Institutional Repository - Research Portal
Dépôt Institutionnel - Portail de la Recherche
researchportal.unamur.be
University of Namur

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

Comparaison et comparabilité dans la jurisprudence de la Cour constitutionnelle

Flohimont, Valérie

Published in:
R.B.D.C.

Publication date:
2008

Document Version
le PDF de l'éditeur

Link to publication

Citation for pulished version (HARVARD):
Flohimont, V 2008, 'Comparaison et comparabilité dans la jurisprudence de la Cour constitutionnelle: rigueur ou jeu de hasard?', *R.B.D.C.*, VOL. 3, p. 217-235.

General rights
Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy
If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

Download date: 25. Apr. 2024

ÉTUDE DOCTRINALE

COMPARAISON ET COMPARABILITÉ DANS LA JURISPRUDENCE DE LA COUR CONSTITUTIONNELLE : RIGUEUR OU JEU DE HASARD ?

PAR

VALÉRIE FLOHIMONT *

Lorsque la Cour constitutionnelle doit statuer sur la violation du principe d'égalité et de non-discrimination par une disposition légale, elle utilise un schéma interprétatif bien rôdé et affiné au fil du temps. Ce schéma interprétatif est basé sur cinq critères, examinés soit tous les cinq, soit quelques uns d'entre eux, selon les nécessités engendrées par le recours en annulation ou la question préjudicielle posée. Ces cinq critères sont le critère de comparabilité; le critère téléologique; le critère d'objectivité; le critère de pertinence; le critère de proportionnalité.

La première question que la Cour constitutionnelle doit donc résoudre est de savoir si les situations avancées sont ou non comparables. De la réponse à cette question dépendra la suite de l'examen des autres critères. Comme le disent à juste titre V. Van der Plancke et D. Tharaud, «l'égalité est comparative par nature, dérivant sa source et ses limites du traitement réservé aux autres; si les libertés sont généralement individuelles, l'égalité est sociale. L'égalité étant un principe contingent et 'relatif' qui n'émerge que par l'apparition de 'l'autre', comparaison et non discrimination sont assurément deux notions substantielles : il ne peut y avoir d'égalité sans comparaison alors que comparer c'est déjà rassembler ce qui se ressemble et séparer ce qui se distingue» (1). La question de la comparabilité est donc extrêmement importante et intervient quelle que soit la manière dont est présentée l'existence d'une éventuelle discrimination puisqu'elle est elle-même contenue, par essence, dans la notion d'égalité.

Elle se pose de deux manières : soit il s'agit de savoir si l'application du même traitement T à la situation S1 et aussi à la situation S2 ne constitue

* Valérie FLOHIMONT est assistante en droit social aux Facultés universitaires Notre-Dame de la Paix de Namur et collaborateur scientifique volontaire à l'Institut de droit social de la Katholieke Universiteit Leuven

(1) V. VAN DER PLANCKE et D. THARAUD, «Imposer des 'discriminations positives' dans l'emploi : vers un conflit de dignités ?», dans, *Justice, éthique et dignité* (dir. S. GABORIAU et H. PAULIAT, Limoges, PULIM, 2006, §8.

pas une discrimination puisque les situations S1 et S2 ne seraient pas comparables (2); soit il s'agit de savoir si l'application du traitement T à la situation S1 et du traitement T' à la situation S2 ne constitue pas une discrimination puisque les situations S1 et S2 seraient comparables (3). Dans les deux cas, le premier élément à examiner est celui de la comparabilité ou non de S1 et S2. Mais, comme le dit J. Vande Lanotte, l'examen de la comparabilité est une affaire délicate (4).

Néanmoins, il semble que la question de la comparabilité, tout comme celle de la comparaison d'ailleurs, aient peu été étudiées. Ce manque peut paraître surprenant quand on voit l'importance de la comparabilité et de la comparaison en droit. Nous partageons d'ailleurs l'avis de X. Thunis lorsqu'il déclare que «Au sens large, tout juriste est comparatiste sans le savoir (5)». Mais comment se conçoit la question de la comparabilité ?

R. Rivara, grammairien, dans son livre traitant du «système de la comparaison», parle de comparabilité par nature (6). En d'autres termes, la question de la comparabilité ne semblerait pas se poser puisqu'elle serait préexistante et résolue naturellement. Cette vision de la «comparabilité par nature» est cependant toute relative. L'adage populaire considère que l'on ne peut comparer des pommes et des poires. Vu autrement, ne pourrait-on pas défendre que pommes et poires sont comparables puisque faisant toutes deux partie de la famille des fruits et plus spécifiquement des fruits du verger, qu'elles sont mûres plus ou moins durant la même saison, qu'elles peuvent toutes deux être mangées cuites,... ? Les deux assertions ont la même valeur et aucune des deux n'est meilleure que l'autre. Elles fonctionnent chacune dans leur cadre, lui-même délimité par l'angle de vue utilisé. Autrement dit, selon l'approche adoptée pour la comparaison, les éléments en présence seront comparables ou ne le seront pas.

La tâche de la Cour constitutionnelle en matière de comparabilité est relativement semblable. Elle examine le problème (sous un certain angle,

(2) C.A., 10 novembre 1999, n° 119/99. En l'occurrence, les articles 56, §2, al. 1er, 1°, littera a) et 57 des lois relatives aux allocations familiales pour travailleurs salariés, coordonnées par l'A.R. du 19 décembre 1939, sont indifféremment applicables aux travailleurs du secteur privé et à ceux du secteur public. Toutefois, le tribunal du travail de Mons saisit la cour constitutionnelle d'une question préjudicielle afin de savoir si le fait que deux catégories distinctes de travailleurs soient soumises à la même disposition légale n'engendre pas une violation des articles 10 et 11 de la Constitution.

(3) Voy. par exemple en matière de droit aux allocations de chômage des travailleurs salariés et des fonctionnaires C.A., 11 décembre 2002, n° 180/2002; C.A., 10 juillet 2008, n° 103/2008.

(4) «Het onderzoek naar de vergelijkbaarheid is een delikate zaak», J. Vande Lanotte et G. Goedertier, *Overzicht Publiekrecht*, deel 2, Brugge, Die Keure, 2007, p. 374.

(5) X. Thunis, «L'empire de la comparaison», in F. van der Mensbrugghe (ed.), *L'utilisation de la méthode comparative en droit européen*, Presses universitaires de Namur, 2003, pp. 5-15.

(6) R. Rivara, *Le système de la comparaison. Sur la construction du sens dans les langues naturelles*, Paris, Ed. de minuit, 1990, p. 15. «Si l'on compare deux quantités A et B (à condition que, par leur nature, elles soient comparables : deux vitesses, deux longueurs, deux poids, etc.), il n'y a que trois situations possibles (...)».

voire même plusieurs) afin de déterminer si les situations présentées sont comparables ou non, sans nécessairement toujours se prononcer explicitement sur la comparabilité. En effet, dans de nombreux arrêts, la comparabilité est sous-entendue et déduite de la poursuite du raisonnement de la Cour (7).

La présente réflexion a donc pour objectif d'examiner si la Cour utilise une méthodologie particulière ou récurrente pour aborder cette question ou si, au contraire, des facteurs aléatoires interviennent de manière prépondérante dans l'examen de la question. En d'autres termes, s'agit-il de rigueur ou d'un jeu de hasard ? Existe-t-il une méthodologie de la comparabilité ?

Notre proposition de méthodologie de la comparabilité se fonde sur une analyse empirique de la jurisprudence de la Haute juridiction grâce à laquelle nous avons dégagé des règles méthodologiques claires donnant suite à un processus itératif et systématique dans l'examen juridique de la question de la comparabilité.

D'après le *Petit Robert*, les termes 'comparable' et 'comparaison' datent tous deux de la fin du XIIe siècle et viennent respectivement du latin '*comparabilis*' et '*comparatio*'. Par 'comparable' on entend «qui peut être comparé avec quelqu'un ou quelque chose» et donc qui est «analogue, approchant, assimilable». Par 'comparaison' on entend «le fait d'envisager ensemble (deux ou plusieurs objets de pensée) pour en chercher les différences ou les ressemblances». Il s'agit donc d'«analyse, jugement, rapprochement (8)». Le dictionnaire philosophique (9) précise d'ailleurs que le terme latin 'comparatio' «renvoie à une opération de l'esprit : la mise en parallèle de x et de y, pour en dégager ressemblances et différences» et «ne désigne que très marginalement une similitude introduite par un mot de type 'comme'». La comparaison est par conséquent un exercice long, la construction de tout un développement, que l'on peut qualifier de 'figure de pensée'. Dans le même ordre d'idées, R. Wainwright définit la méthode comparative «comme la juxtaposition et la mise en relation entre des ordres juridiques, la mise en valeur de ressemblances et de divergences, et l'éva-

(7) C.A., 11 décembre 2002, n° 180/2002 et C.A., 10 juillet 2008, n° 103/2008. En l'occurrence, la Cour n'examine pas la question de la comparabilité, du moins pas explicitement, et après avoir reformulé la question préjudicielle posée, elle passe directement à l'examen des critères d'objectivité et de pertinence. Voy. également à ce sujet F. DELPEREE, C., HOREVOETS, F., MOLINE et B., RENAULD, «La Cour d'arbitrage — Chronique de jurisprudence — 2002», *R.B.D.C.*, 2003, p. 299.

(8) Pour toutes ces définitions, voy. P. ROBERT, *Dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française*, Paris, Société du Nouveau Littré, 1970, p. 312.

(9) B. CASSIN (dir.), *Vocabulaire européen des philosophies*, Seuil, Le Robert, 2004, pp. 243-248.

luation des solutions fournies (10)». D'une manière plus générale, la comparaison est une forme spontanée de la pensée et un fait de langage (11).

Dès lors, poser la question de la comparabilité, c'est-à-dire de savoir si des éléments distincts peuvent faire l'objet d'une analyse, d'un rapprochement entre eux, d'un inventaire des ressemblances et divergences, revient à poser la question de savoir si tout peut être objet de comparaison. Si l'on part du postulat qu'il s'agit d'une opération de la pensée, la réponse ne peut être a priori que oui. Néanmoins, poser que deux éléments peuvent être objets de comparaison n'équivaut pas encore à dire que l'accent sera mis sur la ou les similitudes. La réponse à cette question dépend essentiellement du point de vue adopté, du cadre défini, de l'objectif poursuivi.

Le cadre initial défini pour notre analyse est celui de la jurisprudence de la Cour constitutionnelle. Or, nul n'ignore qu'aux yeux de la Cour constitutionnelle, tout n'est pas comparable et que certaines catégories ne peuvent faire l'objet d'une comparaison entre elles. Dans le vocabulaire de la Cour, cela signifie donc que dans certains cas l'accent ne peut être mis sur les similitudes mais bien sur les différences et que par conséquent la Cour n'a pas à poursuivre son examen. En ce sens, la présente analyse, bien que basée sur la jurisprudence de la Cour, dépasse quelque peu, il est vrai, la définition que la Cour donne au terme 'comparabilité'.

1. — Généralement non comparable, sauf dans certains cas...

Lorsque la Cour constitutionnelle est saisie en raison d'une éventuelle violation des principes d'égalité et de non-discrimination, elle examine tout d'abord les situations qui lui sont présentées comme violant ces principes et tente de déterminer si celles-ci sont comparables ou non. Pour le lecteur de la jurisprudence de la Cour constitutionnelle, les conclusions de la Cour sont parfois interpellantes, notamment lorsqu'elle conclut dans certains cas que deux situations sont comparables mais que dans d'autres elles ne le sont pas. Rimanque exprime très bien le fondement de ces différences de comparabilité lorsqu'il déclare que le juge qui tranche la question de l'analogie, effectue un choix qui dans bien des cas ne s'impose ni logiquement, ni illogiquement et que ce choix peut être raisonnablement justifié mais

(10) «The 'comparative law method' may be defined as the juxtaposition and relating of legal systems, the delineation of similarities and differences, the evaluation of the solutions provided» (R. Wainwright, «Use of the comparative law method in European law», in F. van der Mensbrugghe (ed.), *L'utilisation de la méthode comparative en droit européen*, Presses universitaires de Namur, 2003, p. 99). La traduction française reprise ci-dessus est publiée dans le résumé repris à la page 99 du même ouvrage.

(11) X. Thunis, «L'empire de la comparaison», *ibid.*, p. 6.

n'en est pas pour autant convaincant, ni le seul choix acceptable (12). Prenons quelques exemples concrets tirés de la jurisprudence de la Cour constitutionnelle afin d'illustrer notre propos.

L'Etat et le particulier sont-ils comparables?

La Cour constitutionnelle a pour jurisprudence *quasi* constante de considérer qu'Etat et particulier ne sont pas comparables. Tel est notamment le cas dans son arrêt 65/2005 du 23 mars 2005 (13). En l'espèce, la Cour avait à traiter quatre questions préjudicielles concernant la loi du 4 août 1996 relative au bien-être des travailleurs lors de l'exécution de leur travail, posées par le Conseil d'Etat. Sans entrer dans les détails de l'arrêt, ni dans la technicité des questions posées, il nous paraît utile de souligner le point relatif à la comparabilité. En l'occurrence, un des griefs de la Communauté française vis-à-vis de l'Etat belge était d'être exclue du Conseil supérieur pour la prévention et la protection au travail puisque la composition de ce conseil avait été calquée sur la composition du Conseil national du travail qui regroupe les partenaires sociaux et les employeurs du secteur privé. La question relative à la comparabilité consistait donc à déterminer si l'employeur 'Communauté française' pouvait être comparé à un employeur du secteur privé. La Cour constitutionnelle a estimé que des différences importantes entre employeurs privés et employeurs publics pouvaient justifier que les employeurs publics soient exclus du Conseil supérieur pour la prévention et la protection au travail : «les communautés et les régions sont aussi des collectivités publiques dotées d'un pouvoir législatif et d'un pouvoir exécutif (14)». Par contre, dans son arrêt 32/96 du 15 mai 1996 relatif à une différence de traitement entre Etat et particulier en matière de délai de prescription des créances à charge de l'Etat résultant de l'application des articles 1382, 1383 ou 544 du Code civil, la Cour constitutionnelle a estimé qu'Etat et particulier étaient bel et bien comparables : «Sans doute, en raison de la mission d'intérêt général dont il a la charge, l'Etat, en principe, n'est pas une entité suffisamment comparable aux particuliers. Toutefois, dans certaines matières, notamment lorsqu'il fait exécuter des travaux qui endommagent des propriétés, il est tenu, dans l'état actuel du droit, d'indemniser les propriétaires, soit en application des articles 1382 et 1383 du Code civil, soit en vertu de l'article 544 du même Code.

Dans ce cas, l'Etat et les particuliers se trouvent dans des situations suffisamment proches pour que l'on puisse conclure à leur comparabilité (15)».

(12) «De rechter die over analogie oordeelt, maakt een keuze, die in vele gevallen noch logisch, noch onlogisch dwingend is. Deze keuze is doorgaans redelijk te verantwoorden, maar daarom niet *per se* overtuigend of de enig aanvaardbare keuze.» (K. RIMANQUE, «De paradoxale werking van het gelijkheidsbeginsel», *R.W.*, 1992-1993, p. 9, n° 10).

(13) C.A., 23 mars 2005, arrêt n° 65/2005.

(14) C.A., 23 mars 2005, arrêt n° 65/2005, B.7.2.

(15) C.A., 15 mai 1996, arrêt n° 32/96, B.10.

Les régimes de pensions de retraite des salariés et des travailleurs du secteur public sont-ils comparables?

La jurisprudence de la Cour constitutionnelle en matière de pensions de retraite consiste à dire que les régimes des salariés et des fonctionnaires ne sont pas comparables. Selon une jurisprudence constante, la Cour déclare : «Ainsi que la Cour l'a constaté dans plusieurs arrêts, les régimes de pension diffèrent quant à leur objectif, quant à leur mode de financement et quant aux conditions de leur octroi. En raison de ces différences, le titulaire d'une pension de fonctionnaire ne peut en principe être comparé à celui d'une pension de salarié ou d'indépendant (16)».

Néanmoins, dans son arrêt 48/95 du 15 juin 1995, la Cour prend une position quelque peu différente, sans pour autant remettre en cause ou modifier son principe général. En l'espèce, il s'agit d'un recours en annulation contre une disposition légale (17) instaurant à partir du 1er janvier 1995 une cotisation de solidarité (progressive) sur les revenus totaux provenant de pensions de retraite au motif que cette disposition traiterait de manière identique des situations différentes. Concrètement, la partie requérante estime que le fait que les pensionnés du personnel navigant de l'aviation civile soient traités de la même manière que les autres travailleurs pensionnés viole les principes d'égalité et de non-discrimination étant donné qu'il s'agit de catégories différentes de pensionnés. Compte tenu de l'objectif de la mesure (18), à savoir l'instauration d'un mécanisme de solidarité entre les bénéficiaires d'une pension de retraite, la Cour estime pour sa part que «les membres pensionnés du personnel navigant de l'aviation civile, d'une part, et les autres bénéficiaire d'une pension, d'autre part, ne se trouvent pas dans des situations essentiellement différentes au regard de la mesure litigieuse. Le législateur a donc pu décider que la retenue devait être instaurée sur toutes les pensions dépassant un certain montant, quels que soient leur origine et leur mode de calcul (19)». En d'autres termes, la Cour prend en considération l'objectif du législateur pour conclure à la comparabilité de catégories qu'elle estime traditionnellement non comparables.

(16) C.A, 11 janvier 2006, n° 4/2006, B.3.2.. Voy. également dans le même sens C.A., 4 juillet 1991, n° 17/91, B.2.4.; C.A., 9 juillet 1992, n° 54/92, B.3.; C.A., 22 décembre 1993, n° 88/93, B.5.4.; C.A., 20 septembre 2001, n° 112/2001, B.4.1.; C.A., 4 mai 2006, n° 4/2006, B.3.2.; C.A., 10 mai 2006, n° 73/2006, B.4.2. Par contre, dans un sens quelque peu différent, voy. C.A., 15 juin 1995, n° 48/95, B.1.4.

(17) Article 68 de la loi du 30 mars 1994 portant des dispositions sociales, *M.B.*, 31 mars 1994, 2e édition.

(18) C.A., 15 juin 1995, n° 48/95, B.1.3.

(19) C.A., 15 juin 1995, n° 48/95, B.1.4.

Les régimes de cotisations sociales des travailleurs des secteurs privé et public et des indépendants sont-ils comparables?

D'une manière générale, la Cour constitutionnelle est d'avis que les régimes des travailleurs des secteurs public et privé d'une part et des indépendants d'autre part ne sont pas des régimes comparables. La Cour considère en effet que «il existe des différences fondamentales entre les travailleurs indépendants d'une part, et les travailleurs salariés et les fonctionnaires d'autre part, en ce qui concerne les régimes de sécurité sociale qui leur sont applicables. Ces différences ne permettent pas de comparer à tous égards ces catégories de travailleurs (20)». Toutefois, la Cour reconnaît que sur certains points précis les travailleurs des secteurs privé et public et les indépendants sont comparables. Cette 'exception' est d'ailleurs clairement introduite par le «à tous égards (21)» repris par la Cour dans la formulation classique de son principe général. Concrètement, la Cour a conclu à la comparabilité de ces catégories dans deux types d'affaires : un premier type concernait la question de la détermination des revenus de référence servant de base au calcul de l'assiette des cotisations sociales des uns et des autres (22); un second type concernait la fixation de la cotisation de modération salariale (23). Si nous observons le raisonnement de la Cour dans ces arrêts, nous constatons qu'elle a pris en compte non seulement l'objectif du législateur concernant les mesures querellées mais également le cadre de référence, le point de droit évoqué afin de déterminer si oui ou non les situations pouvaient être comparées.

Le point de droit évoqué concernait le financement du système de sécurité sociale (24) (quel que soit le régime concerné : indépendants, salariés ou fonctionnaires) et l'objectif du législateur était de garantir la participation de tous à un financement sain du système (même si cet objectif n'est pas nécessairement formulé en termes parfaitement identiques) (25).

Nous pourrions multiplier les exemples d'arrêts similaires mais tel n'est pas le but de notre analyse. Il importe surtout de déterminer comment et

(20) C.A., 15 septembre 1999, n° 100/99, B.2.2.; C.A., 16 novembre 2000, n° 116/2000, B.4.; C.A., 28 novembre 2001, 152/2001, B.5.

(21) Etymologiquement «égard», qui date du XIIe siècle et vient du terme 'esgarder' (veiller sur), est ici à comprendre dans son acception plus large signifiant «sous tous les points de vue». La traduction néerlandaise de la décision de la Cour utilise d'ailleurs l'expression «in alle opzichten». Pour la définition française, voyez P. ROBERT, *Dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française*, Paris, Société du Nouveau Littré, 1970, p. 545.

(22) C.A., 15 septembre 1999, n° 100/99.

(23) C.A., 16 novembre 2000, n° 116/2000; C.A., 28 novembre 2001, n° 152/2001.

(24) C.A., 15 septembre 1999, n° 100/99, B.2.2.; C.A., 16 novembre 2000, n° 116/2000, B.4.; C.A., 28 novembre 2001, n° 152/2001, B.5.

(25) C.A., 15 septembre 1999, n° 100/99, B.2.4., alinéa 2; C.A., 16 novembre 2000, n° 116/2000, B.4.; C.A., 28 novembre 2001, n° 152/2001, B.5.

selon quelle méthodologie procède la Cour constitutionnelle lorsqu'elle examine le critère de comparabilité.

2. — Méthodologie de la comparabilité

2.1. — *L'ordre juridique*

Un prérequis évident est le fait qu'il doit s'agir d'une situation au sein de l'ordre juridique belge. La Cour constitutionnelle n'est pas compétente pour juger du caractère discriminatoire ou non d'une législation belge par rapport à une législation étrangère. A cet égard, la Cour déclare que «les articles 10 et 11 de la Constitution visent à assurer que les normes applicables dans l'ordre juridique belge respectent le principe d'égalité et de non-discrimination. Les comparaisons avec des normes d'un ordre juridique étranger et avec des situations qui relèvent de celles-ci manquent à cet égard de pertinence (26)».

2.2. — *L'autonomie et l'exclusivité des compétences*

Dans le même ordre d'idée de comparabilité de situations entre ordres juridiques, autrement dit du caractère comparable de législations ayant été adoptées par des législateurs différents, et compte tenu du caractère fédéral de l'état belge, une question analogue peut se poser concernant la comparabilité des normes adoptées par des entités fédérées différentes (par exemple les effets d'une mesure prise par la Région flamande et ceux d'une mesure prise par la Région wallonne).

En cette matière, la Cour constitutionnelle considère que «la violation du principe d'égalité ne peut pas être examinée sans avoir égard au partage de compétences entre l'Etat et les régions réglé par la Constitution et les lois de réformes institutionnelles (27)». La Cour est d'avis qu'il convient de respecter l'autonomie des régions et des communautés qui se traduit par la répartition des compétences et l'autonomie de chacun des législateurs (28). Concrètement, cela signifie que l'on ne peut comparer entre elles des situations résultant chacune de dispositions prises par le législateur compétent au sein de chaque entité fédérée lorsque les entités fédérées disposent de compétences autonomes (29). Pour la Cour, «une différence de traitement dans des matières où les communautés et les régions disposent de compétences propres est la conséquence possible de politiques distinctes permises par l'autonomie qui leur est accordée par la Constitution ou en vertu de

(26) C.A., 27 mars 1996, n° 24/96, B.12.2.
(27) C.A., 24 septembre 2003, n° 119/2003, B.3.1.
(28) C.A., 24 septembre 2003, n° 119/2003, B.3.2. et B.3.4.
(29) J. Vande Lanotte et G. Goedertier, *op. cit.*, p. 377, n° 584.

celle-ci; une telle différence ne peut en soi être jugée comme contraire aux articles 10 et 11 de la Constitution. Cette autonomie serait dépourvue de signification si le seul fait qu'il existe des différences de traitement entre les destinataires de règles s'appliquant à une même matière dans les différentes communautés et régions était jugé contraire aux articles 10 et 11 de la Constitution (30)».

Il convient toutefois de citer plus spécifiquement l'arrêt 78/97 du 17 décembre 1997. Dans cet arrêt relatif aux statuts administratif et pécuniaire du personnel des diverses entités (état fédéral et personnes morales de droit public d'un côté, entités fédérées et personnes morales de droit public qui en dépendent de l'autre), la Cour constitutionnelle prend explicitement position par rapport à la comparabilité de situations entre l'état fédéral et les entités fédérées d'une part, les entités fédérées entre elles d'autre part, et stipule clairement que ces situations ne sont pas comparables (31). La Cour conclut dès lors que les normes législatives desquelles découlent des traitements différents entre les entités susmentionnées ne violent pas les articles 10 et 11 de la Constitution.

Par contre, tel n'est pas le cas lorsque le point de droit évoqué concerne des matières qui relèvent de la compétence exclusive de l'Etat fédéral. Dans ce cas, les communautés et régions entre elles ou les entités fédérées vis-à-vis de l'état fédéral peuvent se trouver dans des situations comparables. C'est par exemple l'avis de la Cour constitutionnelle dans une affaire relative au paiement de la cotisation de modération salariale (32). La cotisation n'était pas due par les institutions qui employaient du personnel à charge de l'Etat fédéral mais bien par les autres institutions et donc également celles qui employaient du personnel à charge des communautés et des régions. La Cour a estimé, de manière peu explicite il est vrai, que ces institutions étaient comparables entre elles puisque la compétence relative aux cotisations sociales était une compétence exclusive de l'Etat fédéral (33).

(30) C.A., 24 avril 1995, n° 35/1995, B.12.2.; C.A., 15 octobre 1996, n° 56/1996, B.25.; C.A., 15 juillet 1998, n° 83/1998, B.6.3.; C.A., 3 décembre 1998, n° 120/1998, B.4.; C.A., 14 octobre 1999, n° 109/1999, B.5.2.; C.A., 29 octobre 2003, n° 139/2003, B.14.2.; C.A., 14 décembre 2005, n° 190/2005, B.4.7.

(31) C.A., 17 décembre 1997, n° 78/97, B.4. et B.5. Pour un commentaire de cet arrêt concernant spécifiquement le rôle des régions et des communautés comme gardiennes des principes d'égalité et de non-discrimination, voyez G. GOEDERTIER, «De Gemeenschappen en Gewesten als houder van de rechten die in artikelen 10 en 11 van de Grondwet zijn gewaarborgd», *R.W.*, 1997-1998, pp. 1384-1386.

(32) C.A., 7 novembre 1996, n° 62/96.

(33) C.A., 7 novembre 1996, n° 62/96, B.3.2.

2.3. — *La conséquence de la norme*

Tel qu'énoncé par l'article 10 de la Constitution «Les belges sont égaux devant la loi», la différence de traitement invoquée doit résulter de la norme législative et non de facteurs externes, de situations de fait, de dispositions légales étrangères (34),... En ce sens, nous retrouvons ici l'acception formelle de l'égalité conçue comme «une conception abstraite qui assure l'application des mêmes règles à toutes les personnes (35)».

Il convient toutefois de nuancer ce propos au regard du concept d'«action positive», terme beaucoup plus adéquat pour traiter de la question des discriminations dites positives car, comme le dit M. Bossuyt, «le terme 'discrimination positive' est absolument à éviter. En effet, de deux choses l'une : ou bien il s'agit d'une différence de traitement 'positive' et dans ce cas il ne s'agit pas d'une discrimination, ou bien il s'agit d'une 'discrimination' et dans ce cas la différence de traitement ne peut pas être qualifiée de 'positive' (36)». Nous sommes ici au cœur de la notion matérielle de l'égalité, l'égalité «par» la loi, celle qui confie un rôle plus actif au législateur qui se voit alors chargé, via normes et dispositions légales, de rétablir ou à tout le moins de tendre vers une égalité de fait. A ce titre, l'arrêt n° 9/94 du 27 janvier 1994 en matière d'octroi du revenu garanti aux personnes âgées (aujourd'hui appelé «garantie de revenus aux personnes âgées (37)») est très instructif. La question soumise à la Cour constitutionnelle était de savoir si le fait que les femmes pouvaient, dès l'âge de 60 ans, bénéficier du revenu garanti aux personnes âgées alors que tel n'était pas le cas pour les hommes âgés de 60 à 65 ans, n'engendrait pas une violation des principes d'égalité et de non-discrimination. Lors de l'examen de la question, la Cour déclare, à propos d'éventuelles actions positives, que de telles mesures ne sont pas incompatibles avec le respect du principe d'égalité et l'interdiction de discrimination pour autant que quatre conditions soient respectées : (a) il faut qu'une inégalité manifeste soit constatée; (b) la disparition de cette inégalité doit être un objectif promu par le législateur; (c) les mesures doivent être de nature temporaire et doivent donc disparaître dès que l'objectif poursuivi par le législateur est atteint; (d) les mesures ne peuvent pas restreindre inutilement les droits d'autrui (38).

(34) C.A., 4 mai 2005, n° 84/2005.

(35) M. MINE, «Droit et discrimination sexuelle au travail», Entretien avec C. COSTE, *Citès*, 2002, n° 9, p. 91, cité dans V. VAN DER PLANCKE et D. THARAUD, *op. cit.*, §7.

(36) M. BOSSUYT, «Het discriminatieverbod en positieve actie», *R.W.*, 1998-1999, p. 243, n°. 33 : «De uitdrukking 'positieve discriminatie' is daarentegen absoluut te vermijden. Immers, van twee zaken één : ofwel gaat het om een 'positief' verschil in behandeling en, bijgevolg, gaat het niet om een 'discriminatie', ofwel gaat het om een 'discriminatie' en dan kan het opgelegde verschil niet als 'positief' worden gekwalificeerd».

(37) Loi du 22 mars 2001 instituant la garantie de revenus aux personnes âgées, *M.B.*, 29 mars 2001.

(38) C.A., 27 janvier 1994, n° 9/94, B.6.2.

Dans ce cas, et abordée sous un angle plus général, la question que devrait examiner la Cour en termes de comparabilité serait de savoir si le fait que la norme T est appliquée aux situations S1 et S2 ne viole pas les principes d'égalité et de non-discrimination puisque dans les faits S1 et S2 ne sont pas comparables. A ce moment, la différence entre les situations présentées ne résulte plus de la norme en elle-même mais bien d'éléments de fait, de facteurs externes (on pense par exemple ici au sexe, à l'appartenance ethnique, à la religion,...) que la norme juridique ne vient en réalité qu'accentuer.

2.4. — *La temporalité des législations*

Les situations examinées doivent exister simultanément, être présentes au même moment et donc résulter de dispositions en vigueur à la même époque. Il n'est dès lors en principe pas possible de comparer une situation née sous l'empire d'un règlement ancien avec celle qu'a fait naître un règlement nouveau.

Cette règle générale souffre toutefois une exception, à savoir la clause de *standstill* contenue dans l'article 23 de la Constitution (39). En effet, la clause de *standstill* vise à interdire que la situation d'un citoyen au niveau de ses droits culturels, économiques et sociaux soit détériorée par l'entrée en vigueur d'une nouvelle loi. Pour le formuler de manière très synthétique, ce mécanisme signifie que le citoyen ne peut pas percevoir moins que ce qu'il percevait avant. Cette clause de *standstill* implique donc *de facto* une comparaison entre une situation née sous l'empire de la loi nouvelle et une situation existant sous l'empire de la loi ancienne puisque, pour savoir si le citoyen a vu sa situation se détériorer sous l'empire de la nouvelle loi, la Cour devra forcément effectuer une comparaison avec le régime en vigueur sous l'ancienne loi (40).

Un arrêt marquant à cet égard en ce qui concerne le droit à l'aide sociale est l'arrêt 5/2004 du 15 janvier 2004 rendu suite à une requête en annulation de la loi du 26 mai 2002 concernant le droit à l'intégration sociale (41) introduite par la Ligue des Droits de l'Homme. Sans entrer dans l'analyse détaillée de l'arrêt, arrêtons-nous un instant sur le moyen avançant que l'article 14, §1er de ladite loi viole notamment l'article 23 de la Constitution

(39) Voy. not. sur la notion de *standstill* : I. HACHEZ, «Le principe de standstill dans le droit des droits fondamentaux : une irréversibilité relative», *R.B.D.C.*, 2007, pp. 69-83; J. THEUNIS, «De toetsing aan grondrechten door het Grondwettelijk Hof. Overzicht van rechtspraak 2006», *T.B.P.*, 2007, pp. 323-350; J. VANDE LANOTTE et T. DE PELSMAEKER, «Economic, social and cultural rights in the Belgian Constitution», in *Social, economic and cultural rights : an appraisal of current european and international developments*, Anvers, Maklu, 2002.

(40) Voy. par exemple en matière de droit à l'aide sociale, C.A., 1er septembre 2008, n° 132/2008, B.9.

(41) Loi du 26 mai 2002 concernant le droit à l'intégration sociale, *M.B.*, 31 juillet 2002.

en ce que les catégories de bénéficiaires du droit à l'intégration sociale établies par le législateur seraient discriminatoires. La Cour a pour jurisprudence constante que le législateur a le droit de n'approcher les catégories et la diversité des situations que de manière générale, sans pouvoir englober tous les cas individuels (42). Toutefois, les critères qui déterminent ces catégories doivent être pertinents (43). Pour la discussion du point qui nous occupe, à savoir l'effet de *standstill*, il s'agit en l'occurrence du fait que le législateur, dans la loi du 26 mai 2002, a supprimé la catégorie «conjoints vivant sous le même toit» qui existait dans la loi du 7 août 1974 instituant le minimum de moyens d'existence. L'objectif du législateur était de traiter les couples mariés et non mariés de la même manière et d'octroyer un revenu individualisé à chacun. La Cour constitutionnelle estime que, bien qu'il ne soit en principe pas possible de comparer la situation d'une même catégorie de personnes sous l'empire d'une nouvelle et d'une ancienne législation à peine de rendre impossible toute modification de la législation, il importe dans le cas présent de tenir compte de l'effet de *standstill* de l'article 23 de la Constitution en matière de droit à l'aide sociale. Pour la Cour, les deux situations doivent donc être comparées afin d'établir si les principes d'égalité et de non-discrimination ont été ou non violés (44). A cet effet, la Cour déclare que «les articles 10 et 11 de la Constitution sont violés s'il est établi que la norme en cause comporte une diminution significative de la protection des droits garantis en matière d'aide sociale par l'article 23 à l'égard d'une catégorie de personnes, par rapport aux autres catégories de personnes qui n'ont pas à subir une telle atteinte à l'effet de *standstill* attaché à l'article 23 (45)». En l'occurrence, la Cour a estimé que le fait de supprimer la catégorie de «conjoints vivant sous le même toit» pour la remplacer par un droit individualisé ne portait pas de préjudice financier aux intéressés (46).

Au-delà de cette illustration concrète en matière de droit à l'assistance sociale, il importe de souligner que cette obligation de *standstill* n'est pas applicable seulement au droit à l'aide sociale. Elle vaut également pour le droit à la protection d'un environnement sain (47) et, peut-être, pour le droit à l'aide juridique (48).

(42) Voy. par exemple C.A., 13 juin 2001, n° 99/2001, B.6.2., al. 2; C.A., 15 janvier 2004, n° 5/2004, B.16.1.

(43) C.A., 15 janvier 2004, n° 5/2004, B.16.2.

(44) C.A., 15 janvier 2004, n° 5/2004, B.25.3.

(45) C.A., 15 janvier 2004, n° 5/2004, B.25.3.

(46) C.A., 15 janvier 2004, n° 5/2004, B.25.5.

(47) C.A, 14 septembre 2006, n° 135/2006, B.10.; C.A., 14 septembre 2006, n° 137/2006, B.7.1.; C.A., 28 septembre 2006, n° 145/2006, B.5.1.; C.A., 20 juin 2007, n° 87/2007, B.5.; C.C., 31 juillet 2008, n° 114/2008, B.3.

(48) A. VANDEBURIE voit dans la mercuriale du procureur général près la Cour de cassation J.-F. Leclercq, prononcée lors de l'audience solennelle de rentrée de la Cour de cassation le 3 septembre 2007, une interprétation de l'arrêt 160/2005 rendu par la Cour constitutionnelle le

2.5. — *L'identité parfaite et l'analogie suffisante*

Il est communément admis que les catégories ne doivent pas être parfaitement identiques mais doivent montrer une analogie suffisante pour faire l'objet d'une comparaison (49). La question qui se pose dès lors est de savoir comment définir l'«analogie suffisante» ou, pour le formuler autrement, à partir de quel moment on peut considérer que deux catégories sont suffisamment semblables pour être comparées. S'agit-il d'additionner le nombre de point communs et le nombre de différences et de voir lequel des deux l'emporte? Existe-t-il d'autres éléments d'évaluation permettant de savoir si les catégories sont plutôt semblables ou plutôt différentes?

Répondre à cette question n'est guère aisé. Par définition, la comparaison demande d'établir, de recenser les différences et les ressemblances entre deux ou plusieurs éléments. Toutefois, comme nous l'avons déjà évoqué dans notre introduction, cet exercice ne présuppose nullement quelle en sera l'issue. Il suffit de revenir quelques instants sur notre exemple des pommes et des poires. Dans un premier cas, si on s'en tient à l'adage populaire «on ne compare pas des pommes avec des poires», l'accent est mis sur les différences. Les pommes sont rondes, les poires oblongues; les pommes croquantes, les poires fondantes; les pommes poussent sur un pommier, les poires sur un poirier; etc. L'exercice de pensée consiste donc à mettre en évidence toutes les dissemblances, les dissimilitudes. Dans un second cas, l'exercice peut être de mettre en avant toutes les ressemblances, toutes les similitudes. Les pommes et les poires font toutes deux partie de la famille 'fruits'; elles poussent toutes deux sur des arbres du verger; elles peuvent toutes deux être mangées cuites ou crues; elles peuvent toutes deux accompagner des plats salés et des plats sucrés; etc. Comment dès lors évaluer si les pommes et les poires montrent une «analogie suffisante» pour pouvoir être 'comparées', au sens de la définition que donne au terme 'comparer' la Cour constitutionnelle. Comme nous venons de le voir, le seul exercice de pensée consistant à mettre en parallèle deux éléments ne permet pas de conclure dans un sens ou dans l'autre. Il apert donc nécessaire d'utiliser d'autres critères et notamment celui du cadre de référence puisque la comparaison et par voie de conséquence la comparabilité sont des notions hautement contextuelles.

26 octobre 2005 visant à reconnaître une obligation de *standstill* à l'égard du droit à l'aide juridique : «Le rôle de la Cour constitutionnelle de Belgique dans la protection des droits économiques, sociaux et culturels garantis par l'article 23 de la Constitution (avant et après la loi spéciale du 9 mars 2003). Mise en perspective de l'arrêt de la Cour d'arbitrage n° 66/2007 du 26 avril 2007», *C.D.P.K.*, 2007, pp. 138-139.

(49) Voy. à ce sujet K. RIMANQUE, «De paradoxale werking van het gelijkheidsbeginsel», *R.W.*, 1992-1993, p. 8; J. VANDE LANOTTE et G. GOEDERTIER, *op. cit.*, p. 377; A. ALEN, *Twintig jaar Arbitragehof*, Mechelen, Kluwer, 2005.

2.6. — *Le cadre de référence*

L'existence d'une comparabilité ou non des situations est étroitement liée au point de droit soumis à la Cour constitutionnelle ou encore, comme le dit F. Meerschaut, au cadre de référence (50). La manière dont la question de la comparabilité est posée influencera inéluctablement le résultat de son examen. Toute comparaison est relative, au sens premier du terme, puisque 'relatée' à un contexte et plus fondamentalement même à un objectif. La question de l'objectif politique ne peut pas être éludée dans l'examen de la comparabilité, qu'elle soit clairement exprimée ou simplement sous-jacente. Cet objectif politique se manifeste de plusieurs manières : au travers de l'objectif du législateur d'une part (cf. *infra* 2.7.), au travers des priorités de l'exécutif d'autre part. Tous les auteurs s'accordent d'ailleurs pour dire que la Cour doit tenir compte, dans son examen, d'un ensemble d'éléments non juridiques, tels les conséquences sociétales d'une décision, les choix politiques, les objectifs prioritaires, etc. (51). En ce sens, la Cour elle-même déclare que «la comparaison doit être pertinente (52)», ce qui implique un examen du contexte dans lequel la norme prend place ainsi qu'une analyse de l'objet de la norme incriminée (53). Pour le formuler d'une autre manière, nous pourrions dire que l'égalité objective auquel aspire notre Etat de droit dépend en fait de l'objectif qui est par essence subjectif puisque déterminé par un sujet.

Plusieurs arrêts de la Cour constitutionnelle illustrent à merveille cette réalité. Citons à titre d'exemple deux arrêts rendus en matière de pension. En l'occurrence, il s'agissait de l'octroi d'une pension de retraite à l'ex-épouse d'un salarié et pas à l'ex-épouse d'un fonctionnaire. Dans les deux cas, les requérantes estimaient qu'il y avait une discrimination et que les ex-épouses de fonctionnaires devraient également bénéficier d'une pension de retraite basée sur la carrière professionnelle de leur ex-conjoint en qualité de fonctionnaire. Le Conseil des Ministres se défendait en avançant que

(50) F. MEERSSCHAUT, «Overzicht van de rechtspraak. De rechtspraak van het Arbitragehof ten behoeve van de private rechtspraktijken 1992-1997», *T.P.R.*, 1998, p. 916.

(51) A. ALEN considère qu'une Cour constitutionnelle ne vit pas en dehors de la réalité et que, vu la nature de sa fonction, elle doit tenir compte des éventuelles conséquences sociétales de ces décisions : *«Een grondwettelijk hof (...) niet buiten de werkelijkheid leeft, en dient, uit de aard zijner functie, in zekere mate rekening te houden met de eventuele maatschappelijke gevolgen van zijn uitspraken»*. («Het Arbitragehof, meer dan 'een grondwettelijk hof met beperkte bevoegdheid'», Note sour Cour d'arbitrage, n° 18/90 du 23 mai 1990, *Rechtskundig Weekblad*, 1990-1991, p. 86).

J. VANDE LANOTTE est même plus explicite puisqu'il déclare que le jugement de la Cour pour évaluer si le principe d'égalité est violé est en grande partie lié à un certain nombre de choix et de priorités politiques et de société. *«De beoordeling of een wettelijke norm het gelijkheidsbeginsel schendt, is dus in grote mate verbonden met een aantal politieke en maatschappelijke keuzes en prioriteiten»*, *op. cit.*, nr. 616, p. 404.

(52) C.A., 9 janvier 2002, n° 1/2002, B.7.; 23 avril 2002, n° 76/2002, B.2.3.; 10 juillet 2002, n° 124/2002, B.6.1.

(53) F. DELPEREE, C. HOREVOETS, F. MOLINE et B. RENAULD, *op. cit.*, pp. 299-300.

les régimes de pension des fonctionnaires et des salariés n'étaient pas comparables. La Cour, sans se dérober à sa jurisprudence *quasi* constante en matière de pension, aborde cependant la question sous l'angle non des régimes de pension *in se* mais bien de la situation des ex-épouses. Elle répète donc que les régimes de pension diffèrent entre eux en termes d'objectifs, de financement et de conditions d'octroi et donc que les bénéficiaires ne peuvent en principe pas être comparés entre eux (54) mais s'attache néanmoins à examiner la situation des ex-épouses de fonctionnaires et de salariés. Elle constate que dans les deux cas ces femmes n'ont pas eu de revenus propres et n'ont donc pu se constituer une retraite personnelle et que, en outre, elles risquent de se retrouver dans une situation matérielle précaire suite à leur divorce. La Cour conclut alors comme suit : «Ces personnes se retrouvent dans une situation identique, quel que soit le régime de pension de leur ex-conjoint, puisqu'elles risquent de connaître les mêmes difficultés matérielles à la suite de la rupture du lien matrimonial. Les différences des régimes de pension ne permettent pas de conclure qu'elles ne sont pas comparables (55)». La Cour a donc abordé la question posée sous un prisme différent avant de passer à l'examen du respect des principes d'égalité et de non-discrimination. Il convient toutefois de noter que la Cour constitutionnelle, selon une syntaxe dont elle est coutumière, utilise la litote pour formuler ses conclusions. Elle ne prétend en effet pas que les catégories sont comparables mais bien que l'on ne peut pas conclure qu'elles ne sont pas comparables. Cette nuance peut avoir son importance en termes de flexibilité de la jurisprudence ultérieure de la Cour constitutionnelle et donc de la flexibilité du critère de comparabilité lui-même.

Un autre aspect important en matière de cadre de référence est évidemment la marge d'appréciation laissée au juge. Au niveau de la méthodologie d'application de la norme, le juge est libre de choisir sous quel angle et quel point de vue il aborde la réalité afin de traiter la question de droit qui lui est soumise. Choisir est en effet le rôle proprement politique du juge et la Cour constitutionnelle applique ce principe lorsqu'il s'agit pour elle d'examiner toute discrimination éventuelle.

2.7. — *L'objectif du législateur*

L'objectif du législateur est un élément qui revient régulièrement dans la jurisprudence de la Cour pour évaluer s'il est satisfait au critère de comparabilité ou non. La Cour constitutionnelle recherche en effet dans les tra-

(54) Voy. notamment C.A., 4 juillet 1991, n° 17/91; 9 juillet 1992, n° 54/92; 22 décembre 1993, n° 88/93; 9 août 1995, n° 48/95; 20 septembre 2001, n° 112/2001; 11 janvier 2006, n° 4/2006; 10 mai 2006, n° 73/2006.

(55) C.A., 11 janvier 2006, n° 4/2006, B.3.3.

vaux préparatoires si le législateur a souhaité ou non que les catégories présentées dans la question de droit posée soient traitées de manière identique.

A titre d'illustration, citons par exemple la jurisprudence de la Cour en matière d'accident de travail (56), lorsqu'il s'agit d'une question mettant en balance les règles de l'indemnisation accordée aux travailleurs statutaires des pouvoirs publics d'une part, aux salariés du secteur privé d'autre part. Lorsqu'elle tente de définir si fonctionnaires et salariés peuvent être comparés en ce qui concerne la couverture «accident de travail», la Cour se réfère systématiquement aux travaux parlementaires de la loi du 3 juillet 1967 sur la réparation des dommages résultant des accidents du travail, des accidents survenus sur le chemin du travail et des maladies professionnelles dans le secteur public (57). Ceux-ci précisent en effet que la loi «a pour but de faire bénéficier le personnel du secteur public d'un régime comparable à celui qui est déjà applicable dans le secteur privé (58)». La Cour en conclut donc que fonctionnaires et salariés sont comparables et va même un pas plus loin puisqu'elle renvoie aux arguments donnés dans une décision relative à la loi du 10 avril 1971 sur les accidents de travail applicable aux travailleurs du secteur privé pour trancher la question relative au secteur public qui lui a été soumise. La Cour constitutionnelle décide en effet en déclarant que «compte tenu de ce qu'il résulte clairement des travaux préparatoires précités de la loi du 3 juillet 1967 que le législateur a entendu établir un régime comparable pour les travailleurs du secteur privé et ceux du secteur public en ce qui concerne en particulier le régime d'indemnisation des victimes d'un accident de travail ou sur le chemin du travail, il s'impose, pour les mêmes motifs mentionnés en B.2.2. à B.5.2. de l'arrêt 3/97 précité, de donner une réponse affirmative à la question préjudicielle (59)».

Il va de soi qu'il n'est pas toujours possible de retrouver dans les travaux préparatoires quel était le souhait du législateur en matière de comparabilité lors de la rédaction de la loi. Dans ce cas, la Cour utilise les autres éléments à sa disposition pour estimer si deux situations sont ou non comparables.

En outre, la volonté du législateur de traiter de manière similaire des catégories différentes n'implique pas automatiquement que des différences de traitement soient impossibles au risque de violer les principes d'égalité et de non-discrimination.

(56) C.A., 16 janvier 1997, n° 3/97; 5 juillet 2000, n° 85/2000; 8 mai 2001, n° 64/2001; juin 2001, n° 86/2001; 20 février 2002, n° 40/2002; 8 mai 2002, n° 82/2002; 5 décembre 2002, n° 176/2002.

(57) *M.B.*, 10 août 1967.

(58) *Doc. parl.*, Chambre, sess. ord., 1966-1967, n° 339, p. 2.

(59) C.A., 5 juillet 2000, n° 85/2000, B.4.2.

CONCLUSIONS

Le critère de comparabilité, premier des cinq critères utilisés par la Cour constitutionnelle pour juger du respect du principe d'égalité et de non-discrimination, est lui-même évalué sur la base d'une série d'éléments permettant de savoir si les catégories présentées à la Cour dans la ou les questions de droit posées sont ou non comparables.

Les règles en matière de comparabilité pourraient alors être définies comme suit :

— il doit s'agir d'une situation au sein de l'ordre juridique belge;

— les comparaisons entre entités fédérées ou entre une entité fédérée et l'entité fédérale ne peuvent avoir lieu à moins qu'il ne s'agisse d'une compétence exclusive de l'Etat fédéral;

— la différence de traitement soumise au jugement de la Cour doit résulter de la loi et non de facteurs externes sur lesquels le législateur n'a pas de prise;

— les législations invoquées doivent être d'application au même moment, à l'exception de l'effet de *standstill* contenu dans l'article 23 de la Constitution;

— les catégories ne doivent pas être parfaitement identiques mais doivent montrer une analogie suffisante;

— le cadre de référence au sein duquel se situe la question de la comparabilité doit être clairement défini et en cette matière le juge dispose d'une large marge d'appréciation;

— l'objectif du législateur, lorsqu'il peut être déterminé, joue un rôle essentiel dans l'évaluation du caractère comparable ou non des situations présentées.

Si l'on compare cette tentative de systématisation ou de fixation d'une méthodologie de la comparabilité dans la jurisprudence de notre Cour constitutionnelle avec les principes d'interprétation juridique du modèle pragmatique contemporain tel que posés par B. Frydman (60), nous pouvons constater que les principes appliqués par la Cour en matière de comparabilité sont en réalité similaires aux principes de l'interprétation juridique contemporaine. La comparabilité peut être déduite de la volonté du législateur, de la situation à laquelle le texte doit être appliqué, d'une mise en balance des intérêts en présence, de la cohérence de l'ordre juridique, des principes généraux du droit,... Bref, d'une multitude de facteurs que B. Frydman énonce comme suit : «de manière spécifique, le sens d'un texte juridique peut donc être déterminé en fonction soit 1° de l'intention de son auteur et,

(60) B. FRYDMAN, *Le sens des lois*, Bruxelles, Bruylant, 2007, pp. 665-671.

pour la loi, de la volonté du législateur, telle qu'elle ressort notamment de l'examen des travaux préparatoires; 2° de l'acte dont le texte fait partie et plus largement de la cohérence de l'ordre juridique dont il relève et des principes généraux du droit sur lesquels celui-ci repose; 3° de la situation à laquelle le texte doit être appliqué et d'une mise en balance adéquate des intérêts et des valeurs en présence, tels que le procès aura permis de les mettre en lumière (61)».

La question de la comparabilité est souvent tacite, sous-entendue, rarement analysée de manière systématique, allant presque de soi comme pour les grammairiens (cf. *supra* la notion de «comparable par nature» de R. Rivara). Or, il s'agit d'un élément fondamental du processus juridique visant à déterminer si une règle viole ou non les principes d'égalité et de non-discrimination. Sans décision sur la comparabilité, pas d'analyse ultérieure du cas soumis. Comme le dit très clairement K. Rimanque, en cas d'absence de comparabilité, le problème d'égalité ne se pose pas. «*Het gelijkheidsprobleem rijst niet, wanneer personen, situaties, gedragingen, verhoudingen of objecten onvoldoende vergelijkbaar worden geacht* (62)». De la décision en matière de comparabilité va donc dépendre la suite de l'examen. Revenons en effet à nos deux hypothèses de départ et examinons les conséquences d'une conclusion sur la comparabilité des situations :

— Hypothèse 1 : le traitement T est appliqué à la situation S1 et aussi à la situation S2.

  Si l'examen du critère de comparabilité conclut que S1 et S2 sont comparables, il est logique de leur appliquer un traitement identique. Les principes d'égalité et de non-discrimination ne sont donc en principe pas violés puisque les situations S1 et S2 sont comparables.

  Par contre, si l'examen du critère de comparabilité conclut que S1 et S2 ne sont pas comparables, alors il est impératif d'examiner les autres critères fixés par la Cour constitutionnelle (critères téléologique, d'objectivité, de pertinence et de proportionnalité) afin de voir si les principes d'égalité et de non-discrimination ne sont pas violés;

— Hypothèse 2 : le traitement T est appliqué à la situation S1 et le traitement T' à la situation S2.

  Si S1 et S2 sont différentes et ne peuvent être comparées, il est normal de leur appliquer des traitements différents. Il n'est donc en principe pas possible de porter atteinte aux principes d'égalité et de non-discrimination.

(61) B. Frydman estime par ailleurs qu'il s'agit là de «méthodes concurrentes et complémentaires, habituellement mentionnées et considérées comme légitimes» (*ibid.*, p. 666).

(62) K. Rimanque, «De paradoxale werking van het gelijkheidsbeginsel», *R.W.*, 1992-1993, p. 8.

Si S1 et S2 sont par contre comparables, on peut se poser la question de savoir si le fait qu'un traitement différent leur soit appliqué ne viole pas les principes d'égalité et de non-discrimination. Il est alors absolument nécessaire d'examiner la question au regard des autres critères de la Cour constitutionnelle (cf. *supra*).

Nous pourrions donc dire que le critère de comparabilité constitue d'une certaine manière les fondations de l'examen du respect ou non des principes d'égalité et de non-discrimination. Ce critère se retrouve d'ailleurs implicitement au travers de l'analyse des quatre autres critères (téléologique, objectivité, pertinence, proportionnalité) de la Cour constitutionnelle. Le critère téléologique manifeste l'intention subjective du législateur et donc l'objectif poursuivi par celui-ci; le critère d'objectivité évalue la réalité objective, le facteur de différentiation utilisé au sein d'un cadre de référence; les critères de pertinence et de proportionnalité établissent le lien entre intention subjective et réalité objective et donc entre critères téléologique et d'objectivité. En filigrane se trouve le critère de comparabilité qui sous-tend l'examen du respect des principes d'égalité et de non-discrimination. La comparabilité est dès lors toujours en tension entre une réalité objective qui permet d'éviter le 'jeu de hasard' et dont l'idéal est qu'elle soit 'de nature' et l'intention subjective qui rend *de facto* impossible la 'rigueur' puisqu'elle relève d'une décision.