

Famille, Culture & Éducation | Emma Raucent

Intersectionnalité | partie 2

Sa traduction juridique dans l'Union européenne et en Belgique





: lien consultable en ligne ou téléchargeable

Introduction

La présente analyse est la deuxième d'une série de trois articles dédiés à la notion d'intersectionnalité. Pour rappel, l'intersectionnalité désigne une grille d'analyse critique et politique des inégalités qui se focalise sur les interactions et les entrelacements des différents processus de discrimination (sexiste, raciste, xénophobe, classiste, validiste, homophobe, transphobe, etc.) à l'œuvre dans nos rapports sociaux. Après avoir présenté cette notion à titre de point de vue historique, de théorie et d'instrument politique dans la première analyse, nous nous attachons à présent à décrire sa « carrière juridique ». En effet, l'intersectionnalité est d'abord née d'une analyse critique de l'application du droit antidiscrimination aux États-Unis, la question soulevée par le paradigme intersectionnel étant de savoir s'il est possible de combiner plus d'un facteur de discrimination pour la reconnaissance en droit d'un traitement discriminatoire.¹ Cette question a fait l'objet de nombreuses contributions qui ont vocation à directement influencer les systèmes juridiques nationaux. Par exemple, le travail de recherche et de conseil réalisé par le Centre pour la justice intersectionnelle (CJI), dont il sera notamment question dans la présente analyse, œuvre à la dissémination du paradigme intersectionnel et à la mise en œuvre pratique de l'égalité au profit des personnes marginalisées de façon structurée au sein des nations européennes.

Par ailleurs, les conceptrices de l'intersectionnalité observent que « sa focale sur la vie quotidienne, particulièrement adaptée à un mode de pensée et d'action localisé, n'a pas empêché sa circulation au sein des sphères globales et des discours internationaux ». ² L'invitation de la théoricienne du droit afro-américaine et professeure de la Columbia Law School Kimberlé Crenshaw à présenter la notion d'intersectionnalité dans le cadre d'une session préparatoire pour la Conférence Mondiale Contre le Racisme en septembre 2001 témoigne du succès grandissant de la théorie intersectionnelle, ou en tout cas de son intégration relative, au sein des sphères internationales. ³ Cette observation nous mène à la question suivante : est-il possible de trans-

¹ CRENSHAW K., « 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° 1, pp. 139-167.

² CARBADO D. W., CRENSHAW K., MAYS V. M., TOMLINSON B., *op. cit.*, p. 307.

³ Pour une critique d'une interprétation additive de l'intersectionnalité dans le discours public international, voy. : YUVAL-DAVIS N., « Intersectionality and Feminist Politics », *European Journal of Women's Studies*, 2006, vol. XIII, n°3, p. 196 et s.

poser le paradigme intersectionnel en droit supranational et plus spécialement en droit européen ? Selon certain·e·s chercheurs/euses européennes, c'est non seulement possible mais c'est aussi nécessaire. Suivant leur raisonnement, l'introduction d'une approche intersectionnelle dans le traitement européen des inégalités permettrait l'adoption de mesures plus efficaces et inclusives.⁴

L'Union européenne et la Belgique répondent-elles à cet appel pour « plus d'intersectionnalité » en droit ? Et si oui, comment ? De quelle marge de manœuvre les institutions en charge de la lutte contre la discrimination ainsi que les juges bénéficient-ils pour prendre en compte et qualifier d'intersectionnelles les positions marginalisées à la croisée de différents facteurs de discrimination ? En bref, la deuxième analyse interroge le degré d'intégration du paradigme intersectionnel en droit européen et en droit belge.

Le cadre législatif belge consacrant le droit à l'égalité et à la non-discrimination est largement tiré de l'implémentation des directives européennes en la matière. Il est donc essentiel de se pencher le régime européen avant d'aborder le droit belge. Pour chacun de ces régimes juridiques, trois éléments seront succinctement passés en revue : les textes de loi antidiscrimination, les principaux organismes publics œuvrant à l'égalité, et la pratiques des cours et tribunaux en la matière.

⁴ LOMBARDO E., VERLOO M., « Stretching Gender Equality to Other Inequalities: Political Intersectionality in European Gender Equality Policies », in LOMBARDO E., MEIER P., VERLOO M. (sous la direction de), *The Discursive Politics of Gender Equality: Stretching, Bending and Policy-Making*, Londres : Routledge, 2009, pp. 67-84.

I. Droit européen

A. Les textes de loi

1. La notion de discrimination multiple

Les articles 8 et 10 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne consacrent une liste exhaustive des facteurs sur le fondement desquels une discrimination ne peut être perpétrée en droit européen : le sexe, la race ou l'origine ethnique, la religion ou les convictions, un handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle.⁵ En vertu de ces articles, plusieurs directives européennes organisent ensemble un système de protection à géométrie variable pour ces différentes formes de discrimination. En aucun endroit cet ensemble législatif n'interdit expressément la discrimination intersectionnelle.⁶ Pour ce qui concerne l'égalité entre les femmes et les hommes, les directives 2004/113/CE⁷ et 2006/54/CE⁸, l'une consacrée à l'accès et la fourniture des biens et services, l'autre à l'emploi, n'en font de fait aucune mention.

⁵ « Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne », Journal officiel, n° C 326, 26 octobre 2012, p. 0001-0390. L'article 157 du TFUE consacre l'égalité entre les femmes et les hommes dans le domaine de l'emploi. Par ailleurs, les articles 21 à 25 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne offrent un fondement contraignant supplémentaire pour la protection contre les traitements discriminatoires fondés sur chacun des facteurs énoncés dans l'article 10 du TFUE.

⁶ Commission européenne (Direction générale de l'emploi, des affaires sociales et de l'égalité des chances), *Lutte contre la discrimination multiple : pratiques, politiques et lois*, septembre 2007, [en ligne :] <https://op.europa.eu/fr/publication-detail/-/publication/f1f6da3a-2c36-4ef7-a7c2-b906349220b4>, consulté le 28 novembre 2021, p. 20.

⁷ Directive 2004/113/CE du Conseil du 13 décembre 2004 mettant en œuvre le principe de l'égalité de traitement entre les femmes et les hommes dans l'accès des biens et services et la fourniture de biens et services.

⁸ Directive 2006/54/CE du Parlement européen et du Conseil du 5 juillet 2006 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité des chances et de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière d'emploi et de travail.

Seuls des rapports du Parlement européen, non contraignants, mettent en lumière la position intersectionnelle de certaines femmes (celles issues de groupes minoritaires ainsi que les femmes roms).⁹

Même chose en ce qui concerne les directives 2000/43/CE¹⁰ et 2000/78/EC¹¹, respectivement consacrées à la lutte contre la discrimination raciale ou ethnique et à la lutte contre les discriminations fondées sur la religion, le handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle en matière d'emploi. Seuls les préambules (non contraignants) de ces deux directives soulèvent certains enjeux intersectionnels de la lutte contre la discrimination : « Dans la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement, la Communauté [l'Union] cherche, conformément à l'article 3, paragraphe 2, du traité CE [l'article 8 du TFUE], à éliminer les inégalités et à promouvoir l'égalité, entre les hommes et les femmes, en particulier du fait que les femmes sont souvent victimes de discriminations multiples¹² ». La notion de discrimination multiple est ici utilisée pour faire référence à l'obligation des États membres de prendre en compte le facteur genre dans l'implémentation des deux directives. Plus précisément, tous les cinq ans, ils doivent fournir à la Commission européenne des informations sur l'impact de cette implémentation sur les hommes et les femmes et ce, « conformément au principe de la prise en compte systématique de la question de l'égalité [de genre] »¹³. Cette technique est ce qu'on appelle le *gender mainstreaming* (ou approche intégrée de l'égalité de genre), soit le

⁹ Parlement européen, *Rapport sur la situation des femmes issues de groupes minoritaires dans l'Union européenne*, février 2004, [en ligne :] https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-5-2004-0102_FR.html?redirect#title1, consulté le 28 novembre 2021 ; Parlement européen, *Rapport sur la situation des femmes roms dans l'Union européenne*, avril 2006, [en ligne :] https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-6-2006-0148_FR.html?redirect, consulté le 28 novembre 2021.

¹⁰ Directive 2000/43/CE du Conseil du 29 juin 2000 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique.

¹¹ Directive 2000/78/CE du Conseil du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail.

¹² Respectivement, considérant 3 et 14 des directives précitées (mis en italique par nous).

¹³ Art. 17, §2 de la directive 2000/43 et art. 19, §2, de la directive 2000/78.

fait de passer en revue toute décision prise dans n'importe quel domaine et à n'importe quel niveau à la lumière des impératifs de lutte contre la discrimination de genre.¹⁴

2. Quelques obstacles au paradigme intersectionnel en droit européen

Selon un rapport de la Commission européenne, dans la mesure où la législation européenne ne prévoit aucune mesure générale et explicite traitant de l'intersectionnalité, les États membres ignorent largement cette réalité.¹⁵ L'absence de définition contraignante et claire de la « discrimination multiple » dans le droit de l'Union européenne contribue à cette relative indifférence. À partir de la littérature académique, ce même rapport distingue d'ailleurs les discriminations multiples de l'intersectionnalité : « dans la discrimination multiple, plusieurs motifs agissent séparément » et de façon additive, alors que la discrimination intersectionnelle « désigne une situation où plusieurs motifs agissent et interagissent les uns avec les autres en même temps d'une manière telle qu'ils sont inséparables ». ¹⁶ Mais il souligne également que cette distinction n'est pas toujours limpide et que les deux notions sont parfois utilisées de façon interchangeable. Selon plusieurs auteures, la discrimination multiple devrait être comprise comme une notion générale en droit européen, recouvrant toute discrimination sur fondement de plus d'un facteur.¹⁷

Les disparités des champs d'application des différentes directives constituent un autre obstacle au traitement intersectionnel des inégalités en droit européen. Les deux directives européennes consacrées à la discrimination de

¹⁴ Pour aller plus loin, voy. : MINTO R., MERGAERT L., « Gender mainstreaming and evaluation in the EU: comparative perspectives from feminist institutionalism », *International Feminist Journal of Politics*, 2018, vol. XX, n°2, pp. 204-220.

¹⁵ À l'exception (toute relative) de l'Allemagne, de l'Autriche, de la Roumanie et de l'Espagne (voy. : Commission européenne (Direction générale de l'emploi, des affaires sociales et de l'égalité des chances), *Lutte contre la discrimination multiple : pratiques, politiques et lois*, op. cit., p. 20 et s.).

¹⁶ *Ibid.*, p. 16-17.

¹⁷ FREDMAN S., *Intersectional Discrimination in EU Gender Equality and Non-Discrimination Law*, Brussels: European Commission, 2016, p. 27 ; MCCOLGAN A., *Discrimination, Equality and the Law*, Oxford: Hart, 2014, p. 101; SCHIEK D., « Multiple discrimination in EU Law – Opportunities for legal responses to intersectional gender discrimination? Executive summary », in BURRI S., SCHIEK D. (sous la direction de), *Multiple Discrimination in EU Law – Opportunities for Legal Responses to Intersectional Gender Discrimination?*, Brussels: European Commission, 2009, pp. 3-4.

genre et celle consacrée à la discrimination raciale couvrent plus de domaines (soit, l'emploi mais aussi le logement et d'autres services) que la directive protégeant la religion, le handicap, l'orientation sexuelle ou l'âge (uniquement l'emploi et la formation professionnelle) : « cela rend difficile, par exemple, pour les membres âgés de minorités ethniques d'intenter une action pour discrimination multiple au niveau des soins de santé ou du logement. De tels requérants ne pourraient intenter une action en vertu des directives que pour discrimination pour motif d'origine ethnique. Une telle action pourrait toutefois être rejetée si de jeunes membres de leur groupe ethnique ne subiss[aient] aucun désavantage¹⁸ ».

B. Les institutions européennes en charge de l'égalité

Au niveau institutionnel, différents organismes européens se répartissent la gestion des questions relatives à l'égalité et à la non-discrimination : l'Institut européen pour l'égalité entre les hommes et les femmes (EIGE) et l'Agence des droits fondamentaux de l'Union européenne (FRA). Cette distinction entre égalité de genre et « le reste » se retrouve également au sein de la Commission européenne. Par exemple, au sein du service de la Commission chargé de la politique européenne en matière d'emploi, d'affaires sociales et d'inclusion, on retrouve plusieurs unités : deux unités consacrées à l'égalité entre femmes et hommes (G.1 et G.2) et une unité consacrée plus largement aux actions contre la discrimination au sein de la société civile (G.4). La gestion « à part » des questions de genre reflète l'importance historique de ces questions dans le droit de l'Union.¹⁹

¹⁸ FREDMAN S., « un double problème : la discrimination multiple et la législation de l'Union européenne », *Revue du Droit européen relatif à la non-discrimination*, n°2, octobre 2005, p. 18.

¹⁹ Bien que plusieurs voix se soient élevées pour intégrer les questions de genre au sein d'une institution unique (la FRA), le Lobby européen des femmes et leurs alliés au sein du Parlement européen se sont toujours opposés à ces tentatives de refonte institutionnelle. Leur opposition repose sur une crainte de voir accompagner à cette refonte une dilution de la visibilité et de la qualité de la politique européenne en matière d'égalité de genre (MERGAERT L., « Role of a Future European Gender Institute. Final Report for the European Parliament », *Yellow Window Management Consultants*, 15 June 2004 ; European Women's Lobby (EWL), *Position Paper on the Setting up of a European Gender Equality Institute*, 3 mai 2005, [en ligne :] <https://www.womenlobby.org/Setting-up-of-a-European-Gender-Equality-Institute-May-2005?lang=en>, consulté le 29 novembre 2021).

Certes, chacun de ces organismes recommande de plus en plus et à des degrés divers la prise en compte des discriminations multiples, voire de l'approche intersectionnelle, aux États membres (spécialement dans la collecte de données pour l'évaluation des inégalités).²⁰ Cependant, la notion européenne de discrimination multiple reflète moins un virage européen vers un nouveau paradigme intersectionnel que les conséquences de la fragmentation initiale du traitement des inégalités au sein de l'Union.²¹ Généralement focalisées sur une seule facette de la discrimination, les organismes et unités précitées peuvent collaborer entre eux sur certains sujets intersectionnels précis. Cependant, aucune procédure ne garantit un travail coordonné systématique autour des différentes intersections de l'inégalité. Dans le traitement européen des inégalités, l'existence distincte de chaque facteur de discrimination est donc la règle, leur intégration dans des formes de discrimination complexe est l'exception. Par ailleurs, la solution ne semble pas nécessairement résider dans la mise en place d'une instance ou agence unique : « les lois générales portant sur l'égalité et la non-discrimination peuvent comporter des hiérarchies tout comme des organismes uniques en charge de l'égalité peuvent avoir des priorités internes²² ». En effet, bien que l'unité G.4 et la FRA aient vocation à traiter plusieurs facteurs de discrimination et intègrent de plus en plus l'approche intersectionnelle à leur travail, elles restent principalement focalisées sur le facteur racial et ethnique.

²⁰ Spécialement, dans la collecte des données quantitatives, elles recommandent un croisement des facteurs, bien que le plus souvent la quantité limitée de données recueillies ne permette pas de le faire (Agence des droits fondamentaux de l'Union européenne, *Fundamental rights report 2020*, FRANET, 2020, p. 41-51 [en ligne :] https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/fra-2020-fundamental-rights-report-2020_en.pdf, consulté le 1^{er} décembre 2021 ; Institut européen pour l'égalité entre hommes et femmes, *Intersecting inequalities Gender Equality Index*, Luxembourg : bureau de publication de l'Union européenne, 2019 [en ligne :] <https://eige.europa.eu/publications/intersecting-inequalities-gender-equality-index>, consulté le 28 novembre 2021).

²¹ LOMBARDO E., VERLOO M., « Institutionalizing Intersectionality in the European Union? », *International Feminist Journal of Politics*, 2009, vol. XI, n°4, p. 484.

²² BELL M., *Anti-Discrimination Law and the European Union*, Oxford: Oxford University Press, 2002, p. 212.

C. La jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne

1. Arrêt Parris : pas de place pour la combinaison de critères

La Cour de justice de l'Union européenne ne reconnaît pas non plus la possibilité pour un ou une plaignante de combiner plusieurs facteurs de discrimination pour dénoncer un traitement inégal. C'est en tout cas ce qu'elle a refusé à deux reprises dans les arrêts Parris²³, Achbita et Bougnaoui²⁴. La première affaire concerne un régime professionnel de retraite irlandais qui écarte de la pension de l'époux survivant les employés mariés après 60 ans. Le requérant, un homme marié à un autre homme après ses 60 ans, affirmait avoir été discriminé sur fondement de son âge et de son homosexualité dans la mesure où il n'aurait pas pu se marier avant ses 60 ans, le mariage homosexuel n'ayant alors pas encore été légalisé en Irlande. La Cour a écarté la possibilité de combiner ces deux facteurs de discrimination et les a donc analysés séparément :

À cet égard, si, certes, une discrimination peut être fondée sur plusieurs des motifs visés à l'article 1^{er} de la directive 2000/78, 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. Par conséquent, lorsqu'une disposition nationale n'institue ni une discrimination fondée sur l'orientation sexuelle ni une discrimination fondée sur l'âge, une telle disposition ne saurait établir une discrimination fondée sur la combinaison de ces deux facteurs.²⁵

²³ Cour de justice de l'Union européenne (CJUE), *Parris c. Trinity College Dublin et autres* (C-443/15), 24 novembre 2016.

²⁴ Cour de justice de l'Union européenne (CJUE), *Samira Achbita and Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding c. G4S Secure Solutions NV* (C-157-15) et *Asma Bougnaoui, Association de défense des droits de l'homme (ADDH) c. Micropole Univers SA* (C-188/15), 14 mars 2017.

²⁵ Cour de justice de l'Union européenne (CJUE), *Parris c. Trinity College Dublin et autres* (C-443/15), 24 novembre 2016, § 80-81 (souligné par nous).

De cette analyse distincte, la Cour n'a tiré aucune identification de traitement discriminatoire illégitime : d'une part, la directive 2000/78 prévoit une exception à l'interdiction de discrimination sur fondement de l'âge pour les prestations de retraite, d'autre part, les personnes hétérosexuelles étaient également discriminées par cette exception, chaque État membre étant par ailleurs autonome quant à sa politique de droit au mariage pour tous.

2. Arrêts Achbita et Bougnaoui : décisions formalistes ?

Dans les affaires Achbita et Bougnaoui, l'une belge, l'autre française, la question du port du foulard était en cause : ces deux femmes avaient été licenciées pour avoir refusé l'injonction de leurs employeurs (privés) respectifs de ne pas porter au travail « un tel signe visible de leurs croyances religieuses ». Pour en juger, la Cour a mis en balance deux formes de liberté de croyance : la liberté de ces deux femmes de manifester leur croyance religieuse et la liberté des deux employeurs de croire que la vie professionnelle devrait rester laïque et neutre. Concluant en faveur des deux employeurs, elle a estimé qu'un employeur privé pouvait interdire le port de tout signe convictionnel visible aux employés étant en contact direct avec les clients. La Cour a refusé de considérer les arguments d'une discrimination sur fondement du genre et de l'ethnicité²⁶, bien que ces facteurs soient plus solides car non altérables selon l'Avocate générale Kokot.²⁷ Or selon une critique de cette décision, « des politiques exigeant des femmes qu'elles adhèrent aux standards occidentaux [et donc laïques] de la féminité avant de pouvoir intégrer le monde du travail devrait être rejeté comme une forme de discrimination de genre²⁸ ». Suivant cette critique, la Cour aurait pu constater et condamner la présence d'un traitement inégal produit non pas par une croyance abstraite en la laïcité mais plutôt par un processus de racialisation et d'altérisation des femmes musul-

²⁶ La Cour s'aligne avec la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme pour définir l'ethnicité : l'ethnicité est comprise au sens large et inclut les signes d'une appartenance commune fondée sur « la nationalité, la religion, la langue, et un passé culturel et traditionnel » (Cour de justice de l'Union européenne, *Jyske Finans A/S c. Ligebehandlingsnævnet* (C-668/15 EU), 6 avril 2017, § 17).

²⁷ Opinion de l'avocate générale (AG) Kokot, *Samira Achbita and Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding c. G4S Secure Solutions NV* (C-157-15), 31 mai 2016, §116.

²⁸ SCHIEK D., « On uses, mis-uses and non-uses of intersectionality before the Court of Justice (EU) », *International Journal of Discrimination and the Law*, 2018, vol. XVIII, n°2-3, p. 14.

manes.²⁹ En effet, aucun autre couvre-chef porté par des hommes ou propre à une autre religion n'avait été donné en exemple par les employeurs comme signe visible (et donc inacceptable) de croyance religieuse.³⁰ Par ailleurs, en Belgique 90 % des cas d'interdictions générales du port de couvre-chefs et d'autres prescriptions vestimentaires visent des femmes musulmanes.³¹

À travers sa jurisprudence, la Cour de Justice peut agir comme un vecteur de changement dans l'interprétation et la portée du droit européen existant. En ce qui concerne l'intersectionnalité, elle ne semble pas (encore ?) disposée à jouer ce rôle.³² En l'état, le droit européen n'est donc pas en voie d'intégrer, au-delà d'une approche morcelée et ponctuelle de ces organes internes, l'approche intersectionnelle dans son régime de protection contre les inégalités.

²⁹ ZALNIERIUTE M., WEISS C., « Reconceptualizing Intersectionality in Judicial Interpretation: Moving Beyond Formalistic Accounts of Discrimination on Islamic Covering Prohibitions », *Berkeley Journal of Gender, Law and Justice*, 2020, vol. XXXV, n°1, pp. 71-90.

³⁰ SCHIEK D., « On uses, mis-uses and non-uses of intersectionality before the Court of Justice (EU) », *op. cit.*

³¹ UNIA, *Rapport d'activité 2020 – vulnérabilité des droits humains en temps de crise*, 2020, p. 42, [en ligne :] <https://www.unia.be/fr/publications-et-statistiques/publications/rapport-annuel-2020>, consulté le 1 décembre 2021). Concernant le phénomène de racialisation des minorités religieuses, voy. aussi : MCCOLGAN A., *op. cit.*, pp. 167-8

³² En ce qui concerne la Cour européenne des droits de l'homme (CtEDH), un constat plus nuancé semble se profiler. En effet, si, à l'instar de la Cour de justice de l'Union européenne, la CtEDH ne reconnaît pas explicitement la possibilité de combiner plusieurs critères de discrimination, il a pu être avancé qu'elle a introduit une application plus robuste et large du principe de non-discrimination en reconnaissant la position vulnérable des personnes dites « intersectionnelles ». L'affaire en question concernait une travailleuse du sexe issue de l'immigration ayant fait l'objet d'actes de violence à caractère raciste par des agents de police (Cour européenne des droits de l'homme, *Affaire B.S. c. Espagne* (47159/08) 24 Juillet 2012). Pour plus de détails, voy. : YOSHIDA K., « Towards intersectionality in the European Court of Human Rights », *Feminist Legal Studies*, 2013, vol. XXI ; CASTILLO ORTIZ P.J., ALI A., SAMANTA N., « Gender, intersectionality and religious manifestation Before the European Court of Human Rights », *Journal of Human Rights*, 2019, vol. XVIII, n°1, pp. 76-91.

II. Le droit belge

A. Les textes de loi

En ce qui concerne le système juridique belge, l'état du droit consacré à l'égalité reflète la logique fragmentée qui caractérise le droit européen en la matière. Trois lois fédérales ont vocation à implémenter les directives précitées : la loi tendant à réprimer certains actes inspirés par le racisme et la xénophobie³³, la loi sur l'égalité de traitement entre hommes et femmes³⁴, et la loi tendant à lutter contre certaines formes de discrimination³⁵. Cette dernière loi recouvre plus de facteurs discriminants que ceux protégés sous la directive 2000/78/EC : l'âge, l'orientation sexuelle, le handicap, les convictions religieuses ou philosophiques, une caractéristique physique ou génétique, la langue, le statut civil, la naissance, la conviction politique, la conviction syndicale, l'état de santé actuel ou futur ou l'origine sociale. Il a pu être avancé que la séparation des différents facteurs de discrimination organisée par ces trois lois empêche l'adoption d'une approche intégrée et intersectionnelle dans le traitement des inégalités en Belgique.³⁶ En effet, une plainte engageant par exemple le facteur racial et le facteur de la langue doit être « disséquée » en différents chefs d'accusation reposant chacun sur l'une de ces lois.³⁷

³³ « Loi du 30 juillet 1981 tendant à réprimer certains actes inspirés par le racisme et la xénophobie », *Moniteur belge*, 8 août 1981, p. 928.

³⁴ « Loi du 10 mai 2007 sur l'égalité de traitement entre hommes et femmes », *Moniteur belge*, 30 mai 2007, p. 29031.

³⁵ « Loi du 10 mai 2007 tendant à lutter contre certaines formes de discrimination », *Moniteur belge*, 30 mai 2007, p. 29016.

³⁶ Commission européenne (Direction générale de la justice et des consommateurs), *Intersectional discrimination in EU gender equality and non-discrimination law*, août 2016, p. 53 [en ligne :] <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/d73a9221-b7c3-40f6-8414-8a48a2157a2f>, consulté le 28 novembre 2021.

³⁷ Or selon un rapport d'Equinet, réseau européen de soutien aux organes de promotion de l'égalité, « la discrimination liée à l'âge est le plus souvent déclarée aux organismes de promotion de l'égalité de traitement conjointement à d'autres critères de discrimination, tels le handicap et l'origine raciale ou ethnique. » (Equinet, *Combattre l'âgisme et la discrimination fondée sur l'âge*, Bruxelles : Equinet, 2011, p. 12 (mis en italique par nous), [en ligne :] https://www.archive.equineteurope.org/IMG/pdf/age_perspective_merged_-_equinet_fr.pdf, consulté le 25 mars 2022.

D'un autre côté, le décret wallon relatif à la lutte contre certaines formes de discrimination et l'ordonnance bruxelloise relative à la lutte contre la discrimination et à l'égalité de traitement en matière d'emploi reprennent respectivement un ensemble de facteurs dans un texte unique mais n'organisent pas pour autant une approche croisée de ceux-ci.³⁸ En résumé, aucune de ces lois n'intègre la notion de discrimination multiple et ne prévoit donc la possibilité de fonder une plainte sur une composition de plusieurs motifs discriminatoires.³⁹ En effet, même lorsque ces lois intègrent plusieurs facteurs, elles visent uniquement les discriminations directes ou indirectes basées sur l'un des critères protégés.

B. Les institutions belges en charge de l'égalité

1. Multiples niveaux et différentes compétences

En ce qui concerne l'obligation de la Belgique de mettre en place des institutions en charge de la lutte contre la discrimination, là encore on retrouve le même morcellement institutionnel corrélé à une approche intersectionnelle grandissante mais parcellaire. D'une part, Unia, l'institution publique indépendante qui lutte contre la discrimination sur fondement de l'ensemble des critères susmentionnés sauf le genre et la langue, produit plusieurs recommandations pour une meilleure détection et prise en charge des discriminations intersectionnelles.⁴⁰ D'autre part, l'Institut pour l'égalité des femmes

³⁸ « Décret du 6 novembre 2008 relatif à la lutte contre certaines formes de discrimination », *Moniteur belge*, 19 décembre 2008, p. 67338 ; Ordonnance du 4 septembre 2008 relative à la lutte contre la discrimination et à l'égalité de traitement en matière d'emploi, *Moniteur belge*, 16 septembre 2008, p. 48144. Même chose en matière d'enseignement en Fédération Wallonie-Bruxelles (« Décret du 12 décembre 2008 relatif à la lutte contre certaines formes de discrimination », *Moniteur belge*, 13 janvier 2009, p. 970).

³⁹ CELIS K., OUTSHOORN J., MEIER P., MOTMANS J., « Institutionalizing intersectionality in the law countries: Belgium and the Netherlands » in KRIZSAN A., SKJEIE H., SQUIRES J. (sous la direction de), *Institutionalizing Intersectionality: the changing nature of European equality regimes*, Londres: Palgrave Macmillan, 2012, p. 144.

⁴⁰ UNIA, *Mémorandum : S'engager pour les droits humains. 61 propositions d'Unia pour les élections 2019, recommandations n°1, 3, 7, 24 et 49* [en ligne :] https://www.unia.be/files/Documenten/Publicaties_docs/Memorandum_pour_les_%C3%A9lections_2019.pdf, consulté le 1^{er} décembre 2021.

et des hommes⁴¹ finance Sophia, un réseau belge d'étude de genre qui soutient notamment la recherche sur l'intersectionnalité et son rayonnement au sein de la société civile. Une fois encore, ce traitement à part de l'égalité femmes-hommes provient d'une volonté maintes fois affirmée par de nombreuses féministes belges de maintenir un institut spécifiquement dédié à la lutte contre les discriminations de genre.⁴² Si un protocole de collaboration existe entre Unia et l'Institut depuis 2019,⁴³ des différends d'ordre idéologique et la stricte répartition des compétences semblent limiter les possibilités de coopération entre ces deux institutions.⁴⁴

Au niveau régional, on retrouve cette même distinction historique. La direction (wallonne) de l'Intégration des personnes d'origine étrangère et de l'Égalité des chances recouvre un ensemble de facteurs de discrimination sans pour autant y intégrer une approche explicitement intersectionnelle. Elle veille notamment à l'égalité des chances en matière d'emploi, de logement et de droits sociaux et à la lutte contre les violences intrafamiliales. Contrairement à cet organe wallon, son homologue bruxellois, equal.brus-

⁴¹ Au niveau fédéral, il existe également un organe consultatif, le Conseil de l'égalité des chances entre les hommes et les femmes, qui remet des avis au gouvernement en la matière (voy. par exemple : Conseil de l'égalité des chances entre hommes et femmes, *Avis relatif à la dimension de genre dans l'accord du gouvernement (30-09-2020)* et les exposés d'orientation politique des ministres fédéraux, avis n°158, 26 novembre 2020, [en ligne :] <http://www.conseildelegalite.be/media/products/536/710/Accordfdraletnotespolitiquesprojetavis202029novFR.pdf>, consulté le 1^{er} décembre 2021).

⁴² LAMIERE R., *De federale antidiscriminatiewetten*, Faculté de droit de l'Université de Gand, 2008, p. 39.

⁴³ Les deux institutions s'engagent à se concerter et à lancer des initiatives communes ainsi qu'à informer l'autre lors du traitements de signalements qui relèvent de ses compétences (Protocole de collaboration entre l'Institut pour l'égalité des femmes et des hommes et Unia, 20 mars 2019, [en ligne :] https://www.unia.be/files/Documenten/Publicaties_docs/Protocole_daccord_IEFH_-_UNIA.pdf, consulté le 1^{er} décembre 2021).

⁴⁴ Suivant plusieurs témoignages d'employés d'Unia, l'institut pour l'égalité des femmes et des hommes se fonde sur une approche universaliste et laïque inspirée de la seconde vague du féminisme alors qu'Unia adopte une approche de plus en plus intersectionnelle tirée de la troisième vague féministe, ce qui complique les débats notamment en matière de voile (VARRASSO M., *Effets et enjeux de la mise en pratique de l'intersectionnalité dans un equality body. Le cas d'Unia*, Faculté de philosophie, arts et lettres, Université catholique de Louvain, 2019 [en ligne :] <http://hdl.handle.net/2078.1/thesis:18849>, consulté le 27 novembre 2021).

sels, semble quant à lui avoir entamé une réflexion autour de l'intersectionnalité.⁴⁵ À cela s'ajoute deux conseils (wallon et bruxellois) de l'égalité entre hommes et femmes.

2. Quelques initiatives intersectionnelles...

La plupart de ces institutions, dans le cadre de leur travail de défense, de conseil et de promotion publique en matière d'égalité, font bourgeonner çà et là la notion d'intersectionnalité. Ce terme est le plus souvent utilisé « en passant », mais il fait parfois l'objet d'un plaidoyer approfondi. Par exemple, depuis 2017, Unia défend l'idée de réformer les lois antidiscrimination afin de légaliser les plaintes sur fondement d'une combinaison de critères discriminants.⁴⁶ Un autre exemple est celui du développement par la Fédération laïque de centres de planning familial (FLCPF) d'un outil de détection, de prise en charge et d'orientation des victimes de violences conjugales et sexuelles sensible à la position intersectionnelle de ces dernières.⁴⁷

Le Conseil bruxellois de l'égalité entre les hommes et les femmes, en collaboration avec equal.brussels, a également développé un plaidoyer en matière d'intersectionnalité dans le cadre d'une matinée d'étude.⁴⁸ Il y est notamment question des inégalités au sein du groupe des femmes : « [I]es mesures de conciliation vie privée/vie professionnelle ayant recourt aux services d'aide à la personne reposent sur le transfert du travail reproductif des femmes privilégiées travaillant sur le marché du travail formel vers les femmes marginalisées évoluant dans le secteur informel ou semi-formel du care [soin à la personne] ». ⁴⁹ Pour l'une des intervenantes à cette journée d'étude, les différentes politiques familiales et d'égalité sont aveugles à la position intersec-

⁴⁵ Equal.brussels (service public régional de Bruxelles), « Thème : intersectionnalité », [en ligne :] <https://equal.brussels/fr/theme/intersectionnalite>, consulté le 1^{er} décembre 2021.

⁴⁶ UNIA, Rapport d'activité 2020 – vulnérabilité des droits humains en temps de crise, op. cit., p. 41, note 11.

⁴⁷ FLCPF, Colloque violences sexuelles & conjugales : un regard intersectionnel, Bruxelles, 9 novembre 2021.

⁴⁸ Conseil bruxellois de l'égalité entre les femmes et les hommes, Réunion conseil du 1^{er} octobre 2018 : Genre et intersectionnalité, [en ligne :] http://www.adviesraad-gelijke-kansen.irisnet.be/wp-content/uploads/2019/08/Rapport_Conseil_Intersectionnalite_1oct2018_FR.pdf, consulté le 9 décembre 2021.

⁴⁹ *Ibid.*, p. 12.

tionnelle des femmes racisées, voire s'appuient sur le manque d'intégration de ces femmes au secteur formel et sur l'absence de valorisation des secteurs informels et précaires auxquels nombres d'entre elles se résignent.⁵⁰

Par ailleurs, en collaboration avec Unia et le Centre pour la justice intersectionnelle (CJI),⁵¹ Actiris a publié un rapport sur la transposition du concept d'intersectionnalité dans le cadre de la réforme des instruments de promotion de la diversité au travail.⁵² On y retrouve plusieurs recommandations, non seulement aux niveaux des entreprises et des institutions publiques de lutte pour l'égalité, mais aussi aux niveaux juridique et judiciaire :

- intégrer une transversalité des critères de discrimination dans les plans de diversité des entreprises ;
- instaurer au sein des entreprises un dispositif d'action positive pour pouvoir recruter une partie de leurs stagiaires dans les quartiers du croissant pauvre de Bruxelles⁵³ ;
- la reconnaissance et la valorisation des diplômes des personnes (spécialement des femmes) d'origine non occidentale ;
- une meilleure collaboration entre Unia et l'Institut pour l'égalité des femmes et des hommes afin de permettre le recueil d'une plainte intersectionnelle ;
- une adaptation de l'outil statistique à l'intersectionnalité pour les politiques publiques ;

⁵⁰ Conseil bruxellois de l'égalité entre les femmes et les hommes, op. cit., pp. 11-13.

⁵¹ La CJI est un centre de recherche qui se concentre sur l'étude des inégalités structurelles et sur l'élaboration de solutions politiques à y apporter en Europe.

⁵² Actiris, CJI, *Analyse de la transposition du concept d'intersectionnalité dans le cadre de la réforme des instruments de promotion de la diversité et de lutte contre les discriminations*, 2018 [en ligne :] <https://cdn.uc.assets.prezly.com/62f1d507-711d-45a3-980f-f138828686c2/-/inline/no/cij-rapport-le-role-de-lintersectorialite-dans-la-lutte-contre-les-discriminations-compressed.pdf>, consulté le 1^{er} décembre 2021.

⁵³ Au contraire de la discrimination positive, interdite en Belgique, l'action positive au sein d'une entreprise consiste à offrir certains traitements favorables aux employés ou candidats de population minorisée sans pour autant discriminer les autres employés ou candidats. Ainsi, ce mécanisme de priorité (aux candidats minorisés) ne peut être automatique et doit se faire à compétences égales (« Non à la discrimination positive dans les entreprises, mais oui aux actions positives », Unia : Bruxelles, 17 janvier 2019, [en ligne :] <https://www.unia.be/fr/articles/oui-aux-actions-positives>, consulté le 12 janvier 2022).

- la prise en compte du contexte et des circonstances particulières de la plainte pour déceler une discrimination au-delà d'une application formelle de l'une ou l'autre catégorie de discrimination ;
- etc.

C. La combinaison de plusieurs critères devant le juge

1. Entre analyse contextuelle et addition formelle

Cette dernière recommandation, soit la prise en compte du contexte et des circonstances particulières de la plainte pour discrimination, a vocation à s'appliquer tant au niveau du recueil de la plainte par Unia et les autres organes compétents qu'au niveau du raisonnement juridique des cours et tribunaux vis-à-vis de cette plainte. Cette recommandation permettrait de dépasser la logique purement catégoriale du droit antidiscrimination qui empêche un croisement des critères. Pour développer cette dernière recommandation, le rapport d'Actiris prend en exemple la Charte canadienne des droits et libertés qui contient une liste non exhaustive de critères potentiellement discriminants. Via cet exemple, les auteurs du rapport suggèrent qu'une analyse contextuelle de chaque plainte pourrait impliquer la prise en compte d'autres catégories de discrimination non listées dans la loi. Afin d'éviter la démultiplication des catégories, deux « critères fondateurs » permettraient l'identification du groupe discriminé : l'immutabilité (ou l'immuabilité) de la catégorie⁵⁴ et la stigmatisation sociale et structurelle qui l'accompagne. En effet, « la notion concrète de stigmatisation élargit le champ d'application de la loi sur

⁵⁴ Ce critère n'est pas tout à fait vérifiable pour chaque type de catégorie (pensons à la religion, le genre, la fortune, ou le handicap), mais il est jugé nécessaire pour éviter que la protection contre la discrimination ne devienne « si large qu'elle rendrait la loi vide de sens » (Actiris, CIJ, *Analyse de la transposition du concept d'intersectionnalité*, op. cit., p. 76).

la discrimination pour situer l'individu dans la société. Les stigmates sont définis par la contextualisation : ils sont déterminés et maintenus socialement, se concentrer sur eux c'est donner la priorité aux significations sociales⁵⁵ ».

Ainsi, l'intersectionnalité concerne moins la possibilité d'ajouter le plus de critères possibles pour la dénonciation d'une discrimination toujours plus individualisée que de permettre la prise en compte des conditions structurelles et du contexte historique particulier qui font naître une forme de discrimination à la croisée de plus d'un critère reconnu ou non par le droit. Cette affirmation offre une ébauche de réponse au problème juridique de la démultiplication des critères identitaires au fondement d'une plainte pour discrimination, déjà soulignée par certains juges américains dans la première analyse de cette série. Selon ces derniers cette démultiplication soulève des questions de prévisibilité et de sécurité juridique : combien de critères peut-on combiner ? Où s'arrête-t-on dans l'addition des critères ? Etc.

2. Détour en droit comparé : la pratique du juge américain

Avant d'aborder la pratique du juge belge, il est utile de se pencher sur l'évolution de la pratique des juges américains en la matière. Dans le pays même où elle est née, la notion d'intersectionnalité a-t-elle exercé une influence sur la façon dont les juges appliquent le droit antidiscrimination ? Plusieurs juridictions américaines, de plus en plus sensibles à cette notion, ont affirmé qu'une discrimination multiple devait se limiter à deux critères, ce qui, selon certaines critiques, produit un effet artificiel et paradoxal : « plus une personne diffère de la norme, plus elle risque de subir une discrimination multiple et moins elle a de chances d'obtenir une protection ». ⁵⁶ Or, pour ces juges américains, la combinaison de plusieurs critères offre une « voie de recours supérieure » au

⁵⁵ SOLANKE I., « Putting Race and Gender Together: A New Approach To Intersectionality », *The Modern Law Review*, 2009, vol. LXXII, n°5, p. 739. Un exemple de ce type position stigmatisée est celle des prostituées issues de l'immigration : un complexe entrecroisement de différents facteurs dont le sexe, l'origine ethnique, la classe sociale mais aussi et surtout l'activité de prostitution génère différentes formes de discrimination qui échappent à une analyse purement catégoriale de l'inégalité. Replacées dans leur contexte historique, ces discriminations (« mobilité contrôlée, enfermement administratif et refus de citoyenneté ») semblent s'inscrire dans la continuité d'une idéologie raciste autour du corps et de la sexualité des populations étrangères et/ou anciennement colonisées (pour plus de détails, voy. : MACHIKOU N., PERSEIL S., « Sexualités imputées, migrations des corps », *Migrations Société*, 2008, vol. II, n°116, pp. 25-42). Voy. aussi : la note de bas de page n°32 de la présente analyse.

⁵⁶ FREDMAN S., op. cit., p. 15.

plaignant, au sens où elle lui permet d'avancer plus d'arguments que dans le cas où les critères doivent être examinés séparément. En d'autres termes, cette combinaison offre une position juridique privilégiée aux personnes intersectionnelles par rapport aux plaignants ne pouvant fonder leur plainte que sur un seul critère.⁵⁷ Mais cet argument n'entrevoit que la logique purement formelle et additive de la discrimination multiple, là où l'intersectionnalité cherche plutôt à mettre en lumière des positions en marge des normes anti-discrimination et les contextes particuliers (et souvent méconnus) qui les font naître. Ainsi, par la combinaison de plusieurs facteurs, ces positions ne bénéficieraient pas d'une voie de recours plus aisée dans la mesure où elles sont généralement d'autant plus complexes à déceler et à défendre.

En bref, les éternelles questions autour des limites de la logique catégoriale et de la formalité du droit antidiscrimination sont renouvelées par les défenseurs de l'approche intersectionnelle et feront certainement couler encore beaucoup d'encre. Si le droit formel risque d'y rester largement insensible, ces questions ont peut-être le mérite de garder la machine judiciaire et ses mécanismes supposément anhistoriques au contact des réalités concrètes, complexes et changeantes de l'inégalité.

3. La jurisprudence belge récente : de nouvelles perspectives ?

C'est en effet ce que l'on peut affirmer au regard de l'ordonnance rendue le 3 mai 2021 par le tribunal du travail de Bruxelles.⁵⁸ Par cette ordonnance, le tribunal condamne la STIB pour avoir refusé à deux reprises d'embaucher la plaignante en raison de son port du foulard et pour avoir mis en place une politique discriminatoire de « neutralité exclusive » vis-à-vis de ses employé·e·s. D'une part, le tribunal constate une discrimination directe fondée sur les convictions religieuses. En effet, la STIB ne prouve pas l'existence d'une exigence professionnelle et déterminante qui justifierait la différence de traitement constatée. Par ailleurs, sa politique de « neutralité exclusive » interdisant le port de tout signe convictionnel dans l'exercice de ses fonctions n'est pas proportionnée et contrevient aux « exigences inhérentes à l'objectif de diversité qui gouverne l'ordonnance bruxelloise [relative à la lutte contre la discrimination et à l'égalité de traitement en matière d'emploi] ». ⁵⁹ D'autre part, le tribunal constate

⁵⁷ FREDMAN S., *op. cit.*, p. 15.

⁵⁸ Tribunal du travail (Bruxelles), *Unia, M.T., LDH c. STIB*, 3 mai 2021.

⁵⁹ *Ibid.*, § 76.

également une discrimination indirecte fondée sur le sexe dans la mesure où « le groupe spécifique des femmes portant un signe convictionnel font [sic], au bout du compte, les frais [de cette] mesure d'interdiction ⁶⁰ ».

Par cette décision, le tribunal se montre sensible aux considérations portées par les défenseurs de l'approche intersectionnelle, soit la prise en compte des positions en marge et à la croisée des normes antidiscrimination. En effet, le juge reconnaît implicitement que c'est bien parce qu'elle est une femme et une musulmane portant le foulard que la plaignante a fait l'objet d'une discrimination :

« Nous observons alors que si M. T. n'avait pas été une femme portant un signe convictionnel, le voile, mais un homme manifestant lui aussi sa conviction par un signe extérieur, la barbe, elle n'aurait pas été touchée par la mesure litigieuse ⁶¹. » En effet, « La STIB n'ignore pas qu'en son sein le port de la barbe par certains travailleurs est perçu par d'autres comme signifiant leur appartenance à un groupe religieux, mais, curieusement, elle le tolère. » ⁶²

⁶⁰ Tribunal du travail (Bruxelles), op. cit., § 94.

⁶¹ *Ibid.*, § 93.

⁶² *Ibid.*, §73, pp. 30-31. Dans les faits, la STIB tolère le port de la barbe, bien qu'elle ait explicitement reconnu le caractère religieux de celui-ci. Elle considère qu'il n'est problématique que s'il est « associé à d'autres pratiques et représentations telles que la pratique de la prière sur le lieu de travail » (§73, p. 31). Donc ce sont les *femmes musulmanes voilées* qui sont touchées : chaque signe convictionnel ne reçoit pas le même traitement...

On assiste peut-être à un certain changement de regard de la part du juge en ce qu'il reconnaît ici la stigmatisation structurelle à laquelle sont soumises les femmes musulmanes portant le foulard en Belgique⁶³ :

Quoique précis et objectivés, les faits recensés ci-dessus, pris isolément, sont sans doute insuffisants, voire pour certains insignifiants. C'est lorsque qu'ils sont pris dans leur globalité qu'ils nous conduisent à constater, prima fade, que la règle apparemment neutre d'interdiction générale de tout signe convictionnel adoptée par la STIB est au moins susceptible, en arrière-plan d'une discrimination directe fondée sur la conviction religieuse, de frapper plus durement les femmes qui portent un signe convictionnel en se doublant ainsi d'une discrimination indirecte en raison du sexe⁶⁴.

D'un autre côté, en évaluant les deux facteurs de discrimination séparément, le tribunal s'oppose à la possibilité de combiner plus d'un facteur pour la reconnaissance d'un traitement discriminatoire. En effet, après avoir examiné la notion de discrimination intersectionnelle soulevée par les parties requérantes, il conclut en ne lui reconnaissant aucune existence juridique en droit européen et belge :

Cette notion est largement absente du droit de l'Union. En l'état actuel de sa jurisprudence, la Cour de justice de l'Union européenne semble lui fermer la porte, ce qui ressort assez nettement des motifs suivants adoptés dans son arrêt [Parris] (...). Les lois anti-discrimination et genre du 10.5.2007 ne définissent pas et ne règlent pas le sort des discriminations intersectionnelles, pas plus qu'elles ne le font

⁶³ Plusieurs décisions des juridictions belges et européennes avaient déjà acté le caractère discriminatoire de certaines interdictions du port du voile mais uniquement sur fondement des croyances religieuses. Voy. par exemple : Cour européenne des droits humains, *Lachiri c. Belgique* (3413/09), 18 septembre 2018 ; Cour du travail (Bruxelles), G.T., A.N. c. PSE L., 7 mai 2020 ; Tribunal du travail (Bruxelles), R.K. c. X, 16 novembre 2015, spécialement § 84. La non-prise en compte des conséquences concrètes que de telles interdictions générales entraînent pour les femmes musulmanes a pu mener de nombreux juges à ne pas reconnaître le caractère discriminatoire de ces interdictions. Voy. en détails l'affaire *Achbita* précitée : Tribunal du travail de Gand (2007), A.S., Unia, c. G. nv, 12 octobre 2020. Dans cette affaire qui a fait l'objet d'une question préjudicielle à la CJUE (cf. *supra*), le tribunal de Gand avait estimé que les femmes musulmanes n'étaient pas plus que les autres désavantagées par une politique de neutralité générale. Pour aller plus loin, voy. : VAKULENKO A., « "Islamic headscarves" and the European Convention on Human Rights: An intersectional perspective », *Social & Legal Studies*, 2007, vol. XVI, pp. 183-199.

⁶⁴ Tribunal du travail (Bruxelles), Unia, M.T., LDH c. STIB, 3 mai 2021, § 94.

pour les discriminations multiples. L'ordonnance du 4.9.2008 ne fait pas exception à la règle. (...) La Ligue des Droits Humains [une partie requérante] ne précise pas quel est le régime juridique qui s'appliquerait à la discrimination intersectionnelle dénoncée⁶⁵.

Cette décision, prise en première instance et de laquelle la STIB n'a pas interjeté appel, ne fait pas office de précédent, c'est-à-dire que les autres juges face à un cas semblable n'iront pas nécessairement dans le même sens. Malgré tout, elle signale une relative inflexion du juge dans son application du droit antidiscrimination au conflit opposant la neutralité dans l'espace public et la liberté religieuse dans la mesure où elle reconnaît implicitement que ce conflit affecte essentiellement les femmes musulmanes portant le foulard. Pour les tenants de l'intersectionnalité, cette décision représente un petit pas vers une prise en compte des positions en marge des normes antidiscrimination, puisque ce sont bien les femmes musulmanes et non toutes les femmes (ou l'archétype de la femme blanche occidentale) qui ont servi d'étalon de mesure pour établir l'existence d'une discrimination de genre. Cependant, au regard des décisions récentes de la Cour de justice de l'Union européenne en la matière,⁶⁶ corroborant sa jurisprudence des affaires Achbita et Bougnaoui, on peut s'attendre à ce que cette décision n'enclenche pas un réel changement de paradigme en droit belge.

Conclusion

L'intersectionnalité a initialement été mobilisée pour questionner la logique uniaxiale qui anime l'interprétation du droit antidiscrimination dans la jurisprudence américaine. Après la description de ses origines et de ses fondements théoriques dans la première analyse, la présente publication aura donc eu pour objectif d'examiner le degré d'intégration du paradigme intersectionnel en droit européen et en droit belge. Si la notion percole à titre d'outil de gestion de la diversité dans les diverses institutions européennes et belges en charge de la lutte contre les inégalités, force est de constater que le droit formel y reste largement insensible. Des raisons de sécurité juridique sont entre

⁶⁵ Tribunal du travail (Bruxelles), op. cit., § 90-91.

⁶⁶ Cour de justice de l'Union européenne (CJUE), IX c. WABE eV et MH Müller Handels GmbH c. MJ (C-804/18), 18 juillet 2021 (affaires jointes).

autres à l'origine d'une telle inflexibilité : combien de critères peut-on cumuler ? Cependant, l'intersectionnalité a moins pour objectif de permettre l'addition d'un nombre illimité de critères pour la dénonciation d'une discrimination toujours plus individualisée que de garantir la prise en compte des conditions structurelles et du contexte historique qui fait naître une forme « particulière » de discrimination.

Un récent arrêt du tribunal du travail de Bruxelles témoigne explicitement de l'inadaptabilité du droit aux exigences intersectionnelles, soit l'analyse d'une combinaison de facteurs discriminants dans l'évaluation d'un traitement discriminatoire. Cependant, ce même arrêt laisse aussi présager un changement de regard, certes tout relatif, des juges vis-à-vis de la stigmatisation structurelle à laquelle certains sujets intersectionnels sont soumis, ici les femmes musulmanes portant le foulard.

Ainsi, si l'intégration du paradigme intersectionnel dans le système institutionnel belge (et européen) est en partie entamée, elle rencontre de nombreux obstacles. Ces obstacles sont soit formels, soit de nature juridique ou encore relatifs à la répartition des compétences. Mais ils peuvent également être de nature idéologique, l'intersectionnalité ne faisant pas nécessairement l'unanimité.⁶⁷ Dans la troisième et dernière analyse de cette série, il sera notamment question de savoir si, sur le plan politique, l'intersectionnalité et son intégration institutionnelle sont souhaitables. En d'autres termes, quelles critiques peut-on adresser à l'intersectionnalité et comment ses tenants y répondent-ils ?

**

Emma Raucent est titulaire d'un master en droit ainsi que d'un master de spécialisation en philosophie du droit. Elle est chargée de recherche dans la thématique Famille, Culture & Éducation, au sein du pôle Recherche & Plaidoyer du CPCP.

⁶⁷ Voy. par exemple: BX1, *Versus : quand l'intersectionnalité fait débat*, Bruxelles, 16 décembre 2020, [en ligne :] <https://bx1.be/categories/news/versus-quand-lintersectionnalite-fait-debat/?theme=app>, consulté le 23 novembre 2021.

RAUCENT Emma, *Intersectionnalité I partie 2 - Sa traduction juridique dans l'Union européenne et en Belgique*, Bruxelles : CPCP, Analyse n°454, 2022, [en ligne :] <http://www.cpcp.be/publications/intersectionnalite-p2>.

DÉSIREUX D'EN SAVOIR PLUS !

Animation, conférence, table ronde... n'hésitez pas à nous contacter,
Nous sommes à votre service pour organiser des activités sur cette thématique.

www.cpcp.be



Avec le soutien du Ministère de la Fédération Wallonie-Bruxelles

La présente analyse est la deuxième d'une série de trois articles dédiés à la notion d'intersectionnalité. Pour rappel, l'intersectionnalité désigne une grille d'analyse critique et politique des inégalités qui se focalise sur les interactions et les entrelacements des différents processus de discrimination (sexiste, raciste, xénophobe, classiste, validiste, homophobe, transphobe, etc.) à l'œuvre dans nos rapports sociaux. Après avoir présenté cette notion à titre de point de vue historique, de théorie et d'instrument politique dans la première analyse, nous nous attachons à présent à décrire sa « carrière juridique ». En effet, l'intersectionnalité est d'abord née d'une analyse critique de l'application du droit antidiscrimination aux États-Unis – la question soulevée par le paradigme intersectionnel étant de savoir s'il est possible de combiner plus d'un facteur de discrimination pour la reconnaissance en droit d'un traitement discriminatoire. Quelles réponses le droit belge et le droit européens apportent-ils à cette question ?

Centre Permanent pour la Citoyenneté et la Participation

Avenue des Arts, 50/bte 6 – 1000 Bruxelles

02 318 44 33 | info@cpcp.be

www.cpcp.be | www.facebook.com/CPCPasbl

Toutes nos publications sont disponibles en téléchargement libre :
www.cpcp.be/publications/