espèce

Elle n'est pas pour autant systématique. Ainsi, dans l'affaire *David L. Parris*, la Cour de justice de l'Union européenne a examiné les motifs protégés de manière successive dans une affaire où une discrimination intersectionnelle était invoquée *prima facie*. Le litige concernait une condition d'un régime de prévoyance professionnelle en Irlande qui stipulait que la pension de survie ne serait due que si l'affilié s'était marié ou avait conclu un partenariat enregistré avant son soixantième anniversaire. Or, avant le soixantième anniversaire de Monsieur Parris, les partenariats civils enregistrés entre personnes de même sexe ne pouvaient pas être célébrés ou reconnus en Irlande. Aucune possibilité de reconnaissance juridique n'était offerte à Monsieur Parris et son compagnon de longue date. Pour établir une présomption de discrimination, il fallait nécessairement adopter une approche intersectionnelle en combinant les motifs de l'âge et du sexe. Dans un arrêt critiqué pour son formalisme excessif⁷⁶, la Cour de justice a considéré qu'il « n'existe, toutefois, aucune nouvelle catégorie de discrimination résultant de la combinaison de plusieurs de ces motifs tels que l'orientation sexuelle et l'âge, dont la constatation puisse être effectuée, *lorsque la discrimination en raison desdits motifs, isolément considérés, n'a pas été établie* »⁷⁷.

←

de discrimination indirecte en l'absence de préjudice particulier à l'égard d'un groupe spécifique bien défini de personnes qui ont droit à une protection» (C. trav. Gand, 12 octobre 2020, n° 2019/AG/55, points 7.3.5.5 et 7.3.5.6). Ladite politique était pourtant précisément contestée au motif qu'elle entraînait un effet défavorable pour les *femmes musulmanes*, ce que la Cour du travail de Gand refusa d'envisager. Sur ce point, voy. E. BRIBOSIA, R. MEDARD INGHILTERRA et I. RORIVE, « Femmes voilées au travail face aux errements du droit de la non-discrimination : observations relatives à l'arrêt du 12 octobre 2020 de la Cour du travail de Gand (*Achbita c. G4S Secure Solutions*) », *J.T.T.*, 2021 (à paraître).

⁷⁶ Voy. notamment Shr. ATREY, « Illuminating the CJEU's Blind Spot of Intersectional Discrimination in *Parris v. Trinity College Dublin* », *op. cit.*, pp. 278-296 ; I. RORIVE, « Le droit européen de la non-discrimination mis au *tempo* de critères singuliers », in *Actes du colloque : Multiplication des critères de discrimination. Enjeux, effets et perspectives*, Défenseur des droits – Mission de recherche Droit et Justice, 2018, pp. 32 et s. ; M. MÖSCHEL, « If and When Age and Sexual Orientation Discrimination Intersect : *Parris* », *Common Market Law Review*, 2017, vol. 54, issue 6, pp. 1835-1851 ; N. MOIZARD, « La C.J.U.E. limite la reconnaissance de la discrimination multiple », *Rev. dr. trav.*, 2017, pp. 267 et s.

⁷⁷ C.J.U.E., arrêt *David L. Parris c. Trinity College Dublin*, 24 novembre 2016, aff. C-443/15, § 80 (nous soulignons). *Contra*, voy. Conclusions de l'avocate générale Juliane Kokott présentées le 30 juin 2016 dans la même affaire, § 159 (commentées ci-dessous).

B. Encadrer la justification de la mesure mise en cause

La jurisprudence des juridictions fédérales états-uniennes nous permet également de mieux cerner un autre enjeu, intimement lié à celui de l'établissement de la présomption de discrimination intersectionnelle, à savoir la justification que le défendeur doit apporter pour renverser cette présomption. Les cours fédérales ont fini par s'accorder sur le fait que la preuve d'une discrimination *prima facie* de nature intersectionnelle ne peut logiquement être écartée du seul fait de l'absence de discrimination fondée sur chacun des motifs pris isolément⁷⁸.

Cette approche fut consacrée pour la première fois, en 1980, à l'occasion de l'affaire *Jefferies v. Harris County Community Action Association* que nous avons mentionnée au point précédent. Pour conclure à l'absence de discrimination malgré le refus systématique de la promotion de femmes noires au sein de l'entreprise, la juridiction de première instance avait suivi l'argument de la défense qui avait établi que des femmes (blanches) et des (hommes) noirs avaient bien été promus⁷⁹. En appel, la Cour du cinquième circuit réfuta ce raisonnement :

« We agree with Jefferies that the district court improperly failed to address her claim of discrimination on the basis of both race and sex. The essence of Jefferies' argument is that an employer should not escape from liability for discrimination against black females by a showing that it does not discriminate against blacks and that it does not discriminate against females. We agree that discrimination against black females can exist even in the absence of discrimination against black men or white women »⁸⁰.

Ainsi, le défendeur ne peut justifier une discrimination intersectionnelle établie *prima facie* en invoquant l'absence de discrimination fondée sur chacun des deux motifs pris isolément :

« Therefore, we hold that when a Title VII plaintiff alleges that an employer discriminates against black females, the fact that black males and white females are not subject to discrimination is irrelevant and must not

⁷⁸ Notez que cette évolution ne s'est pas faite sans errements. Voy. là encore U.S. District Court (Eastern District of Missouri), *DeGraffenreid v. General Motors Assembly Div.*, préc.

⁷⁹ U.S. Court of Appeals (5th Circuit), *Jefferies v. Harris County Community Action Association*, préc., § 22.

⁸⁰ *Ibid.*, § 23.

form any part of the basis for a finding that the employer did not discriminate against the black female plaintiff»⁸¹.

Ce précédent fut suivi⁸², notamment, en 1984 dans *Graham v. Bendix Corp* par la Cour de district de l'Indiana :

«Under Title VII, the plaintiff as a black woman is protected against discrimination on the double grounds of race and sex, and an employer who singles out black females for less favorable treatment does not defeat plaintiff's case by showing that white females or black males are not so unfavorably treated. [...] The duty not to discriminate is owed each minority employee, and discrimination against one of them is not excused by a showing the employer did not discriminate against all of them, or there was one he did not abuse»⁸³.

En Europe, des juridictions nationales ont été confrontées à la même difficulté. Ainsi, le Conseil de prud'hommes de Paris fut saisi, en 2014, d'une discrimination intersectionnelle fondée sur l'orientation sexuelle et l'état de santé. En l'espèce, la période d'essai d'un coiffeur avait été rompue par son employeur à la suite d'une absence d'une journée pour cause de maladie. Le lendemain de cette absence, sa responsable lui avait adressé par erreur le SMS suivant : «Je ne garde pas X je le prévient demain, on fera avec des itinérants en attendant, je le sens pas ce mec : c'est un PD, ils font tous des coups de putes...»⁸⁴ En première instance, le Conseil de prud'hommes de Paris avait suivi la justification du défendeur pour considérer qu'il n'y avait pas de discrimination fondée sur l'orientation sexuelle «car il est reconnu que les salons de coiffure emploient régulièrement des personnes homosexuelles»⁸⁵. Cette juridiction avait également jugé qu'il n'y avait pas de discrimination fondée sur l'état de santé car «ce n'est pas sérieux de soutenir qu'un employeur va rompre le contrat de travail d'un salarié parce qu'il a été absent un jour pour maladie»⁸⁶. Après avoir considéré que «ces faits, pris dans leur ensemble, laissent

⁸¹ *Ibid.*, § 34.

⁸² Voy. aussi U.S. Court of Appeals (9th Circuit), *Lam v. University of Hawaii*, préc.

⁸³ U.S. District Court (Indiana, South Bend Division), *Graham v. Bendix Corp.*, 20 avril 1984, 585 F. Supp. 1036.

⁸⁴ Conseil de prud'hommes de Paris, 16 décembre 2015, n° 14/14901.

⁸⁵ *Ibid.* La juridiction relayait ce faisant l'argumentaire du défendeur qui estimait «qu'il convient de replacer cette affaire dans son contexte car la société C évolue dans le secteur de la coiffure, secteur dans lequel la communauté homosexuelle est très représentée».

⁸⁶ *Ibid.* La juridiction faisait droit ici à l'argumentaire du défendeur pour qui «la décision de rompre la période d'essai n'est pas liée à son jour d'absence pour maladie, il s'agit d'une simple coïncidence de date».

présumer l'existence d'une discrimination *en lien avec l'orientation sexuelle supposée du salarié et avec son état de santé*⁸⁷, la Cour d'appel de Paris avait, au contraire, rejeté les justifications du défendeur. En l'absence de la démonstration d'une exigence professionnelle essentielle et déterminante, la cour d'appel jugea que «le véritable motif de la rupture de la période d'essai n'était pas en lien avec ses aptitudes professionnelles mais avec son absence au cours de la journée du 6 octobre pour un problème de santé, vécue par ce manager comme une manœuvre déloyale, qualifiée de 'coup de putes' de la part de Monsieur L., manœuvre selon elle, habituelle de la part de personnes ayant une même orientation ou identité sexuelle supposée»⁸⁸. L'on voit bien ici comment, à la différence de la juridiction de première instance, la Cour d'appel de Paris écarte une justification cloisonnée par motifs de discrimination, tout en ciblant le stéréotype intersectionnel à la source du traitement défavorable. La même approche a été suivie dans d'autres décisions rendues en France⁸⁹ comme en Belgique⁹⁰.

En résumé, l'analyse intersectionnelle a une portée essentielle dans la sélection des éléments pertinents qui permettront de qualifier les faits de discrimination. Elle facilite d'abord la mise en évidence d'un traitement défavorable pour une catégorie précise de personnes situées à la croisée de plusieurs caractéristiques protégées, afin d'établir une présomption de discrimination. Elle encadre ensuite la justification de la discrimination *prima facie*: l'inexistence concomitante de discriminations fondées sur chacun des motifs considérés isolément ne peut tenir lieu de justification adéquate. Enfin, toujours au stade de la qualification, nous allons voir que l'analyse intersectionnelle joue également

⁸⁷ Paris, 21 février 2018, n° 16/02237 (nous soulignons).

⁸⁸ *Ibid.*

⁸⁹ Ainsi, lorsque la Cour de cassation française reconnut, en 2012, qu'un serveur portant une boucle d'oreille avait été discriminé sur le fondement de «l'apparence physique du salarié rapportée à son sexe» (le licenciement était ainsi motivé par l'employeur: «votre statut au service de la clientèle ne nous permettait pas de tolérer le port de boucles d'oreilles sur l'homme que vous êtes»), il ne fut jamais question de justifier ledit traitement par l'absence de discrimination fondée sur le port de boucle d'oreille pour les serveuses d'une part, et par l'absence de discrimination fondée sur le sexe masculin, d'autre part. Voy. Cass. (fr.) (ch. soc.), 11 janvier 2012, n° 10-28.213, *Bull.*, V, n° 12.

⁹⁰ De même, lorsque le Tribunal du travail de Liège reconnut en 2017 qu'un candidat à l'emploi, un homme âgé de 44 ans, avait été discriminé sur le fondement de son sexe et de son âge (le refus d'embauche était ainsi motivé: «Pour ce qui ne concerne pas les tâches en elles-mêmes mais mon groupe d'[employées] je n'ai que des jeunes filles entre 20 et 30 ans, je ne suis pas convaincue que toutes les chances seraient de mon côté pour [garantir] un groupe soudé... J'espère ne pas vous choquer en disant cela»), il ne fut pas question de justifier ledit traitement par l'absence de discrimination à l'égard des jeunes hommes, d'une part, et des femmes plus âgées, d'autre part. Voy. Trib. trav. Liège, 11 août 2017, n° 16/294/A.

un rôle lors de l'examen de proportionnalité de la pratique ou de la mesure contestée.

C. Renforcer le contrôle de proportionnalité

Cette troisième implication pratique de l'analyse intersectionnelle au stade de la qualification des faits transparaît de plusieurs affaires, sans être explicitement affirmée. Il s'agit dès lors davantage d'une répercussion potentielle de l'analyse intersectionnelle que d'une répercussion saillante et bien établie. Dans ses conclusions prises dans l'affaire *David L. Parris* précitée, l'avocate générale Juliane Kokott, qui rappelons-le ne fut pas suivie par la Cour de justice sur l'existence d'une discrimination intersectionnelle, plaidait pour un contrôle de proportionnalité plus strict dans ce cas :

«La combinaison d'au moins deux des motifs d'inégalité de traitement cités à l'article 1^{er} de la directive 2000/78 peut également avoir pour effet que, dans le cadre du contrôle de la proportionnalité, lorsque l'on met en balance les différents intérêts, le plateau de la balance soit plus chargé du côté des travailleurs désavantagés, ce qui augmente la probabilité que l'on soit en présence d'une atteinte excessive des intérêts des intéressés et que l'exigence de proportionnalité au sens strict ne soit pas satisfaite»⁹¹.

La même approche se retrouve dans ses conclusions relatives à l'affaire *Achbita c. G4S Secure Solutions* :

«il faut vérifier, dans la mise en balance des intérêts, si d'autres critères d'inégalité de traitement sont également concernés. Le fait qu'une interdiction édictée par un employeur n'affecte pas seulement les travailleurs d'une certaine religion, mais entraîne aussi un désavantage particulier pour les travailleurs d'un sexe déterminé, d'une couleur de peau déterminée ou d'une

⁹¹ Conclusions de l'avocate générale Juliane Kokott, présentées le 30 juin 2016 dans l'affaire *David L. Parris c. Trinity College Dublin*, préc., § 157. Soulignons ici que les considérations de l'avocate générale se placent explicitement dans le cadre d'un raisonnement sur la «discrimination due à l'effet combiné de plusieurs facteurs (troisième question préjudicielle)». Dans le cadre d'un raisonnement lié à la discrimination fondée sur l'âge (deuxième question préjudicielle), elle considérait que «le fait que le traitement défavorable réservé aux travailleurs tels que M. Parris n'ait pas, en l'espèce, seulement une composante liée à l'âge, mais concerne également l'orientation sexuelle de l'intéressé, c'est-à-dire qu'elle est renforcée par un second facteur parmi ceux visés à l'article 1^{er} de la directive, plaide pour que soient appliqués des critères plus stricts dans le cadre du contrôle de la proportionnalité» (§ 145).

origine ethnique déterminée [...] pourrait indiquer que ladite interdiction est disproportionnée»⁹².

Plusieurs décisions du Comité des droits de l'homme⁹³ ou de juridictions britanniques⁹⁴ ont également pris en compte la dimension intersectionnelle au stade de l'examen de proportionnalité. Il est toutefois délicat d'affirmer de manière catégorique que c'est bien cette approche qui a conduit à une plus grande exigence pour apprécier la justification de la différence de traitement. On peut encore relever qu'une attention particulière est parfois accordée à la dimension additive de la discrimination au stade de la proportionnalité⁹⁵.

L'approche envisagée par Juliane Kokott, particulièrement en phase avec le développement du droit de la non-discrimination dans l'Union européenne, mériterait plus d'attention de la part de la Cour de justice⁹⁶ et des juridictions nationales. Lorsque deux motifs de discrimination fondent, ensemble, un double désavantage (discrimination additive), ou un désavantage spécifique produit par l'interaction des caractéristiques (discrimination intersectionnelle), il conviendrait de procéder à un contrôle plus rigoureux de la justifica-

⁹² Conclusions de l'avocate générale Juliane Kokott présentées le 31 mai 2016 dans l'affaire *Achbita c. G4S Secur Solutions*, préc., § 121.

⁹³ Com. dr. h., *F.A. c. France*, préc., § 8.13.

⁹⁴ Employment Appeal Tribunal, *Ministry of Defence v. DeBique*, 12 octobre 2009, 2009 WL 3122456, §§ 102 et 110.

⁹⁵ Cette situation est, par exemple, illustrée par la décision d'une juridiction espagnole (Tribunal Superior de Justicia de Las Palmas de Gran Canaria, *Humberto Guadalupe Hernandez*, préc.), qui jugea totalement disproportionné et arbitraire un objectif de productivité en emploi (nettoyage de vingt-trois chambres par jour par les salariés d'une entreprise de propreté). Cet objectif avait été établi pour une zone où étaient essentiellement affectées des femmes et il désavantageait particulièrement la requérante âgée de 61 ans.

⁹⁶ Certains arrêts de la Cour de justice peuvent s'interpréter en ce sens. Ainsi, dans l'arrêt *Johann Odar c. Baxter Deutschland GmbH* de 2012, quoique la Cour de justice de l'Union européenne n'ait – malheureusement – pas fait mention de la dimension intersectionnelle de la discrimination, elle avait néanmoins qualifié de discriminatoires les modalités de calcul d'indemnités de licenciement qui aboutissaient à désavantager particulièrement les *vieux travailleurs handicapés* d'une entreprise. Alors que la mesure poursuivait un objectif légitime, à savoir la répartition équitable entre les salariés des fonds alloués au plan de licenciement, elle fut néanmoins considérée comme disproportionnée car les partenaires sociaux avaient «méconnu tant le risque encouru par les personnes atteintes d'un handicap grave, lesquelles rencontrent en général davantage de difficultés que les travailleurs valides pour réintégrer le marché de l'emploi, que le fait que ce risque croît à mesure qu'elles se rapprochent de l'âge de la retraite. Or, ces personnes ont des besoins spécifiques liés tant à la protection que requiert leur état qu'à la nécessité d'envisager une aggravation éventuelle de celui-ci» (C.J.U.E., arrêt *Johann Odar c. Baxter Deutschland GmbH*, 6 décembre 2012, aff. C-152/11, § 69 – nous soulignons).

tion avancée par le défendeur pour n'admettre, par exemple, que des raisons particulièrement graves, fortes et convaincantes⁹⁷.

III. L'évaluation du préjudice

Après avoir décrypté le mode opératoire du traitement défavorable et qualifié les faits, il reste à déterminer la réparation adéquate. Ici encore, l'approche intersectionnelle peut conduire à reconnaître la spécificité du préjudice subi (A). Elle peut aussi amener la juridiction à envisager une réévaluation monétaire du préjudice moral (B).

A. Reconnaître la spécificité du préjudice

La fonction réparatrice du droit ne repose pas exclusivement sur le rétablissement du *statu quo ante* et sur une compensation monétaire. Comme l'ont avancé plusieurs auteurs, en particulier Sandra Fredman⁹⁸, la quête d'égalité qui sous-tend le droit de la non-discrimination implique également une dimension de reconnaissance des singularités et des identités multiples. En réaction à une exclusion considérée comme illégitime, la sanction juridique assoit l'acceptation sociale de la différence et participe à la fonction transformatrice du droit. Plusieurs juridictions ont insisté en ce sens sur la nécessité de reconnaître la spécificité du préjudice engendré par la discrimination intersectionnelle.

La décision la plus éloquente à cet égard est sans doute celle du Tribunal ontarien des droits de la personne dans l'affaire précitée *Baylis-Flannery v. DeWilde*. La requérante, réceptionniste dans une clinique de physiothérapie, avait subi de multiples propos sexistes et racistes ainsi que de nombreux attouchements. Le harcèlement sexuel et racial était caractérisé. Pour le juge canadien :

«the law must acknowledge that she is not a woman who happens to be Black, or a Black person who happens to be female, but a Black woman. The danger in adopting a single ground approach to the analysis of this case is that it could be characterized as a sexual harassment matter that involved

⁹⁷ Pour reprendre une terminologie mobilisée par la Cour européenne des droits de l'homme lorsque sont en cause des distinctions fondées sur certains critères, dits «suspects», comme le sexe, l'orientation sexuelle, la prétendue race et la nationalité.

⁹⁸ Voy. notamment S. FREDMAN, «Substantive Equality Revised», *J·CON*, 2016, vol. 14, n° 3, pp. 732-731.

a Black complainant, thus negating the importance of the racial discrimination that she suffered as a Black woman. In terms of the impact on her psyche, the whole is more than the sum of the parts»⁹⁹.

La dimension critique du concept d'intersectionnalité apparaît ici clairement. Ce concept fut théorisé afin de mettre en lumière un impensé lié à la spécificité des modes de domination, d'exclusion ou de marginalisation, qui résultent de l'interaction de plusieurs caractéristiques protégées. L'intersectionnalité insiste alors sur trois axes complémentaires : les femmes noires subissent, de manière similaire aux femmes blanches, les effets d'un système de domination sexiste ; elles subissent encore, de manière similaire aux hommes noirs, un système de domination raciste ; elles subissent enfin, seules, les effets de stéréotypes spécifiques. En l'espèce, le Tribunal soulignait au sujet de l'employeur : «he has a stereotypical view of attractive, young, Black women *over whom he can assert economic power and control*»¹⁰⁰. Alors que l'admission formelle du rôle joué par chacun des deux motifs (le sexe et la prétendue race) équivaut à une reconnaissance des deux premiers axes (éléments de similitude), l'admission complémentaire de la dimension intersectionnelle équivaut à une reconnaissance du troisième axe (spécificité du stéréotype lié à une interaction des motifs visés). Dès lors que cette triple dimension est prise en compte pour être appréciée «*in terms of impact on [the] psyche*»¹⁰¹, elle constitue un facteur d'évaluation du préjudice moral de la victime.

Outre les juridictions canadiennes, une partie des membres de la Cour interaméricaine des droits de l'homme a également consacré cette implication pratique de la dimension intersectionnelle. Tel est le cas du juge Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot, ancien président de la Cour. À l'occasion d'une affaire complexe de discriminations multiples au détriment d'une jeune fille pauvre et séropositive, il affirmait dans son opinion concordante :

«L'intersectionnalité est associée à une expérience qualitativement spécifique, qui, pour les personnes concernées, crée des conséquences qui se présentent sous des formes différentes des conséquences subies par les personnes qui ne sont soumises qu'à une seule forme de discrimination. Ce point de vue est important car il permet de rendre visibles les spécificités de la discrimination dont souffrent des groupes qui ont été historiquement

⁹⁹ *Baylis-Flannery v. DeWilde (Tri Community Physiotherapy)*, préc., § 145.

¹⁰⁰ *Ibid.*, § 146 (nous soulignons).

¹⁰¹ *Ibid.*, § 145.

discriminés sur le fondement de plusieurs motifs prohibés et consacrés dans diverses conventions relatives aux droits de l'homme»¹⁰².

«L'intersectionnalité constitue un préjudice distinct et unique, différent des discriminations [unidimensionnelles] considérées isolément. Aucune de ces discriminations appréciée de manière isolée ne saurait expliquer la singularité et la spécificité du préjudice subi qui existe en cas d'expérience intersectionnelle»¹⁰³.

Dans chacun de ces passages, une même idée prédomine : celle d'une nécessaire reconnaissance de la spécificité de la souffrance occasionnée et donc du préjudice moral intersectionnel subi. Il s'agit d'une conséquence logique d'une meilleure compréhension des modalités fines de production du désavantage, au terme d'une approche multidimensionnelle, contextuelle et dynamique. Le prisme d'analyse n'est plus uniquement objectif (comment le désavantage est-il produit ?) mais également subjectif (comment est-il ressenti ?).

Concrètement, que peut-on tirer de ceci ? Partant du constat que l'interaction des motifs transforme qualitativement la nature des rapports sociaux pour produire des stéréotypes, des stigmates et des formes d'humiliation spécifiques, il s'agit d'en tenir compte, non pas uniquement dans l'analyse du mode opératoire de la discrimination, mais également pour apprécier son effet sur la victime. Ainsi, dans l'affaire *Fernandez Dedriñana* évoquée en introduction¹⁰⁴, la nature de la motivation qui fonde le refus de stage est centrale. Il convient ici d'évaluer l'effet sur la victime d'une assimilation de l'exercice de sa liberté de religion par le port du foulard islamique, à une attitude hostile et à un acte politique fondamentaliste qui reflète nécessairement l'oppression des femmes¹⁰⁵. Qualitativement, l'effet d'exclusion est distinct de celui engendré par une discrimination qui serait également fondée sur le sexe et la religion dans une autre situation. À titre d'illustration, la Cour de cassation française s'est prononcée, également en juillet 2020, sur le licenciement d'un consultant de sécurité en raison d'une barbe dont la coupe reflétait ses convictions religieuses. Afin de

¹⁰² Cour interam. dr. h., *Gonzales Luy y otros v. Ecuador*, 1^{er} septembre 2015, opinion concordante du juge Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot, § 11. Il ajoutait : «La discrimination intersectionnelle se rapporte alors à de multiples motifs ou facteurs qui interagissent pour créer un risque ou un fardeau discriminatoire unique ou distinct. Les motifs ou facteurs envisagés sont pensés comme étant inséparables car l'expérience de discrimination ne peut être disloquée en différents motifs. L'expérience est transformée du fait de l'interaction» (notre traduction).

¹⁰³ *Ibid.*, § 12 (notre traduction).

¹⁰⁴ Trib. trav. Bruxelles, 17 juillet 2020, préc.

¹⁰⁵ La motivation de la politique de neutralité en emploi étant de «créer une ambiance de travail paisible, où l'égalité et le pluralisme sont protégés».

lui confier une mission d'accompagnement de civils états-uniens au Yémen, l'entreprise exigeait du salarié une « présentation neutre »¹⁰⁶. Pour l'entreprise, ladite barbe, « taillée d'une manière volontairement très signifiante aux doubles plans religieux et politique, ne pouvait [être] comprise que comme une provocation par [le] client, et comme susceptible de compromettre la sécurité de son équipe »¹⁰⁷. Un témoin attestait du fait que le danger était lié à « un comportement ou une apparence inappropriés s'apparentant à celles des groupes terroristes »¹⁰⁸. Le licenciement consécutif au refus du salarié de se conformer à cette exigence engendra un préjudice moral spécifique, lié cette fois à l'assimilation de la victime à une menace sécuritaire et au terrorisme islamiste.

En définitive, la fonction de reconnaissance du droit de la non-discrimination implique, au stade de l'évaluation du préjudice subi, de tenir compte de la dimension intersectionnelle de la discrimination car celle-ci détermine la nature du préjudice moral. L'approche intersectionnelle peut enfin jouer, d'un point de vue non plus qualitatif mais quantitatif, au stade de l'évaluation monétaire de ce préjudice.

B. *Revaloriser le montant du préjudice moral*

L'incidence de l'approche intersectionnelle sur la réparation du préjudice moral se manifeste sous des formes différentes en fonction des ordres juridiques. Une série de décisions attestent toutefois d'une même idée générale, à savoir la revalorisation du montant des dommages-intérêts en raison de la multiplicité des motifs de discrimination en cause.

Un arrêt du Tribunal supérieur de justice de Barcelone, rendu en degré d'appel en 2017, en offre un premier exemple emblématique. Il s'agissait d'un employeur qui contestait l'évaluation du préjudice subi par une de ses salariées, victime d'une rupture de contrat fondée à la fois sur sa grossesse et son activité syndicale. Le Tribunal supérieur de justice confirma le montant de la réparation en raison notamment de la dimension multiple, en l'occurrence additive, de la discrimination :

« Considérant l'existence d'une discrimination multiple en l'espèce (de forme additive, en l'absence d'éléments de faits supplémentaires), il convient

¹⁰⁶ Cass. (fr.) (ch. soc.), 8 juillet 2020, n° 18-23.743, *Bull.*, V, et Versailles, 27 septembre 2018, n° 17/02375.

¹⁰⁷ *Ibid.*

¹⁰⁸ *Ibid.*

de souligner qu'elle a impliqué une douleur, une charge ou une souffrance morale plus importante pour la travailleuse que la discrimination qui, fondée sur un seul motif, aurait justifié l'indemnisation dudit préjudice. Et bien qu'il n'ait pas été précisé dans quelle mesure le montant précis de l'indemnisation octroyée est contesté, compte tenu de la coexistence de plusieurs motifs de discrimination, nous estimons qu'il convient d'ajouter que l'indemnisation n'est en aucun cas excessive, mais qu'elle est au contraire adaptée aux circonstances de l'espèce»¹⁰⁹.

Des décisions canadiennes ont embrassé la même approche de manière plus explicite et dans des cas de discriminations intersectionnelles. La jurisprudence *Baylis-Flannery* fournit là encore de précieuses indications :

« The Tribunal finds that using a pragmatic and functional approach, Ms Baylis-Flannery can and should be given restitution for all of the enumerated grounds of discrimination that she suffered by adding them together within the restitution she receives for general damages. However, the Tribunal finds that the 'non-trivial discriminatory scar' aspect of this case falls within the separate category of mental anguish, and it is greater than it otherwise would have been if the matter were based on a single ground, because the impact of the intersectional discrimination »¹¹⁰.

Au terme d'une approche qualifiée de « pragmatique et fonctionnelle » du droit de la non-discrimination, le juge considère ici la dimension intersectionnelle comme un élément – parmi d'autres¹¹¹ – susceptible de justifier une indemnisation élevée. Cette jurisprudence fut réaffirmée à de multiples reprises par la suite¹¹². Une approche similaire fut adoptée dans une affaire de harcèlement

¹⁰⁹ Tribunal Superior de Justicia de Barcelona, *María Macarena Martínez Miranda*, 2 mai 2017, n° 2715/2017.

¹¹⁰ *Baylis-Flannery v. DeWilde (Tri Community Physiotherapy)*, préc., § 149.

¹¹¹ En ce sens, voy. *ibid.*, § 170 : « The Tribunal has considered the following in making this award [general damages \$45.000]: the loss of dignity and worth suffered by the complainant; the seriousness, frequency, *intersectionality* and duration of these repeated infringements; the loss of dignity that she suffered from being in a work environment that was poisoned; the gravity of his actions as evidenced by his criminal conviction; and the impact of the two separate acts of reprisal on her » (nous soulignons).

¹¹² Voy. notamment *Manu v. Centum Fundamental Financial Inc.*, 2015 H.R.T.O. 725 (CanLII), §§ 46-47 et 49-50 : « I also note that the sexual solicitation and advances were directed to the applicant both on the basis of her sex and her race » ; « In these circumstances, I agree with the applicant that it is appropriate both on a subjective and objective basis that she be awarded the sum of \$7,000 in damages for injury to her dignity, feelings and self-respect » [sexual solicitation] ; « I agree that the applicant is

à l'encontre de travailleuses migrantes mexicaines en situation de dépendance économique. Si seul le motif du sexe avait été invoqué et formellement retenu dans la décision, c'est la prise en compte de la vulnérabilité intersectionnelle des victimes face au harcèlement sexuel qui justifia une indemnisation exceptionnellement élevée¹¹³.

Dans d'autres ordres juridiques, la question fut posée sous l'angle d'un cumul des indemnités forfaitaires prévues par la législation. En Belgique, par exemple, les lois fédérales donnent le choix aux requérants qui contestent une discrimination dans le cadre des relations de travail de demander une indemnisation forfaitaire qui correspond à six mois de salaire brut ou d'opter pour la réparation intégrale du préjudice moral et matériel (à charge d'en prouver l'étendue)¹¹⁴. Pour le Tribunal du travail de Liège, les indemnités forfaitaires peuvent être cumulées en cas de discrimination intersectionnelle fondée sur plusieurs motifs – *a minima* lorsqu'un des deux motifs est le sexe ou le genre car deux législations distinctes sont alors invoquées. Dans cette affaire tranchée en 2017, ce cumul avait été sollicité par un homme de 44 ans dont la candidature avait été rejetée en raison d'une difficulté d'intégration au sein d'une équipe exclusivement composée de femmes de 20 à 30 ans anticipée par l'employeur. Pour le Tribunal du travail de Liège :

«Ce cumul n'est ni interdit ni expressément autorisé en droit interne pas plus qu'il ne l'est sur base des règlements [*sic*] que le droit interne transpose. [...] La position de la doctrine majoritaire reconnaît la possibilité de cumuler des indemnités spéciales à défaut d'opposition légale expresse, dès lors qu'elles ont des causes différentes. [...] En l'espèce, la cause de la discrimination [...] est bien identifiée : au départ d'un même contexte factuel (refus d'une réponse à une offre d'emploi) qui présente deux critères de distinction (le sexe et l'âge), deux situations précisément distinctes (une situation qui ne

←

entitled to \$3,000 in damages for injury to her dignity, feelings and self-respect» [discrimination]; «*In making this assessment of damages I have also considered that there is some overlap or intersection of grounds in the discrimination that the applicant experienced*» (nous soulignons).

¹¹³ *O.P.T. v. Presteve Foods Ltd.*, 2015 H.R.T.O. 675 (CanLII), § 218-219 : «the award of \$150,000 sought on behalf of O.P.T. is proportionate to these other Tribunal awards, and reflects the far greater seriousness of what the personal respondent did to O.P.T. than the circumstances in these other Tribunal cases and *O.P.T.'s greater vulnerability as a female migrant worker and the impact on her*» (nous soulignons). Voy. aussi § 216.

¹¹⁴ Art. 23 de la loi du 10 mai 2007 tendant à lutter contre la discrimination entre les femmes et les hommes; art. 15 de la loi du 10 mai 2007 tendant à lutter contre certaines formes de racisme et de xénophobie et art. 18 de la loi du 10 mai 2007 tendant à lutter contre certaines formes de discrimination.

viserait qu'un seul critère de distinction dès lors que M^{me} L.L. n'aurait évoqué qu'un groupe d'employés composé de filles ou qu'un groupe d'employés composé de jeunes et une situation qui vise deux critères de distinctions) sont identifiées. [...] le dommage est à tout le moins partiellement distinct sous l'angle moral puisque le comportement dénoncé porte atteinte à deux caractéristiques personnelles différentes»¹¹⁵.

Sur la base d'un double fondement législatif, le cumul des indemnités fut prononcé au nom de l'effet utile de la réglementation applicable et de la protection effective contre les discriminations. Cette jurisprudence a récemment été confirmée par le Tribunal du travail d'Anvers¹¹⁶ dans une affaire de discrimination multiple, de nature additive :

«En ce sens, on peut conclure que la victime d'une discrimination multiple peut compter sur une indemnisation plus élevée que la victime d'une discrimination fondée sur un seul motif. [...] Le préjudice moral n'est pas tout à fait identique, car deux critères protégés différents sont en jeu. Le préjudice moral résultant de la discrimination fondée sur le sexe peut être distingué du préjudice moral résultant de la discrimination fondée sur le handicap. [...] Le cumul revendiqué peut donc être accordé»¹¹⁷.

Certains auteurs se montrent cependant sceptiques sur la réévaluation systématique du montant des dommages-intérêts en cas de discrimination multiple, y compris intersectionnelle¹¹⁸. Si l'intersectionnalité transforme qualitativement la nature des rapports sociaux et de la discrimination, elle n'implique pas automatiquement un préjudice plus grave qu'une discrimination fondée sur un seul motif. Force est néanmoins de constater que cette voie est empruntée par de nombreuses juridictions et que les requérants disposent d'arguments juridiques pour plaider une telle revalorisation quand ils l'estiment justifiée. Celle-ci est également de nature, dans certains cas, à renforcer le caractère dis-

¹¹⁵ Trib. trav. Liège, 11 août 2017, préc.

¹¹⁶ Trib. trav. Anvers, 29 septembre 2020, n° 193232/A, § 4.3.5 : «Les trois lois fédérales belges anti-discrimination et les directives européennes qu'elles transposent n'excluent pas le cumul d'indemnités spéciales de licenciement» ; «Le cumul d'indemnités spéciales de licenciement contribue également au caractère dissuasif que doivent avoir les indemnités et les sanctions pour non-respect de la loi anti-discrimination conformément aux directives européennes» (notre traduction).

¹¹⁷ *Ibid.* (notre traduction).

¹¹⁸ Voy. notamment Shr. ATREY, *Intersectional Discrimination*, *op. cit.*, pp. 198-201.

suasif des dispositifs antidiscriminatoires dans les systèmes juridiques où la notion de dommages-intérêts punitifs est inconnue¹¹⁹.

Conclusion

En conclusion, l'analyse de nombreuses décisions dans lesquelles des juges se sont prononcés sur la dimension intersectionnelle de la discrimination permet d'en systématiser certaines implications pratiques, essentiellement au stade de la compréhension des faits, de leur qualification, et de l'évaluation du préjudice subi. Cet éclairage jurisprudentiel vise à outiller les acteurs juridiques, avocats et magistrats, afin de leur donner un mode d'emploi des effets concrets d'une approche intersectionnelle en droit. Sans prétendre résoudre l'ensemble des difficultés, il s'agit ici de combler le fossé entre débats théoriques et mise en œuvre pratique¹²⁰. Notre analyse est résolument ancrée dans la nature jurisprudentielle du droit de la non-discrimination, sa nécessaire interprétation téléologique, ainsi que dans les initiatives internationales, européennes et nationales, qui ont d'ores et déjà permis la sanction de discriminations intersectionnelles. Exclure ces formes complexes de discrimination des prétoires aux motifs qu'elles ne bénéficient pas d'une reconnaissance textuelle explicite ou qu'elles seraient trop politiques, c'est ignorer les promesses de justice sociale et d'égalité substantielle portées par le droit européen de la non-discrimination. À l'heure où les inégalités sont à nouveau au cœur du débat public, le rôle des juges reste fondamental pour contribuer à leur réalisation.

¹¹⁹ En ce sens, la Commission d'évaluation de la législation fédérale relative à la lutte contre les discriminations «recommande d'adapter le cadre légal pour permettre la prise en compte des situations de discriminations multiples sur la base des lois de 2007. Elle recommande également que cette adaptation s'accompagne d'une réflexion sur les sanctions appropriées en cas de discrimination multiple [...]» (Premier rapport d'évaluation, février 2017, § 73).

¹²⁰ Nous pensons notamment au choix du régime de justification applicable, considérant que le droit de l'Union européenne et de nombreuses législations nationales en Europe font dériver le cadre de justification à la fois du motif et de la nature, directe ou indirecte, de la discrimination. Sur ce point, voy., en droit de l'Union européenne, la suggestion de Juliane Kokott consistant à soumettre la discrimination intersectionnelle au régime juridique de la discrimination indirecte, et en conséquence à un cadre de justification ouvert structuré autour de l'existence d'un objectif légitime et de moyens nécessaires et appropriés : «Si un traitement défavorable ne peut pas être imputé à l'un des critères d'inégalité de traitement visés à l'article 1^{er} de la directive 2000/78/CE seulement (religion, convictions, handicap, âge ou orientation sexuelle), [...] alors il y a lieu, d'après nous, d'apprécier les faits sous l'angle de la discrimination indirecte» (conclusions de l'avocate générale Juliane Kokott présentées le 30 juin 2016 dans l'affaire *David L. Parris c. Trinity College Dublin*, préc., § 154).

Conditions d'abonnement pour 2021

Édition

Anthemis

Abonnement

4 numéros par an

250 pages par numéro

Abonnement annuel (papier et électronique): 241 € HTVA

Abonnement annuel Europe (papier et électronique): 281 € HTVA

Abonnement annuel hors Europe (papier et électronique): 321 € HTVA

Abonnement électronique: 193 € HTVA

Prix au numéro: 65 € HTVA

Commandes

Anthemis

Place Albert I, 9

B-1300, Limal

Belgique

T.: +32 (0)10 42 02 93

F.: +32 (0)10 40 21 84

abonnement@anthemis.be

Les années antérieures sont disponibles depuis l'origine (1990).

D/2021/10.622/11

ISSN: 2-0777-3579

Imprimé en Belgique

Éditeur responsable: P. Lambert - avenue de la Ferme rose, 11/4 - B 1180 Bruxelles - Belgique

Sommaire

DOCTRINE

Ancre le droit à un environnement sain au niveau supranational: pour une action renforcée du Conseil de l'Europe sur les changements climatiques par <i>Catherine Le Bris</i>	217
Discrimination intersectionnelle en droit: mode d'emploi par <i>Emmanuelle Bribosia, Robin Medard Inghilterra et Isabelle Rorive</i>	241
Le recours au mécanisme dérogatoire en période de Covid-19 ou le droit international des droits de l'homme à la croisée des chemins par <i>Mustapha Afroukh</i>	275
L'état de crise au Luxembourg face à l'article 15 de la Convention européenne des droits de l'homme par <i>François Moysse</i>	301
La précarité socio-économique en temps de Covid-19: quel rôle pour la Convention européenne des droits de l'homme? par <i>Sarah Ganty</i>	319
Les «Principes de base relatifs au rôle du barreau» 30 ans après, une actualité toujours recommencée par <i>Bertrand Favreau</i>	355
Droits de l'homme et droits des animaux: la quadrature du cercle? par <i>Séverine Nadaud</i>	375

CHRONIQUE

Chronique des arrêts de la Cour suprême des États-Unis en matière de droits fondamentaux (octobre 2018 – juillet 2020) par <i>Thomas Hochmann</i>	391
---	-----

JURISPRUDENCE

La décision du Comité pour l'élimination de la discrimination raciale relative à sa compétence adoptée le 12 décembre 2019 au regard de la communication interétatique déposée par l'État de Palestine contre Israël par <i>Emmanuel Decaux</i>	429
Sur le chemin aménagé de l'école inclusive (obs. sous Cour eur. dr. h., arrêt G.L. c. Italie, 10 septembre 2020) par <i>Claire Rommelaere</i>	447

FOCUS

Les violences faites aux femmes: analyse du premier rapport du GREVIO concernant la Belgique par <i>Chloé Harmel</i>	465
Bibliographie	473
Informations diverses	475