



Strasbourg, 22 août 2018

CDL-JU (2018)006
Français seulement

**COMMISSION EUROPEENNE POUR LA DEMOCRATIE PAR LE DROIT
(COMMISSION DE VENISE)**

**17e réunion du Conseil mixte
sur la justice constitutionnelle**

MINI CONFÉRENCE

«GENRE, ÉGALITÉ ET NON-DISCRIMINATION»

Lausanne, Suisse

28 juin 2018

**Genre, égalité et non-discrimination
La jurisprudence de la Cour constitutionnelle belge**

RAPPORT PAR

Mme Anne RASSON-ROLAND et M. Jan THEUNIS
Référendaires à la Cour constitutionnelle belge

I. Introduction

1. La Cour constitutionnelle dispose d'une jurisprudence très riche en ce qui concerne le principe d'égalité et de non-discrimination.¹ Les arrêts portant sur une différence de traitement fondée sur le sexe sont toutefois en nombre limité. Le présent aperçu traitera de la jurisprudence rendue ces dix dernières années (2008-2018) en la matière (III), après un exposé des principes généraux que la Cour a rappelés à maintes reprises (II). Une courte conclusion relative à la question du genre dans la composition de la Cour constitutionnelle suivra cet aperçu (IV).

II. Principes généraux

2. En vertu de l'article 10, alinéa 2, de la Constitution, les «Belges» sont égaux devant la loi. L'article 11, première phrase, de la Constitution dispose que la jouissance des droits et libertés «reconnus aux Belges» doit être assurée sans discrimination. Ces deux règles constitutionnelles sont l'expression d'un même principe et sont donc indissolublement liées.²

En outre, il y a deux dispositions relatives au genre. L'article 10, alinéa 3, de la Constitution dispose que l'égalité des femmes et des hommes est garantie. En vertu de l'article 11*bis*, alinéa 1er, de la Constitution, la loi, le décret ou la règle visée à l'article 134 de la Constitution garantissent aux femmes et aux hommes l'égal exercice de leurs droits et libertés.

3. Quelques principes généraux se dégagent de la jurisprudence de la Cour.

Selon la Cour, par les articles 10, alinéa 3, et 11*bis*, le Constituant a voulu, d'une part, inscrire expressément le principe de l'égalité des hommes et des femmes dans la Constitution et, d'autre part, fournir un fondement constitutionnel aux mesures visant à combattre les inégalités entre femmes et hommes.³

Lorsque la Cour est amenée à contrôler la compatibilité avec les règles constitutionnelles d'égalité et de non-discrimination de différences de traitement entre les personnes et que le critère utilisé est fondé sur le sexe des personnes concernées, elle prend en compte les articles 10, 11 et 11*bis*, alinéa 1er, de la Constitution. Ces dispositions, lues conjointement, invitent les législateurs à être particulièrement prudents lorsqu'ils établissent, autorisent ou maintiennent une différence de traitement fondée sur le sexe. Un tel critère n'est admissible que s'il est justifié par un objectif légitime et s'il est pertinent par rapport à celui-ci. Le contrôle exercé par la Cour est plus strict lorsque le principe fondamental de l'égalité des sexes est en cause⁴.

En outre, lorsque les personnes concernées sont visées par la Convention relative aux droits de l'enfant, il faut avoir égard à l'article 2 de cette Convention, qui oblige les Etats parties à respecter les droits qui y sont énoncés indépendamment de toute considération de sexe⁵.

¹ Pour des données chiffrées, voyez P. CANNOOT, J. GOOSSENS, L. LAVRYSEN, V. MEERSCHAERT et J. THEUNIS, "Developments in Belgian Constitutional Law: The Year 2015 in review", <http://www.iconnectblog.com/2016/10/developments-in-belgian-constitutional-law-the-year-2015-in-review/>.

² Arrêt n° 37/97 du 8 juillet 1997, B.4.

³ Arrêt n° 159/2004 du 20 octobre 2004, B.5.6.

⁴ Voy. notamment les arrêts n° 166/2003 du 17 décembre 2003, B.15.2., n° 17/2009 du 12 février 2009, B.23.1 et n° 44/2014 du 13 mars 2014, B.4.

⁵ Arrêt n° 166/2003, du 17 décembre 2003, B.15.2.

III. Applications

1. Les inégalités correctrices

4. Par le passé, la Cour a admis que le législateur prenne des mesures d'action positive si elles visent précisément à remédier à une inégalité existante. Néanmoins, de telles «inégalités correctrices» doivent, pour être compatibles avec le principe d'égalité et de non-discrimination, répondre à certaines conditions: (1) elles ne peuvent être appliquées que dans les cas d'inégalité manifeste, (2) la disparition de cette inégalité doit être désignée comme un objectif à promouvoir, (3) les mesures doivent être de nature temporaire, étant destinées à disparaître dès que l'objectif visé est atteint et (4) elles ne peuvent pas restreindre inutilement les droits d'autrui.⁶ L'application de ces conditions équivaut en réalité à un contrôle de proportionnalité renforcé.

L'arrêt de principe n° 17/2009, par lequel la Cour constitutionnelle a rejeté le recours en annulation de la législation anti-discrimination⁷, confirme ces conditions, à l'égard d'une disposition qui a voulu reprendre expressément dans le texte de la loi la jurisprudence de la Cour en matière d'inégalités correctrices.⁸ Selon cette législation, une distinction directe ou indirecte qui repose sur l'un des motifs de discrimination mentionnés dans les lois⁹ ne s'analyse pas en une quelconque forme de discrimination lorsque cette distinction constitue une mesure d'action positive. Les mesures d'action positive sont des mesures spécifiques destinées à prévenir ou à compenser les désavantages liés à l'un des motifs de discrimination mentionnés dans les lois, en vue de garantir une pleine égalité dans la pratique.¹⁰

Lorsqu'il examine une mesure d'action positive d'un citoyen, le juge compétent doit dès lors vérifier s'il est globalement satisfait aux mêmes conditions que lorsque le juge compétent examine une mesure d'action positive des pouvoirs publics. Ce traitement égal n'est pas discriminatoire. En effet, selon la Cour constitutionnelle, les citoyens et les pouvoirs publics qui sont soumis à l'interdiction de discrimination ne se trouvent pas dans des situations fondamentalement différentes en ce qu'ils occupent, en fait ou en droit, une position dominante dans les relations juridiques qui leur donne l'occasion de discriminer (entreprises, écoles, ...).¹¹ En soumettant les mesures d'action positive aux critères précités, le législateur a permis un contrôle particulièrement précis sur ces mesures, qui permet au juge d'examiner dans chaque cas concret s'il est porté atteinte au principe fondamental de l'égalité des sexes.¹²

5. Dans l'arrêt n° 145/2015 du 22 octobre 2015, la Cour constitutionnelle a eu l'occasion d'appliquer sa jurisprudence à l'égard de quotas. Les décrets soumis à son contrôle ont pour objectif de «tendre vers une représentation équilibrée des femmes et des hommes dans les organes de gestion des établissements pour aînés en Région wallonne». Pour bénéficier d'un titre de fonctionnement, ces organes de gestion doivent être composés au maximum de deux tiers de personnes du même sexe. Cette représentation vise entre autres à ce que les qualités dirigeantes et managériales des hommes et des femmes posant des actes de «*good corporate governance*» profitent à chaque établissement.¹³

⁶ Arrêt n° 9/94 du 27 janvier 1994, B.6.2; arrêt n° 42/97 du 14 juillet 1997, B.20; arrêt n° 157/2004 du 6 octobre 2004, B.79.

⁷ Entre autres la loi du 10 mai 2007 tendant à lutter contre la discrimination entre les femmes et les hommes (la loi «genre»), qui vise à transposer sept directives CE qui concernent toutes l'égalité de traitement entre hommes et femmes.

⁸ Arrêt n° 17/2009 du 12 février 2009, B.22.3.

⁹ Entre autres le «sexe» (article 16, § 1er, de la loi «genre»).

¹⁰ Article 4, 11°, de la loi anti-racisme, article 4, 11°, de la loi générale anti-discrimination et article 5, 11°, de la loi «genre».

¹¹ Arrêt n° 17/2009 du 12 février 2009, B.22.6.

¹² Arrêt n° 17/2009 du 12 février 2009, B.23.2.

¹³ Arrêt n° 145/2015 du 22 octobre 2015, B.9.

La Cour constitutionnelle rappelle tout d'abord qu'il convient, dans le cadre de son contrôle des quatre conditions susmentionnées, de tenir compte du fait qu'il s'agit en l'espèce de mandats d'administrateur et non de l'accès à un emploi dans le secteur public ou privé.¹⁴ Elle conclut, compte tenu de l'objectif assigné aux décrets et des mesures transitoires et dérogatoires mises en place, que les sanctions prévues par les décrets attaqués ne portent pas atteinte de manière disproportionnée aux droits des établissements et organismes visés qui en feraient l'objet et qu'elles n'emportent pas de restrictions inutiles des droits d'autrui. Ce régime garantit, tant pour les femmes que pour les hommes, une représentation raisonnable dans les organes de gestion concernés.¹⁵ Le principe d'égalité et de non-discrimination n'est pas violé.

La législation wallonne s'inscrit par ailleurs dans la ligne de l'article 518*bis* du Code des sociétés qui impose qu'au moins un tiers des membres du conseil d'administration des sociétés commerciales cotées en bourse soit de sexe différent de celui des autres membres. Cet article n'a pas (encore) été soumis au contrôle de la Cour.

2. Discrimination indirecte

6. Dans l'arrêt n° 135/2017 du 30 novembre 2017, la Cour constitutionnelle statue sur les recours en annulation partielle de la loi du 10 août 2015 visant à relever l'âge légal de la pension de retraite, les conditions d'accès à la pension de retraite anticipée et l'âge minimum de la pension de survie. Cette loi prévoit que l'âge légal de la pension, actuellement fixé à 65 ans, est maintenu jusqu'au 31 décembre 2024, porté à 66 ans en 2025 et à 67 ans à partir du 1er janvier 2030. En ce qui concerne la pension anticipée, la condition d'âge est augmentée à raison de 6 mois par année. Elle passe ainsi de 62 ans en 2016, à 62 ans et 6 mois en 2017 et à 63 ans en 2018. La condition de carrière est quant à elle portée de 40 ans en 2016 à 41 ans en 2017 et 2018 et à 42 ans en 2019.¹⁶

Dans un de leurs moyens, les parties requérantes soutiennent que les dispositions attaquées créent une discrimination indirecte à l'égard des femmes dans la mesure où le législateur traite de la même manière les hommes et les femmes alors que les carrières d'activité professionnelle et les périodes assimilées seraient sensiblement plus courtes pour les femmes que pour les hommes.¹⁷ Le deuxième moyen est pris, notamment, de la violation des articles 10 et 11 de la Constitution, combinés avec l'article 4 de la directive 79/7/CEE du Conseil du 19 décembre 1978 relative à la mise en œuvre progressive du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière de sécurité sociale.

En ce qui concerne l'article 4 de la directive 79/7/CEE, la Cour rappelle que, selon une jurisprudence constante de la Cour de justice de l'Union européenne, une réglementation nationale qui s'applique indistinctement aux travailleurs masculins et aux travailleurs féminins ne comporte pas de discrimination directement fondée sur le sexe. Il y a, en revanche, discrimination indirecte lorsque l'application d'une mesure nationale, bien que formulée de façon neutre, désavantage en fait un nombre beaucoup plus élevé de travailleurs d'un sexe par rapport à l'autre.¹⁸ La mesure

¹⁴ Arrêt n° 145/2015 du 22 octobre 2015, B.10.1.

¹⁵ Arrêt n° 145/2015 du 22 octobre 2015, B.10.2.

¹⁶ Arrêt n° 135/2017 du 30 novembre 2017, B.2.1.

¹⁷ Arrêt n° 135/2017 du 30 novembre 2017, B.30.

¹⁸ Arrêt n° 135/2017 du 30 novembre 2017, B.32.1, faisant référence à CJUE, 14 avril 2015, C-527/13, *Cachaldora Fernandez*, point 27; 22 novembre 2012, C-385/11, *Elbal Moreno*, point 29; 20 octobre 2011, C-123/10, *Brachner*, point 56. En ce qui concerne l'article 157 du Traité sur le fonctionnement de l'UE (ancien article 141 du Traité CE), la Cour de justice de l'Union européenne a statué dans le même sens (CJUE, 14 juillet 2014, C-173/13, *Leone et Leone*, point 41, et la jurisprudence précitée). Voy aussi l'arrêt n° 17/2009 du 12 février 2009, B.27.1 : Une «distinction indirecte» est une situation qui se produit lorsqu'une disposition, un critère ou une pratique apparemment neutre est susceptible d'entraîner, par rapport à d'autres personnes, un désavantage particulier pour des personnes caractérisées par l'un des «critères protégés» (article 4, 8°, de la loi anti-racisme, article 4, 8°, de la loi générale anti-discrimination et article 5, 7°, de la loi «genre»).

attaquée n'est compatible avec le principe de l'égalité de traitement que si la différence de traitement qu'elle engendre entre les deux catégories de travailleurs est justifiée par des facteurs objectifs étrangers à toute discrimination fondée sur le sexe. Tel est le cas si les moyens choisis répondent à un but légitime de la politique sociale de l'Etat membre dont la législation est en cause, sont aptes à atteindre l'objectif poursuivi par celle-ci et sont nécessaires à cet effet.¹⁹

La Cour constitutionnelle déduit de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne que les Etats membres doivent tendre vers l'égalité de traitement entre les hommes et les femmes et que, même si des dérogations peuvent être temporairement admises en ce qui concerne l'âge d'accès à la retraite, ces dérogations doivent être interprétées de manière restrictive. L'égalité de traitement entre les hommes et les femmes suppose, non seulement qu'aucune différence de traitement ne puisse être directement fondée sur le sexe, mais également qu'une mesure apparemment neutre ne puisse, dans les faits, désavantager l'une de ces deux catégories.²⁰

Les dispositions attaquées traitent de manière identique les hommes et les femmes en ce qui concerne l'âge d'accès à la pension ainsi que les conditions d'accès à la pension de retraite anticipée. La Cour doit dès lors examiner si, ce faisant, elles ont pour effet de traiter de manière défavorable les femmes dans la mesure où, comme le soutiennent les parties requérantes, un pourcentage beaucoup plus élevé de femmes que d'hommes serait concerné par le travail à temps partiel et, partant, ne pourrait remplir les conditions de carrière exigées par la loi attaquée pour pouvoir accéder à la retraite anticipée.²¹

Après avoir examiné les travaux parlementaires et les données chiffrées fournies par le Bureau fédéral du plan, la Cour peut conclure que l'écart entre le pourcentage d'hommes et de femmes qui remplissent la condition de carrière pour un départ anticipé à la retraite n'est pas à ce point important qu'il pourrait fonder une différence de traitement fondée sur le sexe raisonnablement justifiée. Les chiffres dont la Cour dispose ne tendent pas non plus à démontrer que les mesures attaquées concerneraient un nombre beaucoup plus élevé de femmes que d'hommes. La réforme opérée par ces mesures semble au contraire indiquer que sur le long terme, l'écart qui existe entre les travailleurs des deux sexes tend à s'amenuiser de sorte que ces mesures rencontrent l'objectif de la directive 79/7/CEE qui est de tendre vers l'égalité de ces deux catégories.²² Le moyen n'est, dès lors, pas fondé.

7. Dans une autre affaire, concernant les pensions du service public, la partie requérante alléguait que la loi attaquée violait le principe d'égalité et de non-discrimination en ce qu'elle renforcerait encore la discrimination existante entre les hommes et les femmes en matière de durée réelle de la retraite.

La Cour constitutionnelle constate que les dispositions attaquées s'appliquent dans la même mesure aux hommes et aux femmes.²³ Ni les dispositions attaquées, ni les dispositions qu'elles modifient ne créent de distinction entre les hommes et les femmes concernant l'âge légal de la retraite, les conditions permettant une retraite anticipée, le mode de calcul de la pension et le fonctionnement et la suppression progressive de la bonification pour diplôme. La différence de traitement critiquée par la partie requérante ne résulte pas d'un choix politique du législateur mais du fait que les femmes ont une espérance de vie plus longue que les hommes.²⁴

3. La lutte contre le sexisme

¹⁹ Arrêt n° 135/2017 du 30 novembre 2017, B.32.2, faisant référence à CJUE, 8 février 1996, C-8/94, *Laperre*, point 14; 20 octobre 2011, C-123/10, *Brachner*, point 70.

²⁰ Arrêt n° 135/2017 du 30 novembre 2017, B.33.1.

²¹ Arrêt n° 135/2017 du 30 novembre 2017, B.33.2.

²² Arrêt n° 135/2017 du 30 novembre 2017, B.34.1.

²³ Voy. également l'arrêt n° 51/2008 du 13 mars 2008, B.10.2, à propos du travail à temps partiel.

²⁴ Arrêt n° 104/2017 du 28 septembre 2017, B.35.

8. Dans l'arrêt n° 72/2016 la Cour constitutionnelle statue sur le recours en annulation partielle de la loi du 22 mai 2014 tendant à lutter contre le sexisme dans l'espace public. Le sexisme érigé en infraction est entendu comme un ensemble de comportements « attentatoires à la dignité humaine de la personne » à cause de sa « simple appartenance à un sexe »; il s'agit « du mépris envers un sexe, de la croyance fondamentale en l'infériorité intrinsèque d'un sexe ».²⁵

La Cour rappelle que l'égalité des femmes et des hommes est une valeur fondamentale de la société démocratique, protégée par l'article 11*bis* de la Constitution, par l'article 14 de la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH) et par divers instruments internationaux, tels que, notamment, la Convention des Nations-Unies du 18 décembre 1979 sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes. Plus spécifiquement, la lutte contre les violences en raison du sexe constitue une préoccupation actuelle aussi bien de l'Union européenne (adoption par la Commission européenne de la Charte des femmes, le 5 mars 2010) que du Conseil de l'Europe (Convention du Conseil de l'Europe sur la prévention et la lutte contre la violence à l'égard des femmes et la violence domestique du 11 mai 2011).²⁶

Dans cet arrêt, il ne s'agit pas d'une différence de traitement fondée sur le sexe, qui peut être justifiée ou non, mais de l'égalité des hommes et des femmes, en tant que valeur fondamentale, qui peut justifier ou non l'ingérence dans un autre droit fondamental, emportant une limitation de la liberté d'expression. Les objectifs poursuivis par les dispositions attaquées, qui participent de la volonté du législateur de garantir cette valeur, sont légitimes et figurent parmi ceux, énumérés aux articles 9 et 10 CEDH, qui peuvent justifier une ingérence dans les droits fondamentaux protégés par ces articles, dès lors qu'ils relèvent tout à la fois de la protection des droits d'autrui, de la défense de l'ordre et de l'affirmation d'une des valeurs fondamentales de la démocratie. Selon la Cour, le législateur a pu estimer que l'adoption des dispositions attaquées était nécessaire pour atteindre l'objectif d'égalité des hommes et des femmes dans l'exercice de leurs droits et libertés que l'article 11*bis* de la Constitution lui impose de garantir.²⁷

La Cour précise néanmoins que l'infraction de sexisme n'est réalisée que lorsque le geste ou le comportement incriminé entraîne une atteinte grave à la dignité à l'égard de personnes déterminées. Il en résulte que l'expression d'opinions, en général, sur la place et le rôle des femmes et des hommes dans la société ne relève pas de l'application de la loi attaquée.²⁸

L'infraction de sexisme ne vise pas les gestes ou comportements d'une personne vis-à-vis d'elle-même. Les dispositions attaquées ne peuvent donc être interprétées comme permettant la répression du fait pour une femme de porter un vêtement confessionnel tel qu'un voile ou un foulard. Pour le même motif, les dispositions attaquées ne sauraient être interprétées comme autorisant la répression de la prostitution volontaire ou de la pornographie dans le chef de la personne qui s'adonne à ces activités.²⁹

En revanche, l'infraction de sexisme peut être commise à l'égard d'une personne, malgré le fait que cette personne ait consenti au geste ou au comportement, posé par un tiers, si ce geste ou ce comportement a pour conséquence de porter gravement atteinte à sa dignité. L'absence de consentement n'est, en effet, pas un élément constitutif de l'infraction. L'objectif poursuivi par le législateur n'est, au demeurant, pas uniquement de protéger les droits des victimes de gestes ou de comportements sexistes mais, également, de garantir l'égalité des femmes et des

²⁵ *Doc. parl.*, Chambre, 2013-2014, DOC 53-3297/001, pp. 3-4.

²⁶ Arrêt n° 72/2016 du 25 mai 2016.

²⁷ Arrêt n° 72/2016 du 25 mai 2016, B.20.2-B.21.2.

²⁸ Arrêt n° 72/2016 du 25 mai 2016, B.26.1.

²⁹ Arrêt n° 72/2016 du 25 mai 2016, B.34.1-B.34.2.

hommes, ce qui est une valeur fondamentale de la société dont la réalisation bénéficie à la totalité de ses membres et pas seulement aux victimes potentielles de sexisme.³⁰

La Cour rejette tous les moyens, pris notamment de la violation du principe de légalité en matière pénale, de la liberté d'expression, du principe d'égalité en non-discrimination et du droit au respect de la vie privée.

4. Le contrat de vente entre époux

9. Dans un litige portant sur une contestation entre des époux divorcés, la Cour d'appel d'Anvers demandait à la Cour constitutionnelle si l'article 1595, alinéa 1er, 2°, du Code civil est compatible avec les articles 10 et 11 de la Constitution en ce qu'il s'ensuit qu'un contrat de vente peut avoir lieu entre époux dans le cas où la cession que le mari fait à sa femme, même non séparée, a une cause légitime, telle que le remploi de ses immeubles aliénés, ou de deniers à elle appartenant, si ces immeubles ou deniers ne tombent pas en communauté, alors qu'aucun contrat de vente ne peut avoir lieu entre époux dans le cas où la cession que la femme fait à son mari, même non séparé, a une cause légitime, telle que le remploi de ses immeubles aliénés, ou de deniers à lui appartenant, si ces immeubles ou deniers ne tombent pas en communauté.

La Cour constitutionnelle constate simplement que cette différence de traitement fondée sur le sexe, ou plus précisément le maintien de cette différence de traitement, n'est pas raisonnablement justifiée.³¹

5. L'attribution du nom de famille

10. Dans l'arrêt n° 2/2016, la Cour statue sur des recours en annulation à l'encontre de la loi du 8 mai 2014 modifiant le Code civil en vue d'instaurer l'égalité de l'homme et de la femme dans le mode de transmission du nom à l'enfant et à l'adopté³².

En vue de respecter des engagements internationaux pris par la Belgique, et notamment celui d'accorder à la femme et à l'homme des droits similaires dans la transmission du nom de l'enfant, la loi attaquée permet aux parents de choisir soit le nom du père, soit le nom de la mère, soit un double nom composé de ces deux noms dans l'ordre déterminé par les parents. Le législateur a ainsi opté pour l'autonomie de la volonté des parents plutôt que pour un système d'attribution du nom fixé par la loi, avec une limite cependant: les enfants nés des mêmes parents doivent porter le même nom.

Lorsque les parents sont en désaccord quant au choix du nom de l'enfant ou lorsqu'ils n'opèrent aucun choix, la loi attribue à l'enfant le nom du père. Seule cette disposition a été attaquée devant la Cour constitutionnelle.

Selon la Cour, le droit de donner son nom de famille à son enfant ne peut pas être considéré comme un droit fondamental³³, mais les parents ont un intérêt clair et personnel à intervenir dans le processus de détermination du nom de famille de leur enfant³⁴. Le choix du législateur de privilégier l'autonomie de la volonté des parents est conforme à la volonté du législateur d'instaurer l'égalité de l'homme et de la femme³⁵. Il nécessite toutefois de déterminer la

³⁰ Arrêt n° 72/2016 du 25 mai 2016, B.35.1.

³¹ Arrêt n° 44/2014 du 13 mars 2014, B.4-B.5.

³² Arrêt n° 2/2016 du 14 janvier 2016.

³³ Arrêt n° 2/2016 du 14 janvier 2016, B.7.1.

³⁴ Arrêt n° 2/2016 du 14 janvier 2016, B.7.3.

³⁵ Arrêt n° 2/2016 du 14 janvier 2016, B.8.3.

manière d'attribuer le nom de famille dans l'hypothèse où les parents sont en désaccord ou n'opèrent pas de choix, même si le législateur a par ailleurs veillé à limiter les cas de désaccord en offrant aux parents un large choix. Il peut se justifier que le législateur fixe lui-même le nom que portera l'enfant, lorsqu'il y a désaccord ou absence de choix, plutôt que de laisser au juge un pouvoir d'appréciation. Il importe, en effet, en cette matière, de fixer de manière simple, rapide et uniforme le nom d'un enfant dès sa naissance³⁶.

La Cour condamne cependant la différence de traitement entre le père et la mère de l'enfant qui est fondée sur le critère du sexe des parents. Les mères sont ainsi traitées autrement que les pères dans leur droit de transmettre leur nom de famille à leur enfant³⁷. Or, seules des considérations très fortes peuvent justifier une différence de traitement exclusivement fondée sur le sexe. Les motifs invoqués par le législateur dans les travaux préparatoires, la tradition et la volonté d'avancer progressivement, ne peuvent pas être tenus pour des considérations très fortes justifiant la différence de traitement critiquée. Par ailleurs, la disposition attaquée peut avoir pour effet de donner ainsi un droit de veto au père d'un enfant dans l'hypothèse où la mère de l'enfant manifeste la volonté de donner à cet enfant son propre nom ou un double nom et où le père n'est pas d'accord avec ce choix³⁸.

La Cour annule donc la disposition attaquée. Toutefois, afin d'éviter une insécurité juridique, en particulier vu la nécessité de déterminer le nom de l'enfant dès sa naissance, tout en permettant au législateur d'adopter une nouvelle réglementation, la Cour maintient les effets de la disposition annulée jusqu'au 31 décembre 2016³⁹.

11. Saisie d'une question préjudicielle portant sur la même disposition, posée juste avant le prononcé de l'arrêt n° 2/2016 dans un litige concernant un enfant né en 2015, la Cour décide dans son arrêt n° 162/2016 qu'en raison du maintien des effets de la disposition en cause, le juge a quo doit en faire application dans la solution du litige pendant devant lui⁴⁰. La question n'appelle donc pas de réponse, sauf dans la mesure où elle diffère des points de droit tranchés par l'arrêt n° 2/2016⁴¹. Le point de droit non tranché concerne la compatibilité de la disposition en cause avec les règles constitutionnelles d'égalité et de non-discrimination et les droits de l'enfant, en ce que cette disposition ne prévoit aucun contrôle de l'intérêt de l'enfant dans l'attribution du nom⁴². Prolongeant le raisonnement tenu dans l'arrêt n° 2/2016, la Cour considère que le fait d'accorder au juge le pouvoir d'attribuer le nom de l'enfant après avoir apprécié l'intérêt de cet enfant ou lui permettre de modifier l'attribution légale du nom de l'enfant sur la base de l'intérêt de cet enfant porterait atteinte à l'objectif de fixer de manière simple, rapide et uniforme le nom d'un enfant dès sa naissance⁴³. Elle répond négativement à cette partie de la question préjudicielle.

6. L'interdiction de la burqa

12. Par son arrêt n° 145/2012, la Cour constitutionnelle se prononce sur des recours en annulation à l'encontre de la loi du 1er juin 2011 «visant à interdire le port de tout vêtement cachant totalement ou de manière principale le visage». Cette loi punit d'une amende ou d'un emprisonnement les personnes qui se présentent dans des lieux accessibles au public le visage masqué ou dissimulé en tout ou en partie, de manière telle qu'elles ne soient pas identifiables. Les recours ont été introduits par des personnes physiques – des femmes de

³⁶ Arrêt n° 2/2016 du 14 janvier 2016, B.8.5.

³⁷ Arrêt n° 2/2016 du 14 janvier 2016, B.8.6.

³⁸ Arrêt n° 2/2016 du 14 janvier 2016, B.8.7.

³⁹ Arrêt n° 2/2016 du 14 janvier 2016, B.9.

⁴⁰ Arrêt n° 162/2016 du 14 décembre 2016, B.4.2.

⁴¹ Arrêt n° 162/2016 du 14 décembre 2016, B.4.2 et B.5.

⁴² Arrêt n° 162/2016 du 14 décembre 2016, B.6.

⁴³ Arrêt n° 162/2016 du 14 décembre 2016, B.7.2.

confession musulmane portant le voile intégral et qui se sont fait verbalisées ou des personnes agissant en vue de défendre les droits fondamentaux.

Un des griefs concerne la méconnaissance de la liberté des cultes ou de la liberté de pensée, de conscience et de religion. Les requérants se fondent sur l'article 19 de la Constitution ainsi que sur l'article 9 CEDH et l'article 18 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques.

La Cour admet que la loi attaquée peut, en raison de la généralité de ses termes, constituer une ingérence dans la liberté de conscience et de religion des femmes qui portent le voile intégral sur la base d'un choix personnel qu'elles estiment conforme à leur conviction religieuse. Elle examine dès lors si cette ingérence est prévue par une loi suffisamment accessible et précise, est nécessaire dans une société démocratique, répond à un besoin social impérieux et est proportionnée par rapport aux buts légitimes poursuivis par le législateur⁴⁴.

La Cour précise ensuite les trois objectifs poursuivis par le législateur, tels qu'ils ressortent des travaux préparatoires de la loi attaquée: la sécurité publique, l'égalité entre l'homme et la femme et une certaine conception du «vivre ensemble» dans la société. La Cour estime que ces objectifs sont légitimes et entrent dans la catégorie de ceux énumérés à l'article 9 CEDH.

Dans le cadre de cette mini-conférence, les deux derniers objectifs retiendront notre attention. Concernant le «vivre ensemble», la Cour relève que l'individualité de tout sujet de droit d'une société démocratique ne peut se concevoir sans que l'on puisse percevoir son visage, qui en constitue un élément fondamental. Compte tenu des valeurs essentielles qu'il entend défendre, le législateur a pu considérer que la circulation dans la sphère publique, qui concerne par essence la collectivité, de personnes dont cet élément fondamental de l'individualité n'apparaît pas, rend impossible l'établissement de rapports humains indispensables à la vie en société. Si le pluralisme et la démocratie impliquent la liberté de manifester ses convictions notamment par le port de signes religieux, l'Etat doit veiller aux conditions dans lesquelles ces signes sont portés et aux conséquences que le port de ces signes peut avoir. Dès lors que la dissimulation du visage a pour conséquence de priver le sujet de droit, membre de la société, de toute possibilité d'individualisation par le visage alors que cette individualisation constitue une condition fondamentale liée à son essence même, l'interdiction de porter dans les lieux accessibles au public un tel vêtement, fût-il l'expression d'une conviction religieuse, répond à un besoin social impérieux dans une société démocratique⁴⁵. Concernant la dignité de la femme, la Cour relève que le législateur a pu considérer que les valeurs fondamentales d'une société démocratique s'opposent à ce que des femmes soient contraintes de dissimuler leur visage sous la pression de membres de leur famille ou de leur communauté et soient privées ainsi, contre leur gré, de la liberté de disposer d'elles-mêmes⁴⁶. Même lorsque le port du voile intégral résulte d'un choix délibéré dans le chef de la femme, l'égalité des sexes, que le législateur considère à juste titre comme une valeur fondamentale de la société démocratique, justifie que l'Etat puisse s'opposer, dans la sphère publique, à la manifestation d'une conviction religieuse par un comportement non conciliable avec ce principe d'égalité entre l'homme et la femme. Le port d'un voile intégral dissimulant le visage prive, en effet, la femme, seule destinataire de ce prescrit, d'un élément fondamental de son individualité, indispensable à la vie en société et à l'établissement de liens sociaux⁴⁷.

La Cour admet dès lors la proportionnalité de la mesure dès lors que le législateur a opté pour la sanction pénale la plus légère. La circonstance que la peine puisse être plus lourde en cas

⁴⁴ Arrêt n° 145/2012 du 6 décembre 2012, B.13 et B.14.

⁴⁵ Arrêt n° 145/2012 du 6 décembre 2012, B.21.

⁴⁶ Arrêt n° 145/2012 du 6 décembre 2012, B.22.

⁴⁷ Arrêt n° 145/2012 du 6 décembre 2012, B.23.

de récidive ne mène pas à une autre conclusion⁴⁸. La Cour relève encore que pour les personnes qui dissimuleraient leur visage sous la contrainte, l'article 71 du Code pénal prévoit qu'il n'y a pas d'infraction lorsque l'auteur des faits a été contraint par une force à laquelle il n'a pu résister⁴⁹. La Cour formule enfin une réserve d'interprétation qui sera reprise dans le dispositif. Il serait manifestement déraisonnable de considérer que les lieux accessibles au public doivent s'entendre comme incluant les lieux destinés au culte. Le port de vêtements correspondant à l'expression d'un choix religieux, tels que le voile qui couvre intégralement le visage dans de tels lieux, ne pourrait faire l'objet de restrictions sans que cela porte atteinte de manière disproportionnée à la liberté de manifester ses convictions religieuses⁵⁰.

La Cour conclut également que la loi attaquée n'est pas contraire à la liberté d'expression, au droit de mener une vie conforme à la dignité humaine, à la liberté individuelle et au droit au respect de la vie privée et familiale. Le principe d'égalité et de non-discrimination n'est pas non plus violé et la loi n'a ni pour objet ni pour effet de réglementer la liberté d'association des personnes.

7. Les assurances

13. Il ressort de l'arrêt n° 116/2011 du 30 juin 2011⁵¹ que la possibilité d'autoriser des différences entre hommes et femmes – sans aucune limitation dans le temps – en matière de détermination des primes et des prestations pour des assurances sur la vie, dans les cas où le sexe est un facteur déterminant dans l'évaluation des risques sur la base de données actuarielles et statistiques pertinentes et précises, est contraire au principe fondamental de l'égalité des sexes.

L'association sans but lucratif «Test-Achats», une association de consommateurs, a introduit auprès de la Cour un recours en annulation de la loi du 21 décembre 2007 modifiant la loi du 10 mai 2007 tendant à lutter contre la discrimination entre les femmes et les hommes, pour ce qui est de l'appartenance sexuelle en matière d'assurance. Cette loi transpose la directive 2004/113/CE du Conseil européen du 13 décembre 2004 mettant en œuvre le principe de l'égalité de traitement entre les hommes et les femmes dans l'accès à des biens et services et la fourniture des biens et services.

Bien que la directive interdise l'utilisation du sexe comme critère de distinction en matière de primes et de prestations pour les assurances sur la vie conclues après le 21 décembre 2007, les Etats membres pouvaient, en vertu de l'article 5, § 2, de la directive, «décider avant le 21 décembre 2007 d'autoriser des différences proportionnelles en matière de primes et de prestations pour les assurés lorsque le sexe est un facteur déterminant dans l'évaluation des risques, sur la base de données actuarielles et statistiques pertinentes et précises».

Par son arrêt n° 103/2009 du 18 juin 2009, la Cour constitutionnelle a posé une question préjudicielle à la Cour de justice de l'Union européenne au sujet de la compatibilité de cette disposition de la directive avec l'article 6, paragraphe 2, du Traité relatif à l'Union européenne et plus précisément avec le principe d'égalité et de non-discrimination garanti par cette disposition.

Par son arrêt du 1er mars 2011 dans l'affaire C-236/09, la Cour de justice a déclaré invalide l'article 5, § 2, de la directive précitée avec effet au 21 décembre 2012. La Cour a jugé, d'une

⁴⁸ Arrêt n° 145/2012 du 6 décembre 2012, B.29.1.

⁴⁹ Arrêt n° 145/2012 du 6 décembre 2012, B.29.2.

⁵⁰ Arrêt n° 145/2012 du 6 décembre 2012, B.30 et B.31.

⁵¹ Arrêt n° 116/2011 du 30 juin 2011.

part, que la directive était discriminatoire en ce qu'il n'était pas précisé combien de temps les différences pouvaient durer et, d'autre part, qu'il fallait laisser aux Etats membres une «période de transition adéquate».

Dans son arrêt n° 116/2011 du 30 juin 2011⁵², la Cour constitutionnelle rappelle les principes qui la guident dans le contrôle d'une différence de traitement sur la base du sexe⁵³. Compte tenu des motifs indiqués par la Cour de justice dans son arrêt du 1er mars 2011, elle juge que la différence de traitement critiquée n'est pas susceptible de justification raisonnable et que la loi attaquée doit être annulée. Par ailleurs, la Cour décide, compte tenu de la période transitoire prise en compte par la Cour de justice, de maintenir les effets des dispositions législatives annulées jusqu'au 21 décembre 2012.

8. Les personnes transgenres

14. Un recours en annulation est actuellement pendant devant la Cour à l'encontre de la loi du 27 juin 2017 «réformant des régimes relatifs aux personnes transgenres en ce qui concerne la mention d'une modification de l'enregistrement du sexe dans les actes de l'état civil et ses effets». Il a été introduit par des associations qui défendent les droits des personnes transgenres. Ces associations estiment que la loi ne respecte pas le droit à l'autodétermination et à l'égalité des personnes transgenres. Elles font valoir que la procédure de changement du sexe enregistré et de changement de prénom est irrévocable, de sorte qu'il est impossible pour les personnes transgenres à l'identité de genre fluide de changer plusieurs fois de sexe et de prénom. Elles dénoncent par ailleurs une discrimination fondée sur l'identité de genre, en ce que la loi attaquée n'offre pas de «troisième option» aux personnes dites «intergenres», qui se sentent aussi bien homme que femme (ou ni l'un ni l'autre).

IV. Conclusion

15. Pour conclure, nous aborderons la question du genre dans la composition de la Cour constitutionnelle.

Avant 2003, la loi organique relative à la Cour constitutionnelle ne fixait aucune exigence liée au genre pour la composition de la Cour. De 1985 à 2001, la Cour ne compta qu'une seule femme parmi les douze juges. De 2001 à 2007, les douze juges étaient des hommes.

Une modification législative intervint en 2003⁵⁴. Un § 5 est ajouté à l'article 34 de la loi spéciale du 6 janvier 1989. Il dispose que «La Cour est composée de juges de sexe différent». Cette disposition n'entre toutefois en vigueur qu'au plus tard à partir de la troisième nomination qui suit l'entrée en vigueur de cette modification⁵⁵.

L'article 34, § 5, de la loi spéciale organique a été encore modifié en 2014⁵⁶. Il dispose désormais: «La Cour se compose de juges de sexe différent, tant en ce qui concerne les juges visés au § 1er, 1°, que ceux visés au § 1er, 2°. Elle compte au moins un tiers de juges de chaque sexe». Les deux catégories visées sont les juges issus des hautes juridictions ou des

⁵² Arrêt n° 116/2011 du 30 juin 2011, B.11 à B.16.2.

⁵³ *Supra*, II.

⁵⁴ Article 11, a), de la spéciale du 9 mars 2003 modifiant la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour d'arbitrage.

⁵⁵ La modification est entrée en vigueur le 21 avril 2003. La première nomination qui a suivi est intervenue en 2004 (un homme, Monsieur Jean Spreutels). La suivante en 2007 (une femme, Madame Trees Merckx-Van Goey).

⁵⁶ Article 12 de la loi spéciale du 4 avril 2014 portant modification de la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour constitutionnelle.

universités (art. 34, § 1er, 1^o) et les juges issus du Sénat, de la Chambre des représentants ou des Parlements de communauté ou de région (art. 34, § 1er, 2^o). L'entrée en vigueur de la modification est à nouveau retardée⁵⁷. Elle entre en vigueur «le jour où la Cour compte au moins un tiers de juges de chaque sexe». Pour y arriver, la disposition prévoit que «Jusqu'à cette date, le Roi nomme un juge du sexe le moins représenté quand les deux nominations précédentes n'ont pas augmenté le nombre de juges de ce sexe».⁵⁸ Aujourd'hui, trois femmes sont juges à la Cour constitutionnelle, toutes trois au sein du groupe linguistique néerlandais. Une d'entre elles est issue des hautes juridictions ou universités, les deux autres des assemblées parlementaires.⁵⁹

⁵⁷ Article 38 de la loi spéciale du 4 avril 2014

⁵⁸ Deux femmes ont été nommées récemment, Madame Riet Leysen en 2014 (avant l'entrée en vigueur de la loi du 4 avril 2014) et Madame Joséphine Rebecca Moerman en 2018.

⁵⁹ Voy. à ce sujet le discours du Président André ALEN à l'occasion de l'installation le 7 juin 2018 de Madame Joséphine Rebecca Moerman comme juge à la Cour constitutionnelle («Toespraak van André ALEN, Voorzitter van het Grondwettelijk Hof, ter gelegenheid van de installatie op 7 juni 2018 van Mevrouw Joséphine Rebecca MOERMAN als rechter in het Grondwettelijk Hof», www.const-court.be (Communications, Communiqués de presse généraux): «L'on peut encore souligner que la condition d'équilibre hommes-femmes s'applique à la Cour dans son ensemble et non à chaque groupe linguistique. Avec l'arrivée de notre nouveau juge, le groupe linguistique néerlandais compte autant de juges de sexe féminin que de sexe masculin. Je suis convaincu que le monde politique 7 adhérera aussi à un certain moment à l'équilibre hommes-femmes pour le groupe linguistique français». Les informations relatives à la composition passée et présente de la Cour figurent sur son site www.const-court.be (Présentation, Organisation).