

naar leeftijd verschillende premieverhoging had doorgevoerd. De hospitalisatie-verzekeraar deed een beroep op statistieken om het beweerde discriminatoire karakter van de toegepaste premieverhoging (die verschilde naargelang de leeftijd van de verzekerde) te *weerleggen*. De Voorzitster oordeelde dat de voorgelegde statistieken enkel het karakteristieke van een hospitalisatieverzekering aantonen, zijnde het verband tussen het aantal schadegevallen per verzekerde en de leeftijd van de verzekerden. Zij tonen evenwel niet aan op grond waarvan de stijging in de kosten van een hospitalisatieverzekering verband houdt met de leeftijd van de verzekerden (84).

BESLUIT

28. Deze bijdrage bood een eerste kennismaking met de Antidiscriminatiewet. Vertrouwd met de basisbegrippen en -principes van de nieuwe regeling, is het nu mogelijk over te stappen naar de volgende bijdragen waarin de regeling verder wordt uitgediept en toegepast op specifieke domeinen van het recht. De eerste rechtspraak waarnaar in deze bijdrage werd verwezen illustreert alvast het potentiële belang van de Antidiscriminatiewet. VAN OEVELEN laat er in zijn recente kroniek van het verbintenissenrecht in elk geval geen twijfel over bestaan: het belang van de Antidiscriminatiewet voor het privaatrecht, en in het bijzonder het overeenkomstenrecht, mag niet onderschat worden (85).

(84) Voorz. Kh. Brussel 7 maart 2005, *T.B.H.* 2005, 675, noot Y. THIERY en *J.T.* 2005, 382, noot.

(85) A. VAN OEVELEN, "Kroniek van het verbintenissenrecht (1993-2004)", *R.W.* 2004-05, 1643.

Vers une nouvelle lecture de la Loi antidiscrimination à travers l'arrêt n° 157/2004 de la Cour d'arbitrage

Christine Horevoets

Assistante, Facultés universitaires Saint-Louis,

Référendaire à la Cour d'arbitrage

1. Le 6 octobre 2004, la Cour d'arbitrage prononce l'annulation partielle de la 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, à la suite du recours introduit par plusieurs représentants du Vlaams Blok et M. Storme, professeur et avocat.

La victoire du Blok n'est qu'apparente. Les motifs de l'arrêt font, en effet, ressortir que la Cour constitutionnelle a entendu préserver l'œuvre du législateur par une annulation toute en nuances. Car il ne s'agissait pas d'ôter aux victimes d'une discrimination, la protection juridictionnelle qu'entendait leur offrir la loi. Il s'agissait, au contraire, d'attribuer une protection identique à toute personne préjudiciée par une différence de traitement, quelle qu'en soit l'origine. C'est ainsi que, par l'annulation qu'elle prononce, la Cour étend le champ d'application des normes partiellement sanctionnées. D'aucuns s'étonneront de pareille démarche. Mais l'enjeu est de taille. Il s'agit de traiter dans l'égalité toute victime d'une inégalité.

2. L'arrêt de la Cour se caractérise par une complexité certaine. De nombreux moyens sont invoqués. De nombreuses réponses y sont apportées (1).

Toutes ne pourront faire l'objet d'une analyse approfondie dans la présente contribution. Quelques-unes seulement retiendront l'attention de son auteur, qui lui ont paru essentielles. Il sera renvoyé, pour l'ensemble des points qui n'ont pu être

(1) Pour les commentaires jusqu'ici publiés à propos de l'arrêt, voyez: F. ANG, «De (on)verenigbaarheid van de anti-discriminatiewet met de Grondwet», *TvMR*, 2004, n° 4, p. 15-16; J. JACQMAIN, «La loi anti-discrimination après l'arrêt de la Cour d'arbitrage: et le droit européen?», *J.D.J.*, 2004, n° 239, p. 3-4 et *Chron.D.S.*, 2005/1, p. 6-7; J. FIERENS, «Aïkido! L'arrêt 'loi anti-discrimination' de la Cour d'arbitrage», *Journ. jur.*, 19 octobre 2004, n° 35, p. 10; P. JOASSART, «La loi anti-discrimination et l'arrêt de la Cour d'arbitrage. Une victoire pour le Vlaams Blok?», *J.P.*, 31 décembre 2004, n° 493, p. 8 et s.; J. VELAERS, «Het arbitragehof en de antidiscriminatiewet», *T.B.P.*, 2004/10, p. 601 et s.

abordés, aux nombreuses et importantes études consacrées à la Loi antidiscrimination depuis son adoption (2).

Une attention plus particulière sera portée au Chapitre II de la loi, dans la nouvelle lecture que lui offre l'arrêt de la Cour.

Les notions de discrimination directe, indirecte et d'action positive seront ainsi tour à tour abordées, par le prisme du contrôle exercé par le juge. Le rôle qu'il tient dans l'application de la loi est, en effet, de premier ordre. Le juge devra, tel un équilibriste, asseoir sa conviction au fil d'un raisonnement dont les étapes lui paraîtront parfois obscures. C'est que le législateur l'incite à l'application de concepts empruntés à la jurisprudence constitutionnelle. Comme on le verra, la tâche est complexe, tant la transposition de pareils concepts dans les rapports horizontaux entre particuliers peut s'avérer problématique.

TITRE I.

L'annulation des motifs de discrimination opérée par la Cour d'arbitrage

Section 1. Le contexte normatif

3. Comme on le sait, par l'adoption de la loi du 25 février 2003, le législateur fédéral entendait se conformer à deux directives de l'Union européenne, fondées sur l'article 13 du Traité CE (3), imposant aux Etats membres de prendre les mesu-

(2) Le lecteur pourra consulter, pour une présentation complète de la loi et des sanctions qu'elle prévoit lorsque le juge constate l'existence d'une discrimination: I. AENDENBOOM, «Loi antidiscrimination ou antidérivant?», *J.D.J.*, 2003, n° 227, p. 24 et s.; E. ALOFS et A. DE BECKER, «De antidiscriminatiewet en het bestuursrecht», *NjW*, 2004, nr. 71, p. 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, p. 309 et s.; O. DE SCHUTTER, «La loi belge tendant à lutter contre la discrimination», *J.T.*, 2003, p. 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, p. 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, p. 208 et s.; *Id.*, «La non-discrimination dans les rapports entre particuliers: de nouvelles données», in *L'égalité: nouvelle(s) clé(s) du droit*?, M. PÂQUES et J.-Cl. SCHOLSEM (coord.), C.U.P., Bruxelles, Larcier, 2004, p. 79 et s.; J. VELAERS (dir.), *Vrijheid en gelijkheid. De horizontale werking van het gelijkheidsbeginsel en de nieuwe antidiscriminatiewet*, Anvers, Maklu, 2003; D. VOORHOOF, «De antidiscriminatiewet als beperking op de expressievrijheid: ultieme realisatie van gelijkheidsbeginsel of veelkoppig monster», à paraître; J. VRIELINK, S. SOTTIAUX et D. DE PRINS, «De antidiscriminatiewet. Een artikelsgewijze analyse», *NjW*, 2003, n. 24, p. 258 et s. (Deel I) et p. 294 et s. (Deel II).

(3) Celui-ci dispose en son point 1: «1. Sans préjudice des autres dispositions du présent traité et dans les limites des compétences que celui-ci confère à la Communauté, le Conseil, statuant à l'unanimité sur proposition de la Commission et après consultation du Parlement européen, peut prendre les mesures nécessaires en vue de combattre toute discrimination fondée sur le sexe, la race ou l'origine ethnique, la religion ou les convictions, un handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle».

res nécessaires à la sauvegarde de l'égalité de traitement tant dans les rapports verticaux à l'égard des autorités publiques et les particuliers, que dans les rapports des particuliers entre eux.

La directive 2000/43/CE, adoptée le 29 juin 2000 (4), retient deux motifs de discrimination: la race et l'origine ethnique. Quant à la directive 2000/78/CE du 27 novembre 2000 (5), elle porte création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail. Cette dernière, plus connue sous le nom de «directive-cadre», prohibe toute distinction fondée sur la religion ou les convictions, le handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle.

4. Soucieux de supprimer ou combattre toutes les formes de discrimination de manière globale, le législateur prévoit la possibilité de mise en œuvre de mesures pénales et civiles dans tous les cas où un individu ou une autorité dispose de la possibilité de provoquer un traitement discriminatoire (6). Il opte toutefois pour une liste de motifs, qui, bien qu'étant plus étendue que celles prévues par les deux directives, n'en reste pas moins volontairement limitative et, partant, de stricte interprétation (7). Sont ainsi considérés comme des critères de distinction suspects le sexe, la 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, le handicap ou les caractéristiques physiques (8).

Section 2. L'annulation prononcée

5. Le premier moyen invoqué par le Vlaams Blok à l'appui de sa requête en annulation était pris de la violation, par la loi dans son ensemble, et l'article 2 en particulier, des articles 10 et 11 de la Constitution, en ce que la loi s'abstenait de sanctionner les discriminations fondées sur une conviction politique, tandis que les discriminations fondées sur d'autres motifs, en l'occurrence énumérés par la loi, peuvent être sanctionnées et que des conventions internationales interdisent les discriminations qui y trouvent leur fondement.

La Cour entame l'examen du moyen par l'analyse de l'objectif poursuivi par le législateur lors de l'adoption des dispositions incriminées. Bien qu'ayant la volonté d'établir un cadre général de lutte contre toute forme de discrimination, le législateur a entendu exclure les convictions politiques en tant que motif de discrimination, justifiant sa position comme suit: «Dans des pays où des législations plus générales existent, des partis extrémistes ou des organisations intégristes s'appuient en effet sur la loi pour tenter d'interdire toute critique ou toute mise en cause publiques de leurs choix politiques ou des conséquences politiques de leurs choix religieux. Or, il faut précisément, sur ces questions, garantir la possibilité du

(4) *J.O.C.E.* n° L. 180 du 19 juillet 2000, p. 22-26.

(5) *J.O.C.E.* n° L. 303 du 2 décembre 2000, p. 16 et s.

(6) *Doc. Parl.*, Sénat, 2001-2002, n° 2-12/15, p. 6, 22 et 52 et *Doc. Parl.*, Chambre, 2001-2002, DOC 50-1407/005, p. 8, 9 et 11.

(7) Toute tentative d'extension à d'autres motifs de discrimination ayant été rejetée au cours des discussions parlementaires.

(8) Nihil.

débat public et de la critique, aussi sévère soit-elle» (9). Le législateur craignait également que des personnes qui veulent précisément défendre la discrimination fassent un usage abusif de la loi (10).

Quant au critère de la langue, tous les amendements visant à l'intégrer dans la liste énoncée par la loi ont été rejetés (11) sans autre justification que celle implicite formulée de la crainte de conflits communautaires (12).

6. Après avoir constaté que les motifs de discrimination énumérés par la loi sont des critères objectifs, la Cour procède à l'examen de leur pertinence eu égard à l'objectif général poursuivi par le législateur et aux objectifs particuliers qui ont soutenu l'exclusion de certains autres.

C'est le système de protection pour lequel a opté le législateur qui constitue l'élément déterminant du contrôle opéré par la Cour.

L'article 2 de la loi prévoit, en effet, qu'il y a discrimination directe si une différence de traitement fondée sur l'un des motifs qu'il énumère manque de justification objective et raisonnable. De même, 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 précités, à moins que cette disposition, ce critère ou cette pratique ne repose sur une justification objective et raisonnable.

Compte tenu du fait que, dans le système choisi par le législateur, il convient d'examiner si chaque différence de traitement contestée peut être justifiée de manière objective et raisonnable, la Cour considère que ce système offre, de par sa nature même, suffisamment de garanties pour empêcher d'éventuels abus, sans qu'il soit nécessaire, comme c'est le cas par l'effet de la liste limitative de critères établie par la loi, de priver une catégorie de victimes de discrimination de la protection de la loi.

Dès lors, d'après la Cour, 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. Elle annule, en conséquence, dans l'article 2, § 1er et les autres dispositions qui y font référence (soit l'article 2, § 2, § 6 et § 7 ainsi que l'article 4), les mots par lesquels les motifs de discrimination sont limités. Il en résulte, d'après la Cour, que «les dispositions des articles 2 à 4 et 18 à 31 de la loi sont (...) applicables à toutes les discriminations, quel que soit le motif sur lequel elles sont fondées (...)» (13).

(9) *Doc. Parl.*, Sénat, 2001-2002, n° 2-12/15, p. 6.

(10) *Doc. Parl.*, Sénat, 2001-2002, n° 2-12/15, p. 17, 23 et 55.

(11) *Doc. Parl.*, Sénat, 2001-2002, n° 2-12/7, p. 2; *Doc. Parl.*, Sénat, 2001-2002, n° 2-12/10, p. 21; *Doc. Parl.*, Sénat, 2001-2002, n° 2-12/11, p. 4.

(12) *Doc. Parl.*, Sénat, 2001-2002, n° 2-12/15, p. 101 à 103.

(13) Considérants B.12 à B.15 de l'arrêt.

Section 3. Commentaire particulier sur la technique d'annulation employée

7. L'annulation prononcée le 6 octobre 2003 retiendra l'attention de par la technique particulière employée par le juge constitutionnel dans son arrêt.

Il ne s'agissait pas, pour la haute juridiction, d'annuler purement et simplement les dispositions incriminées. Une telle conclusion aurait eu pour effet de mettre à l'abri de toute sanction civile et pénale les discriminations constatées entre les particuliers, ce qui, manifestement, n'entraînait pas dans les intentions des juges constitutionnels.

Quant au fait que la Cour aurait pu maintenir les effets des dispositions annulées, conformément à l'article 8, alinéa 2 de la loi spéciale, une telle mesure n'aurait pas permis de sanctionner civilement ou pénalement, dans l'attente d'une intervention législative, les discriminations fondées sur la langue ou les convictions politiques (14).

Il ne s'agissait pas non plus, pour la Cour, d'annuler la disposition incriminée en ce qu'elle exclut certains critères (15). Cette technique a plusieurs fois été utilisée par la Cour au contentieux de l'annulation. D'aucuns n'ont toutefois pas manqué de relever les difficultés liées à une telle démarche. Ainsi, d'après

(14) La Cour a ainsi jugé, dans son arrêt n° 83/2005 du 27 avril 2005, que «pour éviter l'insécurité juridique qui naîtrait du caractère rétroactif de l'annulation, notamment à l'égard des personnes qui ont introduit une demande de permis en se fiant à la réglementation critiquée, et afin de permettre au législateur décréto d'adopter une nouvelle réglementation, il convient, en application de l'article 8, alinéa 2, de la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour d'arbitrage, de maintenir les effets des dispositions annulées jusqu'au 31 décembre 2005». Pour d'autres arrêts par lesquels la Cour a annulé les dispositions attaquées en maintenant temporairement les effets, voyez les arrêts n° 40/87 du 15 octobre 1987; n° 41/87 du 29 octobre 1987; n° 45/88 du 20 janvier 1988; n° 58/88 du 8 juin 1988; n° 71/88 du 21 décembre 1988; n° 1/89 du 31 janvier 1989; n° 2/89 du 2 février 1989; n° 26/90 du 14 juillet 1990; n° 4/91 du 21 mars 1991; n° 2/92 du 15 janvier 1992; n° 33/92 du 7 mai 1992; n° 56/92 du 9 juillet 1992; n° 79/92 du 23 décembre 1992; n° 6/93 du 27 janvier 1993; n° 10/93 du 11 février 1993; n° 32/93 du 22 avril 1993; n° 57/94 du 14 juillet 1994; n° 30/96 du 15 mai 1996; n° 37/96 du 13 juin 1996; n° 42/97 du 14 juillet 1997; n° 43/97 du 14 juillet 1997; n° 30/98 du 18 mars 1998; n° 66/98 du 10 juin 1998; n° 49/99 du 29 avril 1999; n° 63/2000 du 30 mai 2000; n° 100/2000 du 4 octobre 2000; n° 3/2001 du 25 janvier 2001; n° 49/2001 du 18 avril 2001; n° 56/2002 du 28 mars 2002; n° 16/2003 du 28 janvier 2003; n° 73/2003 du 26 mai 2003; n° 78/2003 du 11 juin 2003; n° 45/2004 du 17 mars 2004; n° 49/2004 du 24 mars 2004; n° 59/2004 du 31 mars 2004; n° 106/2004 du 16 juin 2004; n° 114/2004 du 30 juin 2004; n° 132/2004 du 14 juillet 2004; n° 154/2004 du 22 septembre 2004; n° 158/2004 du 20 octobre 2004; n° 202/2004 du 21 décembre 2004; n° 1/2005 du 12 janvier 2005; n° 11/2005 du 19 janvier 2005; n° 29/2005 du 9 février 2005.

(15) La Cour s'est à maintes reprises déclarée incompétente, sur la base de l'article 1er de la loi spéciale du 6 janvier 1989 pour annuler ou suspendre une décision implicite de refus de prendre une mesure législative ou réglementaire. Dans ce sens, voyez les arrêts n° 2/91 du 7 février 1991; n° 10/92 du 13 février 1992; n° 87/2000 du 5 juillet 2000; n° 46/2003 du 10 avril 2003; n° 47/2003 du 10 avril 2003; n° 48/2003 du 10 avril 2003 et n° 22/2004 du 4 février 2004.

G. ROSOUX et F. TULKENS (16), les annulations pour omission, expression intrinsèquement contradictoire selon eux, conduiraient à une impasse: «pour que le dispositif ait un sens, l'annulation pour omission devrait annuler quelque chose (...); or cette annulation n'opère qu'en ce que la disposition ne s'applique pas, autrement dit ne devrait avoir d'effet qu'à l'égard d'une lacune. Cette annulation n'annulerait en conséquence rien du tout et la disposition subsisterait comme telle» (17).

8. L'annulation prononcée est d'une autre nature: en faisant disparaître une partie du texte de la loi incriminée, elle a pour effet d'étendre le champ d'application de la loi à tout motif susceptible de fonder une différence de traitement, soit bien au-delà des critères retenus par la requête. C'est ainsi que tout particulier qui se prétend victime d'une discrimination directe ou indirecte pourra bénéficier de la protection juridictionnelle offerte par le législateur sur le plan civil, quel que soit le motif qui sert de fondement à la distinction. Comme l'écrit Jan VELAERS, plutôt qu'«amputer», la Cour opère une «chirurgie réparatrice» (18).

(16) G. ROSOUX et F. TULKENS, «Considérations théoriques et pratiques sur la portée des arrêts de la Cour d'arbitrage», in *La Cour d'arbitrage: un juge comme les autres?*, Actes du colloque organisé par la Faculté de droit de l'Université de Liège et la Conférence libre du Jeune Barreau de Liège le 28 mai 2004, Ed. Jeune Barreau de Liège, 2004, p. 113.

(17) Pour un tel procédé au contentieux d'annulation, voyez les arrêts n° 102/2003 du 22 juillet 2003; n° 5/2004 du 14 janvier 2004; n° 7/2004 du 21 janvier 2004; n° 147/2004 du 15 septembre 2004.

L'on trouve, en revanche, de nombreuses applications de la déclaration d'inconstitutionnalité d'une omission législative au contentieux préjudiciel. Les implications sont toutefois bien différentes. Il ne s'agit, en effet, pas d'annuler une «absence de norme» mais de déclarer la norme visée par le juge a quo incompatible avec la Constitution en ce qu'elle exclut de son champ d'application une catégorie de personnes sans justification raisonnable. Il revient alors au juge de tirer les conséquences de cette déclaration d'inconstitutionnalité en accordant à la catégorie préjudiciée le bénéfice du traitement plus favorable. Pour une application de cette jurisprudence au contentieux préjudiciel, voyez Ch. HOREVOETS et P. BOUCQUEY, *Les questions préjudicielles à la Cour d'arbitrage, Aspects théoriques et pratiques*, Bruxelles, Bruylant, 2001, pp. 262 et suivantes; A propos des lacunes législatives, voyez également A. ALÉN, «Onggrondwettige lacunes in de wetgeving volgens de rechtspraak van het Arbitragehof», in *Liber amicorum Roger Blanpain*, Bruges, die Keure, 1998, p. 655-672; P. POPELIER, «De beoordeling door het Arbitragehof van het ontbreken van een wettelijke regeling», *R.W.*, 1996-1997, n° 37, p. 1249-1252; H. SIMONART, obs. sous C.A., arrêt n° 31/96, du 15 mai 1996, *J.T.*, 1997, p. 3 et s.; P. VANDERNOOT, «Le mécanisme préjudiciel devant la Cour d'arbitrage: forces et faiblesses», *Rev. Dr. U.L.B.*, 2002, n° 25, p. 55-67; V. VERLINDEN, «Lacunes in de wetgeving: wat doet het Arbitragehof (niet)», (noot onder Arbitragehof n° 134/2003), *R.W.*, 2003-2004, p. 1016-1018.

(18) J. VELAERS, «Het Arbitragehof en de antidiscriminatiewet», *T.B.P.*, 2004/10, p. 604. L'auteur se montre assez critique à l'égard de la solution adoptée par la Cour: «Eigenlijk gaat het Hof zo opnieuw een beetje op de stoel van de wetgever zitten. Hij verruimt immers de draagwijdte van de wet en dit tot op een punt dat sommige bepalingen zodanig worden uitgerokken dat ze wellicht ingaan tegen wat de wetgever ooit heeft beoogd...». J. VELAERS de privilégier d'autres solutions telles que la déclaration d'inconstitutionnalité sans annuler la disposition incriminée ou, mieux, l'annulation de la norme avec maintien de ses effets jusqu'à une nouvelle intervention législative.

.../...

9. La Cour d'arbitrage n'aurait sans doute pu atteindre pareil résultat si le texte de la loi avait été autrement rédigé. La suppression des motifs de discrimination énoncés par la loi n'enlève, en effet, rien à sa cohérence et permet d'en étendre l'application à toutes les discriminations sans qu'une intervention législative soit rendue nécessaire. Le constat que les dispositions des articles 2 à 4 et 18 à 31 de la loi entreprise sont, dès lors, applicables à toutes discriminations, quel que soit le motif sur lequel elles sont fondées, poursuit la logique du raisonnement de la Cour. S'il n'existe aucune justification à exclure de la protection légale offerte, sur le plan civil, à la victime d'une discrimination fondée sur un motif autre que ceux énoncés par la loi, il convient d'en faire une lecture qui tienne compte de l'annulation prononcée, et cela, sans préjudice de la mission que le législateur a entendu expressément réserver à l'un ou l'autre organe pour assurer cette protection (19).

.../...

Pour Patricia POPELIER («De rechtspraak van het Arbitragehof over lacunes in de wetgeving», *T.B.P.*, 2005/4-5, p. 284 et s., particulièrement p. 291 et 293), la meilleure solution consisterait en l'adoption, dans la Constitution et la loi spéciale, d'une disposition expresse attribuant à la Cour la compétence de juger d'éventuelles lacunes constitutionnelles. L'auteur d'ajouter que si la Cour conclut à l'inconstitutionnalité d'une lacune, c'est au législateur qu'il revient en premier lieu d'y remédier.

Didier RIBES («Existe-t-il un droit à la norme? Contrôle de constitutionnalité et omission législative», *R.B.D.C.*, 1999, p. 238-247) distingue les décisions dites «bilatérales» par lesquelles «l'intervention du juge des lois déclenche un processus de correction qui doit aboutir à l'intervention du législateur. La 'contrainte' pesant sur ce dernier varie avec les types de décisions. Dans des décisions 'unilatérales', le juge constitutionnel remédie seul à l'inconstitutionnalité par omission en édictant parfois lui-même les normes nécessaires». L'auteur établit ensuite une typologie des différents dispositifs décisionnels. Il relève, à l'égard des jugements additifs (soit, reprenant les termes du doyen Favoreu, les jugements qui ajoutent au texte ce qui lui manque pour être conforme, sous couleur de l'interpréter), que ceux-ci se situent, sans aucun doute, aux limites de la compétence et du rôle du juge constitutionnel. Celui-ci peut paraître, en effet, se substituer au législateur, abandonnant sa fonction classiquement négative pour une fonction positive ou 'intégrative'.

(19) Pour P. JOASSART, «il ne faut pas se leurrer, il ne s'agit plus là d'une annulation, mais de reformulation, de réécriture de la loi. S'il est besoin de prouver ce caractère créatif du juge constitutionnel, il suffit de voir les aménagements nécessaires à harmoniser le reste de la loi avec le 'nouvel' article 2. Ainsi l'article 23 de ladite loi détermine les compétences du Centre pour l'égalité des chances: celles-ci sont déterminées en se référant à la longue énumération des motifs de discriminations contre lesquels le Centre peut, notamment, ester en justice. Ces motifs sont les mêmes que ceux de l'article 2, § 1er initial, sauf que la discrimination basée sur le sexe en est exclue de la compétence du Centre, pour être confiée à celle de l'Institut pour l'égalité des femmes et des hommes. La Cour d'arbitrage est bien en mal, face à un pareil libellé, de renouveler sa formule magique de l'annulation partielle. (...) Cette fois-ci la Cour d'arbitrage est contrainte, purement et simplement, de réécrire la loi, sans pouvoir se dissimuler derrière le paravent de l'annulation partielle.» («La loi anti-discrimination et l'arrêt de la Cour d'arbitrage. Une victoire pour le Vlaams Blok?», *J.P.*, n° 493, 31 décembre 2004, p. 10).

TITRE II.**Les conséquences de l'annulation sur les discriminations interdites**

10. D'après l'article 9 § 1er de la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour d'arbitrage, les arrêts d'annulation rendus par la Cour ont l'autorité absolue de la chose jugée à partir de leur publication au Moniteur belge. L'annulation a un effet *erga omnes* et opère avec effet rétroactif (20).

L'arrêt du 6 octobre 2003 ne déroge pas à ces principes. Compte tenu, toutefois, de la voie particulière empruntée par le juge constitutionnel, une nouvelle lecture de la loi devra être effectuée. Les notions de discrimination directe, indirecte et d'action positive s'en trouvent ainsi considérablement remaniées.

Section 1. Les discriminations directes

11. Par l'effet de l'arrêt du 6 octobre 2004, l'article 2 § 1er de la loi du 25 février 2003 doit désormais se lire comme suit: «Il y a discrimination directe si une différence de traitement manque de justification objective et raisonnable».

Une telle disposition requiert que l'on distingue la notion de discrimination par rapport à celle de la différence de traitement. Ainsi si les discriminations sont interdites au regard de la Constitution et de la loi, des différences de traitement entre deux catégories de personnes comparables peuvent être admises, quel qu'en soit le fondement, pour autant qu'elles reposent sur une justification objective et raisonnable.

Cette nouvelle lecture de la loi appelle un commentaire sur deux plans: celui de la conformité du nouveau texte aux directives européennes d'une part, et celui de l'application que devront en faire les juges confrontés au contrôle de conformité d'une différence de traitement par rapport à ladite loi, d'autre part.

(20) M. BECKERS, *L'autorité et les effets des arrêts de la Cour d'arbitrage*, Bruxelles, Story-Scientia, 1987, p. 43; P. BERCKX, *Het Arbitragehof en de gevolgen van zijn vernietigende arresten*, UGA, Kortrijk-Heule, 1986; F. DEBAETS, «Beschouwingen over het gezag van gewijsde van de arresten door het Arbitragehof gewezen op annulatieberoep»; E. KRINGS, «Beschouwingen over de gevolgen van de door het Arbitragehof gewezen arresten», *R.W.* 1985-86, 482-523, *J.T.*, 1985, p. 577-591.
H. SIMONART, «Le contrôle exercé par la Cour d'arbitrage - Section III: L'autorité des arrêts de la Cour d'arbitrage», in F. DELPÉRÉE (dir.), *La Cour d'arbitrage - Actualités et perspectives*, Bruxelles, Bruylant, 1988, p. 173-190; V. THIRY, «L'annulation des actes législatifs par la Cour d'arbitrage», in X, *Les nullités en droit belge. Sanction du vice et conséquences*, Actes du colloque organisé le 7 juin 1991 par la Conférence Libre du Jeune Barreau de Liège, Editions du Jeune Barreau de Liège, Liège, 1991, p. 451-503; J. VELAERS, *Van Arbitragehof tot Grondwettelijk Hof*, Antwerpen, Maklu, 1990, p. 325-333.

§ 1. La conformité de la loi aux directives européennes

12. Tant la «directive-racisme» 2000/43/CE du 29 juin 2000 que la «directive-cadre» 2000/78/CE du 17 novembre 2000 indiquent qu'une discrimination directe se produit lorsqu'une personne est traitée de manière moins favorable qu'une autre ne l'est, ne l'a été ou ne le serait dans une situation comparable. Aucune justification n'est donc susceptible de rendre admissible une éventuelle différence de traitement. Une seule exception, qui doit être interprétée de manière restrictive, est prévue à l'article 4 de la «directive-racisme». Celui-ci dispose, en effet, que «les Etats membres peuvent prévoir qu'une différence de traitement fondée sur une caractéristique liée à la race ou à l'origine ethnique ne constitue pas une discrimination lorsque, en raison de la nature d'une activité professionnelle ou des conditions de son exercice, la caractéristique en cause constitue une exigence professionnelle essentielle et déterminante pour autant que l'objectif soit légitime et que l'exigence soit proportionnée».

Bien loin de l'exception générale et abstraite établie *a priori* par la loi du 25 février 2003, la «directive-racisme» s'inscrit donc dans un système de justification «fermé» (21).

Quant à la «directive-cadre», elle prévoit elle aussi des exceptions à l'interdiction de principe de toute distinction de traitement. Ainsi une exception identique à celle de la «directive-racisme» est organisée à l'article 4 de la directive, relativement aux exigences professionnelles, une autre est prévue à l'article 6 relativement à des différences de traitement fondées sur l'âge, tandis qu'une exception plus générale est inscrite à l'article 2, 5°, permettant aux législations nationales de prévoir des mesures qui, dans une société démocratique, sont nécessaires à la sécurité publique, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé et à la protection des droits et libertés d'autrui. L'on insistera sur le fait que les directives habilitent les Etats seuls, et non les particuliers, à aménager des différences de traitement susceptibles de justifications admissibles.

13. Conscient du problème de conformité que cela pouvait poser à l'égard des deux directives, le législateur a tout de même opté pour un système de justification ouvert, compte tenu du fait que la loi n'était pas ciblée sur certaines discriminations bien précises, comme le sont les directives, mais avait une portée générale (22). En outre, à la différence des directives qui chargent les Etats membres de prendre des mesures, c'est le particulier qui, dans ses rapports avec les autres particuliers, peut établir des différences de traitement pour autant qu'elles soient raisonnablement justifiées par rapport à l'objectif poursuivi.

(21) Entendre ce système comme étant celui qui établit des exceptions à l'interdiction d'une différence de traitement *a priori*, de manière limitative et ponctuelle. Dans ce sens, voyez 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, p. 233.

(22) *Doc. Parl.*, Chambre, DOC. 50-1407/005, p. 10; *Doc. Parl.*, Sénat, 2001-2002, n° 02/15, p. 99-100.

Bien qu'une partie de la doctrine ait proposé une lecture conciliante des textes internationaux avec celui de la loi dans son libellé antérieur à l'arrêt de la Cour (23), une telle lecture paraît difficilement envisageable, compte tenu des effets de l'arrêt rendu le 6 octobre 2004. Celui-ci étend, en effet, sur le plan civil, la possibilité d'un traitement différencié, fondé directement sur tout critère quel qu'il soit, pour autant qu'y soit attachée une justification admissible d'après les critères légaux (24).

Une exception demeure toutefois en matière d'emploi. Ainsi, d'après l'article 2 § 5 de la loi, qui demeure inchangé par l'effet de l'arrêt de la Cour, seul le fait que

la caractéristique en cause constitue une exigence professionnelle essentielle et déterminante en raison de la nature de l'activité professionnelle ou des conditions de son exercice peut justifier une différence de traitement, pour autant que l'objectif poursuivi par son auteur soit légitime et que l'exigence soit proportionnée.

14. Une intervention législative semble s'imposer afin de corriger une transposition des directives qui, dans l'état actuel des textes, fait manifestement défaut.

§ 2. L'application jurisprudentielle de la loi

15. L'article 2 § 1er de la loi du 25 février 2003, tel qu'il ressort de l'annulation partielle opérée par la Cour, appelle une deuxième observation, relative, cette fois, à l'application que devront en faire les juges confrontés au contrôle de conformité d'une différence de traitement par rapport à ladite loi.

A l'occasion de son avis rendu sur la proposition de loi, le Conseil d'Etat a rappelé que les articles 10 et 11 de la Constitution et l'article 14 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ne condamnent pas toutes les différences de traitement, mais seulement celles qui ne reposent pas sur un critère susceptible de justification objective et raisonnable, compte tenu du but légitime poursuivi, des effets de la mesure et de la nature des principes en cause. Il doit, en outre, exister un rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé.

Les mêmes critères doivent en principe être appliqués dans le cadre de la loi du 25 février 2003, le législateur ayant manifesté à plusieurs reprises son souhait de voir les juges s'inspirer de la jurisprudence de la Cour d'arbitrage et de la Cour européenne des droits de l'homme.

La section de législation du Conseil d'Etat s'est montrée très réservée à cet égard. Outre le fait que le caractère admissible de la différence de traitement peut varier selon les valeurs de la personne intéressée ainsi que celles qui dominent à une époque déterminée, les critères appliqués peuvent paraître opaques pour les particuliers tandis qu'ils sont relativement précis pour l'autorité publique. Ainsi, le but poursuivi par un particulier ne pourra correspondre aux mêmes exigences de rationalité que celles auxquelles l'on peut en principe s'attendre d'une autorité publique. Le Conseil d'Etat de s'interroger également sur l'appréciation du critère de la proportionnalité de la mesure, constatant que le comportement du particulier sera normalement impuissant à atteindre à lui seul l'objectif poursuivi mais ne pourra qu'y contribuer, souvent dans une très faible mesure, compte tenu également du fait que, dans une société démocratique et pluraliste, les particuliers auront des conceptions différentes de la notion d'intérêt général et que les effets de leurs comportements s'annuleront (25).

(23) Pour S. VAN DROOGHENBROECK, («La loi du 25 février 2003...», *o.c.*, p. 234 et «La non-discrimination dans les rapports entre particuliers: de nouvelles données», in *L'égalité: nouvelle(s) clé(s) du droit*?, coord. M. PÂQUES et J.-Cl. SCHOLSEM, CUP, Bruxelles, Larcier, 2004, pp. 145-146) bien que l'incompatibilité de la loi et de la «directive-racisme» soit avérée, il est possible de la neutraliser sur un plan pratique par une interprétation conforme: il reviendrait au juge de n'admettre l'existence d'une justification objective et raisonnable à une différence de traitement fondée sur la race ou la couleur dans le seul domaine de l'accès à l'emploi et uniquement en présence d'une exigence professionnelle essentielle. Pour le reste, il devrait ignorer la loi belge. Dans le même sens, voyez O. DE SCHUTTER, «La loi belge tendant à lutter contre la discrimination», *J.T.*, 2003, p. 849. L'auteur d'en appeler à une intervention législative pour aligner le texte de la loi à celui de la directive 2000/43/CE. Voyez également J. VRIELINK, S. SOTTIAUX et D. DE PRINS, «De anti-discriminatiewet», *NjW*, 2003, n° 24, p. 266-267.

Pour J. VELAERS («De horizontale werking van het discriminatieverbod in de anti-discriminatiewet, enkele beschouwingen», in *Vrijheid en gelijkheid. De horizontale werking van het gelijkheidsbeginsel en de nieuwe antidiscriminatiewet*, Anvers, Maklu, 2003, p. 313), il doit être tenu compte du champ d'application couvert par les textes en cause. Dès lors que les directives n'organisent de système fermé de justification qu'eu égard aux motifs de discriminations qu'elles visent et aux domaines dans lesquels elles s'appliquent, la loi du 25 février 2003 pouvait prévoir un système de justification ouvert pour les autres motifs de discriminations et dans les autres domaines non visés par les directives.

A l'égard de la «directive-cadre», la question est controversée. Tandis que J. VELAERS considère que l'article 2, 5° de la directive érige celle-ci en système ouvert, de sorte qu'aucune contradiction n'existerait entre la loi et la directive (*ibid.*, p. 313-314), S. VAN DROOGHENBROECK considère qu'aucune des interprétations controversées qu'a reçues ledit article 2, 5° ne permet d'en déduire que le système aurait un degré d'ouverture identique à celui de la loi. L'auteur rappelle, en effet, que la disposition précitée s'adresse aux législateurs nationaux et non directement aux acteurs privés. Il propose toutefois une interprétation conforme des deux textes. Ainsi, le juge confronté à une différence de traitement en matière d'emploi ou d'affiliation syndicale ne pourra la considérer comme admissible qu'à la condition de se trouver dans le champ d'une des exceptions visées par la directive elle-même ou de constater que la différence en question est expressément autorisée par une loi jugée nécessaire, dans une société démocratique, à la réalisation d'une des fins énumérées par l'article 2, 5° de la directive. (S. VAN DROOGHENBROECK, *o.c.*, p. 235).

(24) J. JACQMAIN («La loi anti-discrimination après l'arrêt de la Cour d'arbitrage: et le droit européen?», *Chron. D.S.*, 2005, p. 6-7, *J.D.J.*, nov. 2004, n° 239, p. 3-4) va plus loin: «Au vrai, et s'il faut dire tout haut que le Roi est devenu nudiste, ce qui reste de l'article 2 de la loi du 25 février 2003 me semble parfaitement ridicule, et équivaut à une absence de transposition quant aux critères de discrimination, laquelle constitue d'office un manquement au sens de l'article 226 du Traité (arrêt *Dillenkofer*, C-178/94 etc. du 8 octobre 1996, *J.T.D.E.*, 1997, 13)».

(25) *Doc. Parl.*, Sénat, 2000-2001, n° 2-12/5, p. 6 à 8. Sur cette difficulté, voyez I. AENDENBOOM, *o.c.*, p. 25; J. VRIELINK, S. SOTTIAUX et D. DE PRINS, *o.c.*, p. 267 et F. FOUBERT.../...

16. Il résulte de ces considérations que si la jurisprudence de la Cour d'arbitrage et celle de la Cour européenne des droits de l'homme peuvent inspirer les juges qui auront à apprécier l'admissibilité d'une différence de traitement opérée par un particulier, il n'en demeure pas moins que la mise en œuvre de la protection offerte par la loi relèvera à l'évidence, d'une construction principalement prétorienne.

Ne risque-t-on pas de voir, dès lors, se développer des jurisprudences divergentes relativement à la portée des critères dont il doit être fait usage pour contrôler l'admissibilité des différences de traitement constatées?

17. Si la difficulté de transposer des critères qui s'appliquent en principe aux autorités publiques dans la sphère des relations entre particuliers ne peut être niée (26), quelques pistes de réflexions peuvent, à notre estime, être engagées. Celles-ci devraient s'inscrire au croisement de deux types de raisonnements: celui qu'empruntent les jurisprudences constitutionnelle et conventionnelle relatives au principe d'égalité et celui tenu, sur le plan du droit interne, dans le cadre de la théorie de l'abus de droit (27).

Si l'on s'en tient, pour commencer, à la jurisprudence de la Cour d'arbitrage et de la Cour européenne des droits de l'homme au contentieux de l'égalité, plusieurs éléments doivent être examinés pour conclure au caractère discriminatoire, ou non, de la mesure critiquée (28).

.../...

(«Basisconcepten van de wet bestrijding discriminatie en haar verhouding tot andere antidiscriminatieregels», in *De wet bestrijding discriminatie in de praktijk*, M. DE VOS en E. BREMS (Ed.), Antwerpen, Intersentia, 2004, p. 5-6) qui relève qu'une différence de traitement dont le caractère discriminatoire pourrait être constaté par un juge, pourrait être admise par un autre, selon une conception propre à chacun, empêchant l'émergence d'une unanimité dans la jurisprudence.

(26) Pour S. VAN DROOGHENBROECK, les doutes émis par le Conseil d'Etat sont, jusqu'à un certain point, fondés. A son estime, en effet, «il est par évidence exclu que l'on exige d'un particulier qu'il motive ses actions par la poursuite d'un 'intérêt général' semblable à celui qui doit présider aux actions d'un législateur: l'objectif de l'action particulière ne cesse pas d'être légitime par cela seul qu'il est 'égoïste', c'est-à-dire qu'elle ne vise que la seule réalisation des intérêts propres de l'agent». L'efficacité de son action ne pourrait, de même, être appréciée selon les mêmes standards que ceux qui permettent d'apprécier l'efficacité de l'action législative. Dans le même sens: J. VELAERS, «De horizontale werking van het discriminatieverbod in de antidiscriminatielwet, enkele constitutionele beschouwingen», *o.c.*, p. 307-308.

(27) Dans ce sens, 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», *o.c.*, p. 237.

(28) Sur les différentes étapes du raisonnement opéré par la Cour d'arbitrage, voyez notamment N. BANEUX, «L'égalité: clef du contentieux constitutionnel?», in *L'égalité: nouvelles clés du droit?*, CUP, Bruxelles, Larcier, 2004, p. 39 et s.; F. DELPÉREE et A. RASSON-ROLAND, *La Cour d'arbitrage*, Bruxelles, Paris, De Boeck et Larcier, 1996, p. 93 et s.; J.-Cl. SCHOLSEM, «L'égalité devant la Cour d'arbitrage», in *Liber Amicorum E. Krings*, Bruxelles, Story-Scientia, 1991, p. 773 et s.; J. THEUNIS, «IV. Het gelijkheidsbeginsel. Juridisch interpretatiekader, met bijzondere aandacht voor corrigerende ongelijkheden en doorwerking in private rechtsverhoudingen», in A. ALEN e.a., *Publiekrecht in het privaatrecht*, Gent, Mys et Breesch, 1997, n° 156 et s.

18. La première étape du raisonnement concerne la comparabilité des catégories de personnes entre lesquelles une différence de traitement est établie. Si elle ne ressort ni des termes de la loi elle-même, ni de ses travaux préparatoires, force est de constater que pareille condition doit être examinée en amont du raisonnement. La Cour d'arbitrage considère, en effet, que «l'allégation selon laquelle des situations ne sont pas suffisamment comparables (...) ne peut avoir pour effet que d'abrégé la démonstration d'une compatibilité avec (les articles 10 et 11 de la Constitution) lorsque les situations sont à ce point éloignées qu'il est immédiatement évident qu'un constat de discrimination ne saurait résulter de leur comparaison minutieuse» (29).

La comparabilité des catégories en cause ne devrait toutefois pas poser problème au juge dans une très grande majorité des cas. En effet, toute personne qui serait traitée moins favorablement sur la base d'un critère tel le sexe, la prétendue race ou encore la langue pourra, par définition, être comparée à celles qui, remplissant les conditions de sexe, de prétendue race ou de langue exigées, pourront bénéficier du traitement plus favorable réservé par la mesure incriminée.

19. La deuxième étape du contrôle opéré par le juge est celle du caractère objectif du critère de distinction qui fonde la différence de traitement.

Pareil contrôle peut aisément être effectué: il s'agira, pour le juge appelé à faire usage de la loi du 25 février 2003, de vérifier si la distinction opérée entre deux catégories de particuliers est fondée sur un critère qui ne dépend d'aucune sorte de l'appréciation subjective de celui qui en est l'auteur (30).

(29) Arrêts n° 33/2004, considérants B.5.2. et B.5.3.; n° 23/2005, considérants B.5.1., B.5.2. Plus concrètement, invitée à comparer les effets juridiques, pour les preneurs et les bailleurs, des baux afférents à un bien immobilier servant de résidence principale, sous l'empire de législations successives, la Cour d'arbitrage a estimé que «l'on ne saurait comparer de façon pertinente des situations régies par des dispositions qui sont applicables à des moments différents. En effet, le principe d'égalité ne peut être violé que si un législateur traite inégalement, sans justification raisonnable, deux catégories de personnes comparables, et non, en principe, lorsqu'il traite différemment une même catégorie de personnes dans deux législations successives» (arrêt n° 5/2005, considérants B.1. et B.3.).

Dans son arrêt n° 137/2001, considérant B.7., la Cour a jugé que «bien qu'elles se trouvent dans des situations objectivement différentes, les personnes qui invoquent le préjudice que leur a causé leur avocat et celles qui ont subi, en quelque matière, un dommage causé par un tiers ne sont pas dans des situations à ce point éloignées qu'elles ne pourraient être comparées».

La Cour a encore jugé dans un arrêt n° 006/1999 que les hommes et les femmes ne constituent pas, en matière de pension de retraite, des catégories à ce point différentes qu'elles ne pourraient être comparées de façon pertinente.

Dans un récent arrêt n° 36/2005, la Cour a considéré qu'il existait «des différences fondamentales entre les travailleurs indépendants, d'une part, et les travailleurs salariés, d'autre part, en ce qui concerne les régimes fiscaux qui leur sont applicables. Ces différences empêchent de comparer à tous égards ces catégories de personnes».

(30) Pour F. DELPÉREE et J. SIAENS, en revanche, («L'égalité à la rencontre du droit constitutionnel et du droit commercial», in *Faillite et concordat judiciaire: un droit aux contours incertains et aux interférences multiples*, Bruxelles, Bruylant, 2002, p. 302), un

.../...

L'on ne trouve pas d'exemple dans la jurisprudence de la Cour, où celle-ci aurait conclu au caractère subjectif du critère de distinction. A l'occasion du recours en annulation introduit contre l'article 16 de la loi du 3 mai 2003 modifiant la loi du 24 février 1921 concernant le trafic de substances vénéneuses, soporifiques, stupéfiantes, désinfectantes et antiseptiques, la Cour a toutefois considéré que l'absence de détermination, dans la loi, d'une quantité clairement déterminée de cannabis qui permette aux policiers de déterminer s'ils doivent, ou non, dresser procès-verbal (31), avait pour effet de permettre que la détention d'une quantité de cannabis à des fins d'usage personnel soit notamment déterminée sur la base d'éléments subjectifs, de sorte que la loi n'avait pas un contenu normatif suffisamment précis pour être conforme au principe de légalité en matière pénale (32).

Si l'arrêt dont il vient d'être question fournit un exemple de critère subjectif, l'on peut se demander si celui-ci n'est pas davantage lié au principe de la légalité en matière pénale qu'au principe de l'égalité proprement dite.

20. Quant au caractère raisonnable de la justification, celui-ci recouvre, en réalité, trois étapes du raisonnement: la pertinence du critère de distinction, outre son objectivité qui aura déjà été examinée, la pertinence de la mesure incriminée et, enfin, sa proportionnalité. Toutes deux seront examinées par rapport au but poursuivi. Un tel examen requiert, au préalable, que l'on détermine l'objectif poursuivi par l'auteur de la mesure critiquée.

A plusieurs reprises, la Cour d'arbitrage a rappelé qu'il ne lui appartenait pas d'apprécier si une mesure établie par la loi est opportune ou souhaitable: «C'est au législateur, en effet, qu'il appartient de déterminer les mesures à prendre pour atteindre le but qu'il s'est fixé. Le contrôle de la Cour ne peut porter que sur le caractère objectif de la distinction, l'adéquation des mesures au but recherché et l'existence d'un rapport raisonnable entre les moyens employés et l'objectif visé» (33).

.../...

critère peut ne pas être objectif si le législateur a agi *intuitu personae*. Il peut toutefois y avoir des cas dans lesquels le législateur prévoit des normes particulières en considération d'une seule personne, sans que l'on conclue, pour autant, au caractère subjectif du critère. Dans ce sens, voyez l'arrêt n° 143/2003 du 5 novembre 2003.

(31) Le législateur a estimé, en l'occurrence, qu'il n'y avait pas lieu de fixer exactement dans la loi combien de grammes de cannabis l'on pouvait détenir. La directive ministérielle du 16 mai 2003 accompagnant la loi dispose que, par quantité relevant de l'usage personnel, l'on entend «la détention d'une quantité de cannabis qui peut être consommée en une seule fois ou, au maximum, en 24 heures» et ajoute «Compte tenu des multiples variétés de produits et des variantes importantes de concentration de THC dans le cannabis, le Gouvernement a choisi de ne pas fixer de limite définie en fonction d'un poids maximum. A défaut d'indices de vente ou de trafic, la détention d'une quantité de cannabis ne dépassant pas le seuil de trois grammes doit être considérée comme relevant de l'usage personnel».

(32) Arrêt n° 158/2004 du 20 octobre 2004.

(33) Dans ce sens, voyez les arrêts n° 29/95 du 4 avril 1995, considérant B.9.; n° 40/96 du 27 juin 1996, considérant B.4.; n° 1/98 du 14 janvier 1998, considérant B.5.; n° 117/98, du 18 novembre 1998, considérant B.3.; n° 18/99 du 10 février 1999, considérants B.7.3.1. et B.7.3.2.; n° 62/2000 du 30 mai 2000, considérant B.10.2.; n° 104/2000 du 11 octobre 2000, considérant B.3.3. et n° 9/2004 du 21 janvier 2004, considérant B.11.

Transposée aux mesures prises par les particuliers, cette jurisprudence devrait, en principe, amener le juge à se refuser d'en contrôler l'opportunité. Il ne semble pas, toutefois, que l'on puisse dresser si hâtivement pareille conclusion. Il va, en effet, de soi que si l'on ne peut exiger du particulier qu'il poursuive un objectif d'intérêt général, la légitimité du but qu'il s'est fixé aura incontestablement une incidence sur le caractère admissible de la différence de traitement dont il est l'auteur. Ainsi le refus de donner en location un appartement à un couple homosexuel pourra difficilement permettre d'envisager que le but qui sous-tend pareil refus est légitime dans le chef du particulier.

21. Compte tenu de l'objectif poursuivi, le juge aura d'abord pour tâche de vérifier si la le critère de distinction est pertinent. Ainsi, par exemple, le juge pourrait-il arriver à cette conclusion dans l'hypothèse où un metteur en scène prend en compte les caractéristiques physiques d'un acteur selon le personnage que celui-ci devra incarner. Le critère de distinction pourrait, en revanche, difficilement être considéré comme pertinent s'il reposait sur la fortune de l'acteur, alors qu'il s'agit de représenter un personnage historique. Force sera de constater qu'en pareil cas, le critère choisi est sans lien avec l'objectif poursuivi (34).

(34) Dans un arrêt n° 123/2004 du 7 juillet 2004, la Cour a conclu au défaut de pertinence du critère de distinction choisi par le législateur: «Il ressort des travaux préparatoires de l'article 121, § 3, de la loi-programme (I) du 24 décembre 2002 qu'en modifiant la définition de la notion de ménage, le législateur entendait adapter les critères et les modalités d'octroi des allocations aux personnes handicapées aux formes actuelles de cohabitation, en tenant compte non seulement des revenus propres de la personne handicapée, mais aussi de ceux des personnes avec lesquelles la personne handicapée forme ce ménage.

Toutefois, en disposant que toute cohabitation de personnes qui forment une entité économique du fait qu'elles supportent en commun, principalement, les frais journaliers pour assurer leur subsistance, sans prendre en considération le nombre de ces personnes ni la nature de leur cohabitation, le législateur est allé au-delà de l'objectif qu'il poursuivait. Dès lors qu'il entendait adapter la définition du ménage à l'évolution de la société pour prendre en compte d'autres formes de cohabitation que celle du mariage qui peuvent influencer les revenus de ce ménage, le critère tiré de la seule prise en charge commune des frais journaliers ne permet pas de distinguer suffisamment ces nouvelles formes de cohabitation d'autres formes de prise en charge commune de frais journaliers qui existaient avant l'adoption de la loi incriminée et qui se trouvaient exclues de la notion de ménage.

Il s'ensuit qu'en ce qu'il a pour effet d'inclure les communautés religieuses ou laïques dans la notion de ménage, le critère employé en l'occurrence par le législateur n'est pas pertinent par rapport à l'objectif que celui-ci entendait poursuivre». Dans son arrêt n° 136/2004 du 22 juillet 2004, la Cour a dit pour droit: «Ainsi que le confirment également les travaux préparatoires du décret du 4 juin 2003 qui a inséré l'article 146, alinéa 3 du décret du 18 mai 1999 portant organisation de l'aménagement du territoire, une infraction en matière d'urbanisme a «une incidence grave et persistante sur l'aménagement du territoire, lequel est d'intérêt général». L'absence de voisins permet de conclure que la persistance d'une infraction en matière d'urbanisme ne lèse aucun intérêt particulier. On ne peut toutefois en déduire que la persistance de cette infraction ne met pas en péril le bon aménagement du territoire. L'existence de voisins ne constitue dès lors pas un critère pertinent en ce qui concerne le caractère punissable de la persistance d'une infraction en matière d'urbanisme».

.../...

Un autre exemple peut être pris d'une société de logement social qui, afin d'offrir en location des logements à loyer modérés aux plus démunis, réserve certains d'entre eux à des locataires plus fortunés. Ceux-ci seraient en mesure de payer un loyer plus élevé, compte tenu de leurs revenus, permettant, de ce fait, à la société de logement d'équilibrer ses budgets. L'on pourrait considérer que le critère de distinction fondé sur la fortune permet d'atteindre, dans cette hypothèse, l'objectif d'équilibre budgétaire que la société de logement s'est fixé. Il n'en serait pas de même d'une sélection opérée entre les locataires potentiels sur la base de la nationalité, si la société de logement venait à prétendre qu'en principe, les personnes d'origine étrangère disposent de moins de moyens financiers que les nationaux.

22. Outre l'examen de la pertinence du critère de distinction, il faudra encore vérifier si la mesure adoptée est pertinente, en d'autres termes, si elle permet d'atteindre l'objectif que le particulier s'est fixé. Il ne s'agit plus, cette fois, d'apprécier le seul motif qui fonde la distinction, que ce soit le sexe, la prétendue race, ou encore la fortune ... Il s'agit de contrôler, compte tenu du critère choisi, si les moyens mis en œuvre permettent d'atteindre le but poursuivi (35).

.../...

Voyez encore, à titre d'exemple, l'arrêt n° 95/2004 du 26 mai 2004, dans lequel la Cour a jugé que le critère sur lequel repose la différence de traitement concernant les mesures qui peuvent être décidées par la juridiction de la jeunesse à l'égard d'un jeune qui a commis un fait qualifié infraction, à savoir le fait que ce jeune a, ou n'a pas, fait l'objet d'une mesure antérieure de placement décidée par le juge en vue de le soustraire à un danger, n'est pas pertinent par rapport à la finalité de protection et d'éducation de l'ensemble de la loi du 8 avril 1965 relative à la protection de la jeunesse. La Cour n'aperçoit pas quels motifs pourraient justifier que le jeune qui, en raison du danger auquel sa santé, sa sécurité ou sa moralité étaient exposées, a été éloigné de son milieu familial, ne pourrait bénéficier des mêmes mesures d'éducation que celui qui, ayant commis le même fait, peut être maintenu dans son milieu familial. La circonstance qu'un jeune a dû être placé hors de son milieu familial parce qu'il était en danger ne présente en effet pas de rapport pertinent avec les faits qualifiés infractions qu'il pourrait commettre et auxquels le juge doit pouvoir, selon la volonté du législateur, apporter la réponse la plus adéquate.

Enfin, la Cour a encore considéré que le critère du mode de divorce ne présente pas de liens de pertinence avec l'objectif du législateur qui consiste à prévenir l'aggravation notable de la situation matérielle des enfants mineurs en cas de divorce pour cause de séparation de fait (arrêt n° 81/2004, du 12 mai 2004).

(35) La Cour d'arbitrage a, par exemple, jugé qu'en disposant que le bénéfice de la modération ou de la remise du précompte immobilier est supprimé lorsqu'un immeuble bâti reste inoccupé pendant longtemps, le législateur décréait avoir adopté une mesure qui est pertinente dans sa lutte contre l'inoccupation et la taudisation. La limite de douze mois est en rapport avec le souci du législateur d'inciter le propriétaire à exécuter dans les délais des travaux d'entretien ou de réparation ou à rechercher un locataire ou un acheteur (arrêt n° 55/2005, du 8 mars 2005).

Dans un arrêt 79/2004 du 12 mai 2004, la Cour a jugé qu'une mesure qui pouvait être pertinente à une époque ne trouvait plus à se justifier, compte tenu de l'évolution de la société: «Le délai de déchéance de trois ans a été introduit par la loi du 6 avril 1908 sur la recherche de la paternité et de la maternité de l'enfant naturel. La brièveté de ce délai avait été justifiée «par la difficulté, après un certain intervalle, soit d'établir la réalité des relations sexuelles, soit de faire valoir les moyens de défense, surtout quand il s'agit de l'*exceptio plurium*». Une telle justification était pertinente à l'époque où la preuve

.../...

Ainsi, dans l'exemple du metteur en scène, la mesure prise est celle qui consistera à engager, pour les besoins de la pièce, quelqu'un qui présente des caractéristiques physiques particulières permettant de rendre la représentation plus réaliste.

Dans le cas de la société de logement, la mesure prise est celle qui consiste à donner en location les logements considérés à une catégorie de personnes en particulier.

23. Enfin, la dernière étape du contrôle opéré par le juge sera celle de la proportionnalité de la mesure.

D'après une jurisprudence constante de la Cour d'arbitrage, «le principe d'égalité est violé lorsqu'il n'existe pas de rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé». Il s'agit, à ce stade, de vérifier les conséquences de la différence de traitement opérée, en d'autres termes, de contrôler si la mesure qui permet d'atteindre le but poursuivi est celle qui est la moins attentatoire aux droits d'autrui ou «s'il (n'est) pas possible de se satisfaire d'un résultat un peu moins favorable, mais obtenu à un prix moindre» (36).

24. Faut-il distinguer la notion de proportionnalité de la notion de nécessité de la mesure? Plusieurs arrêts rendus par la Cour d'arbitrage laisseraient à le penser puisque la Cour constitutionnelle a jugé que la possibilité d'adopter une mesure moins restrictive pour les droits d'autrui ne rendait pas pour autant la norme discriminatoire.

En réalité, deux types d'arrêts doivent être distingués dans la jurisprudence de la Cour d'arbitrage. Une première série d'arrêts conclut au caractère disproportionné

.../...

exigée du demandeur d'aliments se fondait essentiellement sur des témoignages et où l'action était rejetée, sous réserve d'autres moyens de défense, «s'il est établi que, pendant la période légale de la conception, la mère a eu des relations avec un autre individu ou était d'une inconduite notoire» (article 340d, ancien, du Code civil). Par la loi du 31 mars 1987, le législateur a supprimé ce moyen de défense et a introduit l'article 338bis du Code civil, qui permet au défendeur «d'établir par toutes les voies de droit qu'il n'est pas le père». Les preuves exigées par la loi se font désormais essentiellement au moyen de procédés scientifiques qui n'ont pas la fragilité des témoignages et qui ne perdent pas leur fiabilité avec l'écoulement du temps. Les arguments invoqués en 1908 ne justifient plus raisonnablement de limiter à trois ans le délai dans lequel l'action en réclamation d'aliments fondée sur l'article 336 doit être introduite».

La Cour a également qualifié de pertinente la mesure qui consiste à confier aux tribunaux de police la totalité du contentieux tant civil que pénal du roulage, compte tenu de son objectif de résorber l'arriéré judiciaire et créer une juridiction spécialisée pour les questions de roulage (arrêt n° 132/2003 du 8 octobre 2003).

(36) E. COLLA, «Le principe de proportionnalité en droit constitutionnel belge», in *Le principe de proportionnalité en droit belge et en droit français*, Actes du colloque organisé par les Barreaux de Liège et de Lyon le 24 novembre 1994, Liège, Ed. Jeune Barreau, 1995, p. 98; J. VELAERS, «De antidiscriminatie wet en de botsing van grondrechten», o.c., p. 335 et 339.

de la mesure lorsqu'elle constate que le législateur est allé au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre le but visé (37).

Une seconde catégorie d'arrêts indique qu'il n'appartient pas à la Cour d'examiner si l'objectif poursuivi par le législateur pourrait être atteint ou non par des mesures légales différentes ou moins extrêmes (38). L'on retrouve ici l'idée que la Cour n'a pas à exercer un contrôle sur l'opportunité des mesures ainsi adoptées (39).

Plus récemment, à l'occasion d'un arrêt prononcé à propos de la dernière réforme de l'Etat consacrée par le législateur spécial du 13 juillet 2001, la Cour a dit pour droit que dès lors que les mesures en cause étaient pertinentes par rapport à l'objectif poursuivi par le législateur et qu'elles n'étaient pas manifestement disproportionnées à celui-ci, elles ne devenaient pas discriminatoires pour le seul motif qu'une autre mesure permettrait d'atteindre cet objectif (40).

(37) Dans ce sens, voyez les arrêts 74/92 du 18 novembre 1992; 68/93 du 29 septembre 1993, 37/94 du 10 mai 1994, 57/98 du 27 mai 1998; 73/98 du 17 juin 1998; 78/98 du 7 juillet 1998; 87/98 du 15 juillet 1998; 119/98 du 18 novembre 1998; 58/99 du 26 mai 1999; 44/2000 du 6 avril 2000; 166/2002 du 27 novembre 2002; 11/2003 du 22 janvier 2003; 28/2004 du 11 février 2004; 162/2004 du 20 octobre 2004; 16/2005 du 19 janvier 2005 et 20/2005 du 26 janvier 2005.

La Cour a également jugé, dans le même sens, que lorsque le législateur apporte des limitations à l'exercice d'un droit fondamental, il ne peut le faire que dans la mesure indispensable à l'objectif qu'il poursuit. Dans ce sens, voyez l'arrêt n° 107/98 du 21 octobre 1998.

En revanche, dans un arrêt n° 116/2004 du 30 juin 2004, la Cour a dit pour droit: «La différence de traitement instaurée en matière de statut pécuniaire des chefs de corps des tribunaux, selon que le ressort du tribunal compte ou non au moins 250.000 habitants, n'est pas indispensable, mais n'est pas dépourvue de justification raisonnable au regard du but poursuivi».

(38) Dans ce sens, voyez, par exemple les arrêts 23/89 du 13 octobre 1989, 13/91 du 28 mai 1991; 20/91 du 4 juillet 1991; 25/92 du 2 avril 1992; 22/93 du 11 mars 1993; 42/97 du 14 juillet 1997; 37/98 du 1er avril 1998; 100/2001 du 13 juillet 2001 et 35/2003 du 25 mars 2003.

(39) Sur cette question, voyez *supra*.

(40) Arrêt n° 35/2003 du 25 mars 2003, considérant B.13.8., *J.L.M.B.*, 2003, p. 716 et suivantes, note H. VUYE, C. DESMECHT, K. STANGHERLIN, «La cinquième réforme de l'Etat devant ses juges».

D'après le C.I.R.C. (P. BOUCQUEY, P.-O. DE BROUX, X. DELGRANGE, L. DETROUX, H. DUMONT, I. HACHEZ, B. LOMBAERT, F. TULKENS et S. VAN DROOGHENBROECK), «La Cour d'arbitrage et la Saint-Polycarpe: un brevet de constitutionnalité mal motivé», *J.T.*, 2003, p. 530-531), les enseignements issus des deux séries d'arrêts pourraient être réconciliés en posant la distinction entre la règle de proportionnalité, d'une part et le contrôle de proportionnalité, d'autre part. «La règle de proportionnalité comprise comme les impératifs de comportement mis à charge du législateur, serait en toute matière identique, et comprendrait en l'occurrence une exigence de nécessité des mesures par lui adoptées. Le contrôle de proportionnalité, compris comme la compétence que se reconnaît le juge constitutionnel pour juger de l'observation par le législateur de la règle de proportionnalité, ne serait, quant à lui, pas en toute matière identique, mais verrait son étendue varier en fonction de la marge d'appréciation consentie au législateur».

25. Quoi qu'il en soit, force est de constater que les critères dégagés par la justice constitutionnelle pour l'appréciation du caractère proportionné, ou non, d'une différence de traitement ne pourront que dans une moindre mesure, être transposés dans les rapports entre particuliers. La simple évaluation de la marge d'appréciation qui doit être laissée au législateur, et de l'intérêt général qu'il est en principe tenu de poursuivre suffit à s'en rendre compte.

A la vérité, l'on pourrait, compte tenu de la difficulté que la transposition de ces critères de droit constitutionnel peut engendrer, avoir égard aux enseignements jurisprudentiels et doctrinaux qui se dégagent de l'application de la théorie de l'abus de droit en droit privé. Force serait alors de considérer que le critère de la nécessité de la mesure constitue l'une des composantes du principe de proportionnalité et du contrôle que celui-ci implique.

26. Comme nous avons déjà eu l'occasion de le souligner, le raisonnement qui devrait, à notre estime, permettre d'emporter la conviction du juge sur le caractère discriminatoire, ou non, d'une différence de traitement dont un particulier se fait l'auteur, devrait se trouver à la croisée des chemins qu'empruntent la Cour d'arbitrage dans son contrôle de l'égalité et le juge de droit commun, lorsqu'il vérifie l'existence d'un éventuel abus de droit dans le chef d'un particulier.

27. Les principes qui sous-tendent l'application de la théorie de l'abus de droit mériteraient, à ce stade, d'être brièvement rappelés.

Par un arrêt du 10 septembre 1971, la Cour de cassation a donné à l'abus de droit sa portée générique en indiquant «qu'il peut résulter de l'exercice d'un droit d'une manière qui dépasse manifestement les limites de l'exercice normal de ce droit par une personne normalement prudente et diligente» (41).

L'abus de droit peut revêtir plusieurs formes. Ainsi, sera considéré comme tel «l'exercice d'un droit subjectif à la suite d'un choix qui, parmi plusieurs possibilités d'exercice d'un droit, implique que soit recherchée et finalement choisie celle qui est la plus dommageable à autrui, pour un intérêt identique retiré par celui qui exerce le droit litigieux» (42).

Il sera également question d'abus de droit lorsqu'un droit subjectif est exercé «sans intérêt ou sans intérêt raisonnable et suffisant», ou sans motif légitime, de façon dommageable à autrui (43).

(41) *Pas.*, 1972, I, p. 28 et s., et les conclusions du Procureur général du Procureur W. GANS-HOF VAN DER MEERSCH.

(42) Dans ce sens: *Cass.*, 12 juillet 1917, *Pas.*, 1918, I, p. 65 et s.; *Cass.*, 16 novembre 1961, *Pas.*, 1962, I, p. 332 et *Cass.*, 16 janvier 1986, *Pas.*, 1986, I, p. 602, cités par J.F. Romain, «Des principes d'égalité, d'égalité de traitement et de proportionnalité en droit privé, en particulier dans la théorie des troubles de voisinage et de l'abus de droit (plus précisément dans le cas du refus individuel de contracter)», *Rev. dr. ULB*, 2002, p. 225. L'auteur recense, en réalité, six types d'abus de droit.

(43) *Cass.*, 19 novembre 1987, *Pas.*, 1988, I, p. 332 et *Cass.*, 30 janvier 1992, *Pas.*, 1992, I, p. 475, cités par J.F. ROMAIN, *idem*, p. 226.

Un autre cas d'abus de droit pourra encore être déduit de l'exercice d'un droit qui entraîne une disproportion manifeste entre le préjudice causé à autrui du fait de l'usage de ce droit par son titulaire, et l'avantage que celui-ci en retire (44).

Il n'est pas inintéressant de relever que le juge ne pourra apprécier que le dépassement *manifeste* de l'exercice normal d'un droit par son titulaire (45). Ce caractère manifeste rejoint celui exigé par la Cour d'arbitrage quant à la disproportion constatée pour qu'il soit conclu à une discrimination condamnable (46).

Si, en droit public, le caractère manifeste requis pour que la disproportion soit sanctionnée, laisse au législateur une marge d'appréciation quant aux mesures qu'il entend adopter, le même caractère permet, en droit privé, de préserver l'autonomie dont doit pouvoir disposer le particulier dans l'exercice de ses droits et libertés.

28. Quels enseignements tirer de l'ensemble des principes qui viennent d'être rappelés? Quel chemin le juge devra-t-il emprunter pour remplir le rôle que la loi du 25 février 2003 lui assigne?

On l'a vu: la transposition de critères dégagés dans le cadre d'un contentieux objectif au contentieux subjectif n'est pas sans poser des difficultés. L'application de la théorie de l'abus de droit viendrait, pourrait-on dire, au secours de cette transposition, au moment où celle-ci a atteint ses limites.

29. Plus concrètement, le juge ne pourrait-il pas tenir un raisonnement en deux étapes?

Une première étape impliquerait directement le critère sur lequel repose la différence de traitement opérée par un particulier. Sauf dans quelques hypothèses qui, il faut bien le dire, demeureront *a priori* assez limitées en nombre, une distinction fondée sur la prétendue race, la religion, la fortune ou encore le sexe pourra plus difficilement s'expliquer par la poursuite d'un intérêt légitime dans le chef du particulier qui en est l'auteur.

Ainsi le propriétaire qui refuse de mettre en location son appartement à une personne d'origine étrangère pourra-t-il difficilement se prévaloir de la poursuite d'un intérêt légitime pour justifier son refus. Force sera pour le juge de constater, en pareille hypothèse, l'existence d'une discrimination à l'égard de la personne qui a essuyé un refus de contracter, sans avoir à procéder aux autres étapes du contrôle relatives à la pertinence et à la proportionnalité de la mesure.

(44) Dans ce sens, Cass., 10 septembre 1971, précité et Cass., 19 septembre 1983, *Pas.*, 1984, I, p. 55; Cass., 6 avril 1984, *Pas.*, 1984, I, p. 990; Cass., 18 juin 1987, *Pas.*, I, 1987, p. 1295; Cass., 30 novembre 1989, *Pas.*, 1990, I, p. 392 et Cass., 30 janvier 1992, *Pas.*, 1992, I, p. 475 cités par J.F. ROMAIN, *idem*, p. 226.

(45) J.F. ROMAIN, *idem*, p. 233.

(46) Dans ce sens, voyez la jurisprudence constante de la Cour. A titre d'exemple, les arrêts 84/93 du 7 décembre 1993; 5/94 du 20 janvier 1994; 29/97 du 21 mai 1997; 37/98, du 1er avril 1998; 141/2000 du 21 décembre 2000; 35/2001 du 13 mars 2001; 2/2002 du 9 janvier 2002; 38/2002 du 20 février 2002; 146/2002 du 15 octobre 2002; 140/2003 du 29 octobre 2003; 114/2004 du 30 juin 2004; 72/2005 du 20 avril 2005 et 79/2005 du 20 avril 2005.

A côté de ces critères *a priori* suspects, figurent d'autres critères qui pourraient fonder, à première vue, la poursuite d'un intérêt que l'on pourra qualifier de légitime.

Le refus de contracter pourra, en revanche, être considéré comme légitime dans l'hypothèse où des éditeurs de journaux refuseraient de contracter après avoir mené une étude de rentabilité qui s'avère négative. L'on ne pourrait, en effet, les contraindre à travailler d'une manière économiquement déraisonnable (47).

En pareille hypothèse, le juge sera inévitablement amené à poursuivre l'examen de la différence de traitement dénoncée au-delà de la seule légitimité de l'objectif poursuivi par son auteur. C'est sur le terrain de la proportionnalité de la mesure que se situera l'essentiel de sa tâche.

Dès lors que l'on se trouve dans le cadre de relations entre particuliers, le postulat de départ sur lequel le juge aura à construire son raisonnement sera celui de la liberté individuelle, qu'il s'agisse de la liberté de contracter ou encore celle d'émettre une opinion. Cette liberté constitue, en effet, un droit fondamental dans le chef du particulier qui agit.

Le contrôle du caractère proportionné de la mesure sera d'autant plus strict que la mesure contrôlée met en cause un droit fondamental dans le chef de celui qui se prétend en être victime (48). Le caractère proportionné de la mesure, ne pourra, à notre estime, être examiné avec la même intensité selon que le droit à un logement ou le droit au travail est en cause, plutôt que celui de contracter une assurance-vie ou un prêt hypothécaire auprès d'un organisme financier. La balance des intérêts en présence sera fonction du caractère fondamental qu'ils revêtent.

Section 2. Les discriminations indirectes

30. Suite à l'arrêt prononcé par la Cour d'arbitrage le 6 octobre 2004, et compte tenu des effets que la loi spéciale attache aux annulations qu'elle prononce – bien que d'une nature un peu particulière en l'espèce, ainsi que nous avons déjà pu le constater – l'article 2 § 2 de la loi doit désormais se lire comme suit:

«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, à moins que cette disposition, ce critère ou cette pratique ne repose sur une justification objective et raisonnable».

Ici encore, tant la question de la correcte transposition des deux directives européennes que l'application de la loi par le juge méritent un commentaire.

(47) Dans ce sens, Anvers, 31 mars 1992, *Ann. Prat. Comm.*, 1992, p. 267.

(48) L'on rejoint, sur ce point, la jurisprudence de la Cour d'arbitrage qui a rappelé ce principe à plusieurs reprises. Voyez les arrêts 74/92 du 18 novembre 1992; 149/2002 du 15 octobre 2002 et 166/2003 du 17 décembre 2003.

§ 1. La conformité de la loi aux directives européennes

31. Tant la «directive-racisme» que la «directive-cadre» admettent qu'un comportement constitutif de discrimination indirecte puisse être adopté s'il est objectivement justifié par un objectif légitime et que les moyens de réaliser cet objectif sont appropriés et nécessaires.

La discrimination indirecte reçoit une définition différente en droit européen de celle consacrée par la loi. Ainsi peut-on lire, aux articles 2, § 2, a, des directives précitées qu'une discrimination indirecte existe lorsqu'une disposition, un critère ou une pratique apparemment neutre est susceptible d'entraîner un désavantage particulier pour certaines catégories de personnes par rapport à d'autres.

Il ressort de cette définition que les directives se montrent plus sévères à l'égard des discriminations indirectes. Ainsi, le caractère hypothétique du résultat dommageable suffit à rendre la mesure susceptible d'être sanctionnée. En revanche, la loi belge requiert que soit apportée la preuve d'un impact concret de la mesure sur la catégorie de personnes concernée (49).

Ainsi que le relève Sébastien VAN DROOGHENBROECK, pour demeurer conforme aux directives, «la loi du 25 février 2003 va donc devoir être interprétée, contre ses apparences textuelles, comme n'exigeant pas la démonstration de l'impact 'disproportionné' aux fins d'établir l'existence d'une discrimination indirecte» (50).

§ 2. L'application jurisprudentielle de la loi

Quelle sera exactement l'incidence de l'arrêt de la Cour d'arbitrage sur l'application du concept de discrimination indirecte par le juge?

Le concept de discrimination indirecte aura-t-il encore un sens s'il est défini en l'absence d'une liste fermée de critères sur lesquels peut se fonder une telle discrimination?

Dès lors que tout type de discrimination se trouve prohibé, quelle qu'en soit le fondement, l'on pourrait, en effet, considérer que ce qui, avant l'arrêt de la Cour d'arbitrage, relevait de la discrimination indirecte, pourrait désormais être soumis au contrôle du juge au titre de discrimination directe fondée non plus sur l'effet réel de la mesure mais sur son critère apparent.

32. Jan VELAERS estime que l'article 2, § 2 de la loi aurait dû être annulé par la Cour d'arbitrage dans son intégralité dès lors que ledit article n'aurait plus de portée normative autonome à la suite de l'arrêt que la Cour a prononcé. La distinction entre discrimination directe et indirecte n'aurait, en effet, plus d'intérêt puisqu'en l'absence de liste fermée de critères de discrimination dans la loi, toute différence

de traitement, quel qu'en soit le fondement, pourrait être contestée au titre de discrimination directe (51).

33. Nous ne partageons pas cette opinion. Certes, suite à l'annulation opérée par la Cour d'arbitrage, toute différence de traitement peut désormais faire l'objet d'une contestation devant le juge, quel que soit le motif qui la fonde. Il s'agira, alors, pour le juge, de comparer les deux catégories de personnes différenciées par le critère en question et de conclure, ou non, à l'existence d'une discrimination entre ces deux catégories.

Il n'en demeure pas moins que ce qui peut résister au contrôle du juge au titre de discrimination directe pourrait ne pas aboutir au même résultat au titre de la discrimination indirecte. En effet, un juge qui serait amené à contrôler une différence de traitement opérée entre travailleurs à temps plein et à temps partiel pourrait très bien arriver à la conclusion que celle-ci est parfaitement justifiable au regard de l'objectif poursuivi par l'auteur de la mesure. Cela ne veut pas dire pour autant qu'une telle mesure ne pourrait pas avoir des conséquences dommageables pour une catégorie de personnes qui n'est pas directement visée, *a priori*, par le critère de distinction. Il en irait ainsi des femmes, dans l'exemple choisi, qui subiraient un préjudice dû à l'exécution de la mesure incriminée dès lors que, dans les faits, il est avéré que les travailleurs à temps partiel regroupent essentiellement des femmes.

34. La distinction entre discrimination directe et indirecte continue à trouver toute son utilité compte tenu du fait que ce qui pourrait être considéré comme neutre, au terme d'un contrôle portant sur la discrimination directe dénoncée, pourrait mener à une toute autre conclusion, lorsqu'on prend en compte l'impact de cette mesure apparemment neutre sur une catégorie qui n'est pas directement visée par le critère de distinction.

Toute discrimination indirecte ne doit pas forcément être condamnée par le juge. Ainsi, une pratique apparemment neutre pourra, bien qu'elle ait des conséquences dommageables pour une catégorie de personnes, trouver une justification objective et raisonnable de manière à la rendre admissible aux yeux de la loi. L'on aura égard, à ce propos, aux différentes étapes du contrôle qui ont été retracées à l'occasion de l'examen des discriminations directes et qui demeurent, en tout point, valables pour le contrôle des discriminations indirectes. A ceci près que le juge devra se situer sur le terrain de l'incidence de la mesure sur une catégorie de personnes qu'elle ne vise pas, en apparence ...

Section 3. Les actions positives

35. Un dernier point mérite d'être abordé, suite à l'annulation opérée par la Cour d'arbitrage dans son arrêt du 6 octobre 2004: celui des «actions positives» admises par la loi.

(49) Sur la différence entre l'impact réel et hypothétique, voyez O. DE SCHUTTER, «La loi belge tendant à lutter contre la discrimination», *J.T.*, 2003, p. 849-850.

(50) «La loi du 25 février 2003 tendant à lutter contre la discrimination...», *o.c.*, p. 239.

(51) J. VELAERS, «Het Arbitragehof en de antidiscriminatiewet», *T.B.P.*, 2004/10, p. 603. Dans le même sens: F. ANG, «De onverenigbaarheid van de anti-discriminatiewet met de grondwet», *o.c.*, p. 16.

Celle-ci prévoit, en son article 4, que «les dispositions de la présente loi ne constituent aucunement un empêchement à l'adoption ou au maintien de mesures qui, afin de garantir la pleine égalité dans la pratique, visent à prévenir ou à compenser les désavantages liés à un des motifs visés à l'article 2.

36. Ici encore, l'annulation de la liste énumérative des critères pouvant servir de fondement à une différence de traitement aura une incidence directe sur l'admissibilité des «discriminations positives» et leur contrôle.

Tel que cela ressort des travaux préparatoires de la loi du 25 février 2003, le législateur a, une fois encore, entendu se fonder sur les conditions émises par la Cour d'arbitrage pour déterminer si les mesures prises sont, ou non, compatibles avec le principe constitutionnel de l'égalité (52).

D'après la jurisprudence de la Cour, «l'on peut certes admettre que dans certaines circonstances, des inégalités ne soient pas inconciliables avec le principe d'égalité et l'interdiction de discrimination, lorsqu'elles visent précisément à remédier à une inégalité existante. Encore faut-il, pour que de telles inégalités correctrices soient compatibles avec le principe d'égalité et l'interdiction de discrimination, qu'elles soient appliquées dans les seuls cas où une inégalité manifeste est constatée, 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» (53).

L'on remarquera, avec Sébastien VAN DROOGHENBROECK (54), que la loi du 25 février 2003 autorise le *maintien* de mesures correctrices, tandis que la Cour d'arbitrage insiste sur le caractère temporaire que doit revêtir la mesure. Faut-il y voir pour autant une contradiction entre les deux textes? Nous ne le pensons pas. Le maintien d'une mesure visant à corriger une inégalité existante ne lui confère pas pour autant un caractère définitif. La notion de maintien peut, en effet, tout au plus traduire la nécessité que l'action doit être menée durant un laps de temps certain: celui qui s'avérera nécessaire à la restauration du principe d'égalité qui faisait à la base défaut.

37. Si l'on rencontre des initiatives publiques visant à corriger une inégalité existant entre deux catégories d'individus, quel type d'action positive pourrait être envisagé dans les rapports horizontaux entre particuliers?

(52) Il a d'ailleurs été proposé dans un amendement, de compléter l'article 4 de la loi par les conditions émises par la jurisprudence de la Cour relative aux discriminations positives: *Doc. Parl.*, Chambre, 2001-2002, Doc. 50-1578/005, p. 9 et 10, avec une référence plus particulière à l'arrêt n° 9/94, du 27 janvier 1994.

(53) Sur des cas de discriminations positives, voyez les arrêts 9/94 du 27 janvier 1994; 42/97 du 14 juillet 1997; 62/97 du 28 octobre 1997; 88/2001 du 21 juin 2001; 56/2003 du 14 mai 2003; 157/2004 du 6 octobre 2004.

(54) «La loi du 25 février 2003 tendant à lutter contre la discrimination: les défis d'une 'horizontalisation' des droits de l'homme», *o.c.*, p. 240.

La réponse à cette question requiert que l'on regarde d'un peu plus près les caractères de l'inégalité correctrice et les conditions de son admissibilité (55).

Il y a tout d'abord que la discrimination positive s'adresse, en principe, à un individu en tant que membre d'une catégorie déterminée, désavantagée en raison d'une caractéristique que ne revêtent pas les individus qui ne subissent pas de tels désavantages.

Le traitement défavorable dont cet individu est victime n'est pas dû à l'action d'un auteur en particulier. Elle trouvera, au contraire, son origine dans une cause sociale ou structurelle plus profonde, dans «un comportement collectif et inconscient», pour reprendre les termes de Bernadette RENAULD (56).

Il s'agira donc, par une mesure d'action positive, de corriger ce phénomène sociétal néfaste pour une catégorie de personnes, de «promouvoir par delà l'égalité formelle des droits, une égalité sociale réelle» (57). Une telle action implique, précisément, qu'une discrimination soit opérée à l'égard d'une autre catégorie de personnes: celles qui, en l'occurrence, ne présentent pas la caractéristique commune aux membres du groupe défavorisé par le comportement collectif.

38. C'est précisément la validité de cette discrimination que le juge aura pour tâche d'apprécier, compte tenu des critères que la loi lui assigne.

Ainsi sera-t-il tenu de vérifier l'existence d'une inégalité manifeste entre deux catégories d'individus. Le recours à des données statistiques pourra, à cet égard, lui être particulièrement utile.

Le juge sera également tenu d'examiner l'objectif poursuivi par l'auteur de l'action positive. Il s'agira, généralement, de corriger l'inégalité constatée au premier stade de son examen.

Enfin, après avoir vérifié le caractère temporaire de la mesure (58), le juge en examinera la proportionnalité. L'on renverra, sur ce point, aux principes dégagés par la présente étude dans le cadre des discriminations directes.

(55) Pour un aperçu de la jurisprudence de La Cour suprême des Etats-Unis relative aux «actions positives», voyez M. BOSSUYT, «Het discriminatieverbod en 'positieve actie'», *R.W.*, 1998-1999, p. 244-245; J. THEUNIS, *o.c.*, n° 172 et s.

(56) «Les discriminations positives. Plus ou moins d'égalité», *R.T.D.H.*, 1997, p. 430.

(57) J. CHEVALLIER, «Réflexions sur la notion de discrimination positive», in *Libertés, justice, tolérance: mélanges en hommage à Gérard Cohen-Jonathan*, Bruxelles, Bruylant, 2004, p. 419.

(58) Comme le relève J. CHEVALLIER (*idem*, p. 425), «Dans la mesure où elle vise à éradiquer les effets des discriminations, ouvertes ou latentes, dont ont souffert certaines catégories, la discrimination positive a, par essence, une vocation temporaire: une fois l'égalité obtenue, elle perd toute raison d'être. Ce caractère temporaire est souvent considéré comme inhérent au concept de discrimination positive et la condition de sa légitimité: visant, non pas seulement l'égalité des chances mais à une égalité de résultat, elle est vouée à disparaître dès l'instant où cet objectif aura été atteint».

39. En adoptant la loi du 25 février 2003, le législateur renforce une obligation qui devait déjà, en principe, sous-tendre les relations entre particuliers. Il consacre le principe selon lequel la liberté des uns s'arrête là où commencent les droits fondamentaux des autres. Il rappelle que ce n'est pas à lui seul qu'il revient de garantir l'égalité entre les citoyens mais que chaque citoyen a un rôle essentiel à jouer. Il rappelle que chacun devra, dans son action individuelle, participer à la construction d'une société qui ne connaît pas de discriminations.

C'est pour atteindre cet objectif que le législateur édifie des sanctions et place les victimes de discriminations dans une position privilégiée, en les dispensant d'apporter la preuve d'une intention discriminatoire dans le chef de celui qui s'en rend coupable.

40. Ce faisant, le législateur confère au juge un rôle capital: celui de gardien de l'égalité. Mais voici que le juge risque d'être confronté à une difficulté: celui de l'application uniforme – ou pourrait-on dire égalitaire? – du principe d'égalité. La vision de l'égalité détenue par l'un sera-t-elle la même que celle défendue par un autre? Le juge d'Arlon appréciera-t-il de la même façon que celui de Leuven une mesure dont le caractère disproportionné est dénoncé?

Le législateur a perçu l'enjeu: le juge aura besoin de repères pour accomplir la tâche qui lui est assignée. Les critères dégagés par la jurisprudence de la Cour constitutionnelle devront l'y aider. C'est ainsi que les juges devront se familiariser avec des concepts qui, a priori, pourraient leur paraître étrangers.

Mais que l'on ne s'y trompe pas. Les notions d'objectif légitime ou de proportionnalité ne lui sont pas inconnues. Le juge de l'abus de droit n'est-il pas rôdé à les apprécier?

C'est ce que nous avons tenté de démontrer tout au long des pages qui précèdent. Nombreux sont les rapprochements qui peuvent être opérés entre les concepts de droit constitutionnel et ceux du droit privé. Et pour cause. Tous ne tendent-ils pas à une même finalité: le respect par chacun et pour chacun de la place qu'il occupe dans la société?

De bestrijding van discriminatie in het gemeen contractenrecht

Katrien Vanderschot

Assistente,

Instituut voor Verbintenissenrecht, K.U.Leuven

INLEIDING

1. Het gelijkheidsbeginsel – en nauw daarmee verbonden het discriminatieverbod – is een grondrecht waarvan het belang gedurende de laatste decennia enorm is toegenomen.

Getuige daarvan zijn de talrijke verdragen die melding maken van het recht op gelijke behandeling en het verbod op discriminatie, zoals onder meer het E.V.R.M. (art. 14), het Internationaal Verdrag van 19 december 1966 inzake burgerrechten en politieke rechten (art. 2 en 26) en het Internationaal Verdrag van 19 december 1966 inzake economische, sociale en culturele rechten (art. 2). Ook op internrechtelijk vlak kan men het toegenomen belang van het gelijkheidsbeginsel en het discriminatieverbod vaststellen. Te denken valt aan de invoering in 1970 van een uitdrukkelijk discriminatieverbod in de Grondwet, namelijk in art. 11 G.W. (oud art. 6bis G.W.) en aan de bevoegdheidsuitbreiding van het Arbitragehof in 1988 tot het toezicht op de eerbiediging van de art. 10, 11 en 24 G.W. die het gelijkheidsbeginsel, het verbod op discriminatie en vrijheden inzake onderwijs waarborgen.

2. Deze bijdrage beoogt een overzicht te geven van een aantal privaatrechtelijke mechanismen die in het gemeen contractenrecht ter beschikking staan om de gelijkheid tussen contractpartijen te bewerkstelligen en om ongeoorloofde discriminaties te beteugelen (Titel II). Een analyse van deze mechanismen is ook na de komst van de Antidiscriminatiewet van belang vermits de gemeenrechtelijke figuren in een aantal gevallen tot een meer geschikte vorm van rechtsherstel kunnen leiden.

Alvorens hier dieper op in te gaan, wordt de aandacht toegespitst op de betekenis van het gelijkheidsbeginsel en het beginsel van niet-discriminatie in de publiekrechtelijke relatie tussen overheid en burger. Een cruciale vraag die hier onder de loep wordt genomen, is de vraag of deze – van origine publiekrechtelijke – beginselen eveneens van toepassing zijn in privaatrechtelijke – horizontale – verhoudingen, en indien ja, wat de concrete draagwijdte ervan is in deze verhoudingen (Titel I).