



CONSEIL D'ÉTAT
section de législation

RAAD VAN STATE
afdeling Wetgeving

avis 62.346/AG
du 28 novembre 2017

advies 62.346/AV
van 28 november 2017

sur

over

un amendement à une
proposition d'ordonnance
'modifiant la Nouvelle loi
communale afin d'assurer une
présence équilibrée de femmes
et d'hommes au sein des
collèges communaux'

een amendement bij een
voorstel van ordonnantie 'tot
wijziging van de Nieuwe
Gemeentewet teneinde een
evenwichtige aanwezigheid
van mannen en vrouwen in de
gemeentecolleges te
waarborgen'

Le 24 octobre 2017, le Conseil d'État, section de législation, a été invité par le Président du Parlement de la Région de Bruxelles-Capitale à communiquer un avis, dans un délai de trente jours prorogé à quarante-cinq jours^{*}, sur un amendement à une proposition d'ordonnance 'modifiant la Nouvelle loi communale afin d'assurer une présence équilibrée de femmes et d'hommes au sein des collèges communaux' (*Doc. parl.*, Parl. Rég. Brux.-Cap., 2014-2015, n° A-92/1) déposé par M^{me} Barbara TRACHTE, M. Bruno DE LILLE, M^{mes} Joëlle MILQUET et Caroline DÉSIR, MM. Emmanuel DE BOCK et René COPPENS, M^{me} Viviane TEITELBAUM, MM. Paul DELVA et Fouad AHIDAR.

L'amendement a été examiné par l'assemblée générale le 28 novembre 2017. L'assemblée générale était composée de Jacques JAUMOTTE, président du Conseil d'État, Marnix VAN DAMME, Pierre LIÉNARDY, Jo BAERT et Pierre VANDERNOOT, présidents de chambre, Jan SMETS, Martine BAGUET, Wilfried VAN VAERENBERGH, Jeroen VAN NIEUWENHOVE, Luc DETROUX, Bernard BLERO, Wouter PAS, Wanda VOGEL et Koen MUYLLE, conseillers d'État, Jan VELAERS, Sébastien VAN DROOGHENBROECK, Christian BEHRENDT et Bruno PEETERS, assesseurs, et Gregory DELANNAY, greffier en chef.

Les rapports ont été présentés par Patrick RONVAUX et Brecht STEEN, premiers auditeurs.

La concordance entre la version française et la version néerlandaise de l'avis a été vérifiée sous le contrôle de Jacques JAUMOTTE, président du Conseil d'État.

L'avis, dont le texte suit, a été donné le 28 novembre 2017.

*

^{*} Cette prorogation résulte de l'article 84, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 2°, des lois 'sur le Conseil d'État', coordonnées le 12 janvier 1973, qui dispose que le délai de trente jours est prorogé à quarante-cinq jours dans le cas où l'avis est donné par l'assemblée générale en application de l'article 85.

Op 24 oktober 2017 is de Raad van State, afdeling Wetgeving, door de Voorzitter van het Brusselse Hoofdstedelijke Parlement verzocht binnen een termijn van dertig dagen verlengd tot vijfenveertig dagen* een advies te verstrekken over een amendement bij een voorstel van ordonnantie 'tot wijziging van de Nieuwe Gemeentewet teneinde een evenwichtige aanwezigheid van mannen en vrouwen in de gemeentecolleges te waarborgen' (*Parl.St.*, Br.Parl. 2014-15, nr. A-92/1), ingediend door Mevrouw Barbara TRACHTE, de Heer Bruno DE LILLE, Mevrouw Joëlle MILQUET, Mevrouw Caroline DÉsir, de Heren Emmanuel DE BOCK en René COPPENS, Mevrouw Viviane TEITELBAUM, de Heren Paul DELVA en Fouad AHIDAR.

Het amendement is door de algemene vergadering onderzocht op 28 november 2017. De algemene vergadering was samengesteld uit Jacques JAUMOTTE, voorzitter van de Raad van State, Marnix VAN DAMME, Pierre LIÉNARDY, Jo BAERT en Pierre VANDERNOOT, kamervoorzitters, Jan SMETS, Martine BAGUET, Wilfried VAN VAERENBERGH, Jeroen VAN NIEUWENHOVE, Luc DETROUX, Bernard BLERO, Wouter PAS, Wanda VOGEL en Koen MUYLLE, staatsraden, Jan VELAERS, Sébastien VAN DROOGHENBROECK, Christian BEHRENDT en Bruno PEETERS, assessoren, en Gregory DELANNAY, hoofdgriffier.

De verslagen zijn uitgebracht door Patrick RONVAUX en Brecht STEEN, eerste auditeurs.

De overeenstemming tussen de Franse en de Nederlandse tekst van het advies is nagezien onder toezicht van Jacques JAUMOTTE, voorzitter van de Raad van State.

Het advies, waarvan de tekst hierna volgt, is gegeven op 28 november 2017.

*

* Deze verlenging vloeit voort uit artikel 84, § 1, eerste lid, 2°, van de wetten 'op de Raad van State', gecoördineerd op 12 januari 1973, waarin wordt bepaald dat de termijn van dertig dagen verlengd wordt tot vijfenveertig dagen in het geval waarin het advies gegeven wordt door de algemene vergadering met toepassing van artikel 85.

Comme la demande d'avis est introduite sur la base de l'article 84, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 2^o, des lois 'sur le Conseil d'État', coordonnées le 12 janvier 1973, des lois 'sur le Conseil d'État', coordonnées le 12 janvier 1973, la section de législation limite son examen au fondement juridique de l'amendement [‡], 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, l'amendement appelle les observations suivantes.

I. PORTÉE DE L'AMENDEMENT

L'article 15, § 1^{er}, alinéa 6, de la Nouvelle loi communale (ci-après dénommée : NLC) dispose actuellement que

« Le collège des bourgmestre et échevins ne peut être installé que s'il comporte au moins un homme et une femme. Cette exigence vaut durant toute la législature ».

La proposition d'ordonnance modifiant la Nouvelle loi communale afin d'assurer une présence équilibrée de femmes et d'hommes au sein des collèges communaux, déposée le 26 janvier 2015 ¹ et qui fait l'objet d'un amendement n° 4 ², déposé le 17 octobre 2017, dont il sera question ci-après, remplace l'alinéa précité par un nouvel alinéa qui prévoit notamment que

« Le collège des bourgmestre et échevins ne peut être installé que s'il comporte des personnes qui sont, au maximum pour deux tiers d'entre-elles, du même sexe ».

L'amendement n° 4, sur lequel porte la demande d'avis, abroge l'alinéa 6 précité et remplace l'article 16 de la NLC par des dispositions qui visent à assurer une représentation équilibrée des hommes et des femmes au sein des collèges communaux.

L'article 16, § 1^{er}, de la NLC, tel qu'il résulte de l'amendement n° 4, fixe le nombre d'échevins en fonction du nombre d'habitants par commune : la règle est qu'il y a le même nombre d'échevins de sexe masculin que de sexe féminin si le nombre des échevins est pair et qu'il y a une différence d'une unité, dans un sens ou dans l'autre, entre le nombre d'échevins de sexe masculin ou féminin lorsque le nombre d'échevins est impair.

L'article 16, § 2, de la NLC, tel qu'il résulte de l'amendement n° 4, prévoit que la règle qui vient d'être énoncée ne trouve pas à s'appliquer lorsqu'un tiers au moins des membres du collège des bourgmestre et échevins est de sexe différent des autres ³. Pour calculer cette proportion d'un tiers qui permet d'écarter l'application du paragraphe 1^{er}, le président du CPAS peut être comptabilisé dans le calcul du nombre des membres du collège des bourgmestre et

[‡] S'agissant d'un amendement à une proposition d'ordonnance, on entend par « fondement juridique » la conformité aux normes supérieures.

¹ *Doc. parl.*, Parl. Rég. Brux.-Cap., 2014-2015, A/92-1.

² *Doc. parl.*, Parl. Rég. Brux.-Cap., 2017-2018, A/92-1, document de commission n° 2.

³ Pour le calcul du tiers, l'intention est que les nombres décimaux soient arrondis à l'unité supérieure ou inférieure selon que les chiffres après la virgule dépassent ou non 5. Cette intention est toutefois exprimée de manière défectueuse à l'article 16, § 2, alinéa 3, de la NLC tel qu'il résulte de l'article 3 de l'amendement.

échevins tandis que l'échevin supplémentaire dont il est question à l'article 279, § 1^{er}, de la NLC peut ne pas être comptabilisé dans le même nombre ⁴.

S'il s'avère que l'ensemble des listes formant la majorité ne comprend pas un nombre d'élus permettant de respecter ce qui est prévu ci-avant, l'article 16, § 3, de la NLC, tel qu'il résulte de l'amendement n° 4, stipule alors que tous les élus du sexe qui est minoritaire et qui figurent sur les listes formant la majorité sont présentés comme candidats aux postes d'échevins ou de bourgmestre et/ou de président de CPAS.

L'article 16, § 4, de la NLC, tel qu'il résulte de l'amendement n° 4, contient des règles complémentaires pour différentes hypothèses où un échevin doit être remplacé, avec obligation ou pas de maintenir les équilibres issus des règles énoncées ci-dessus.

Il s'ensuit que l'amendement n° 4 a vocation à s'insérer dans un système gouverné par les principes de l'élection directe des membres des conseils communaux (article 162, alinéa 2, 1°, de la Constitution) et de l'élection indirecte des échevins (lesquels sont élus au sein du conseil communal selon l'article 15, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, de la NLC).

II. OBSERVATIONS GÉNÉRALES

1. Le projet concerne la composition de l'organe exécutif des communes et peut, en principe, être considéré comme relevant de la compétence de la Région de Bruxelles-Capitale en matière de « composition (...) des institutions (...) communales » au sens de l'article 6, § 1^{er}, VIII, 1°, alinéa 1^{er}, de la loi spéciale du 8 août 1980 'de réformes institutionnelles'. Les régions ne peuvent régler cette composition que « sans préjudice des articles 279 et 280 de la nouvelle loi communale » (article 6, § 1^{er}, VIII, 1°, alinéa 2, de la loi spéciale du 8 août 1980) et sans toucher aux dispositions inscrites dans la loi dite de pacification communautaire du 9 août 1988 (article 6, § 1^{er}, VIII, 1°, alinéa 1^{er}, premier tiret, de la loi spéciale du 8 août 1980).

Dans la demande d'avis, le demandeur d'avis demande expressément qu'il soit examiné si la proposition est compatible avec les articles 5*bis* et 46*bis* de la loi spéciale du 12 janvier 1989 'relative aux institutions bruxelloises' (ci-après : LSIB) de même qu'avec l'article 279 de la Nouvelle loi communale.

L'article 16, § 2, proposé, de la Nouvelle loi communale renvoie bien à l'article 279 de la Nouvelle loi communale mais n'apporte aucune modification à la manière dont cette disposition doit être appliquée. Il n'est, en conséquence, pas touché aux articles 5*bis* et 46*bis* de la loi spéciale du 12 janvier 1989 précitée.

2. La fonction d'échevin n'est accessible qu'aux Belges ainsi que, depuis 2006, aux citoyens des autres pays de l'Union européenne ⁵. Les citoyens qui ne sont ni Belges, ni citoyens

⁴ En ce qui concerne l'échevin supplémentaire dont il est question à l'article 279 de la NLC, il apparaît, ainsi qu'il sera observé ci-après (II.1.), que l'amendement n'a aucun impact sur lui et sur la liberté de désignation de celui-ci conformément au processus opératoire prévu par ledit article 279, de telle sorte que l'amendement ne paraît pas soulever de problème de compatibilité avec le mécanisme institutionnel de l'échevin supplémentaire prévu pour la Région de Bruxelles-Capitale dans le cadre des équilibres institutionnels inhérents à la structure fédérale belge.

d'un autre État de l'Union européenne ne peuvent occuper des fonctions de conseiller communal ou échevin ; conformément à la loi du 19 mars 2004 'visant à octroyer le droit de vote aux élections communales à des étrangers' et insérant notamment un article 1^{er}ter dans la loi électorale communale, ils disposent en effet du seul droit de vote, à l'exclusion du droit d'éligibilité⁶. Quant, d'autre part, à la fonction de bourgmestre, elle n'est accessible, conformément à l'article 8 de la Constitution, qu'aux Belges⁷. Il en va de même pour l'échevin qui est appelé à remplacer le bourgmestre⁸.

Ces éléments méritent d'être gardés à l'esprit par le législateur ordonnantiel lors de l'élaboration d'un dispositif qui vise à favoriser la présence équilibrée des deux sexes dans les collèges de bourgmestre et échevins.

3. Dans la Constitution belge, la question de la représentation équilibrée des femmes et des hommes dans les collèges des bourgmestre et échevins est directement abordée, dès lors que l'article 11bis, alinéa 3, précise que le législateur « organise[...] la présence de personnes de sexe différent » au sein du collège.

Il ressort des travaux préparatoires⁹ qu'il est vrai que, d'une part, le Constituant lui-même ne prévoit que l'exigence minimale selon laquelle au moins un membre de chaque sexe est échevin, mais que, d'autre part, il n'exclut pas que le législateur compétent impose une représentation plus élevée¹⁰. Dans ce cas, il faut qu'il soit satisfait aux conditions d'une action positive.

⁵ L'accession des citoyens de l'Union européenne aux charges échevinales résulte de l'article 16 de la loi du 27 janvier 1999 'modifiant la loi du 19 octobre 1921 organique des élections provinciales, la nouvelle loi communale et la loi électorale communale, et portant exécution de la directive du Conseil de l'Union européenne n° 94/80/CE du 19 décembre 1994', en tant que ledit article 16 fait expirer en 2006 la disposition transitoire prévue à l'article 5 de la même loi, celle-ci modifiant temporairement, de 1999 à 2006, l'article 15 de la NLC.

⁶ Voir l'avis n° 36.118/VR donné le 27 novembre 2003, *Doc. parl.*, Sénat, 2003-2004, n° 3 – 13/006, p. 3 : « La proposition examinée se limite à accorder uniquement le droit de vote aux étrangers qui ne sont pas ressortissants de l'Union européenne et non le droit d'éligibilité ». Il est aussi rappelé qu'aux termes du même avis, le régime de l'étendue du droit de vote des ressortissants non-UE relève de la compétence de l'autorité fédérale et non des Régions.

⁷ Ainsi qu'il résulte des travaux préparatoires de l'article 8 de la Constitution, complété lors de la révision constitutionnelle du 11 décembre 1998 : « Le gouvernement a indiqué clairement (...) que (...) les citoyens non belges de l'Union ne peuvent pas être échevin avant 2006 et qu'ils ne peuvent devenir bourgmestre. » (*Doc. parl.*, Sénat, Révision de l'article 8 de la Constitution, 1998-1999, n° 1 – 1131/3, p. 5).

⁸ Article 14 de la NLC, tel que modifié par la loi du 27 janvier 1999.

⁹ Voir le rapport de Moerman et Milquet au sujet de la révision du titre II de la Constitution, en vue d'y insérer un nouvel article relatif au droit à l'égalité des femmes et des hommes, *Doc. parl.*, Chambre, 2001-2002, n° 50/1140/002, 21 : « Le choix opéré par le Conseil des ministres impose l'installation d'exécutifs mixtes. Le signal politique est clair, même s'il ne fait pas expressément référence à une norme. Cela étant, la vice-première ministre est d'accord pour dire que les présents projets de révision ne représentent qu'un cadre que les autorités politiques doivent s'employer à remplir rapidement en démontrant leur propre capacité à réaliser le changement qu'elles recommandent auprès de tous les acteurs sociaux ».

¹⁰ Voir également en ce sens : 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, (153), 175.

4. L'instauration d'un quota en faveur des personnes du sexe sous-représenté au sein du collège des bourgmestre et échevins s'analyse juridiquement comme une action positive du législateur en leur faveur. Celle-ci s'inscrit dans le cadre de l'article 11*bis*, alinéa 1^{er}, de la Constitution, aux termes duquel « [l]a loi, le décret et la règle visée à l'article 134 (...) favorisent notamment leur égal accès aux mandats électifs et publics »¹¹.

La possibilité d'établir, par le biais d'une telle action positive, un quota en faveur des personnes du sexe sous-représenté dans des organismes publics ou privés a déjà fait l'objet de différents avis de la section de législation¹².

Aux termes de la jurisprudence de la Cour constitutionnelle¹³, une mesure instituant une action positive

« ne peut être prise que moyennant le respect des conditions suivantes :

(1) il doit exister une inégalité manifeste ;

(2) la disparition de cette inégalité doit être désignée comme un objectif à promouvoir ;

(3) la mesure d'action positive doit être de nature temporaire, étant de nature à disparaître dès que l'objectif visé est atteint ;

(4) la mesure d'action positive ne doit pas restreindre inutilement les droits d'autrui (comparer avec l'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') »¹⁴.

¹¹ Révision constitutionnelle du 21 février 2002; sur cette disposition, voir aussi le rapport fait au nom de la commission des affaires institutionnelles du Sénat, *Doc. parl.*, Sénat, 2000-2001, n° 2 - 465/4.

¹² Il est à cet égard renvoyé :

- à l'avis n° 49.473/AG de l'assemblée générale de la section de législation du Conseil d'État donné le 26 avril 2011 sur une proposition devenue 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 », <http://www.raadvst-consetat.be/dbx/avis/49473.pdf> ;

- aux avis n°s 53.297/4 à 53.299/4 donnés le 29 mai 2013 sur trois avant-projets de décret de la Région wallonne devenus les décrets du 9 janvier 2014 destinés à promouvoir une représentation équilibrée des femmes et des hommes dans les organes de gestion des établissements pour aînés en Région wallonne, <http://www.raadvst-consetat.be/dbx/avis/53297.pdf> ;

- à l'avis n° 60.174/1 donné le 14 novembre 2016 sur un amendement au projet de décret devenu le décret spécial de la Communauté flamande du 3 février 2017 « tot wijziging van diverse bepalingen van het bijzonder decreet van 26 juni 1991 betreffende de Universiteit Gent en het Universitair Centrum Antwerpen » (*Doc. parl.*, Parl. fl., session 2016-2017, n° 915/2, pp. 11-17).

¹³ Il est à cet égard renvoyé aux arrêts 9/94 du 27 janvier 1994 (et qui est l'arrêt fondateur en la matière), 42/97 du 14 juillet 1997, et encore récemment 145/2015 du 22 octobre 2015.

¹⁴ C.C., arrêt 145/2015 du 22 octobre 2015, cons. B.10.1.

5. À la lumière des conditions ainsi rappelées, l'amendement n° 4 appelle les deux observations suivantes :

5.1. L'exposé des motifs de la proposition initiale de l'ordonnance, déposée le 26 janvier 2015, et à laquelle se rapporte l'amendement n° 4, mentionne que deux communes de la Région de Bruxelles-Capitale comptent seulement une seule échevine au sein du collège, « soit, respectivement, une proportion de 10% et de moins de 15% de femmes »¹⁵.

En outre, concernant l'attribution de la fonction de bourgmestre à des personnes de sexe féminin, le même exposé des motifs poursuit : « [l]a proportion (...) est encore plus faible, puisqu'on n'en compte qu'une sur 19 (au lieu de trois sous la législature précédente) »¹⁶.

Le Conseil d'État considère que les pourcentages ainsi avancés démontrent effectivement l'existence d'une inégalité qui peut être considérée comme manifeste au sens de la première condition de la jurisprudence ci-dessus énoncée de la Cour constitutionnelle ; pour que cette condition soit considérée comme remplie, il n'est en effet pas requis que la disproportion à laquelle le législateur entend remédier soit concomitamment présente dans l'intégralité ou la majorité des dix-neuf collèges des bourgmestre et échevins de la Région de Bruxelles-Capitale.

5.2. Par ailleurs, une évaluation devra, à des intervalles réguliers, être effectuée afin de permettre au législateur de vérifier si, avec l'écoulement du temps, le dispositif, une fois entré en vigueur, s'avère encore nécessaire et mérite d'être maintenu comme tel¹⁷.

III. OBSERVATIONS PARTICULIÈRES

DISPOSITIF

Article 16

Selon l'article 16, § 3, proposé, « [i]l ne peut être dérogé aux §§ 1^{er} et 2, que si l'ensemble des listes formant la majorité ne comprend pas le nombre d'élus permettant de rencontrer les chiffres qui y sont prévus. Dans ce cas l'ensemble des élus du sexe qui y est minoritaire et qui figurent sur les listes formant la majorité doivent être présentés comme candidats aux postes d'échevin ou de bourgmestre et/ou être signalés comme candidat président de CPAS ».

¹⁵ *Doc. parl.*, Parl. Rég. Brux.-Cap., 2014-2015, A/92-1, p. 2.

¹⁶ *Ibid.*

¹⁷ Voir C.C., arrêt 145/2015 du 22 octobre 2015, cons. B.10.2, al. 2, et B.20, al. 2. Voir également, par analogie, l'article 6 de la loi du 18 juillet 2002 'assurant une présence égale des hommes et des femmes sur les listes de candidatures aux élections des Chambres législatives fédérales et du Conseil de la Communauté germanophone', ainsi que l'article 4 de la loi du 17 juin 2002 'assurant une présence égale des hommes et des femmes sur les listes de candidats aux élections du Parlement européen'.

Cette disposition, en prévoyant une obligation de respecter les proportions réglées par les paragraphes 1^{er} et 2 lorsque l'ensemble des listes formant la majorité comprend le nombre d'élus permettant de respecter ces proportions, procède de l'idée que ces élus, ou le nombre nécessaire parmi ceux-ci, seront contraints d'accepter d'être présentés en vue de leur désignation aux fonctions concernées. Lorsque ces proportions ne peuvent pas être respectées en raison d'un nombre insuffisant d'élus du sexe minoritaire au sein des listes qui composent la majorité, la disposition proposée instaure une obligation de présentation des élus du sexe minoritaire.

Au regard du principe de liberté individuelle et du droit qui en résulte, pour chaque individu qui remplit les conditions pour exercer la fonction d'échevin, de bourgmestre ou de président de CPAS, d'accepter ou de refuser de se voir confier une telle fonction, le dispositif envisagé n'est admissible qu'à la condition que les élus du sexe minoritaire aient marqué leur accord pour être présentés.

Le dispositif doit être revu afin de consacrer de manière expresse cette modalité.

Une observation analogue vaut pour le paragraphe 4, alinéa 1^{er}, troisième tiret, proposé.

*

Aangezien de adviesaanvraag ingediend is op basis van artikel 84, § 1, eerste lid, 2°, van de wetten ‘op de Raad van State’, gecoördineerd op 12 januari 1973, beperkt de afdeling Wetgeving overeenkomstig artikel 84, § 3, van de voornoemde gecoördineerde wetten haar onderzoek tot de rechtsgrond van het amendement[‡], de bevoegdheid van de steller van de handeling en de te vervullen voorafgaande vormvereisten.

Wat die drie punten betreft, geeft het amendement aanleiding tot de volgende opmerkingen.

I. STREKKING VAN HET AMENDEMENT

Artikel 15, § 1, zesde lid, van de Nieuwe Gemeentewet (hierna: NGW) luidt thans als volgt:

“Het college van burgemeester en schepenen kan pas geïnstalleerd worden als het uit minstens één man en één vrouw bestaat. Die voorwaarde geldt voor de hele zittingsperiode.”

Het voorstel van ordonnantie tot wijziging van de Nieuwe Gemeentewet teneinde een evenwichtige aanwezigheid van mannen en vrouwen in de gemeentecolleges te waarborgen, dat op 26 januari 2015 ingediend is¹ en waarop, op 17 oktober 2017 een amendement nr. 4 ingediend is,² dat hierna ter sprake zal komen, vervangt het voormelde lid door een nieuw lid die onder andere als volgt luidt:

“Het college van burgemeester en schepenen kan pas geïnstalleerd worden als hoogstens twee derde van de leden van hetzelfde geslacht is.”

Bij het voornoemde amendement nr. 4, waarop deze adviesaanvraag betrekking heeft, wordt het voormelde zesde lid opgeheven en wordt artikel 16 van de NGW vervangen door bepalingen die ertoe strekken te waarborgen dat mannen en vrouwen evenwichtig vertegenwoordigd worden in de gemeentecolleges.

In artikel 16, § 1, van de NGW, zoals die paragraaf in amendement nr. 4 vervat is, wordt het aantal schepenen vastgesteld naar gelang van het inwoneraantal per gemeente: als regel geldt dat er even veel schepenen van het mannelijk geslacht als van het vrouwelijk geslacht zijn indien het totaal aantal schepenen even is en dat er één mannelijke of vrouwelijke schepen meer is als het totaal aantal schepenen oneven is.

In artikel 16, § 2, van de NGW, zoals die paragraaf in amendement nr. 4 vervat is, wordt bepaald dat van de toepassing van de zonet vermelde regel afgezien kan worden wanneer ten minste een derde van de leden van het college van burgemeester en schepenen van een ander

[‡] Aangezien het om een amendement op een voorstel van ordonnantie gaat, wordt onder “rechtsgrond” de overeenstemming met de hogere rechtsnormen verstaan.

¹ *Parl.St.* Br.Parl. 2014-15, A/92-1.

² *Parl.St.* Br.Parl. 2017-18, A/92-1, Commissiestuk nr. 2.

geslacht is dan de anderen.³ Voor het berekenen van dat derde deel, waardoor paragraaf 1 buiten toepassing gelaten kan worden, kan de OCMW-voorzitter meegeteld worden in de berekening van het aantal leden van het College van burgemeester en schepenen terwijl de bijkomende schepenen van wie in artikel 279, § 1, van de NGW sprake is, niet meegeteld hoeft te worden voor de berekening van datzelfde aantal.⁴

Voor het geval dat blijkt dat alle lijsten die de meerderheid vormen samen niet over genoeg verkozenen beschikken om hetgeen supra bepaald is in acht te kunnen nemen, wordt in artikel 16, § 3, van de NGW, zoals die paragraaf in amendement nr. 4 vervat is, bepaald dat in dat geval alle verkozenen van het geslacht dat in de minderheid is en die voorkomen op de lijsten die de meerderheid vormen, voorgedragen worden als kandidaten voor de functies van schepenen of burgemeester en/of voorzitter van het OCMW.

Artikel 16, § 4, van de NGW, zoals die paragraaf in amendement n° 4 vervat is, bevat aanvullende regels voor verschillende gevallen waarin een schepenen vervangen dient te worden, waarbij de evenwichten die uit de supra vermelde regels voortvloeien nu eens wel en dan weer niet nageleefd hoeven te worden.

Daaruit volgt dat het de bedoeling is dat amendement nr. 4 ingevoegd wordt in een regeling die beheerst wordt door de principes van de rechtstreekse verkiezing van de leden van de gemeenteraden (artikel 162, tweede lid, 1°, van de Grondwet) en van de onrechtstreekse verkiezing van de schepenen (die onder de gemeenteraadsleden verkozen worden volgens artikel 15, § 1, eerste lid, van de NGW).

II. ALGEMENE OPMERKINGEN

1. Het ontwerp betreft de samenstelling van de uitvoerende instelling van de gemeenten en kan in beginsel geacht worden te behoren tot de bevoegdheid van het Brusselse Hoofdstedelijke Gewest inzake “de samenstelling (...) van de (...) gemeentelijke instellingen” in de zin van artikel 6, § 1, VIII, 1°, eerste lid, van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 ‘tot hervorming der instellingen’. De gewesten kunnen die samenstelling slechts regelen “onverminderd de artikel 279 en 208 van de nieuwe gemeentewet” (artikel 6, § 1, VIII, 1°, tweede lid, van de bijzondere wet van 8 augustus 1980) en zonder te raken aan de bepalingen die zijn neergelegd in de zgn. pacificatiewet van 9 augustus 1988 (artikel 6, § 1, VIII, 1°, eerste lid, eerste streepje, van de bijzondere wet van 8 augustus 1980).

³ Het is de bedoeling dat, voor de berekening van dat derde, de decimalen naar de hogere of de lagere eenheid afgerond worden als de cijfers na de komma hoger of lager zijn dan vijf. Die bedoeling is evenwel gebrekkig tot uiting gebracht in artikel 16, § 2, derde lid, van de NGW, zoals dat lid in artikel 3 van het amendement vervat is.

⁴ Met betrekking tot de bijkomende schepenen van wie in artikel 279 van de NGW sprake is, blijkt, zoals infra (II.1.) opgemerkt zal worden, dat het amendement geen enkel gevolg zal hebben voor die bijkomende schepenen of voor de mogelijkheid om een dergelijke schepenen aan te wijzen overeenkomstig de werkwijze die bij het voormelde artikel 279 voorgeschreven is, zodat het amendement geen probleem lijkt te doen rijzen qua verenigbaarheid met het institutioneel mechanisme van de bijkomende schepenen dat voor het Brussels Hoofdstedelijk Gewest ingevoerd is in het kader van de institutionele evenwichten die inherent zijn aan de federale structuur van België.

In de adviesaanvraag vraagt de adviesaanvrager uitdrukkelijk te onderzoeken of het voorstel in overeenstemming is met de artikelen 5*bis* en 46*bis* van de Bijzondere Wet van 12 januari 1989 ‘betreffende de Brusselse Instellingen’ (hierna: BWHI) en geen afbreuk doet aan artikel 279 van de Nieuwe Gemeentewet.

Het voorgestelde artikel 16, § 2, van de Nieuwe Gemeentewet verwijst weliswaar naar artikel 279 van de Nieuwe Gemeentewet, maar brengt geen enkele wijziging aan in de wijze waarop die bepaling dient te worden toegepast. Bijgevolg wordt ook niet geraakt aan artikel 5*bis* en 46*bis* van de BWHI.

2. Met het ambt van schepen kunnen alleen Belgen bekleed worden, alsook, sinds 2006, burgers van de overige landen van de Europese Unie.⁵ Personen die noch Belg, noch burger van een andere lidstaat van de Europese Unie zijn, kunnen geen ambt van gemeenteraadslid of schepen bekleden; overeenkomstig de wet van 19 maart 2004 ‘tot toekenning van het actief kiesrecht bij de gemeenteraadsverkiezingen aan vreemdelingen’, waarbij in de gemeentekieswet inzonderheid een artikel 1*ter* ingevoegd is, beschikken zij immers alleen over het actief kiesrecht en niet over het passief kiesrecht.⁶ Het ambt van burgemeester, zijnerzijds, kan evenwel overeenkomstig artikel 8 van de Grondwet, alleen bekleed worden door Belgen.⁷ Hetzelfde geldt voor de schepen door wie de burgemeester in voorkomend geval vervangen dient te worden.⁸

De ordonnantiegever zou deze gegevens voor ogen moeten houden bij het opstellen van een dispositief dat ertoe strekt de evenwichtige aanwezigheid van mannen en vrouwen in de colleges van burgemeester en schepenen te waarborgen.

3. In de Belgische Grondwet wordt de kwestie van de evenwichtige vertegenwoordiging van mannen en vrouwen in de colleges van burgemeester en schepenen rechtstreeks geregeld, aangezien in artikel 11*bis*, derde lid, bepaald wordt dat “de aanwezigheid van personen van verschillend geslacht” binnen het college door de wetgever georganiseerd wordt.

⁵ Dat ook de burgers van de Europese Unie met een schepenambt bekleed kunnen worden, vloeit voort uit artikel 16 van de wet van 27 januari 1999 ‘tot wijziging van de wet van 19 oktober 1921 tot regeling van de provincieraadsverkiezingen, van de nieuwe gemeentewet en van de gemeentekieswet, en tot uitvoering van de richtlijn van de Raad van de Europese Unie nr. 94/80/EG van 19 december 1994’, doordat in het voornoemde artikel 16 bepaald wordt dat in 2006 een einde komt aan de geldigheidsduur van de overgangsbepaling die vervat is in artikel 5 van dezelfde wet en waarbij tijdelijk, van 1999 tot 2006, een wijziging aangebracht werd in artikel 15 van de NGW.

⁶ Zie advies nr. 36.118/VR, dat op 27 november 2003 gegeven is, *Parl.St.* Senaat 2003-04, nr. 3–13/6, 3: “Het onderzochte wetsvoorstel kent alleen het actief kiesrecht toe aan de vreemdelingen die geen onderdaan van de Europese Unie zijn, en niet het recht om te worden verkozen (passief kiesrecht).” Er wordt eveneens op gewezen dat, volgens datzelfde advies, de regeling ter zake van de inhoud van het stemrecht van niet-EU-onderdanen onder de bevoegdheid van de federale overheid en niet onder die van de gewesten valt.

⁷ Zoals blijkt uit de parlementaire voorbereiding van artikel 8 van de Grondwet, aangevuld bij de Grondwetsherziening van 11 december 1998: “De regering heeft duidelijk gesteld (...) dat (...) het niet mogelijk is voor de EU-burgers die geen Belg zijn om voor het jaar 2006 schepen te zijn en dat EU-burgers die geen Belg zijn geen burgemeester kunnen worden.” (*Parl.St.* Senaat Herziening van artikel 8 van de Grondwet, 1998-99, nr. 1-1131/3, 5).

⁸ Artikel 14 van de NGW, zoals gewijzigd bij de wet van 27 januari 1999.

Uit de parlementaire voorbereiding⁹ blijkt dat de grondwetgever enerzijds zelf weliswaar slechts de minimale eis stelt dat ten minste één lid van elk geslacht schepen is, maar dat hij het anderzijds niet uitsluit dat de bevoegde wetgever een hogere vertegenwoordiging oplegt.¹⁰ In dat geval dient dan wel te zijn voldaan aan de voorwaarden voor een positieve actie.

4. De invoering van een quotum ten gunste van personen van het geslacht dat binnen het college van burgemeester en schepenen ondervertegenwoordigd is, komt in juridisch opzicht neer op een positieve actie van de wetgever ten gunste van hen. Die positieve actie sluit aan bij artikel 11*bis*, eerste lid, van de Grondwet, naar luid waarvan “[d]e wet, het decreet of de in artikel 134 bedoelde regel (...) [meer bepaald hun gelijke toegang tot de door verkiezing verkregen mandaten en de openbare mandaten [bevorderen.]”¹¹

Over de mogelijkheid om, door middel van een dergelijke positieve actie, een quotum in te voeren ten gunste van personen van het geslacht dat ondervertegenwoordigd is in openbare of privé-instellingen zijn door de afdeling Wetgeving reeds verscheidene adviezen uitgebracht.¹²

⁹ Zie Verslag MOERMAN en MILQUET over de Herziening van titel II van de Grondwet, om een nieuw artikel in te voegen betreffende het recht op gelijkheid van mannen en vrouwen, *Parl.St.*, Kamer, 2001-2002, nr. 50/1140/002, 21: “De keuze van de Ministerraad verplicht tot de instelling van gemengde uitvoerende organen. Het politiek signaal is duidelijk, al refereert het niet uitdrukkelijk aan een norm. De vice-eerste minister is het er niettemin mee eens dat de ter tafel liggende ontwerpen tot herziening van de Grondwet slechts een kader vormen, waaraan de overheden onverwijld invulling moeten geven om te bewijzen dat zijzelf de verandering kunnen tot stand te brengen die zij alle sociale actoren aanbevelen.”

¹⁰ Zie ook in die zin 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, (153), 175.

¹¹ Grondwetsherziening van 21 februari 2002; zie, wat deze bepaling betreft, eveneens het verslag uitgebracht namens de commissie voor de institutionele aangelegenheden van de Senaat, *Parl.St.* Senaat 2000-01, nr. 2-465/4.

¹² In dit verband wordt verwezen naar:

- advies nr. 49.473/AV van de algemene vergadering van de afdeling Wetgeving van de Raad van State, dat op 26 april 2011 uitgebracht is over een voorstel dat geleid heeft tot de wet van 28 juli 2011 ‘tot wijziging van de wet van 21 maart 1991 betreffende de hervorming van sommige economische overheidsbedrijven, het Wetboek van vennootschappen en 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’, <http://www.raadvst-consetat.be/dbx/adviezen/49473.pdf> ;

- de adviezen nrs. 53.297/4 tot 53.299/4, die op 29 mei 2013 gegeven zijn over drie voorontwerpen van decreet van het Waals Gewest die geleid hebben tot de decreten van 9 januari 2014 tot bevordering van een evenwichtige vertegenwoordiging van vrouwen en mannen in de beheersorganen van de inrichtingen voor bejaarde personen in het Waalse Gewest, <http://www.raadvst-consetat.be/dbx/adviezen/53297.pdf> ;

- advies nr. 60.174/1, dat op 14 november 2016 gegeven is over een amendement op het ontwerp van bijzonder decreet dat geleid heeft tot het bijzonder decreet van de Vlaamse Gemeenschap van 3 februari 2017 ‘tot wijziging van diverse bepalingen van het bijzonder decreet van 26 juni 1991 betreffende de Universiteit Gent en het Universitair Centrum Antwerpen’ (*Parl.St.* VI.Parl. zitting 2016-17, nr. 915/2, 11-17).

Volgens de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof¹³ kan een maatregel van positieve actie “slechts worden genomen wanneer aan de volgende voorwaarden is voldaan:

- (1) er moet een kennelijke ongelijkheid zijn;
- (2) het verdwijnen van die ongelijkheid moet als een te bevorderen doelstelling worden aangewezen;
- (3) de maatregel van positieve actie moet van tijdelijke aard zijn en van dien aard dat hij verdwijnt zodra de beoogde doelstelling is bereikt;
- (4) de maatregel van positieve actie mag de rechten van anderen niet onnodig beperken (vergelijk met artikel 10, § 2, van de Antiracismewet, artikel 10, § 2, van de Algemene Antidiscriminatiewet en artikel 16, § 2, van de Genderwet).”¹⁴

5. In het licht van de aldus gememoreerde voorwaarden noopt amendement 4 tot de twee volgende opmerkingen:

5.1. In de memorie van toelichting van het oorspronkelijke voorstel van ordonnantie, dat op 26 januari 2015 is ingediend en waarop amendement 4 betrekking heeft, staat dat twee gemeenten van het Brussels Hoofdstedelijk Gewest slechts één schepen van het vrouwelijk geslacht in hun college hebben, “wat neerkomt op 10 % en minder dan 15 % [vrouwen]”.¹⁵

Wat betreft het aantal vrouwen dat het ambt van burgemeester bekleedt, vervolgt dezelfde memorie van toelichting bovendien: “Het percentage (...) is nog kleiner, aangezien er in de 19 gemeenten slechts één burgemeester van het vrouwelijk geslacht is (in plaats van drie tijdens de vorige zittingsperiode)”.¹⁶

De Raad van State meent dat de aldus aangevoerde percentages daadwerkelijk een ongelijkheid blootleggen die kan worden beschouwd als een “kennelijke” ongelijkheid in de zin van de eerste voorwaarde uit de hierboven aangehaalde rechtspraak van het Grondwettelijk Hof. Opdat die voorwaarde kan worden beschouwd als vervuld, is het namelijk niet vereist dat de wanverhouding die de wetgever wil verhelpen zich tegelijk voordoet in alle of in de meerderheid van de negentien colleges van burgemeester en schepenen van het Brussels Hoofdstedelijk Gewest.

5.2. Overigens zal de toestand met regelmatige tussenpozen moeten worden geëvalueerd zodat de wetgever kan nagaan of het dispositief, eens het in werking is getreden, na verloop van tijd nog noodzakelijk blijkt te zijn en ongewijzigd dient te worden gehandhaafd.¹⁷

¹³ In dat verband wordt verwezen naar arrest 9/94 van 27 januari 1994 (dat het basisarrest ter zake vormt), arrest 42/97 van 14 juli 1997 en het recente arrest 145/2015 van 22 oktober 2015.

¹⁴ GwH 22 oktober 2015, nr. 145/2015, overweging B.10.1.

¹⁵ *Parl.St.* Br.Parl. 2014-15, nr. A/92-1, 2.

¹⁶ *Ibid.*

¹⁷ Zie GwH 22 oktober 2015, nr. 145/2015, overwegingen B.10.2, tweede lid, en B.20, tweede lid. Zie ook, bij analogie, artikel 6 van de wet van 18 juli 2002 ‘tot waarborging van een gelijke vertegenwoordiging van mannen en vrouwen op de kandidatenlijsten van de kandidaturen voor de verkiezingen van de federale Wetgevende Kamers en van de Raad van de Duitstalige Gemeenschap’ en artikel 4 van de wet van 17 juni 2002 ‘tot waarborging van een

III. BIJZONDERE OPMERKINGEN

DISPOSITIEF

Artikel 16

Het voorgestelde artikel 16, § 3, luidt als volgt: “Van §§ 1 en 2 kan slechts worden afgeweken als alle lijsten die de meerderheid vormen niet het aantal verkozenen bevatten om te voldoen aan de cijfers waarin daarin wordt voorzien. In dat geval, moeten alle verkozenen van het geslacht dat in de minderheid is en die voorkomen op de lijsten die de meerderheid vormen worden voorgedragen als kandidaten voor de functies van schepenen of burgemeester en/of worden vermeld als kandidaat voorzitter van het OCMW.”

Volgens die bepaling moeten de verhoudingen die bij de paragrafen 1 en 2 worden geregeld, in acht worden genomen wanneer dat op grond van het aantal verkozenen op alle lijsten die de meerderheid vormen, mogelijk is. Aldus vloeit die bepaling voort uit het idee dat die verkozenen, of het noodzakelijke aantal verkozenen, moeten aanvaarden dat ze worden voorgedragen met het oog op hun aanwijzing voor de ambten in kwestie. Wanneer die verhoudingen niet in acht kunnen worden genomen omdat op de lijsten die de meerderheid vormen te weinig verkozenen staan van het geslacht dat in de minderheid is, voert de voorgestelde bepaling de verplichting in dat verkozenen worden voorgedragen van het geslacht dat in de minderheid is.

Behalve indien de verkozenen van het geslacht dat in de minderheid is met hun voordracht hebben ingestemd, is het ontworpen dispositief niet aanvaardbaar ten aanzien van het beginsel van de vrijheid van de persoon en diens gevolgten ten aanzien van het recht van elk individu dat in aanmerking komt voor het ambt van schepen, burgemeester of OCMW-voorzitter, om een dergelijk ambt te aanvaarden of te weigeren.

Het dispositief moet worden herzien zodat die regel uitdrukkelijk wordt verankerd.

Een soortgelijke opmerking geldt voor de voorgestelde paragraaf 4, eerste lid, derde streepje.

LE GREFFIER EN CHEF –
DE HOOFDGRIFFIER

LE PRÉSIDENT DU CONSEIL D'ÉTAT –
DE VOORZITTER VAN DE RAAD VAN STATE

Gregory DELANNAY

Jacques JAUMOTTE