

Christian Behrendt

Professeur de droit constitutionnel à l'Université de Liège

Docteur en droit (Paris 1 Panthéon-Sorbonne)

Magister Juris (Oxford)

LL.M. (Yale)

Adresse professionnelle :

Université de Liège  
Faculté de Droit  
Boulevard du Rectorat, 7  
4000 Liège  
Belgique

tél. secrétariat ++32 - 4 - 366.31.57

christian.behrendt@ulg.ac.be

*Avis sur le projet de décret spécial n° 247 (2010-2011) du 15 octobre 2010  
« limitant le cumul de mandats dans le chef des députés du Parlement wallon »*

1. – L'article 24*bis*, paragraphe 2, de la loi spéciale de réformes institutionnelles (ci-après LSRI) crée, pour les membres du Parlement wallon, du Parlement de la Communauté française et du Parlement flamand, *onze cas* dans lesquels le mandat parlementaire est incompatible avec d'autres fonctions (telles que député fédéral, ministre fédéral, juge, militaire en service actif, etc.).

Le paragraphe 3 du même article dispose :

« Le Parlement wallon et le Parlement flamand peuvent, chacun pour ce qui le concerne, déterminer par décret des incompatibilités supplémentaires. »

À la différence du précédent, ce paragraphe ne mentionne pas le Parlement de la Communauté française<sup>1</sup>.

2. – Le projet de décret sous rubrique entend précisément mettre en œuvre la compétence que le législateur wallon tient dudit paragraphe 3 et d'instaurer un nouveau cas d'incompatibilité<sup>2</sup>, cas qui viendrait s'ajouter aux onze cas déjà existants, pour en porter le nombre total à douze.

<sup>1</sup> Je reviendrai sur ce point *infra*, au n° 6.

<sup>2</sup> Conformément à l'article 35, paragraphe 3, LSRI, un tel projet est soumis à l'exigence d'une majorité des deux tiers.

3. – Avant d'étudier le fond du décret projeté (II), il paraît opportun de consacrer quelques développements à l'étendue même de la compétence que le législateur régional wallon est susceptible de tirer de l'article 24*bis* de la LSRI (I).

### I. *La portée de l'article 24, paragraphe 3, LSRI*

4. – L'article 24*bis*, paragraphe 3, a été inséré dans la LSRI par l'article 10 de la loi spéciale du 16 juillet 1993 « visant à achever la structure fédérale de l'État »<sup>3</sup>.

5. – Une première question qu'il convient d'examiner est de savoir si la mesure envisagée par le législateur wallon peut on non être considérée comme une « incompatibilité » au sens de ce paragraphe, étant donné que le décret en projet ne crée qu'une interdiction *partielle* de cumul, qui n'est applicable qu'à trois quarts des membres des différents groupes au Parlement wallon.

J'ai attentivement consulté les travaux préparatoires de l'article 10 de la loi spéciale du 16 juillet 1993. Rien dans ces documents, que ce soit dans l'exposé des motifs initial<sup>4</sup>, dans l'avis du Conseil d'État<sup>5</sup>, dans le rapport de la Commission compétente au Sénat<sup>6</sup> ou à la Chambre<sup>7</sup> ou dans les Annales des séances plénières du Sénat<sup>8</sup> et de la Chambre<sup>9</sup>, ne permet d'affirmer que le législateur fédéral, en édictant cet article 10, ait voulu interdire aux législateurs wallon et flamand de créer des incompatibilités 'partielles', c'est-à-dire des incompatibilités qui ne s'appliquent qu'à une partie, et non l'intégralité, des députés d'une Assemblée concernée.

Sur ce point, je ne partage donc pas l'analyse du Conseil d'État qui, dans un avis du 26 mai 2010 sur le projet de décret en question, a estimé que la mesure projetée ne peut s'analyser comme un cas d'« incompatibilité » au sens de l'article 24, paragraphe 3, LSRI, dès lors qu'elle n'a pas vocation à s'appliquer à l'intégralité des députés<sup>10</sup>.

Non seulement un tel raisonnement ne me paraît pas pertinent, mais je pense qu'il convient même de raisonner exactement en sens inverse, en faisant appel au principe « qui peut le plus peut le moins » : en effet, s'il est loisible au législateur wallon d'instaurer une interdiction de

<sup>3</sup> *Moniteur belge*, 20 juillet.

<sup>4</sup> *Documents parlementaires*, Sénat, session ordinaire 1992-1993, n° 558-1, p. 38.

<sup>5</sup> Avis de la Section de législation, chambres réunies, du 18 décembre 1992, *Documents parlementaires*, Sénat, session ordinaire 1992-1993, n° 558-2.

<sup>6</sup> *Documents parlementaires*, Sénat, session ordinaire 1992-1993, nos 558-5 et 558-42.

<sup>7</sup> *Documents parlementaires*, Chambre des Représentants, session ordinaire 1992-1993, n° 1063/7.

<sup>8</sup> *Annales parlementaires*, Sénat, 2, 3 et 10 juin 1993.

<sup>9</sup> *Annales parlementaires*, Chambre des Représentants, 13 et 14 juillet 1993.

<sup>10</sup> Avis de la Section de législation, 4<sup>e</sup> chambre, du 26 mai 2010, *Documents parlementaires*, Parlement wallon, session ordinaire 2010-2011, 247 n° 1, p. 8.

cumul pour la totalité des députés, pourquoi ne pourrait-il le faire pour une partie d'entre eux ?<sup>11</sup>

À mon sens, la mesure projetée par le décret spécial constitue donc bien une mesure d'incompatibilité au sens de l'article 24*bis*, paragraphe 3, LSRI, inséré par l'article 10 de la loi spéciale du 16 juillet 1993.

6. – Une autre question – de grande importance – est de savoir à l'égard de quelles assemblées parlementaires la mesure projetée par le décret spécial aura vocation à s'appliquer. En effet, le parlement wallon comprend 75 membres<sup>12</sup>, membres qui siègent par ailleurs tous<sup>13</sup> au Parlement de la Communauté française<sup>14</sup>.

Dès lors, l'incompatibilité instaurée par le décret spécial *wallon* est-elle susceptible d'avoir une incidence sur la composition du Parlement de la Communauté française ? Autrement dit : un député wallon qui renonce à son mandat parlementaire en raison de l'incompatibilité instaurée par le décret spécial en projet, se voit-il automatiquement privé de son mandat de député au Parlement de la Communauté française ?

Sur ce point, j'ai également consulté les travaux préparatoires de la loi spéciale du 16 juillet 1993, et en particulier ceux de son article 10. Cette consultation m'a permis de constater que la question a été aperçue et tranchée.

Le passage central des travaux préparatoires peut être trouvé dans les Annales de la Chambre des représentants, à la séance du mardi 13 juillet 1993. La date du 13 juillet est importante, car elle se situe postérieurement à l'adoption finale du texte au Sénat – le texte ne sera donc plus modifié – et les commentaires que le gouvernement donne, à ce stade, sur le projet de loi en question peuvent donc être considérés comme l'expression de la volonté finale du législateur (la Chambre adoptera le projet de loi à son tour le 14 juillet, au lendemain de l'intervention à laquelle je vais maintenant arriver). En raison de son grand intérêt, je me permets de la citer dans son intégralité. La voici.

Un député de l'opposition interpelle le ministre en charge du projet dans les termes suivants :

« Le § 3 de l'article 24*bis*, à introduire dans la loi spéciale du 8 août 1980, concerne le régime des incompatibilités supplémentaires que pourront édicter, d'une part, le Conseil régional wallon et, d'autre part, le Conseil régional flamand.

<sup>11</sup> Je laisse évidemment ici hors considération la question de savoir si une telle différence de traitement est conforme au principe d'égalité et de non-discrimination consacré aux articles 10 et 11 de la Constitution (j'y reviendrai plus loin, aux nos 9 et 10) ; mais je n'aperçois pas de problèmes du point de vue de la compétence du législateur wallon.

<sup>12</sup> Article 24, paragraphe 2, LSRI.

<sup>13</sup> À l'exception des députés qui ont « exclusivement ou en premier lieu prêté serment en allemand » (article 24*bis*, paragraphe 4, alinéa 2, LSRI).

<sup>14</sup> Article 24, paragraphe 3, LSRI.

Ainsi que je l'ai remarqué dans mon intervention, nous serons confrontés à la situation particulière dans laquelle le Conseil régional wallon aura la capacité d'édicter des incompatibilités complémentaires qui ne seront valables que pour son assemblée. Le texte est, en effet, très clair à ce sujet : 'chacun pour ce qui le concerne'.

Les incompatibilités édictées par le Conseil régional wallon ne vaudront pas pour le Conseil de la Communauté française, qui ne reçoit pas la faculté d'auto-organisation sur cette matière précise des incompatibilités.

Nous nous trouverons donc dans la situation assez curieuse où les membres élus du Conseil régional wallon ne seront pas dans une situation d'incompatibilité à l'égard du Conseil de la Communauté française et pourront y siéger, alors qu'ils ne le pourront pas au sein du Conseil de la Région wallonne. (...)»<sup>15</sup>

Le ministre, parlant au nom des auteurs du projet, confirme cette interprétation :

« Il m'apparaît difficile que, par exemple, un secrétaire général de la Région wallonne puisse siéger dans cette assemblée en cumulant ses fonctions administratives avec des fonctions législatives au niveau régional wallon.

Par contre, pourquoi le secrétaire général d'un des ministères de la Région wallonne ne pourrait-il pas discuter des problèmes de l'enseignement et être le représentant de ses concitoyens au niveau du Conseil de la Communauté française ? »<sup>16</sup>

À cette déclaration, le député réplique :

« Je prends note avec intérêt de la position de M. Dehousse, mais cela signifie que pour être membre du Conseil de la Communauté française, il ne faut pas nécessairement être membre du Conseil régional wallon, même si l'on représente cette région au sein du Conseil de la Communauté française. Il suffit d'être domicilié en région wallonne.

Si telle est l'interprétation de M. Dehousse, qui parle au nom des auteurs de la proposition, cela constitue une avancée considérable par rapport au texte même et cela nous donnera par ailleurs beaucoup d'idées. »<sup>17</sup>

Et le ministre re-confirme que telle est bien l'interprétation correcte du texte :

« C'est ce qui ressort de la discussion qui a eu lieu au Sénat. »<sup>18</sup>

À mon sens, cette interprétation se justifie non seulement du point de vue matériel mais également du point de vue territorial : aucun décret de la Région wallonne, fût-il adopté à la majorité des deux tiers, n'a vocation à s'appliquer à Bruxelles, ville au sein de laquelle siège le Parlement de la Communauté française.

Sur base de ce qui précède, la situation, en droit, me paraît être la suivante.

<sup>15</sup> *Annales parlementaires*, Chambres des Représentants, 13 juin 1993 (séance de l'après-midi), pp. 75-3.389 et 3.390.

<sup>16</sup> *Annales parlementaires*, Chambres des Représentants, 13 juin 1993 (séance de l'après-midi), p. 75-3.390.

<sup>17</sup> *Ibidem*.

<sup>18</sup> *Ibidem*.

À l'égard du Parlement de la *Communauté française*, l'article 24bis LSRI crée en son *second* paragraphe une liste limitative de onze cas d'incompatibilité ; *il n'est pas possible*, en l'état actuel de la loi spéciale, *d'ajouter à cette liste des cas supplémentaires*.

De tels cas d'incompatibilités supplémentaires *peuvent* en revanche être créés, en vertu du *troisième* paragraphe dudit article 24bis, au sein des Parlements flamand et wallon ; mais lorsque ceux-ci font usage de cette possibilité, ils ne peuvent le faire que « chacun pour ce qui le concerne ». En aucun cas, ces incompatibilités supplémentaires ne rejaillissent donc sur le Parlement de la Communauté française, régi par une liste *limitative*, non extensible, d'incompatibilités.

Les dispositions décrétales actuellement en projet n'auront donc aucune incidence sur le fonctionnement du Parlement de la Communauté française et n'y priveront aucun parlementaire de son droit constitutionnel<sup>19</sup> d'exercer son mandat ; un parlementaire qui, en application du décret spécial projeté, sera amené à renoncer à l'exercice de son mandat au Parlement wallon conservera son siège au Parlement de la Communauté française.

## II. *Quant au fond du décret spécial en projet*

7. – L'examen du fond du décret recèle de nombreuses difficultés juridiques qui ont déjà été exposées dans trois appréciations juridiques dont j'ai pu prendre connaissance (il s'agit des avis de la Section de législation du Conseil d'État du 26 mai 2010 [*précité*], de M. Jean Bourtembourg, avocat au Barreau de Bruxelles, du 17 juin 2010, et de M. Marc Uyttendaele, professeur de droit constitutionnel à l'Université Libre de Bruxelles et avocat au Barreau de Bruxelles, du 21 juin 2010).

Pour d'élémentaires raisons de commodité, je ne ré-exposerai dans la suite pas la problématique à neuf mais suppose connus, en vue de la compréhension de mon écrit, les trois avis prémentionnés, en sorte qu'il me sera possible d'y renvoyer en partie lorsque j'en partage la teneur.

Ces avis arrivent tous à la conclusion que le projet de décret spécial, dans sa formulation actuelle, s'expose à des risques substantiels d'inconstitutionnalité. Ils divergent cependant sur les causes et l'ampleur de cette inconstitutionnalité, l'appréciation du Conseil d'État étant la plus sévère, celle de M. Bourtembourg occupant une voie médiane<sup>20</sup>, et celle de M. Uyttendaele étant

<sup>19</sup> Article 115, paragraphe 1<sup>er</sup>, Const.

<sup>20</sup> Ainsi, M. Bourtembourg estime, à la différence du Conseil d'État, que le décret en projet s'analyse bel et bien comme une mesure d'incompatibilité et ne viole dès lors pas les règles répartitrices de compétences. Tant M. Uyttendaele que moi-même partageons l'avis de M. Bourtembourg sur ce point.

la plus circonscrite dans ses critiques (mais faisant malgré tout également état, à l'égard du décret en projet, d'« objections majeures de constitutionnalité »<sup>21</sup>).

8. – Je vais dans la suite donner ma propre appréciation de la question, en articulant l'exposé sur les différents griefs qui peuvent être imaginés à l'encontre du texte projeté.

a) *Une mesure d'incompatibilité qui ne frappe que certains députés wallons, mais non tous, peut-elle être conforme au principe d'égalité et de proportionnalité ?*

9. – Le décret en projet crée, au sein d'une même Assemblée législative, deux catégories de députés, les uns qui ne pourront désormais plus cumuler leur mandat législatif avec un mandat au sein d'un collège communal, et les autres, qui pourront continuer à le faire. Une telle différence de traitement interfère avec le libre choix de l'électeur<sup>22</sup> et la liberté des élus. Or, dans une société démocratique, toute interférence avec le processus électoral égal, libre et secret est *a priori* suspecte. Dans ce contexte, on signalera que pour la Cour constitutionnelle, le droit d'élire son représentant parlementaire est le droit politique le plus fondamental de notre société<sup>23</sup>, de sorte que

« [t]out électeur ou candidat justifie d'un intérêt requis pour demander l'annulation de dispositions susceptibles d'affecter défavorablement son vote ou sa candidature. »<sup>24</sup>

Pour résister à un éventuel contrôle d'égalité et de proportionnalité à effectuer par la Cour constitutionnelle, la mesure décrétalement proposée devra donc reposer sur une motivation solide et son auteur pouvoir démontrer qu'elle est *nécessaire pour atteindre l'objectif visé* (l'objectif étant en l'occurrence le décumul, du moins partiel, de fonctions parlementaires et communales). Le principe de proportionnalité, corollaire inséparable du principe d'égalité<sup>25</sup>, exige en particulier que le législateur, lorsqu'il dispose de plusieurs voies d'action possibles pour réaliser un objectif, *recoure à celle qui est la moins attentatoire aux droits et libertés du citoyen*. En d'autres mots, le législateur, lorsqu'il prend une mesure qui a pour effet de porter atteinte à un droit fondamental (ici : le libre choix de l'électeur et le caractère prévisible de son vote), *ne peut le faire que dans la mesure de ce qui est nécessaire pour atteindre l'objectif visé*.

Ce principe, bien ancré dans le contentieux constitutionnel des Etats européens et connu sous l'appellation allemande « *Übermassverbot* » (interdiction d'aller au-delà du nécessaire) a

<sup>21</sup> Avis de M. Uyttendaele du 21 juin 2010, p. 15.

<sup>22</sup> Puisque le choix de l'électeur sera désormais, pour trois quarts des élus wallons, limité dans une certaine mesure et l'effet utile du suffrage partant potentiellement amoindri.

<sup>23</sup> C.A., arrêt 76/94 du 18 octobre 1994, considérant B.7.

<sup>24</sup> Même considérant. Cet intérêt ne disparaît d'ailleurs pas au motif qu'au cours des six mois qui suivent la publication de la norme législative au *Moniteur belge*, c'est-à-dire du délai au cours duquel elle devrait être attaquée devant la Cour constitutionnelle dans le cadre d'un recours en annulation, elle ne trouverait pas, à défaut d'élections, à s'appliquer. La Cour a souligné à plusieurs reprises (notamment dans l'arrêt 11/96 du 8 février 1996, considérant B.2.) qu'elle n'est pas réceptive à un tel argument.

<sup>25</sup> Voy. notamment C.A., arrêt 40/2003 du 9 avril 2003, B.23.2. – Voy. aussi, déjà bien plus tôt, C.A., arrêt 27 du 22 octobre 1986, considérants 3.B.3.3. et 3.B.3.4.

également été consacré dans la jurisprudence de la Cour constitutionnelle. Ainsi la Cour a pu juger que

« [l]e respect des principes constitutionnels d'égalité et de non-discrimination exige que les limitations imposées à une catégorie de personnes n'aillent pas au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre le but visé »<sup>26</sup>

et que

« les mesures visées ne sont compatibles avec le principe d'égalité que pour autant qu'il ait été préalablement constaté que des mesures moins contraignantes (...) ne suffisent pas pour [atteindre le but visé] »<sup>27</sup>.

La Cour a par ailleurs souligné que

« [l]e contrôle de proportionnalité doit être particulièrement rigoureux lorsqu'il est porté atteinte à un droit fondamental. »<sup>28</sup>

Or – et ce point est central pour apprécier si la mesure est ou non conforme au principe de proportionnalité – le législateur wallon, pour atteindre l'objectif du décumul de fonctions parlementaires et de fonctions exécutives communales, *semble disposer d'autres possibilités, moins attentatoires*. En effet – et ce point a été relevé par M. Uyttendaele<sup>29</sup> – il possède une compétence plénière en matière d'organisation des pouvoirs subordonnés<sup>30</sup> et pourrait notamment restreindre l'accès à certaines fonctions au niveau communal, en les rendant inaccessibles à des mandataires parlementaires.

10. – Après avoir ainsi étudié la proportionnalité de la mesure sous un premier angle, il convient de le faire également depuis une *autre* perspective, celle des purs *chiffres*. Pour respecter le principe de proportionnalité, il ne suffit en effet pas de faire la démonstration que la mesure d'une incompatibilité partielle constitue, *in abstracto*, le procédé le moins attentatoire aux droits et libertés des citoyens (c'est-à-dire des citoyens-électeurs et des citoyens-élus), il faut encore prouver que la *détermination numérique précise*, c'est-à-dire le *ratio concrètement retenu*, repose, *lui aussi*, sur des justifications pertinentes. Autrement dit, il incombe aux auteurs du projet d'exposer en quoi il est plus pertinent, pour atteindre l'objectif visé, de retenir un ratio de 75/25 plutôt qu'une proportion de 60/40, de 50/50 ou encore de 25/75.

Ce point est hautement important, car la Cour constitutionnelle, si elle était saisie, ne manquera pas d'examiner *l'adéquation du ratio par rapport à l'objectif poursuivi* ; autrement dit, elle vérifiera si

<sup>26</sup> C.A., arrêt 74/92 du 18 novembre 1992, considérant B.3.6. – Dans un sens analogue, voy. aussi C.A., arrêts 39/90 du 21 décembre 1990, considérant B.4.3.3., et 42/90 du 21 décembre 1990, considérant B.3.1., dernier alinéa.

<sup>27</sup> C.A., arrêt 70/93 du 7 octobre 1993, considérant B.4.

<sup>28</sup> C.A., arrêt 74/92 du 18 novembre 1992, considérant B.3.6.

<sup>29</sup> Avis de M. Uyttendaele du 21 juin 2010, pp. 5-6.

<sup>30</sup> Article 6, paragraphe 1<sup>er</sup>, VIII, 1<sup>o</sup> et 4<sup>o</sup>, JSRI.

l'objectif politique que le législateur wallon s'est assigné *ne peut être atteint par un ratio moins élevé*<sup>31</sup>.

*b) Quant au sort réservé au « groupe politique démocratique le moins nombreux » représenté au Parlement wallon*

11. – Aux termes du décret en projet, le mandat de membre du Parlement est incompatible avec un mandat au sein d'un collège communal

« pour les trois quarts des membres de chaque groupe politique »<sup>32</sup>.

Le décret précise par ailleurs que, pour l'application de ce seuil de trois quarts,

« tout nombre décimal est porté à l'unité supérieure lorsque la décimale est supérieure à 5 »<sup>33</sup> ;

si à l'inverse la décimale est inférieure à 5, il est ramené à l'unité inférieure.

De la sorte – et pour prendre un exemple fictif – si un groupe politique dispose de 11 sièges, 8 d'entre eux seront alors frappés par la règle d'incompatibilité (puisque trois quarts de 11 font 8,25 et que ce chiffre est porté, conformément aux règles d'arrondis ainsi énoncées, à l'unité *inférieure*).

Or, et d'une manière hautement curieuse, le texte en projet précise dans la suite que pour « le groupe démocratique le moins nombreux »<sup>34</sup> les arrondis

« sont automatiquement portés à l'unité *supérieure* »<sup>35</sup>.

Dès lors, si les 11 députés dudit parti politique venaient à constituer le plus petit groupe au Parlement wallon, ce ne seraient pas 8 de ses députés qui tomberaient sous le coup de l'interdiction de cumul mais bien 9 (puisque le chiffre de 8,25 devrait alors être porté, conformément au texte en projet, « à l'unité supérieure »). Il est manifeste qu'il s'agit là d'une erreur d'écriture : les auteurs du décret ont certainement voulu dire que pour le groupe démocratique le moins nombreux « les arrondis sont automatiquement portés à l'unité *inférieure*. »

12. – Mais indépendamment de cette erreur matérielle (qui est facile à corriger) se pose la question de savoir dans quelle mesure le législateur wallon peut, *sans violer le principe d'égalité*,

<sup>31</sup> On relèvera dans ce contexte que l'exposé des motifs du décret projeté fait état de la volonté politique de consacrer une « voie médiane » entre une interdiction totale de cumul et une liberté intégrale de celui-ci et qu'il entend concilier « deux objectifs *également* positifs » (à savoir la prise en compte des intérêts communaux, d'une part, et la hauteur de vue de l'institution parlementaire, de l'autre). Or, une telle argumentation semble plaider en faveur d'un *ratio égalitaire de 50/50* : il est en effet axiomatique qu'une « ligne médiane » se situe *au milieu*, et la même observation peut être faite pour l'aspiration de concilier « deux objectifs *également* positifs ». Pourtant, le texte du décret fixe le ratio à 75/25 – mais n'apporte aucune *justification* à ce choix. L'exposé des motifs, en ce qu'il paraît préconiser un ratio différent de celui réellement retenu, semble donc en léger décalage avec le texte proprement dit du décret.

<sup>32</sup> Article 2 du décret en projet.

<sup>33</sup> *Ibidem*.

<sup>34</sup> *Ibidem*.

<sup>35</sup> Article 2 du décret en projet. C'est moi qui souligne.



créer des règles de calcul *différentes*, plus favorables, pour un seul des différents groupes parlementaires : un tel traitement de faveur nécessiterait à l'évidence une justification solide. Or, et sauf erreur de ma part, les auteurs du projet ne semblent en fournir aucune, ni dans l'exposé des motifs, ni dans le commentaire des articles.

Il paraît d'autre part particulièrement malaisé – pour ne pas dire : quasiment impossible – de restreindre le bénéfice de ce régime particulier au seul « groupe politique *démocratique* le moins nombreux », en ne l'accordant pas à un parti prétendument « non démocratique » ; un exemple permet de le démontrer<sup>36</sup>. Pour surmonter cette objection de constitutionnalité, il convient alors d'affirmer que le mot « démocratique » qui est contenu dans le projet est dépourvu de portée normative, et que le régime de faveur créé en faveur du « groupe politique démocratique le moins nombreux » est en réalité accessible à *tous* les partis. Or – et c'est ici que ce régime de faveur risque d'aboutir à l'exact opposé de son objectif initialement poursuivi – il peut arriver que ce soit justement un parti extrémiste qui constitue le groupe le moins nombreux. De la sorte, le régime spécial, dont les auteurs du projet entendent précisément exclure les partis extrémistes, pourrait tout particulièrement bénéficier à ceux-ci.

c) *Quant au critère qui est retenu pour départager les députés auxquels le cumul avec une fonction au sein d'un collège communal est interdit de ceux auxquels ce cumul est permis*

13. – L'objectif du décret en projet est de limiter d'une manière substantielle les possibilités de cumul d'une fonction au sein du Parlement wallon avec celle au sein d'un collège communal. Comme je l'ai déjà signalé plus haut, cet objectif peut à mon sens être réalisé par des mesures moins attentatoires<sup>37</sup>. Mais supposons que ce grief de constitutionnalité puisse être surmonté et que le législateur wallon parvienne donc à démontrer que l'instauration d'une incompatibilité parlementaire sur base de l'article 24*bis*, paragraphe 3, de la LSRI, telle que la prévoit le décret spécial en projet, représente l'atteinte la moins forte aux droits fondamentaux des électeurs et des élus. Supposons par ailleurs qu'il soit admis et démontré<sup>38</sup> que le ratio de 75/25 soit le mieux indiqué pour atteindre cet objectif.

Mais si ces conditions étaient réunies, se poserait alors une autre question : comment *concrètement* *départager* les membres du parlement wallon en deux catégories, catégories dont l'une comprend les trois quarts des membres de ses groupes politiques, et l'autre le quart restant ? *Sur base de quel critère* cette répartition 75/25 devra-t-elle opérer ? C'est à ce problème, le dernier de mon avis, que je propose de me consacrer maintenant.

<sup>36</sup> Supposons un instant que le parti « Vivant » ait cinq sièges et constitue, *ex aequo* avec le Front national, le groupe plus petit au Parlement wallon. Appliqué à ce chiffre de cinq, un seuil de trois quarts fait 3,75. Or, pourrait-on raisonnablement soutenir que ce chiffre de 3,75 devra être arrondi à l'unité *inférieure* (soit à 3 députés) pour Vivant au motif que celui-ci est un parti « démocratique », alors que pour le Front national, parti que certains qualifient de « non démocratique », il devra être porté à l'unité *supérieure* (soit à 4 députés) ? Poser la question c'est y répondre : aussi longtemps qu'un parti politique n'aura pas été interdit ou dissous, le législateur wallon devra le traiter de manière égale ; le décret en projet violerait la Constitution s'il conduisait à priver un parti de l'application d'une règle dont il fait pourtant bénéficier d'autres.

<sup>37</sup> Voy. *supra*, n° 9.

<sup>38</sup> Ce qui ne va pas non plus de soi ; voy. *supra*, n° 10.

14. – Pour réaliser la répartition des députés en deux catégories, les auteurs du décret en projet emploient le critère dit du « taux de pénétration »<sup>39</sup>. Ce dernier peut être défini comme le quotient qui est obtenu en divisant le nombre de voix de préférences d'un élu (VP) par le nombre total de votes valablement exprimés (TV). Les deux chiffres, VP et TV, ne se réfèrent toutefois pas à l'ensemble du territoire de la Région wallonne mais à *une seule circonscription*, à savoir celle dans laquelle le candidat se présente. Or, il existe, pour les élections au Parlement wallon, treize circonscriptions différentes<sup>40</sup>, dont la taille en termes de population varie sensiblement : la circonscription de Neufchâteau-Virton a deux élus, tandis que celle de Liège en possède treize<sup>41</sup>.

Aux termes de l'avis du Conseil d'État, le critère du taux de pénétration

« est sans pertinence avec l'objectif poursuivi par l'avant-projet. Si l'objectif est en effet, suivant l'exposé des motifs, que le Parlement comporte des élus 'en lien direct avec les réalités locales' mais ait également 'la hauteur nécessaire pour arbitrer les positionnements locaux élus', il est sans pertinence de n'autoriser à cumuler (...) que les seuls membres qui auront obtenu, au sein de leur groupe parlementaire, le 'taux de pénétration' le plus élevé lors du scrutin régional. »<sup>42</sup>

Cette position me semble pécher par un excès de sévérité. À mon sens, le critère retenu par le législateur wallon *dispose* au contraire d'une certaine pertinence. C'est avec raison que M. Uyttendaele relève à cet égard que ledit critère

« n'est sans doute pas aussi absurde que ne le soutient la section de législation du Conseil d'État. (...) En effet, le critère vise précisément à permettre aux électeurs, par le nombre de voix qu'ils offrent à un candidat, de le faire entrer dans la catégorie favorisée de ceux qui peuvent cumuler un mandat parlementaire et un mandat exécutif local. »<sup>43</sup>

15. – Or, le fait qu'un critère de distinction soit jugé pertinent ne permet pas encore d'affirmer qu'il est conforme à la Constitution. Et c'est précisément ici que le bât blesse : le critère du taux de pénétration semble contrevénir au prescrit constitutionnel d'égalité et de non-discrimination ainsi qu'aux exigences de la Convention européenne des droits de l'Homme qui, en l'article 3 de son Premier Protocole additionnel, précise que

« Les Hautes parties contractantes s'engagent à organiser, à des intervalles raisonnables, des élections libres au scrutin secret, dans les conditions qui assurent la libre expression de l'opinion du peuple sur le choix du corps législatif. »

Le Conseil d'État se prononce comme suit sur ce point :

<sup>39</sup> Article 2 du décret en projet.

<sup>40</sup> Article 1<sup>er</sup> de l'arrêté du Gouvernement wallon du 4 septembre 2003 « portant répartition des membres du Conseil régional wallon entre les circonscriptions électorales », *Moniteur belge*, 12 septembre.

<sup>41</sup> *Ibidem*.

<sup>42</sup> Avis de la Section de législation, 4<sup>e</sup> chambre, du 26 mai 2010, *Documents parlementaires*, Parlement wallon, session ordinaire 2010-2011, 247 n° 1, p. 9.

<sup>43</sup> Avis de M. Uyttendaele du 21 juin 2010, p. 14.

« [L]e critère est discriminatoire car les candidats n'ont pas les mêmes possibilités d'obtenir un 'taux de pénétration' élevé selon qu'ils se présentent dans une petite ou dans une grande circonscription. Il est en effet évident qu'un 'taux de pénétration' élevé est plus facile à atteindre dans les circonscriptions où le nombre maximum de candidats pouvant figurer sur une même liste, nombre qui est en fonction de la taille de la circonscription, est moins élevé.

Dès lors (...) qu'est arbitraire le critère fixé pour départager entre les élus ceux qui ne pourront siéger que s'ils renoncent à leur mandat au sein du collège communal et ceux qui pourront cumuler les deux mandats, l'avant-projet constitue une ingérence dans la libre expression du peuple sur le choix du corps législatif, contraire à l'article 3 du Premier Protocole additionnel à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. »<sup>44</sup>

16. – En réponse à cette objection, les auteurs du projet de décret avancent deux contre-arguments. Ils estiment d'une part que

« [L]a section de législation du Conseil d'État omet de prendre en considération que lorsqu'il décide d'exprimer un vote de préférence pour un candidat, l'électeur est libre de voter également pour un ou plusieurs candidats de la même liste. Il peut même, s'il le souhaite, donner sa voix à tous les candidats de la liste. »<sup>45</sup>

D'autre part, ils relèvent que

« eu égard à la taille des circonscriptions, il existe une corrélation entre le nombre de candidats et le nombre d'électeurs. »<sup>46</sup>

Or, ces deux contre-arguments ne me semblent point convaincants.

Quant au premier contre-argument, il est certes exact qu'un électeur peut, dans une grande circonscription, accorder des voix de préférence à une multitude de candidats, voire à tous les candidats d'une même liste. L'argument revient donc en quelque sorte à dire que les candidats qui se présentent dans une grande circonscription sont en mesure de 'rattraper' le retard de voix de préférence dont ils sont victimes en raison de la grande taille de leur circonscription. Or, l'argument tourne court, dès lors que les électeurs dans les petites circonscriptions, avec peu de candidats, disposent *également* de la possibilité d'exprimer plusieurs voix de préférence : le déséquilibre initial entre grandes et petites circonscriptions réapparaît donc.

Pour mettre fin à cette inégalité entre *candidats*, l'avantage concurrentiel des petites circonscriptions devrait donc être 'freiné' par un dispositif mathématique qui ferait en sorte qu'une voix de préférence accordée dans une grande circonscription vaille davantage que dans une petite. Mais une telle formule (qui devrait au demeurant être différente pour chacune des treize circonscriptions) se heurterait à un *autre* obstacle, plus important encore : celui de l'égalité des *électeurs*.

Dans leur second contre-argument, les auteurs du décret en projet allèguent qu'il existe dans les différentes circonscriptions « une corrélation entre le nombre de candidats et le nombre d'électeurs », de sorte que les petites circonscriptions ne seraient en réalité pas favorisées par le

<sup>44</sup> Avis de la Section de législation, 4<sup>e</sup> chambre, du 26 mai 2010, *Documents parlementaires*, Parlement wallon, session ordinaire 2010-2011, 247 n° 1, p. 9.

<sup>45</sup> Exposé des motifs, *Documents parlementaires*, Parlement wallon, session ordinaire 2010-2011, 247 n° 1, p. 4.

<sup>46</sup> *Ibidem*.

critère du taux de pénétration. Or, une telle affirmation n'est tout simplement pas exacte, et on peut en apporter la preuve mathématique.

En effet, lorsqu'on réalise un tableau au sein duquel on classe, par ordre décroissant, les 30 meilleurs taux de pénétration, toutes circonscriptions confondues, qui ont été réalisés lors des dernières élections au Parlement wallon en juin 2009, on constate que *19 d'entre eux – soit près de deux tiers – l'ont été dans l'une des six petites circonscriptions que compte la Région wallonne*<sup>47</sup>. Pour le dire encore autrement : alors que les six petites circonscriptions de la Région wallonne ne totalisent, ensemble, que 20 sièges au Parlement wallon, elles réalisent 19 des 30 meilleurs taux de pénétration. À titre de comparaison, les circonscriptions restantes, qui totalisent 55 sièges (soit plus de deux fois plus), n'en réalisent que 11.

Si on met dès lors en corrélation le nombre de candidats qui figurent parmi ceux qui ont obtenu les 30 meilleurs taux de pénétration en Région wallonne et le divise par le nombre total de sièges disponibles, on obtient les chiffres suivants :

Petites circonscriptions :  $19/20 = 0,95$

Autres circonscriptions :  $11/55 = 0,2$

Ces chiffres sont éloquentes ; je renvoie pour le reste à l'annexe reprise en fin de document.

17. – Après avoir ainsi mis en exergue le caractère infondé des contre-arguments développés par les auteurs du décret en projet, je pense pouvoir conclure que le mécanisme, tel qu'il est actuellement conçu, n'est pas compatible avec le prescrit constitutionnel d'égalité et de non-discrimination et les exigences de l'article 3 du Premier protocole de la Convention européenne des droits de l'Homme, en ce qu'il soumet, sans justification raisonnable, les candidats qui se présentent dans les grandes circonscriptions à un traitement différent, objectivement et manifestement moins favorable, que celui applicable aux candidats qui se présentent dans les circonscriptions plus petites. Cette question ayant trait au droit politique le plus fondamental en démocratie, à savoir celui d'élire et d'être élu, une telle différence de traitement ne pourrait résister à un contrôle de constitutionnalité et de conventionnalité que si l'existence de justifications particulièrement solides pouvait être démontrée. Or, elles paraissent ne pas exister.

M. Bourtembourg écrit dans ce contexte :

« Il est vrai (...) qu'un taux de pénétration élevé est plus facile à atteindre dans certaines circonscriptions où le nombre maximum de candidats est moins élevé. Le droit d'être élu est un droit politique fondamental dans un État de droit qui doit, en vertu des articles 10 et 11 de la Constitution, être garanti sans discrimination. La perte de ce droit n'est pas absolue. Il peut faire l'objet de restrictions à la condition que ces restrictions poursuivent un but légitime et soient proportionnées à ce but (C.C. arrêt 130/2006 du 28 juillet 2006 B.6).

<sup>47</sup> Par « petite » circonscription, j'entends une circonscription au sein de laquelle il y a au maximum quatre députés à élire ; il s'agit de celles d'Arlon-Marche-Bastogne, de Neufchâteau-Virton, de Thuin, de Dinant-Philippeville, de Fluy-Waremme et de Soignies.

Il n'y a aucune proportion entre le choix du critère du taux de pénétration et le but poursuivi.

On partagera dès lors l'avis du Conseil d'État (...) sur la contrariété du dispositif envisagé à l'article 3 du Premier protocole additionnel à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales. »<sup>48</sup>

Et M. Uyttendaele note dans son avis :

« (...) ce critère [du taux de pénétration] demeure insatisfaisant – et sur ce seul point il est permis de suivre la section de législation du Conseil d'État – en ce qu'il favorise les candidats qui se présentent dans de petites circonscriptions au détriment de ceux qui doivent affronter une plus grande concurrence. Dès lors que l'objectif du législateur est de maintenir un lien entre les pouvoirs locaux et le Parlement régional, ce lien doit pouvoir bénéficier de manière égale à tous les candidats et à tous les électeurs. Il n'y a guère de raison de rendre plus difficile le cumul pour des candidats qui se présentent dans de grosses circonscriptions et de favoriser ceux qui se présentent dans des circonscriptions plus réduites. Le même raisonnement vaut pour les électeurs. (...) [L]a mise en œuvre concrète [du critère du taux de pénétration] se heurte à des objections majeures de constitutionnalité, en ce que les électeurs et les élus ne sont pas traités également sans que cette différence de traitement ne repose sur une justification objective et légitime. »<sup>49</sup>

Pour les raisons que j'ai exposées, je partage, sur ce point, le constat de MM. Bourtembourg et Uyttendaele. Dans ce contexte, je note également que la Cour constitutionnelle a déjà pu juger contraire à la Constitution une norme décrétales régionale au motif que celle-ci créait de trop grandes disparités entre petites et grandes circonscriptions<sup>50</sup>.

\* \* \*

<sup>48</sup> Avis de M. Bourtembourg du 17 juin 2010, p. 4.

<sup>49</sup> Avis de M. Uyttendaele du 21 juin 2010, p. 15.

<sup>50</sup> Arrêt 149/2007 du 5 décembre 2007, relatif à au décret flamand du 2 juin 2006 ; sur cet arrêt, voy. notamment l'analyse de Frédéric Bouhon (*JLMB*, 2008, pp. 645-661).

## Synthèse

Sans préjudice d'une éventuelle appréciation de la question par une juridiction, j'incline, en toute impartialité et indépendance, à penser que :

1. Le projet de décret spécial n° 247 (2010-2011) du 15 octobre 2010 « limitant le cumul de mandats dans le chef des députés du Parlement wallon » paraît, sur plusieurs points, ne pas tenir compte des exigences posées par les articles 10 et 11 de la Constitution et l'article 3 du Premier Protocole additionnel à la Convention européenne des droits de l'Homme ;
2. Cette contrariété du décret en projet à des règles supérieures de droit interne et de droit international conventionnel directement applicable pourra être alléguée devant la Cour constitutionnelle par tout électeur et tout candidat en Région wallonne, dès lors qu'aux termes de sa jurisprudence « [t]out électeur ou candidat justifie d'un intérêt requis pour demander l'annulation de dispositions susceptibles d'affecter défavorablement son vote ou sa candidature » (arrêt 76/94).
3. La loi spéciale de réformes institutionnelles, en son article 24*bis*, paragraphe 3, ne permet la création de nouveaux cas d'incompatibilité qu'à deux Parlements, à savoir aux Parlements flamand et wallon ; pour les autres Parlements fédérés, la même loi fournit, en son article 24*bis*, paragraphe 2, une liste limitative d'incompatibilités, qui ne peut être allongée. Le décret en projet aura par conséquent vocation, sous peine d'excéder les compétences (tant matérielles que territoriales) de la Région wallonne, à s'appliquer au seul Parlement wallon ; il sera inapplicable au Parlement de la Communauté française, de sorte que les parlementaires qui auront renoncé, en application du décret en projet, à leur mandat au Parlement wallon pourront continuer à siéger au Parlement de la Communauté française.

Fait à Liège le 17 novembre 2010.

Christian BEHRENDT  
Professeur de droit constitutionnel à l'Université de Liège

Annexe unique :

### Élections du Parlement wallon du 7 juin 2009 – Meilleurs « taux de pénétration »

Le tableau suivant contient la liste des 30 candidats qui ont obtenu le meilleur taux de pénétration (au sens du projet de décret). Il indique par ailleurs la circonscription dans laquelle ces candidats se sont présentés et – dans la dernière colonne – le nombre de candidats à élire dans cette circonscription.

Les petites circonscriptions sont indiquées en gras ; par « petite circonscription », il y a lieu d'entendre une circonscription dans laquelle il y a au maximum quatre députés à élire.

	Candidat	Liste	Voix pers.	Total des voix valables	%	Circonscription	
1	DI RUPO Elio	PS	38.784	139.381	27,8	Mons	6
2	LUTGEN Benoît	CDH	19.607	93.202	21,0	Arlon-Marche-Bastogne	3
3	DEMOTTE Rudy	PS	33.344	171.569	19,4	Tournai-Ath-Mouscron	7
4	DAERDEN Michel	PS	63.580	336.662	18,9	Liège	13
5	PIRLOT Sébastien	PS	11.908	68.319	17,4	Neufchâteau-Virton	2
6	MAGNETTE Paul	PS	37.503	226.462	16,6	Charleroi	9
7	COURARD Philippe	PS	14.172	93.202	15,2	Arlon-Marche-Bastogne	3
8	FURLAN Paul	PS	13.345	88.064	15,2	Thuin	3
9	BORSUS Willy	MR	15.419	106.026	14,5	Dinant-Philippeville	4
10	FOURNY Dimitri	CDH	8.918	68.319	13,1	Neufchâteau-Virton	2
11	JAVAUX Jean-Michel	ECOLO	13.826	115.731	12,0	Huy-Waremme	4
12	DELIZEE Jean-Marc	PS	11.766	106.026	11,1	Dinant-Philippeville	4
13	JAMAR Hervé	MR	12.825	115.731	11,1	Huy-Waremme	4
14	TILMANS Dominique	MR	7.407	68.319	10,8	Neufchâteau-Virton	2
15	MATHIEU Gérard	MR	7.248	68.319	10,6	Neufchâteau-Virton	2
16	JEHOLET Pierre-Yves	MR	15.129	153.195	9,9	Verviers	6
17	COLLIGNON Christophe	PS	11.233	115.731	9,7	Huy-Waremme	4
18	DEVIN Laurent	PS	8.408	88.064	9,6	Thuin	3
19	KUBLA Serge	MR	21.117	225.142	9,4	Nivelles	8
20	ARENS Josy	CDH	8.449	93.202	9,1	Arlon-Marche-Bastogne	3
21	MICHEL Charles	MR	20.355	225.142	9,0	Nivelles	8
22	COLLARD Philippe	MR	8.369	93.202	9,0	Arlon-Marche-Bastogne	3
23	BOUCHAT André	CDH	8.326	93.202	8,9	Arlon-Marche-Bastogne	3
24	CRUCKE Jean-Luc	MR	15.161	171.569	8,8	Tournai-Ath-Mouscron	7
25	DE SAINT MOULIN Marc	PS	8.822	101.659	8,7	Soignies	4
26	WATHELET Melchior	CDH	13.279	153.195	8,7	Verviers	6
27	PONCELET Isabelle	CDH	5.773	68.319	8,5	Neufchâteau-Virton	2
28	LUPERTO Jean-Charles	PS	15.274	181.626	8,4	Namur	6
29	PREVOT Maxime	CDH	15.060	181.626	8,3	Namur	6
30	BELLOT François	MR	8.602	106.026	8,1	Dinant-Philippeville	4

Le tableau démontre que, parmi les 30 candidats qui réalisent le meilleur taux de pénétration, 19 – soit près de deux tiers – se sont présentés dans l'une des six petites circonscriptions que compte la Région wallonne.

*(N.B. : Les trente candidats repris dans le tableau n'ont pas tous été élus, mais cela est sans importance pour le point de droit en question)*