



RAAD VAN STATE
afdeling Wetgeving

advies 51.766/1
van 18 september 2012

over

een voorontwerp van
ordonnantie 'ertoe strekkende
in de bestuursorganen van
rechtspersonen benoemd door
de Brusselse Hoofdstedelijke
Regering, een evenwichtige
aanwezigheid van vrouwen en
mannen te waarborgen'

CONSEIL D'ÉTAT
section de législation

avis 51.766/1
du 18 septembre 2012

sur

un avant-projet d'ordonnance
'visant à garantir la présence
équilibrée de femmes et
d'hommes au sein des organes
de gestion des personnes
morales nommés par le
Gouvernement de la Région de
Bruxelles-Capitale'

Op 19 juli 2012 is de Raad van State, afdeling Wetgeving, door de Minister van de Brusselse Hoofdstedelijke Regering, belast met Financiën, Begroting, Openbaar Ambt en Externe Betrekkingen verzocht binnen een termijn van dertig dagen, verlengd tot 24 september 2012, een advies te verstrekken over een voorontwerp van ordonnantie 'ertoe strekkende in de bestuursorganen van rechtspersonen benoemd door de Brusselse Hoofdstedelijke Regering, een evenwichtige aanwezigheid van vrouwen en mannen te waarborgen'.

Het ontwerp is door de eerste kamer onderzocht op 18 september 2012. De kamer was samengesteld uit Marnix VAN DAMME, kamervoorzitter, Jo BAERT en Wilfried VAN VAERENBERGH, staatsraden, Michel TISON en Lieven DENYS, assessoren, en Marleen VERSCHRAEGHEN, toegevoegd griffier.

Het verslag is uitgebracht door Frédéric VANNESTE, auditeur.

De overeenstemming tussen de Franse en de Nederlandse tekst van het advies is nagezien onder toezicht van Wilfried VAN VAERENBERGH.

Het advies, waarvan de tekst hierna volgt, is gegeven op 18 september 2012.

*

Le 19 juillet 2012, le Conseil d'État, section de législation, a été invité par le Ministre du Gouvernement de la Région de Bruxelles-Capitale, chargé des Finances, du Budget, de la Fonction publique et des Relations extérieures, à communiquer un avis, dans un délai de trente jours, prorogé jusqu'au 24 septembre 2012, sur un avant-projet d'ordonnance 'visant à garantir la présence équilibrée de femmes et d'hommes au sein des organes de gestion des personnes morales nommés par le Gouvernement de la Région de Bruxelles-Capitale'.

Le projet a été examiné par la première chambre le 18 septembre 2012. La chambre était composée de Marnix VAN DAMME, président de chambre, Jo BAERT et Wilfried VAN VAERENBERGH, conseillers d'État, Michel TISON et Lieven DENYS, assesseurs, et Marleen VERSCHRAEGHEN, greffier assumé.

Le rapport a été présenté par Frédéric VANNESTE, auditeur.

La concordance entre la version française et la version néerlandaise a été vérifiée sous le contrôle de Wilfried VAN VAERENBERGH.

L'avis, dont le texte suit, a été donné le 18 septembre 2012.

*

1. Met toepassing van artikel 84, § 3, eerste lid, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973, heeft de afdeling Wetgeving zich toegespitst op het onderzoek van de bevoegdheid van de steller van de handeling, van de rechtsgrond,¹ alsmede van de vraag of aan de te vervullen vormvereisten is voldaan.

*

STREKKING VAN HET VOORONTWERP

2. Het om advies voorgelegde voorontwerp van ordonnantie strekt ertoe een evenwichtige vertegenwoordiging van vrouwen en mannen te waarborgen in het bestuursorgaan van rechtspersonen, wat betreft de leden die worden benoemd door het Brussels Hoofdstedelijk Gewest (hierna: het Gewest) of door een door het Gewest gecontroleerde rechtspersoon. Ten minste één derde van die leden dient van een ander geslacht te zijn dan dat van de overige leden. Het bestuursorgaan dat niet conform deze regeling is samengesteld, beschikt over drie maanden om zich in regel te stellen, zo niet kan het geen geldige besluiten nemen. De Brusselse Hoofdstedelijke Regering (hierna: de Regering) kan evenwel een met redenen omklede uitzondering toekennen die maximaal één jaar geldig is. Voor de rechtspersonen waarvan het bestuursorgaan is opgericht en samengesteld vóór de inwerkingtreding van de voorliggende ordonnantie, geldt de verplichting bij wijze van overgangsmaatregel slechts vanaf de eerstvolgende gedeeltelijke of volledige vernieuwing van de mandaten in het bestuursorgaan. De ontworpen regeling komt in de plaats van de regeling opgenomen in de ordonnantie van 4 september 2008 ‘ertoe strekkende in de raden van bestuur van de pararegionale instellingen naar publiek recht of van openbaar belang een evenwichtige aanwezigheid van mannen en vrouwen te waarborgen’.

VOORAFGAANDE OPMERKING

3. De gemachtigde heeft verklaard dat de verplichting van evenwichtige vertegenwoordiging enkel betrekking heeft op de leden van het bestuursorgaan die benoemd worden door de Regering of door een door het Gewest gecontroleerde rechtspersoon, en dat de ontworpen regeling van toepassing is op alle rechtspersonen waarvan het bestuursorgaan geheel of gedeeltelijk op die wijze is samengesteld, ongeacht of zij beursgenoteerd zijn of niet. Die strekking wordt evenwel onvoldoende tot uitdrukking gebracht in het ontwerp, wat niet bevorderlijk is voor de rechtszekerheid. Inzonderheid artikel 3, § 2, van het ontwerp lijkt in dat opzicht te moeten worden aangepast, aangezien uit die paragraaf ook zou kunnen worden afgeleid dat het quotum betrekking heeft op het gehele bestuursorgaan. Dat is eveneens het geval voor de memorie van toelichting, waaruit zou kunnen worden afgeleid dat de ontworpen regeling enkel geldt voor de bestuursorganen waarvan de leden volledig door de Regering of door een door het Gewest gecontroleerde rechtspersoon worden benoemd, zodat ook vanuit de memorie de perceptie ontstaat dat het quotum slaat op het gehele bestuursorgaan. De opmerkingen die hierna

¹ Aangezien het om een voorontwerp van ordonnantie gaat, wordt daaronder de overeenstemming met de hogere rechtsnormen verstaan.

worden gemaakt, hebben betrekking op de ontworpen regeling zoals ze is verduidelijkt en gepreciseerd door de gemachtigde.

BEVOEGDHEID VAN HET BRUSSELS HOOFDSTEDELIJK GEWEST

4. Voor zover de verplichting van evenwichtige vertegenwoordiging enkel betrekking heeft op de leden van het bestuursorgaan van de rechtspersoon die benoemd worden door de Regering of een door het Gewest gecontroleerde rechtspersoon, en niet op de andere leden van dat bestuursorgaan, stelt zich geen bevoegdheidsprobleem. Dat laatste is evenwel niet geheel het geval voor de sancties die worden voorzien in artikel 3, § 2, eerste en tweede lid, van het ontwerp, met name de bepaling dat de aanstelling die niet conform het quotum is, nietig is en dat het bestuursorgaan dat niet is samengesteld overeenkomstig het bepaalde in het eerste lid van die paragraaf geen geldige beslissingen meer kan nemen. Immers, voor zover die sanctieregeling ook van toepassing is op het bestuursorgaan van publieke rechtspersonen die bevoegdheidsrechtelijk onder een andere overheid ressorteren of op het bestuursorgaan van private rechtspersonen, is het Gewest niet bevoegd om die regeling aan te nemen. Voor die rechtspersonen kan enkel de materieelrechtelijk bevoegde overheid een dergelijke sanctie invoeren. Het Gewest kan zich wat dat betreft evenmin beroepen op artikel 10 van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 ‘tot hervorming der instellingen’, aangezien de voorwaarden daartoe kennelijk niet worden vervuld. Het ontwerp dient dan ook, wat dit aspect van de regeling betreft, bevoegdheidsrechtelijk beter te worden afgebakend.

ONDERZOEK VAN DE TEKST

ALGEMENE OPMERKING

5.1. De ontworpen regeling heeft tot gevolg dat de Regering niet langer in alle gevallen over een discretionaire bevoegdheid beschikt om de kandidaten te kiezen die ze, na vergelijking van de titels en verdiensten, het meest bekwaam acht om de functies binnen het bestuursorgaan uit te oefenen. De verplichte naleving van het quotum kan er immers toe leiden dat een bestuurder wordt gekozen enkel op grond van het feit dat hij van een bepaald geslacht is. In dat verband kan *mutatis mutandis* worden verwezen naar wat de Raad van State, afdeling Wetgeving, heeft opgemerkt in advies 49.473/AV van 26 april 2011 over een wetsvoorstel ‘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’:

“11. De mogelijkheid die in het wetsvoorstel wordt opgenomen om een absoluut en onvoorwaardelijk quotum op te leggen waaraan sancties verbonden zijn, geeft aanleiding

tot het volgende voorbehoud ten aanzien van het evenredigheidsbeginsel², weergegeven in het laatste criterium dat het Grondwettelijk Hof naar voren brengt.³

12. Het beoogde systeem betreft slechts de bestuurders die door de Belgische Staat worden aangewezen, doordat het geldt voor economische overheidsbedrijven, met name die welke geregeld worden door de voornoemde wet van 21 maart 1991, en voor de Nationale Loterij. Met andere woorden, door toedoen van de maatregel beperkt de federale wetgever alleen de benoemingsbevoegdheid van de overheidsinstantie. In dezen is hij niet aan kritiek onderhevig⁴.

Echter, zelfs indien de geldigheid van de quotumregel wordt opgevat als een beperking die de overheidsinstantie aan zichzelf oplegt, moet ze, in termen van evenredigheid, in het intern recht beoordeeld worden in het licht van de artikelen 10 en 11 van de Grondwet. Tevens moet ze, op het stuk van de naleving van het internationaal en Europees recht, beoordeeld worden door met name rekening te houden met de door het Hof van Justitie van de Europese Unie (hierna HvJEU genoemd) ontwikkelde rechtspraak.

13. De onverkort opgelegde verplichting om een quotum na te leven van vrouwen of mannen in de samenstelling van de raad van bestuur van een economisch overheidsbedrijf of van de Nationale Loterij, beknot, naar het zich laat aanzien, niet nodeloos de rechten van de enen of de anderen, echter op voorwaarde:

- dat deze verplichting een vergelijking mogelijk maakt van de aanspraken en verdiensten van de kandidaten van verschillend geslacht⁵;
- dat door deze verplichting een persoon van een bepaald geslacht slechts moet worden gekozen voor zover de aanspraken en verdiensten van deze persoon vergelijkbaar zijn met die van een of meerdere andere kandidaten van het andere geslacht met wie hij wedijvert en die, zoals hij, geschikt worden bevonden voor de vacante functie.

De quotumregel kan de met benoemingsbevoegdheid beklede overheidsinstantie immers niet ontslaan van de verplichting de aanspraken en verdiensten te vergelijken⁶, en het naleven van deze verplichting moet blijken uit de motivering van de akte van benoeming.

Het laat zich echter niet aanzien dat zulks het geval is in de regeling die het wetsvoorstel invoert. Doordat het een absoluut quotum vaststelt dat onvoorwaardelijk moet worden nageleefd, zou het wetsvoorstel er kunnen toe leiden dat de met benoemingsbevoegdheid beklede overheidsinstantie een persoon kiest van een bepaald

² (voetnoot 12 van het geciteerde advies) Zie S. VAN DROOGHENBROECK en I. HACHEZ, « L'introduction de l'égalité entre les hommes et les femmes dans la Constitution », *Rev. b. dr. const.*, 2002, 168.

³ Dat criterium luidt: "de maatregel van positieve actie mag de rechten van derden niet onnodig beperken (artikel 10, § 2, van de Antiracismewet, artikel 10, § 2, van de Algemene Antidiscriminatiewet en artikel 16, § 2, van de Genderwet)" (Grondwettelijk Hof, arrest 17/2009 van 12 februari 2009).

⁴ (voetnoot 13 van het geciteerde advies) Zie advies 41.765/1, gegeven op 19 december 2006 over een ontwerp dat ontstaan heeft gegeven aan het decreet van de Vlaamse overheid van 13 juli 2007 houdende bevordering van een meer evenwichtige participatie van vrouwen en mannen in advies- en bestuursorganen van de Vlaamse overheid (*Parl.St.* VI. Parl. 2006-2007, nr. 1150/1, 23-29).

⁵ (voetnoot 14 van het geciteerde advies) Over de verplichting om de aanspraken en verdiensten te vergelijken van de kandidaten voor een benoeming als bestuurder van een economisch overheidsbedrijf, zie RvS, MATTHIS, nr. 118.044, 4 april 2003.

⁶ (voetnoot 15 van het geciteerde advies) RvS, VAN BRANTEGEM, nr. 196.546, 1 oktober 2009.

geslacht op grond alleen van het feit dat hij van dat geslacht is ⁷, dat wil zeggen los van zijn aanspraken en verdiensten.

14. Het HvJEU heeft meermalen de gelegenheid gehad om de geldigheid te onderzoeken van positieve acties in de overheidssector ter bevordering van een evenwichtige verdeling van de geslachten inzake tewerkstelling.

15. Aldus heeft het HvJEU in het arrest Badeck het volgende geoordeeld:

‘22. [...] het Hof [oordeelde] in punt 33 van het arrest Marschall, dat, anders dan de regeling die in het arrest Kalanke aan de orde was, een nationale regeling die een openingsclausule bevat, de grenzen van de uitzondering van artikel 2, lid 4, van de richtlijn niet overschrijdt indien zij, in elk individueel geval, mannelijke kandidaten met gelijke kwalificaties als vrouwelijke kandidaten waarborgt, dat de sollicitaties worden onderworpen aan een objectieve beoordeling, die rekening houdt met alle criteria betreffende de persoon van de sollicitanten en de aan vrouwelijke kandidaten toegekende voorrang buiten toepassing laat, wanneer één of meer van die criteria de balans ten gunste van de mannelijke kandidaat doen doorslaan.

23. 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’ ⁸.

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” ⁹.

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 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 ¹⁰. 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

⁷ (voetnoot 16 van het geciteerde advies) De benoeming van een bestuurder zou zelfs in het gedrang kunnen komen doordat er geen kandidaat van het vereiste geslacht is om het quotum na te leven.

⁸ (voetnoot 17 van het geciteerde advies) HvJEU, 28 maart 2000, nr. C-158/97, Badeck e.a., *Jur.HvJ* 2000, I, 1875, concl. A. SAGGIO. Zie ook HvJEU, 17 oktober 1995, nr. C-450/93, Kalanke / Freie Hansestadt Bremen, *Jur.HvJ* 1995, I, 3051, overweging 23, concl. G. TESAURO; HvJEU, 11 november 1997, nr. C-409/95, Marschall / Land Nordrhein-Westfalen, *Jur.HvJ* 1997, I, 6363, overweging 33, concl. F. JACOBS en HvJEU, 6 juli 2000, nr. C-407/98, Abrahamsson, *Jur.HvJ* 2000, I 05539, overweging 20.

⁹ (voetnoot 18 van het geciteerde advies) HvJEU, BADECK e.a., voornoemd arrest, overweging 18.

¹⁰ (voetnoot 19 van het geciteerde 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 antidiscriminatie wetten*, Brugge, Die Keure, 2008, 316.

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 ¹¹.

16. 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 ¹². Dit lijkt des te meer aangewezen daar de straf die op het niet-naleven van het quotum staat, de nietigheid is van de benoeming van de bestuurder, gedaan met miskenning van de quotumregel.”

5.2. Een openingsclausule lijkt ook in de voorliggende regeling aangewezen, te meer omdat de gemachtigde heeft verduidelijkt dat het in elk geval de bedoeling is om ook rekening te houden met de titels en verdiensten van de kandidaten.

BIJZONDERE OPMERKINGEN

Artikel 3

6.1. Gelet op wat is bepaald in artikel 3, § 1, van het ontwerp, dient in het eerste lid van paragraaf 2 te worden geschreven “die worden benoemd of waarvan de benoeming wordt voorgesteld door”.

6.2. In artikel 3, § 2, tweede lid, dient te worden verduidelijkt dat de regel dat het bestuursorgaan geen geldige besluiten meer kan nemen eerst ingaat nadat de termijn van drie maanden is verstreken.

¹¹ (voetnoot 20 van het geciteerde 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).

¹² (voetnoot 21 van het geciteerde 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.

6.3. In artikel 3, § 2, derde lid, wordt bepaald dat de Regering een met redenen 'beklede' (lees in de Nederlandse tekst: omklede) uitzondering zal kunnen toekennen, die maximaal een jaar geldig is. Ter wille van de rechtszekerheid verdient het aanbeveling te bepalen wanneer, onder welke voorwaarden en volgens welke procedure een uitzondering kan worden toegekend.

6.4. Wat betreft de overgangsregeling opgenomen in artikel 3, § 5, heeft de gemachtigde verklaard dat het voldoen aan het quotum "geleidelijk zal worden doorgevoerd bij gedeeltelijke vernieuwingen en niet zal gelden vanaf de eerste gedeeltelijke vernieuwing". Dit blijkt evenwel niet uit de tekst van het ontwerp. Bovendien is de door de gemachtigde voorgestelde regeling niet bevorderlijk voor de rechtszekerheid, aangezien niet duidelijk is vanaf wanneer de verplichting dan wel effectief geldt. De ontworpen overgangsregeling dient bijgevolg te worden herzien.

Artikel 4

7. Artikel 4 van het ontwerp dient te worden omgewerkt tot een bepaling die voorziet in de opheffing (niet: "vernietigt en vervangt") van de ordonnantie van 4 september 2008.

*

1. En application de l'article 84, § 3, alinéa 1^{er}, des lois sur le Conseil d'État, coordonnées le 12 janvier 1973, la section de législation a fait porter son examen essentiellement sur la compétence de l'auteur de l'acte, le fondement juridique ¹, et l'accomplissement des formalités prescrites.

*

PORTÉE DE L'AVANT-PROJET

2. L'avant-projet d'ordonnance soumis pour avis a pour objet de garantir une représentation équilibrée des femmes et des hommes au sein de l'organe de gestion des personnes morales, en ce qui concerne les membres qui sont nommés par la Région de Bruxelles-Capitale (ci-après : la Région) ou par une personne morale contrôlée par la Région. Un tiers au moins de ces membres doivent être de sexe différent de celui des autres membres. L'organe de gestion qui n'est pas composé conformément à ce régime dispose d'un délai de trois mois pour s'y conformer, sinon il ne peut valablement délibérer. Toutefois, le Gouvernement de la Région de Bruxelles-Capitale (ci-après: le Gouvernement) peut accorder une dérogation unique dûment motivée pour un délai maximal d'un an. À titre transitoire, pour les personnes morales dont l'organe de gestion est constitué et composé avant l'entrée en vigueur de l'ordonnance à l'examen, l'obligation ne s'applique qu'à partir du prochain renouvellement partiel ou intégral des mandats au sein de l'organe de gestion. La réglementation en projet se substitue à celle de l'ordonnance du 4 septembre 2008 'visant à garantir la présence équilibrée de femmes et d'hommes dans les conseils d'administration des organismes pararégionaux de droit ou d'intérêt public'.

OBSERVATION PRÉLIMINAIRE

3. Le délégué a déclaré que l'obligation de représentation équilibrée ne concerne que les membres de l'organe de gestion qui sont nommés par le Gouvernement ou par une personne morale contrôlée par la Région et que la réglementation en projet s'applique à toutes les personnes morales dont l'organe de gestion est ainsi constitué en tout ou en partie, qu'elles soient cotées en bourse ou non. Toutefois, ce point de vue ne s'exprime pas suffisamment dans le projet, ce qui ne favorise pas la sécurité juridique. À cet égard, il semble que c'est plus particulièrement l'article 3, § 2, du projet qui doit être adapté, dès lors que l'on pourrait également en inférer que le quota porte sur l'organe de gestion dans son ensemble. Tel est également le cas de l'exposé des motifs, dont on pourrait déduire que la réglementation en projet ne s'applique qu'aux organes de gestion dont les membres sont nommés dans leur totalité par le Gouvernement ou par une personne morale contrôlée par la Région, de sorte que cet exposé donne également à penser que le quota porte sur l'organe de gestion dans son ensemble. Les observations formulées ci-après portent sur la réglementation en projet telle qu'elle est explicitée et précisée par le délégué.

¹ S'agissant d'un avant-projet d'ordonnance, on entend par fondement juridique la conformité aux normes supérieures.

COMPÉTENCE DE LA RÉGION DE BRUXELLES-CAPITALE

4. Aucun problème de compétence ne se pose dans la mesure où l'obligation de représentation équilibrée ne concerne que les membres de l'organe de gestion de la personne morale qui sont nommés par le Gouvernement ou par une personne morale contrôlée par la Région, et non pas les autres membres de cet organe de gestion. Toutefois, ce n'est pas tout à fait le cas pour les sanctions prévues à l'article 3, § 2, alinéas 1^{er} et 2, du projet, à savoir la disposition énonçant que la désignation qui n'est pas conforme au quota est nulle et que l'organe de gestion, qui n'est pas composé conformément à l'alinéa 1^{er} de ce paragraphe, ne peut plus délibérer valablement. En effet, dans la mesure où ce régime de sanction s'applique également à l'organe de gestion des personnes morales de droit public qui, sur le plan de la répartition des compétences, ressortissent à une autre autorité, ou à l'organe de gestion de personnes morales de droit privé, la Région n'est pas compétente pour adopter ce régime. Pour ces personnes morales, seule l'autorité matériellement compétente peut instaurer pareille sanction. Sur ce point, la Région ne peut pas davantage se prévaloir de l'article 10 de la loi spéciale du 8 août 1980 'de réformes institutionnelles', les conditions n'étant manifestement pas remplies à cet effet. En ce qui concerne cet aspect de la réglementation, il convient dès lors de mieux délimiter le projet du point de vue de la répartition des compétences.

EXAMEN DU TEXTE

OBSERVATION GÉNÉRALE

5.1. La réglementation en projet implique que le Gouvernement ne dispose plus dans tous les cas d'un pouvoir discrétionnaire pour choisir les candidats qu'il juge les plus aptes, après comparaison de leurs titres et mérites, à exercer les fonctions au sein de l'organe de gestion. En effet, le respect obligatoire du quota peut emporter qu'un administrateur soit choisi du fait de sa seule appartenance à un sexe déterminé. À cet égard, on peut faire référence *mutatis mutandis* aux observations formulées par le Conseil d'État, section de législation, dans l'avis 49.473/AV du 26 avril 2011 sur une proposition de loi '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 de la gestion de la Loterie Nationale afin de garantir la présence des femmes dans le conseil d'administration des entreprises publiques autonomes et des sociétés cotées et de la Loterie Nationale' :

“11. L'option retenue dans la proposition de loi d'imposer un quota absolu et inconditionnel sanctionné appelle, au regard du principe de proportionnalité², que traduit le dernier critère dégagé par la Cour constitutionnelle³, les réserves suivantes.

12. Le système envisagé, en ce qu'il s'applique à des entreprises publiques économiques, à savoir celles régies par la loi du 21 mars 1991 précitée et à la Loterie

² Note de bas de page 12 de l'avis cité : Voir S. VAN DROOGHENBROECK et I. HACHEZ, « L'introduction de l'égalité entre les hommes et les femmes dans la Constitution », *Rev. b. dr. const.*, 2002, p. 168.

³ Ce critère est rédigé comme suit: « la mesure d'action positive ne doit pas restreindre inutilement les droits d'autrui (article 10, § 2, de la loi anti-racisme, article 10, § 2, de la loi générale anti-discrimination et article 16, § 2, de la loi « genre ») (Cour constitutionnelle, arrêt 17/2009 du 12 février 2009).

Nationale, ne concerne que les administrateurs désignés par l'État belge. En d'autres termes, par le fait de la mesure, le législateur fédéral prévoit de limiter le seul pouvoir de nomination de l'autorité publique, ce en quoi il ne paraît pas critiquable ⁴.

Cependant, même conçue comme une limitation que l'autorité publique se donne à elle-même, la validité de la règle du quota doit, en termes de proportionnalité, s'apprécier en droit interne au regard des articles 10 et 11 de la Constitution ainsi que, sur le plan du respect du droit international et européen, en tenant compte notamment de la jurisprudence développée par la Cour de Justice de l'Union européenne (ci-après CJUE).

13. L'obligation imposée comme telle de respecter un quota de femmes ou d'hommes dans la composition du conseil d'administration d'une entreprise publique économique ou de la Loterie Nationale n'apparaît pas en soi de nature à restreindre inutilement les droits des uns ou des autres, mais à la condition:

- qu'elle permette une comparaison des titres et mérites des candidats de sexe différent⁵;
- qu'elle n'oblige à choisir une personne d'un sexe déterminé que pour autant que cette personne présente des titres et mérites comparables à ceux d'un ou plusieurs autres candidats de l'autre sexe avec qui elle entre en concurrence et qui sont, comme elle, jugés aptes à la fonction à pourvoir.

La règle du quota ne peut en effet dispenser l'autorité publique investie du pouvoir de nomination de procéder à la comparaison des titres et mérites ⁶ et le respect de cette obligation doit apparaître de la motivation de l'acte de nomination.

Or, tel ne semble pas être nécessairement le cas dans le système instauré par la proposition de loi qui, par le fait de la fixation d'un quota absolu à respecter de manière inconditionnelle, pourrait aboutir à contraindre l'autorité publique investie du pouvoir de nomination à choisir une personne d'un sexe déterminé par le seul motif qu'elle est de ce sexe ⁷, c'est-à-dire indépendamment de ses titres et mérites.

14. La CJUE a eu, à plusieurs reprises, l'occasion d'examiner la validité d'actions positives prises dans le secteur public pour promouvoir une répartition équilibrée des sexes en matière d'emploi.

15. Ainsi, dans l'arrêt Badeck, la CJUE a considéré ce qui suit:

'22. [...] (L)a Cour a, au point 33 de l'arrêt Marschall, précité, jugé que, contrairement à la réglementation en cause dans l'affaire Kalanke, précitée, une réglementation nationale qui comporte une clause d'ouverture ne dépasse pas les limites de l'exception prévue à l'article 2, paragraphe 4, de la directive si, dans chaque cas individuel, elle garantit aux candidats masculins ayant une qualification égale à celle des candidats féminins que les candidatures font l'objet d'une appréciation objective qui tient compte de tous les critères relatifs à la personne des candidats et écarte la priorité accordée aux

⁴ Note de bas de page 13 de l'avis cité : Voir avis 41.765/1 donné le 19 décembre 2006 sur un projet devenu le décret de l'Autorité flamande du 13 juillet 2007 portant promotion d'une participation plus équilibrée d'hommes et de femmes dans les organes d'avis et d'administration de l'Autorité flamande (*Doc. parl.*, VI. Parl., 2006-2007, n° 1150/1, pp. 23-29).

⁵ Note de bas de page 14 de l'avis cité : Sur l'obligation de procéder à une comparaison des titres et mérites des candidats à une nomination comme administrateur d'une entreprise publique économique, voir C.E., MATTHIS, n° 118.044, 4 avril 2003.

⁶ Note de bas de page 15 de l'avis cité : C.E., VAN BRANTEGEM, n° 196.546, 1^{er} octobre 2009.

⁷ Note de bas de page 16 de l'avis cité : La nomination d'un administrateur pourrait même être compromise par le défaut d'un candidat du sexe requis pour assurer le respect du quota.

candidats féminins, lorsqu'un ou plusieurs de ces critères font pencher la balance en faveur du candidat masculin.

23. Il s'ensuit 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 »⁸.

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'⁹.

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 CJUE¹⁰. 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 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 sexe¹¹.

16. 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'ouverture¹². Ceci paraît d'autant plus

⁸ Note de bas de page 17 de l'avis cité : CJUE, 28 mars 2000, n° C-158/97, Badeck e.a., *Jur. CJUE* 2000, I, 1875, concl. A. SAGGIO. Voir également CJUE 17 octobre 1995, n° C-450/93, Kalanke / Freie Hansestadt Bremen, *Jur. CJUE* 1995, I, 3051, considérant 23, concl. G. TESAURO; CJUE, 11 novembre 1997, n° C-409/95, Marschall / Land Nordrhein-Westfalen, *Jur. CJUE* 1997, I, 6363, considérant 33, concl. F. JACOBS et CJUE 6 juillet 2000, n° C-407/98, Abrahamsson, *Jur. CJUE* 2000, I-05539, considérant 20.

⁹ Note de bas de page 18 de l'avis cité : CJUE, BADECK e.a., précité, considérant 18.

¹⁰ Note de bas de page 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.

¹¹ Note de bas de page 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).

¹² Note de bas de page 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

indiqué que la sanction prévue du non-respect du quota est celle de la nullité de la nomination de l'administrateur opérée en méconnaissance de la règle du quota ».

5.2. Une clause d'ouverture semble également indiquée dans la présente réglementation, d'autant plus que le délégué a précisé que, de toute façon, l'intention est de prendre aussi en considération les titres et mérites des candidats.

OBSERVATIONS PARTICULIÈRES

Article 3

6.1. Eu égard à l'article 3, § 1^{er}, du projet, on écrira à l'alinéa 1^{er} du paragraphe 2 « qui sont nommés ou dont la nomination est proposée par ».

6.2. À l'article 3, § 2, alinéa 2, on précisera que la règle selon laquelle l'organe de gestion ne peut plus délibérer valablement ne s'applique qu'après l'expiration du délai de trois mois.

6.3. L'article 3, § 2, alinéa 3, énonce que le Gouvernement pourra accorder une dérogation unique dûment motivée pour un délai maximal d'un an. Par souci de sécurité juridique, il est recommandé de déterminer à quel moment, sous quelles conditions et selon quelle procédure une dérogation peut être accordée.

6.4. En ce qui concerne la mesure transitoire insérée à l'article 3, § 5, le délégué a déclaré que le respect du quota "geleidelijk zal worden doorgevoerd bij gedeeltelijke vernieuwingen en niet zal gelden vanaf de eerste gedeeltelijke vernieuwing". Or, cela ne ressort pas du texte du projet. En outre, le régime proposé par le délégué ne favorise pas la sécurité juridique, étant donné qu'on n'aperçoit pas à partir de quel moment l'obligation s'applique de manière effective. Il convient dès lors de revoir la mesure transitoire en projet.

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.

Article 4

7. Il y a lieu de refondre l'article 4 du projet en une disposition qui abroge (et non : « annule et remplace ») l'ordonnance du 4 septembre 2008.

DE GRIFFIER - LE GREFFIER

DE VOORZITTER - LE PRÉSIDENT

Marleen VERSCHRAEGHEN

Marnix VAN DAMME