

REVUE TRIMESTRIELLE DES DROITS DE L'HOMME

<http://www.rtdh.eu>



NEMESIS



ANTHEMIS

REVUE TRIMESTRIELLE DES DROITS DE L'HOMME

Rédacteurs en chef

- Géraldine ROSOUX, conseiller d'État (b.), référendaire honoraire de la Cour constitutionnelle (b.), professeure à l'Université de Liège.
- Christophe PETTITI, avocat au barreau de Paris, secrétaire général de l'Institut des droits de l'homme du barreau de Paris.

Secrétaires de rédaction

- Marion LARCHÉ, maître de conférences en droit public à l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne.
- Laurence VANCRAVEBECK, conseiller d'État (b.).

Comité de rédaction

- Marie-Aude BEERNAERT, professeure à l'Université catholique de Louvain.
- Gauthier de BÉCO, lecturer à l'Université de Leeds, professeur invité à l'Université catholique de Louvain.
- Peggy DUCOULOMBIER, professeure à l'Université de Strasbourg (Institut de Recherches Carré de Malberg).
- Marina EUDES, professeure de droit public à l'Université Paris Nanterre, membre de la Commission nationale consultative des droits de l'homme.
- Ludovic HENNEBEL, chercheur qualifié du F.N.R.S., Université libre de Bruxelles.
- Nicolas HERVIEU, membre du CREDOF (Université Paris Ouest), chargé d'enseignements à l'Université Panthéon-Assas.
- Élisabeth LAMBERT, directrice de recherche au CNRS (Droit et changement social, Université de Nantes).
- Florence MERLOZ, conseillère référendaire à la Cour de cassation (fr.).
- Céline ROMAINVILLE, professeure à l'Université catholique de Louvain, codirectrice du Centre de recherches sur l'État et la Constitution.
- Patrick TITIUN, ancien chef de cabinet du président de la Cour européenne des droits de l'homme, membre du Conseil supérieur de la magistrature.
- Sébastien Van DROOGHENBROECK, professeur à l'UCLouvain-Université Saint-Louis – Bruxelles.
- Panayotis VOYATZIS, référendaire à la Cour de justice de l'Union européenne.



NEMESIS

Anciens directeurs

Pierre LAMBERT (1990-2008), Pierre VANDERNOOT (2009-2014), Frédéric KRENC (2014-2021).

Comité scientifique

Président d'honneur : **Pierre LAMBERT** †, fondateur de la *Revue*.

Président : **Frédéric KRENC**, juge à la Cour européenne des droits de l'homme.

FI. BENOÎT-ROHMER, professeure des Universités, présidente de l'Université Robert Schuman à Strasbourg.

V. BERGER, ancien jurisconsulte de la Cour européenne des droits de l'homme, avocat au barreau de Paris, professeur au Collège d'Europe.

Fr. BILTGEN, 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.

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

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

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

E. DECAUX, professeur émérite de l'Université Paris II et président de la Fondation René Cassin.

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

B. DEJEMEPPE, conseiller émérite à la Cour de cassation (b.).

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

M. DE SALVIA, ancien greffier et jurisconsulte 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. HOTTELLIER, professeur émérite 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'État (gr.) et professeur émérite de l'Université Démocrite de Thrace.

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

L.-A. SICILIANOS, 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 avocat général à la Cour de justice de l'Union européenne.

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

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 émérite au Conseil d'État (b.) et maître de conférences à l'Université libre de Bruxelles.

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

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

La discrimination intersectionnelle : analyse critique en droit belge et de l'Union européenne¹

PAR

Louis TRINON

Assistant à l'Université de Liège

Avocat au barreau de Liège-Huy

Résumé

La notion de discrimination intersectionnelle est désormais une notion incontournable en droit de la non-discrimination. Ce concept, qui nous vient des *Black women's studies* outre-Atlantique, s'intègre progressivement dans nos systèmes juridiques de droit écrit. La présente contribution a pour objet d'examiner, de manière critique, l'invocabilité, les difficultés et les limites de la notion de discrimination intersectionnelle en droit belge et de l'Union européenne.

Abstract

Intersectional discrimination is from now on a key concept in non-discrimination law. This concept, which comes to us from Black women's studies on the other side of the Atlantic, is gradually being incorporated into our written legal systems. The purpose of this contribution is to critically examine the invocability, difficulties and limits of the concept of intersectional discrimination in Belgian and European Union law.

¹ Nous tenons à remercier Élise Dermine pour son accompagnement lors de l'écriture de cet article qui constitue une adaptation de notre travail de fin d'études du master de spécialisation en droit social (ULB), ainsi qu'Alexia Bollinne, Vincent Février et Célia Zimbile pour leurs relectures et commentaires de versions antérieures à cette recherche. Les éventuelles erreurs qui persisteraient sont de notre seule responsabilité.

Introduction

La discrimination intersectionnelle est un outil conceptuel forgé par Kimberlé Crenshaw en 1989² dans le contexte de l'Amérique post-ségrégationniste³. Son objectif était de mettre en avant les insuffisances de la jurisprudence américaine en matière de droit de la non-discrimination. Crenshaw critique, en particulier, l'interprétation restrictive du *Civil Rights Act* de 1964 selon laquelle les femmes noires devaient s'appuyer sur une seule des caractéristiques à l'origine de leur discrimination – la couleur de peau ou le sexe – pour intenter une action en justice. Cette critique – limitée à l'origine à l'approche moniste⁴ (ou unidimensionnelle) de la discrimination – s'est aujourd'hui muée en un véritable prisme d'analyse qui abonde en sociologie et influence les ordres juridiques jusqu'à celui de notre vieux continent depuis ce début de ^{xx}e siècle. Plusieurs publications ont déjà eu l'occasion d'appréhender les caractéristiques et la nature de la notion de discrimination intersectionnelle⁵. La présente contribution a pour ambition d'effectuer une analyse critique du cadre juridique existant en droit de l'Union et en droit belge. Cette recherche propose de s'interroger sur l'invocabilité de la discrimination intersectionnelle dans ces deux ordres juridiques, les difficultés ainsi que les limites suscitées par chacun des cadres existants. Pour ce faire, nous préciserons tout d'abord les contours conceptuels de cette notion abondamment usitée (I). Ensuite, nous examinerons le cadre juridique européen afin d'évaluer si la reconnaissance de cette forme de discrimination devant la Cour de justice est envisageable (II). Enfin, nous explorerons les choix du législateur belge et les critiques à adresser à la loi du

² K. W. 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, pp. 139-167.

³ C. ROLLAND-DIAMOND, *Black America – Une histoire des luttes pour l'égalité et la justice (xix^e-xx^e siècle)*, La Découverte, Paris, 2016, pp. 292 et s.

⁴ L'approche moniste consiste en « la prise en considération d'un seul motif de discrimination, indépendamment de la nature de la plainte », voy. S. BILGE et O. ROY, « La discrimination intersectionnelle : la naissance et le développement d'un concept et les paradoxes de sa mise en application en droit antidiscriminatoire », *Canadian Journal of Law and Society*, 2010, vol. 25, n° 1, p. 62.

⁵ *Ibid.*, pp. 51-74 ; R. MEDARD INGHILTERRA, I. RORIVE et E. BRIBOSIA, « La discrimination intersectionnelle en droit : mode d'emploi », *cette Revue*, 2021, pp. 241-274 ; S. FREDMAN, *Intersectional discrimination in EU gender equality and non-discrimination law*, European network of legal experts in gender equality and non-discrimination, European Commission, Publications Office of the European Union, Luxembourg, 2016 ; voy. également J. RINGELHEIM *et al.* (éd.), *Redynamiser la lutte contre la discrimination / Een hernieuwde impuls voor de strijd tegen discriminatie*, Intersentia, Anvers-Gand-Cambridge, 2023 ; J. RINGELHEIM et P. WAUTELET (dir.), *Comprendre et pratiquer le droit de la lutte contre les discriminations*, coll. CUP, vol. 184, Anthemis, Liège, 2018.

28 juin 2023⁶ qui modifie les trois lois fédérales⁷ formant le corpus du droit de la non-discrimination (III).

I. La centralité de la notion de discrimination intersectionnelle

À l'heure actuelle, les études en matière de discrimination intersectionnelle se multiplient et vont de pair avec leur lot de définitions. Les appellations foisonnent : discrimination successive, additive, cumulée, cumulative, compartimentée, croisée ou intersectionnelle. Entre homonymes et synonymes, il convient de définir et de préciser cette notion puisque c'est de sa qualification que découlent sa teneur juridique et tout le raisonnement subséquent⁸. D'emblée, précisons que la discrimination intersectionnelle fait partie d'un ensemble générique : la discrimination multiple définie par le *European Institute for Gender Equality* comme « [a] neutral notion for all instances of discrimination on several discriminatory grounds »⁹. La discrimination intersectionnelle (ou croisée) appartient, elle, à une catégorie spécifique définie comme : « [the discrimination] that takes place on the basis of several personal grounds or characteristics/identities, which operate and interact with each other at the same time in such a way as to be inseparable »¹⁰.

La littérature juridique dénombre trois caractéristiques au fondement de cette discrimination. Premièrement, la discrimination intersectionnelle a ceci de particulier que les critères protégés interagissent entre eux d'une manière telle qu'ils deviennent inséparables¹¹. De cette manière, ils forment ensemble une synergie,

⁶ *M.B.*, 20 juillet 2023.

⁷ Loi du 30 juillet 1981 tendant à réprimer certains actes inspirés par le racisme ou la xénophobie, *M.B.*, 8 août 1981 (« loi antiracisme ») ; loi du 10 mai 2007 tendant à lutter contre la discrimination entre les femmes et les hommes, *M.B.*, 30 mai 2007 (« loi genre ») ; loi du 10 mai 2007 tendant à lutter contre certaines formes de discrimination, *M.B.*, 30 mai 2007 (« loi antidiscrimination »).

⁸ Sur ces concepts et leurs éventuels chevauchements terminologiques, voy. 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-Portland, 2018, pp. 6-8, disponible sur <https://cadmus.eui.eu/handle/1814/60946>.

⁹ <https://eige.europa.eu/publications-resources/thesaurus>, sélectionner « multiple discrimination ».

¹⁰ <https://eige.europa.eu/publications-resources/thesaurus>, sélectionner « intersectional discrimination ».

¹¹ European Commission (2007) « Tackling Multiple Discrimination. Practices, policies and laws », disponible sur https://migrant-integration.ec.europa.eu/library-document/tackling-multiple-discrimination-practices-policies-and-laws_en.

un tout¹². En effet, pareille discrimination résulte de l'*agrégation* de motifs dont l'application isolée pourrait ne pas révéler de discrimination¹³. Nous proposons l'usage du verbe « agréger » en ce qu'il désigne « réunir des éléments distincts pour former un tout homogène », ce qui permet de différencier la discrimination intersectionnelle des autres formes de discrimination multiple et de correspondre à la première caractéristique de cette notion. D'un point de vue conceptuel, on considère qu'il s'agit d'*une* discrimination, unique et distincte¹⁴, à l'inverse de la discrimination cumulée où il s'agit d'une combinaison de discriminations simples. Cette précision conceptuelle émane du vécu de la victime qui, dans ce type de situation discriminatoire, ne peut « compartimenter son expérience »¹⁵ et opter pour un seul des motifs de discrimination. En effet, c'est en raison de l'intersection de ses multiples facettes que résulte la discrimination subie.

Deuxièmement, l'analyse de l'existence d'une discrimination intersectionnelle impose de recourir à une approche jointe ou simultanée des motifs¹⁶. Cela s'explique par le fait que la victime de discrimination intersectionnelle est la seule – dans cette situation – à souffrir de ce type de discrimination. Pour être établie, la discrimination intersectionnelle impose « de comparer le traitement réservé au requérant à celui reçu, ou qu'aurait pu recevoir, des personnes ne partageant pas la combinaison de critères invoquée par celui-ci »¹⁷. À l'inverse, dans un cas de discrimination cumulée, l'élément de comparaison est le traitement réservé aux personnes ou groupes de personnes¹⁸ qui partagent, dans une même situation, au moins un même critère de discrimination avec la victime. Partant, l'analyse peut s'effectuer de manière isolée pour chacun des critères à l'origine de la discrimination.

¹² 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-Portland, 2018, p. 1.

¹³ S. VAN DROOGHENBROECK, « Une loi plutôt que trois ? Retour critique sur les choix initiaux », in J. Ringelheim et al. (éd.), *Redynamiser la lutte contre la discrimination / Een hernieuwde impuls voor de strijd tegen discriminatie*, Intersentia, Anvers-Gand-Cambridge, 2023, p. 29.

¹⁴ M. GÓNGORA MERA, « Discriminación en clave interseccional : tendencias recientes en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos », in M. Morales Antoniazzi et al. (éd.), *Interamericanización de los DESCAs el caso Cuscul Pivaral de la Corte IDH*, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, Querétaro, 2022, p. 407.

¹⁵ S. BILGE et O. ROY, *op. cit.*, p. 69.

¹⁶ R. MEDARD INGHILTERRA, *La réalisation du droit de la non-discrimination*, L.G.D.J., Paris, 2022, p. 533.

¹⁷ J. RINGELHEIM, « Les concepts clés du droit de la lutte contre les discriminations », in J. Ringelheim et P. Wautelet (dir.), *Comprendre et pratiquer le droit de la lutte contre les discriminations*, coll. CUP, vol. 184, Anthemis, Liège, 2018, p. 68.

¹⁸ L'analyse comparative permet, tant en droit belge qu'en droit européen, le recours à un comparateur hypothétique, voy. J. RINGELHEIM, *ibid.*, p. 44.

Troisièmement, la discrimination intersectionnelle découle d'un contexte social particulier¹⁹ et met le doigt sur une réalité qui ne va pas toujours de soi : les préjugés, le racisme systémique, les stéréotypes²⁰, notamment historiques²¹, qui s'accrochent à une population déterminée²². En se basant sur le vécu des victimes, la notion d'intersectionnalité a pour mérite de permettre « une compréhension plus fine des faits qui caractérisent le litige »²³, en mettant en lumière la racine de l'acte discriminatoire dans la réalité sensible.

II. La discrimination intersectionnelle en droit européen : des évolutions récentes qui ouvrent la porte à une reconnaissance jurisprudentielle ?

Cette deuxième partie a pour objet d'examiner l'invocabilité de la notion de discrimination intersectionnelle en droit de l'Union européenne. Pour cela, nous examinerons premièrement les pistes invoquées par la littérature pour la reconnaissance de ce concept (A), deuxièmement, l'arrêt *Parris* de la Cour de justice qui refuse son application en droit de l'Union (B), troisièmement, les récents instruments normatifs en droit de l'Union (C) et, enfin, dans une quatrième partie, nous examinerons les pistes à envisager pour sa reconnaissance (D).

A. Des écueils à l'intégration de la notion de discrimination intersectionnelle en droit de l'Union européenne

Jusqu'au début du XXI^e siècle, la notion de discrimination intersectionnelle était largement absente du droit de l'Union européenne. Cela n'est guère étonnant compte tenu de l'approche moniste caractérisant nos systèmes juridiques

¹⁹ S. BILGE et O. ROY, *op. cit.*, p. 68 ; L. FASTREZ, P. LOECKX et L. MONNIER, « La discrimination multiple et la théorie de l'intersectionnalité dans la jurisprudence des Cours européennes de justice et des Droits de l'homme », *Chron. dr. soc.*, 2018, p. 175.

²⁰ C. BARNARD, *Fundamentals of EU law revisited : assessing the impact of the constitutional debate*, Oxford University Press, Oxford, 2007, p. 133.

²¹ L. FASTREZ, P. LOECKX et L. MONNIER, *op. cit.*, p. 181.

²² À titre illustratif, dans l'affaire *Hassam c. Jacobs*, après avoir constaté l'enchevêtrement des motifs de discrimination, la Cour constitutionnelle sud-africaine releva ceci : « By discriminating against women in polygynous Muslim marriages on the grounds of religion, gender and marital status, the Act clearly reinforces a pattern of stereotyping and patriarchal practices that relegates women in these marriages to being unworthy of protection ». Cour constitutionnelle d'Afrique du Sud, *Hassam c. Jacobs*, 15 juillet 2009, aff. n° 83/08, § 37, disponible sur www.saflii.org/za/cases/ZACC/2009/19.html.

²³ R. MEDARD INGHILTERRA, I. RORIVE et E. BRIBOSIA, *op. cit.*, p. 250.

depuis leurs créations²⁴. Ainsi, le droit européen de la non-discrimination n'envisageait la discrimination que sur la base d'un seul motif (*single-axis approach*). Pour autant, la discrimination multiple n'était pas totalement éludée par les directives européennes ; en effet, certains considérants relèvent que les femmes sont fréquemment victimes de discriminations multiples²⁵. Bien que le préambule d'une directive n'ait, en tant que tel, aucun contenu normatif²⁶, de nombreuses études ont été menées depuis lors à ce sujet, en particulier par la Commission européenne²⁷. À cet égard, et aux fins de la mise en œuvre de sa stratégie en matière d'égalité hommes-femmes (2020-2025), la Commission appréhende l'intersectionnalité comme un *principe transversal*²⁸ et précise avoir « apporté son soutien à une reconnaissance effective de la discrimination multiple au niveau national »²⁹.

Les études juridiques avancent trois pistes pour obtenir la reconnaissance en justice de la notion de discrimination intersectionnelle, sans avoir à modifier le cadre européen existant. La première proposition suggère une agrégation³⁰ des critères protégés existants à défaut d'interdiction en ce sens³¹. Il s'agit plus précisément d'une interprétation fonctionnelle du droit de la non-discrimi-

²⁴ Center for Intersectional Justice (CIJ) commissioned by the European Network Against Racism (ENAR), *Intersectional Discrimination in Europe : relevance, challenges and way forward*, pp. 20 et s. ; R. XENIDIS, *op. cit.*, p. 7 ; Projet de loi tendant à lutter contre la discrimination entre les femmes et les hommes, exposé des motifs, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2006-2007, n° 51-2721/001, p. 11.

²⁵ Considérant (14) de la 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, *J.O.U.E.*, L 180 du 19 juillet 2000 ; considérant (3) de la directive 2000/78/CE du Conseil du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail, *J.O.U.E.*, L 303 du 2 décembre 2000 ; point 14 de la décision n° 771/2006/CE, *J.O.U.E.*, L 146 du 31 mai 2006.

²⁶ C.J.U.E., arrêt *Česká pojišťovna*, 13 septembre 2018, aff. C-287/17, point 33 ; C.J.U.E., arrêt *FT*, 26 octobre 2023, aff. C-307/22, point 44.

²⁷ Commission européenne, *Lutte contre la discrimination multiple : pratiques, politiques et lois*, septembre 2017 ; S. FREDMAN, *op. cit.* ; S. BURRI et D. SCHIEK, « Multiple discrimination in EU Law – Opportunities for legal responses to intersectional gender discrimination ? », *European network of legal experts in gender equality and non-discrimination*, European Commission, Bruxelles, 2009, disponible sur <https://ec.europa.eu/social/BlobServlet?docId=3808&langId=en>.

²⁸ Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, Bruxelles, 5 mars 2020, COM(2020) 152 final.

²⁹ Rapport de la Commission au Parlement européen et au Conseil, rendu le 19 mars 2021, COM (2021) 139 final, p. 6.

³⁰ Comme indiqué au titre I, nous suggérons l'usage du vocable « agrégation » en lieu et place du nom générique « combinaison » pour différencier l'analyse en discrimination intersectionnelle des autres formes d'analyse en discrimination multiple.

³¹ S. FREDMAN, *op. cit.*, pp. 68-69.

mination³². La seconde piste, prônée par l'avocate générale Kokott dans ses conclusions avant l'arrêt *Parris* – que nous analysons ci-dessous – examine la discrimination intersectionnelle comme une forme de discrimination indirecte³³ compte tenu de ses particularités³⁴. Selon Juliane Kokott, lorsqu'une discrimination directe fondée sur un seul critère isolé ne peut être reconnue, il convient d'examiner si une mesure en apparence neutre peut engendrer un désavantage en raison d'une combinaison de plusieurs critères. Enfin, la troisième piste, d'ordre davantage métajuridique, consiste à se baser sur un des motifs de discrimination et à avoir égard à son interaction avec un autre motif. Deux propositions ont été formulées par la littérature juridique pour servir d'assise à la discrimination intersectionnelle. D'une part, la doctrine propose de se livrer à une lecture « capacitive » des textes européens³⁵ en appréhendant les victimes de discrimination comme faisant partie d'un ensemble plus large. Il s'agit d'admettre, par exemple, que les femmes sont victimes de discrimination de genre dans toute leur diversité, c'est-à-dire sur la base de l'ensemble des critères qui les caractérise (par exemple : la pauvreté, la conviction religieuse ou le handicap). D'autre part, une autre proposition, qui s'intitule la « théorie des nœuds » et qui est défendue par Dagmar Schiek, préconise de reconnaître les chevauchements d'identité des victimes par le biais de trois nœuds autour des notions de race, de genre et de handicap³⁶. Examinons la position de la Cour de justice au regard de ces propositions.

³² D. SCHIEK, « On uses, mis-uses and non-uses of intersectionality before the Court of Justice (EU) », *I.J.D.L.*, 2018, vol. 18, n^{os} 2-3, p. 90.

³³ Définie uniformément par les directives européennes comme étant la discrimination qui « se produit lorsqu'une disposition, un critère ou une pratique apparemment neutre est susceptible d'entraîner un désavantage particulier pour des personnes fondé sur un critère protégé par rapport à d'autres personnes ».

³⁴ Concl. av. gén. J. KOKOTT, préc. C.J.U.E., arrêt *Parris*, 24 novembre 2016, aff. C-443/15, point 154. *Contra*, voy. R. MEDARD INGHILTERRA, *op. cit.*, p. 548. Dans le même sens que J. Kokott avec d'autres nuances, voy. S. VINCENT et J. VRIELINK, « Les discriminations multiples et intersectionnelles », in I. Hachez et J. Vrielink (dir.), *Les grands arrêts en matière de handicap*, Bruxelles, Larcier, 2020, pp. 263-264.

³⁵ S. FREDMAN, *op. cit.*, pp. 35 et s., et en particulier pp. 69 et s. ; S. VINCENT et J. VRIELINK, *ibid.*, p. 263.

³⁶ D. SCHIEK, *op. cit.*, pp. 87 et s. L'objectif de cette théorie est de créer des ponts entre les identités – entre les nœuds – en combinant les asymétries. Elle a ceci de pertinent qu'elle aborde la discrimination intersectionnelle en se focalisant sur ce qui relie les victimes plutôt que sur ce qui individualise leur expérience. De cette manière, cette théorie répond à la principale critique en littérature suivant laquelle en se basant entièrement sur le vécu des victimes, plutôt que sur l'acte discriminatoire, la discrimination intersectionnelle risque, si elle est poussée à son paroxysme, de déconnecter la discrimination « de fait, de toute logique sociale » (C. POIRET, « Articuler les rapports de sexe, de classe et interethniques », *Revue européenne des migrations internationales*, 2005, vol. 21, p. 220).

**B. Du refus de principe de la Cour de justice de l'Union européenne
d'effectuer une reconnaissance jurisprudentielle
de la notion de discrimination intersectionnelle**

L'arrêt *David L. Parris c. Trinity College Dublin et autres* a été rendu par la Cour de justice le 24 novembre 2016³⁷. Dans cette affaire, la juridiction fut explicitement saisie d'une question préjudicielle fondée sur une approche jointe des motifs en matière de discrimination³⁸. Il s'agit de la première piste évoquée *supra* qui avait été avancée par la doctrine pour obtenir la reconnaissance d'une discrimination intersectionnelle en droit européen.

Les faits étaient les suivants : depuis 1972, Monsieur Parris est enseignant au Trinity College et bénéficiaire d'un régime de retraite. Ce régime prévoit, en son article 5, « le versement d'une pension de survie au conjoint ou, depuis le 1^{er} janvier 2011, au partenaire enregistré de l'affilié si ce dernier décède avant son conjoint ou désormais son partenaire enregistré »³⁹. En 2010, Monsieur Parris part à la retraite. Le 12 janvier 2011, son partenariat avec un homme est reconnu en Irlande à la suite de la légalisation du mariage homosexuel⁴⁰. Cependant, Monsieur Parris était déjà en cours de procédure contre son ancien employeur visant à s'assurer qu'en cas de décès son partenaire serait bénéficiaire d'une pension de survie. Sa demande est néanmoins rejetée. En effet, l'accès à une pension de survie était exclu par le Trinity College lorsque le partenariat est enregistré après l'âge de 60 ans. Or, historiquement, la législation irlandaise ne permettait pas un tel enregistrement pour Monsieur Parris avant son 64^e anniversaire. C'est dans ces conditions que la Cour de justice fut interrogée sur la question de savoir si « une discrimination fondée sur l'effet combiné de l'orientation sexuelle et de l'âge, alors que cette réglementation n'est constitutive d'une discrimination ni en raison de l'orientation sexuelle ni en raison de l'âge, isolément considérés »⁴¹ est conforme au droit européen.

³⁷ C.J.U.E., arrêt *Parris*, 24 novembre 2016, aff. C-443/15.

³⁸ *Ibid.*, point 79. D'autres arrêts ont pris en compte plusieurs motifs de discrimination mais de manière isolée, ce qui ne correspond pas à l'analyse intersectionnelle (voy. I) ; C.J.U.E., arrêt *Z. c. A Government department and the Board of management of a community school*, 18 mars 2014, aff. C-363/12 ; arrêt *WABE et Müller Handels*, 15 juillet 2021, aff. jtes C-804/18 et C-341/19. Voy. également la critique, en doctrine, de K. GOETHALS et E. TIMBERMONT, « Een nieuwe lente voor de Belgische antidiscriminatiegeveging », *T.S.R.-R.D.S.*, 2024/3-4, p. 319, n° 21 ; F. PICOD, « Cour de justice, Gde Ch., 15 juillet 2021, *WABE et Müller Handels*, aff. C-804/18 et 341/19, ECLI:EU:C:2021:594 », in *Jurisprudence de la C.J.U.E. 2021*, Bruylant, Bruxelles, 2022, pp. 394-395.

³⁹ C.J.U.E., *Parris*, préc., point 17.

⁴⁰ La loi sur les partenariats civils entra en vigueur le 1^{er} janvier 2011.

⁴¹ C.J.U.E., *Parris*, préc., point 79.

La Cour répondit sobrement à cette question préjudicielle en ces termes : « 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 »⁴². De manière explicite, les juges de Luxembourg refusèrent une quelconque assise aux deux premières pistes doctrinales évoquées. Quant à la troisième piste, qu'il s'agisse de la théorie des nœuds ou de la lecture capacitive, il ne reste, en droit, que deux options envisageables. Soit chacun des critères de discrimination fait l'objet d'une différence de traitement distincte, analysée de manière isolée, auquel cas il s'agit d'une discrimination de type *cumulée* à laquelle le droit européen ne s'oppose pas⁴³. Soit il s'agit d'une discrimination fondée sur un critère qui, bien qu'exacerbée par au moins un second critère de discrimination, n'est reconnue que comme une discrimination unique.

*C. De la consécration récente
de la notion de discrimination intersectionnelle
dans des instruments législatifs particuliers du droit de l'Union*

Depuis l'arrêt *Parris*, plusieurs développements en droit de l'Union européenne méritent d'être soulignés. Ils permettent – nous semble-t-il – de réévaluer l'invocabilité de la discrimination intersectionnelle. Outre le fait que de nombreux États membres reconnaissent à présent la discrimination intersectionnelle dans leurs droits internes⁴⁴, comme nous le verrons pour la Belgique, de nouvelles avancées législatives introduisent et définissent cette notion.

D'une part, il s'agit de la directive (UE) 2023/970 visant à renforcer le principe d'égalité des rémunérations entre les femmes et les hommes⁴⁵. Ce principe, inscrit dans le TFUE en son article 157 et dont l'esprit était déjà présent dans le Traité de Rome⁴⁶, est mis en œuvre dans cette directive. Celle-ci

⁴² *Ibid.*, point 81.

⁴³ Voy. par exemple, l'analyse isolée des critères dans C.J.U.E., arrêt *Odar*, 6 décembre 2012, aff. C-152/11.

⁴⁴ Voy. notamment en droit espagnol : article 6, § 3, de la Ley 15/2022 de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación, *BOE*, 14 julio 2022, mais aussi en droits roumain, serbe, allemand ou autrichien voy. R. MEDARD INGHILTERRA, *op. cit.*, p. 548.

⁴⁵ Directive (UE) 2023/970 du Parlement européen et du Conseil du 10 mai 2023 visant à renforcer l'application du principe de l'égalité des rémunérations entre les femmes et les hommes pour un même travail ou un travail de même valeur par la transparence des rémunérations et les mécanismes d'application du droit, *J.O.U.E.*, L 132 du 17 mai 2023.

⁴⁶ Art. 119 du Traité de Rome du 25 mars 1957.

poursuit deux objectifs distincts : d'une part, la mise en œuvre d'un droit à l'égalité des rémunérations (art. 4) et, d'autre part, un renforcement de la transparence à travers un droit à l'information avant et après l'embauche relatif au montant des rémunérations (art. 5 à 7). À plusieurs reprises, la notion de discrimination intersectionnelle intervient dans la partie normative de cette directive. Tout d'abord, cette notion est définie comme « *une discrimination fondée simultanément sur le sexe et sur un ou plusieurs autres motifs de discrimination prohibés au titre de la directive 2000/43/CE ou 2000/78/CE* » (art. 3, § 2, e)). Cette forme de discrimination est donc bien reconnue mais à travers le seul prisme du sexe. Ainsi, la première piste portant sur l'agrégation des motifs est explicitement consacrée. La directive renvoie aux autres motifs de discrimination compris dans les directives 2000/43/CE et 2000/78/CE pour composer une telle discrimination⁴⁷. Ensuite, au stade de l'indemnisation de la discrimination, la directive est explicite : le préjudice subi peut prendre en compte la discrimination intersectionnelle (art. 16, § 3). Enfin, quant à la sanction, de la même manière, la directive enjoint aux États membres de prendre en compte la discrimination intersectionnelle lors d'une violation des droits et obligations relatifs au principe d'égalité des rémunérations (art. 23, § 3).

D'autre part, il s'agit de la directive (UE) 2024/1385 portant sur la lutte contre la violence (au sens large) à l'égard des femmes et la violence domestique⁴⁸. Elle instaure des règles minimales en matière pénale en vue de protéger les femmes dans l'Union européenne. Parmi ces règles, on retrouve une liste d'infractions à transposer en droit interne (art. 3 à 9). Des peines d'emprisonnement minimales (art. 10) et un volet consacré au soutien des victimes sont également prévus. Le préambule de cette directive ne manque pas de se référer à la discrimination multiple et d'évoquer le fait que la violence à l'égard des femmes peut être accentuée en présence d'une pluralité de motifs, notamment dans des cas de discrimination intersectionnelle (considérants (6) et (71)). Plus loin, on retrouve à l'article 16 une évaluation personnalisée des besoins spécifiques de la victime. Cette disposition se réfère explicitement à la discrimination intersectionnelle en précisant : « *L'évaluation personnalisée visée au paragraphe 2 tient compte de la situation individuelle de la victime, y compris de la question de savoir si la victime fait l'objet, d'une discrimination fondée à la fois sur le sexe et sur un ou plusieurs autres motifs de discrimination tels qu'ils sont visés à l'article 21 de la Charte (ci-après dénommée 'discrimination*

⁴⁷ La directive en son article 2, § 2, sous a) à d), qualifie également de discrimination toute une série de comportements discriminatoires dans d'autres directives (notamment la directive 2006/54/CE dite « refonte », la directive 92/85/CEE ou la directive 2019/1158).

⁴⁸ Directive (UE) 2024/1385 du 14 mai 2024 sur la lutte contre la violence à l'égard des femmes et la violence domestique, *J.O.U.E.*, série L, 24 mai 2024.

intersectionnelle » (art. 16, § 4). Cette prise en compte de la réalité des victimes n'est pas anecdotique puisque la directive impose également un soutien ciblé pour les victimes de discrimination intersectionnelle exposées à un risque accru de violence (art. 33, § 1^{er}). On notera également que la directive⁴⁹ délègue aux organismes pour l'égalité de traitement le soin de « *prendre en considération des situations spécifiques de désavantage résultant d'une discrimination intersectionnelle, qui est comprise comme étant une discrimination fondée sur une combinaison de motifs prohibés au titre de la directive 79/7/CEE, 2000/43/CE, 2000/78/CE ou 2004/113/CE* » (art. 5, § 2). Ces directives, assurément influencées par la position de la Commission européenne⁵⁰, imposent désormais aux États membres de recourir à ces concepts lors de leur transposition et de prendre en compte cette réalité vécue par les victimes de discrimination intersectionnelle.

D. *Vers une reconnaissance généralisée de la notion de discrimination intersectionnelle en droit de l'Union européenne ?*

Ces deux premières directives européennes réglementent des domaines clairement circonscrits – la violence envers les femmes et le principe d'égalité des rémunérations – ainsi qu'un motif de discrimination bien précis, à savoir le sexe. La discrimination intersectionnelle est définie sans pour autant lui apporter un régime uniforme en droit européen. Une marge de manœuvre est laissée aux États membres. Est-ce que l'adoption de ces instruments législatifs particuliers peut, voire devrait, conduire à une évolution de la jurisprudence de la Cour de justice, et à la reconnaissance jurisprudentielle généralisée de la notion de discrimination intersectionnelle en droit européen de la non-discrimination ? La réponse à cette question doit, à notre sens, être prudente.

Tout d'abord, le législateur européen reconnaît, en matière de principe d'égalité des rémunérations entre les femmes et les hommes et de lutte contre la violence à l'égard des femmes (en ce compris la violence domestique), une portée normative à la notion de discrimination intersectionnelle. Une analyse

⁴⁹ Directive (UE) 2024/1499 du 17 mai 2024 relative aux normes applicables aux organismes pour l'égalité de traitement dans les domaines de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique, de l'égalité de traitement entre les personnes en matière d'emploi et de travail sans distinction de religion ou de convictions, de handicap, d'âge ou d'orientation sexuelle et de l'égalité de traitement entre les femmes et les hommes en matière de sécurité sociale ainsi que dans l'accès à des biens et services et la fourniture de biens et services, et modifiant les directives 2000/43/CE et 2004/113/CE, *J.O. U.E.*, série L, 29 mai 2024.

⁵⁰ Voy. *supra*, les notes nos 27 à 29.

particulière qui résulte à la fois du sexe et d'un ou plusieurs autres motifs de discrimination est tout à fait réalisable. Quant à la méthode, les directives se réfèrent soit à l'agrégation de motifs, sur la base des autres directives⁵¹, soit aux motifs repris dans l'article 21 de la Charte⁵². Ce faisant, le législateur intègre cette vision soutenue par la Commission et la littérature en reconnaissant explicitement la possibilité d'agréger les motifs pour reconnaître l'existence de cette discrimination. En d'autres termes, en formalisant l'existence de ce concept, il consacre la pureté analytique de la discrimination intersectionnelle *en tant que telle*. On peut donc se demander si cette modification formelle pourrait avoir des répercussions – de manière informelle – sur le droit commun de la non-discrimination⁵³, ce qui nous amène à notre deuxième point.

Ensuite, si le législateur a intégré cette notion, c'est précisément pour prendre en compte cette dimension individuelle du vécu des victimes de discrimination intersectionnelle, et par là conjurer les défauts du système antérieur. Pour rappel, le dessein de cette forme de discrimination est de protéger les victimes qui, dans une situation, subissent cette forme complexe de discrimination. Partant, l'intégration par le législateur européen non seulement d'une grille d'analyse intersectionnelle pour les autorités nationales en sus d'une définition générale et commune, a précisément pour dessein de soigner les insuffisances du cadre moniste classique. Le législateur européen est non équivoque : « Une nouvelle définition vise à préciser que, dans le contexte de la discrimination en matière de rémunération fondée sur le sexe, cette combinaison devrait être prise en compte, *de manière à dissiper tout éventuel doute à cet égard dans le cadre juridique existant* »⁵⁴. Les travaux préparatoires précisent ensuite : « De la sorte, les juridictions ou autres autorités compétentes tiendront dûment compte de toute situation de désavantage résultant d'une discrimination intersectionnelle, en particulier à des fins de fond et de procédure, y compris pour reconnaître l'existence d'une discrimination, décider de l'élément de comparaison approprié, évaluer la proportionnalité et déterminer, le cas échéant, le niveau de réparation accordé ou les sanctions infligées »⁵⁵.

Enfin, un autre argument pourrait être soulevé : à défaut d'harmonisation conceptuelle, il existe un risque de déséquilibre entre directives. En effet, un

⁵¹ Art. 3, § 2, sous e), de la directive (UE) 2023/970 ; considérant (16) et art. 5 de la directive (UE) 2024/1499.

⁵² Considérant (7) de la directive (UE) 2023/970 ; art. 16, § 4, de la directive (UE) 2024/1385.

⁵³ S. FREDMAN, *op. cit.*, pp. 68 et s.

⁵⁴ Proposition de directive du 4 mars 2021, COM(2021) 93 final, pp. 11-12, disponible sur <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:52021PC0093>.

⁵⁵ *Ibid.*, p. 12.

concept aussi central que celui de discrimination intersectionnelle recouvre une réalité tangible existante indépendamment des différents instruments de droit. À cet égard, pourrait-on imaginer qu'un concept aussi capital que celui de discrimination indirecte – au même titre que la discrimination par association⁵⁶ – ne soit applicable que pour certains types de discrimination⁵⁷ ? On objectera, à raison, que des déséquilibres entre directives existent, à commencer par leurs champs d'application respectifs⁵⁸. Cependant, en l'espèce, il est moins question d'un champ d'application *précis* que d'une définition conceptuelle globale, d'une réalité analytique et conceptuelle déjà reconnue par la littérature et dans de nombreux États membres, indépendamment de l'influence du droit européen.

Bien que le cadre actuel demeure limité, les derniers développements législatifs pourraient amener la Cour de justice à revoir sa position dans les années à venir. Les juges de l'Union pourraient en effet reconnaître de manière uniforme le concept de discrimination intersectionnelle afin d'éviter que le droit européen ne se dissolve « dans des interprétations multiples au niveau national »⁵⁹. Quant à la méthode interprétative, une interprétation fonctionnelle du droit de la non-discrimination⁶⁰ pourrait être appliquée. Cette technique interprétative prônée par Dagmar Schiek trouve appui dans les principes généraux du droit européen, au premier rang desquels l'« effet utile » qui permettrait de reconnaître l'intersectionnalité, en se fondant sur la relation entre motifs de discrimination, au fondement même de cette branche du droit⁶¹. On notera d'ailleurs que la Cour a déjà fait preuve d'une certaine audace par le passé, notamment lorsqu'elle s'est livrée à une lecture distensive d'un critère protégé afin d'englober une situation non couverte par celui-ci. Par exemple, dans l'affaire *P. c. S. et Cornwall County Council*, où un certain Monsieur P. avait décidé de changer de sexe. Après avoir subi une opération chirurgicale, ce dernier fut licencié par son employeur moyennant la prestation d'un préavis.

⁵⁶ C.J.U.E., arrêt *CHEZ Razpredelenie Bulgaria AD*, 16 juillet 2015, aff. C-83/14, point 56 ; C.J.C.E., arrêt *S. Coleman*, 17 juillet 2008, aff. C-303/06, points 38 et 50.

⁵⁷ L'idée de considérer la discrimination intersectionnelle comme un concept à part entière a déjà fait l'objet d'une proposition législative : Proposal for a Council Directive on implementing the principle of equal treatment between persons irrespective of religion or belief, disability, age or sexual orientation {SEC(2008) 2180} {SEC(2008) 2181} ; R. XENIDIS, *op. cit.*, pp. 15-17.

⁵⁸ Pour une comparaison de ces champs d'application, voy. S. FREDMAN, *op. cit.*, p. 63.

⁵⁹ J. RINGELHEIM, E. BRIBOSIA, I. RORIVE *et al.*, « Le droit européen de la non-discrimination : promesses tenues ? », in J. Ringelheim, G. Herman et A. Rea (dir.), *Politiques antidiscriminatoires*, De Boeck, Louvain-la-Neuve, 2015, p. 80.

⁶⁰ D. SCHIEK, *op. cit.*, p. 90.

⁶¹ S. ELSUNI et A. LENA GOETTSCHE, « Multidimensional discrimination and the law : Views and experiences from a German perspective », *Sociologia del diritto*, 2016, n° 2, pp. 87-105.

Bien que la discrimination n'était pas fondée expressément sur le sexe, elle fut reconnue comme telle par la Cour de justice qui jugea que « le champ d'application de la directive ne saurait être réduit aux seules discriminations découlant de l'appartenance à l'un ou l'autre sexe. Compte tenu de son objet et de la nature des droits qu'elle vise à protéger, la directive a également vocation à s'appliquer aux discriminations qui trouvent leur origine, comme en l'espèce, dans la conversion sexuelle de l'intéressée »⁶². Pourtant, il ressortait assez clairement de l'examen des faits que si Monsieur avait été une femme subissant une telle opération chirurgicale, il aurait également été licencié⁶³. La discrimination ne trouvait donc pas son fondement sur la base du sexe, mais bien dans la conversion sexuelle *sensu stricto*. C'est spécifiquement parce que Monsieur P. s'est trouvé au croisement de ses deux identités qu'il a subi cette forme de discrimination⁶⁴. On ne peut dès lors pas totalement exclure que le principe de non-discrimination, pilier du principe d'égalité en droit de l'Union (art. 21 de la Charte), soit totalement étanche à la reconnaissance de cette forme de discrimination multiple sur la base des critères protégés existants.

III. La discrimination intersectionnelle en droit belge

Dans cette troisième partie, nous examinerons brièvement, en premier lieu, les insuffisances existantes dans la jurisprudence des juges du fond pour reconnaître la discrimination intersectionnelle en droit belge (A) et, en second lieu, l'apport de la réforme suscitée par la loi du 28 juin 2023 inscrivant un nouveau paradigme en droit de la non-discrimination, celui de la discrimination multiple (B).

⁶² C.J.C.E., arrêt *P. S. et Cornwall County Council*, 30 avril 1996, aff. C-13/94, point 20. Ce passage est aujourd'hui repris dans le considérant (3) de la directive 2006/54/CE (directive dite « refonte »).

⁶³ *Ibid.*, point 7.

⁶⁴ La Cour a ainsi interprété de manière souple le critère du sexe qui sert de fondement juridique en droit de l'Union pour la reconnaissance des minorités de genre ; voy. à ce sujet D. NUNES, « De nouveaux vecteurs d'inégalités systémiques de genre : les discriminations algorithmiques dans le recrutement », *Revue de droit du travail*, 2024, pp. 568 et s.

A. *La situation avant la réforme de 2023 : les impasses jurisprudentielles*

Avant la réforme législative, il faut dire que de nombreuses hésitations et d'importants questionnements subsistaient en jurisprudence⁶⁵. Le cadre juridique belge, comme celui de l'Union, était avant tout d'inspiration moniste (*single-axis approach*). Cela impliquait que chaque critère de discrimination était examiné individuellement et obéissait à une cause de justification propre. En cas de discrimination multiple, chacun des critères protégés était donc examiné à la suite, ce qui ne fournissait pas de solution limpide pour la discrimination intersectionnelle qui, par nature, nécessite une approche jointe des motifs à l'origine de la discrimination.

Une première difficulté procédait de l'absence d'un régime juridique *ad hoc*. La jurisprudence majoritaire avait peu d'égards pour la discrimination intersectionnelle bien que cette notion avait été invoquée à plusieurs reprises devant les prétoires⁶⁶. Tantôt une telle demande était rejetée car le juge n'y trouvait aucun fondement ni régime juridique concret⁶⁷, tantôt une discrimination simple était reconnue⁶⁸ en lieu et place d'une discrimination intersectionnelle (invoquée à titre accessoire).

Une seconde difficulté résultait, selon nous, de l'analyse comparative que l'on pouvait mener en jurisprudence. En effet, en analysant plusieurs décisions relatives à la discrimination multiple, il apparaît que des faits pouvaient être appréhendés tant sur la base d'une approche jointe des motifs (c'est-à-dire sous

⁶⁵ Projet de loi portant modification de la loi du 30 juillet 1981 tendant à réprimer certains actes inspirés par le racisme ou la xénophobie, de la loi du 10 mai 2007 tendant à lutter contre certaines formes de discrimination et la loi du 10 mai 2007 tendant à lutter contre la discrimination entre les femmes et les hommes, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2022-2023, n° 55-3366/001, pp. 5 et s.

⁶⁶ Selon la doctrine, l'invocabilité d'une pluralité de motifs est de nature à atténuer les chances de succès en justice, voy. E. SEVERIN et Fr. GUIOMARD (dir.), *Des revendications des salariés en matière de discrimination et d'égalité. Les enseignements d'un échantillon d'arrêts extrait de la base JURICA (2007-2010)*, Rapport réalisé avec le soutien de la Mission de recherche Droit et Justice, 2013, pp. 132 et s. Par ailleurs, une étude récente indique que seulement 30 % des décisions des juridictions du travail belge, entre 2015 et 2019, concluent à l'existence (d'au moins) une discrimination, voy. J. RINGELHEIM, O. STRUELENS et J. VRIELINK, « L'enjeu de la preuve dans le contentieux de la discrimination au travail : une analyse systématique de cinq années de jurisprudence des juridictions du travail belges », *cette Revue*, 2025, p. 151.

⁶⁷ « 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 » (Trib. trav. Bruxelles, 17 juillet 2020, R.G. n° 19/2070/A, § 43, disponible sur www.stradalex.be).

⁶⁸ Civ. Anvers, 7 janvier 2021, R.G. n° 20/907/A, p. 8, disponible sur <https://droitpauvrete.be/>.

un prisme intersectionnel) que sur la base d'une approche isolée des motifs. Dans ces décisions, les juges, se fondant sur la seconde approche, concluaient tantôt à l'existence d'une ou de plusieurs discriminations⁶⁹, tantôt à l'existence d'une discrimination intersectionnelle⁷⁰. Selon nous, une analyse jointe des motifs était tout à fait réalisable de manière à reconnaître une discrimination intersectionnelle⁷¹. En d'autres termes, sur la base des mêmes faits, tant une discrimination intersectionnelle qu'une discrimination cumulée pouvait être reconnue. Compte tenu de cette ambivalence sur le plan de l'interprétation juridique se posait alors la question de savoir quel cadre analytique privilégier. Comme s'interroge très justement Robin Medard Inghilterra⁷², lors de la construction du raisonnement juridique, l'analyse jointe des motifs de discrimination devait-elle suppléer ou préempter l'analyse isolée de ces mêmes motifs ?

Troisième difficulté, au stade de la justification de la discrimination intersectionnelle, on s'interrogeait sur le régime à appliquer. Une décision singulière innova en la matière en proposant d'appliquer le régime de justification le plus strict en présence d'une discrimination intersectionnelle⁷³. C'était également la proposition soutenue par l'avocate générale Kokott dans ses conclusions avant l'arrêt *Parris*⁷⁴.

⁶⁹ Prés. Trib. trav. Bruxelles, 3 mai 2021, *J.T.T.*, 2021, n° 1402, pp. 318 et s. ; Civ. Anvers, 7 janvier 2021, R.G. n° 20/907/A, p. 8 ; Trib. trav. Bruxelles, 17 juillet 2020, R.G. n° 19/2070/A, disponible sur www.stradalex.be ; Trib. trav. Bruxelles, 29 avril 2020, R.G. n° 18/2.253/A, p. 6, disponible sur www.unia.be ; C. trav. Bruxelles, 13 novembre 2012, R.G. n° 2011/AB/613, disponible sur www.terralaboris.be.

⁷⁰ Trib. trav. Bruxelles (nl.), 18 mars 2022, R.G. n° 20/1357/A, p. 15, disponible sur www.unia.be.

⁷¹ À titre illustratif, dans une affaire *Madame L c. Commission européenne*, deux professeures de suédois, à deux ans de la retraite, avaient été licenciées moyennant la prestation de leur préavis. Comparativement, les enseignants masculins et féminins plus jeunes, dans la même situation, avaient été licenciés moyennant le paiement d'une indemnité compensatoire de préavis. Confrontée à cette différence de traitement, la Cour reconnut l'existence de deux discriminations (l'une fondée sur l'âge, l'autre sur le sexe). Pourtant, l'analyse comparative menée par la juridiction faisait clairement apparaître qu'un homme placé dans les mêmes conditions d'âge que ces deux professeures n'aurait pas été discriminé (voy. p. 12 de l'arrêt). Par conséquent, nous pouvons considérer que la confluence des motifs dans cette affaire a engendré une discrimination intersectionnelle dans le chef de Madame L et de sa collègue (voy. C. trav. Bruxelles, 13 novembre 2012, R.G. n° 2011/AB/613). Nous arrivons à la même conclusion en examinant les décisions citées dans notre note n° 69.

⁷² R. MEDARD INGHILTERRA, *op. cit.*, p. 546.

⁷³ Selon le tribunal : « Een intersectioneel direct onderscheid op basis van geslacht én op basis van seksuele geaardheid kan slechts gerechtvaardigd worden wanneer er voldaan is aan de rechtvaardigingseis van de Genderwet (artikel 16, 17 en 18), die strenger is dan de rechtvaardigingseis voor een onderscheid op basis van seksuele geaardheid in de Antidiscriminatiewet (artikel 7 en artikel 9 Antidiscriminatiewet) » (Trib. trav. Bruxelles (nl.), 18 mars 2022, R.G. 20/1357/A, p. 15).

⁷⁴ Concl. av. gén. J. KOKOTT, arrêt *Parris*, préc., point 157.

Quatrième et dernière difficulté, au stade de l'indemnisation de la discrimination intersectionnelle, on s'interrogeait sur l'ampleur du préjudice et de sa réparation. Cette problématique était inévitablement liée au débat sur le cumul des indemnités de protection. En tout état de cause, ces difficultés mettaient en avant l'insuffisance et les limites d'un cadre strictement moniste. Si la combinaison de discriminations simples pouvait être reconnue, la discrimination intersectionnelle et les règles en matière de justification et d'indemnisation demeuraient nébuleuses. Sur la base de cet état du droit, la Commission d'évaluation des lois fédérales soumit plusieurs recommandations au législateur, en particulier pour clarifier certaines de ces ambiguïtés⁷⁵.

B. *La loi du 28 juin 2023 : le renouveau du droit de la non-discrimination ?*

Forte de ces recommandations, la loi du 28 juin 2023⁷⁶ modifie les trois lois fédérales⁷⁷ qui composent le « socle » du droit belge de la non-discrimination. Disons-le, le législateur belge va plus loin que le législateur européen : il reconnaît et définit la notion de discrimination intersectionnelle en lui adossant un régime juridique spécifique. Par ce biais, la loi apporte une réponse aux recommandations de la Commission d'évaluation des lois concernant la discrimination multiple, en particulier en « [clarifiant] les interactions entre les critères protégés existants et [en adaptant] certains d'entre eux afin qu'ils soient en adéquation avec l'évolution des notions et de leur compréhension »⁷⁸. Le législateur intègre ainsi deux formes de discrimination multiple dans l'arsenal belge : la discrimination intersectionnelle et la discrimination cumulée (1). Ensuite, il prévoit tant pour les motifs de justification (2) que pour les règles en matière de cumul des indemnités (3) un régime juridique identique.

1. La discrimination cumulée et la discrimination intersectionnelle : une différence de nature

Le législateur définit la discrimination cumulée comme la « *situation qui se produit lorsqu'une personne subit une discrimination suite à une distinction fondée sur plusieurs critères protégés qui s'additionnent, tout en restant disso-*

⁷⁵ Commission d'évaluation de la législation fédérale relative à la lutte contre les discriminations, *Deuxième rapport d'évaluation*, février 2022, recommandations n^{os} 7 et 8, pp. 84 et s., disponible sur www.unia.be.

⁷⁶ *M.B.*, 20 juillet 2023.

⁷⁷ Nous renvoyons à notre note n^o 7 pour les références législatives.

⁷⁸ Projet de loi précité, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2022-2023, n^o 55-3366/001, p. 3.

ciables »⁷⁹. Conceptuellement, ce que le texte ne dit pas précisément, nous avons affaire à un concept-contenant en ce sens qu'il abrite en son sein une addition de plusieurs discriminations uniques fondées sur un critère protégé distinct. Par exemple, un employeur qui posterait une place vacante dans son entreprise, tout en indiquant explicitement ne vouloir recruter ni femmes ni parents d'enfants en bas âge, commettrait une discrimination fondée sur le sexe et une discrimination fondée sur les responsabilités familiales. Il serait ainsi question d'une discrimination *cumulée* contenant ces deux discriminations simples de manière isolée.

Ensuite, le législateur définit la discrimination intersectionnelle comme étant la « *situation qui se produit lorsqu'une personne subit une discrimination suite à une distinction fondée sur plusieurs critères protégés qui interagissent et deviennent indissociables* »⁸⁰. À l'inverse, dans ce cas, il s'agit d'un concept-contenu, c'est-à-dire qu'il a pour contenu ce type de discrimination spécifique qui résulte de l'agrégation de plusieurs motifs. Ce serait par exemple le cas d'un employeur qui pratiquerait une politique d'embauche consistant à ne recruter aucune mère d'enfants en bas âge, étant entendu que, dans les faits, ni les hommes avec des responsabilités familiales, ni les hommes ou les femmes sans responsabilités familiales ne subiraient la discrimination à l'embauche. Dans ce cas, il y aurait une seule discrimination *intersectionnelle* dont le contenu repose sur le croisement de ces deux critères.

Cette réforme transpose donc ces concepts doctrinaux en faisant de la dissociabilité ou de l'indissociabilité des critères protégés la *summa divisio* de la discrimination multiple. De la sorte, le législateur belge circonscrit la différence de nature entre ces formes de discrimination. En revanche, l'approche analytique (approche jointe ou isolée des motifs) prioritaire en présence de faits qui peuvent être qualifiés tant d'une discrimination cumulée que d'une discrimination intersectionnelle reste en suspens. Dès lors, sur la base du cadre juridique actuel, les faits peuvent toujours être qualifiés tantôt de discrimination cumulée tantôt de discrimination intersectionnelle. Tout est question de l'approche analytique choisie. Compte tenu de la configuration du droit belge en matière de discrimination, nous proposons la solution suivante. En cas de conflit entre l'approche isolée ou jointe des motifs, il convient de privilégier l'approche isolée dans un premier temps. De la sorte, s'il s'avère que les faits ne peuvent être qualifiés ni d'une discrimination cumulée ni d'« une » discrimina-

⁷⁹ Art. 5, 8°/1, de la loi genre, art. 5, 9°/1, de la loi antidiscrimination et art. 4, 9°/1, de la loi antiracisme.

⁸⁰ Art. 5, 8°/2, de la loi genre, art. 5, 9°/2, de la loi antidiscrimination et art. 4, 9°/2, de la loi antiracisme.

tion simple, alors le juge pourra, dans un second temps, effectuer une analyse jointe des motifs. Cette solution évite un éventuel rétropédalage subséquent dans l'analyse et présente l'avantage de la praticabilité car la discrimination intersectionnelle peut aller moins de soi.

2. La justification de la discrimination cumulée et intersectionnelle : une harmonisation contre nature ?

S'agissant du second stade du raisonnement, celui de la justification, dès lors que le demandeur apporte la preuve de faits permettant de présumer l'existence d'une discrimination multiple⁸¹, la charge de la preuve se déplace vers le défendeur qui doit démontrer l'existence d'une cause de justification. Dans un tel cas, la loi impose un régime de justification harmonisé tant pour la discrimination intersectionnelle que pour la discrimination cumulée – comme suit : « *Pour l'évaluation de la justification, est d'application le régime de justification le plus favorable à la personne concernée par la distinction de traitement* »⁸². Suivant les travaux préparatoires : « [e]n d'autres termes, il sera fait application du régime le plus strict permettant une exception à l'interdiction de discrimination »⁸³. Cette harmonisation n'est pas exempte de toute critique pour deux raisons.

D'un côté, ce régime permet au juriste de s'interroger d'un point de vue conceptuel compte tenu de la nature intrinsèque de ces deux discriminations. En effet, de cette manière, le législateur traite de manière égale des discriminations dont l'objectif intrinsèque est fondamentalement différent. L'objectif de la discrimination cumulée est de permettre explicitement la combinaison des discriminations simples tandis que l'objectif premier de la discrimination intersectionnelle est de reconnaître cette discrimination, unique, résultat de l'agrégation de critères protégés. Conceptuellement, du côté de la discrimination intersectionnelle, ce régime de justification nous paraît opportun pour plusieurs considérations : (i) la discrimination intersectionnelle est une discrimination distincte des autres formes de discrimination, (ii) c'est une forme de discrimination qui, en l'absence d'une analyse jointe des motifs, pourrait demeurer invisibilisée par le droit⁸⁴ et (iii) cette discrimination n'était soumise à aucun régime juridique propre, ce qui n'était d'ailleurs pas sans susciter de difficultés du point de vue de sa qualification⁸⁵. Partant, il semblait assez

⁸¹ Art. 33 de la loi genre, art. 28 de la loi antidiscrimination et art. 30 de la loi antiracisme.

⁸² Art. 15/1 de la loi genre, art. 9/1 de la loi antidiscrimination et art. 9/1 de la loi antiracisme.

⁸³ Projet de loi précité, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2022-2023, n° 55-3366/001, pp. 21, 32 et 44.

⁸⁴ K. W. CRENSHAW, *op. cit.*, pp. 147-150.

⁸⁵ Voy. *supra*, III, A.

évident et nécessaire de lui définir un régime propre, ce qui, sur ce point, est satisfaisant⁸⁶.

En revanche, s'agissant de la discrimination cumulée, le choix prête davantage le flanc à la critique. En premier lieu, cette harmonisation du régime de justification paraît contestable en ce qu'il s'oppose à la conceptualisation de la discrimination cumulée. En effet, le droit de la non-discrimination s'est construit d'une manière telle que chaque critère protégé obéit à sa propre logique. Ainsi, le régime de justification est fonction du type de critère en jeu, de son origine (nationale ou européenne) et de la nature de la distinction (directe ou indirecte). Or, conceptuellement, la discrimination cumulée contient plusieurs discriminations simples, dissociables les unes des autres. La logique aurait donc conduit le juriste à appliquer le régime de justification propre au critère protégé analysé, ce qui n'est juridiquement plus le cas puisqu'une cause de justification – la plus stricte – absorbe désormais l'autre⁸⁷. En deuxième lieu, précisons que ce choix n'a pas qu'une incidence théorique et pourrait soulever des interrogations d'un point de vue constitutionnel. Prenons une situation dans laquelle une personne « X » est victime d'une discrimination directe fondée sur le sexe et d'une discrimination directe fondée sur l'âge et qu'une seconde personne « Y » est victime d'une discrimination directe fondée uniquement sur l'âge. Dans cette situation, X jouira d'une cause de justification plus favorable, puisque la cause de justification sexe absorbera celle de l'âge, alors que Y ne bénéficiera pas d'un tel avantage. À suivre la vision large de la comparabilité en matière de contentieux constitutionnel⁸⁸, on peut considérer que les victimes de discrimination cumulée ou simple sont comparables au regard du droit à ne pas être discriminé sur la base du critère de discrimination qu'elles partagent (par exemple l'âge). Ensuite, s'agissant du contrôle de proportionnalité, il dépend, en principe, des justifications avancées par le législateur. Or, la loi n'indique pas les raisons qui l'amènent à aligner les régimes de justification⁸⁹. Le contrôle que la Cour constitutionnelle

⁸⁶ Commission d'évaluation de la législation fédérale relative à la lutte contre les discriminations, *Deuxième rapport d'évaluation*, op. cit., p. 85 ; E. CLOOTS, J. VRIELINK et M. SPINOY, *Gelijk zijn versus gelijk krijgen*, Intersentia, Anvers-Gand-Cambridge, 2021, pp. 200 et s. ; S. VAN DROOGHENBROECK, op. cit., p. 30.

⁸⁷ *Contra*, voy. R. XENIDIS, op. cit., pp. 29 et s. ; E. CLOOTS, J. VRIELINK et M. SPINOY, *ibid.*, pp. 200 et s.

⁸⁸ G. ROSOUX, *Contentieux constitutionnel*, Larcier, Bruxelles, 2021, pp. 354 et s.

⁸⁹ Le projet énonce ceci sans autres précisions : « L'introduction de la notion de 'discrimination multiple' a un impact sur les motifs de justification pouvant être invoqués. Les dispositions actuelles à ce sujet diffèrent selon le critère protégé invoqué. Ce projet de loi respecte ces différences en prévoyant que, dans le cas d'une personne faisant l'objet d'une distinction de traitement sur la base d'au moins deux critères, le régime de justification le plus favorable à cette personne sera toujours appliqué, que ces critères proviennent d'une ou de plusieurs lois » (Projet de loi précité, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2022-2023, n° 55-3366/001, p. 9).

pourrait être amenée à opérer demeure donc incertain et dépasse le cadre de la présente recherche.

D'un autre côté, cette modification suscite des interrogations d'un point de vue légistique et risque de susciter des difficultés d'application pratique. De fait, le législateur attribue le régime de justification d'un motif à l'autre, mais comment faire rentrer un cercle dans un carré ? En effet, certaines causes de justification ne sont propres qu'à certains critères uniques. C'est notamment le cas du critère du handicap en discrimination indirecte qui nécessite de démontrer qu'« aucun aménagement raisonnable ne peut être mis en place »⁹⁰, ou du critère du sexe dans un cas de discrimination directe au stade du recrutement⁹¹. Dans ces cas, comment déterminer le critère de justification le plus favorable à la victime ? Pour ce faire, il nous semble opportun de mobiliser plusieurs pistes de solution. Une première voie consiste à considérer que le législateur a voulu appliquer un régime très rigoureux⁹² de sorte qu'aucune justification n'est admissible lorsque le régime de justification d'un critère ne convient pas à un second critère. Cette interprétation stricte pourrait s'appuyer sur le libellé de la loi. Une seconde voie, plus conciliante, pourrait partir du postulat de rationalité du législateur, qui suggère « à l'interprète de la loi de privilégier une interprétation menant à un résultat raisonnable, même s'il faut pour cela s'éloigner du sens littéral des mots »⁹³. De cette façon, on pourrait considérer que le législateur n'a pas voulu mettre en place un régime de justification incompatible et injustifiable avec ce second critère exclusivement parce que le premier critère (plus strict) obéit à un régime qui lui est propre. Il faudrait alors appliquer à ce second critère le régime « commun » aux autres critères⁹⁴. Cette piste de solution est prônée par la doctrine qui propose de prendre appui sur « la loi allemande [qui] prévoit que seules les justifications et exceptions s'appliquant à la fois à tous les motifs en cause peuvent

⁹⁰ Art. 9 de la loi antidiscrimination.

⁹¹ Un arrêté royal précise les professions et les cas dans lesquels le sexe peut être considéré comme une exigence professionnelle essentielle et déterminante, voy. l'arrêté royal du 8 février 1979 fixant les cas dans lesquels il peut être fait mention du sexe dans les conditions d'accès à un emploi ou à une activité professionnelle, *M.B.*, 16 février 1979.

⁹² À l'instar des distinctions directes dans la loi genre qui tient pour principe directeur l'interdiction de discrimination de sorte qu'aucune justification ne permet d'exciper à la discrimination.

⁹³ M. SAMSON et D. BOULANGER, *La présomption de rationalité du législateur*, Chaire de rédaction juridique Louis-Philippe-Pigeon, Faculté de droit, Université Laval, Québec, p. 1.

⁹⁴ Ainsi il s'agira alternativement soit du régime du but légitime pour autant que les moyens de le réaliser soient appropriés et nécessaires, soit du régime de l'exigence professionnelle essentielle et déterminante, soit du régime de l'action positive.

être invoquées »⁹⁵. Indépendamment de la voie choisie, et pour respecter au mieux le prescrit légal, un examen *in concreto* de chacun des régimes de justification de manière successive semble opportun⁹⁶.

3. Réparer le dommage subi par une discrimination cumulée et intersectionnelle

De la même manière que pour la justification, le législateur a choisi d'instaurer un régime d'indemnisation harmonisé pour ces deux formes de discrimination multiple. Chacune des trois lois fédérales investit le juge d'un ample pouvoir d'appréciation. De fait, les textes nous précisent qu'en présence d'une discrimination cumulée, « le juge tient compte du cumul des critères qui peuvent aboutir au constat de l'existence d'une telle discrimination et décide, en conséquence, de l'opportunité de cumuler les indemnisations forfaitaires visées au 1^o ou au 2^o pour tenir compte du nombre additionné de critères cumulés »⁹⁷. Pareillement, il est prévu que, dans un cas de discrimination intersectionnelle, « le juge tient compte de la discrimination intersectionnelle et décide, en conséquence, de l'opportunité de cumuler les indemnisations forfaitaires visées au 1^o ou au 2^o pour tenir compte du nombre de critères interagissant de manière indissociable »⁹⁸. Les travaux préparatoires indiquent la manière dont ce cumul doit être tranché par le juge : « Le juge dispose du pouvoir d'appréciation de décider de l'opportunité de ce cumul. Il est toutefois nécessaire de tenir particulièrement compte du préjudice spécifiquement subi par la victime lors de la fixation de l'indemnisation »⁹⁹. Cette modification recèle un aspect étonnant, elle habilite le juge à contrôler en opportunité l'étendue d'un dommage censé

⁹⁵ L. FASTREZ, P. LOECKX et L. MONNIER, *op. cit.*, p. 181. Notons que pour le critère du handicap, cette deuxième solution risque de ne pas être satisfaisante. Nous proposons donc une alternative : en effet, à l'inverse du critère du sexe dans un cas de discrimination directe au stade du recrutement, le critère du handicap obéit à un régime unique qui n'est commun à aucun autre critère. Partant, et afin de rencontrer la volonté du législateur d'appliquer le régime de justification le plus favorable à la victime, il serait opportun d'évaluer l'autre (ou les autres) cause(s) de discrimination afin d'examiner si elle(s) ne permet(tent) pas également de justifier la discrimination.

⁹⁶ Pour un examen des justifications sous le prisme de l'âge, voy. C. ZIMBILE, « La discrimination fondée sur l'âge dans les relations de travail », in S. Wattier (dir.), *Actualités en matière d'égalité et de non-discrimination : questions choisies*, coll. CUP, vol. 232, Anthemis, Liège, 2024, pp. 97 à 102.

⁹⁷ Art. 23, § 2, 3^o, de la loi genre, art. 18, § 2, 3^o, de la loi antidiscrimination et art. 16, § 2, 3^o, de la loi antiracisme.

⁹⁸ Art. 23, § 2, 4^o, de la loi genre, art. 18, § 2, 4^o, de la loi antidiscrimination et art. 16, § 2, 4^o, de la loi antiracisme.

⁹⁹ Pour la discrimination cumulée, voy. Projet de loi précité, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2022-2023, n^o 55-3366/001, pp. 23, 34 et 48-49 ; pour la discrimination intersectionnelle, voy. *ibid.*, pp. 24, 35 et 49.

être réparé *in integrum* par la technique de la forfaitisation. Comme la Cour constitutionnelle le précise : « Il est inhérent à un système de dédommagement forfaitaire qu'il ne puisse être tenu compte des particularités de chaque cas concret et que la diversité des situations ne puisse être appréhendée que de manière simplificatrice et approximative »¹⁰⁰. Cette modification législative transforme de manière évidente les débats en matière de cumul entre indemnités pour discrimination. De fait, jusqu'ici, la solution applicable se base sur les principes généraux en matière de cumul des indemnités tels qu'énoncés par la Cour de cassation¹⁰¹ et la doctrine¹⁰². Ces principes nécessitent d'effectuer un test en deux étapes. La première étape impose de vérifier si la disposition légale autorise ou interdit le cumul afin de poursuivre le raisonnement. Ce n'est que lorsque la disposition est muette à ce sujet qu'intervient la seconde étape qui consiste à examiner, matériellement, si les indemnités « obéissent à des finalités distinctes et réparent des dommages distincts »¹⁰³. Désormais, la loi autorise le cumul de sorte qu'il n'est plus nécessaire de poursuivre la seconde étape du raisonnement. C'est d'autant plus déconcertant qu'il est désormais possible de cumuler les indemnités alors même qu'il n'existe pas de préjudice distinct pour autant qu'il existe un préjudice spécifique. Examinons l'impact de ce nouveau régime.

S'agissant de la discrimination cumulée, il ressort de la jurisprudence antérieure que le cumul pouvait être admis lorsque la victime établissait l'existence d'un dommage distinct pour chacune des discriminations¹⁰⁴ et lorsque les indemnités poursuivaient des finalités distinctes¹⁰⁵. Tel pouvait être le cas, relève la jurisprudence, lorsque les discriminations se fondaient sur des lois

¹⁰⁰ Cour const., arrêt n° 113/2024, 24 octobre 2024, B.5.4.

¹⁰¹ Cass., 25 mai 1971, *Pas.*, 1971, I, p. 879 ; Cass., 26 juin 2002, *Pas.*, 2002, p. 1427 ; Cass., 29 novembre 2006, *Pas.*, 2006, p. 609 ; Cass., 20 février 2012, *Pas.*, 2012, n° 122.

¹⁰² H. MORMONT, « La règle anti-cumul de l'article 9, § 3 de la convention collective de travail n° 109 », in J. Clesse, Q. Detienne et F. Kéfer (dir.), *Questions actuelles de droit social*, coll. CUP, vol. 225, Anthemis, Liège, 2023, pp. 136 et s.

¹⁰³ Cass., 20 février 2012, R.G. n° S.10.0048.F, p. 32, disponible sur www.stradalex.be.

¹⁰⁴ C. trav. Anvers, 28 juin 2021, R.G. n° 2020/AA/417 ; Trib. trav. Anvers, 29 septembre 2020, R.G. n° 2020/AA/417 ; Trib. trav. Liège (div. Dinant), 11 août 2017, *Chron. dr. soc.*, 2018, p. 245.

¹⁰⁵ Sur ce sujet, voy. O. BAUCHAU et M. MERVELLE, « Chronique de jurisprudence sur le cumul des indemnités de fin de contrat (2015-2021) », *Orientations*, 2022, n° 3, pp. 24-25 ; O. VANACHTER, « Meervoudige discriminatie, meervoudige schadevergoeding », *Nieuwsbrief arbeidsveiligheid*, 2021, n° 1, pp. 1-3 ; I. VAN HIEL, « Meervoudige discriminatie leidt tot cumul van schadevergoedingen », *Juristenkrant*, 2020, n° 420, p. 2 ; E. PLASSCHAERT et O. RIJCKAERT, *Le droit social en chantier(s)*, Larcier, Bruxelles, 2012, pp. 342 et s. Jurisprudence en faveur du cumul : C. trav. Anvers, 4 janvier 2024, R.G. n° 2022/AA/369 ; Trib. trav. Liège (div. Dinant), 11 août 2017, *Chron. dr. soc.*, 2018, p. 244 ; *contra* (ancien) : voy. C. trav. Mons, 15 mars 2013, R.G. n° 2011/AM/367, *Chron. dr. soc.*, 2014, pp. 417 et s.

distinctes¹⁰⁶. On peut entendre le raisonnement sous-jacent ; en effet, il existe une origine commune entre les discriminations fondées sur le genre (sexe, grossesse, etc.) ou sur la race (nationalité, origine ethnique, etc.). Par contre, qu'en est-il de la loi antidiscrimination qui contient des critères aussi variés que le handicap, la conviction syndicale ou l'orientation sexuelle ? Cette position jurisprudentielle nous semble susciter des réserves. D'un côté, on peut être confronté à une situation où deux critères protégés trouvent leur source dans la même loi (par exemple, l'âge et la conviction syndicale) mais créent pour la victime un dommage distinct qui doit être réparé par des indemnités distinctes. Dans une telle hypothèse, le fait que les critères de distinction invoqués soient consacrés par des lois distinctes est indifférent, le juge pourrait accorder le cumul s'il objective un autre dommage non réparé. D'un autre côté, il faut rappeler que, à l'origine, le choix du législateur de conserver trois législations fédérales distinctes témoigne avant tout de sa volonté de traiter spécifiquement les discriminations de genre mais aussi d'un souci de conformité au droit européen¹⁰⁷. Cette modification du point de vue de l'indemnisation est donc bienvenue sur ce point puisqu'elle permettra au juge de cumuler les indemnisations indépendamment de ce critère.

Quant à la discrimination intersectionnelle, la doctrine en la matière était assez formelle. Conceptuellement, la discrimination intersectionnelle est *une* forme de discrimination distincte¹⁰⁸ « qui n'implique pas automatiquement un préjudice plus grave qu'une discrimination fondée sur un seul motif »¹⁰⁹. Partant, cumuler les indemnités dans le cadre d'une discrimination intersectionnelle paraissait complexe puisque par essence les critères forment un tout ; ils ne sont pas superposables. Le législateur Vivaldi avait d'ailleurs bien conscience de cette distinction¹¹⁰. Néanmoins, le juge est présentement habilité à octroyer le cumul, non pas en fonction de l'existence d'un dommage distinct, mais en tenant compte de la discrimination intersectionnelle et en particulier en présence d'un *dommage spécifiquement subi* par la victime. Le cumul des indemnités sera désormais possible en présence d'un cumul de critères – et non de discriminations – alors même qu'il n'existe qu'une et une seule discrimination : une discrimination intersectionnelle. La question qu'il restera à trancher est la suivante : comment le

¹⁰⁶ Trib. trav. Liège (div. Dinant), 11 août 2017, *Chron. dr. soc.*, 2018, p. 244 ; C. trav. Anvers, 4 janvier 2024, R.G. n° 2022/AA/369, *Chron. dr. soc.*, 2024/7, pp. 388 et s.

¹⁰⁷ Projet de loi précité, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2006-2007, n° 51-2721/001, pp. 11-12.

¹⁰⁸ L. FASTREZ, P. LOECKX et L. MONNIER, *op. cit.*, p. 181.

¹⁰⁹ R. MEDARD INGHILTERRA, I. RORIVE et E. BRIBOSIA, *op. cit.*, p. 273.

¹¹⁰ Projet de loi précité, avis du Conseil d'État, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2022-2023, n° 55-3366/001, p. 91 ; Projet de loi précité, rapport fait au nom de la commission de la Santé et de l'Égalité des chances, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2022-2023, n° 55-3366/003, p. 33.

juge doit-il tenir compte de la discrimination intersectionnelle et qu'est-ce qu'un dommage spécifiquement subi ? *Prima facie*, ce concept veut à la fois tout et ne rien dire. Si on s'en réfère au *Larousse*, « spécifique » signifie « qui appartient en propre à une espèce, qui est particulier à quelque chose » du latin *species* qui signifie espèce. On voit difficilement comment le dommage pourrait ne pas être spécifique et différent pour chaque victime de discrimination intersectionnelle qui vit la discrimination compte tenu de l'acte discriminatoire, de sa gravité, du nombre de critères en jeu, de son vécu personnel, etc. À s'en tenir à ce critère, le juge bénéficie d'un large pouvoir d'appréciation pour prendre en considération tout type d'élément préjudiciable à la victime¹¹¹. En définitive, cette nouvelle disposition risque d'ouvrir de nouveaux débats plutôt que d'en clore¹¹².

Conclusion

À la suite de cette recherche, interrogeons-nous : quelle est la force, en droit, du concept de discrimination intersectionnelle ? Notre réponse est tout en contraste. En droit de l'Union, la juridicité de ce concept s'intensifie. De plus en plus d'instruments de droit dérivé imposent aux droits internes de recourir à ce concept sur des points précis. Une future reconnaissance de ce concept *en tant que tel* demeure plausible mais la voie à choisir, qu'elle soit prétorienne ou législative, demeure incertaine. Nous espérons en tout cas que les quelques arguments développés permettront d'apporter une piste de réflexion à cette évolution. Quant au droit belge, la reconnaissance de ce concept est à souligner positivement mais son contenu normatif laisse, nous l'avons vu, d'autres questions en suspens au sujet de son application pratique. En tout cas, les plaideurs ont aujourd'hui un important espace de débat et de créativité pour convaincre le juge, en présence d'une discrimination multiple, et en particulier d'une discrimination intersectionnelle, d'avoir égard à sa spécificité. Ces nouvelles évolutions permettront-elles l'instauration de sanctions « effectives, proportionnées et dissuasives » dans ce vaste projet de lutte contre toute forme de discrimination dans les ordres juridiques du vieux continent ?

¹¹¹ Selon Kimberly Goethals et Evelien Timbermont, en présence d'une discrimination intersectionnelle, le cumul serait systématiquement envisageable pour la victime, voy. K. GOETHALS et E. TIMBERMONT, *op. cit.*, pp. 324 et s.

¹¹² R. CAPART et C. ASSAF, « Le cumul des indemnités liées aux motifs de licenciement », *J.L.M.B.*, 2023, n° 37, p. 1664.

La Revue est disponible en version numérique sur les sites :

www.lexnow.io



www.cairn.info



Conditions d'abonnement pour 2025

Édition

Anthemis

Abonnement

4 numéros par an

250 pages par numéro

Abonnement annuel (papier et électronique) : 279 € TVAC

Abonnement annuel Europe (papier et électronique) : 319 € TVAC

Abonnement annuel hors Europe (papier et électronique) : 359 € TVAC

Abonnement électronique : 236 € TVAC

Prix au numéro : 80 € TVAC

Commandes

Anthemis

Place Albert I, 9

B-1300, Limal

Belgique

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

abonnement@anthemis.be

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

D/2025/10.622/5

ISSN : 2-0777-3579

Imprimé en Belgique

Éditeurs responsables : Marc-Olivier Lifrange et Anne Eloy

Sommaire

DOCTRINE

Défendre les défenseurs des droits de l'homme et de l'environnement Réflexions d'un Rapporteur Spécial des Nations Unies

Entretien avec *Michel Forst* 617

La recevabilité devant la Cour européenne des droits de l'homme au péril du droit de recours individuel ?

par *Caroline Boiteux-Picheral* 655

La discrimination intersectionnelle : analyse critique en droit belge et de l'Union européenne

par *Louis Tridon* 683

CHRONIQUE

Les juridictions de l'Union européenne et les droits fondamentaux Chronique de jurisprudence (2024)

par *L'Institut de droit européen des droits de l'homme* 709

JURISPRUDENCE

Abattage rituel : la liberté de religion subsidiaire au bien-être animal

(obs. sous Cour. eur. dr. h., arrêt Executief van de Moslims van België e.a. c. Belgique,
13 février 2024)

par *Xavier Delgrange, Hélène Lerouxel et Jogchum Vrielink* 779

L'interprétation de la notion de juridiction dans le contexte transfrontalier du changement climatique

(obs. sous Cour. eur. dr. h., Gde Ch., décision Duarte Agostinho et autres contre le Portugal
et 32 autres États, 9 avril 2024)

par *Élodie Kowalski* 803

Première interprétation des garanties procédurales accordées aux enfants dans le cadre des procédures pénales dans la directive (UE) 2016/800

(obs. sous C.J.U.E., arrêt M.S. et autres, 5 septembre 2024, aff. C-603/22)

par *Laure Milano* 827

Le refus de reconnaître un changement de prénom et de genre obtenu dans un autre État membre n'est pas conforme au droit de l'Union européenne

(obs. sous C.J.U.E., Gde Ch., arrêt Mirin, 4 octobre 2024, aff. C-4/23)

par *Stéphanie Wattier* 847

Bibliographie 867

Revue des revues 889

Informations diverses 899