

ROYAUME DE BELGIQUE

AVIS 51.204/4
DU 26 AVRIL 2012

DE LA SECTION DE LÉGISLATION
DU CONSEIL D'ÉTAT

Le CONSEIL D'ÉTAT, section de législation, quatrième chambre, saisi par le Secrétaire d'État à la Fonction publique adjoint au Ministre des Finances et du Développement durable, chargé de la Fonction publique, le 3 avril 2012, d'une demande d'avis, dans un délai de trente jours, sur un projet d'arrêté royal « modifiant l'arrêté royal du 2 octobre 1937 portant le statut des agents de l'État », a donné l'avis suivant :

Comme la demande d'avis est introduite sur la base de l'article 84, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 1^o, des lois coordonnées sur le Conseil d'État, tel qu'il est remplacé par la loi du 2 avril 2003, la section de législation limite son examen au fondement juridique du projet, à la compétence de l'auteur de l'acte ainsi qu'à l'accomplissement des formalités préalables, conformément à l'article 84, § 3, des lois coordonnées précitées.

Sur ces trois points, le projet appelle les observations suivantes.

EXAMEN DU PROJET

1. Une loi du 30 juillet 2010, entrée en vigueur le 1^{er} octobre 2011¹, a inséré dans la loi du 5 mai 1997 'relative à la coordination de la politique fédérale de développement durable' des dispositions relatives à l'évaluation d'incidence des décisions sur le développement durable.

Le législateur a défini l'« évaluation d'incidence » comme étant « l'évaluation d'incidence des décisions sur le développement durable, c'est-à-dire la méthode permettant d'étudier les éventuels effets sociaux, économiques et environnementaux, ainsi que les effets sur les recettes et les dépenses de l'État, à court, à moyen et à long terme, en Belgique et à l'étranger, d'une politique proposée avant que la décision finale ne soit prise »².

Le système suivant a été mis en place :

1^o en principe, tout avant-projet de loi, tout projet d'arrêté royal et tout projet de décision soumis à l'approbation du Conseil des ministres doivent donner lieu à un examen préalable de la nécessité de réaliser une évaluation d'incidence³ ; les seuls cas dans lesquels un tel examen préalable ne doit pas avoir lieu sont ceux qui sont appelés à être fixés par un arrêté royal délibéré en Conseil des ministres⁴, qui, à ce jour, en l'état des textes publiés au Moniteur belge, n'a pas été pris ;

2^o lorsqu'il apparaît, au terme de l'examen préalable, qu'une évaluation d'incidence est requise, il doit alors être procédé à cette évaluation Article 19/2 de la loi du

¹ Selon son article 4, la loi du 30 juillet 2010 'modifiant la loi du 5 mai 1997 relative à la coordination de la politique fédérale de développement durable en ce qui concerne l'évaluation d'incidence des décisions sur le développement durable' « entre en vigueur le premier jour du douzième mois qui suit celui de sa publication au Moniteur belge ». Cette publication étant intervenue le 14 octobre 2010, il en résulte que la loi du 30 juillet 2010 est entrée en vigueur le 1^{er} octobre 2011.

² Article 2, 9^o, de la loi du 5 mai 1997.

³ Article 19/1, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, de la loi du 5 mai 1997. L'article 19/1, § 2, de la loi du 5 mai 1997 charge le Roi de fixer, par arrêté délibéré en Conseil des ministres, les modalités de cet examen préalable. À ce jour, aucun arrêté ayant un pareil objet n'a été publié au *Moniteur belge*.

⁴ Article 19/1, § 1^{er}, alinéa 2, de la loi du 5 mai 1997.

5 mai 1997. Cette disposition charge le Roi de fixer, par arrêté délibéré en Conseil des ministres, les modalités de l'évaluation d'incidence. À ce jour, aucun arrêté ayant un pareil objet n'a été publié au *Moniteur belge* ⁵ ;

3° le respect de la procédure ainsi prescrite conditionne, selon le cas, le dépôt du projet de loi devant les Chambres législatives, l'adoption du projet d'arrêté royal ou l'approbation du projet de décision par le Conseil des ministres ⁶.

En l'espèce, aucun des documents transmis au Conseil d'État ne permet d'établir que la procédure décrite ci-avant a été suivie, plus spécialement l'examen préalable de la nécessité de réaliser une évaluation d'incidence.

Il revient par conséquent à l'auteur du projet de veiller au bon accomplissement de cette formalité préalable.

Si l'examen préalable précité aboutit à la conclusion qu'une étude d'incidence n'est pas requise en l'espèce, le préambule du projet sera complété par un alinéa rédigé comme suit :

« Vu l'examen préalable de la nécessité de réaliser une évaluation d'incidence, concluant qu'une évaluation d'incidence n'est pas requise ».

2. L'article 16 de la loi du 10 mai 2007 'tendant à lutter contre la discrimination entre les femmes et les hommes', dispose :

« § 1^{er}. Une distinction directe ou indirecte fondée sur le sexe ne s'analyse pas en une quelconque forme de discrimination, lorsque cette distinction directe ou indirecte constitue une mesure d'action positive.

§ 2. Une mesure d'action positive ne peut être mise en œuvre que moyennant le respect des conditions suivantes :

- il doit exister une inégalité manifeste ;
- la disparition de cette inégalité doit être désignée comme un objectif à promouvoir ;
- la mesure d'action positive doit être de nature temporaire, étant de nature à disparaître dès que l'objectif visé est atteint ;
- la mesure d'action positive ne doit pas restreindre inutilement les droits d'autrui.

⁵ Article 19/2 de la loi du 5 mai 1997. Cette disposition charge le Roi de fixer, par arrêté délibéré en Conseil des ministres, les modalités de l'évaluation d'incidence. À ce jour, aucun arrêté ayant un pareil objet n'a été publié au *Moniteur belge*.

⁶ Article 19/3 de la loi du 5 mai 1997.

§ 3. Dans le respect des conditions fixées au § 2, le Roi détermine, par arrêté délibéré en Conseil des ministres, les hypothèses et les conditions dans lesquelles une mesure d'action positive peut être mise en œuvre.

§ 4. Dans le domaine des relations de travail et des régimes complémentaires de sécurité sociale, les arrêtés royaux visés au § 3 sont adoptés :

- pour ce qui concerne le secteur public, après consultation, selon les cas, du comité de concertation ou de négociation compétent, visé à la loi du 19 décembre 1974 organisant les relations entre les autorités publiques et les syndicats des agents relevant de ces autorités, ou de l'organe désigné de concertation syndicale pour les administrations, services et institutions auxquels la loi précitée ne s'applique pas;

- pour ce qui concerne le secteur privé, après consultation du Conseil national du Travail.

À défaut pour l'un des organes consultés de s'être prononcé dans les deux mois de la demande, son avis est réputé positif ».

Contrairement à ce que laisse apparaître le premier visa du préambule du projet d'arrêté royal modifiant l'arrêté royal du 2 octobre 1937 'portant le statut des agents de l'État', le fondement légal du projet doit être trouvé à l'article 16, § 3, de la loi précitée.

Ce premier visa sera adapté en conséquence.

3. Conformément à l'article 16, § 3, de la loi du 10 mai 2007, le Roi ne peut adopter une mesure d'action positive que si les conditions énumérées à l'article 16, § 2, de la loi sont rencontrées. Cela suppose notamment qu'une inégalité manifeste soit avérée.

À cette fin, le rapport au Roi gagnerait à présenter un tableau plus explicite des catégories ou des classes en présence et à justifier, le cas échéant, les raisons pour lesquelles certaines sont agrégées ⁷.

4. Compte tenu de ces informations relatives à ces catégories ou classes, l'attention de l'auteur du projet est attirée sur le fait que ni le dispositif en projet ni la disposition transitoire ne peuvent aboutir à une régression quant à l'objectif poursuivi par le projet lu en combinaison avec l'article 16, § 2, de la loi du 10 mai 2007.

5. Comme le relève le rapport au Roi, les conditions énoncées à l'article 16, § 2, de la loi du 10 mai 2007, doivent être interprétées à la lumière de la jurisprudence de la Cour

⁷ Comparer avec l'avis 49.473/AG donné le 26 avril 2011 sur un avant-projet devenu la loi du 28 juillet 2011 'modifiant la loi du 21 mars 1991 portant réforme de certaines entreprises publiques économiques, le Code des sociétés et la loi du 19 avril 2002 relative à la rationalisation du fonctionnement et la gestion de la Loterie Nationale afin de garantir la présence des femmes dans le conseil d'administration des entreprises publiques autonomes, des sociétés cotées et de la Loterie Nationale', observation sous le paragraphe 9 (*Doc. parl.*, Chambre, 2010, n° 211/7, pp 1-19).

de justice de l'Union européenne et notamment de son arrêt Badeck du 28 mars 2000, C-158/97, dont il résulte

« qu'une action qui vise à promouvoir prioritairement les candidats féminins dans les secteurs de la fonction publique où les femmes sont sous-représentées doit être considérée comme étant compatible avec le droit communautaire

- lorsqu'elle n'accorde pas de manière automatique et inconditionnelle la priorité aux candidats féminins ayant une qualification égale à celle de leurs concurrents masculins et

- lorsque les candidatures font l'objet d'une appréciation objective qui tient compte des situations particulières d'ordre personnel de tous les candidats » (considérant 23).

La Cour précise :

« ce n'est qu'au cas où la qualification ne permet pas de départager une candidate d'un candidat qu'il convient d'opter en faveur de la candidate dès lors que cela s'avère nécessaire pour respecter les objectifs du plan de promotion en cause et qu'aucun motif juridiquement supérieur ne s'y oppose » (cons. 33).

Il faut en outre et surtout que la réglementation « assure que les candidatures font l'objet d'une appréciation objective qui tient compte des situations particulières d'ordre personnel de tous les candidats » (cons. 37).

Dans son avis 49.473/AG précité, l'assemblée générale de la section de législation du Conseil d'État a déduit ce qui suit de cet arrêt :

« La notion de clause d'ouverture est qualifiée, dans la jurisprudence de la CJUE, comme la 'clause selon laquelle les femmes ne doivent pas être promues par priorité si des motifs tenant à la personne d'un candidat masculin font pencher la balance en sa faveur' ⁸.

L'application de cette jurisprudence à l'obligation faite, sans possibilité d'y déroger, de respecter un quota d'un tiers de femmes ou d'hommes dans un conseil d'administration tant dans le cas d'une entreprise publique économique que de la Loterie Nationale emporte le risque sérieux de se heurter aux principes d'admissibilité d'une action positive en faveur des personnes d'un sexe déterminé tels que les a dégagés la CJUE ⁹. En effet, le respect d'un tel quota peut conduire, dans certaines situations, à choisir un administrateur du sexe requis pour l'unique raison que le quota n'est pas atteint. Ce choix se fera donc indépendamment d'une appréciation objective

⁸ Note 18 de l'avis cité : CJUE, BADECK e.a., précité, considérant 18.

⁹ Note 19 de l'avis cité : Pour une synthèse de la jurisprudence de la CJUE, voir D. CUYPERS et C. VAN VYVE, « De criteria voor positieve actie in de rechtspraak van de hoogste rechtscollages », in C. BAYART, S. SOTTIAUX, S. VAN DROOGHENBROECK (éds.), *Actualités du droit de la lutte contre la discrimination*, Bruges, Die Keure, 2010, p. 272 ; M. DE VOS, « Positieve actie en discriminatie in het Europese en Belgische discriminatierecht », in C. BAYART, S. SOTTIAUX et S. VAN DROOGHENBROECK (éds.), *De nieuwe federale antidiscriminatie wetten*, Bruges, Die Keure, 2008, p. 316.

des situations particulières d'ordre personnel de tous les candidats, une priorité devant, aux termes de la loi, être accordée à ce candidat même s'il est sous-qualifié par rapport à d'autres dès lors que ceux-ci sont de l'autre sexe ¹⁰.

En conclusion, si le dispositif de la proposition de loi poursuit un objectif qui s'inscrit dans les prévisions de la notion d'action positive au sens où l'entendent tant le droit interne que le droit international et, plus particulièrement, européen, à savoir promouvoir une présence mieux équilibrée des femmes et des hommes dans les organes dirigeants des entreprises publiques économiques ainsi qu'à la Loterie Nationale, il n'en demeure pas moins que, pour assurer la conformité de la concrétisation de cet objectif aux normes supérieures de droit, il s'indiquerait d'adapter le dispositif de la proposition de loi en assortissant le quota, par exemple, d'une clause d'ouverture ¹¹ ».

Dans le cadre du projet présentement examiné, tant l'article 53, alinéa 2, en projet que l'article 54, alinéa 2, en projet prévoit :

« [...], il est dérogé à l'alinéa précédent si, par application des lois précitées, en raison des résultats de la sélection, en raison du droit au renouvellement du mandat ou en raison du classement des candidats en fonction de leurs titres et mérites, il est impossible de procéder à la désignation ou à la nomination d'un candidat appartenant au genre sous-représenté ».

À ce sujet, le rapport au Roi expose ce qui suit :

« C'est pourquoi, le présent arrêté introduit progressivement un quota de deux tiers pour les titulaires d'une fonction de management et les agents de l'État appartenant aux classes A3, A4 et A5, sans remettre en cause les lois coordonnées sur l'emploi des langues, ni les compétences des candidats à une désignation ou une nomination, ni le droit au renouvellement des mandats.

En effet, si en raison de[s] ces lois coordonnées, il est impossible de procéder à la nomination d'un candidat appartenant au genre sous-représenté, le quota de deux tiers ne trouve pas à s'appliquer.

¹⁰ Note 20 de l'avis cité : Voir, quant à la règle du quota appliquée au Conseil supérieur de la Justice, les constatations du Comité des droits de l'homme du 7 juillet 2004, *Jacobs c. Belgique*, n° 943/2000 (CCPR/C/81/D/943/2000).

¹¹ Note 21 de l'avis cité : Ce faisant d'ailleurs, le texte répondra plus adéquatement aux déclarations faites, lors des travaux préparatoires, quant à la portée de la proposition de loi. En effet, à la question de savoir ce qu'il faut entendre par « équivalence des personnes » conçues comme l'un des critères de compatibilité d'une action positive au regard du droit européen, la représentante de la vice-première ministre et ministre de l'Emploi et de l'Égalité des chances a expliqué qu'« il faut éviter de placer la barre plus bas pour certaines personnes, en exigeant de leur part des critères de qualification moindre. Il faut partir du principe que toutes les personnes sont équivalentes et qu'elles doivent donc aussi avoir des compétences comparables pour accéder à certaines fonctions », propos par ailleurs confirmés par différents députés en commission (rapport de la Chambre, *op. cit.*, pp. 89 et 90). Voir, dans le même sens, le décret de l'Autorité flamande du 13 juillet 2007 précité qui, en son article 5, prévoit la possibilité de déroger au quota d'un tiers lorsqu'il est impossible de le satisfaire. L'arrêté du Gouvernement flamand du 26 octobre 2007 fixant la procédure d'exception pour une participation plus équilibrée de femmes et d'hommes dans les organes d'avis et d'administration de l'Autorité flamande, précise la procédure à suivre pour obtenir une telle dérogation.

De la même manière, si les résultats de la sélection ne permettent pas de procéder à la désignation ou à la nomination d'un candidat appartenant au genre sous-représenté, le quota de deux tiers n'est pas d'application.

Enfin, le mandataire conserve son droit au renouvellement du mandat en cas d'évaluation positive ».

Le texte en projet satisfait donc à la notion de clause d'ouverture telle qu'elle a été exposée ci-dessus.

Toutefois, les mots « par application des lois précitées, » sont inutiles et doivent être omis puisqu'ils ne font que répéter ce qui se trouve déjà dans une norme supérieure.

6. Selon le rapport au Roi,

« [e]n 2011, seulement 16 % des managers et 27 % des agents nommés dans les classes A3, A4 et A5 sont des femmes ».

La disposition en projet aboutirait donc à fixer le seuil à atteindre en 2012 à un niveau égal ou inférieur à celui déjà observé actuellement et permettrait donc durant la période transitoire que de nouvelles désignations ou nominations renforcent le déséquilibre existant.

Cette disposition contraire à l'objectif poursuivi par le projet doit donc être revue.

La chambre était composée de

Messieurs	P. LIÉNARDY,	président de chambre,
	J. JAUMOTTE,	conseillers d'État,
	S. BODART,	
Madame	A.-C. VAN GEERSDAELE,	greffier.

Le rapport a été présenté par Monsieur X. DELGRANGE, premier auditeur chef de section.

LE GREFFIER

LE PRÉSIDENT

A.-C. VAN GEERSDAELE

P. LIÉNARDY

KONINKRIJK BELGIË

ADVIES 51.204/4
VAN 26 APRIL 2012

VAN DE AFDELING WETGEVING
VAN DE RAAD VAN STATE

De RAAD VAN STATE, afdeling Wetgeving, vierde kamer, op 3 april 2012 door de Staatssecretaris voor Ambtenarenzaken toegevoegd aan de Minister van Financiën en Duurzame Ontwikkeling, belast met Ambtenarenzaken verzocht hem, binnen een termijn van dertig dagen, van advies te dienen over een ontwerp van koninklijk besluit “tot wijziging van het koninklijk besluit van 2 oktober 1937 houdende het statuut van het rijkspersoneel”, heeft het volgende advies gegeven:

Aangezien de adviesaanvraag ingediend is op basis van artikel 84, § 1, eerste lid, 1°, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State, zoals het is vervangen bij de wet van 2 april 2003, beperkt de afdeling Wetgeving overeenkomstig artikel 84, § 3, van de voornoemde gecoördineerde wetten haar onderzoek tot de rechtsgrond van het ontwerp, de bevoegdheid van de steller van de handeling en de te vervullen voorafgaande vormvereisten.

Wat deze drie punten betreft, geeft het ontwerp aanleiding tot de volgende opmerkingen.

ONDERZOEK VAN HET ONTWERP

1. Bij een wet van 30 juli 2010, die op 1 oktober 2011 in werking is getreden¹, zijn in de wet van 5 mei 1997 ‘betreffende de coördinatie van het federale beleid inzake duurzame ontwikkeling’ bepalingen betreffende de effectbeoordeling op het stuk van duurzame ontwikkeling ingevoegd.

De wetgever heeft de “effectbeoordeling” gedefinieerd als “duurzame ontwikkelingseffectbeoordeling, zijnde de methode voor het bestuderen van mogelijke sociale, economische en leefmilieueffecten, alsmede de effecten op de inkomsten en de uitgaven van de Staat, van een voorgesteld beleid op korte, middellange en lange termijn in en buiten België vooraleer de uiteindelijke beslissing wordt genomen”².

In dat kader is de volgende regeling ingevoerd:

1° in principe moet elk voorontwerp van wet, elk ontwerp van koninklijk besluit en elk voorstel van beslissing dat ter goedkeuring aan de Ministerraad moet worden voorgelegd aanleiding geven tot een voorafgaand onderzoek met betrekking tot de noodzaak om een effectbeoordeling uit te voeren³; de enige gevallen waarin zo een voorafgaand onderzoek niet hoeft plaats te vinden, zijn die welke moeten worden bepaald bij een koninklijk besluit vastgesteld na overleg in de Ministerraad⁴, welk besluit bij de huidige stand van de teksten die in het *Belgisch Staatsblad* bekendgemaakt zijn, nog niet uitgevaardigd is;

¹ Volgens artikel 4 van de wet van 30 juli 2010 ‘tot invoering van een duurzame ontwikkelingseffectbeoordeling in de wet van 5 mei 1997 betreffende de coördinatie van het federale beleid inzake duurzame ontwikkeling’ “treedt (deze wet) in werking op de eerste dag van de twaalfde maand na die waarin ze is bekendgemaakt in het *Belgisch Staatsblad*”. Doordat de wet van 30 juli 2010 is bekendgemaakt op 14 oktober 2010, volgt daaruit dat deze wet in werking is getreden op 1 oktober 2011.

² Artikel 2, 9°, van de wet van 5 mei 1997.

³ Artikel 19/1, § 1, eerste lid, van de wet van 5 mei 1997. Bij artikel 19/1, § 2, van de wet van 5 mei 1997 wordt de Koning ermee belast dat voorafgaand onderzoek te regelen bij een besluit vastgesteld na overleg in de Ministerraad. Tot op heden is nog geen besluit met een dergelijk onderwerp in het *Belgisch Staatsblad* bekendgemaakt.

⁴ Artikel 19/1, § 1, tweede lid, van de wet van 5 mei 1997.

2° wanneer uit het voorafgaand onderzoek blijkt dat een effectbeoordeling vereist is, dient de voormelde beoordeling te worden uitgevoerd. Bij deze bepaling wordt de Koning ermee belast de effectbeoordeling te regelen bij een besluit vastgesteld na overleg in de Ministerraad. Tot op heden is geen besluit met een dergelijk onderwerp in het *Belgisch Staatsblad* bekendgemaakt;⁵

3° de naleving van de aldus voorgeschreven procedure is een voorwaarde, naargelang het geval, voor het indienen van een wetsontwerp bij de Wetgevende Kamers, voor het uitvaardigen van een koninklijk besluit of voor het goedkeuren van een voorstel van beslissing door de Ministerraad.⁶

In casu kan uit geen enkel stuk dat aan de Raad van State overgezonden is, opgemaakt worden of de hierboven beschreven procedure gevolgd is, meer in het bijzonder of vooraf onderzocht is of het noodzakelijk is een effectbeoordeling uit te voeren.

De steller van het ontwerp moet er derhalve op toezien dat dit vormvereiste naar behoren vervuld is.

Indien het voornoemde voorafgaand onderzoek leidt tot de conclusie dat *in casu* geen effectbeoordeling vereist is, moet de aanhef van het ontwerp worden aangevuld met een lid dat luidt als volgt:

“Gelet op het voorafgaand onderzoek met betrekking tot de noodzaak om een effectbeoordeling uit te voeren, waarin besloten wordt dat een effectbeoordeling niet vereist is”.

2. Artikel 16 van de wet van 10 mei 2007 ‘ter bestrijding van discriminatie tussen vrouwen en mannen’ bepaalt:

“§ 1. Een direct of indirect onderscheid op grond van geslacht geeft nooit aanleiding tot de vaststelling van enige vorm van discriminatie wanneer dit direct of indirect onderscheid een maatregel van positieve actie inhoudt.

§ 2. Een maatregel van positieve actie kan slechts worden uitgevoerd mits naleving van de volgende voorwaarden:

- er moet een kennelijke ongelijkheid zijn;
- het verdwijnen van deze ongelijkheid moet worden aangewezen als een te bevorderen doelstelling;

⁵ Artikel 19/2 van de wet van 5 mei 1997. Bij deze bepaling wordt de Koning ermee belast de effectbeoordeling te regelen bij een besluit vastgesteld na overleg in de Ministerraad. Tot op heden is geen besluit met een dergelijk onderwerp in het *Belgisch Staatsblad* bekendgemaakt.

⁶ Artikel 19/3 van de wet van 5 mei 1997.

- de maatregel van positieve actie moet van tijdelijke aard zijn en van die aard zijn dat hij verdwijnt zodra de beoogde doelstelling is bereikt;

- de maatregel van positieve actie mag andermans rechten niet onnodig beperken.

§ 3. In naleving van de in § 2 vastgelegde voorwaarden, bepaalt de Koning bij een besluit vastgesteld na overleg in de Ministerraad, de situaties waarin en de voorwaarden waarbij een maatregel van positieve actie getroffen kan worden.

§ 4. Op het vlak van de arbeidsbetrekkingen en de aanvullende regelingen voor sociale zekerheid worden de in § 3 bedoelde koninklijke besluiten getroffen:

- wat de openbare sector betreft, na raadpleging, naargelang het geval, van het in de wet van 19 december 1974 tot regeling van de betrekkingen tussen de overheid en de vakbonden van haar personeel bedoelde bevoegde overleg- of onderhandelingscomité of het aangewezen orgaan van vakbondsoverleg voor de administraties, diensten en instellingen waarop voornoemde wet niet van toepassing is;

- wat de private sector betreft, na raadpleging van de Nationale Arbeidsraad.

Wanneer een van de geraadpleegde organen zich niet heeft uitgesproken binnen twee maanden na de aanvraag, wordt zijn advies geacht positief te zijn.”.

In tegenstelling tot wat blijkt uit de eerste aanhefverwijzing van het ontwerp van koninklijk besluit tot wijziging van het koninklijk besluit van 2 oktober 1937 ‘houdende het statuut van het rijkspersoneel’, moet de rechtsgrond van het ontwerp worden gezocht in artikel 16, § 3, van de voormelde wet.

Dit eerste lid behoort dienovereenkomstig te worden aangepast.

3. Overeenkomstig artikel 16, § 3, van de wet van 10 mei 2007 kan de Koning alleen een maatregel van positieve actie treffen indien de voorwaarden opgesomd in artikel 16, § 2, van de wet worden nageleefd. Dit veronderstelt inzonderheid dat er een kennelijke ongelijkheid blijkt te zijn.

Te dien einde verdient het aanbeveling om in het verslag aan de Koning een duidelijker tabel op te nemen van de categorieën of klassen waarover het gaat en om in voorkomend geval aan te geven om welke redenen sommige ervan worden opgenomen.⁷

⁷ Vergelijk met advies 49.473/AV gegeven op 26 april 2011 over een voorontwerp dat heeft geleid tot de wet van 28 juli 2011 ‘tot wijziging van de wet van 21 maart 1991 betreffende de hervorming van sommige economische overheidsbedrijven, tot wijziging van het Wetboek van vennootschappen en tot wijziging van de wet van 19 april 2002 tot rationalisering van de werking en het beheer van de Nationale Loterij, teneinde te garanderen dat vrouwen zitting hebben in de raad van bestuur van de autonome overheidsbedrijven, de genoteerde vennootschappen en de Nationale Loterij’, opmerking bij paragraaf 9 (*Parl. St. Kamer* 2010, nr. 211/7, 1-19).

4. Rekening houdend met deze gegevens betreffende deze categorieën of klassen, wordt de aandacht van de steller van het ontwerp gevestigd op het feit dat noch het ontworpen dispositief, noch de overgangsbepaling mogen leiden tot achteruitgang ten opzichte van het oogmerk dat wordt nagestreefd met het ontwerp, gelezen in samenhang met artikel 16, § 2, van de wet van 10 mei 2007.

5. Zoals in het verslag aan de Koning wordt opgemerkt, moeten de voorwaarden bepaald in artikel 16, § 2, van de wet van 10 mei 2007 worden geïnterpreteerd in het licht van de rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie, inzonderheid van het arrest-Badeck ervan van 28 maart 2000, C-158/97, waarin het volgende gesteld wordt:

“derhalve is een maatregel volgens welke vrouwelijke kandidaten in sectoren van de openbare dienst waarin zij ondervertegenwoordigd zijn, bij voorrang moeten worden bevorderd, verenigbaar met het gemeenschapsrecht:

- wanneer hij vrouwelijke kandidaten met een gelijke kwalificatie als hun mannelijke medekandidaten niet automatisch en onvoorwaardelijk voorrang verleent en

- wanneer de sollicitaties worden onderworpen aan een objectieve beoordeling, die rekening houdt met de bijzondere persoonlijke situatie van alle kandidaten” (overw. 23)

Het Hof wijst op het volgende:

“uitsluitend in geval de kwalificatie geen keuze tussen een vrouwelijke of een mannelijke kandidaat mogelijk maakt, (dient) voor de vrouwelijke kandidaat te worden gekozen, wanneer dit voor de verwezenlijking van de doelstellingen van het betrokken stimuleringsprogramma nodig blijkt en geen zwaarder wegende juridische redenen zich daartegen verzet” (overw. 33).

Het is daarenboven vooral noodzakelijk dat de regeling “verzekert, dat de sollicitaties worden onderworpen aan een objectieve beoordeling, die rekening houdt met de bijzondere persoonlijke situatie van alle kandidaten” (overw. 37).

In haar voormeld advies 49.473/AV heeft de algemene vergadering van de afdeling Wetgeving van de Raad van State uit dit arrest het volgende afgeleid:

“Het begrip ‘openingsclausule’ wordt in de rechtspraak van het HvJEU omschreven als de ‘clausule [...] volgens welke vrouwen niet bij voorrang moeten worden bevorderd, indien met de persoon van een mannelijke kandidaat verband houdende redenen de balans in diens voordeel doen doorslaan.’⁸

De toepassing van deze rechtspraak op de opgelegde verplichting om, zonder mogelijkheid ervan af te wijken, een quotum na te leven van een derde vrouwen of mannen in een raad van bestuur zowel in het geval van een economisch

⁸ Voetnoot 18 van het vermelde advies: HvJEU, BADECK e.a., voornoemd arrest, overweging 18.

overheidsbedrijf als in het geval van de Nationale Loterij, brengt het ernstige risico met zich mee dat die verplichting stuit op de principes van toelaatbaarheid van een positieve actie ten gunste van personen van een bepaald geslacht zoals het HvJEU ze duidelijk heeft gemaakt.⁹ In een aantal situaties kan de naleving van een dergelijk quotum er immers toe leiden dat een bestuurder wordt gekozen die van het vereiste geslacht is, slechts omdat het quotum niet bereikt is. Deze keuze zal dus onafhankelijk van een objectieve beoordeling van de persoonlijke situatie van alle kandidaten worden gemaakt, omdat, luidens de wet, voorrang moet worden gegeven aan die kandidaat, zelfs al is hij ondergekwalificeerd ten opzichte van andere kandidaten, gegeven het feit dat deze andere kandidaten van het andere geslacht zijn.¹⁰

Tot besluit zij het volgende gesteld. Enerzijds streeft het dispositief van het wetsvoorstel een doelstelling na die overeenstemt met de bepaling van het begrip positieve actie zoals opgevat door zowel het intern als het internationaal en, meer bepaald, het Europees recht, namelijk het bevorderen van een evenwichtigere aanwezigheid van vrouwen en mannen in de bestuursorganen van de economische overheidsbedrijven en in de Nationale Loterij. Anderzijds lijkt het echter raadzaam het dispositief van het wetsvoorstel aan te passen door het quotum te koppelen aan, bijvoorbeeld, een openingsclausule, om er zeker van te zijn dat de concrete uitvoering van deze doelstelling strookt met de hogere rechtsnormen.¹¹

In het kader van het thans voorliggende ontwerp bepaalt zowel het ontworpen artikel 53, tweede lid, als het ontworpen artikel 54, tweede lid:

“Er wordt [...] afgeweken van het voorgaande lid indien het met toepassing van de voormelde wetten, wegens de resultaten van de selectie, wegens het recht op de hernieuwing van het mandaat of wegens de rangschikking van de kandidaten in functie

⁹ Voetnoot 19 van het vermelde advies: Voor een overzicht van de rechtspraak van het HvJEU, zie D. CUYPERS en C. VAN VYVE, “De criteria voor positieve actie in de rechtspraak van de hoogste rechtscolleges”, in C. BAYART, S. SOTTIAUX, S. VAN DROOGHENBROECK (eds.), *Actualités du droit de la lutte contre la discrimination*, Brugge, Die Keure, 2010, 272 ; M. DE VOS, “Positieve actie en discriminatie in het Europese en Belgische discriminatierecht”, in C. BAYART, S. SOTTIAUX et S. VAN DROOGHENBROECK (eds.), *De nieuwe federale antidiscriminatiewetten*, Brugge, Die Keure, 2008, 316.

¹⁰ Voetnoot 20 van het vermelde advies: Betreffende de regel van het quotum toegepast in de Hoge Raad voor Justitie, zie de vaststellingen van de Mensenrechtencommissie van 7 juli 2004, Jacobs t. België, nr. 943/2000 (CCPR/C/81/D/943/2000).

¹¹ Voetnoot 21 van het vermelde advies: Aldus zal de tekst beter beantwoorden aan de verklaringen die tijdens de parlementaire voorbereiding zijn afgelegd over de reikwijdte van het wetsvoorstel. Op de vraag wat dient te worden verstaan onder “gelijkwaardigheid van personen” als een van de criteria voor de aanvaardbaarheid ten aanzien van het Europees recht van een positieve actie, heeft de vertegenwoordigster van de Vice-eerste minister en minister van Werk en Gelijke Kansen uitgelegd “dat men moet vermijden dat voor bepaalde personen de lat lager wordt gelegd doordat zij aan minder kwalificatievereisten moeten voldoen. Men dient ervan uit te gaan dat alle personen gelijkwaardig zijn en voor de toegang tot bepaalde functies dus ook vergelijkbare competenties moeten hebben”. Deze verklaring werd voorts bevestigd door verschillende afgevaardigden in de commissie (verslag van de Kamer, *op. cit.*, 89-90). Zie, daarbij aansluitend, het voornoemde decreet van de Vlaamse overheid van 13 juli 2007, waarvan artikel 5 in de mogelijkheid voorziet om af te wijken van het quotum van een derde als onmogelijk aan het quotum kan worden voldaan. Het besluit van de Vlaamse Regering van 26 oktober 2007 ‘tot vaststelling van de uitzonderingsprocedure inzake een meer evenwichtige participatie van vrouwen en mannen in advies- en bestuursorganen van de Vlaamse overheid’ licht de te volgen procedure toe om een dergelijke afwijking te verkrijgen.

van hun titels en verdiensten onmogelijk is om over te gaan tot de aanwijzing of de benoeming van een kandidaat van het ondervertegenwoordigde geslacht”.

In dit verband staat in het verslag aan de Koning het volgende:

“Om deze reden introduceert het onderhavige besluit geleidelijk een twee derden-quotum voor de houders van een managementfunctie en de rijksambtenaren behorende tot de klassen A3, A4 en A5, zonder terug te komen op de gecoördineerde wetten op het gebruik van de talen, noch op de bekwaamheden van de kandidaten voor een aanwijzing of een benoeming, noch op het recht op de hernieuwing van de mandaten.

Immers, indien het wegens deze gecoördineerde wetten onmogelijk is om over te gaan tot het benoemen van een kandidaat van het ondervertegenwoordigde geslacht, dan is de twee derden-quotum niet van toepassing.

Evenzo is de twee derden-quotum niet van toepassing indien de resultaten van de selectie het niet toelaten om over te gaan tot de aanwijzing of de benoeming van een kandidaat van het ondervertegenwoordigde geslacht.

Tot slot behoudt de mandaathouder zijn recht op de hernieuwing van het mandaat in geval van een positieve evaluatie”.

De ontworpen tekst beantwoordt dus aan het begrip openingsclausule zoals het hierboven is uiteengezet.

De woorden “met toepassing van de voormelde wetten” zijn evenwel overbodig en dienen te vervallen, aangezien ze slechts herhalen wat reeds in een hogere norm staat.

6. Volgens het verslag aan de Koning waren “in 2011 [...] slechts 16% van de managers en 27% van de ambtenaren benoemd in de klasse A3, A4 en A5 vrouwen”.

De ontworpen bepaling zou er dus toe leiden dat de in 2012 te bereiken drempel wordt bepaald op een niveau dat gelijk is aan of lager ligt dan het niveau dat thans wordt vastgesteld en zou dus tijdens de overgangsperiode tot gevolg kunnen hebben dat nieuwe aanstellingen of benoemingen de bestaande wanverhouding nog groter maken.

Deze bepaling, die strijdig is met het door het ontwerp nagestreefde oogmerk, dient dus te worden herzien.

De kamer was samengesteld uit

de Heren	P. LIÉNARDY,	kamervoorzitter,
	J. JAUMOTTE,	staatsraden,
	S. BODART,	
Mevrouw	A.-C. VAN GEERSDAELE,	griffier.

Het verslag werd uitgebracht door de Heer X. DELGRANGE,
eerste auditeur-afdelingshoofd.

De overeenstemming tussen de Franse en de Nederlandse tekst werd nagezien onder
toezicht van de Heer P. LIÉNARDY.

DE GRIFFIER

DE VOORZITTER

A.-C. VAN GEERSDAELE

P. LIÉNARDY