

L'ARTICLE 11BIS DE LA CONSTITUTION OU LA TRADUCTION D'UNE PRÉFÉRENCE ABSTRAITE DU CONSTITUANT EN FAVEUR DE L'ÉGALITÉ ENTRE LES HOMMES ET LES FEMMES

Analyse des actions positives favorisant une présence équilibrée d'hommes et de femmes dans les collèges communaux*

par

Célia NENNEN

Assistante à l'Université Saint-Louis – Bruxelles
Centre interdisciplinaire de recherches en droit constitutionnel et administratif (CIRC)
Avocate au barreau de Bruxelles

INTRODUCTION

Insérés en 2002, le troisième alinéa de l'article 10 et l'article 11bis de la Constitution disposent respectivement que « l'égalité des femmes et des hommes est garantie » et que « la loi, le décret ou la règle visée à l'article 134 garantissent aux femmes et aux hommes l'égal exercice de leurs droits et libertés, et favorisent notamment leur égal accès aux mandats électifs et publics ». Le troisième alinéa de l'article 11bis prévoit quant à lui que « la loi, le décret ou la règle visée à l'article 134 organisent la présence de personnes de sexe différent au sein [...] des collèges des bourgmestre et échevins ». Dès leur insertion dans la Constitution, différents commentateurs n'ont pas manqué de s'étonner : les articles 10 et 11 de la Constitution garantissant déjà l'égalité entre tous les individus, pourquoi était-il nécessaire d'ajouter un troisième alinéa à l'article 10 et d'adopter l'article 11bis de la Constitution garantissant *spécifiquement* l'égalité entre les hommes et les femmes¹ ?

Les raisons de cette adoption semblent pouvoir être trouvées dès 1993, dans un avis rendu par la Section de législation du Conseil d'État. En effet, dans son deuxième avis sur l'avant-projet à l'origine de la loi Tobback-Smet², la Section de légis-

lation a considéré que celui-ci était incompatible avec les articles 10 et 11 de la Constitution en ce qu'il imposait la mixité au sein des listes électorales³ (avec un tiers minimum de l'autre sexe) et assortissait à cette obligation une sanction d'irrecevabilité de l'acte de candidature en cas de non-respect⁴. La Section de législation a donc conseillé au Gouvernement, soit de « remplacer une telle sanction par une autre sanction qui respecterait la proportion requise entre le but poursuivi et les moyens utilisés. [...] », soit « [...] *de procéder à la révision de la Constitution afin d'inscrire, de manière expresse, le principe d'une représentation équilibrée des hommes et des femmes sur les listes électorales* »⁵.

Les mesures d'action positive⁶ n'avaient alors pas encore été explicitement admises dans la jurisprudence. Elles le seront quelques mois plus tard : dès janvier 1994, la Cour constitutionnelle a estimé qu'une mesure d'action positive insti-

³ En ce sens, le libellé de l'article 11bis constitue en lui-même une nuance au principe général d'égalité entre les hommes et les femmes.

⁴ Avis de la SLCE, du 17 novembre 1993, avis n° 22.885/2 du 17 novembre 1993, sur un avant-projet de loi « visant à promouvoir une répartition équilibrée des hommes et des femmes sur les listes de candidatures aux élections », *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. 1993-1994, n° 1316/1, tel que publié sur le site du Conseil d'État, p. 9 : « Toutefois, la sanction prévue dans les articles 4, 7, 10, 13, 18 et 20 du projet peut conduire à supprimer le droit de se porter candidat et le droit d'être élu, lorsque les listes électorales ne respectent pas les proportions fixées par le projet. La condition ainsi imposée à l'exercice du droit d'éligibilité n'est pas conforme aux règles constitutionnelles en vigueur... ».

⁵ *Ibid.* ; souligné par nous.

⁶ Dans cette contribution, le notion d'« action positive » sera employée en tant que synonyme de celle de « discrimination positive ». Dans une contribution, A.-E. Bourgaux invite à remettre en question la qualification d'« actions positives » accordées à certaines mesures, telles que celles étudiées dans le présent article, en ce qu'elles ne créent pas un avantage en faveur *des femmes* en situation équivalente – et qu'elles ne rompent donc pas l'égalité – mais remédieraient plutôt à une discrimination indirecte créée par l'apparente neutralité des normes concernées. Cette thèse invite donc à s'interroger sur la jurisprudence européenne et constitutionnelle que la présente contribution prend comme point de départ. Voy., A.-E. BOURGAUX, « L'ambivalence du débat partitaire ou « la nation a-t-elle deux sexes ? » », in X., *Les élections dans tous leurs états*, Bruxelles, Bruylant, 2001, pp. 365-386.

* L'auteur tient à remercier vivement Sébastien van Drooghenbroeck et Isabelle Hachez pour leurs bons conseils et leurs relectures attentives.

¹ Voy. notamment S. VAN DROOGHENBROECK et I. HACHEZ, « L'introduction de l'égalité entre les hommes et les femmes dans la Constitution », *R.B.D.C.*, 2002, pp. 153 et s. ; G. GOEDERTIER, « De wijzigingen aan de Grondwet van 21 februari 2002 : de gelijkheid van vrouwen en mannen is gewaarborgd », *R.W.*, 2003, pp. 241 et s. ; P. POPELIER et J. VRIELINK, « Alle mensen zijn gelijk, maar sommige mensen zijn meer gelijk dan anderen. Over mannen, vrouwen, paritaire democratie en geslachtsdiscriminatie », *T.B.P.*, 2003, pp. 682 et s.

² Loi du 24 mai 1994 visant à promouvoir une répartition équilibrée des hommes et des femmes sur les listes de candidatures aux élections, *M.B.*, 1^{er} juillet 1994.

tuant une différence de traitement fondée sur le sexe n'était pas contraire aux articles 10 et 11 de la Constitution « dans les seuls cas où une inégalité manifeste est constatée, [et pour autant] que la disparition de cette inégalité soit désignée par le législateur comme un objectif à promouvoir, que les mesures soient de nature temporaire, étant destinées à disparaître dès que l'objectif visé par le législateur est atteint, et qu'elles ne restreignent pas inutilement les droits d'autrui »⁷.

Les parlementaires ayant participé à la révision de la Constitution ayant conduit à l'adoption de l'article 11bis ont d'ailleurs fait référence à l'avis du Conseil d'État précité⁸. Emportant, dans le chef de l'État, une obligation positive de favoriser l'égal accès en politique entre les hommes et les femmes, l'article 11bis de la Constitution permet donc d'affirmer la constitutionnalité d'une mesure d'action positive imposant, par exemple, la mixité sur les listes électorales. La disposition nouvelle forme en effet une manière de contrepoint au prescrit des articles 10 et 11 desquels il est justifié d'imposer des conditions strictes aux mesures d'action positive.

De manière étonnante, la Cour constitutionnelle et le Conseil d'État continuent cependant de soumettre, aujourd'hui encore, les actions positives adoptées en vertu de l'article 11bis aux conditions classiques des actions positives tirées d'une jurisprudence antérieure à l'adoption de cet article.

Quelle est, dès lors, la plus-value de l'article 11bis de la Constitution ? Il semble que l'effet utile de cette disposition n'ait pas été maximisé et que le potentiel de celle-ci n'ait pas encore été complètement révélé. À travers l'adoption d'une disposition garantissant spécifiquement l'égalité entre deux catégories de personnes, le Constituant semble en effet avoir exprimé une « préférence abstraite » en faveur de l'intérêt sociétal que cette disposition traduit.

La notion de « préférence abstraite » est empruntée au raisonnement déployé par Charles-Albert Morand pour rationaliser, tant que faire se peut, les pesées globales d'intérêts⁹ auxquelles le législateur doit se livrer avant de statuer dans tel ou tel sens. Selon cet auteur, « une préférence abstraite ne signifie pas une prépondérance absolue d'une valeur sur l'autre [...]. Lorsqu'une préférence abstraite existe, il ne sera possible de faire prévaloir un point de vue contraire que si des raisons très importantes militent en faveur de cette

solution »¹⁰. La « préférence abstraite » dont les articles 10, alinéa 3, et 11bis de la Constitution témoignent vis-à-vis de l'égalité entre hommes et femmes trouve au demeurant un écho dans la jurisprudence de la Cour constitutionnelle. Selon cette dernière en effet, « la Constitution attribue une importance particulière à l'égalité entre hommes et femmes »¹¹.

Ainsi que nous essaierons de la démontrer par la suite, la préférence abstraite vise un entre-deux subtil entre la *prépondérance absolue*, qui conférerait à l'article 11bis de la Constitution une portée *décisive* dans toute évaluation de la licéité d'une action positive quelconque tournée vers la réalisation de l'égalité entre hommes et femmes, et l'*insignifiance juridique*, qui relèguerait l'article 11bis au rang de disposition purement décorative d'un raisonnement qui, en son absence, demeurerait de toute façon parfaitement identique. Tout en ne dispensant pas le législateur de démontrer la nécessité de prendre une mesure¹², ces préférences abstraites en facilitent la démonstration, en pesant de manière plus importante dans la balance des intérêts, de sorte que cette mesure sera plus aisément admise¹³. Par conséquent, l'article 11bis de la Constitution exprimant une préférence abstraite conférée à l'égalité entre les hommes et les femmes par rapport à d'autres intérêts devrait logiquement faciliter la démonstration selon laquelle une mesure d'action positive est admissible au regard des autres intérêts en présence, et particulièrement de l'intérêt général à l'égalité traduit aux articles 10 et 11 de la Constitution. Partant, et pour conférer un effet utile à cette disposition – et il est logique de postuler *a priori* qu'elle en ait un ! –, il ne devrait plus être imposé aux mesures d'action positive prises sur la base de l'article 11bis de la Constitution le respect strict des conditions classiquement appliquées à ce type d'actions.

¹⁰ C.-A. MORAND, « Pesée d'intérêt et décisions complexes », in X., *La pesée globale des intérêts. Droit de l'environnement et de l'aménagement du territoire*, Bâle/Francfort-sur-le-Main, Helbing et Lichtenhahn, 1996, pp. 69-70.

¹¹ C. const., arrêt n° 159/2004 du 20 octobre 2004, B.5.6.

¹² Parce que la priorité conférée par rapport aux autres intérêts n'est pas absolue.

¹³ C'est sur cette théorie que repose la reconnaissance de « critères suspects » qui peuvent plus difficilement être utilisés comme critère de distinction entre deux catégories de personnes traitées différemment (voy. à ce sujet, C. HOREVOETS et S. VINCENT, « Section 3. – Les différences de traitement admises et les discriminations prohibées » in *Actualités en matière de non-discrimination*, Bruxelles, Bruylant, 2016, p. 38 et B. RENAULT et S. VAN DROOGHENBROECK, « XIII. – Le principe d'égalité et de non-discrimination », in M. VERDUSSEN et N. BONBLED (dir.), *Les droits constitutionnels en Belgique*, vol. 1 et 2, Bruxelles, Bruylant, 2011, pp. 553-605). C'est également sur la base de la même théorie que, en cas de recours en suspension d'extrême urgence devant le Conseil d'État, l'existence d'un préjudice grave difficilement réparable est plus facilement démontrée lorsqu'un droit fondamental consacré par la Constitution est menacé (voy. à ce sujet J.-Y. CARLIER et S. SAROLÉA, « Section 3 – Procédures juridictionnelles », in J.-Y. CARLIER et S. SAROLÉA, *Droit des étrangers*, Bruxelles, Larcier, 2016, pp. 678-679).

⁷ C. const., arrêt n° 9/94 du 27 janvier 1994, B.6.2., *J.L.M.B.*, 1994, p. 1382, note B. RENAULT.

⁸ Voy. par exemple, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. 2001-2002, n° 1140/2, p. 19, *in fine*.

⁹ Typiquement, lorsque le principe de proportionnalité s'applique.

C'est à l'aune de ce cadre théorique que deux mesures récemment adoptées en vertu de l'article 11*bis* seront étudiées. La présente contribution débutera donc en analysant le décret wallon du 7 septembre 2017 portant modification du Code de la démocratie locale et de la décentralisation afin de garantir une présence équilibrée de femmes et d'hommes au sein des collèges communaux et provinciaux de Wallonie¹⁴ et l'ordonnance du 1^{er} mars 2018 de la Région de Bruxelles-Capitale modifiant la Nouvelle Loi Communale afin d'assurer une présence équilibrée de femmes et d'hommes au sein des collèges communaux¹⁵, ainsi que l'avis rendu sur la proposition de cette ordonnance par la Section de législation du Conseil d'État (I.).

Après avoir analysé cet avis, l'on constatera l'assouplissement des conditions classiques de licéité des actions positives que semble opérer la Section de législation du Conseil d'État (II.). Cet assouplissement nous laissera entrevoir l'impact potentiel de la préférence abstraite formulée à l'article 11*bis* sur celles-ci (III.).

I. LES MESURES GARANTISSANT UNE PRÉSENCE ÉQUILIBRÉE DE FEMMES ET D'HOMMES AU SEIN DES COLLÈGES COMMUNAUX

Auparavant, la traduction législative de l'article 11*bis*, alinéa 3 de la Constitution s'était bornée au strict minimum requis de la mixité des exécutifs visés par lui, sans plus. Cet alinéa impose en effet la présence de personnes de sexe différent au sein, notamment, des collèges communaux. Transposant le prescrit constitutionnel, l'article 44, § 4 du Gemeentedecreet, l'article L1123-3 du Code de la démocratie locale et de la décentralisation et l'article 15, § 1^{er}, alinéa 6, de la Nouvelle Loi Communale prévoyaient donc ni plus ni moins que les collèges comportent des personnes de sexe différent. Ces deux derniers articles¹⁶ ont été modifiés, respectivement, par le décret wallon du 7 septembre 2017 portant modification du Code de la démocratie locale et de la décentralisation afin de garantir une présence équilibrée de femmes et d'hommes au sein

des collèges communaux et provinciaux de Wallonie¹⁷ (A.) et par l'ordonnance du 1^{er} mars 2018 de la Région de Bruxelles-Capitale modifiant la Nouvelle Loi Communale afin d'assurer une présence équilibrée de femmes et d'hommes au sein des collèges communaux¹⁸ (B.). Les modifications intervenues témoignent d'une volonté politique aujourd'hui plus forte d'augmenter la participation et la représentation des femmes en politique, le cas échéant, à l'aide de quotas¹⁹. Contrairement au décret wallon, l'ordonnance bruxelloise a fait l'objet d'un avis, relativement succinct, de la Section de législation du Conseil d'État (C.).

A. LE DÉCRET WALLON DU 7 SEPTEMBRE 2017

Les développements de la proposition du décret wallon du 7 septembre 2017 portant modification du Code de la démocratie locale et de la décentralisation afin de garantir une présence équilibrée de femmes et d'hommes au sein des collèges communaux et provinciaux de Wallonie énonce ce qui suit :

« La participation des femmes et des hommes au sein des institutions est un enjeu essentiel et largement reconnu comme tel. [...] Un chemin important a été accompli en la matière durant ces dernières décennies, qui ont ainsi été marquées par l'entrée massive des femmes dans la sphère politique, en particulier au niveau des assemblées représentatives, qu'il s'agisse des parlements ou des conseils communaux par exemple. Cette évolution s'est rarement produite de façon naturelle. C'est en effet grâce à des lois contraignantes que les changements ont été, en Belgique, les plus spectaculaires. Cette évolution est par ailleurs loin d'être finie. Ainsi, de nouvelles initiatives ont récemment été impulsées, notamment sur la base du constat d'une stagnation dans l'augmentation de la proportion de femmes au sein des assemblées. [...] À côté

¹⁴ Décret wallon du 7 septembre 2017 portant modification du Code de la démocratie locale et de la décentralisation afin de garantir une présence équilibrée de femmes et d'hommes au sein des collèges communaux et provinciaux de Wallonie, *M.B.*, 9 octobre 2017 ; voy. concernant cette proposition, S. HENNAU et S. KEUNEN, « Genderquota in Belgische gemeentebesturen », *De Juristenkrant*, 2018, n° 363, p. 16.

¹⁵ Ordonnance du 1^{er} mars 2018 de la Région de Bruxelles-Capitale modifiant la Nouvelle Loi Communale afin d'assurer une présence équilibrée de femmes et d'hommes au sein des collèges communaux, *M.B.*, 12 mars 2018.

¹⁶ Du côté flamand, il n'existe jusqu'ici aucune proposition en ce sens et l'article 44, § 4, du Gemeentedecreet continue d'imposer la présence de personnes de sexe différent au sein des collèges communaux.

¹⁷ Décret wallon du 7 septembre 2017 portant modification du Code de la démocratie locale et de la décentralisation afin de garantir une présence équilibrée de femmes et d'hommes au sein des collèges communaux et provinciaux de Wallonie, *M.B.*, 9 octobre 2017. Dans la continuité du décret du 7 septembre 2017, un député wallon a même affirmé sa volonté d'aller plus loin, en assurant la parité au sein des collèges communaux et provinciaux. Voy. proposition de décret modifiant les articles L1123-1, L1123-3, L2212-39 et L2212-40 du Code de la démocratie locale et de la décentralisation en vue d'assurer la parité au sein des collèges communaux et provinciaux, *Doc.*, Parl. w., 2017-2018, n° 1028. Cette proposition a été rejetée en séance plénière le 9 mai 2018, voy. Compte rendu intégral n° 16, *Doc.*, Parl. w., sess. 2017-2018, p. 110.

¹⁸ Ordonnance du 1^{er} mars 2018 de la Région de Bruxelles-Capitale modifiant la Nouvelle Loi Communale afin d'assurer une présence équilibrée de femmes et d'hommes au sein des collèges communaux, *M.B.*, 12 mars 2018.

¹⁹ Voy. en ce sens M. MATEO DIAZ, « Les quotas sont-ils utiles ? L'efficacité imparfaite des mesures de discrimination positive dans les lois électorales belges », *Revue française de science politique*, 2003/5, vol. 53, pp. 791-815.

de la représentation au sein des assemblées délibératives, il convient également de garantir la présence équilibrée des femmes et des hommes au sein du pouvoir exécutif, en particulier au sein des collèges communaux et provinciaux »²⁰.

Ce décret a modifié l'article L1123-3, alinéa 2, du Code de la démocratie locale et de la décentralisation. Il prévoit désormais que les collèges communaux présentent un tiers minimum de membres du même sexe.

L'alinéa 4 du même article énonce ensuite que pour apprécier ce plafond, tout nombre décimal doit être porté à l'unité supérieure lorsque la décimale est supérieure à 5.

L'alinéa 5 comporte, quant à lui, une dérogation au quota d'un tiers, dans le cas où les groupes politiques liés par le projet de pacte de majorité²¹ ne comprennent pas de membres d'un des sexes en nombre suffisant et au maximum à concurrence du nombre de membres du sexe concerné manquants, sans préjudice de l'article L1123-8, § 2. La même exigence est prévue concernant les collèges provinciaux²².

Par conséquent, s'il ne figure pas assez de femmes au sein des groupes politiques liés par le projet de pacte de majorité, toutes les femmes présentes seront désignées en tant qu'échevines, sans garantir pour autant que le quota d'un tiers ne soit atteint.

B. L'ORDONNANCE BRUXELLOISE DU 1^{ER} MARS 2018

L'exposé des motifs de la proposition d'ordonnance du 1^{er} mars 2018 débute en rappelant que « notre système politique est basé sur le concept de démocratie représentative. Cela signifie que les élus sont censés représenter la volonté générale des citoyens. Ceci n'implique pas que les élus soient eux-mêmes représentatifs de l'ensemble de la population, mais force est de constater que la prise en compte des intérêts de certains groupes sociaux s'est d'autant plus facilement réalisée que ceux-ci comptaient des élus issus de leurs rangs »²³. Le constat est donc simple : les femmes composent plus de la moitié de la population mais ne sont

que peu présentes au sein des organes exécutifs communaux²⁴. Or, la participation des femmes à la vie politique est un « facteur d'amélioration de la condition féminine de manière générale »²⁵.

Malgré ce constat, l'ordonnance bruxelloise autorise de nombreuses dérogations au principe qu'elle proclame.

Concernant le principe, d'abord : contrairement au décret du 7 septembre 2017, l'ordonnance va jusqu'à prévoir la *parité* au sein des collèges communaux. En effet, l'article 15 de la Nouvelle Loi Communale tel que modifié par l'ordonnance du 1^{er} mars 2018, dispose, en son paragraphe premier, que pour être recevables, les actes de candidature aux postes d'échevins communaux²⁶ devront respecter les règles de parité²⁷ prévues à l'article 16 de cette même loi.

L'article 16 de la Nouvelle Loi Communale, tel que modifié par la même ordonnance, établit en ce sens une liste de quotas à respecter en fonction du nombre d'habitants des communes. Ainsi, il dispose qu'il y aura :

- 6 échevins, dont 3 femmes et 3 hommes, dans les communes de 20.000 à 29.999 habitants ;
- 7 échevins, dont au moins 3 échevins d'un sexe différent des autres, dans celles de 30.000 à 49.999 habitants ;
- 8 échevins, dont 4 femmes et 4 hommes, dans celles de 50.000 à 99.999 habitants ;
- 9 échevins, dont au moins 4 échevins d'un sexe différent des autres, dans celles de 100.000 à 199.999 habitants ;
- 10 échevins, dont 5 femmes et 5 hommes, dans celles de 200.000 habitants et plus.

Le deuxième paragraphe de l'article 16 énonce ensuite qu'« il ne peut être dérogé au § 1^{er} que si un tiers des membres du collège des bourgmestre et échevins sont au minimum de sexe différent des

²⁰ Doc., Parl. w., sess. extr. 2014, 22, n° 1, p. 2.

²¹ À propos du pacte de majorité, voy. B. LOMBAERT et V. RIGODANZO, « Les pactes de majorité, l'élection "directe" du bourgmestre et les incompatibilités », in X., *Droit de la démocratie provinciale et communale : la désignation et la responsabilité des mandataires*, Presses Universitaires de Namur, Namur, 2006, pp. 25-64.

²² Art. 4 du décret wallon du 7 septembre 2017 portant modification du Code de la démocratie locale et de la décentralisation afin de garantir une présence équilibrée de femmes et d'hommes au sein des collèges communaux et provinciaux de Wallonie.

²³ Proposition d'ordonnance modifiant la Nouvelle Loi Communale afin d'assurer une présence équilibrée de femmes et d'hommes au sein des collèges communaux, Doc., Parl. Rég. Brux.-Cap., sess. 2014-2015, n° A-92/1, p. 1.

²⁴ Ainsi peut-on lire dans l'exposé des motifs de l'ordonnance : « Force est de constater que l'impact de cette disposition sur la vie politique locale s'avère limité. Ainsi, si le nombre de conseillères communales en Région bruxelloise progresse sans cesse de scrutin en scrutin (38 % en 2000, 40 % en 2006 et 42,8 % en 2012), le nombre de mandataires exécutives reste faible, et régresse même dans certaines localités. Les exécutifs communaux issus des élections de 2012 ne comptent en effet que 38 % de femmes. Deux communes réussissant d'ailleurs la prouesse de ne compter qu'une seule échevine au sein de leur collège, soit, respectivement, une proportion de 10 % et de moins de 15 % de femmes. La proportion de femmes bourgmestres est encore plus faible, puisque l'on n'en compte qu'une sur 19 (au lieu de trois sous la législation précédente) », Doc., Parl. Rég. Brux.-Cap., sess. 2014-2015, n° A-92/1, p. 2.

²⁵ Doc., Parl. Rég. Brux.-Cap., sess. 2014-2015, n° A-92/1, p. 2.

²⁶ Les échevins communaux sont en effet élus par le conseil en son sein et sont pour ce faire présentés par au moins la majorité des élus de la liste sur laquelle l'échevin en question s'est présenté et par au moins la majorité des élus du conseil, conformément au prescrit de l'article 15 de la Nouvelle Loi Communale. Voy. concernant les modes de désignation des organes communaux B. LOMBAERT et V. RIGODANZO, « Les modes de désignations des organes communaux et provinciaux », *Rev. dr. commun.*, 2007, liv. 2-3, pp. 4-16.

²⁷ En lisant l'article 16 de la Nouvelle Loi Communale, on comprendra qu'il s'agit en réalité d'une conception très large de la parité.

autres »²⁸. Afin d'atteindre cet objectif, la Nouvelle Loi Communale prévoit de pouvoir « exceptionnellement » faire usage de deux possibilités. Premièrement, le président du CPAS peut être comptabilisé dans le calcul du nombre de membres du collège des bourgmestre et échevins²⁹. Deuxièmement, l'échevin premier élu parmi ceux de qui l'appartenance linguistique est minoritaire au sein du collège des bourgmestre et échevins, permettant l'application de l'article 279 de la Nouvelle Loi Communale et de l'article 46bis de la loi spéciale du 12 janvier 1989 relative aux Institutions bruxelloises, peut ne pas être comptabilisé dans le calcul du nombre de membres du collège communal.

Enfin, en vertu du troisième paragraphe de l'article 16 de la Nouvelle Loi Communale, il peut être dérogé aux précédents paragraphes si l'ensemble des listes formant la majorité ne comprend pas le nombre d'élus permettant de rencontrer les chiffres qui y sont prévus. Dans ce cas, « l'ensemble des élus du sexe qui est minoritaire et qui figurent sur les listes formant la majorité sont présentés comme candidats aux postes d'échevin ou de bourgmestre et/ou sont signalés comme candidat président de CPAS ».

Le dernier paragraphe de l'article 16 de la Nouvelle Loi Communale vise le cas du remplacement d'un échevin³⁰. Il y est écrit que le candidat présenté pour remplacer cet échevin ne pourra être de sexe différent de celui-ci, sauf dans les cas suivants :

- si les conditions visées au § 2 sont respectées ;
- s'il s'agit, au moment de la présentation, du seul échevin provenant d'une liste ;
- si, au moment de la présentation, aucun élu de la même appartenance linguistique issu de sa liste et non visé par les incompatibilités visées à l'article 72 n'appartient au même sexe que lui ;
- dans le cas visé à l'article 17 ;
- si le candidat de sexe minoritaire visé au § 3 n'a pas été élu par le conseil communal conformément à l'article 15.

²⁸ En vertu de l'alinéa 3 du deuxième paragraphe de cet article, pour l'application du pourcentage visé à l'alinéa 1^{er}, tout nombre décimal est arrondi à l'unité supérieure si le nombre décimal est supérieur à cinq.

²⁹ S'il est fait usage de la possibilité prévue à l'alinéa 2, 1^{er} tiret, du présent paragraphe, une déclaration signée par la majorité des élus du conseil signalant le candidat qui sera proposé à la présidence du CPAS est jointe aux actes de présentation visés à l'article 15, § 1^{er}, et à l'article 18bis.

³⁰ En vertu de l'article 15, § 1^{er}, al. 4, ou 18 de la Nouvelle Loi Communale.

C. L'AVIS DE LA SECTION DE LÉGISLATION DU CONSEIL D'ÉTAT SUR L'ORDONNANCE BRUXELLOISE DU 1^{ER} MARS 2018

Dans son avis rendu sur la proposition ayant conduit à l'ordonnance du 1^{er} mars 2018, la Section de législation du Conseil d'État fait tout d'abord référence à l'article 11bis de la Constitution, en ce que son troisième alinéa dispose déjà que le législateur doit organiser la présence de personnes de sexe différent au sein des collèges communaux. S'appuyant sur les travaux préparatoires de cet article, le Conseil d'État considère à ce propos que, le Constituant ne prévoyant qu'une exigence minimale d'un membre de sexe différent, rien n'empêche le législateur d'aller plus loin en adoptant une mesure imposant une représentation plus élevée des femmes en politique. Dans ce cas, cette mesure s'inscrit dans le cadre de l'alinéa 1^{er} de l'article 11bis de la Constitution³¹ et doit, toujours selon la Section de législation du Conseil d'État, satisfaire aux conditions d'une action positive.

La Section de législation rappelle alors les conditions à remplir pour adopter une mesure d'action positive, se basant, pour ce faire, sur la jurisprudence de la Cour constitutionnelle³². Ces conditions sont au nombre de quatre :

- (a) « Il doit exister une inégalité manifeste ;
- (b) La disparition de cette inégalité doit être désignée comme objectif à promouvoir ;
- (c) La mesure d'action positive doit être de nature temporaire, étant de nature à disparaître dès que l'objectif visé est atteint ;
- (d) La mesure d'action positive ne doit pas restreindre inutilement les droits d'autrui »³³.

Observant qu'actuellement, tel qu'exposé dans les motifs de la proposition d'ordonnance, deux communes de la Région de Bruxelles-Capitale ne comptent qu'une seule échevine au sein de leur collège, soit respectivement une proportion de 10 % et de 15 % de femmes, et que la proportion de l'attribution de la fonction de bourgmestre à des personnes de sexe féminin est encore plus faible, puisqu'on n'en compte qu'une sur 19 (au lieu de trois sous la législature précédente)³⁴, la Section de législation du Conseil d'État estime que la pre-

³¹ Selon lequel « la loi, le décret et la règle visée à l'article 134 [...] favorisent notamment leur égal accès aux mandats électifs et publics ».

³² Qui elle-même se base sur la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne. Voy. notamment C.J.U.E., n° C-450/93, du 17 octobre 1995, *Eckhard Kalanke et Freie Hansestadt Bremen* ; C.J.U.E., n° C-92/97, du 11 novembre 1997, *Hellmut marschall et Land Nordrhein-Westfalen* ; C.J.U.E., n° C-408/98, du 6 juillet 2000, *Katarina Abrahamsson, Leif Anderson et Elisabet Fogelqvist*.

³³ C. const., arrêt n° 9/94 du 27 janvier 1994, B.6.2., *J.L.M.B.*, 1994, p. 1382, note B. RENAULT. Voy., plus récemment, C. const., arrêt n° 145/2015 du 22 octobre 2015, pts B.8 à 11.

³⁴ Doc., Parl. Rég. Brux.-Cap., sess. 2014-2015, n° A-92/1, p. 2.

mière condition s'avère remplie. Elle précise à ce sujet qu'« il n'est en effet pas requis que la disproportion à laquelle le législateur entend remédier soit concomitamment présente dans l'intégralité ou la majorité des dix-neuf collèges des bourgmestre et échevins de la Région de Bruxelles-Capitale »³⁵. En outre, est donc sous-entendu le fait que les travaux préparatoires indiquent bien que l'objectif de la mesure est la résolution de cette inégalité.

Concernant la troisième condition, la Section de législation énonce qu'« une évaluation devra, à des intervalles réguliers, être effectuée afin de permettre au législateur de vérifier si, avec l'écoulement du temps, le dispositif, une fois entré en vigueur, s'avère encore nécessaire et mérite d'être maintenu comme tel »³⁶. Aucune mesure d'évaluation n'a été insérée dans le texte de l'ordonnance³⁷.

Enfin, le troisième paragraphe du nouvel article 16 de la Nouvelle Loi Communale semblait initialement *imposer* aux élus au conseil communal d'accepter d'être présentés en vue de leur désignation au poste d'échevin. La Section de législation a alors relevé que ce paragraphe imposait en fait une obligation de présentation des élus du sexe minoritaire. Or, au nom de leur liberté individuelle, il devait être prévu dans le texte que les candidats pouvaient être présentés *s'ils* avaient marqué leur accord à ce sujet. Cette dimension fut intégrée à l'article 15 de la Nouvelle Loi Communale, en tant que condition de recevabilité des actes de candidatures.

II. ANALYSE CRITIQUE DE L'AVIS DU CONSEIL D'ÉTAT QUANT AU RESPECT DU PRESCRIT CONSTITUTIONNEL DE L'ARTICLE 11BIS ET DES CONDITIONS CLASSIQUES IMPOSÉES AUX ACTIONS POSITIVES

Le Conseil d'État semble exiger que les mesures d'action positive adoptées sur la base de l'article 11bis respectent les conditions classiquement imposées à toute mesure d'action positive quelconque. Cependant, tout en se montrant *a priori* oublieux de certaines implications du prescrit du troisième alinéa de l'article 11bis de la Constitution (A.), le Conseil d'État effectue une évaluation quelque peu superficielle du respect

de ces conditions par l'ordonnance bruxelloise du 1^{er} mars 2018 (B.).

A. L'ACTION POSITIVE DÉJÀ CONTENUE DANS L'ARTICLE 11BIS DE LA CONSTITUTION

Comme déjà évoqué, l'article 11bis lui-même contient une mesure d'action positive, en ce qu'il impose minimalement la mixité des exécutifs (fédéral, communautaires, régionaux et locaux) qu'il vise³⁸.

Le Conseil d'État a étonnement omis d'évaluer les conséquences que pourrait avoir l'application de la dérogation contenue au troisième paragraphe de l'article 16 de la Nouvelle Loi Communale, par rapport au troisième alinéa de l'article 11bis de la Constitution. Le troisième paragraphe de l'article 16 de la Nouvelle Loi Communale énonce en effet qu'il pourra être dérogé aux précédents paragraphes (ceux imposant des quotas) si l'ensemble des listes formant la majorité ne comprend pas le nombre d'élus permettant de rencontrer les chiffres qui y sont prévus. Il établit que dans ce cas « l'ensemble des élus du sexe qui est minoritaire et qui figurent sur les listes formant la majorité s(er)ont présentés comme candidats aux postes d'échevin ou de bourgmestre et/ou s(er)ont signalés comme candidat président de CPAS ». *Quid* cependant si aucune femme n'est élue au conseil communal ? Le respect du quota minimal visé au troisième alinéa de l'article 11bis pourrait être menacé.

En réalité, l'article 1^{er} de l'ordonnance du 1^{er} mars 2018 a supprimé l'alinéa 6 du 1^{er} paragraphe de l'article 15 de la Nouvelle Loi Communale qui imposait la présence d'au moins un homme et une femme au sein des collèges des bourgmestre et échevins bruxellois, puisque les députés sont partis du principe que l'ordonnance prévoyait « des règles garantissant une présence plus équilibrée des femmes et des hommes au sein des exécutifs communaux »³⁹. Le relevé d'une

³⁵ Avis de la SLCE, du 28 novembre 2017, n° 62.346/AG, *Doc.*, Parl. Rég. Brux.-Cap., sess. 2014-2015, n° A-92/2, p. 30.

³⁶ *Ibid.*

³⁷ Il en va de même concernant le décret wallon, qui n'a pas fait l'objet d'un avis de la Section de législation du Conseil d'État.

³⁸ En 2002, Isabelle Hachez et Sébastien van Drooghenbroeck avait déjà souligné « la relative aberration logique » en présence. En effet, la Constitution ne peut être révisée que par une procédure lourde, peu flexible. « Or, dans le cas de l'article 11bis, les discriminations positives sont imposées, le cas échéant, en termes de résultats, par une norme constitutionnelle », voy. S. VAN DROOGHENBROECK et I. HACHEZ, « L'introduction de l'égalité entre les hommes et les femmes dans la Constitution », *op. cit.*, p. 160. Le caractère durable de la mesure avait d'ailleurs été souligné au cours des travaux préparatoires : « Certains membres ont estimé que le texte était minimaliste, en ce qu'il ne prévoit pas la parité dans les exécutifs ou, à tout le moins, de quotas à respecter. Elle vient de s'exprimer sur la problématique des quotas, qui n'ont pas leur place dans la Constitution. On peut éprouver une même réticence à y inscrire la parité, c'est-à-dire à organiser de *manière durable* une distinction sur la base du sexe. Le choix opéré par le Conseil des ministres impose l'installation d'exécutifs mixtes. Le signal politique est clair, même s'il ne fait pas expressément référence à une norme », *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. 2001-2002, n° 1140/2, p. 21.

³⁹ *Doc.*, Parl. w., sess. 2014-2015, A-92/2, p. 23.

potentielle tension entre la Nouvelle Loi Communale et l'article 11*bis* de la Constitution n'a donc malheureusement pas été décelé par la Section de législation du Conseil d'État.

Elle avait pourtant déjà relevé semblable problème dans son avis antérieur, daté du 20 juin 2006 et donné sur la proposition d'ordonnance modifiant la Nouvelle Loi Communale pour imposer, notamment, la mixité au sein des collèges des Bourgmestre et échevins⁴⁰. Selon cet avis du 20 juin 2006 en effet :

« Le paragraphe 3 (de l'article 16 de la Nouvelle Loi Communale) requiert que le collège des bourgmestre et échevins soit composé de personnes de sexe différent. Au cours des travaux parlementaires relatifs à l'article 11*bis* de la Constitution, le problème de la composition du collège [échevinal] lorsque le conseil communal est exclusivement composé de personnes du même sexe a été évoqué. Le ministre compétent a alors déclaré qu'il appartiendra à la loi – et dès lors maintenant au décret – de régler cette situation⁴¹. L'article (en question) ne règle cependant pas la question et doit être complété, par exemple en prévoyant la désignation d'échevins en dehors du conseil communal »⁴².

À cette observation, Rudi Vervoort avait répondu que « la section de législation soulève une hypothèse qui tient pratiquement de l'impossible. En effet, les résultats électoraux depuis plusieurs dizaines d'années montrent bel et bien que plusieurs hommes et que plusieurs femmes ont été élus dans tous les conseils communaux d'une part et l'instauration par l'ordonnance du 17 février 2005 d'une présence égale des hommes et des femmes sur les listes de candidatures communales en Région bruxelloise, achève de convaincre de cette impossibilité, d'autre part »⁴³. C'est oublier la finalité du droit, qui n'est pas là pour décrire la réalité (dimension « instituée »). La finalité du droit est de prescrire un résultat (dimension « instituante »), qu'il est, peut-être, heureux de déjà rencontrer.

Il ne pourrait en outre être reproché à cette exigence de « repêchage » d'une femme en dehors du conseil communal d'entrer en contradiction avec

la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne⁴⁴ ou la jurisprudence internationale⁴⁵, ce qui renforce encore l'importance de veiller à son insertion dans les différentes législations électorales⁴⁶.

B. LES ACTIONS POSITIVES ADOPTÉES SUR LA BASE DE L'ARTICLE 11BIS DE LA CONSTITUTION

Bien qu'il semble imposer que le prescrit de l'ordonnance du 1^{er} mars 2018 respecte les condi-

⁴⁴ La Cour de justice de l'Union européenne interdit les quotas dits « rigides » en matière d'emploi. Elle a considéré qu'une action positive visant à promouvoir « prioritairement les candidats féminins dans les secteurs de la fonction publique où les femmes sont sous-représentées doit être considérée comme étant compatible avec le droit communautaire : lorsqu'elle n'accorde pas de manière automatique et inconditionnelle la priorité aux candidats féminins ayant une qualification égale à celle de leurs concurrents masculins et lorsque les candidatures font l'objet d'une appréciation objective qui tient compte des situations particulières d'ordre personnel de tous les candidats » (C.J.C.E., n° C-158/97, du 28 mars 2000, *Georg Badeck e.a.*, considérant 23). Qu'une femme puisse être désignée comme échevine, alors qu'elle n'a même pas été élue semble relever d'un système favorisant de manière trop automatique les candidats féminins en politique, à tel point que la proportionnalité de la mesure pourrait en être impactée. Cependant, il est très douteux, voire improbable, que la Cour de Justice puisse transposer son raisonnement aux dispositions ici étudiées. Premièrement, il n'est pas certain que le droit de l'Union leur soit applicable : les mandats exécutifs sont en effet exclus du champ d'application de la directive 94/80/CE du Conseil du 19 décembre 1994 fixant les modalités de l'exercice du droit de vote et d'éligibilité aux élections municipales pour les citoyens de l'Union résidant dans un État membre dont ils n'ont pas la nationalité (J.O.U.E., L 368/38, 31 décembre 1994). Il manque donc un point de contact entre ces dispositions et le droit européen, point de contact pourtant nécessaire à l'application de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, conformément à son article 51. Deuxièmement, il serait difficile pour la Cour de censurer ces dispositions, car l'article 4, § 2 du Traité sur l'Union européenne dispose que l'Union respecte l'identité nationale des États, « inhérente à leurs structures fondamentales politiques et constitutionnelles, y compris en ce qui concerne l'autonomie locale et régionale ». La parité en politique pourrait être considérée comme une valeur fondamentale, constituant l'identité de l'État belge. Ainsi, dans les travaux préparatoires de l'article 11*bis* de la Constitution, peut-on lire que « la consécration au niveau constitutionnel du droit à l'égalité des femmes et des hommes joue également un rôle de signal et démontre que le droit à l'égalité est essentiel dans l'ordre juridique belge » (*Doc. parl.*, Sénat, sess. 2000-2001, n° 465-4, p. 12). Voy. pour une appréciation du terme « valeur fondamentale », J. VAN MEERBEECK, S. VAN DROOGHENBROECK, M. EL BERHOUMI, C. RIZCALLAH, L. DETROUX, J. CLARENNE, P. DE BROUX, H. LEROUXEL, Y. MOSSOUX, C. NENNEN, N. TULKENS et D. VAN ECKHOUTTE, « La Cour constitutionnelle face au Pacte budgétaire européen : un arrêt sans intérêt ? », *J.T.*, 2017/29, pp. 565-582.

⁴⁵ Au niveau du droit international, mention peut être faite des constatations du 7 juillet 2004 adoptées par le Comité des droits de l'homme au titre du paragraphe 4 de l'article 5 du Protocole facultatif se rapportant au Pacte international relatif aux droits civils et politiques, présentées par G. Jacobs. Dans une opinion concordante, Mme Ruth Wedgwood, membre du comité, a considéré que « le comité n'a[vait] fait que décider que la Belgique est libre de choisir sa propre méthode pour assurer la participation équitable des femmes et des hommes aux pouvoirs publics ».

⁴⁶ Dans l'avis n° 49.473/AG du 26 avril 2011, la SLCE n'avait pas omis de mentionner la jurisprudence de la C.J.U.E., (*Doc. parl.*, Ch. repr., sess. 2010-211, n° 53-211/007, pp. 10 et s.) ; voy. également SLCE, avis n° 53.207/4 du 8 mai 2013 (*Doc.*, Parl. w., sess. 2013-2014, n° 904/1, p. 11) et SLCE, avis n° 53.299/4 du 29 mai 2013 (*Doc.*, Parl. w., sess. 2013-2014, n° 905/1, p. 11). Ces avis portent tous trois sur la présence de femmes au sein des conseils d'administrations de différents types d'entreprises ou d'organismes. La jurisprudence de la Cour doit ici clairement être respectée puisque l'Union européenne a adopté la directive 2006/54/CE du Parlement européen et du Conseil du 5 juillet 2006 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité des chances et de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière d'emploi et de travail (refonte). Concernant l'approche de l'égalité hommes-femmes par la Cour de Justice de l'Union européenne, voy. E. D'URSEL, « Hommes et femmes : vers une égalité substantielle en droit européen ? », *J.D.E.*, 2015, pp. 226 et s.

⁴⁰ Avis de la SLCE, du 20 juin 2006, n° 40.684/VR, *Doc.*, Parl. Rég. Brux.-Cap., sess. 2005-2006, n° A-244/2 p. 11.

⁴¹ *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. 2001-2002, n° 1140/2, pp. 19 et 23.

⁴² Le Conseil d'État appliquait par analogie le même raisonnement que celui adopté le 7 juillet 2003, dans son avis 34.480/3 (relatif à la première version du décret communal flamand), p. 29 : « Volgens paragraaf 3 dient het college van burgemeester en schepenen te bestaan uit personen van verschillend geslacht. Tijdens de parlementaire voorbereiding van artikel 11bis van de Grondwet werd het probleem behandeld van de samenstelling van het schepencollege wanneer de gemeenteraad alleen personen van hetzelfde geslacht telt. De bevoegde minister verklaarde toen dat de wet – en thans dus het decreet – deze situatie moet regelen [...] ».

⁴³ *Doc.*, Parl. Rég. Brux.-Cap., sess. 2005-2006, n° A-244/3 p. 5.

tions classiquement appliquées aux actions positives, le Conseil d'État se satisfait en réalité d'un respect quelque peu superficiel de ces conditions. Cela traduit-il une volonté d'assouplir ces exigences ? Reprenons ces conditions dans l'ordre.

a) Une mesure dont l'objectif est de résoudre une inégalité manifeste

Premièrement, dans le cadre de l'ordonnance du 1^{er} mars 2018, le caractère manifeste de l'inégalité combattue peut être critiqué. Les deux éléments chiffrés sur lesquels se base la Section de législation du Conseil d'État, à savoir que deux communes de la Région de Bruxelles-Capitale ne comptent qu'une seule échevine au sein de leur collège et que, sur les 19 bourgmestres des communes bruxelloises seulement un est une femme, traduisent-ils réellement une inégalité *manifeste* ? Le Conseil d'État omet en effet de mentionner qu'en 2012, selon les travaux préparatoires, les femmes composaient déjà 38 % des exécutifs communaux bruxellois⁴⁷. Bien qu'il considère, à juste titre selon nous, que l'inégalité ne doit pas être présente dans la totalité, ni même dans la majorité des collèges communaux bruxellois, pourrait-on raisonnablement considérer qu'il existe une inégalité *manifeste*, lorsque seules deux communes bruxelloises connaissent le phénomène mentionné et que les femmes composent plus d'un tiers des collèges bruxellois en moyenne ? Afin d'asseoir ce caractère manifeste de l'inégalité constatée, il aurait été préférable d'aller plus loin dans son appréciation.

Deuxièmement, quand bien même une inégalité manifeste serait constatée, n'est-il pas exigé, dans le cadre des actions positives, que la mesure d'action positive adoptée tente autant que faire se peut de résoudre celle-ci ?

Interprétées de manière stricte, les conditions appliquées aux actions positives imposent uniquement que la disparation de l'inégalité soit *désignée* comme objectif à promouvoir. Il ne semble pas exigé que la mesure permette réellement de combattre cette inégalité. Cependant, on ne pourrait raisonnablement s'accommoder de cette interpré-

tation stricte, qui permettrait de faire une entorse, à notre sens trop importante, au principe d'égalité et de non-discrimination.

Les mesures adoptées semblent finalement peu adéquates à l'objectif poursuivi.

À ce propos, la parité de principe présentée au premier paragraphe de l'article 16 et annoncée à l'article 15 de la Nouvelle Loi Communale se voit complétée par une série de dérogations complexes qui permettent finalement de remettre sérieusement en doute l'effectivité d'une mesure qui avait pourtant pour objectif d'améliorer la représentativité des femmes au sein des collèges des Bourgmestre et échevins bruxellois. Il ne peut donc être affirmé que ces nouvelles dispositions permettent réellement de corriger l'inégalité constatée, voire même de l'atténuer.

En effet, les quotas énoncés au premier paragraphe du nouvel article 16 de la Nouvelle Loi Communale ne prennent pas en compte la présence du bourgmestre et de l'échevin surnuméraire désigné en vertu de l'article 279 de la Nouvelle Loi Communale⁴⁸ au sein des collèges⁴⁹. En outre, le deuxième paragraphe précise qu'il pourra être dérogé au premier « si un tiers des membres du collège des bourgmestre et échevins sont au minimum de sexe différent des autres »⁵⁰. Enfin, il permet, afin d'atteindre cet objectif, que le président du CPAS puisse « exceptionnellement »⁵¹ être pris en compte⁵² et autorise que ne soit pas pris en compte l'échevin premier élu parmi ceux de qui l'appartenance linguistique est minoritaire au sein du collège des bourgmestre et échevins⁵³.

⁴⁸ Cet article dispose : « Dans les communes de la Région de Bruxelles-Capitale, lorsqu'un ou plusieurs échevins d'appartenance linguistique néerlandaise et un ou plusieurs échevins d'appartenance linguistique française ont été élus, le conseil communal peut décider d'augmenter d'une unité le nombre d'échevins fixé par l'article 16. De même, lorsque le nombre d'échevins en fonction correspond à celui fixé par l'article 16, et qu'aucun de ces échevins n'est d'appartenance linguistique, soit néerlandaise, soit française, le conseil communal peut décider de procéder à l'élection d'un échevin supplémentaire d'appartenance linguistique néerlandaise dans le premier cas ou française dans le second ».

⁴⁹ C'est ce qu'avait déjà relevé H. DASNOY dans son article nommé « Vers la parité au sein des collèges des bourgmestre et échevins ? », *Trait d'Union*, n° 106, 2018, pp. 8-11. Si nous prenons l'exemple de la commune de Saint-Josse-Ten-Noode, qui comptait 27.115 habitants en 2017, cela signifierait que le collège communal doit compter 3 femmes et 3 hommes au poste d'échevin. Le bourgmestre pourrait quant à lui appartenir au sexe masculin, tout comme l'échevin surnuméraire. Par conséquent, sur 8 membres, le collège de Saint-Josse pourrait être composé de 3 femmes et de 5 hommes. La population est estimée sur la base du résultat d'une étude d'IBSA datant du mois d'avril 2018, disponible sur http://ibsa.brussels/fichiers/publications/bru19/ibsa_cc_Uccle.pdf, consulté le 12 mai 2018.

⁵⁰ En vertu de l'alinéa 3 du deuxième paragraphe de cet article, pour l'application du pourcentage visé à l'alinéa 1er, tout nombre décimal est arrondi à l'unité supérieure si le nombre décimal est supérieur à cinq.

⁵¹ Rien n'indique clairement ce que ce terme signifie.

⁵² S'il est fait usage de la possibilité prévue à l'alinéa 2, 1^{er} tiret, du présent paragraphe, une déclaration signée par la majorité des élus du conseil signalant le candidat qui sera proposé à la présidence du CPAS est jointe aux actes de présentation visés à l'article 15, § 1^{er}, et à l'article 18bis.

⁵³ Permettant l'application de l'article 279 de la Nouvelle Loi Communale et de l'article 46bis de la loi spéciale du 12 janvier 1989 relative aux Institutions bruxelloises.

⁴⁷ Proposition d'ordonnance modifiant la Nouvelle Loi Communale afin d'assurer une présence équilibrée de femmes et d'hommes au sein des collèges communaux, *Doc.*, Parl. Rég. Brux.-Cap., sess. 2014-2015, n° A-92/1, p. 1 : « si le nombre de conseillères communales en Région bruxelloise progresse sans cesse de scrutin en scrutin (38 % en 2000, 40 % en 2006 et 42,8 % en 2012), le nombre de mandataires exécutives reste faible, et régresse même dans certaines localités. Les exécutifs communaux issus des élections de 2012 ne comptent en effet que 38 % de femmes. Deux communes réussissant d'ailleurs la prouesse de ne compter qu'une seule échevine au sein de leur collège, soit, respectivement, une proportion de 10 % et de moins de 15 % de femmes. La proportion de femmes bourgmestres est encore plus faible, puisque l'on n'en compte qu'une sur 19 (au lieu de trois sous la législation précédente) ».

Revient ainsi l'idée initiale du quota d'un tiers de femmes au sein des collèges communaux bruxellois, encore assouplie par l'existence des deux possibilités offertes par la disposition elle-même et permettant de moduler le calcul du nombre des membres des collèges, que rien n'exclut en outre de cumuler⁵⁴. Il n'existe d'ailleurs aucune condition pour faire usage de cette dérogation, si bien que c'est davantage ce que prévoit ce deuxième paragraphe qui est réellement imposé par le législateur. Le premier paragraphe s'apparente quant à lui bien davantage à du *soft law*.

Le troisième paragraphe de l'article 16 de la Nouvelle Loi Communale énonce finalement qu'il pourra être dérogé aux précédents paragraphes si l'ensemble des listes formant la majorité ne comprend pas le nombre d'élus permettant de rencontrer les chiffres qui y sont prévus. L'ensemble des élus du sexe qui est minoritaire et qui figurent sur les listes formant la majorité peuvent alors être présentés comme candidats aux postes d'échevin ou de bourgmestre et/ou sont signalés comme candidat président de CPAS.

Le quota de femmes présentes au sein des collèges pourra en outre être diminué lorsqu'un échevin ne peut être remplacé que par un homme⁵⁵.

Enfin, bien qu'empêchant en principe qu'une femme se retrouve seule échevine⁵⁶ au sein d'un collège, la mesure telle qu'adoptée n'a aucune influence sur le sexe du Bourgmestre.

Par conséquent, non seulement l'appréciation du caractère manifeste de l'inégalité peut être considérée comme légère, mais il semble également que l'action positive entreprise ne permette pas de résoudre celle-ci avec toute l'efficacité voulue. Pourquoi le Conseil d'État ne l'a-t-il pas relevé ? Il pourrait être postulé que si le Conseil d'État n'effectue pas une évaluation aussi profonde du caractère manifeste de l'inégalité consta-

tée et de la capacité de la disposition analysée à la corriger, c'est parce que le Constituant a déjà lui-même présumé, à travers l'expression d'une préférence abstraite, que cette inégalité était une réalité problématique et à corriger constamment.

b) Une mesure temporaire

Concernant la nécessité de prévoir des mesures d'action positive temporaires et évaluées régulièrement afin de déterminer à quel moment celles-ci doivent cesser de produire leurs effets, force est de constater un certain assouplissement, à notre sens positif, de la position de la Section de législation du Conseil d'État.

Initialement en effet, il était exigé que la mesure d'action positive comprenne, *dans le texte*, l'obligation d'être évaluée, à intervalles réguliers, afin d'apprécier la nécessité de son maintien⁵⁷.

Dans un avis de 2013 concernant la présence équilibrée d'hommes et de femmes au sein des conseils d'administration des entreprises publiques, la Section de législation du Conseil d'État ne semble plus l'exiger lorsqu'elle constate ce qui suit :

« L'article 6 de la proposition ne prévoit aucune limite d'application de la règle du quota dans le temps. Il va de soi qu'un tel dispositif n'aura plus lieu de sortir des effets dès lors que le quota du tiers est atteint. Cependant, afin de permettre au législateur d'en apprécier l'impact, *la question se pose de savoir si le dispositif ne gagnerait pas à être complété de mesures d'évaluation* »⁵⁸.

⁵⁴ Si nous prenons l'exemple de la commune d'Uccle, comprenant 82.307 habitants en 2018. En application du premier paragraphe de l'article 16, le collège communal devrait comprendre 8 échevins, parmi lesquels devraient figurer 4 femmes et 4 hommes. En application du deuxième paragraphe de l'article 16, il pourrait cependant n'y avoir que 2 échevins de sexe féminin. En effet, ce deuxième paragraphe permet qu'il n'y ait que 3 personnes de sexe minoritaire au sein du collège et afin, d'atteindre ce quota, il permet « exceptionnellement » de comptabiliser la présidente du CPAS. Ainsi, le collège communal ucclois pourrait être composé de 10 membres, à savoir un bourgmestre de sexe masculin et une présidente du CPAS et 8 échevins dont 2 seulement pourraient être des femmes. Bien que le collège ne compterait que deux échevins, le quota du tiers serait ainsi atteint puisque sur 10 membres, seraient des femmes. La population est estimée sur la base du résultat d'une étude d'IBSA datant du mois d'avril 2018, disponible sur http://ibsa.brussels/fichiers/publications/bru19/ibsa_cc_Uccle.pdf, consulté le 12 mai 2018. Dans le cas de la commune de Saint-Josse, nous pourrions également nous retrouver avec deux membres de sexe féminin pour un collège composé *en réalité* de 8 membres, dans l'hypothèse où l'échevin surnuméraire n'a pas été comptabilisé dans le calcul à réaliser pour atteindre le quota.

⁵⁵ Art. 16, dernier §, de la Nouvelle Loi Communale.

⁵⁶ Bien que le troisième paragraphe de l'article 16 n'exclue pas cette éventualité, nous le rappelons.

⁵⁷ Voy. C. const., n° 145/2015 du 22 octobre 2015, B.10.2, al. 2, et B.20, al. 2. Voir également, par analogie, l'article 6 de la loi du 18 juillet 2002 assurant une présence égale des hommes et des femmes sur les listes de candidatures aux élections des Chambres législatives fédérales et du Conseil de la Communauté germanophone, ainsi que l'article 4 de la loi du 17 juin 2002 assurant une présence égale des hommes et des femmes sur les listes de candidats aux élections du Parlement européen ; voy. également SLCE, avis n° 27.394/2 du 30 mars 1998, *Doc.*, Parl. Comm. fr., sess. 1997-1998, n° 235/1, p. 57. Dans cet avis, la Section de législation mentionnait seulement que le fait que « l'ensemble des actions de discrimination positive » serait évalué tous les trois ans « par le biais de recherches en éducation » et que « la Commission (des discriminations positives) apport[er]ait son concours à ces travaux de recherches » était insuffisant. En effet, selon la Section de législation, « s'agissant d'un élément fondamental d'une législation de discrimination positive, cette seule disposition, qui ne fait l'objet d'aucun commentaire dans l'exposé des motifs, ne peut satisfaire au prescrit de l'article 24, § 5, de la Constitution ». Elle précise ensuite qu'il « appartient, en effet, au législateur de définir avec précision cette évaluation, ce qui suppose : énoncer clairement les objectifs poursuivis, élaborer des instruments de mesure, désigner les personnes ou organes chargés de l'évaluation... ». Notons, cependant, que ce raisonnement découlait *probablement* du principe de légalité en matière d'enseignement.

⁵⁸ Avis de la SLCE, du 29 mai 2013, n° 53.297/4, *Doc.*, Parl. w., sess. 2013-2014, n°905/1, p. 13. La même recommandation a été faite concernant une proposition de loi modifiant la loi du 21 mars 1991 portant réforme de certaines entreprises publiques économiques, le Code des sociétés et la loi du 19 avril 2002 relative à la rationalisation du fonctionnement et de la gestion de la Loterie Nationale afin de garantir la présence des femmes dans le conseil d'administration des entreprises publiques autonomes et des sociétés cotées et

Dans l'avis de 2017 ci-avant étudié, la Section de législation adopte une position encore plus souple en ce qu'elle ne soulève même plus de question quant à l'inscription dans le texte des mesures d'évaluation. Tout au plus se contente-t-elle d'écrire qu'« une évaluation *devra*, à des intervalles réguliers, être effectuée afin de permettre au législateur de vérifier si, avec l'écoulement du temps, le dispositif, une fois entré en vigueur, s'avère encore nécessaire et mérite d'être maintenu comme tel »⁵⁹.

Cette exigence a donc incontestablement été progressivement assouplie.

Notons que cet assouplissement pourrait quelque peu énerver la position adoptée par la Cour constitutionnelle dans son arrêt n° 145/2015, arrêt auquel le Conseil d'État renvoie pourtant en note de bas de page. Dans cet arrêt, la Cour a considéré que l'imposition du quota de deux tiers de personnes de même sexe, dans les organes de gestion des établissements pour aînés en Région wallonne et dans les conseils d'administration des organismes privés agréés par elle, était une mesure temporaire « *puisque* l'article 11 du premier décret attaqué et l'article 10 des deux autres décrets attaqués *mett[ai]ent en place un système d'évaluation*⁶⁰ régulière de leurs effets respectifs »⁶¹.

Au surplus, ces précédents jurisprudentiels laissent apparaître le constat selon lequel une mesure chiffrée ne peut, en elle-même, être considérée comme temporaire. Une fois l'objectif chiffré atteint, la mesure continuera donc de produire ses effets jusqu'à ce qu'il soit mis fin à son maintien.

Quoi qu'il en soit, la Section de législation du Conseil d'État n'a jamais précisé la manière avec laquelle il devait être mis fin au maintien de la mesure lorsque l'inégalité combattue se voyait résolue et cette situation n'a jamais été rencontrée jusqu'à présent.

En n'imposant pas que des mesures d'évaluations soient expressément prévues dans le texte de la Nouvelle Loi Communale, la Section de législation adoucit donc sa position, ce qui, espérons-le, laisse entrevoir la possibilité d'une différence d'intensité dans l'exigence du caractère temporaire d'une action positive, selon qu'elle ait ou non pour objectif de favoriser l'égalité entre hommes et femmes.

c) Une mesure ne restreignant pas inutilement les droits d'autrui

La Section de législation du Conseil d'État n'aborde l'interdiction de restreindre inutilement les droits d'autrui qu'en insistant sur la nécessité de prévoir que les candidats présentés pour atteindre le quota imposé en vertu du troisième paragraphe de l'article 16 de la Nouvelle Loi Communale, marquent leur accord concernant cette présentation, au nom de leur liberté individuelle⁶². La liberté individuelle étant un droit fondamental consacré par la Constitution, en son article 12, l'exigence de mixité au sein des collèges communaux ne devrait en effet pas l'emporter. Ceci n'appelle pas davantage de commentaire.

III. LES EFFETS UTILES DE L'ARTICLE 11BIS DE LA CONSTITUTION

Encore que de manière insuffisamment explicite et assumée à ce stade, la position assouplie adoptée par la Section de législation du Conseil d'État nous semble pouvoir s'inscrire dans la ligne de ce que nous entendons démontrer : le potentiel de l'article 11bis de la Constitution n'est pas encore exploité de manière maximale. Les actions positives adoptées en vertu de l'article 11bis semblent toujours officiellement évaluées sur la base des conditions classiquement appliquées depuis janvier 1994 à une action positive adoptée en dehors de tout prescrit constitutionnel. En continuant de la sorte, on fait injustement fi d'un élément juridique nouveau. L'on prétend que le Constituant n'a pas, en adoptant l'article 11bis, exprimé une préférence abstraite en faveur de l'égalité entre les femmes et les hommes (A.) et à laquelle un certain poids doit être donné (B.).

A. LA PRÉFÉRENCE ABSTRAITE CONFÉRÉ À L'ÉGALITÉ ENTRE LES HOMMES ET LES FEMMES

Les travaux préparatoires afférents à la proposition de révision de la Constitution ayant mené à l'insertion de l'article 11bis sont essentiels afin de saisir l'intention du Constituant. Dans la note explicative de la proposition du gouvernement est indiqué que « la révision de la Constitution [...] vise à assurer la reconnaissance constitutionnelle du droit des femmes et des hommes à l'égalité *et à fonder les dispositions de nature à traduire l'égalité de droit en égalité de fait* »⁶³.

de la Loterie Nationale, voy. SLCE, avis n° 49.473/AG du 26 avril 2011, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. 2010-2011, n° 53-211/007, p. 8.

⁵⁹ Avis de la SLCE, du 28 novembre 2017, n° 62.346/AG, *Doc.*, Parl. Rég. Brux.-Cap., sess. 2014-2015, n° A-92/2, p. 30.

⁶⁰ Nous soulignons.

⁶¹ C. const., arrêt n° 145/2015 du 22 octobre 2015, B.10.2.

⁶² Avis de la SLCE, du 28 novembre 2017, n° 62.346/AG, *Doc.*, Parl. Rég. Brux.-Cap., sess. 2014-2015, n° A-92/2, p. 31.

⁶³ *Doc. parl.*, Sénat, sess. 2000-2001, n° 465-1, p. 2 ; souligné par nous.

La ministre Onkelinkx « confirme que la présente révision de la Constitution vise à réaliser la démocratie paritaire, cela en garantissant l'égalité des femmes et des hommes de manière expresse, en assurant la mixité dans les exécutifs et *en fondant les législations qui permettent de réaliser l'égalité de droit en égalité de fait* »⁶⁴.

Il semble que l'article 11*bis* ait bien été conçu afin de faire reposer sur l'État une obligation positive d'agir et de prendre des mesures afin d'atteindre une égalité de fait entre les hommes et les femmes. Ceci est d'ailleurs confirmé par Marc Verdussen, auditionné au Sénat dans le cadre de la révision de la Constitution, qui estime que l'article que l'on propose d'insérer dans la Constitution comporte « l'idée que le droit à l'égalité entre les femmes et les hommes n'est pas seulement un droit négatif, qui impose un devoir d'abstention à l'État ». Il ajoute que « c'est aussi un droit positif, en ce qu'il impose un devoir d'action à l'État, c'est-à-dire l'obligation de mettre en œuvre, spécialement par la voie législative, des actions positives et concrètes en faveur d'une égalité plus effective »⁶⁵. Constatant les discriminations quotidiennement subies par les femmes, y compris dans le secteur privé, il précise que les femmes « souffrent de discriminations qui sont indirectement imputables à l'État, en ce qu'elles traduisent une carence de celui-ci. D'où l'idée d'une obligation constitutionnelle pour l'État d'agir dans le but d'éviter ou de supprimer ces situations discriminantes »⁶⁶.

L'idée était donc bien de donner un fondement constitutionnel à des dispositions permettant d'atteindre une égalité de fait entre les femmes et les hommes et d'enjoindre le législateur d'adopter de telles dispositions. Ces dispositions peuvent entre autres mais pas exclusivement, prendre la forme d'actions positives⁶⁷.

Il n'a pas échappé aux parlementaires et aux ministres ayant participé à cette révision que les actions positives étaient déjà permises dans la jurisprudence. En ce sens, Mme Joke Schauvliege s'est interrogée sur l'opportunité d'insérer un tel article dans la Constitution en affirmant que les articles 10 et 11 « offrent d'ores et déjà la possibilité d'introduire des "inégalités correctrices" (il s'agit de la discrimination dite "posi-

tive") »⁶⁸. La Sénatrice de Bethune indique à ce sujet que « l'inscription de ces principes dans la Constitution constituera également une base pour l'adoption d'actions positives, donnant aux femmes discriminées la chance concrète de se remettre à niveau »⁶⁹. Dans une proposition de révision parallèle, cette sénatrice, citant les conditions appliquées aux actions positives classiques, conclut d'ailleurs que « *l'appréciation de la question de savoir si une norme légale viole le principe d'égalité dépend [...] dans une large mesure d'une série de priorités et de choix politiques et sociaux* ». Elle estime donc que l'insertion de l'article qu'elle propose, similaire à l'article 11*bis*, « en tient compte dans la mesure où il charge explicitement les autorités de réaliser l'égalité effective entre les femmes et les hommes »⁷⁰. C'est parce que le Constituant conférerait à l'égalité entre les femmes et les hommes une préférence abstraite qu'il impose cette obligation positive.

Au troisième alinéa de l'article 11*bis* de la Constitution, le Constituant fait déjà usage du premier moyen en vue de réaliser cette obligation positive : il adopte lui-même une mesure d'action positive, puisqu'il impose la présence de personnes de sexe différent au sein des exécutifs. Plusieurs députées ont cependant jugé ce troisième alinéa trop minimaliste⁷¹. La ministre Onkelinkx a répondu que les quotas, parce qu'ils avaient vocation à disparaître une fois l'objectif atteint, n'avaient pas leur place dans la Constitution et qu'on pouvait « éprouver une même réticence à y inscrire la parité, c'est-à-dire à organiser de manière durable une distinction sur la base du sexe ». Elle estime cependant qu'en choisissant d'imposer l'installation d'exécutifs mixtes, le Conseil des ministres lance un « signal politique clair, même s'il ne fait pas expressément référence à une norme »⁷². « Cela étant », est-il ajouté, « la vice-première ministre est d'accord pour dire que les présents projets de révision ne représentent qu'un cadre que les autorités politiques doivent s'employer à remplir »⁷³ rapidement en démontrant leur propre capacité à réaliser le changement

⁶⁸ Doc. parl., Ch. repr., 2001-2002, n° 1140/2, p. 13.

⁶⁹ Elle rappelle en outre que le Conseil d'État n'avait pas manqué d'insister « à plusieurs reprises sur la nécessité de donner à ces actions positives un fondement constitutionnel ». Notons cependant que le Conseil d'État, dans son avis précité de 1993, ne pouvait pas déjà savoir que les actions positives allaient être admises par la jurisprudence. En ce sens, il faut comprendre que l'adoption de l'article 11*bis* ne ferait qu'influencer positivement la proportionnalité d'une mesure imposant la mixité sur les listes électorales dont le non-respect entraînerait son irrecevabilité (Doc. parl., Sénat, sess. 2000-2001, n° 465-4, p. 9).

⁷⁰ Doc. parl., Sénat, sess. 1999-2000, n° 483-1, p. 11 ; nous soulignons.

⁷¹ Nous songeons, entre autres, aux réactions de Mme de Bethune et de Mme Magda de Meyer. Voy. Doc. parl., Ch. repr., sess. 2001-2002, n° 1140/002, pp. 10-11.

⁷² Doc. parl., Ch. repr., sess. 2001-2002, n° 1140/002, pp. 21-22.

⁷³ Nous soulignons.

⁶⁴ Doc. parl., Ch. repr., sess. 2001-2002, n° 1140/2, p. 21 ; souligné par nous.

⁶⁵ Doc. parl., Sénat, sess. 2000-2001, n° 465-4, p. 56.

⁶⁶ Ibid.

⁶⁷ Mme Onkelinkx dit d'ailleurs qu'« il ne s'agit pas de fonder une société basée sur des quotas de "moitié-moitié", mais bien d'agir en faveur d'une société où les citoyens sont égaux, quelle que soit leur appartenance à un sexe. Dans cette perspective, l'adoption de quotas est un moyen qu'il peut être nécessaire d'actionner » (Doc. parl., Ch. repr., sess. 2001-2002, n° 1140/2, p. 21).

qu'elles recommandent auprès de tous les acteurs sociaux »⁷⁴.

Ainsi, c'est à notre sens à tort que dans son avis portant sur l'ordonnance du 1^{er} mars 2018, la Section de législation se contente de considérer qu'il « ressort des travaux préparatoires (de l'article 11bis de la Constitution) qu'il est vrai que, d'une part, le Constituant lui-même ne prévoit que l'exigence minimale selon laquelle au moins un membre de chaque sexe est échevin, mais que, d'autre part, *il n'exclut pas* que le législateur compétent impose une représentation plus élevée ». En effet, le Constituant, en adoptant l'article 11bis, a fait bien plus que de « ne pas exclure » que le législateur compétent impose une représentation plus élevée des femmes en politique. Le libellé de l'alinéa 1^{er} de cette disposition constitutionnelle est programmatique et oblige le législateur à *garantir* aux femmes et aux hommes l'*égal* exercice de leurs droits et de *favoriser* leur *égal accès* aux mandats publics. Il fait reposer sur lui une obligation positive et est le fondement constitutionnel sur lequel les différents législateurs pourront adopter les mesures afin de la remplir. Le troisième alinéa est ensuite le premier moyen employé en vue de réaliser cette obligation. La direction à emprunter semble là toute indiquée et c'est en ces termes que résonne le signal politique. Partant, garantir la présence d'une femme au sein de chaque collège des bourgmestre et échevins ne peut être une mesure suffisante pour considérer que le législateur a complètement et définitivement satisfait à son obligation de garantir aux femmes et aux hommes un égal exercice de leurs droits et leur a favorisé un égal accès aux mandats publics. Il faut aller plus loin.

Nous n'irons assurément pas jusqu'à dire qu'il y aurait un blanc-seing du Constituant à toutes les mesures qui iraient plus loin que le quota imposé au troisième alinéa de l'article 11bis de la Constitution⁷⁵. Cette affirmation reviendrait à faire nôtre une conclusion aussi hâtive qu'incertaine du choix du Constituant⁷⁶.

⁷⁴ Doc. parl., Ch. repr., sess. 2001-2002, n° 1140/002, p. 21.

⁷⁵ Ce postulat renvoie aux théories sur les choix du Constituant. Voy. notamment à ce sujet B. GORS, « L'intérêt à agir au sens de l'article 142 de la Constitution », *R.B.D.C.*, 2006, liv. 2, pp. 153 et s. et F. BOUHON, « Nomination des bourgmestres et contentieux linguistique en périphérie bruxelloise après la sixième réforme de l'État : l'aval de la Cour constitutionnelle et la contribution active du Conseil d'État », *A.P.*, 2015, liv. 1, pp. 1-16. Concernant la mention de ce choix par la Cour constitutionnelle, voy. not. C. const., arrêt n° 122/2006 du 18 juillet 2006, pt 4. D'autant plus qu'il existe naturellement une tension entre l'existence d'action positive et l'interdiction générale de discrimination. Voy. *contra* M. BOSSUYT, « Het discriminatieverbod en "positieve actie" », *R.W.*, 1998-1999, pp. 241 et s.

⁷⁶ À propos de cette notion, voy. notamment, H. DUMONT, « Chapitre 1 – Malaise au sommet de la hiérarchie des normes », in *La Sixième Réforme de l'État : l'art de ne pas choisir ou l'art du compromis ?*, Bruxelles, Larcier, 2015, pp. 32-34.

Dans un arrêt du 30 juin 2014, la Cour constitutionnelle a certes précisé que le choix du Constituant ne devait pas forcément apparaître *dans* le texte constitutionnel. La Cour considère que « les travaux préparatoires d'une modification de la Constitution, adoptée par le Constituant, peuvent, en effet, comme en l'espèce, suffire pour faire la clarté quant au choix du Constituant »⁷⁷. Or, lors de l'adoption de l'article 11bis, l'objectif d'une démocratie *paritaire* a clairement été avancé⁷⁸. Dans le sens indiqué, en 2006, à l'occasion d'un recours en annulation d'un article du décret de la Région flamande du 10 février 2006 modifiant la Loi électorale communale, imposant la parité sur les listes électorales et une alternance stricte entre les femmes et les hommes, la Cour constitutionnelle a considéré que la mesure était soustraite à son contrôle en ce qu'il existait un lien direct entre cette disposition et le nouvel article 11bis de la Constitution⁷⁹. En ce sens, le recours amenait la Cour à porter un jugement sur une obligation imposée par le Constituant, ce pour quoi elle ne s'est pas, à juste titre, estimée compétente⁸⁰. Dans cet arrêt, la Cour constitutionnelle nous laisse donc entrevoir l'idée selon laquelle la parité sur les listes électorales est un choix du Constituant⁸¹.

Si d'aventure il était postulé que l'adoption de mesures d'action positive était en réalité une *obligation* pour les législateurs, imposée par le Constituant, l'examen de ces mesures par la Cour constitutionnelle conduirait une fois de plus celle-ci à se déclarer incompétente⁸², *a priori* et de manière systématique. Ceci nous semble néanmoins bien trop radical, et ce, pour deux raisons. Premièrement, il convient de resituer l'arrêt précité de 2006 dans son contexte : il a été rendu à la suite de l'adoption de l'article 11bis et de toutes les mesures qui l'ont suivie, y compris la modifica-

⁷⁷ C. const., arrêt n° 96/2014 du 30 juin 2014, B.22.1. Voy. pour une affirmation similaire, C. const., arrêt n° 81/2015 du 28 mai 2015, B.11.2.

⁷⁸ En ce sens, voy. *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. 2001-2002, n° 1140/002, p. 21 : « Toujours pour faire suite aux propos de M. Pieters, la vice-première ministre confirme que la présente révision de la Constitution vise à réaliser la *démocratie paritaire*, cela en garantissant l'égalité des femmes et des hommes de manière expresse, en assurant la mixité dans les exécutifs et en fondant les législations qui permettent de réaliser l'égalité de droit en égalité de fait ». Pour une critique de cet extrait, voy. G. GOEDERTIER, « De wijzigingen aan de Grondwet van 21 februari 2002 : de gelijkheid van vrouwen en mannen is gewaarborgd », *op. cit.*, p. 242.

⁷⁹ C. const., arrêt n° 122/2006 du 18 juillet 2006, pts 3 et 4.

⁸⁰ Une position identique avait été adoptée par la Cour dans son arrêt n° 11/2006 du 18 janvier 2006 portant sur un recours en annulation d'une disposition du décret communal de la Région flamande imposant que le collège des bourgmestre et échevins soit composé de personnes de sexe différent. Il faut avouer que le caractère direct du lien entre cette disposition et l'article 11bis de la Constitution était alors on ne peut plus présent. Voy. également C. const., arrêt n° 189/2006 du 29 novembre 2006, pts 3 et 4.

⁸¹ Voy. note infrapaginale n° 76. Voy. en ce sens G. GOEDERTIER, « De wijzigingen aan de Grondwet van 21 februari 2002 : de gelijkheid van vrouwen en mannen is gewaarborgd », *op. cit.*, pp. 241 et s.

⁸² F. BOUHON, « L'immunisation des normes législatives par le choix du constituant », *Rev. dr. Ulg.*, 2015, n° 3, p. 618.

tion de la loi ordinaire pour les élections fédérales et des lois spéciales pour les élections communales et régionales⁸³. La direction prise à l'unisson par les différents législateurs a pu influencer la conception que la Cour se faisait du « choix du Constituant ». Deuxièmement, il ne pourrait être considéré que le Constituant impose de manière exclusive le recours aux actions positives afin de favoriser l'égal accès aux mandats publics entre les hommes et les femmes, puisque cet égal accès aux mandats publics entre les hommes et les femmes ou l'égal exercice de leurs droits et libertés pourraient être favorisés par d'autres types de mesures, certes moins efficaces⁸⁴.

En revanche, s'il a été jugé nécessaire de fournir un fondement constitutionnel aux moyens employés afin de remplir l'obligation positive que le Constituant a fait reposer sur les législateurs belges, y compris les mesures d'action positive, cela doit signifier que les mesures adoptées en vertu de cet article n'ont plus à répondre aux mêmes exigences que les mesures adoptées en dehors de tout prescrit constitutionnel, ou, à tout le moins, à s'exposer à un contrôle aussi sévère portant sur le respect de ces exigences. En d'autres mots, les mesures d'action positive qui iront en ce sens n'auront pas forcément à respecter les conditions classiques des actions positives ou à endurer un contrôle sévère de leur satisfaction, parce que le Constituant a considéré que l'égalité de fait entre les hommes et les femmes devaient recevoir une priorité et un poids plus important que d'autres intérêts qui n'auraient pas été constitutionnellement ancrés. Se basant sur l'obligation positive qui repose sur les législateurs, l'action positive sera donc toujours encouragée *in abstracto*⁸⁵, tout en devant être évaluée *in concreto* afin, notamment, d'être ajustée à l'inégalité constatée. On est ici au cœur de l'entre-deux que dessine l'existence d'une « préférence abstraite ».

B. LES DÉCLINAISONS DE CETTE PRÉFÉRENCE ABSTRAITE

La reconnaissance de cette préférence abstraite formulée par le Constituant en adoptant l'article 11bis de la Constitution peut se traduire de plusieurs manières. Nous l'avons annoncé, elle peut tout d'abord modifier les conditions auxquelles sont soumises les actions positives prises

sur sa base. En ce sens, l'inégalité à résoudre peut être par avance présumée manifeste et problématique, de sorte que la démonstration de l'existence d'une telle inégalité peut se voir allégée (a). Puisque cette inégalité a été « ciblée » dans la norme la plus rigide de notre ordre juridique, on pourrait également concevoir que la précarité de la mesure d'action positive qui tend à la résoudre ne doit plus être organisée (b). Cette préférence abstraite et la consécration constitutionnelle de celle-ci aura également inévitablement un impact sur l'évaluation du caractère proportionné des mesures d'action positive desquelles il est classiquement exigé qu'elles ne restreignent pas inutilement les droits d'autrui (c). Enfin, la Section de législation du Conseil d'État semble avoir récemment conféré un effet de *standstill* à l'obligation positive contenue à l'article 11bis de la Constitution, ce qui traduit encore une fois l'existence de cette préférence abstraite et renforce la force normative de l'article 11bis de la Constitution (d).

a) Une mesure dont l'objectif est de résoudre une inégalité d'emblée présumée manifeste et problématique

L'obligation faite au législateur d'agir en faveur de l'égalité entre les hommes et les femmes lui est imposée en dehors de toute considération factuelle, peu importe qu'il existe déjà en pratique un égal accès aux mandats publics entre les hommes et les femmes. Le Constituant partirait donc du postulat que cette égalité ne sera jamais suffisamment assurée dans les faits et devra toujours être protégée par le législateur, comme un équilibre fragile et difficilement atteignable. Le législateur devra alors toujours combattre l'entropie en puissance d'inégalité entre les hommes et les femmes présumée par le Constituant.

Ainsi, le caractère manifeste de l'inégalité entre les hommes et les femmes devrait être toujours présumée *in abstracto*⁸⁶, en tous cas de manière « simple ». C'est de cette manière qu'il sera donné efficacité à la préoccupation du Constituant et c'est cette direction que prend – implicitement – la Section de législation du Conseil d'État lorsqu'elle n'analyse que très superficiellement le caractère manifeste de cette inégalité et la capacité de la mesure d'action positive à la combattre, dans son avis rendu sur l'ordonnance du 1^{er} mars 2018 ci-avant analysée.

⁸³ Ces mesures imposent une stricte alternance sur les listes électorales afin de respecter l'idée de parité. Voy. par exemple, l'article 3 loi spéciale portant diverses modifications en matière de législation électorale du 2 mars 2004, *M.B.*, 26 mars 2004.

⁸⁴ Au risque d'énervier la caricature, nous pensons notamment à l'augmentation de places dans les crèches ou à l'organisation de garderie.

⁸⁵ B. RENAULD et S. VAN DROOGHENBROEK, « XIII. – Le principe d'égalité et de non-discrimination », *op.cit.*, p. 564.

⁸⁶ Dans la même idée, la démonstration d'un préjudice grave difficilement réparable, dans le cadre d'un recours en suspension d'extrême urgence, est allégée lorsque ce préjudice constitue une lésion présumée à un droit fondamental. Voy. note infrapaginale n° 14.

Cela ne dispensera pas les législateurs de motiver l'adoption des mesures d'action positive qu'ils proposent⁸⁷. La Cour constitutionnelle doit évidemment demeurer compétente pour apprécier l'existence réelle de l'inégalité combattue, mais la charge de la preuve pourra être allégée, au nom de la préférence abstraite conférée à l'intérêt de l'égalité entre les femmes et les hommes par le Constituant. L'adoption des mesures d'action positive s'en trouvera donc facilitée.

b) Une mesure dont la précarité ne doit plus être organisée

Il ne devrait en outre plus être exigé des mesures d'action positive que leur précarité soit organisée.

Si le Constituant, en exprimant une préférence abstraite pour l'égalité entre les hommes et les femmes, a présumé que l'inégalité entre eux existait de façon durable et serait toujours problématique, il devrait être admis que l'article 11bis de la Constitution comporte finalement une dimension curative mais également une dimension préventive⁸⁸. Le Constituant pourrait par là avoir imposé que les mesures d'action positive demeurent quand bien même l'inégalité qu'elles tentent de résoudre n'est plus constatable à un moment précis. Ceci permettrait donc de prévenir que cette inégalité ne réapparaisse ultérieurement. C'est l'idée que traduit l'insertion du quota présent au troisième alinéa de l'article 11bis de la Constitution dans la norme la plus rigide de l'ordre juridique belge.

Cela n'empêche en rien que la mesure soit évaluée et constamment adaptée à l'ampleur de l'inégalité qu'elle tente de résoudre, afin de conserver un caractère proportionné. Il faudrait néanmoins laisser de côté l'idée selon laquelle une évaluation doit être effectuée à intervalles réguliers afin de voir si la mesure doit être maintenue. Une évaluation devrait être faite à intervalles réguliers, certes, afin d'adapter la mesure, mais sans for-

cément en placer la suppression dans la ligne de mire.

En définitive, il y aurait avant tout lieu de questionner l'opportunité même d'exiger que de telles mesures soient temporaires. Pourquoi une mesure d'action positive telle que celles prévues dans le décret du 7 septembre 2017 et de l'ordonnance du 1^{er} mars 2018 devrait-elle disparaître ? Dans l'hypothèse où l'évaluation menée amènerait au constat selon lequel l'objectif est atteint, il serait difficile d'affirmer que la mesure ne mérite pas d'être maintenue, alors qu'il est concevable que ce soit *précisément* son existence qui ait permis d'atteindre cet objectif. Toute chose n'est jamais égale par ailleurs. Dans le cas d'espèce, quand bien même trois élections mèneraient au constat de l'atteinte généralisée des quotas imposés, le respect de ceux-ci sera-t-il pour autant *garanti* concernant l'élection qui suivra ? Soulignons de surcroît que la *ratio legis* de l'ordonnance du 1^{er} mars 2018 est de permettre une présence équilibrée entre les femmes et les hommes au sein des collèges de bourgmestre et échevins bruxellois. À l'heure actuelle, les femmes semblent donc avantagées, puisqu'il s'agit du sexe minoritairement présent. Cependant, le texte pourrait très bien profiter aux hommes à l'avenir⁸⁹. Par conséquent, ni les femmes ni les hommes ne seront *de manière permanente* avantagés par rapport aux personnes de l'autre sexe. Ceci semble tout à fait équilibré et proportionné, à tel point que l'on ne voit pas l'intérêt d'exiger que cette mesure soit temporaire.

c) L'appréciation plus souple du caractère utile de la restriction des droits d'autrui

La consécration constitutionnelle de la préférence abstraite pour l'égalité entre les femmes et les hommes pourrait faciliter la démonstration selon laquelle la mesure d'action positive en faveur de cette égalité ne restreint pas inutilement les droits d'autrui⁹⁰. Il sera donc plus compliqué d'estimer qu'une mesure d'action positive telle que celle prévue par l'ordonnance du 1^{er} mars 2018 restreint *inutilement* les droits d'autrui.

Cette démonstration sera d'autant plus difficile lorsque les droits ou intérêts d'autrui qui seraient restreints par la mesure n'ont pas, pour leur part, de valeur constitutionnelle.

C'est en revanche à juste titre selon nous que la Section de Législation du Conseil d'État n'a pas fait pencher la balance en faveur de l'égal

⁸⁷ Voy. en ce sens l'avis n° 63.087/4 du 28 mars 2018 de la Section de législation du Conseil d'État sur une proposition de décret modifiant les articles L1123-1, L1123-3, L2212-39 et L2212-40 du Code de la démocratie locale et de la décentralisation en vue d'assurer la parité au sein des collèges communaux et provinciaux : « La section de législation n'est pas en mesure de déterminer si les conditions mises à l'admissibilité d'une mesure positive sont remplies en l'espèce puisque les développements de la proposition et le commentaire des articles de celle-ci sont muets sur la question de savoir si l'inégalité désignée est manifeste ou non » (*Doc.*, Parl. w., sess. 2017-2018, n° 1028/2, p. 3). Les travaux préparatoires étaient en effet muets à ce sujet et se contentaient de lister les mesures déjà adoptées en vue de favoriser l'égalité entre les hommes et les femmes en politique.

⁸⁸ En droit européen, les actions positives sont admises même lorsqu'elles visent à *prévenir* certains désavantages subis par un groupe de personnes d'un même sexe. Voy. par exemple, la directive 2006/54/CE du Parlement européen et du Conseil du 5 juillet 2006 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité des chances et de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière d'emploi et de travail (refonte), considérant 21.

⁸⁹ La disposition ne contient en effet qu'une référence au « sexe » et pas aux « hommes » ou aux « femmes ».

⁹⁰ C'est la dynamique inverse de celle rencontrée dans le cadre des critères suspects. Voy. note infrapaginale n° 14.

accès aux mandats publics entre les hommes et les femmes au détriment de la liberté individuelle, consacrée elle aussi par la Constitution, en son article 12.

d) Un effet de Standstill

Un avis récent de la Section de législation du Conseil d'État ne doit pas manquer de retenir l'attention, puisqu'il affermit encore davantage la force normative de l'article 11bis de la Constitution. Dans cet avis rendu sur une proposition de décret spécial ayant pour objet, comme son intitulé l'indique, « de supprimer l'effet dévolutif de la case de tête lors de l'élection au Parlement wallon », la Section de législation du Conseil d'État a tenu à souligner l'impact négatif que l'adoption de ce décret emporterait sur les mesures visant à promouvoir l'égal accès des hommes et des femmes aux mandats électifs⁹¹. Plus précisément, la Section de législation du Conseil d'État énonce ce qui suit :

« La modification proposée a en effet pour conséquence que le candidat du sexe sous-représenté qui figure à la première ou à la deuxième place de la liste ne bénéficiera plus des votes exprimés en faveur de l'ordre de présentation des candidats et ne pourra plus être élu que sur la base des suffrages individuels qu'il aura obtenus. Cette modification emporte un *recul sensible du niveau de protection* que consacre l'article 11bis, alinéa 1^{er}, de la Constitution [...] »⁹².

La Section souligne ensuite que « les développements de la proposition de décret spécial ne contiennent aucune explication à cet égard » et invite dès lors les auteurs de la proposition de décret spécial à « pouvoir appuyer le dispositif proposé sur *des motifs d'intérêt général* de nature à justifier ce recul »⁹³.

Le Conseil d'État semble ici conférer un effet de *standstill* à l'obligation positive contenue dans l'article 11bis. Rappelons que l'obligation de *standstill* requiert de contrôler que les autorités publiques (en l'occurrence, le législateur) ne font pas sensiblement reculer le niveau de pro-

tection conféré aux obligations positives déduites des droits fondamentaux, et ce, sans que ce recul ne soit justifié par un motif d'intérêt général⁹⁴. Autrement dit, lorsque par une mesure mettant en œuvre l'obligation positive contenue à l'article 11bis de la Constitution, un législateur tente de garantir le droit fondamental à l'égal exercice pour les femmes et les hommes de leurs droits et libertés et de favoriser leur égal accès aux mandats électifs et publics, il fixe un niveau de protection de ces droits en-deçà duquel il ne pourrait en principe être admis de reculer de manière significative⁹⁵, sauf si un motif d'intérêt général peut être invoqué à cet effet.

À notre estime, la position adoptée par le Conseil d'État dans son avis rendu le 28 février 2018 mérite de retenir l'attention. Il est en effet très rare que les organes de contrôle belges reconnaissent aux droits de la première génération, envisagés sous leur versant positif, un effet de *standstill*, lequel est traditionnellement cantonné aux droits de la deuxième génération. Sur le plan des principes, rien ne justifie pourtant cette position : l'obligation de *standstill* découle des obligations positives et celles-ci ne présentent pas de différence de nature selon qu'elles sont requises pour l'effectivité des droits de la première ou de la deuxième génération. C'est donc à bon droit que la Section de législation s'interroge sur le respect de l'obligation de *standstill* déduite de l'article 11bis et reconnaît ce faisant implicitement mais nécessairement – celle-ci étant l'accessoire de celle-là – l'obligation positive qu'il emporte⁹⁶.

Puisque cette obligation de *standstill* découle de l'obligation positive contenue à l'article 11bis de la Constitution, le législateur ne pourrait supprimer une mesure d'action positive qui la met en œuvre qu'à la condition qu'il soit démontré que, même sans cette mesure, le niveau de protection atteint peut demeurer équivalent. La démonstration semble périlleuse car – rappelons-le – le Constituant semble avoir considéré que l'égalité entre les femmes et les hommes est un équilibre à sans cesse rechercher.

⁹¹ Cette mesure est l'article 28, alinéa 6, de la loi spéciale de réformes institutionnelles du 8 août 1980, selon lequel « ni les deux premiers candidats titulaires, ni les deux premiers candidats suppléants de chacune des listes ne peuvent être du même sexe ».

⁹² SLCE, avis n° 62.926/4 du 28 février 2018, *Doc. Parl. w.*, sess. 2014-2015, n° 284/002, p. 2.

⁹³ La Section de législation ajoute enfin qu'« en outre, en vue d'atténuer les effets du dispositif proposé, ils examineront si des mesures compensatoires ne pourraient pas être adoptées, consistant par exemple à prévoir une alternance entre candidats de chaque sexe aux différentes places de la liste » (*ibid.*).

⁹⁴ Concernant le principe de *standstill*, voy. I. HACHEZ, *Le principe de standstill dans le droit des droits fondamentaux : une irréversibilité relative*, Bruxelles, Bruylant, Athènes, Sakkoulas, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 2008.

⁹⁵ Nous retenons ici la thèse du point mobile et non celle du point fixe, voy. sur ce point I. HACHEZ, *Le principe de standstill dans le droit des droits fondamentaux : une irréversibilité relative*, *op. cit.*, pp. 349 à 362 et I. HACHEZ et X. DELGRANGE, « Qui n'avance pas. Note sur l'arrêt n° 53/2013 du 18 avril 2013 », *A.P.*, 2013, liv. 13, n° 3, pp. 303 et s.

⁹⁶ Voy. en ce sens C.E. (ass. gén.), n° 187.998, du 17 novembre 2008, *Coomans*, cons. 18.1.

CONCLUSION

L'assouplissement de la position de la Section de législation du Conseil d'État quant à la nécessité de respecter les conditions classiques des actions positives lorsqu'une telle action est adoptée en vertu de l'article 11*bis* de la Constitution a été démontré. Quoique de manière implicite, le Conseil d'État semble désormais réaliser une évaluation plus superficielle qu'auparavant du caractère manifeste de l'inégalité que la mesure d'action positive soumise à son examen tente de résoudre. Son analyse de la capacité de celle-ci à résoudre cette inégalité n'est pas davantage approfondie et il n'est plus exigé que le dispositif lui-même organise, de manière explicite, son évaluation régulière.

Cet assouplissement est bienvenu puisqu'il laisse l'article 11*bis* déployer tous les effets utiles qui auraient dû lui être reconnus dès son adoption. Il est en effet relativement étonnant de continuer d'imposer aux actions positives prises sur sa base de respecter les conditions classiques auxquelles toutes les actions positives sont soumises depuis 1994. On fait là comme si le Constituant, en adoptant l'article 11*bis* n'avait pas formulé une préférence abstraite en faveur de l'intérêt que cet article traduit, l'égalité entre les femmes et les hommes. Sous peine de perdre toute utilité, l'insertion de l'article 11*bis* dans la Constitution doit faciliter l'adoption de mesures d'action positive. Ceci semble au demeurant correspondre à l'intention initiale du Constituant, telle qu'explicitée dans les travaux préparatoires.

Ainsi, le caractère manifeste de l'inégalité combattue et la capacité de la mesure adoptée à la combattre peuvent être présumés. Ceci allège considérablement la charge de la preuve qui repose sur les législateurs lorsqu'ils désirent adopter de telles mesures. En outre, puisqu'en adoptant l'article 11*bis*, le Constituant a pu considérer que l'inégalité entre les hommes et les femmes était manifeste et problématique en dehors de toute considération de fait, nous estimons que la précarité des mesures d'action positive combattant cette inégalité ne devrait plus être organisée. La consécration d'une telle préférence dans la norme suprême belge a également évidemment un impact sur la pesée globale des intérêts à réaliser lorsqu'une mesure d'action positive restreint les droits d'autrui.

C'est également parce qu'elle reconnaît l'existence-même de l'obligation positive contenue à l'article 11*bis* de la Constitution, déclinaison de la préférence abstraite manifestée par le Constituant, que la Section de législation confère aujourd'hui un effet de *standstill* à cette disposition.

À travers l'interprétation des effets potentiellement conférés à l'article 11*bis* de la Constitution ci-avant proposée, les actions positives favorisant une égale présence des femmes et des hommes en politique pourront se multiplier encore à l'avenir, afin de toujours plus avancer vers une égalité de fait entre les hommes et les femmes⁹⁷.

⁹⁷ À titre d'exemple, voy. la récente proposition de décret modifiant les articles L1123-1, L1123-3, L2212-39 et L2212-40 du Code de la démocratie locale et de la décentralisation en vue d'assurer la parité au sein des collèges communaux et provinciaux (*Doc.*, Parl. w., sess. 2017-2018, n° 1028/1).