

L'intersectionnalité et le droit français

Transcription de la discussion avec Marie Mercat-Bruns

Programme PRESAGE : Bienvenue dans Genre, etc., le podcast de Sciences Po consacré aux recherches sur les questions de genre, d'inégalités et de discrimination.

Aujourd'hui nous recevons Marie Mercat-Bruns, professeure affiliée à l'École de droit de Sciences Po et chercheuse au laboratoire LISE du CNAM, le Conservatoire national des arts et métiers. Avec un collègue sociologue, elle a mené une étude interdisciplinaire à partir de rencontres avec deux femmes ayant saisi la justice suite à un licenciement pour avoir porté le voile islamique au travail. Au travers de ces deux récits, Marie Mercat-Bruns et son collègue Pierre Lénéel invitent à penser et repenser le concept d'intersectionnalité dans le contexte du droit du travail français. Ils viennent de publier un article dans un ouvrage collectif intitulé *Les catégories dans leur genre : genèses, enjeux, productions*.

Bonjour Marie Mercat-Bruns.

Marie Mercat-Bruns : Bonjour.

PRESAGE : Alors, pour commencer, est-ce que vous pourriez revenir sur la théorie de l'intersectionnalité telle qu'elle a émergé en Amérique du Nord et avec votre regard de juriste, s'il-vous-plaît ?

Marie Mercat-Bruns : Bien sûr. Pour simplifier il faut bien distinguer deux choses : la théorie politique de l'intersectionnalité, qui est souvent plus connue, de l'observation juridique de la discrimination intersectionnelle, qui pose des problèmes concrets en matière de preuves.

La première dimension de la théorie de l'intersectionnalité, qu'on associe à Kimberlé Crenshaw, une juriste américaine, vise la sous-représentation démocratique du féminisme noir qui s'inscrit dans la constitution du courant de *critical race theory* et que l'on retrouve dans ses articles tirés aussi de préoccupations de juristes féministes et de mouvements antiracistes. Par exemple, sur la violence domestique à l'encontre des femmes noires.

La deuxième dimension de l'intersectionnalité n'est pas une théorie mais une observation empirique d'une difficulté concrète liée aux contentieux du droit de la non-discrimination qui est proprement juridique, moins connue et tout aussi puissante. Elle montre mécaniquement certaines limites du droit de la non-discrimination, trop centré sur l'égalité formelle et les obstacles juridiques concrets de la discrimination intersectionnelle : celle à la confluence de différents critères, race, sexe, classe. Par exemple le fait d'appartenir à une ou deux catégories protégées par la loi : être femme et noire, au lieu de protéger plus, cela réduit vos chances de succès au procès par l'impossibilité de prouver la discrimination.

Dans son article phare de 1989, Crenshaw fait référence à trois arrêts. Dans l'arrêt DeGraffenreid, cinq salariées noires ont poursuivi leur employeur *General Motors* alléguant que dans la mise en œuvre des licenciements le système d'ancienneté perpétuait la discrimination passée à l'encontre des femmes noires. En effet, la preuve avait été faite que *General Motors* ne recrutait pas de femmes noires avant 1964 et que les salariés embauchés après 1970 avaient perdu leur emploi majoritairement. Mais en fait, la juridiction a dit que les femmes noires n'étaient pas une catégorie protégée spécifique nécessitant une super réparation. Le tribunal a considéré que *General Motors* avait embauché des femmes,

mais c'était des blanches avant 1964. Et donc il n'y avait pas de discrimination fondée sur le sexe. La juridiction a rejeté la qualification de discrimination raciale en invitant les plaignantes à s'associer à une action plus importante pour tous les noirs dans la société. Donc Crenshaw en a déduit l'angle mort du droit de la non-discrimination : l'expérience professionnelle des femmes blanches invisibilise celle des femmes noires.

Donc pour simplifier, et vraiment la question de preuve : si je suis en France une femme salariée d'origine malienne et je n'arrive pas à obtenir une promotion dans une entreprise, l'employeur peut toujours rétorquer en défense que cet état de fait n'est pas discriminatoire car des femmes ont fait l'objet de promotions, mais elles sont blanches, et des travailleurs d'origine africaine ont bénéficié de promotions, mais ce sont des hommes.

PRESAGE : Merci. Et vous avez un petit peu commencé à parler de la France, justement : est-ce que dans le droit français ou dans le droit européen, est-ce que ce terme "intersectionnalité" existe ? Et est-ce qu'il y a des affaires un peu comme vous venez de nous décrire ?

Marie Mercat-Bruns : On va effectivement un peu simplifier. Les juges français et européens n'utilisent pas le terme de discrimination intersectionnelle. On évoque un terme plus large au niveau européen de discrimination multiple, et le discours européen de la Commission européenne – récemment dans le programme égalité 2020-2025 et dans les nouvelles directives – évoquent maintenant la discrimination intersectionnelle. En fait, curieusement, les juges français, aujourd'hui les juges européens, font face à des discriminations multiples, donc des discriminations où on pourrait invoquer plusieurs critères. Mais ne parlent pas de discriminations multiples ou intersectionnelles. En fait, si on veut bien comprendre les choses, il y a trois figures de discrimination multiple et la discrimination intersectionnelle c'est une forme de discrimination multiple. Je vais décrire les trois.

La discrimination successive, par exemple, c'est une discrimination multiple : une femme handicapée peut être affectée dans le temps par plusieurs discriminations, au recrutement parce qu'elle a un handicap, et avant une promotion si elle tombe enceinte. Le fait qu'elle est femme handicapée peut entraîner cette discrimination successive.

Ensuite il y a la discrimination combinée qui affecte différents champs simultanément. Par exemple une femme immigrée, elle accède à des emplois mais plutôt précaires par rapport aux femmes non-immigrées, et sa rémunération – par exemple comme employé domestique – peut être moins forte qu'un homme immigré. C'est une discrimination combinée qui est multiple.

Enfin, la discrimination intersectionnelle c'est la reprise de la doctrine de Kimberlé Crenshaw où elle dit que la discrimination comme femme noire entraîne des stéréotypes combinés où on ne peut pas vraiment distinguer le sexisme et le racisme. Par exemple, la femme voilée, la femme migrante, la femme asiatique, le jeune homme de banlieue d'origine étrangère. En fait les juges, français notamment, ont réussi quand même à faire face à une discrimination intersectionnelle je donne deux trois exemples. Une femme âgée a été licenciée alors qu'elle travaillait dans une boutique de lingerie féminine parce qu'on considérait qu'elle n'avait pas l'image d'une femme commerciale dans ce domaine là. Une femme d'origine nord-africaine a été licenciée parce que la directrice du personnel ne fait pas confiance aux maghrébines. Un serveur dans un grand restaurant a été licencié parce qu'il portait deux boucles d'oreilles et qu'il n'était pas l'homme qui devait être.

PRESAGE : Merci pour les exemples qui permettent d'y voir un peu plus clair. Maintenant je voudrais enchaîner avec une question un petit peu plus méthodologique parce qu'en fait, je l'ai rappelé au tout début : pour votre article vous avez travaillé en binôme avec un sociologue, Pierre Lénéel. Et ensemble vous avez mené deux longs entretiens biographiques avec des plaignantes qui avaient été, elles, licenciées pour avoir porté un foulard islamique sur leur lieu de travail. Il y en a une qui travaillait dans une crèche des Baby Loup, et l'autre qui était ingénieure dans une entreprise de conseil informatique qui s'appelait Micropole. Et je me demandais quel était l'intérêt, en fait, pour une chercheuse en droit, pour une juriste, de mener des entretiens biographiques ?

Marie Mercat-Bruns : Et bien oui, absolument, comme on a vu, en fait, la notion de discrimination multiple ou intersectionnelle est absente dans la loi française. Elle commence à émerger en droit européen mais elle est invisible en droit. L'entretien permet de rendre visible le contexte de ces discriminations pour les femmes voilées qui pourrait faire l'objet de discriminations multiples : en tant que femme, d'origine étrangère souvent, d'une certaine religion, donc trois critères ; et qui sont souvent associés à un stéréotype qui combine les critères. L'image de la femme voilée est chargée, comme celle d'une femme soumise, par exemple. Donc dans notre démarche, on saisit simplement leur récit comme plaignantes voilées dans un procès, comme Crenshaw l'a fait avec les femmes noires : décrire le contexte et éviter d'être dans un discours binaire, pour ou contre le voile. Ce n'est pas le propos ici, ni de déterminer s'il y a présence ou non de discrimination. Pierre Lénéel a été crucial pour pouvoir utiliser la méthode d'entretien.

PRESAGE : Et du coup si je comprends bien, vous avez utilisé une méthode pluridisciplinaire avec de la sociologie et du droit, et vous partez des histoires des plaignantes pour mieux comprendre comment le droit fonctionne et s'applique ?

Marie Mercat-Bruns : Oui c'est tout à fait ça. C'est d'abord un prétexte, aussi, pour revisiter le prisme intersectionnel dans le contexte français, à partir de la perception réflexive des personnes de leur situation de désavantage, qui n'aboutit pas toujours à ressentir le désavantage : parfois on ressent autre chose. En fait, la méthode interdisciplinaire elle est tirée de quatre heures d'entretien avec les deux plaignantes, donc Fatima et Asma, et leur avocate voilée. Et elle est tirée d'une approche de *law and society* aux États-Unis, notamment un ouvrage qui a été primé qui s'appelle *Rights on Trial*, et qui parle des limites du droit de la non-discrimination en interrogeant les victimes de discrimination.

PRESAGE : Et donc peut-être pour aller plus loin sur ces entretiens : qu'est-ce qu'ils vous ont permis de trouver ? Est-ce qu'ils viennent un peu, peut-être, bousculer la théorie de l'intersectionnalité à l'américaine entre guillemets dont vous nous avez parlé au début ?

Marie Mercat-Bruns : Absolument. Les récits des femmes voilées et de leur expérience avec le droit, vis-à-vis de la société, les situent effectivement dans une forme de désavantage structurel à l'intersection du genre, de la religion, dans différentes sphères de la vie, donc puisqu'on a regardé leurs relations familiales, les relations au travail, les rapports aux féminismes, le rapport au voile, le rapport au contentieux, le rapport à la résilience, ... Et en fait elle a montré la complexité, la nuance de la situation de ces femmes voilées, qui permet finalement de nuancer les discours sur une quête uniquement communautariste des femmes, comme si elles étaient un 'tout' homogène. Il n'y avait pas

des femmes voilées, mais plusieurs femmes voilées, avec des considérations de différents ordres, notamment de ces femmes de deuxième et troisième générations d'immigration qui cherchent leur position en France. Donc je vais citer des extraits de ces entretiens. Donc un premier où Fatima est interrogée sur sa formation professionnelle, donc c'est l'affaire Baby Loup : *"Je suis arrivée à l'école d'éducateurs de jeunes enfants et j'étais, waouh ce monde, waouh, personne ne me regarde personne ne me parle, je suis l'arabe, la seule dans toute l'école, la seule mariée, la seule avec un enfant, la seule qui vient de la cité, la seule qui n'a pas fait d'études, et la seule qui est retenue."* Un autre récit sur le travail au prisme de l'intersectionnalité, c'est Asma, Micropole, l'ingénieure : *"J'ai toujours refusé cela, cela m'est déjà arrivé de croiser des femmes voilées dans ma vie professionnelle. C'est très rare, mais c'est arrivé. Et les gens se sont tout de suite attendus à ce qu'on se rapproche."* Dernier récit, sur Asma, donc l'ingénieure, sur le rapport à la famille aux primes de l'intersectionnalité : *"De toute façon mes parents ont toujours été réservés sur cette question. Moi, mon père, le jour où j'ai porté le voile il n'était pas du tout content. Donc eux ont toujours été réticents par rapport à ça. J'ai très peu parlé de l'affaire avec eux. C'était énormément de pression pour moi, je me rappelle, en fait, si on revient à l'histoire, enfin l'histoire de l'immigration, parce que finalement on en revient beaucoup à ça. Moi je me rappelle que pour financer mes études, j'ai dû faire des jobs étudiants, comme beaucoup de monde. Et j'avais un job étudiant chez Air France où, en fait, on confectionnait des plateaux-repas pour les compagnies aériennes. Et en fait c'était une entreprise où mon père travaillait, c'était dans une sous-filiale d'Air France. Et bien donc voilà, c'est une usine donc on porte des charlottes et tout l'équipement, et j'ai une première année, en fait, j'ai travaillé, je ne portais pas le voile. Et l'année suivante, j'avais l'habitude de travailler tous les étés et je suis retournée avec mon voile. Et en fait mon père s'est fait convoquer. Mon père s'est fait convoquer tout de suite, et en fait il est venu me voir le soir en me disant "Mais en 30 ans de carrière, jamais je ne me suis fait convoquer dans le bureau des relations humaines, et là toi tu viens, tu m'apportes des problèmes", comme ça. Donc eux sont dans la démarche où on est arrivés en France, on essaie de s'intégrer - enfin ça ce n'est pas s'intégrer pour moi, parce que c'est un peu vivre en parallèle - il ne faut pas se faire remarquer, on doit être invisible, on ne doit surtout pas poser de problème à l'autre".*

PRESAGE : Merci pour ces extraits. Et est-ce que ces deux affaires, Baby Loup et Micropole, elles ont fait avancer le droit français, peut-être avancer le droit européen ? Quelles ont été leurs conséquences, en fait, dans le droit du travail dont vous êtes spécialiste ?

Marie Mercat-Bruns : Oui, ces affaires ont constitué des précédents très importants en France, au niveau international, et au niveau européen. Et ça montre surtout l'ambivalence du droit par rapport à la discrimination religieuse et la tension dans ce domaine où s'entrechoquent des visions différentes liées aux traditions culturelles de laïcité, dans certains pays comme la France et la Belgique. Mais un respect assez fort de la liberté religieuse, par exemple en Allemagne, on a une affaire récente sur cette question. Il faut absolument insister sur la portée précise de ces deux affaires en droit qui ont eu un impact vraiment fort. Bougnaoui a gagné au niveau européen, et en France cela a permis en même temps d'autoriser des règles de neutralité dans les entreprises pour les salariés en contact avec la clientèle avec la loi El Khomri. Fatima a perdu en France, mais au niveau de l'ONU, comité onusien qui n'a pas de pouvoir de contrainte, bien sûr, on a reconnu que Fatima dans l'affaire Baby Loup, avait fait l'objet d'une discrimination intersectionnelle.

PRESAGE : Donc l'ONU reconnaît ce terme d'intersectionnalité.

Marie Mercat-Bruns : Absolument, dans ce communiqué du Comité. En revanche, depuis ces arrêts, il y a eu beaucoup d'arrêts. Il y a eu une affaire belge Achbita en même temps, et il y a eu énormément d'affaires, même en France. Avec, dans un cas, l'absence d'une règle de neutralité dans l'entreprise, où la société a été condamnée ; mais aussi des affaires en Belgique, en Allemagne, sur : 'quel doit être le contenu de ces règles de neutralité qui en fait suppose une neutralité religieuse, philosophique, et politique ? Qu'est-ce que ça veut dire ?' Et dans un autre arrêt, où la liberté religieuse a été prise en compte.

Reste à savoir de façon concrète après nos observations, quelles fonctions pourront occuper les femmes voilées qui veulent exercer une variété de postes. La plupart des postes ont un contact avec la clientèle. En termes d'inclusion : doivent-elles uniquement travailler dans des entreprises de tendance religieuse ? Ou qui tolèrent ces signes religieux, sans règles de neutralité interne ? Je pense que les conclusions de l'étude suscitent globalement deux réflexions peut-être au-delà du sexe et du genre, la dimension sur l'origine dans ces affaires de femmes voilées est très importante. Il est difficile de prouver la discrimination fondée sur l'origine ou la discrimination raciale, sauf récemment avec un arrêt sur les statistiques qui est très important depuis janvier 2023. Mais dans d'autres pays, c'est vu comme du racisme culturel : au Royaume-Uni, on parle de racisme culturel. Mais au-delà au-delà du rapport singulier à l'identité, à l'histoire coloniale, le rejet individuel de l'existence d'un groupe homogène de femmes voilées, on peut se poser la question de l'intersectionnalité à la française aussi sur ce que veut dire ce voile en termes d'identité performative de ces plaignantes. Elles ont beaucoup dit qu'elles avaient "foi dans la loi", et je dis vraiment ce mot "foi" dans l'action de justice. Utiliser le droit comme arme au lieu d'aller dans la rue, au lieu, finalement, d'utiliser la violence, et curieusement en France ces procès ont été médiatiques. Elles ont eu une dimension internationale, elles ont eu une visibilité qui n'a rien à voir avec le contentieux américain où justement on parlait de l'invisibilité de ces femmes noires. C'est seulement aujourd'hui avec *Black Lives Matter* – qui a été lancé en fait par des femmes noires – qu'on commence à réfléchir au procès comme ça, sur le profilage racial et sa dimension intersectionnelle. Donc globalement, c'est ça qui est intéressant ici, c'est de voir ces contentieux qui posent des problèmes combinés. Et aujourd'hui ça continue : le contentieux des femmes de chambre de l'hôtel Ibis qui ont fait grève et qui ont gagné ; le contentieux, même, sur la coiffure, récemment nous avons un salarié, un *steward* d'Air France, qui s'était présenté avec des tresses africaines nouées en chignon à l'embarquement et Air France a voulu, a refusé qu'il porte son chignon et la Cour de cassation lui a donné gain de cause en refusant cette discrimination fondée sur l'apparence physique et le sexe, interdit cette discrimination fondée sur le genre, liée finalement, à une règle qui dit que les cheveux doivent être coiffés de façon extrêmement nette. On peut même dire, et là encore il y a de l'invisibilité, que la question du critère de l'origine a été niée dans cette affaire. Voilà vous avez avec cette nouvelle affaire d'autres questions qui se posent en matière de discrimination intersectionnelle.

PRESAGE : Genre, et cetera est un podcast réalisé par le Programme de recherche et d'enseignement des savoirs sur le genre de Sciences Po. La musique est signée Lune. Un lien vers la transcription de cet épisode est disponible en description. Et pour aller plus loin vous retrouverez, aussi en description, des liens vers des références bibliographiques

dont l'article de Marie Mercat-Bruns et de Pierre Lénéel "Penser l'intersectionnalité en contexte français : le cas des affaires Baby Loup et Micropole sur le port du voile islamique au travail" publié dans le livre Les catégories dans leur genre dirigées par Arnaud Lechevalier, Ferruccio Ricciardi et Marie Mercat-Bruns.

Si vous avez aimé cet épisode, n'hésitez pas à ajouter des étoiles sur votre plateforme d'écoute et à le faire connaître autour de vous. Merci beaucoup et à bientôt.