

# LA LUTTE RENOUVELÉE CONTRE LES DISCRIMINATIONS

PAR

LAURENCE GALLEZ \*

Combattre la discrimination, c'est notamment lutter contre les groupes prônant le racisme et la xénophobie et décourager la participation à ceux-ci (1). Tel est l'objectif initial de l'article 3 de la loi du 30 juillet 1981 tendant à réprimer certains actes inspirés par le racisme ou la xénophobie (2). Tel est également le message lancé par la Cour d'appel de Gand et la Cour de cassation respectivement le 21 avril (3) et le 9 novembre 2004 (4). D'autres juridictions l'avaient déjà affirmé antérieurement (5), mais cela ne concernait pas un parti politique siégeant dans une assemblée législative.

Depuis le début des années '60, la résurgence de thèses que l'on croyait définitivement enterrées avec les plus sombres pages de l'histoire du XXe siècle a poussé la Belgique à s'armer juridiquement en vue d'empêcher la commission d'actes racistes et xénophobes. Ce faisant, elle s'inscrivait en outre dans la mouvance internationale de la lutte contre la discrimination raciale encore instituée dans certains Etats. La ratification (6) de la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimina-

\*Laurence Gallez est assistante à l'Université Catholique de Louvain et collaboratrice parlementaire au Parlement francophone bruxellois et à l'Assemblée réunie de la Commission communautaire commune.

(1) Proposition de loi tendant à réprimer certains actes inspirés par le racisme ou la xénophobie, Rapport, *Doc. parl.*, Ch. repr., session extraordinaire 1979, n° 214/9, pp. 26 et 27.

(2) L'article 3 de la loi du 30 juillet 1981 dispose qu'«est puni d'un emprisonnement d'un mois à un an et d'une amende de cinquante francs à mille francs, ou de l'une de ces peines seulement, quiconque fait partie d'un groupement ou d'une association qui, de façon manifeste et répétée, pratique la discrimination ou la ségrégation ou prône celles-ci dans les circonstances indiquées à l'article 444 du Code pénal, ou lui prête son concours». Loi du 30 juillet 1981 tendant à réprimer certains actes inspirés par le racisme ou la xénophobie, *M.B.*, 8 août 1981.

(3) Gand, 21 avril 2004, [www.antiracisme.be](http://www.antiracisme.be)

(4) Cass. (2<sup>e</sup> ch.), 9 novembre 2004, [www.cass.be](http://www.cass.be).

(5) Corr. Namur, 23 septembre 1993, [www.antiracisme.be](http://www.antiracisme.be); Cour ass. Mons, 23 juin 1994, [www.antiracisme.be](http://www.antiracisme.be); Corr. Liège, 28 janvier 2002, [www.antiracisme.be](http://www.antiracisme.be); confirmé en appel, Liège, 5 février 2003, *Rev.dr.étr.*, 2003, n° 122, pp. 55-58; Corr. Brugge, 23 avril 2002, *A & M*, 2002/5, p. 463-467.

(6) Loi du 9 juillet 1975 portant approbation de la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale, faite à New York le 7 mars 1966, *M.B.*, 11 décembre 1975.



tion raciale adoptée par l'Assemblée générale des Nations-Unies le 21 décembre 1965 (7) impliquait une adaptation de la législation belge en vue de respecter les obligations internationales ainsi mises à charge. Aussi, une proposition de loi, déjà déposée en 1966, fut relancée et devint la loi du 30 juillet 1981.

En approuvant la Convention internationale de 1965, l'Etat belge s'engageait notamment «à déclarer illégales et à interdire les organisations ainsi que les activités de propagande organisée et tout autre type d'activité de propagande qui incitent à la discrimination raciale et qui l'encouragent et à déclarer délit punissable par la loi la participation à ces organisations ou à ces activités» (8). Par une déclaration interprétative, la Belgique avait toutefois tenu à préciser qu'elle considère «que les obligations imposées par l'article 4 doivent être conciliées avec le droit à la liberté d'opinion et d'expression, ainsi que le droit à la liberté de réunion et d'association pacifiques» (9).

Lorsque fut débattue la proposition de loi tendant à réprimer certains actes inspirés par le racisme ou la xénophobie, et plus particulièrement la disposition traduisant cette obligation internationale, il avait été précisé que «l'article 3 est le plus important dans l'ensemble des mesures préconisées» (10) et que, par cette norme, il devenait possible de lutter contre les groupes prônant le racisme et la xénophobie sans devoir introduire dans la législation, voire dans la Constitution, des normes permettant aux autorités de dissoudre ces mouvements (11). La volonté de maintenir une réelle protection des droits consacrés aux articles 19, 26 et 27 de la Constitution et aux articles 10 et 11 de la Convention européenne des droits de l'homme avait en réalité dominé l'entièreté des discussions parlementaires. Le mot d'ordre était d'éviter de créer des délits d'opi-

(7) Le préambule de la Convention internationale de 1965 rappelait que «toute doctrine de supériorité fondée sur la différenciation entre les races est scientifiquement fausse, moralement condamnable et socialement injuste et dangereuse et que rien ne saurait justifier, où que ce soit, la discrimination raciale, ni en théorie ni en pratique». Trente-huit ans plus tard, en 2003, le législateur belge a modifié le texte de la loi du 30 juillet 1981 en y substituant le terme «race» par le terme «prétendue race» «afin de bien indiquer que le concept de race ne correspond à aucune réalité scientifique» et (...) «que cette distinction habite uniquement l'esprit du raciste». Projet de loi relative au renforcement de la législation contre le racisme, Exposé des motifs et Rapport, *Doc. parl.*, Ch. repr., session ordinaire 2000-2001, n<sup>os</sup> 1407/1 et 7, pp. 11 et 6.

(8) Article 4, b), de la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale, faite à New York le 7 mars 1966.

(9) Déclaration interprétative de la Belgique concernant l'article 4 de la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale, faite à New York le 7 mars 1966, [http://www.unhchr.ch/french/html/menu3/b/treaty2\\_asp\\_fr.htm](http://www.unhchr.ch/french/html/menu3/b/treaty2_asp_fr.htm).

(10) Proposition de loi tendant à réprimer certains actes inspirés par le racisme ou la xénophobie, Rapport, *Doc. parl.*, Ch. repr., session extraordinaire 1979, n<sup>o</sup> 214/9, p. 26. Les autres mesures préconisées sont la pénalisation de l'incitation à la discrimination, la pénalisation du fait de donner une publicité à son intention de discriminer et la pénalisation de la discrimination dans la fourniture d'un bien ou d'un service.

(11) *Ibid.*

nion (12) et d'empêcher que, par un amalgame douteux, « l'intolérance » politique, fondée par essence même sur la confrontation des options, coure le risque d'être indûment anesthésiée » (13). Il a dès lors été décidé que l'expression d'une idée inspirée par le racisme telle que l'incitation à la discrimination, le fait de révéler son intention de discriminer ou le fait, pour un groupe, de prôner la discrimination doit s'accompagner d'une certaine publicité (14) pour être punissable, ce qui n'est pas le cas lorsqu'il s'agit d'un acte « concret » tel que le refus discriminatoire de fournir un service (15).

En jugeant de la bonne interprétation de l'article 3 de la loi du 30 juillet 1981, la Cour de cassation a réaffirmé, le 9 novembre 2004, l'importance de poursuivre le combat pour la tolérance. Elle nous offre aussi l'occasion d'analyser, avec un nouvel éclairage, la situation d'une personne raciste, notamment lorsque ce racisme est « politique », au regard d'une part, de la loi anti-racisme du 30 juillet 1981, et de la récente loi anti-discrimination du 25 février 2003, d'autre part.

#### I. — LE RACISTE ET L'ARTICLE 3 DE LA LOI ANTI-RACISME DU 30 JUILLET 1981

En limitant l'élément matériel de l'infraction au fait d'appartenir à un groupe, l'article 3 de la loi du 30 juillet 1981 est exceptionnel en droit belge (16). Longues furent dès lors les discussions pour s'entendre sur ce qu'est un groupe raciste au sens de cet article. Longue fut l'attente pour que la Cour de cassation se prononce sur la portée de l'article 3 (17). Et

(12) Cfr. Proposition de loi tendant à réprimer certains actes inspirés par le racisme ou la xénophobie, Rapport, *Doc. parl.*, Ch. repr., session extraordinaire 1979, n° 214/9, pp. 22 à 27. Voy. not. également : D. VOORHOOF, « De wet bestrijding discriminatie als beperking op de expressievrijheid », in M. DE VOS et E. BREMS (ed.), *De wet bestrijding discriminatie in de praktijk*, Antwerpen, Intersentia, 2004, pp. 171-172.

(13) Proposition de loi tendant à réprimer certains actes inspirés par le racisme ou la xénophobie, Exposé des motifs, *Doc. parl.*, Ch. repr., session extraordinaire 1979, n° 214/1, p. 3.

(14) Cfr. Art. 444 C.pén.

(15) Voy. la contribution de Nicolas Bonbled et la contribution de Pierre Joassart.

(16) En énonçant que « (...) toute personne qui, sciemment et volontairement, fait partie d'une organisation criminelle, est punie d'un emprisonnement (...) », l'article 324ter du Code pénal semble être la seule disposition analogue à l'article 3 de la loi du 30 juillet 1981. T. VANDER BEKEN, « Voor de sport. De strafrechtelijke aanpak van discriminatie vanaf 2003 », in M. DE VOS et E. BREMS (ed.), *De wet bestrijding discriminatie in de praktijk*, Antwerpen, Intersentia, 2004, p. 265.

(17) La plupart des affaires concernant un délit du fait d'appartenance à un groupe raciste concernait également un délit de presse à caractère raciste (exception faite de trois décisions mais qui n'ont pas donné lieu à un pourvoi en cassation : Corr. Bruxelles, 9 mars 1988 ; Corr. Liège, 16 septembre 1993 et Corr. Namur, 23 sept. 1993, [www.antiracisme.be](http://www.antiracisme.be)). Avant la modification, en 1999, de l'article 150 de la Constitution qui a permis de « correctionnaliser » les délits de presse à caractère raciste, ceux-ci bénéficiaient, comme tout délit de presse, d'une impunité de fait ; la cour d'assises n'étant jamais réunie pour ce type d'affaire (exception faite de l'arrêt de la Cour ass. Mons, 23 juin 1994, [www.antiracisme.be](http://www.antiracisme.be)). Voy. l'introduction de M. Verdussen.

long fut l'arrêt de la Cour d'appel de Gand qui qualifia le Vlaams Blok de raciste.

Lorsqu'on parcourt la modeste jurisprudence relative à l'application de l'article 3 de la loi de 1981, on peut constater que l'interprétation qu'en livrent les différentes juridictions est fortement inspirée des travaux parlementaires. Il est vrai que le débat fut particulièrement vif lorsqu'il s'est agi de réfléchir sur la notion de «groupe pratiquant ou prônant la discrimination» et dont le membre est susceptible de poursuite du seul fait de son appartenance à celui-ci. Après d'âpres échanges de vues, les termes «groupement et association» ont été préférés au concept jugé trop vague de «groupe». Il n'empêche que, malgré le texte de la loi, la jurisprudence utilise ce dernier vocable sans doute par souci de facilité lexicale.

Saisie d'un recours sur la base de l'article 3, la juridiction doit d'abord, étant donné le caractère d'incrimination indirecte — si l'on ose parler ainsi — que constitue l'infraction d'appartenance à un groupe raciste, s'assurer de la réalité de l'existence d'un groupe. Elle doit ensuite apprécier si ce groupe pratique ou prône la discrimination de façon manifeste et répétée. Enfin, le juge est amené à vérifier la participation ou le concours prêté par le prévenu au groupe raciste.

### 1. — *L'existence d'un groupe*

Pour pouvoir être qualifié de groupement ou d'association au sens de la loi, le «mouvement» ne doit pas avoir la personnalité juridique. Cette condition, non reprise dans la loi, avait été précisée lors des débats parlementaires. De nombreuses associations importantes n'ayant pas la personnalité juridique, tels les syndicats et les partis politiques (18), devaient être susceptibles de poursuites pénales, même indirectement, si elles adoptaient un jour un comportement discriminatoire. Sur cette base, la Cour d'appel de Gand a déclaré non pertinent le fait que «le parti politique Vlaams Blok ne peut pas être déclaré pénalement responsable» (19).

Le «mouvement» doit toutefois être «stable et présenter une structure minimale pour pouvoir réaliser son but» (20). Tel n'était pas le cas du *Burger Initiatief Oostende* (21), mais bien celui du *Bloc wallon*, du *REF*, de

(18) Proposition de loi tendant à réprimer certains actes inspirés par le racisme ou la xénophobie, Rapport, *Doc. parl.*, Ch. repr., session extraordinaire 1979, n° 214/9, p. 36.

(19) Gand, 21 avril 2004, [www.antiracisme.be](http://www.antiracisme.be), pp. 29-30. Voy. la loi du 4 mai 1999 instaurant la responsabilité pénale des personnes morales, *M.B.*, 22 juin 1999.

(20) Corr. Namur, 23 septembre 1993, [www.antiracisme.be](http://www.antiracisme.be); Cour ass. Mons, 23 juin 1994, [www.antiracisme.be](http://www.antiracisme.be); Corr. Liège, 28 janvier 2002, [www.antiracisme.be](http://www.antiracisme.be); Liège, 5 février 2003, *Rev.dr.étr.*, 2003, n° 122, pp. 55-58. On remarquera sans vouloir en faire un débat communautaire que tous les groupes qualifiés de racistes étaient wallons. Pour une analyse de plusieurs de ces décisions, voy. not. D. VOORHOOF, *loc. cit.*, pp. 172-181.

(21) Corr. Brugge, 23 avril 2002, *A & M*, 2002/5, pp. 463-467. Les membres du *Burger Initiatief Oostende* ont été condamnés sur la base de l'article 1 de la loi de 1981.

l'*Assaut* et du *PFN* dont les membres ont été condamnés sur la base de l'article 3 de la loi du 30 juillet 1981 (22). Le parti politique Vlaams Blok «existant depuis des années et actif en tant que tel, devait lui aussi (23) être considéré comme un groupement structuré sur une base volontaire et avec une certaine durabilité» (24).

## 2. — *Le caractère raciste du groupe*

Une fois convaincu qu'il a bien affaire à un groupement ou une association, le juge va devoir s'atteler à la tâche la plus ardue des litiges relatifs à la problématique de la discrimination. Si tout le monde intuitivement a une idée de ce qu'est un acte ou un discours discriminatoire, l'objectivation de ce sentiment est un exercice difficile. Le juge devra démontrer que son appréciation du fait discriminatoire n'est pas guidée par sa seule subjectivité. Il doit, pour remplir sa mission, analyser les écrits produits et les actes commis par le groupement ou l'association visé ainsi que leur fréquence et la publicité qui y fut donnée.

Bien que l'article 3 soit la seule disposition de la loi de 1981 qui ne comprend pas de critères précis de discrimination, et de ce fait pourrait sembler viser tout type de discrimination — fondée sur l'âge, le sexe, la nationalité, etc. —, le contexte et l'esprit de la loi anti-racisme plaident pour une interprétation de cet article reprenant la définition de la discrimination insérée en 1994 (25) dans l'article 1<sup>er</sup> de la loi et les critères de distinction qui y sont visés (26).

Aussi, pour que l'article 3 soit applicable, il est nécessaire que le groupe pratique, de façon manifeste et répétée, «une distinction ou une exclusion, une restriction ou une préférence ayant ou pouvant avoir pour but ou pour effet de détruire, de compromettre ou de limiter la reconnaissance, la jouissance ou l'exercice, dans des conditions d'égalité, des droits de l'homme et des libertés fondamentales dans les domaines politique, économique, social ou culturel ou dans tout autre domaine de la vie sociale (...) à l'égard d'une personne, en raison d'une prétendue race, de sa couleur, de son ascendance ou de son origine nationale ou ethnique» (27) ou prône celle-ci «soit dans des réunions ou lieux publics; soit en présence de plusieurs individus, dans un lieu non public, mais ouvert à un certain nombre de personnes ayant le droit de s'y assembler ou de le fréquenter; soit dans un lieu quelconque, en présence de la personne offensée et devant témoins; soit par des écrits

(22) *Ibid.*

(23) Nous ajoutons.

(24) Gand, 21 avril 2004, [www.antiracisme.be](http://www.antiracisme.be), pp. 29-30.

(25) Loi du 12 avril 1994 modifiant la loi du 30 juillet 1981 tendant à réprimer certains actes inspirés par la racisme ou la xénophobie, *M.B.*, 25 mai 1994.

(26) D. VOORHOOF, *loc. cit.*, p. 167 et T. VANDER BEKEN, *loc. cit.*, p. 266.

(27) Article 1<sup>er</sup>, al. 1 et al. 3, 1<sup>o</sup>, de la loi du 30 juillet 1981.

imprimés ou non, des images ou des emblèmes affichés, distribués ou vendus, mis en vente ou exposés aux regards du public; soit enfin par des écrits non rendus publics, mais adressés ou communiqués à plusieurs personnes» (28).

Précisons que le terme «prôner» la discrimination renvoie au terme «inciter» visé à l'article 1<sup>er</sup>, alinéa 3, 1<sup>o</sup> et 2<sup>o</sup>, de la loi (29) et que la Cour de cassation, appelée à interpréter l'article 1<sup>er</sup>, alinéa 3, 2<sup>o</sup>, de la loi de 1981, a déclaré que «pour que soit punissable l'incitation à la discrimination, à la ségrégation, à la haine ou à la violence, n'est pas requise la volonté manifeste d'amener un public ou tel individu à commettre des actes concrets, déterminés ou déterminables» (30).

Après avoir minutieusement analysé le programme en 70 points et les publications du Vlaams Blok, la Cour d'appel de Gand a conclu que ce dernier a incité, publiquement et de manière manifeste et répétée, tant à la haine qu'à prendre des mesures discriminatoires «sur la base de la nationalité, mais en réalité également sur la base de la race, tout au moins de l'aspect ethnique de la filiation nationale». La discrimination étant avérée dès lors que les traitements distincts suscités pouvaient avoir pour conséquence, pour les groupes de populations visées, «que la reconnaissance, la jouissance ou l'exercice, dans des conditions d'égalité, des droits de l'homme et des libertés fondamentales seraient détruits, compromis ou limités entre autres dans le domaine du droit à la propriété, du droit au travail, du droit la protection contre le chômage, du droit au logement, du droit à la sécurité sociale et du droit à l'enseignement, qui sont tous des droits fondamentaux mentionnés dans la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale, dont la loi du 30 juillet 1981 est l'exécution» (31). Et la Cour de cassation de conforter cette décision en affirmant que «la disposition pénale de l'article 3 de la loi du 30 juillet 1981 tendant à réprimer certains actes inspirés par le racisme ou la xénophobie s'applique dès qu'il est certain que la discrimination prônée par le groupement ou l'association concerne les droits de l'homme et les libertés fondamentaux dont le citoyen a effectivement la reconnaissance, la jouissance ou l'exercice dans l'ordre juridique belge» (32).

(28) Art. 444 C. pén.

(29) Proposition de loi tendant à réprimer certains actes inspirés par le racisme ou la xénophobie, Rapport, *Doc. parl.*, Sén., session ord. 1980-1981, n° 594/2, p. 20, Cfr. D. VOORHOOF, *loc. cit.*, p. 171.

(30) Cass., 19 mai 1993, *Pas.*, 1993, I, p. 498.

(31) Gand, 21 avril 2004, [www.antiracisme.be](http://www.antiracisme.be), p. 55. La Cour n'a par contre pas constaté d'indication claire du fait de prôner la ségrégation ni de pratique discriminatoire. Voy. notamment S. VAN DROOGHENBROECK, «La répression des délits à caractère raciste et négationniste en Belgique (en marge de la condamnation des «a.s.b.l. satellites» du Vlaams Blok)», in P. LAMBERT (dir.), *Les partis liberticides et la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 2005, pp. 46-50.

(32) Cass. (2<sup>e</sup> ch.), 9 novembre 2004, [www.cass.be](http://www.cass.be).





### 3. — *La qualité de membre d'un groupe raciste*

Ce n'est que dans la troisième phase du raisonnement que le juge va se pencher sur la situation des prévenus afin d'apprécier l'effectivité de leur appartenance ou du concours apporté au groupe discriminant.

Aucun dol spécial n'est requis (33). Il suffit que la participation au groupement ou à l'association s'opère sciemment (34) et volontairement.

L'appartenance, même passive, à un groupe ou à une association qui pratique ou prône la discrimination ou la ségrégation raciale est punissable étant donné que «le fait de faire partie de semblables groupes équivaut à cautionner leur action et contribue à la diffusion de leurs idées» (35).

Il n'est nullement exigé que la personne poursuivie ait elle-même pratiqué ou prôné la discrimination. C'est d'ailleurs ce qui fait toute la particularité de l'infraction visée à l'article 3 de la loi de 1981 et ce qui permet de lutter contre les partis politiques extrêmes. Les partis politiques belges n'ayant pas la personnalité juridique, toute poursuite à leur égard est, quant à elle, exclue.

La Cour de cassation a pu le confirmer dans l'arrêt du 9 novembre 2004. En rappelant que l'article 3 est une infraction autonome, la Cour a précisé qu'il n'est pas nécessaire que «le prévenu pratique ou prône lui-même de façon manifeste et répétée la discrimination ou la ségrégation, ni que le groupement ou l'association dont il fait partie ou auxquels il prête son concours, ait été ou soit poursuivi, considéré personnellement coupable ou condamné (...) Le juge qui doit statuer sur des poursuites pénales fondées sur l'article 3 de la loi du 30 juillet 1981 tendant à réprimer certains actes inspirés par le racisme ou la xénophobie, doit uniquement décider s'il est établi que :

1. le groupement ou l'association dont fait partie le prévenu ou auxquels il prête son concours, pratique ou prône, en fait et indépendamment de tout dol, de façon manifeste et répétée, la discrimination ou la ségrégation;
2. le prévenu fait partie de ce groupement ou de cette association, ou lui prête son concours, sciemment et volontairement» (36).

Si l'absence de personnalité juridique d'un parti politique a pour principal effet l'impossibilité qu'il soit déclaré pénalement responsable, elle a également une autre conséquence : la perception d'un quelconque financement doit transiter par une entité tierce. La loi du 4 juillet 1989 relative à la limitation et au contrôle des dépenses électorales engagées pour les élections

(33) Gand, 21 avril 2004, [www.antiracisme.be](http://www.antiracisme.be), p. 59.

(34) «Le membre de l'association doit être conscient des buts de l'organisation». Proposition de loi tendant à réprimer certains actes inspirés par le racisme ou la xénophobie, Rapport, *Doc. parl.*, Ch. repr., session extraordinaire 1979, n° 214/9, p. 36.

(35) Corr. Liège, 28 janvier 2002, [www.antiracisme.be](http://www.antiracisme.be), p. 3.

(36) Cass. (2<sup>e</sup> ch.), 9 novembre 2004, [www.cass.be](http://www.cass.be).



des chambres fédérales, ainsi qu'au financement et à la comptabilité ouverte des partis politiques (37) prévoit, à ce sujet, que chaque parti politique qui remplit les conditions de la loi doit désigner une institution, constituée sous la forme d'une a.s.b.l., qui recevra la dotation publique prévue.

Une des «a.s.b.l. du Vlaams Blok» poursuivies (38) avait pour activité principale de percevoir la dotation publique destinée au Vlaams Blok et de la mettre à la disposition du parti. Les deux autres prévenues (39) recevaient les subsides pour le compte du Vlaams Blok mais «l'exécution de leur objet social impliquait nombre d'autres formes de collaboration que la simple transmission des fonds des autorités» (40). Aucune des trois n'était toutefois autorisée à appartenir ou à prêter son concours à un groupe raciste ni obligée de le faire. Répondant à l'argument selon lequel une a.s.b.l. n'est pas responsable de son appartenance au parti qualifié de raciste dès lors que la loi impose à un parti de créer une a.s.b.l. pour recevoir sa dotation, la Cour de cassation a déclaré qu'«en vertu de l'article 5, alinéa 1<sup>er</sup>, du Code pénal, toute personne morale est pénalement responsable des infractions qui sont intrinsèquement liées à la réalisation de son objet ou à la défense de ses intérêts, ou de celles dont les faits concrets démontrent qu'elles ont été commises pour son compte» et que «l'article 22 de la loi du 4 juillet 1989 (...) dispose que chaque parti politique qui satisfait aux conditions fixées par la loi désigne l'institution constituée sous la forme d'une association sans but lucratif qui reçoit la dotation allouée en vertu du chapitre III de la loi» (41). Toutefois, «Cette disposition légale n'implique pas que cette institution ne décide pas elle-même de prêter ou non son concours à un parti politique qui, comme il est dit à l'article 3 de la loi du 30 juillet 1981 tendant à réprimer certains actes inspirés par le racisme ou la xénophobie, pratique ou prône, de façon manifeste et répétée, la discrimination ou la ségrégation» (42).

On touche sans doute ici aux limites du système de fonctionnement des partis politiques en Belgique. En attendant l'application de l'arrêté royal (43) — tant attendu — exécutant l'article 15ter de la loi du 4 juillet 1989 qui vise à priver de sa dotation publique un parti qui ne respecterait pas les principes de la démocratie (44), la ou les a.s.b.l. par la(les)quelle(s)

(37) *M.B.*, 20 juillet 1989.

(38) A.s.b.l. «Vlaamse Concentratie».

(39) A.s.b.l. «Nationalistische Omroepstichting» et A.s.b.l. «Nationalistisch Vormingsinstituut».

(40) Gand, 21 avril 2004, [www.antiracisme.be](http://www.antiracisme.be), p. 60.

(41) Cass. (2<sup>e</sup> ch.), 9 novembre 2004, [www.cass.be](http://www.cass.be)

(42) *Ibid.*

(43) Arrêté royal du 31 août 2005 déterminant les règles particulières de délai et de procédure pour le traitement des demandes introduites en application de l'article 15ter de la loi du 4 juillet 1989 relative à la limitation et au contrôle des dépenses électorales engagées pour les élections des chambres fédérales, ainsi qu'au financement et à la comptabilité ouverte des partis politiques, *M.B.*, 13 octobre 2005.

(44) Sur l'interprétation à donner à cet article, voy. C.A., 7 février 2001, n° 10/2001, [www.arbitrage.be](http://www.arbitrage.be) (B.4.7.2-B.4.7.4-B.4.8.2)



transite la dotation allouée à un parti représenté par au moins un parlementaire élu n'est susceptible d'être «sanctionnée» que si elle est reconnue coupable pénalement. Il s'agit en fait d'une remarquable illustration du «régime répressif» applicable en Belgique en matière de libertés publiques (45).

## II. — LE RACISTE ET LA LOI ANTI-DISCRIMINATION DU 25 FÉVRIER 2003

Le Centre pour l'égalité des chances et la Ligue flamande des droits de l'homme ont introduit le recours pour infraction à la loi du 30 juillet 1981 à l'encontre de trois a.s.b.l., par lesquelles transitaient les subventions publiques dont bénéficiait le Vlaams Blok, au moment où la loi tendant à lutter contre la discrimination et modifiant la loi du 15 février 1993 créant un Centre pour l'égalité des chances et la lutte contre le racisme était adoptée (46). (47) C'est dire si le début de l'année 2003 était placé sous le signe de la lutte contre toutes les discriminations dans tous les domaines de la vie sociale.

(45) A propos de l'article 19 de la Constitution belge, consacrant la liberté des cultes, la liberté d'opinion et la liberté d'expression, F. Jongen rappelle qu'il s'agit d'«une disposition de principe en ce qu'elle consacre le mode répressif d'organisation des droits et libertés qui sous-tend toute la Constitution belge (...) Le mode répressif permet à chacun d'user sans autorisation préalable des droits et libertés qui lui sont reconnus. Ce n'est que si l'usage devient abusif, et que des infractions sont commises dans le cadre de l'exercice des droits et libertés, que l'abus sera réprimé *a posteriori*». F. JONGEN, «Article 19», in M. VERDUSSEN (dir.), *La Constitution belge. Lignes & Entreliques*, Bruxelles, Le Cri, 2004, p. 70.

(46) Loi du 25 février 2003 tendant à lutter contre la discrimination et modifiant la loi du 15 février 1993 créant un Centre pour l'égalité des chances et la lutte contre le racisme, *M.B.*, 17 mars 2003. Ci-après appelée «loi anti-discrimination». Pour une analyse de la loi et de ses origines, voy. I. AENDENBOOM, «Loi antidiscrimination ou antidérapant?», *J.D.J.*, 2003, n° 227, pp. 24 et s.; E. ALOFS et A. DE BECKER, «De antidiscriminatiewet en het bestuursrecht», *NjW*, 2004, n° 71, pp. 578 et s.; C. BAYART, «De opmars van het discriminatierecht in de arbeidsverhoudingen. Europees discriminatierecht van de tweede generatie en aandachtspunten voor de belgische wetgever bij de implementatie in de belgische rechtsorde», *J.T.T.*, 2002, pp. 309 et s.; P. BORGHES, *De antidiscriminatiewet. Handleiding bij de Wet ter bestrijding van discriminatie*, Antwerpen, Garant, 2003; O. DE SCHUTTER, «La loi belge tendant à lutter contre la discrimination», *J.T.*, 2003, pp. 845 et s.; M. DE VOS et E. BREMS, *De wet bestrijding discriminatie in de praktijk*, Antwerpen, Intersentia, 2004; P. LAURENT, «Les directives des 29 juin et 27 novembre 2000 et la loi du 25 février 2003 contre les discriminations : nouvelles compétences, nouvelles procédures», *Act. Dr.*, 2003, pp. 611 et s.; S. VAN DROOGHENBROECK, «La loi du 25 février 2003 tendant à lutter contre la discrimination : les défis d'une 'horizontalisation' des droits de l'homme», *A.P.T.*, 2003, pp. 208 et s.; ID., «La non-discrimination dans les rapports entre particuliers : de nouvelles données», in M. PÂQUES et J.-C. SCHOLSEM (coord.), *L'égalité : nouvelle(s) clé(s) du droit?*, Bruxelles, Larcier, C.U.P., 2004, pp. 79 et s.; J. VELAERS (dir.), *Vrijheid en gelijkheid. De horizontale werking van het gelijkheidsbeginsel en de nieuwe antidiscriminatiewet*, Anvers, Maklu, 2003 et J. VRIELINK, S. SOTTIAUX et D. DE PRINS, «De antidiscriminatiewet. Een artikelwijze analyse», *NjW*, 2003, n° 24, pp. 258 et s. (Deel I) et p. 294 et s. (Deel II).

(47) Des discussions sont en cours concernant la refonte de la loi du 25 février 2003 suite notamment à l'arrêt de la Cour d'arbitrage du 6 octobre 2004, voy. *infra*.



1. — *L'horizontalisation des principes d'égalité  
et de non-discrimination*

La loi anti-discrimination a pour caractéristique de participer, dit-on, à l'«horizontalisation» des droits fondamentaux, comme ce fut le cas plus tôt de la loi du 30 juillet 1981, à tout le moins de ses articles 2 et 2bis (48). A ce propos, la Cour de cassation a été amenée, dans son arrêt du 9 novembre 2004, à apprécier la pertinence de deux questions préjudicielles s'appuyant sur l'idée que «la notion de discrimination est interprétée en ce sens que le législateur a, sans limitation, donné une applicabilité horizontale à tous les droits fondamentaux sans distinction, qu'ils aient ou non un effet direct, et ce sur tous les terrains de la vie sociale» (49). Mais qu'entend-on par l'effet horizontal des droits fondamentaux et quelle en est l'implication?

En principe, les droits fondamentaux régissent les rapports qu'entretiennent les particuliers avec l'autorité publique. «Ze begrenzen de overheidsmacht : de klassieke liberale grondrechten doordat ze “afweerrechten” zijn die aan de burger een staatsvrije sfeer waarborgen waarin deze zich vrij kan ontplooiën; de sociale grondrechten doordat ze aangeven dat de overheidsmacht prioritair moet worden aangewend om de voorwaarden te scheppen die de burger toelaten een menswaardig leven te leiden» (50).

Au niveau international, et plus spécialement devant la Cour européenne des Droits de l'Homme, seul l'Etat peut être tenu pour responsable de la violation d'un des droits garantis par les conventions internationales relatives aux droits de l'homme. Aussi, au sein du Conseil de l'Europe, l'Etat ne fut d'abord condamné par la Cour européenne des Droits de l'Homme que pour son ingérence dans les droits consacrés dans la Convention euro-

(48) L'article 2 incrimine la discrimination commise dans la fourniture ou l'offre de fourniture d'un service, d'un bien ou de la jouissance de celui-ci. L'article 2bis condamne, quant à lui, la discrimination commise en matière de placement, de formation professionnelle, d'offre d'emploi, de recrutement, d'exécution du contrat de travail ou de licenciement de travailleurs. La Cour d'appel de Gand a précisé à ce sujet que «si la loi du 30 juillet 1981 a donné un effet horizontal par exemple au droit au logement ou encore au droit au travail, du moins pour ce qui concerne l'incitation à la différenciation interdite dans ces domaines, cela n'implique naturellement pas que quiconque a le droit d'exiger un logement ou une carrière, mais seulement qu'il est interdit dans le domaine de l'exercice, dans des conditions d'égalité, de ces droits et libertés, d'inciter à la différenciation sur la base de la race, de la couleur de la peau, de la filiation et de la filiation nationale ou ethnique (...) Cela trouve sa meilleure expression dans ce que le législateur a incriminé dans les articles 2 et 2 bis de la loi du 30 juillet 1981 en matière de pratique de la discrimination, comme la discrimination commise lors de la proposition de carrières». Gand, 21 avril 2004, [www.antiracisme.be](http://www.antiracisme.be), p. 55.

(49) Cass. (2<sup>e</sup> ch.), 9 novembre 2004, [www.cass.be](http://www.cass.be). Voy. la contribution de Benoit Gors en ce qui concerne les questions préjudicielles. Voy. également C.A., 6 octobre 2004, n°157/2004, [www.arbitrage.be](http://www.arbitrage.be) (B.25) (recours en annulation contre la loi du 25 février 2003).

(50) J. VELAERS (dir.), *Vrijheid en gelijkheid. De horizontale werking van het gelijkheidsbeginsel en de nieuwe antidiscriminatiewet*, Anvers, Maklu, 2003, p. 290. Voy. également F. DELPEREE, *Le droit constitutionnel de la Belgique*, Bruxelles-Paris, Bruylant-LGDJ, 2000, pp. 257-299, spéc. 258 et 278-282 et R. ERGEC, *Introduction au droit public*, T.II, «Les droits et libertés», Diegem, E. Story-Scientia, 1995, pp. 45 et 46.

péenne des droits de l'homme (51). Ensuite, afin d'accroître l'effectivité de la reconnaissance de ces droits, la Cour a, par une interprétation dynamique de la Convention, développé la notion d'obligations positives à charge des Etats. Ceux-ci ne seraient plus seulement tenus pour responsables en cas d'ingérence dans un droit fondamental d'un individu mais également de leur abstention à garantir effectivement un droit, que celle-ci soit constitutive en soi d'une violation du droit garanti ou qu'elle soit constitutive d'une ingérence d'un particulier dans le droit garanti (52).

Le concept d'« obligation positive » est apparu pour la première fois en 1968 à l'occasion de l'Affaire linguistique belge (53). Même si, par la suite, la Cour européenne en fit un usage de plus en plus fréquent, surtout à partir des années '80, la jurisprudence dans ce domaine a varié en fonction des droits consacrés (54). Ainsi, le principe de non-discrimination, inscrit à l'article 14 de la Convention européenne des droits de l'homme, ne comporte pas en lui-même une obligation positive générale à charge de l'Etat. Il ne peut cependant être exclu que, dans certaines circonstances, des obligations positives spécifiques soient mises à la charge des Etats (55). « Het lijkt niet onwaarschijnlijk dat, als het Hof tot de erkenning van bepaalde positieve verplichtingen komt, deze zich zullen situeren op een van de twee domeinen die de belangrijkste motieven hebben gevormd voor het opstellen van het twaalfde protocol, m.n. racisme en gelijkheid vrouw/man » (56). Les Etats pourraient donc se voir imposer « l'obligation positive de garantir l'égalité et la non-discrimination jusque et y compris dans les rapports entre les particuliers » (57).

(51) Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, signée à Rome le 4 novembre 1950, approuvée par la loi du 13 mai 1955, *M.B.*, 19 août 1955. La Convention européenne des droits de l'homme a un effet direct en Belgique et la jurisprudence européenne en matière de droits fondamentaux a permis un développement considérable des théories sur l'application des droits fondamentaux en général. Il y sera donc fait référence pour asseoir la démonstration.

(52) Voy. not. F. SUDRE, « Les 'obligations positives' dans la jurisprudence européenne des droits de l'homme », *Rev. trim. D.H.*, 1995, pp. 365 et s.; D. SPIELMANN, « Obligations positives et effet horizontal des dispositions de la Convention », in. F. SUDRE (dir.), *L'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 1998, pp. 133 et s. et S. VAN DROOGHENBROECK, « L'horizontalisation des droits de l'homme », in H. DUMONT, Fr. OST et S. VAN DROOGHENBROECK (dir.), *La responsabilité, face cachée des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 2005, spéc. pp. 361-366.

(53) Cour eur. D.H., affaire « relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique » c. Belgique, 23 juillet 1968, [www.echr.coe.int](http://www.echr.coe.int).

(54) Voy. S. VAN DROOGHENBROECK, *La Convention européenne des droits de l'homme. Trois années de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme 1999-2001*, Bruxelles, Larcier, coll. Les Dossiers du Journal des tribunaux, 2003, n° 39, p. 23-24.

(55) G. GOEDERTIER, « Artikel 14. Verbod van discriminatie », in J. VANDE LANOTTE et Y. HAECK (ed.), *Handboek EVRM. Deel 2. Artikelsgewijze Commentaar*, Vol. II, Antwerpen, Intersentia, 2004, p. 149.

(56) *Ibid.*, p. 150.

(57) S. VAN DROOGHENBROECK, « Faut-il avoir peur du Protocole 12? », *Journ. Jur.*, 24 mai 2005, n° 42, p. 9.

Du point de vue du droit interne, les obligations positives mises à charge de l'Etat (58) ont été traduites par des interventions du législateur et du juge tendant à une application horizontale des droits fondamentaux, c'est-à-dire à une application des droits fondamentaux aux relations privées (59). L'Etat a pu par ce moyen protéger plus efficacement les citoyens contre les ingérences commises dans leur droit par d'autres individus, et par voie de conséquence éviter d'être condamné par la Cour européenne pour ne pas avoir suffisamment mis en œuvre dans son ordre juridique les droits garantis par la Convention européenne des droits de l'homme (60).

Il n'empêche que, même si elle est de plus en plus acceptée, l'«horizontalisation» des droits fondamentaux n'est jamais qu'indirecte (61), qu'elle s'opère via une loi qui précise les contours des obligations ainsi mises à charge de tout individu (62) ou via le juge qui, par l'interprétation des lois et des principes généraux, essaie de préserver les droits et libertés (63). «De burgers kunnen zich dan niet rechtstreeks voor de rechter op de grondrechten beroepen in hun geschillen met medeburgers» (64). Une application horizontale directe des droits fondamentaux impliquerait que les particuliers se voient imposer le respect des droits inscrits dans la Convention européenne des droits de l'homme ou dans la Constitution tels qu'ils sont

(58) Un même raisonnement s'attache également aux dispositions constitutionnelles consacrant des droits fondamentaux mais la notion d'obligation positive n'est pas utilisée au niveau interne.

(59) S. VAN DROOGHENBROECK, «L'horizontalisation des droits de l'homme», *loc. cit.*, pp. 361-371.

(60) Selon J. Velaers, cette évolution était prévisible pour deux autres raisons : si les droits sont fondamentaux pour l'ordre juridique démocratique, cela n'a aucune importance qu'ils soient violés par l'autorité publique ou les particuliers. En outre, la distinction entre autorité publique et particuliers est une distinction ténue étant donné que des particuliers sont amenés à exercer des fonctions relevant du domaine public. J. VELAERS, *op. cit.*, p. 290.

(61) F. Sudre semble quant à lui assimiler les obligations positives et l'effet horizontal des droits garantis par la Convention européenne des droits de l'homme. F. SUDRE, *op. cit.*, p. 374. D. Spielmann, se référant avec nuance au concept de droit constitutionnel allemand de «Drittwirkung», parle d'effet horizontal indirect lorsqu'il est question des obligations positives dans le contexte des relations privées et d'effet horizontal direct pour viser l'application immédiate de la Convention européenne des droits de l'homme dans les relations purement privées. Les deux notions doivent être distinguées. Il dégage trois courants jurisprudentiels : l'un rejetant tout effet horizontal, un autre l'admettant implicitement et un dernier admettant explicitement cet effet. D. SPIELMANN, *loc. cit.*, pp. 135 (note 7) et 152 et s. et pp. 164-168.

(62) Le législateur peut par exemple intervenir par le medium du droit pénal en rendant punissable le comportement violent un droit fondamental ou par le medium du droit civil en limitant la liberté contractuelle. J. VELAERS, *op. cit.*, p. 293.

(63) S. Van Drooghenbroeck rappelle l'existence de «querelles conceptuelles relatives aux termes les plus appropriés pour désigner le phénomène d'horizontalisation (...)». S. VAN DROOGHENBROECK, «L'horizontalisation des droits de l'homme», *loc. cit.*, p. 360. Nous nous efforçons dans la présente contribution d'expliquer le phénomène sans vouloir entrer dans ce débat terminologique.

(64) *Ibid.*, p. 291.

interprétés par les juridictions sans autre précision quant à leur contenu (65). (66)

Pour qu'elle atteigne son objectif d'efficience dans la protection des droits de l'homme, l'horizontalisation des droits fondamentaux nécessite donc que le législateur — et le juge par la suite — fasse œuvre clarificatrice et transforme les concepts «flous» de but poursuivi d'intérêt général, de justification raisonnable et de nécessité dans une société démocratique, qui lui permettent de justifier le cas échéant l'instauration par la loi d'un traitement différent, en critères comportementaux clairs et précis. C'est sans doute une des grandes particularités de la loi anti-discrimination de ne pas avoir rempli totalement cette condition. En considérant que l'on puisse reprocher à un particulier d'adopter un comportement discriminatoire dès lors qu'il traite différemment deux catégories de personne sur la base d'un critère de distinction «suspect» et sans qu'il existe une justification objective et raisonnable à son acte (67), la loi applique en réalité aux rapports entre particuliers «les paramètres décisionnels d'un contrôle de constitutionnalité élaboré dans le cadre des rapports “verticaux” se nouant entre les individus et l'autorité publique» (68).

Le Conseil d'Etat n'avait d'ailleurs pas manqué de rappeler, lorsqu'il avait rendu son avis sur la proposition de loi, que «le législateur ne peut

(65) Pour Fr. Rigaux, «l'effet réflexe indirect est une explication superflue et par conséquent nuisible des mécanismes d'interprétation de la loi». Il existe un effet d'irradiation des textes consacrant les droits fondamentaux qui imprègne nécessairement l'interprétation et l'application des lois sans pour autant devoir parler d'effet horizontal. Lorsqu'une liberté ou un droit est invoquée devant le juge contre un individu qui réclame une réparation pour le dommage subi suite à l'exercice de cette liberté, «c'est pour se prémunir contre une condamnation éventuelle que le défendeur se prévaut d'une liberté *vis-à-vis du tribunal*», c'est à dire vis-à-vis de l'Etat. Fr. RIGAUX, *La protection de la vie privée et des autres biens de la personnalité*, Bruxelles-Paris, Bruylant-LGDJ, 1990, pp. 680-681; voy. également pp. 683 et s. Pour V. Coussirat-Coustère, rien ne s'oppose à ce que le juge interne applique la Convention européenne des droits de l'homme dans des contentieux inter-individuels. «Cela résulte de ce que la Convention fait partie de la légalité que le juge doit respecter et, par conséquent, l'effet direct des droits garantis est autant vertical (contentieux de droit public) qu'horizontal (contentieux de droit privé)». V. COUSSIRAT-COUSTERE, «Convention européenne des droits de l'homme et droit interne : Primauté et effet direct», in L.-E. PETTITI et al. (ed.), *La Convention européenne des droits de l'homme. Actes de la journée d'étude du 16 novembre 1991 organisée à Lille*, Bruxelles, Nemesis, 1992, pp. 14 et s. Il semble toutefois que l'«horizontalisation» des droits fondamentaux va plus loin que l'interprétation des lois au regard des dispositions constitutionnelles et conventionnelles notamment en vue de combler les lacunes du droit positif. Il s'agit d'imposer des obligations «fondamentales» aux particuliers en se référant à des critères d'appréciation analogues à ceux utilisés lorsqu'il s'agit de l'Etat.

(66) Appliquée «à l'extrême», cette idée pourrait poser problème en termes de légalité des incriminations pénales, d'accessibilité et de prévisibilité de la loi. Voy. la contribution de Matthieu Lys.

(67) Et qu'il ne s'agit pas d'affaires purement privées. En effet, le champ d'application de la loi de 2003 ne comprend pas les activités privées. Voy. not. S. VAN DROOGHENBROECK, «La loi du 25 février 2003 tendant à lutter contre la discrimination : les défis d'une 'horizontalisation' des droits de l'homme», *A.P.T.*, 2003, pp. 227-228 et O. DE SCHUTTER, *op. cit.*, p. 848.

(68) S. VAN DROOGHENBROECK, *op. cit.*, p. 237.





obliger les citoyens à traduire dans tous les actes de leur vie sociale et dans la manifestation de leurs opinions les conceptions du pouvoir en matière de “lutte contre les discriminations”» (69).

Toutefois, même s’il est vrai que l’application pratique de cette loi risque de poser parfois problème, ce qui lui retirera une part de son efficacité, force est de constater que le droit privé avait permis de développer, notamment par la théorie de l’abus de droit, l’idée que la licéité des actes d’un individu peut être appréciée en fonction du but qu’il poursuit, des moyens qu’il utilise et des préjudices qui en découle (70).

## 2. — *Des discriminations passées au «double» crible*

Une autre caractéristique de la loi anti-discrimination est de compléter et de renforcer la loi anti-racisme. Afin notamment de préserver la visibilité acquise par la loi anti-racisme du 30 juillet 1981, il a été décidé de ne pas l’intégrer dans la nouvelle loi «générale» anti-discrimination. Aussi la loi de 2003 complète la loi anti-racisme en s’attaquant, pénalement (71), à l’incitation à la discrimination fondée sur d’autres critères que la “prétendue race”, la couleur, l’ascendance ou l’origine nationale ou ethnique et la renforce en instaurant une procédure civile de lutte contre toutes les discriminations y compris raciale ou ethnique (72).

L’absence d’intégration de toutes les dispositions visant à lutter contre les discriminations a été critiquée par la plupart des auteurs notamment pour son manque de lisibilité du dispositif législatif applicable, et ce d’autant que les deux lois, bien qu’apparemment analogues, ont une portée fort différente. Il est ainsi remarquable de constater que la définition de la

(69) Proposition de loi tendant à lutter contre la discrimination et modifiant la loi du 15 février 1993 créant un Centre pour l’égalité des chances et la lutte contre le racisme, Avis du Conseil d’Etat du 16 novembre 2000, *Doc. parl.*, Sén., session ord. 2000-2001, n° 2-12/15, p. 9.

(70) S. VAN DROOGHENBROECK, *op. cit.*, p. 237 et K. BERNAUW, «De wet bestrijding discriminatie en verzekeringen», in M. DE Vos et E. BREMS (ed.), *De wet bestrijding discriminatie in de praktijk*, Antwerpen, Intersentia, 2004, pp. 278-279.

(71) J. Velaers rappelle que le droit international n’imposait pas au législateur belge de pénaliser les discriminations visées dans les directives 2000/43/CE et 2000/78/CE qu’il transposait. La Cour d’arbitrage l’a en effet précisé lorsqu’elle a procédé au contrôle de constitutionnalité de la loi du 25 février 2003 (C.A., 6 octobre 2004, n°157/2004, [www.arbitrage.be](http://www.arbitrage.be) (B.17)). J. VELAERS, «Het Arbitragehof en de antidiscriminatiewet», *T.B.P.*, 2004/10, p. 605. Tom Vander Beken remet également en question la nécessité du caractère pénal de la loi anti-discrimination en se référant à l’absence de disposition équivalente à l’article 3 de la loi de 1981. «Nu zelfs een bepaling als artikel 3 van de Antiracismewet (...) in de Wet Bestrijding Discriminatie ontbreekt (...), kan de vraag gesteld worden of het wel *überhaupt* zinvol is geweest nieuwe strafbepalingen in te voeren». T. VANDER BEKEN, *loc. cit.*, pp. 270-271.

(72) Art. 2 et 18 à 22 de la loi du 25 février 2003.





discrimination n'est pas la même (73). Cette singularité suscite quelques réflexions.

On précisera tout d'abord que, même si la discrimination indirecte n'est définie distinctement que dans la loi de 2003, elle est en fait également visée par la loi anti-racisme (74) puisque la discrimination qui y est prohibée est une distinction, exclusion, restriction ou préférence ayant ou *pouvant avoir pour but ou pour effet* de porter atteinte à un droit fondamental (75). La remarque doit être néanmoins nuancée suite à l'arrêt rendu par la Cour d'arbitrage à propos de la loi du 25 février 2003. En annulant la liste des motifs de discrimination et en ouvrant la loi «à toutes les discriminations, quel que soit le motif sur lequel elles sont fondées» (76), la Cour a du même coup diminué l'intérêt de la distinction entre discrimination directe et indirecte (77). «Dat onderscheid vooronderstelt immers zo'n limitatieve lijst, zowel voor de definitie van "directe discriminatie" als voor die van de "indirecte discriminatie". "Ogenschijnlijk neutraal" in artikel 2, par. 2, betekent immers dat het onderscheid niet rechtstreeks gebaseerd is op een van de in de lijst voorkomende gronden (...) Wat overblijft heeft immers geen autonome normatieve betekenis meer, omdat het "onafscheidelijk verbonden" was met in artikel 2, par. 1, vernietigde zinsdeel» (78). En fait, les deux types de discrimination doivent sans doute être maintenus mais devraient éventuellement être visés, comme dans la loi de '81, dans une même définition.

Au-delà de cette question de cohérence de texte, la coexistence des deux définitions semble témoigner résolument d'une divergence d'approche du phénomène discriminatoire. Alors que l'incitation à la discrimination raciale est pénalement érigée en une interdiction absolue dans la loi de

(73) L'article 2 de la loi du 25 février 2003 énonce qu'«il y a discrimination directe si une différence de traitement qui manque de justification objective et raisonnable est directement fondée sur le sexe, une prétendue race, la couleur, l'ascendance, l'origine nationale ou ethnique, l'orientation sexuelle, l'état civil, la naissance, la fortune, l'âge, la conviction religieuse ou philosophique, l'état de santé actuel ou futur, un handicap ou une caractéristique physique (...)» et qu'«il y a discrimination indirecte lorsqu'une disposition, un critère ou une pratique apparemment neutre a en tant que tel un résultat dommageable pour des personnes auxquelles s'applique un des motifs de discrimination visés au §1<sup>er</sup>, à moins que cette disposition, ce critère ou cette pratique ne repose sur une justification objective et raisonnable». L'article 1<sup>er</sup> de la loi du 30 juillet 1981 dispose, quant à lui, qu'«il y a lieu d'entendre par 'discrimination' toute distinction, exclusion, restriction ou préférence ayant ou pouvant avoir pour but ou pour effet de détruire, de compromettre ou de limiter la reconnaissance, la jouissance ou l'exercice, dans des conditions d'égalité, des droits de l'homme et des libertés fondamentales dans les domaines politique, économique, social ou culturel ou dans tout autre domaine de la vie sociale».

(74) O. DE SCHUTTER, *op. cit.*, p. 846.

(75) On n'a cependant pas trouvé de décision de jurisprudence constatant une discrimination indirecte sur la base de la loi de 1981. Sans doute la difficulté d'apporter la preuve de la discrimination dans le cadre de la loi de 1981 a-t-elle joué un rôle.

(76) C.A., 6 octobre 2004, n°157/2004, [www.arbitrage.be](http://www.arbitrage.be) (B.15).

(77) Voy. *infra* pour une analyse plus développée de l'arrêt.

(78) J. VELAERS, *op. cit.*, p. 603. L'auteur ajoute que l'article 2, par. 2, n'ayant plus d'intérêt, la Cour aurait pu l'annuler en son entier.



1981 (79), l'incitation à la discrimination fondée sur d'autres critères n'est pénalement punissable que si le traitement distinct n'est pas susceptible de justification objective et raisonnable (80). On notera par ailleurs que seule l'intention de discriminer est érigée en infraction par la loi de 2003 alors que la loi de 1981 condamne, outre l'incitation, l'acte discriminatoire commis dans la fourniture de services ou de biens ou sur le marché du travail (81).

L'assouplissement apparent de l'appréciation du fait discriminatoire — étant donné la possibilité de justification — est encore plus étonnant lorsqu'on examine les dispositions civiles de la loi anti-discrimination. Au terme de son article 19, toute discrimination fondée par exemple sur le sexe, l'âge, l'orientation sexuelle mais également la «prétendue race», la couleur, l'ascendance ou l'origine nationale ou ethnique peut entraîner une action en cessation. En cas d'action au civil, la distinction de traitement pour des motifs prétendument raciaux ne sera pas sanctionnée si elle est justifiée objectivement et raisonnablement. Aussi, une personne présumée raciste pourrait-elle être condamnée pénalement sur la base de la loi de 1981 et pour les mêmes faits échapper à une sanction civile en fonction des arguments invoqués. Il semble, cependant, que cela ne soit pas le cas en pratique. Confronté à des formulations différentes, le juge procède toujours, lorsqu'il s'agit d'un litige où sont en jeu des droits fondamentaux, à un contrôle de proportionnalité (82).

L'arrêt de la Cour d'appel de Gand en est un exemple. Amenée à apprécier si le groupe — le Vlaams Blok —, auquel appartenaient les a.s.b.l. poursuivies, avait pratiqué ou prôné la discrimination au sens de l'article 1<sup>er</sup> de la loi de 1981, la Cour a déclaré que «la seule question qui se posait était alors celle de savoir si les différenciations proposées dans les domaines précités (fût-ce entre ressortissants UE et ressortissants non UE) peuvent

(79) D. VOORHOOF, *loc. cit.*, p. 185.

(80) Sur la notion de «justification objective et raisonnable», voy. *supra* et E. BREMS et S. VAN DROOGHENBROECK, «Le Vlaams Blok, groupement raciste. A propos de l'arrêt de la cour d'appel de Gand du 21 avril 2004», obs. sous Gand, 21 avril 2004, *J.T.*, pp. 594-595; S. VAN DROOGHENBROECK, *op. cit.*, pp. 233 et s.; J. VELAERS, «*Vrijheid en gelijkheid...*», *op. cit.*, pp. 306-310 et D. VOORHOOF, *loc. cit.*, pp. 186-188.

(81) Voy. P. BORGHS, *De antidiscriminatiewet. Handleiding bij de Wet ter bestrijding van discriminatie*, Antwerpen, Garant, 2003, pp. 29-30; T. VANDER BEKEN, *loc. cit.*, pp. 270-271; S. VAN DROOGHENBROECK, *op. cit.*, pp. 246-247; J. VELAERS, *op. cit.*, pp. 320-322 et D. VOORHOOF, *loc. cit.*, pp. 188-190.

(82) Voy. arrêt C.A., 6 octobre 2004, n° 157/2004, [www.arbitrage.be](http://www.arbitrage.be). «La notion de discrimination (...) a fait l'objet d'une jurisprudence abondante, notamment de la Cour européenne des droits de l'homme et de la Cour d'arbitrage (...) Selon une jurisprudence constante de la Cour européenne, 'une distinction est discriminatoire si elle manque de justification objective et raisonnable, c'est-à-dire si elle ne poursuit pas un but légitime ou s'il n'y a pas de rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé' (arrêt du 28 mai 1985, Série A, n° 94, § 72). Les dispositions de la loi ne visent donc que la notion de discrimination qui correspond à la définition concordante que donnent de cette notion tant la Cour européenne que la Cour d'arbitrage, de même que la Cour de cassation et le Conseil d'Etat» (B.35).

passer l'épreuve de la légitimité et de la proportionnalité; et la réponse à la question ci-dessus est en l'espèce évidemment non, puisque toutes les différenciations proposées ont un objectif commun expressément allégué, à savoir le retour de la toute grande majorité des étrangers non européens séjournant dans notre pays, spécialement les Turcs et les Nord-Africains, vers leurs pays d'origine» (83).

### 3. — *La discrimination sur la base des opinions politiques*

Le 6 octobre 2004 — soit un mois avant l'arrêt de la Cour de cassation — la Cour d'arbitrage devait se prononcer, non sans une certaine ironie du sort, sur un recours introduit par des non-démocrates contre une loi censée défendre les valeurs fondamentales de l'Etat de droit. La Cour rendit un arrêt surprenant (84). Tout en annulant une partie de la loi anti-discrimination, elle sauvait le dispositif législatif en suggérant la façon la plus efficace de lui permettre de remplir l'objectif qui lui était assigné : l'épanouissement d'une société pluraliste et démocratique (85). Ce faisant elle procédait à une interprétation sans doute extensive de ses compétences (86).

La Cour d'arbitrage fit notamment droit à l'argument selon lequel il est discriminatoire de ne pas avoir inclus les opinions politiques (87) dans les motifs de discrimination visés dans la loi du 25 février 2003. Le rejet des convictions politiques au titre de critère de discrimination prohibée était un choix délibéré du législateur (88) voulant éviter d'offrir «une arme nouvelle

(83) Gand, 21 avril 2004, [www.antiracisme.be](http://www.antiracisme.be), p. 55.

(84) C.A., 6 octobre 2004, n° 157/2004, [www.arbitrage.be](http://www.arbitrage.be).

(85) Voy. la contribution de Nicolas Bonbled.

(86) Voy. not. J. VELAERS, «Het Arbitragehof...», *op. cit.*, pp. 603-605 et P. JOASSART, «La loi anti-discrimination et l'arrêt de la Cour d'arbitrage. Une victoire pour le Vlaams Blok?», *Journ. proc.*, 31 décembre 2004, n° 493, pp. 8-11.

(87) On notera que le concept d'opinion politique n'a pas fait l'objet d'une définition précise. S'il semble qu'une opinion énoncée par un parti politique ou par un membre d'un parti politique à ce titre ainsi qu'une opinion émise au sujet d'une idée avancée par un parti politique ou un membre d'un parti politique sont des opinions politiques, la réponse est moins évidente lorsque l'opinion émise concerne l'organisation de l'Etat mais ne s'inscrit pas dans le champ du débat mené par un parti politique.

(88) «(...) Les convictions politiques ou autres sont exclues de la liste des discriminations. En effet, les événements politiques récents nous rappellent qu'il est fondamental de rester vigilants à l'égard des partis non démocratiques et liberticides. L'oratrice ne souhaite donc pas que ces partis extrémistes puissent tenter de s'appuyer sur la loi pour essayer d'interdire toute critique ou toute mise en cause politique de leurs prises de position politiques».

«Le gouvernement opte également pour l'insertion dans la liste des bases de discrimination figurant à l'article 2, §2, de la conviction religieuse et philosophique, étant donné que cette base de discrimination est également prévue à l'article 13 du Traité d'Amsterdam et dans la directive européenne portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail. Il doit être clairement établi que par convictions religieuses et philosophiques, l'on entend uniquement celles qui apparaissent dans les travaux préparatoires de la

aux extrémistes de tous bords» (89). La Cour n'a pas considéré ce choix comme raisonnablement justifié (90). Elle le démontre en trois temps.

Tout d'abord, «compte tenu de l'objectif général de la loi *de supprimer et de combattre toutes les formes de discrimination* (91), il n'est pas pertinent d'exclure certains motifs de discrimination du champ d'application de la loi» (92). Ensuite, en prévoyant la possibilité de justifier une différence de traitement fondée sur une caractéristique suspecte (93), «la loi offre suffisamment de garanties pour empêcher d'éventuels abus, sans qu'il soit nécessaire, comme en l'espèce, de priver une catégorie de victimes de discrimination de la protection de la loi» (94). Enfin, «la différence de traitement litigieuse donne l'impression, contrairement à l'objectif général de la loi, que la discrimination fondée sur des motifs non mentionnés ne mérite pas une même protection. Rien ne justifie qu'une différence de traitement fondée sur un motif tel que la conviction politique ou la langue ne puisse faire l'objet des mesures civiles prévues par la loi entreprise» (95).

En annulant dans la définition de la discrimination uniquement la liste limitative des critères suspects, la Cour a, en réalité, élargi le champ d'application de la loi. Désormais, la discrimination sur la base de la langue ou de la conviction politique, comme sur la base de tout critère de distinction (96), est punissable (97). Cette extension ne vaut toutefois qu'en matière civile. En effet, la Cour d'arbitrage, interrogée également sur la pertinence de la limitation des motifs de discrimination dans les dispositions pénales de la loi de 2003, a déclaré qu'«il peut être admis que, lorsqu'il décide d'instaurer une

directive. Les convictions qui n'ont aucun lien avec des questions se rapportant à l'existence ou pas d'un dieu, telles que les convictions politiques ne sont pas concernées». Proposition de loi tendant à lutter contre la discrimination et modifiant la loi du 15 février 1993 créant un Centre pour l'égalité des chances et la lutte contre le racisme, Rapport, *Doc. parl.*, Sén., session ord. 2001-2002, n° 2-12/15, pp. 55 et 64.

(89) S. VAN DROOGHENBROECK, *op. cit.*, p. 225.

(90) Le Conseil d'Etat avait admis l'idée d'une liste exhaustive de critères de discrimination pour autant toutefois que «ce choix soit compatible avec le droit européen et puisse être justifié au regard des articles 10 et 11 de la Constitution». Proposition de loi tendant à lutter contre la discrimination et modifiant la loi du 15 février 1993 créant un Centre pour l'égalité des chances et la lutte contre le racisme, Avis Conseil d'Etat, *Doc. parl.*, Sén., session ord. 2001-2002, n° 2-12/5, p. 13.

(91) Nous ajoutons.

(92) B. 13.

(93) Pour une discussion du choix de ce système de justification, voy. not. S. VAN DROOGHENBROECK, *op. cit.*, pp. 233 et s. et J. VELAERS, «*Vrijheid en gelijkheid...*», *op. cit.*, pp. 308-312.

(94) B. 14.

(95) *Ibid.*

(96) Les discussions de réforme de la loi du 25 février 2003 portent notamment sur cette question.

(97) On remarquera qu'étant donné que tout critère de distinction est actuellement visé par la loi, la détermination de la signification précise du concept d'opinion (ou conviction) politique est sans doute moins importante. Sur la problématique des critères de distinction visés de manière non limitative, voy. entre autres G. GOEDERTIER, *loc. cit.*, pp. 153 et 154; Cour eur.D.H., arrêt ENGEL ET AUTRES du 8 juin 1976, *Public. Cour eur.D.H.*, série A, n° 22, §72 et Cour eur.D.H., arrêt RASMUSSEN du 28 novembre 1984, *Public. Cour eur.D.H.*, série A, n° 87, §34.

telle répression, qui limite l'exercice d'une liberté constitutionnelle et qui met en oeuvre l'effet horizontal du principe d'égalité et de non-discrimination, le législateur se borne à sanctionner dans un premier temps les expressions qui lui paraissent les plus répréhensibles» (98). Cette affirmation est renforcée par le fait qu'à l'avenir «les mesures non pénales, *quant à elles* (99), prévues par la loi s'appliquent à tout comportement discriminatoire qui entre dans le champ d'application de la loi attaquée» (100).

Pour autant qu'elle se trouve dans le champ d'application matériel (101) — certes assez large — de la loi anti-discrimination, une personne pourrait donc aujourd'hui se plaindre d'une distinction de traitement qui serait motivée par ses opinions politiques. Sous l'importante réserve que cette différence ne fasse pas l'objet d'une justification objective et raisonnable. C'est cette dernière condition qui permettra d'éviter les abus que serait tenté de commettre un parti extrémiste ou un de ses membres et que redoutait le législateur. C'est aussi cette condition qui permettra d'empêcher les abus dont ils feraient l'objet. Il appartiendra alors au juge d'apprécier *in concreto* la réalité de la distinction et de son éventuelle justification.

Concrètement, une entreprise qui défend dans son objet social une «idéologie de gauche» ou les droits des personnes d'origine étrangère pourrait ne pas engager un membre d'un parti d'extrême-droite ou une personne notoirement (102) raciste. Inversement, une personne qui se verrait refuser l'entrée d'un café en raison de son appartenance à un parti extrémiste, pour autant que ce refus ne soit pas fondé sur des comportements précis de celle-ci, pourrait invoquer l'existence d'une discrimination à son égard (103). Il en serait de même *a priori* en cas de refus de location (104) en raison des opinions racistes ou politiques (105) du candidat locataire (106).

(98) B. 25.

(99) Nous ajoutons.

(100) B. 26.

(101) Voy. not. S. VAN DROOGHENBROECK, *op. cit.*, pp. 227 et s; P. BORGHS, *op. cit.*, pp. 27 et s. et C.A., 6 octobre 2004, n° 157/2004, [www.arbitrage.be](http://www.arbitrage.be).

(102) A prouver notamment par une condamnation sur cette base.

(103) Pour une appréciation du refus de fournir un service en raison des opinions politiques, antérieure à la loi du 25 février 2003, voy. Comm. Bruxelles (cess.), 6 novembre 1998 (De Belgische Staat t. VZW Vlaamse Concentratie), *inéd.* et H. DUMONT et F. TULKENS, «Les activités liberticides et le droit public belge», in H. DUMONT, P. MANDOUX, A. STROWEL et F. TULKENS (dir.), *Pas de liberté pour les ennemis de la liberté? Groupements liberticides et droit*, Bruxelles, Bruylant, 2000, pp. 258-261.

(104) Pour autant que la mise en location soit publique comme par exemple par l'entremise d'une agence immobilière.

(105) A ce propos, il serait sans doute intéressant de se pencher sur la question de savoir dans quelle mesure une opinion raciste peut être considérée comme une opinion politique mais cela nous mènerait trop loin dans cette contribution.

(106) Voy. deux décisions, l'une reconnaissant la discrimination et l'autre pas, relative au refus de location d'un bien à un couple en raison de son orientation homosexuelle : Civ. Nivelles, 19 avril 2005, *inéd.* et Civ. Gand, 31 décembre 2003, *inéd.* Voy. pour un refus de location à un couple en raison de la prétendue race et de l'origine nationale ou ethnique : Civ. Bruxelles, 3 juin 2005, *inéd.*



Reste, enfin, à savoir qu'elle est la portée exacte de l'article 3 de la loi du 25 février 2003 qui dispose que «la présente loi ne porte pas atteinte à la protection et à l'exercice des libertés et des droits fondamentaux qui sont mentionnés dans la Constitution et les conventions internationales relatives aux droits de l'homme». Insérée par amendement, cette disposition avait au départ pour objectif de prévoir des exceptions, notamment en matière de recrutement, au profit des organisations fondées sur des convictions religieuses, comme le permet la directive 2000/78/CE du Conseil du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail (article 4, §2). Au terme des débats parlementaires, on s'était mis d'accord pour viser l'exercice de toutes les libertés reconnues et plus seulement l'exercice de la liberté religieuse. Et la ministre de demander «que l'on marque son accord sur la thèse que toute distinction fondée sur l'exercice d'une liberté inscrite dans la Constitution ne peut pas être poursuivie comme un acte discriminatoire. Une telle distinction sera alors considérée d'office comme légitime» (107).

Alors de deux choses l'une : soit cet article a une portée purement symbolique, ce qui est concevable (108), soit il permet d'invoquer l'exercice d'une liberté pour que la distinction de traitement opérée ne soit pas considérée comme une discrimination. Ainsi, on pourrait imaginer qu'une personne refuse de louer une salle de mariage à une personne qu'elle sait raciste parce que le racisme heurte sa conscience. Il resterait alors au juge à évaluer si la liberté d'opinion invoquée pour discriminer peut l'emporter sur le droit à l'égalité (109). En matière de racisme, l'on pourrait peut-être en arriver à soutenir qu'une personne puisse ainsi se «dédouaner» parce que le racisme et la xénophobie sont contraires aux fondements de la démocratie. Qu'en serait-il par contre si la raison du rejet est l'opinion politique ou une autre caractéristique du candidat locataire ? Au risque d'être emporté dans une spirale centripète, il y aurait sans doute lieu de préciser ce qui sous-tend cette disposition.

\*

\*   \*

(107) Proposition de loi tendant à lutter contre la discrimination et modifiant la loi du 15 février 1993 créant un Centre pour l'égalité des chances et la lutte contre le racisme, Rapport, *Doc. parl.*, Sén., session ord. 2001-2002, n° 2-12/15, p. 142.

(108) A propos de la référence aux droits et libertés reconnus par la Constitution et les instruments internationaux, J. Jacquain rappelle que «l'exercice des libertés constitutionnelles n'est garanti que 'sauf la répression des infractions' auxquelles il pourrait donner lieu». J. JACQUAIN, «...Et omnia discriminatio», *Chron.D.S.*, 2005/1, pp. 4-5.

(109) Sur la question des conflits entre droits fondamentaux dans le cadre de l'horizontalisation, voy. not. S. VAN DROOGHENBROECK, «L'horizontalisation des droits de l'homme», *loc. cit.*, pp. 379-388.





En confirmant la condamnation des a.s.b.l. du Vlaams Blok du chef d'appartenance et de participation à un groupe qui prône de façon manifeste et répétée la discrimination, la Cour de cassation a apporté une nouvelle pierre à l'édifice de la démocratie.

Elle rappelle que le racisme n'est pas une forme d'expression et d'action acceptable dans un Etat de droit.

Elle donne par-là une certaine impulsion à la loi, certes réformable, du 25 février 2003 tendant à lutter contre la discrimination, censée compléter la loi «antiracisme» du 30 juillet 1981, particulièrement lorsqu'est commise une discrimination suscitée par une opinion raciste.

Sa décision a cependant entraîné, à tout le moins dans un premier temps, un lissage du discours raciste et plus spécifiquement du discours politique à caractère raciste. Jusqu'aux arrêts de la Cour d'appel de Gand et de la Cour de cassation, l'article 3 de la loi du 30 juillet 1981 n'avait pas permis de produire un tel effet. Force est toutefois de constater que les récentes applications par les cours et tribunaux de la loi du 25 février 2003 semblent pouvoir avoir la même conséquence. En effet, lorsqu'une personne est condamnée parce qu'elle a dit refuser pour des motifs interdits de louer sa maison, ne sera-t-elle pas plus encline à l'avenir à taire ses véritables motifs et à en trouver d'autre admis pour justifier son attitude qu'à modifier réellement son comportement?

Dès lors, il y a sans doute lieu de se demander si ce lissage constitue une avancée.

On répondra tout d'abord que cette hypothèse a été envisagée et qu'aujourd'hui l'interdiction de la discrimination indirecte est un signal fort à l'endroit des personnes qui, derrière des paroles neutres, continueraient à entretenir des idées intolérables.

On ajoutera ensuite que le rejet de l'autre n'est souvent que la conséquence de la non-connaissance et de la non-communication alimentées par des propos et des actes faciles et mystificateurs qui seront d'autant plus suivis qu'ils émanent de personnes jouissant d'une certaine légitimité politique ou scientifique. Si l'on arrive à limiter ces excitants à l'intolérance, il ne reste plus, si l'on ose parler ainsi, que la non-connaissance et la non-communication. Et contre ces maux-là, il y a un remède connu et praticable : l'éducation au sens noble du terme dans tous les domaines de la vie sociale et tout au long de la vie de chaque individu.