

FEDERALISME ET PRINCIPE D'EGALITE

« La majorité, après qu'elle a eu le temps de se reconnaître et de constater son existence, est la source commune des pouvoirs. Mais la majorité elle-même n'est pas toute-puissante. Au-dessus d'elle, dans le monde moral, se trouvent l'humanité, la justice et la raison ; dans le monde politique, les droits acquis. »

(A. de TOCQUEVILLE, *De la démocratie en Amérique*)

A deux reprises, c'est la communautarisation qui a fait progresser la protection et la défense des droits des minorités autres que linguistiques: en 1970, l'autonomie des Communautés en matière culturelle fit craindre aux groupes politiques représentatifs de minorités idéologiques et philosophiques des abus de la part des partis dominants à l'intérieur de chacune d'elles.

Un accord sur ce sujet ne fut pas difficile à trouver, car la nature avait bien fait les choses: les groupes idéologiques et philosophiques minoritaires en Flandre étaient majoritaires en Communauté française et vice versa. Ainsi s'explique l'adjonction en 1970 de dispositions constitutionnelles interdisant les **discriminations** qui allaient devenir les **articles 11** et **131** de la Charte fondamentale; dans le même esprit, la loi instaura en 1971 une "**sonnette d'alarme idéologique**" et, en 1972, les partis signèrent le **Pacte culturel**, confirmé l'année suivante par la loi.

Une seconde vague déferla en 1988 lors du passage de l'enseignement aux Communautés. Ce transfert fut l'occasion d'une véritable "révolution juridique", qui consista à faire enchâsser –par le biais de l'**article 24**– les principales garanties du **Pacte scolaire** dans la Constitution, à en faire contrôler l'application par la **Cour constitutionnelle** et à ouvrir à toute personne intéressée un droit de recours devant ce qui devenait un commencement de Cour constitutionnelle.

Une étape ultérieure fut consacrée aux questions de genre: l'article 11bis de la Constitution garantit explicitement aux femmes et aux hommes l'égal exercice de leurs droits et libertés, en favorisant notamment leur égal accès aux mandats électifs et publics. Une série de législations prolongèrent cette avancée juridique.

De manière similaire, lors de la 6ème réforme de l'Etat, le transfert des allocations familiales aux Communautés a également été l'occasion

d'inscrire dans la Constitution (à l'article 23) le droit explicite aux prestations familiales.

Avant de passer en revue ces différents sujets, on soulignera toutefois le **paradoxe** de la question de l'égalité dans un système fédéral: si la construction du **fédéralisme** a fait progresser l'arsenal de lutte contre les discriminations, on ne peut ignorer que **par son essence même, celui-ci permet, voire institue, des inégalités.**

Si les entités fédérées ont obtenu une large autonomie, ce n'est pas, on s'en doute, pour mener des politiques identiques ! L'on ne peut donc s'offusquer que, selon les Régions et les Communautés, des situations identiques soient traitées différemment¹.

Bien plus, le fédéralisme crée sciemment certaines inégalités dans la représentation des populations. En Belgique, on évoquera les parités communautaires au sein du gouvernement fédéral ou les différences de représentations électorales selon les circonscriptions ou selon les Communautés². A l'étranger, on rappellera que dans les Sénats d'Etats fédéraux tels que les Etats-Unis, le Mexique, le Brésil, l'Argentine ou l'Australie chaque Etat fédéré y dispose d'un nombre identique de représentants, quelle que soit sa population³. Au sein des institutions européennes, la surpondération des petits Etats (et, pour la Belgique, de la petite Communauté germanophone) procède du même esprit. Ce paradoxe s'explique par la nature du fédéralisme, qui consiste à associer des citoyens, mais également des entités, généralement égales en droit, régies par la double loi de l'autonomie et de la participation. Après tout, ne vise-t-il pas à protéger les différences et la diversité ? Et cette protection peut nécessiter des "*discriminations positives*".

En conséquence, un équilibre doit être cherché entre les domaines où des politiques différenciées peuvent être menées, d'une part, et l'application des principes de l'égalité et des Droits de l'Homme d'autre part.

Une autre note est consacrée à la protection des minorités linguistiques et culturelles. Dans la présente, on passe en revue divers mécanismes destinés à protéger d'autres minorités que les minorités linguistiques : minorités idéologiques, philosophiques, religieuses ou politiques. On élargira ensuite le propos en posant la question: qu'est-ce que l'égalité ? Ou son revers : qu'est-ce qu'une discrimination ? Et comment le droit organise-t-il cette matière ?

¹ A plusieurs reprises, la Cour constitutionnelle a rappelé qu'il en allait du principe même du fédéralisme; voir ainsi par ex. arrêts n° 37/92 du 7.5.1992 ; n° 33/95 du 25.4.1995, n° 78/97 du 17.12.1997, n° 85/99 du 15.7.1999.

² Autre chose encore est la situation de la Région de Bruxelles-capitale, où, pour une même élection, on accorde des poids différents aux suffrages des Francophones ou des Flamands.

³ A cet égard, on rappellera l'illogisme consistant à maintenir au sein du Sénat fédéral belge une représentation proportionnelle des populations. La représentation égalitaire des deux grandes Communautés se limite à une seule des catégories de sénateurs et a été volontairement compensée par les deux autres.

SECTION 1: LA PROTECTION DES TENDANCES IDEOLOGIQUES ET PHILOSOPHIQUES

1.1. LA SONNETTE D'ALARME IDEOLOGIQUE

La loi du 3 juillet 1971 pour les deux grandes Communautés, et celle du 31 décembre 1983 pour la Communauté germanophone ont instauré une procédure de sonnette d'alarme au sein de chacun des Parlements.

Le système repose sur le même principe que la sonnette d'alarme linguistique, mais s'assortit, bien sûr, d'autres modalités. Un quart des membres d'un Parlement ⁴ peut introduire une motion motivée déclarant que les dispositions d'un projet ou d'une proposition de décret (en ce compris les projets de budget, ce qui constitue une différence avec les autres sonnettes d'alarme) qu'ils désignent et dont ce Parlement se trouve saisi, contiennent une discrimination pour des raisons idéologiques et philosophiques.

La motion doit être introduite entre le dépôt du Rapport en commission et le vote final en séance publique. Elle est d'abord déferée à un collège composé des présidents de la Chambre, du Sénat et des Parlements des deux grandes Communautés ⁵ et qui est appelé à statuer sur sa recevabilité. Dans cet examen, le collège des présidents vérifie si les quatre conditions de forme inscrites dans la loi ont été respectées: le nombre de signatures, le délai, la désignation des dispositions incriminées et la motivation ⁶. Le collège est amené à voter; en cas de parité des voix, la motion est déclarée recevable.

La réception de la motion suspend l'examen des dispositions attaquées. Le projet ou la proposition ainsi que la motion sont alors transmis aux chambres fédérales, qui statuent sur la motion quant au fond. L'examen des dispositions désignées par la motion ne peut être repris par le Parlement qu'après que chacune des chambres aura déclaré la motion non fondée.

Le premier recours à une telle motion a concerné la Communauté germanophone en mars 1983. Le Parlement de cette Communauté avait à rendre un avis sur le projet de loi de réformes institutionnelles la concernant⁷. Le groupe PDB tira la sonnette d'alarme et sa recevabilité fut soumise aux présidents des assemblées législatives, lesquels se prononcèrent négativement.

Un autre exemple fut fourni, en juin 1985, par les partis socialiste, Agalev et Volksunie au Parlement flamand. Le projet de décret en discussion portait sur l'audiovisuel et, plus particulièrement, sur la reconnaissance de VTM comme

⁴ Au Conseil de la Communauté germanophone, la motion doit être signée par au moins trois membres.

⁵ Si la motion émane du Parlement de la Communauté germanophone, le collège est complété par le président de celui-ci.

⁶ Pour le Parlement flamand et pour le Parlement de la Communauté germanophone, on en ajoutera une cinquième: il doit s'agir d'une matière de la compétence de la Communauté. Ces Parlements exercent ou peuvent exercer, on s'en souvient, des compétences mixtes.

⁷ En application de l'art.10 de la loi du 10.7.1973 alors en vigueur.

chaîne privée de télévision ⁸. L'opposition contestait l'octroi du monopole à une seule entreprise privée. Admise formellement par le collège des autres présidents, la motion fut déclarée non fondée par la Chambre et le Sénat.

Pour la Communauté française, c'est également un projet sur l'audiovisuel qui fut l'objet du premier recours à la sonnette d'alarme. En juin 1987, l'opposition socialiste, F.D.F. et Ecolo contesta certaines dispositions du projet organisant le secteur audiovisuel en Communauté française. Le collège des présidents refusa d'admettre la motion, mais davantage pour des raisons de fond que sur base des critères formels dont il avait seulement à connaître ⁹.

Lors des débats, certains ont reproché à ce système de s'écarter de la logique de l'autonomie des Communautés. En effet, la procédure de la sonnette d'alarme entamée à l'occasion d'un conflit interne à une Communauté, et à l'initiative d'un quart seulement des membres d'un Parlement, a pour conséquence de transférer la décision au Parlement fédéral votant à la majorité simple ¹⁰.

1.2. LE PACTE CULTUREL

S'inspirant du Pacte scolaire de 1958, la quasi-totalité des partis politiques signèrent en 1972 un pacte de "non-agression" envers les minorités idéologiques et philosophiques dans le traitement des dossiers culturels, baptisé "Pacte culturel".

Accord **politique** sans portée juridique directe, ce pacte avait pour but de favoriser le pluralisme dans l'action culturelle des différents niveaux de pouvoir. Conformément au vœu du constituant, l'accord déboucha sur la **loi du 16 juillet 1973 garantissant la protection des tendances idéologiques et philosophiques** ¹¹ qui reprend les principes du Pacte.

CHAMP D'APPLICATION

La première chose à faire consistait à définir les "*tendances idéologiques et philosophiques*" à protéger. Partant d'une approche idéalisante, les auteurs du texte ont dû se rabattre sur une définition nettement plus pragmatique. La première fonde la tendance idéologique "*sur une conception de la vie ou de l'organisation de la société*"¹². Considérant cette notion comme peu opérationnelle, ils ont de suite jugé utile de préciser: "*La représentation des tendances est fondée sur leur présence au sein de l'assemblée représentative de l'autorité publique correspondante*".

⁸ Voir par ex.: *Doc.parl.*, S., 938 (1984-1985), contenant le Rapport de la commission du Sénat qui examina l'affaire.

⁹ Décret F du 17 juillet 1987.

¹⁰ Un exemple analogue d'immixtion du Parlement fédéral est fourni par la procédure de prévention et de règlement des conflits d'intérêts; mais il s'agit là au moins de conflits entre les deux Communautés.

¹¹ De même que, curieusement, sur un décret analogue voté par le Parlement de la Communauté flamande (Décret VI du 21 janvier 1974). Voir aussi, pour le domaine audiovisuel, les art.12 & 27 des décrets VI du 25.1.1995 relatifs à l'audiovisuel.

¹² Art. 3 §2 de la loi du 16.7.1973.

13. Personne ne peut être classé sans son accord dans une tendance

Le Pacte culturel s'applique à toutes les mesures prises par les **autorités publiques** dans les **matières culturelles** et dans le domaine de la **coopération culturelle internationale**.

PRINCIPES

1. Les autorités doivent associer les utilisateurs et toutes les tendances philosophiques et idéologiques à l'élaboration et à la mise en oeuvre de la politique culturelle, pour autant qu'ils acceptent les principes et les règles de la démocratie et s'y conforment.

La condition relative à l'observance des principes et règles de la démocratie a permis à la Commission nationale permanente du pacte culturel (voir ci-après) de refuser le bénéfice de la loi aux plaignants se réclamant du Vlaams Blok. Paradoxalement, ce parti est représenté au sein de ladite Commission, en raison des règles présidant à sa composition.

2. Les infrastructures ne peuvent être monopolisées au profit d'une tendance.

3. L'association des utilisateurs et des tendances à l'élaboration et à la mise en oeuvre de la politique culturelle a lieu sous la forme d'une participation à des organes consultatifs, soit par leur représentation sur base proportionnelle au sein des organes de gestion et d'administration. Cette dernière règle est en particulier d'application pour les diverses ASBL contrôlées par les pouvoirs publics.

4. L'octroi de subventions ne peut se faire que conformément aux critères prévus par une loi, un décret ou un règlement; dans les autres cas, elles doivent faire l'objet d'une inscription nominative au budget.

5. Les membres du personnel exerçant des fonctions culturelles doivent représenter les différentes tendances.

Le texte de l'article 20 de la loi est néanmoins nuancé à cet égard, car le législateur n'a pu ignorer un certain nombre d'autres principes. Il précise: "(...) *la nomination et la promotion (...) (des membres) du personnel (...) doit se faire selon le principe de l'égalité des droits sans discrimination idéologique ou philosophique et selon les règles de leur statut respectif, en tenant compte de la nécessité d'une répartition équilibrée des fonctions, attributions et affectations entre les différentes tendances représentatives, d'une présence minimale pour chacune des tendances et en évitant tout monopole ou toute prédominance injustifiée de l'une de ces tendances*".

On verra ci-dessous que, malgré ces précautions, le texte n'a pu échapper à la critique de la Cour constitutionnelle.

6. Concernant les moyens d'expression, le pacte prévoit deux règles complémentaires:

- d'une part, chacune des tendances idéologiques ou philosophiques représentées au Parlement de Communauté

¹³ Selon la jurisprudence de la Commission nationale permanente du pacte culturel, les personnes qui n'appartiennent à aucune tendance déclarée constituent elles aussi une tendance méritant protection.

doit **avoir accès** aux moyens d'expression relevant des pouvoirs publics de la Communauté concernée;

- d'autre part, les instituts de radio et de télévision ¹⁴ doivent, dans la **composition de leurs organes** d'administration et de gestion, respecter la **représentation proportionnelle**¹⁵ des groupes politiques au sein de chacun des Parlements¹⁶. Ils doivent, par ailleurs, se faire assister d'une **commission consultative** permanente représentant les utilisateurs et les tendances idéologiques et philosophiques.

Dans quelle mesure le Pacte culturel s'applique-t-il aux chaînes privées de radio et de télévision ? De ce qui précède, il faut conclure qu'il ne s'applique pas directement. Tout au plus les principes du Pacte culturel s'imposent-ils aux législateurs communautaires dans la définition des règles d'accès à la reconnaissance et dans la mise à leur disposition des infrastructures publiques.

LA COMMISSION NATIONALE PERMANENTE DU PACTE CULTUREL

La loi a institué une Commission nationale permanente du pacte culturel, qui a pour tâche de contrôler l'observance des dispositions qu'elle contient ¹⁷.

La Commission est linguistiquement paritaire, 13 membres étant désignés par chacun des Parlements des deux grandes Communautés et répartis entre les groupes politiques à la proportionnelle; deux membres sont en outre nommés par le Conseil de la Communauté germanophone et ont voix délibérative lorsqu'une plainte intéresse la région de langue allemande.

Cette instance, qui n'est pas une juridiction, reçoit les plaintes contre les infractions aux dispositions de la loi; au terme d'une instruction, elle émet des **avis motivés**, accompagnés, le cas échéant, d'une recommandation à l'autorité intéressée. Mais le recours suspend le délai s'appliquant aux requêtes au Conseil d'Etat; aussi, un plaignant ayant obtenu gain de cause à la Commission face à une autorité administrative,

¹⁴ L'art. 18 de la loi se borne à mentionner "*les instituts de la radio et de la télévision*". Au pied de la lettre, il semble donc concerner tant les instituts publics que privés. Mais, compte tenu du moment où la règle fut rédigée, on peut estimer que seuls les organismes émergeant aux budgets des autorités publiques sont visés. On pourra comparer les arguments en lisant le Rapport de la commission du Sénat chargée d'examiner la motion introduite au sein du Parlement flamand contre le projet du gouvernement communautaire (sonnette d'alarme); cf. *Doc. parl. S.*, 938 (1984-1985). Sur la politisation entraînée par cette règle dans le secteur public, lire: XXX, Le conflit à la RTBF (octobre 1980-février 1981), *C.H. CRISP*, 15.5.1981, n° 919.

¹⁵ Dans la pratique, le système D'HONDT est appliqué, provoquant une certaine distorsion par rapport à une réelle proportionnalité.

¹⁶ La législation de la Communauté française sur la radiodiffusion et le statut de la RTBF se réfèrent à la loi sur le Pacte culturel et excluent des organes de gestion, d'autorisation ou de contrôle les personnes relevant d'un organisme ne respectant pas la Convention européenne des droits de l'homme ou les lois sur le racisme, la xénophobie ou le négationnisme (décret F du 14.7.1997 sur la RTBF, décret F du 27.2.2003 sur la radiodiffusion). En revanche, le Vlaams Belang siège au CA de la VRT.

¹⁷ Loi du 16.7.1973, A.R. du 28.12.1984 portant organisation des services de la Commission & AR du 3.4.1995 portant cadre organique.Ceux-ci relèvent du Service public fédéral Chancellerie du Premier ministre . A.R. du 15.5.2001.

pourrait-il demander à la section du contentieux administratif l'annulation de l'acte irrégulier sur base de la loi du 16 juillet 1973.

COMMENTAIRES

L'appréciation à porter quant à la mise en oeuvre du pacte culturel est mitigée. Sans doute celui-ci a-t-il garanti un certain pluralisme dans l'activité culturelle des pouvoirs publics. Mais un effet pervers en fut le glissement sémantique de la notion de *tendance idéologique ou philosophique* à celle de *tendance politique* telle qu'exprimée par les partis. Dans la pratique, la répartition des forces politiques en présence au sein des organes représentatifs de quelque niveau que ce soit est devenue l'aune des interventions de leurs exécutifs respectifs. La politisation des structures culturelles, pour pluraliste qu'elle soit, a trouvé ainsi une consécration juridique.

On peut considérer comme une timide tentative de réaction le décret voté par le Parlement de la Communauté française relatif à la dépolitisation des structures des organismes culturels ¹⁸.

Un autre effet pervers résulte de l'application en chaîne du système D'HONDT dans l'attribution des mandats : un parti dominant disposant d'une majorité relative dans une assemblée politique, elle-même surévaluée en raison du système, peut se retrouver bénéficiaire d'une majorité absolue dans un organe de gestion culturelle. En sens inverse un parti minoritaire peut se retrouver exclu de toute représentation malgré sa légitimité démocratique.

L'hypothèse n'est pas théorique : au conseil d'administration de la RTBF, les 13 mandats sont répartis à la proportionnelle selon le système D'HONDT. Au lendemain des élections régionales de 2009, le PS, disposant de 44% des sièges au Parlement de la Fédération Wallonie-Bruxelles (soit davantage que sa représentativité électorale) a obtenu 7 mandats au CA. Un parti qui n'aurait disposé que de 6 sièges n'aurait obtenu aucun mandat.

De plus, dans certaines de ses dispositions, le pacte culturel en vient à contrarier d'autres règles plus fondamentales encore, comme celles de l'égalité et de la non-discrimination. Ainsi en va-t-il pour l'article 20 précité de la loi du 16 juillet 1973 sur les nominations aux fonctions culturelles. Pour positive que soit la discrimination instaurée en faveur des tendances idéologiques et philosophiques, celle-ci n'en demeure pas moins une discrimination, du type de celles que l'article 11 de la Constitution entend prohiber. Dans la mesure où elle oblige les candidats ¹⁹ à révéler leur appartenance politique aux fins d'obtenir une nomination ou une promotion, la loi heurte les principes d'égalité, de non-discrimination et de liberté d'opinion. Vingt ans, presque jour pour jour,

¹⁸ Décret F du 5 avril 1993. Ce décret se contente de limiter à la moitié des membres des conseils d'administration des A.S.B.L. le nombre des mandataires politiques. Il ne vise que les A.S.B.L. dont la subvention annuelle est d'au moins 12.394,68 EUR indexés.

¹⁹ Tout comme, d'ailleurs, le reste du personnel, puisque le texte parle de "*répartition équilibrée*".

après la loi contenant le pacte culturel, la Cour constitutionnelle a relevé cette contradiction ²⁰.

Une difficulté similaire existe à propos des lois sur l'emploi des langues qui imposent des quotas linguistiques dans les administrations qui peuvent être disproportionnés par rapport aux besoins réels ²¹.

SECTION 2: LA PROTECTION DES MINORITES POLITIQUES

2.1. LES MAJORITES RENFORCEES

Si des exigences accrues de quorum et de majorité existent dans les organes "linguistiquement mixtes"²², on en trouve de même quelques exemples à l'intérieur d'institutions homogènes. La préoccupation, ici, n'est, bien sûr, plus communautaire, mais tend à empêcher un coup de force légal dont une minorité -idéologique ou politique- importante ferait les frais.

Sont à citer dans cet ordre d'idées une série de "*décrets spéciaux*" régionaux ou communautaires, nécessitant une majorité des deux tiers.

Ainsi en va-t-il pour:

- le transfert par une Communauté de ses compétences en tant que pouvoir organisateur en matière d'enseignement à un ou plusieurs organes autonomes;
- le transfert de l'exercice de compétences de la Communauté française à la Région wallonne et à la Commission communautaire française ²³;
- la mise en oeuvre de l'autonomie constitutive par les Parlements régionaux ou de Communauté;
- l'attribution par un Parlement de Communauté aux instances régionales du droit de présenter des sénateurs communautaires;
- la décision d'un Parlement régional ou de Communauté d'associer à ses travaux à titre consultatif un sénateur élu direct.

Autre exemple: le quorum des trois quarts des voix requis pour qu'une assemblée législative puisse entamer une procédure de conflit d'intérêts ²⁴.

2.2. L'INTERVENTION DE MINORITES

En dehors des mécanismes de protection des minorités linguistiques et idéologiques évoqués ci-dessus, des minorités disposent selon certaines procédures, non pas d'un droit de blocage, mais de celui

²⁰ Arrêt sur question préjudicielle n° 65/93 du 15.7.1993. Cet arrêt vise le personnel des administrations culturelles, mais pas les organes de direction et de gestion des institutions culturelles. Dans le même sens, voir les arrêts CA n° 86/93 du 16.12.1993, n°47/99 et n° 7/94 du 20.1.1994.

²¹ Ainsi en va-t-il dans les communes bruxelloises, où la parité linguistique est imposée alors que la population flamande est fréquemment inférieure à 10% de la population communale.

²² Sur les mécanismes de protection de minorités linguistiques et culturelles, voir la note spécifique sur ce sujet.

²³ Seul le décret du Parlement de la Communauté française nécessite les deux tiers.

²⁴ Art.32 par.1er de la loi du 9 août 1980.

de soumettre un texte à un examen complémentaire. On citera à titre d'exemple la possibilité pour un tiers des membres d'une assemblée législative d'inviter le président de l'assemblée à saisir la section de législation du Conseil d'Etat sur une proposition ou un amendement²⁵.

SECTION 3 EGALITE ET NON-DISCRIMINATION.

3.1. Les bases juridiques

En droit belge, les principes se retrouvent dans trois articles-clés de la Constitution :

- l'article 10: « *Les Belges sont égaux devant la loi (...) L'égalité des femmes et des hommes est garantie* »²⁶ ;
- l'article 11 : « *La jouissance des droits et libertés reconnus aux belges doit être assurée sans discrimination* » ;
- l'article 24, plus spécifiquement consacré à l'enseignement;
- l'article 172 selon lequel "*il ne peut être établi de privilège en matière d'impôts*"

On citera d'autres dispositions, insérées dans des textes internationaux ou législatifs.

□

- l'article 14 de la Convention européenne des Droits de l'Homme : dont le protocole n°12, signé en 2000, a élargi l'application en introduisant une interdiction générale de toute discrimination, notamment en raison de la langue²⁷.
- divers articles du Traité sur l'Union européenne (TUE) et du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFU), interdisant des discriminations²⁸, et certaines législations dérivées²⁹;
- l'article 2 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques et du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels³⁰;

²⁵ Art.2 des L.C. sur le Conseil d'Etat.

²⁶ L'égalité entre les femmes et les hommes fit l'objet d'un amendement en 2002 de même que son prolongement par un article 11bis, plus particulièrement consacré à l'accès aux mandats politiques.

²⁷ Le Protocole n°12 n'ayant pas été ratifié par la Belgique, n'y est donc pas encore d'application.

²⁸ Ainsi : art. 3, & 9 TUE; art.8 TFU (égalité entre hommes et femmes), art. 10 et 19 TFU ("*L'union cherche à combattre toute discrimination fondée sur le sexe, la race ou l'origine ethnique, la religion ou les croyances, un handicap ou l'orientation sexuelle*"); art. 18 TFU (interdiction des discriminations sur base de la nationalité). . On y ajoutera des articles plus spécifiquement consacrés à certains secteurs : art. 40 TFU pour l'agriculture, art. 45 TFU pour les travailleurs, etc. La Cour de Justice européenne a, par ailleurs, jugé que l'interdiction des discriminations relevait d'un principe fondamental du droit communautaire.

²⁹ Voir ainsi la directive 2000/43/CE du 29.6.2000 relative à la mise en œuvre du principe d'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique ; directive 2000/78/CE du 27.11.2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail.

³⁰ Faits à New York le 19.12.1966.

- la Convention internationale sur l'élimination de toutes formes de discrimination raciale³¹.
- loi du 30.7.1981 tendant à réprimer certains actes inspirés par le racisme ou la xénophobie
- loi du 15.2.1993 créant un Centre pour l'égalité des chances et la lutte contre le racisme
- la loi du 10.5.2007 visant à lutter contre certaines formes de discrimination
- le décret G du 19.3.2012 visant à lutter contre certaines formes de discrimination
- l'article 7bis de la loi spéciale du 8.8.1980 de réformes institutionnelles qui oblige de traiter les communes sises sur leur territoire « de façon identique »
- une série de législations régionales et communautaires belges visant à assurer une représentation équilibrée entre les femmes et les hommes dans divers organismes.

Egalité et non-discrimination sont les deux faces d'une même médaille³².

A partir d'une réflexion portant sur la protection des minorités **philosophiques et idéologiques collectives**, l'on a progressivement étendu les garanties dans trois directions:

- les principes d'égalité et de non-discrimination sont à respecter en tous domaines³³;
- les actes soumis au contrôle sont non seulement ceux du pouvoir exécutif et des autres autorités administratives, mais également ceux du pouvoir législatif ;
- ces principes étant formulés de manière non restrictive, la "minorité" pourrait à la limite, se réduire à une seule personne.

Un mouvement convergent, relatif aux attitudes racistes ou xénophobes des particuliers, soutenu par des impulsions européennes, a débouché sur une législation globalisante visant à interdire et punir les discriminations émanant de toute personne physique ou morale.

La question éthique qui sous-tend ces dispositions est la suivante : **comment traiter « également » des sujets de droits, qui sont tous**

³¹ Faite à New York le 7.3.1966. On pourrait encore citer d'autres textes internationaux tels que le *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels*, la *Charte sociale européenne*, ou des conventions signées dans le cadre de l'Organisation internationale du travail.

³² Au point que la Cour constitutionnelle se satisfait de la référence à l'un des articles pour l'autre (cf. arrêt CA n° 37/97 du 8.7.1997).

³³ La notion de minorités dans la Constitution implique également les minorités linguistiques. La Cour constitutionnelle a en effet déduit de la rédaction de l'article 11 une portée tout à fait générale en l'appliquant à "*tous les droits et (...) toutes les libertés reconnus aux Belges*" (arrêts n° 23/89 du 13.10.1989 et n° 47/96 du 12.7.1996). Il est d'ailleurs anormal que le Centre UNIA (Centre pour l'égalité des chances) n'ait pas reçu compétence pour les discriminations linguistiques.

différents ? Etre juste, c'est traiter de manière égale toutes les personnes se trouvant dans une même catégorie essentielle.

La question suivante surgit: **quelles catégories** de référence faut-il définir pour traiter de manière égale ceux qui s'y rattachent ?

Intuitivement, l'on perçoit bien l'illégitimité d'une loi qui attribuerait des allocations familiales de manière égale ... à tous les citoyens à la peau blanche. En sens inverse, pourquoi considérons-nous comme juste la loi qui interdit aux enfants d'entrer dans certains endroits de loisirs, celle qui interdit aux prodiges ou incapables de signer des contrats ou celle qui taxe plus lourdement les hauts revenus ?

Par ailleurs, au-delà de l'égalité entre les individus, n'y a-t-il pas place pour des dispositifs garantissant l'égalité entre certains groupes (linguistiques, de genre, philosophiques, culturels, etc)?

A ce stade, l'on se trouve nécessairement devant un **conflit de valeurs**. Au nom de quelles valeurs puis-je rompre l'égalité totale entre tous les sujets de droit ? Quelles valeurs me permettent-elles de créer une différenciation qui ne soit pas sujette à condamnation en tant que "discrimination" ? Où passe la frontière entre "bonne" et "mauvaise" discrimination ?

Il s'agit d'arbitrer un **conflit de valeurs**, en principe toutes deux estimables: d'un côté, l'égalité entre les sujets de droit; de l'autre, tel ou tel objectif qui peut conduire à y déroger. Et à cet égard, on peut difficilement fonder son raisonnement uniquement sur des règles abstraites. Aussi, dans leur jurisprudence, tant la Cour européenne des Droits de l'Homme³⁴ et le Conseil d'Etat d'abord, que la Cour de cassation ensuite, et la Cour constitutionnelle enfin, se sont-ils efforcés de l'entourer d'un certain nombre de balises:

- il convient tout d'abord que les catégories de personnes entre lesquelles une discrimination est alléguée se trouvent dans une **situation comparable**;
- sans doute les normes législatives ou réglementaires peuvent-elles introduire des différences de régimes entre catégories de personnes, mais pour autant qu'elles s'en tiennent au caractère de **généralité** qui est leur essence;
- en outre, elles doivent se fonder sur des **critères objectifs** de différenciation ;
- ces critères devront être **en rapport avec l'objectif poursuivi ou la valeur défendue** ;
- il convient, enfin, qu'il existe un **rapport raisonnable de proportionnalité** entre l'objectif de l'auteur de la norme et la dérogation introduite aux principes abstraits d'égalité et de non-discrimination³⁵.

³⁴ Voir l'arrêt du 23.7.1968 relatif au régime linguistique de l'enseignement dans la périphérie bruxelloise.

³⁵ Pour aborder cette question, la Cour s'est directement -et même textuellement- inspirée de la jurisprudence de la Cour européenne des Droits de l'Homme. Elle s'en distingue toutefois dans l'appréciation de la légitimité des objectifs du législateur.

3.2. Les contentieux

Non seulement le citoyen dispose d'un large éventail de textes juridiques auxquels il peut faire appel pour défendre ses droits, mais le système juridique lui offre une panoplie de juridictions chargées de les appliquer.

Dans l'ordre interne, on citera les garanties aujourd'hui traditionnelles que constituent le *pouvoir judiciaire* et le *Conseil d'Etat*³⁶. S'y ajoutent les recours plus récents devant la *Cour constitutionnelle*, juge des normes législatives, chargée –outre sa connaissance des conflits de compétences- de sanctionner les violations aux dispositions du titre II de la Constitution, lesquelles incluent le principe d'égalité. Cette dernière Cour a élaboré sa jurisprudence en s'inspirant très largement de celles de la *Cour de justice des Communautés européennes*, comme de la *Cour européenne des Droits de l'Homme*.

Le juge aura à apprécier tous ces éléments cas par cas en tenant compte du but et des effets de la norme incriminée ainsi que de la nature des principes en cause.

Pour la Cour constitutionnelle, la comparaison entre l'objectif du législateur et le moyen utilisé pour y tendre est à effectuer non seulement au moment du vote de la norme, mais en tout temps. Elle a ainsi censuré une législation qui aurait perdu de sa pertinence au fil des années. Il s'agissait, en l'espèce, de la loi du 28.2.1882 sur la chasse qui eut pour objectif de lutter contre la prolifération des lapins en prévoyant que les dégâts causés par eux aux fruits et récoltes devaient être indemnisés au double du dommage effectivement subis. Tout en admettant que cette mesure eût pu être pertinente à l'époque, la Cour a estimé que la situation avait changé et que la dérogation au principe général de la responsabilité civile ne se justifiait plus³⁷.

On illustrera les diverses facettes de cet examen par quelques cas choisis dans la jurisprudence de la Cour constitutionnelle ou d'autres juridictions.

Exemple n°1: L'interdiction des incitations à la haine raciale et à la xénophobie par la loi du 30.7.1981. La Constitution garantit la liberté d'opinion, mais cette loi la limite. Dans un arrêt concernant le Vlaams Blok, la Cour d'appel de Gand a justifié cette législation: la loi "*n'impose nullement la tyrannie du politiquement correct. La critique, et même la critique sévère par un groupe ou une association quelconque, et encore plus par union parti politique est et reste possible (...). (Mais l') intolérance inspirée par le racisme ou la xénophobie est incompatible avec les valeurs en honneur dans une société démocratique libre et pluraliste et légitime dès lors la limitation du droit à la liberté d'opinion, du droit à la liberté de réunion et du droit à la liberté d'association que la loi du 30 juillet 1981 impose*³⁸."

Exemple n°2: la protection des sources des journalistes (loi du 7.4.2005). Le secret des sources est considéré comme un pilier de la liberté de la presse. Mais que faire si un journaliste :

- détient des informations relatives à une menace d'attentat ?
- détient des informations relatives à une menace d'atteinte à la vie privée, à l'honneur d'une personne ?

³⁶ Sans omettre, pour ce dernier, le contentieux de l'indemnité ni la procédure plus récente du référé administratif.

³⁷ Arrêt CA n° 53/98 du 20.5.1998.

³⁸ Appel Gand 21.4.2004.

- détient des informations relatives à un délit ou crime qui a été commis ?
- détient des informations issues de la violation du secret professionnel par quelqu'un qui y était tenu ?

Le droit au secret est-il absolu ?

La loi a tranché en limitant le pouvoir de contrainte de la part d'un juge au seul 1^{er} cas cité ci-avant. La Cour constitutionnelle lui a donné raison³⁹ en arguant qu'une menace de dommage moral était moins dramatique qu'une menace de dommage physique; et que l'information sur un acte commis était moins décisive, la Justice disposant d'autres moyens de poursuite. Quant à la collecte d'informations via le secret professionnel, l'"impunité" accordée aux journalistes est admise car elle n'empêche pas la poursuite des auteurs de ces viols.

Exemple n° 3: défense de l'environnement : verres réutilisables ou plastiques recyclables ?

A plusieurs reprises, le législateur est intervenu pour réglementer les emballages de boissons. En 1993⁴⁰, une première législation sur les écotaxes avait favorisé simultanément les emballages réutilisables via le mécanisme de la consigne et les emballages recyclables. Dix ans plus tard, la loi⁴¹ introduisait une distinction entre les deux, les premiers restant exonérés, tandis qu'une taxe s'appliquait aux seconds. La Cour d'arbitrage a sanctionné cette discrimination en s'appuyant sur des études scientifiques établissant que les objectifs environnementaux pouvaient tout aussi bien être atteints par l'une et l'autre formule⁴². Faisant mine de respecter l'arrêt de la Cour, le législateur a voté une nouvelle loi⁴³ soumettant les deux types d'emballage à une cotisation, mais le taux de celle-ci étant de "0 EUR" pour les emballages réutilisables. La Cour a considéré que le remplacement d'une exonération par une taxation égale à zéro ne supprimait pas la discrimination⁴⁴.

Exemple n°4 : allocations familiales et sexe des cohabitants. La Cour a condamné la législation relative aux allocations familiales qui soumettait les ménages composés de personnes de sexes différents à un régime préférable à celui des ménages composés de cohabitants du même sexe ⁴⁵.

Exemple n° 5 : Protection des élèves contre présomption d'innocence. En suspendant automatiquement à titre préventif les enseignants qui font l'objet d'une poursuite pénale, dans le but de protéger les enfants, la Communauté française a pris une mesure fondée sur un critère objectif, mais cette mesure sacrifie de manière disproportionnée les droits fondamentaux des enseignants poursuivis⁴⁶.

Exemple n°6: Le seuil électoral légal de 5%. En instaurant un seuil de 5%, le législateur exclut des assemblées les petits partis. N'est-ce pas discriminatoire ? La Cour constitutionnelle, examinant les objectifs du législateur, a admis cette mesure au motif que les art. 62 & 68 de la Constitution "*n'interdisent pas au législateur d'apporter au système de la représentation proportionnelle des limitations raisonnables afin de garantir le bon fonctionnement des institutions démocratiques*"; elle ajoute que de toute façon, il existe un seuil naturel (résultant du nombre limité de sièges et de la répartition des voix des électeurs) et que les effets du seuil légal sont "limités"⁴⁷.

³⁹ Arrêt CA n°91/2006 du 7.6.2006.

⁴⁰ Loi ordinaire du 16.7.1993 (art. 371).

⁴¹ Loi-programme du 22.12.2003.

⁴² Arrêt CA n° 186/2005 du 14.12.2005. Voir aussi un autre arrêt sur la même matière: arrêt CA n° 195/2004, à propos d'une autre modification introduite par la loi du 30.12.2002.

⁴³ Loi du 20.7.2006.

⁴⁴ Arrêt CA n° 9/2007 du 11.1.2007.

⁴⁵ Arrêt CA n° 80/2000 du 21.6.2000.

⁴⁶ Arrêt CA n°2/2000 du 19.1.2000.

⁴⁷ Arrêts CA n°s 30/2003, 73/2003 & 96/2004.

Exemple n°7: Les limites au financement public des partis. Dès lors que le législateur a introduit (en 1989) le principe du financement public des partis, 4 questions relatives au principe d'égalité se sont posées:

- qu'est-ce qu'un parti ? la définition même d'un parti n'exclut-elle pas certains groupements politiques ?
- à quelles conditions peut-il bénéficier du financement ?
- tous les partis doivent-ils bénéficier du même financement, y compris des petits ou des nouveaux partis ?
- que faire avec les partis non démocratiques ?

7.1. Dans la définition d'un parti, le législateur a imposé la présentation de candidats aux mandats de député ou de sénateur "dans chaque circonscription d'une Communauté ou d'une région, ce qui exclut les petites formations.

7.2. Dans les conditions d'éligibilité, le législateur a imposé la nécessaire représentation par au moins un élu dans une des deux assemblées fédérales. La Cour constitutionnelle n'a pas critiqué cette condition car elle repose sur un critère objectif et n'est pas disproportionnée dans le cadre du système belge de représentation proportionnelle

7.3. La 3^{ème} question a été résolue assez facilement: le financement de l'Etat se décompose en une dotation de base, égale pour tous, complétée par une intervention calculée au prorata du nombre de voix obtenues aux élections.

7.4. La 4^{ème} question fut –et reste- la plus difficile à trancher: par touches successives (en 1995, 1999 et 2005), le législateur a affiné ses critères d'exclusion: chaque parti doit inclure dans ses statuts ou son programme une disposition par laquelle il s'engage à respecter et à faire respecter les droits et libertés garantis par la Convention européenne des droits de l'homme. La SLCE a estimé que cette condition était compatible avec le principe d'égalité dans la mesure où elle n'interdisait pas à un parti non démocratique de se présenter et d'avoir des élus, mais seulement de recevoir une dotation publiques, "*avantage financier qui est tout à fait accessoire par rapport au droit fondamental, de se porter candidat, d'être élu et de siéger dans une assemblée législative*". De son côté, la Cour européenne des droits de l'homme va plus loin et estime que l'inscription dans les statuts ou le programme ne suffit pas; encore faut-il vérifier le comportement pratique du parti⁴⁸. Compte tenu de la divergence d'interprétation sur ce point entre Flamands et francophones⁴⁹, la loi a dû être une nouvelle fois modifiée (en 1999). Sur plainte de la Commission de contrôle, le Conseil d'Etat peut priver⁵⁰ un parti de sa dotation "*lorsque par son propre fait ou par celui de ses composantes, candidats ou élus, il montre de manière manifeste et à travers plusieurs indices concordants, son hostilité envers les droits et libertés garantis par la CEDH ...*". La Cour constitutionnelle a validé cette législation⁵¹.

⁴⁸ Arrêt CEDH 13.2.2003 (Refah Partisi/Turquie) § 101.

⁴⁹ Les partis francophones ont donné à la loi une interprétation de fond dans la ligne de la position de la CEDH précitée; mais l'expert flamand désigné par la Commission de contrôle s'en est tenu à l'approche formelle. Cette divergence a fait apparaître la nécessité de renforcer la loi.

⁵⁰ Soit partiellement, soit totalement pour une période de 3 mois à 1 an (art. 15ter de la loi du 4.7.1989).

⁵¹ Tout en signalant que cette disposition ne pouvait priver d'effet l'immunité parlementaire (arrêt C Const n°10/2001 du 7.2.2001).

A. CRITERES INADEQUATS DE DIFFERENCIATION

- Si un régime d'écotaxes plus favorable à la presse quotidienne qu'aux autres publications se justifie raisonnablement par le souci de maintenir le pluralisme de la presse d'opinion, en revanche, est considérée comme discriminatoire l'exemption en faveur des "magazines"⁵².
- S'il est légitime de réclamer des organismes privés (mais non des organismes publics) une contribution pour l'emploi d'objecteurs de conscience, la discrimination qui en découle entre universités libres et universités publiques n'est pas raisonnablement justifiée au regard de l'article 24 de la Constitution ⁵³.
- Est contraire aux article 10 & 11 la différence non justifiée dans les remboursements par l'assurance maladie-invalidité de prestations identiques en imagerie médicale selon qu'elles sont effectuées par des spécialistes radiologues ou non radiologues ⁵⁴.
- La Cour a de même annulé une ordonnance de la Région de Bruxelles-capitale qui soumettait à des conditions administratives différentes la construction de parkings desservant des logements ou des bureaux d'une part, et d'autres types de parkings d'autre part. Ni le dossier, ni les débats ne font apparaître que les nuisances causées par les uns et les autres soient foncièrement différentes au regard des objectifs de la protection de l'environnement ⁵⁵.
- La Cour a condamné la législation relative aux allocations familiales qui soumettait les ménages composés de personnes de sexes différents à un régime préférable à celui des ménages composés de cohabitants du même sexe ⁵⁶ ;
- Le Code pénal punit les auteurs masculins d'enlèvement de filles mineures. Cette double limitation basée sur le sexe empêche de poursuivre les auteurs féminins d'enlèvement et les auteurs d'enlèvement de garçons. Sans critiquer la mesure de protection, la Cour a estimé que cette distinction n'est pas raisonnablement justifiée dans le contexte actuel ⁵⁷ ;
- A plusieurs reprises, le législateur est intervenu pour réglementer les emballages de boissons. En 1993⁵⁸, une première législation sur les écotaxes avait favorisé simultanément les emballages réutilisables via le mécanisme de la consigne et les emballages recyclables. Dix ans plus tard, la loi⁵⁹ introduisait une distinction entre les deux, les premiers restant exonérés, tandis qu'une taxe s'appliquait aux seconds. La Cour constitutionnelle a sanctionné cette discrimination en s'appuyant sur des études scientifiques établissant que les objectifs environnementaux pouvaient tout aussi bien être atteints par l'une et l'autre formule⁶⁰. Faisant mine de respecter l'arrêt de la Cour, le législateur a voté une nouvelle loi⁶¹ soumettant les deux types d'emballage à une cotisation, mais le taux de celle-ci étant de "0 €" pour les emballages réutilisables. La Cour a considéré que le remplacement d'une

⁵² Arrêt CA n° 6/95 du 2.2.1995.

⁵³ Arrêt CA n° 27/95 du 21.3.1995.

⁵⁴ Arrêt CA n° 37/96 du 13/6/1996.

⁵⁵ Arrêt CA n° 102/98 du 21.10.1998.

⁵⁶ Arrêt CA n°80/2000 du 21.6.2000.

⁵⁷ Arrêt CA n°116/99 du 10.11.1999.

⁵⁸ Loi ordinaire du 16.7.1993 (art. 371).

⁵⁹ Loi-programme du 22.12.2003.

⁶⁰ Arrêt CA n° 186/2005 du 14.12.2005. Voir aussi un autre arrêt sur la même matière: arrêt CA n° 195/2004, à propos d'une autre modification introduite par la loi du 30.12.2002.

⁶¹ Loi du 20.7.2006.

exonération par une taxation égale à zéro ne supprimait pas la discrimination⁶² ;

- La différence de délais de préavis dans les contrats de travail pour ouvriers et employés repose sur la nature principalement manuelle ou intellectuelle de leur travail ; ce critère est difficilement justifiable de manière objective et raisonnable⁶³;

En sens inverse, la Cour a admis:

- les conditions plus souples du travail dominical dans certaines catégories de commerce (dans les stations balnéaires ou climatiques et dans les centres touristiques); en effet, elles sont justifiées par le souci de favoriser le tourisme et les loisirs ⁶⁴;
- les différences dans les régimes de financement des réseaux d'enseignement ou des internats libres et communautaires ⁶⁵;
- la différence dans les allocations sociales de base par étudiant accordées aux universités d'une part, et aux hautes écoles d'autre part ⁶⁶;
- l'instauration à charge de l'industrie pharmaceutique d'une cotisation visant à financer l'assurance maladie-invalidité, alors qu'elle n'existe pas pour les prescripteurs de soins ou les pharmaciens d'officine; en effet, ces différentes catégories ne sont pas objectivement comparables ⁶⁷;
- la différence de traitement introduite par une Région, soucieuse de rendre effectif le droit au logement par une politique d'accès à la location, entre les organismes représentatifs de locataires d'une part, et les associations de propriétaires d'autre part; en effet, les intérêts défendus par les uns et les autres sont fondamentalement différents ⁶⁸;
- la cessation de l'aide sociale accordée à un étranger en situation illégale et à qui a été notifié l'ordre de quitter le territoire ⁶⁹.

B. MANQUE MANIFESTE DE PROPORTIONNALITE

Ce moyen est de loin le plus fréquent. On ne citera que quelques arrêts les plus exemplatifs :

- S'il est légitime de vouloir préserver la neutralité des forces de police, l'interdiction faite aux gendarmes de s'affilier à un mouvement politique est disproportionnée ⁷⁰.
- Le pluralisme souhaitable des administrations culturelles n'autorise pas le législateur à fonder les nominations sur les convictions idéologiques des agents ⁷¹.

⁶² Arrêt CA n° 9/2007 du 11.1.2007.

⁶³ Arrêt CC n° 125/2011 du 7.7.2011.

⁶⁴ Arrêt CA n° 45/93 du 10.6.1993.

⁶⁵ Arrêts CA n° 38/91 du 5.12.1991, n° 28/92 du 2.4.1992, n° 23/95 du 2.3.1995.

⁶⁶ Arrêt CA n° 85/95 du 14.12.1995.

⁶⁷ Arrêt CA n° 41/92 du 13.5.1992; cas similaire: Arrêt CA n° 9/99 du 28.1.1999.

⁶⁸ Arrêt CA n° 40/99 du 30.3.1999.

⁶⁹ Arrêt CA n° 51/94 du 29.6.1994.

⁷⁰ Arrêt CA n° 63/93 du 15.7.1993.

⁷¹ Arrêt CA n° 65/93 du 15.7.1993. Sur le pacte culturel, cf. ci-avant.

- S'il est légitime de vouloir enrayer le développement des dépenses universitaires, il n'y a pas de rapport raisonnable de proportionnalité à vouloir figer le nombre d'étudiants servant à calculer les allocations de fonctionnement⁷².
- S'il est légitime de sauvegarder l'indépendance du pouvoir législatif, l'absence de recours auprès du Conseil d'Etat contre les actes administratifs des assemblées législatives, alors qu'un tel recours existe à l'égard des actes des autorités administratives, est disproportionnée et viole le principe constitutionnel d'égalité⁷³.
- S'il est légitime de favoriser les élevages familiaux au motif qu'ils ont une incidence positive sur l'emploi, on ne peut admettre que le législateur interdise par ailleurs aux mêmes entreprises familiales d'occuper plus d'un seul travailleur externe⁷⁴.
- Ont été considérées comme disproportionnées par rapport à l'objectif visé d'économies budgétaires en matière de biologie clinique, comme portant une atteinte excessive à la liberté d'association: l'obligation faite aux personnes effectuant des analyses d'avoir le statut d'associées du laboratoire; l'interdiction faite aux sociétés de laboratoires de détenir des parts dans d'autres sociétés⁷⁵.
- S'il relève des choix politiques du législateur fiscal d'appliquer des taux de droits de succession différents en fonction de la catégorie des héritiers, il est manifestement disproportionné d'appliquer un taux de 90%, dont aucun objectif propre à la catégorie de contribuables visée ne justifie qu'il soit aussi élevé, en n'ayant égard qu'à l'objectif budgétaire. Le décret porte une atteinte disproportionnée à la fois au droit du testateur de disposer de ses biens et aux espérances légitimes qu'a le légataire de les recueillir⁷⁶.
- En suspendant automatiquement à titre préventif les enseignants qui font l'objet d'une poursuite pénale, dans le but de protéger les enfants, la Communauté française a pris une mesure fondée sur un critère objectif, mais cette mesure sacrifie de manière disproportionnée les droits fondamentaux des enseignants poursuivis⁷⁷.

En revanche, la Cour constitutionnelle n'a pas considéré comme disproportionnés par rapport à l'objectif recherché:

- la possibilité d'astreindre des catégories de militaires à résider dans certaines limites territoriales en cas de circonstances exceptionnelles⁷⁸;
- la limitation du financement public des partis, aux seuls partis représentés au Parlement fédéral par au moins un élu direct⁷⁹;
- la dérogation aux règles en vigueur sur le repos hebdomadaire dans le commerce en faveur d'établissements situés au bord des autoroutes⁸⁰;
- les conséquences du "privilège de juridiction" dont jouissent certains justiciables, comme les magistrats ou d'autres titulaires de fonctions publiques⁸¹;

⁷² Arrêt CA n° 38/94 du 10.5.1994.

⁷³ Arrêt CA n° 31/96 du 15.5.1996.

⁷⁴ Arrêt CA n° 42/97 du 14.7.1997.

⁷⁵ Arrêt CA n° 23/89 du 13.10.1989.

⁷⁶ Arrêt CA n° 107/2005 du 22.6.2005.

⁷⁷ Arrêt CA n°2/2000 du 19.1.2000.

⁷⁸ Arrêt CA n° 45/92 du 18.6.1992.

⁷⁹ Arrêt CA n° 40/90 du 21.12.1990.

⁸⁰ Arrêt CA n° 36/91 du 21.11.1991.

⁸¹ Droit d'appel: cf. Arrêt CA n° 60/96 du 7.11.1996; constitution de partie civile et citation directe, cf. Arrêt CA n° 112/98 du 4.11.1998.

- l'obligation pour le militaire qui a reçu une formation gratuite aux frais de l'Etat de prester un service actif d'une certaine durée⁸²;
- l'inéligibilité des fonctionnaires dépendant du ministère de la Justice et participant aux fonctions de l'Ordre judiciaire, tels que le personnel des greffes et des parquets ⁸³;
- la différence de traitement, du point de vue du choix de la langue de la procédure pénale, entre le prévenu jugé en région linguistique unilingue et celui qui est jugé en région ou selon un régime bilingue⁸⁴ ;
- l'obligation imposée aux candidats qui sollicitent les subventions publiques de se constituer en ASBL ⁸⁵;
- la différence de traitement entre le ministère public et l'inculpé dans la procédure pénale ⁸⁶ ;
- les différences entre électeurs ou entre candidats aux élections résultant de rapports variables entre le nombre d'élus et d'électeurs dans les différentes circonscriptions ⁸⁷;

C. UNIFORMITE DISCRIMINATOIRE

En traitant uniformément des situations essentiellement différentes sans justification raisonnable, le législateur crée parfois des discriminations. La Cour constitutionnelle a ainsi annulé les législations suivantes :

- la disposition soumettant à un régime identique de taxe sur les eaux usées des entreprises rejetant respectivement leurs eaux usées en surface ou en égout⁸⁸;
- une loi soumettant les personnes morales gestionnaires d'intérêts publics au même régime de déductibilités fiscales que les sociétés purement commerciales ⁸⁹;
- la loi organique des C.P.A.S., qui refuse l'aide sociale aux étrangers auxquels a été notifié un ordre de quitter le territoire, en ce qu'elle s'applique également aux personnes qui, pour des raisons médicales, sont dans l'impossibilité absolue d'y donner suite ⁹⁰;

En revanche, la Cour a admis que la loi prévoie les mêmes peines pour celui "*qui sait*" et celui "*qui devrait savoir*" qu'il commercialise des animaux traités aux hormones; en effet, l'objectif du législateur était de responsabiliser toutes les personnes concernées par la commercialisation d'animaux vivants ⁹¹.

Par ailleurs, le propre de l'activité législative consistant à œuvrer par voie de dispositions générales en recourant à des catégories, la Cour constitutionnelle n'exige pas une adéquation parfaite de la loi à toutes les situations individuelles. Dès lors qu'elle ne comporte pas d'erreur manifeste, la norme peut approcher la réalité avec un certain degré d'approximation ⁹².

⁸² Arrêt CA n° 81/95 du 14.12.1995.

⁸³ Arrêt CA n° 107/98 du 21.10.1998.

⁸⁴ Arrêt CA n° 111/98 du 4.11.1998.

⁸⁵ Arrêt CA n° 121/98 du 3.12.1998.

⁸⁶ Arrêts CA n°43/95 du 6.6.1995; n°49/97 du 14.7.1997; n°54/97 du 18.7.1997; n°58/98 du 27.5.1998.

⁸⁷ Arrêts CA n° 90/94 du 22.12.1994 ; n° 35/2003 du 25.3.2003.

⁸⁸ Arrêt CA n° 16/92 du 12.3.1992.

⁸⁹ Arrêt CA n°136/98 du 16.12.1998.

⁹⁰ Arrêt CA n° 80/99 du 30.6.1999.

⁹¹ Arrêt CA n° 65/97 du 6.11.1997.

⁹² Arrêt CA n°125/98 du 3.12.1998; id arrêt CA n°128/98 du 9.12.1998.

Le Conseil d'Etat intervient également sur ce terrain et sanctionne parfois le pouvoir exécutif lorsqu'il traite de manière identique des situations différentes⁹³.

Depuis l'introduction, en 2001, de l'article 7bis de la loi spéciale du 8.8.1980, obligeant les Régions de traiter les communes sises sur leur territoire de façon identique, on peut estimer que la marge de manœuvre de la Cour constitutionnelle est ici plus réduite. La censure de la Cour ne pourra intervenir que si l'uniformité de statut heurte manifestement la différence dans les situations objectives⁹⁴.

D. DELEGATIONS IRREGULIERES DE POUVOIRS DU LEGISLATIF A L'EXECUTIF

Au nom des principes d'égalité et de non-discrimination, la Cour constitutionnelle censure des délégations excessives de pouvoirs du pouvoir législatif au pouvoir exécutif.

E. SUPPRESSION DES DROITS ACQUIS

La Cour constitutionnelle contrôle la rétroactivité des normes législatives.

F. DISCRIMINATIONS POSITIVES

La question des *discriminations positives* est délicate: constatant que certains groupes sont **désavantagés dans les faits** par le jeu naturel des rapports entre individus, l'autorité décide parfois de **rétablir l'égalité** en prenant des mesures qui faussent sciemment ledit jeu. Ce faisant, elle en arrive à mettre en contradiction le **droit à l'égalité de traitement d'un groupe**, considéré comme défavorisé, d'une part, avec celui des **individus**, d'autre part. On peut comprendre que ces interventions, elles aussi, doivent respecter le principe de proportionnalité par rapport à l'objectif poursuivi.

C'est pourquoi, la Cour constitutionnelle a été conduite à préciser dans quelle mesure elle acceptait ce type d'actions positives. Selon elle, plusieurs conditions sont requises:

- les discriminations doivent viser à supprimer une inégalité existante et manifeste;
- les mesures de correction doivent être temporaires;
- les mesures ne peuvent inutilement limiter les droits d'autrui⁹⁵.

La situation n'est pas différente au plan européen: le délicat dosage entre droits collectifs et droits individuels est soumis au contrôle de la Cour de justice de l'Union européenne⁹⁶.

3.3. Les autres dispositifs légaux de la lutte contre les discriminations

Le législateur a voulu perfectionner le mécanisme de lutte contre les discriminations. A cette fin,

⁹³ Arrêts CE n° 39.230 du 27.4.1992 (Fiore et Philippe) ; n° 46.054 du 9.2.1994 (De Vuyst) .

⁹⁴ C'est le sens des travaux préparatoires, puisque le gouvernement y précisait : « *Le gouvernement a voulu réduire le plus possible le champ de différenciation entre les communes, qui n'est admise que si elle s'impose* » (Doc.parl. S., 2-709/7 (2000-2001), art.8 ; même interprétation dans la discussion générale).

⁹⁵ Arrêts CA n° 9/94 & 42/97 du 14.7.1997. Sur la contradiction entre le Pacte culturel et le principe de non-discrimination, cf. ci-avant, Section 2.

⁹⁶ Sur la Cour européenne, cf. ci-après. Voir par ex. l'arrêt CJCE n° C 450/93 du 17.10.1995, par lequel la Cour a considéré comme ne respectant pas l'égalité entre les sexes une législation allemande favorisant l'accès systématique aux emplois publics (via des quotas) des femmes en concurrence avec des hommes; voir aussi sur une question analogue l'arrêt CJCE n° 312/86 du 25.10.1988.

- il a créé un instrument actif : le Centre pour l'égalité des chances et la lutte contre le racisme (loi du 25.2.1993)
- il a introduit des dispositions civiles et pénales visant à sanctionner toute forme de discrimination directe ou indirecte qui ne repose pas sur un critère objectif et raisonnable (loi du 25.2.2003, devenue loi du 10.5.2007)⁹⁷. Sur la saga de cette législation, voir ci-dessous.

DE LA DIFFICULTE DE REDIGER UNE LOI INTERDISANT LES DISCRIMINATIONS

La saga de la loi du 25.2.2003

1er temps : pour transposer une directive européenne de 2000⁹⁸, le législateur belge vote une loi interdisant une série de discriminations. Cette loi se heurte à plusieurs objections:

1. le législateur énumère une série de critères de discriminations directes ou indirectes ⁹⁹.

→ les femmes protestent (« nous ne sommes pas une espèce à protéger »)

→ le Conseil d'Etat proteste : le risque de l'énumération est qu'il met certaines discriminations en valeur et donc crée elle-même une nouvelle discrimination

2. En outre, le champ d'application de la loi va jusqu'à punir les *incitations à la discrimination (en ce compris la discrimination indirecte), à la haine ou à la violence* et à couvrir « *la diffusion, la publication ou l'exposition en public d'un texte, d'un avis, d'un signe ou de tout autre support comportant une discrimination* » de même que « *l'accès, la participation et tout autre exercice d'une activité économique, sociale, culturelle ou politique accessible au public* ».

→ qu'advient-il de la liberté de presse, de critique, d'opinion ?

2^{ème} temps : le Vlaams Blok obtient l'annulation de la liste des critères de discrimination par la Cour d'arbitrage, au motif que la loi anti-discriminations est elle-même discriminatoire : « *La différence de traitement donne l'impression, contrairement à l'objectif de la loi, que la discrimination fondée sur des motifs non mentionnés ne mérite pas une même protection* » Or l'art. 11 de la Constitution est général. Résultat: plus aucun critère de discrimination ne figure dans la loi.

3^{ème} temps : le législateur abroge sa loi et la remplace par la loi du 10.5.2007. Améliorations :

1. Il limite en principe le champ d'application aux domaines de la prestation de biens et de services, de l'emploi et du travail, de l'accès ou de la participation à une activité économique, sociale culturelle ou politique et à l'accès à des avantages sociaux;
2. Il maintient le principe d'une liste limitative de critères de discriminations (tout en y ajoutant l'un ou l'autre, dont la langue et les convictions politiques), mais la justifie par des sanctions plus rigoureuses que celles prévues par le droit commun de la lutte contre les discriminations;
3. Il n'admet d'exceptions que pour autant que la distinction soit objectivement justifiée par un but légitime et que les moyens de réaliser ce but soient appropriés et nécessaires. Pour les relations de travail, les affiliations syndicales et les avantages

⁹⁷ Par l'ironie des procédures, la loi de 2003 a elle-même été jugée discriminatoire par la Cour constitutionnelle, au motif que la loi énumérait une série de facteurs de discriminations, ce qui semblait exclure d'autres facteurs (arrêt n°157/2004 du 6.10.2004). Le législateur a retravaillé son ouvrage en votant la loi du 10.5.2007.

⁹⁸ Directive 2000/78/CE du Conseil du 27.11.2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail.

⁹⁹ Race, couleur, ascendance, origine nationale ou ethnique, sexe, orientation sexuelle, naissance, fortune, âge, conviction religieuse ou philosophique, état de santé actuel ou futur, handicap ou caractéristique physique (on notera que la discrimination sur base de la langue a été omise). Il y a discrimination indirecte « *lorsqu'une disposition, un critère ou une pratique apparemment neutre a en tant que tel un résultat dommageable (...) sans justification objective et raisonnable* » (art.2).

complémentaires à la sécurité sociale, une distinction directe fondée sur l'âge, l'orientation sexuelle, la conviction religieuse ou philosophique, ou un handicap peut uniquement être justifiée par des exigences professionnelles essentielles et déterminantes. Il appartient aux juges de vérifier au cas par cas si ces conditions sont réunies.

4. Il codifie les discriminations positives¹⁰⁰ en s'inspirant de la jurisprudence de la Cour constitutionnelle et en les soumettant à 4 conditions. S'agissant de concilier ces deux valeurs antinomiques que sont l'égalité des groupes et celle des individus, il s'agit de respecter une approche restrictive:
 - il doit exister une inégalité manifeste
 - la disparition de cette inégalité doit être désignée comme un objectif à promouvoir
 - être temporaire
 - ne pas restreindre inutilement les droits d'autrui.

4^{ème} temps: un nouveau recours, émanant d'organisations syndicales, est introduit au motif que la liste des critères mentionne les "convictions politiques", mais pas les "convictions syndicales". Dans son arrêt n° 64/2009 du 2.4.2009, la Cour:

1. leur donne raison en estimant que l'absence du critère "convictions syndicales" est discriminatoire par rapport à la présence du critère "convictions politiques"¹⁰¹;
2. leur donne tort dans la mesure où elle ne condamne plus la limitation du nombre des critères: elle accepte la création de deux niveaux de lutte contre les discriminations.

Autre exemple du caractère délicat de cette matière: l'application stricte de la loi aux activités professionnelles d'organisations dont le fondement même repose sur des convictions philosophiques ou religieuses: une église, une école catholique, un parti politique, un syndicat ne peuvent-ils exiger de leurs collaborateurs de partager leurs valeurs ? L'art. 13 de la loi répond ainsi : «(dans ce cas) *une distinction directe fondée sur la conviction religieuse ou philosophique ne constitue pas une discrimination lorsque, en raison de la nature des activités ou du contexte dans lequel celles-ci sont exercées, la conviction religieuse ou philosophique constitue une exigence professionnelle essentielle, légitime et justifiée au regard du fondement de l'organisation* »¹⁰². On rappellera que l'art. 21 de la Constitution belge garantit l'autonomie des cultes dans la nomination de leurs ministres.

Charles-Etienne LAGASSE

Président du Centre d'études Jacques GEORGIN

¹⁰⁰ On entend par là le fait de fausser le cours naturel des choses pour rétablir une égalité souhaitée. Ces 4 conditions sont régulièrement reprises par la jurisprudence de la Cour constitutionnelle (voir par ex. l'arrêt CC n°145/2015 du 22.10.2015.

¹⁰¹ En conséquence, en attendant que le législateur complète la liste manquante, elle ordonne aux juges civils de ne pas tenir compte de cette différence; elle ne peut le faire sur le plan pénal en raison du principe de légalité des peines.

¹⁰² Par ailleurs, les règles imposées au sein de certains cultes (comme le célibat des prêtres, ou l'exclusion des femmes de la prêtrise) peuvent s'appuyer sur l'art. 27 de la Constitution interdisant à l'Etat d'intervenir dans l'organisation des cultes.