



RAAD VAN STATE
afdeling Wetgeving

advies 64.406/1
van 16 november 2018

over

een ontwerp van koninklijk
besluit ‘tot bepaling van de
voorwaarden inzake positieve
acties’

CONSEIL D'ÉTAT
section de législation

avis 64.406/1
du 16 novembre 2018

sur

un projet d'arrêté royal ‘fixant
les conditions de l'action
positive’

Op 9 oktober 2018 is de Raad van State, afdeling Wetgeving, door de Minister van Werk, Economie en Consumenten, belast met Buitenlandse Handel verzocht binnen een termijn van dertig dagen, verlengd tot 16 november 2018, een advies te verstrekken over een ontwerp van koninklijk besluit ‘tot bepaling van de voorwaarden inzake positieve acties’.

Het ontwerp is door de eerste kamer onderzocht op 8 november 2018. De kamer was samengesteld uit Wilfried VAN VAERENBERGH, staatsraad, voorzitter, Chantal BAMPs en Wouter PAS, staatsraden, Michel TISON en Johan PUT, assessoren, en Wim GEURTS, griffier.

Het verslag is uitgebracht door Jonas RIEMSLAGH, auditeur.

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

Het advies, waarvan de tekst hierna volgt, is gegeven op 16 november 2018.

*

Le 9 octobre 2018, le Conseil d'État, section de législation, a été invité par le Ministre de l'Emploi, de l'Économie et des Consommateurs, chargé du Commerce extérieur à communiquer un avis, dans un délai de trente jours, prorogé jusqu'au 16 novembre 2108, sur un projet d'arrêté royal ‘fixant les conditions de l'action positive’.

Le projet a été examiné par la première chambre le 8 novembre 2018. La chambre était composée de Wilfried VAN VAERENBERGH, conseiller d'État, président, Chantal BAMPs et Wouter PAS, conseillers d'État, Michel TISON et Johan PUT, assesseurs, et Wim GEURTS, greffier.

Le rapport a été présenté par Jonas RIEMSLAGH, auditeur.

La concordance entre la version française et la version néerlandaise de l'avis a été vérifiée sous le contrôle de Wilfried VAN VAERENBERGH, conseiller d'État.

L'avis, dont le texte suit, a été donné le 16 novembre 2018.

*

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, alsmede van de vraag of aan de te vervullen vormvereisten is voldaan.

*

STREKKING VAN HET ONTWERP

2. Het om advies voorgelegde ontwerp van koninklijk besluit beoogt, luidens artikel 3 ervan, uitvoering te geven artikel 10, § 3, van de wet van 30 juli 1981 ‘tot bestraffing van bepaalde door racisme of xenofobie ingegeven daden’, artikel 10, § 3, van de wet van 10 mei 2007 ‘ter bestrijding van bepaalde vormen van discriminatie’ en artikel 16, § 3, van de wet van 10 mei 2007 ‘ter bestrijding van discriminatie tussen vrouwen en mannen’, door in een procedure te voorzien volgens welke aan ondernemingen de mogelijkheid wordt geboden om “een goedgekeurd positief actieplan op te stellen, teneinde de rechtszekerheid te garanderen” (artikel 1 van het ontwerp). Positieve acties worden in artikel 2 gedefinieerd als “specifieke maatregelen om de nadelen verband houdend met [bepaalde] beschermde criteria [...] te voorkomen of te compenseren, met het oog op het waarborgen van een volledige gelijkheid in de praktijk”.

De ontworpen regeling, die enkel van toepassing is op de private sector, voorziet erin dat in elke fase van de arbeidsrelatie een maatregel van positieve actie kan worden getroffen, hetzij middels het sluiten van een collectieve arbeidsovereenkomst, hetzij via het opstellen van een zogenaamde “toetredingsakte (artikel 3). Artikel 4 regelt de procedure voor het vastleggen van het positieve actie-plan via een toetredingsakte. Artikel 5 bepaalt welke gegevens het positieve actie-plan moet bevatten dat hetzij bij een collectieve arbeidsovereenkomst, hetzij in een toetredingsakte is vastgesteld. Het aldus tot stand gebrachte positieve actie-plan moet ter goedkeuring worden voorgelegd aan de minister bevoegd voor werk (artikel 6).

Ondernemingen kunnen daarnaast een positieve actie-plan dat niet de vorm aanneemt van een collectieve arbeidsovereenkomst of een toetredingsakte, louter ter informatie meedelen aan de bevoegde minister (artikel 7).

Artikel 8 voorziet in het opstellen van een tweejaarlijks evaluatierapport. Artikel 9 heft het koninklijk besluit van 14 juli 1987 ‘houdende maatregelen tot bevordering van gelijke kansen voor mannen en vrouwen in de privé-sector’ op.

Het te nemen besluit treedt in werking overeenkomstig de gebruikelijke regels van inwerkingtreding, zijnde de tiende dag volgend op de dag van bekendmaking ervan in het *Belgisch Staatsblad*.

RECHTSGROND

3.1. Luidens de aanhef van het ontworpen besluit, wordt voor de ontworpen regeling rechtsgrond gezocht in de hiervoor vermelde bepalingen van de wetten van 30 juli 1981 en 10 mei 2007. Op grond van die bepalingen 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 kunnen worden, waarbij de voorwaarden bepaald in paragraaf 2 van elk van de betrokken artikelen moeten worden nageleefd.

3.2. Uit artikel 3 van het ontwerp kan worden afgeleid dat het wel degelijk de bedoeling van de steller van het ontwerp is om met de ontworpen regeling “de situaties te bepalen waarin en de voorwaarden waarbij” maatregelen van positieve actie kunnen worden getroffen “ter uitvoering” van de voormelde wetsbepalingen. Daartoe wordt evenwel enkel een procedure in het leven geroepen volgens welke een positieve actie-plan door de bevoegde minister kan worden goedgekeurd, teneinde met betrekking tot het bestaan en de inhoud van dat plan aan de betrokken onderneming “rechtszekerheid te garanderen” (artikel 1 van het ontwerp).

Uit het voorgaande dient te worden afgeleid dat de steller van het ontwerp de machtigingen aan de Koning in de voornoemde wetsbepalingen op zo een wijze interpreteert dat deze er niet toe nopen een opsomming te geven van de situaties waarin positieve acties mogelijk zijn, noch de specifieke voorwaarden te bepalen volgens welke die acties in die situaties kunnen worden georganiseerd, maar dat het wat dat betreft kan volstaan om een procedure in het leven te roepen volgens welke positieve acties – geval per geval – aan goedkeuring worden onderworpen, en waarbij dan de “situaties” en de “voorwaarden” vervat zijn in het goed te keuren positieveactie-plan (zie wat dit laatste betreft, artikel 5 van het ontwerp).

Ermee rekening houdend dat de situaties en de daaraan gekoppelde (specifieke) voorwaarden waarvan sprake is in de voornoemde wetsbepalingen in de praktijk wellicht een grote diversiteit vertonen, waardoor het niet voor de hand ligt om deze op een rechtszekere manier af te bakenen, lijkt het niet onredelijk om de machtigingen aan de Koning in die wetsbepalingen te interpreteren op de voornoemde wijze, ook al is een andere – meer strikte – lezing van die machtigingen eveneens mogelijk. Gelet op dit laatste, is het in elk geval aangewezen om het voorwerp van de voornoemde machtigingen, zoals dat thans in die wetsbepalingen is omschreven, meer in overeenstemming te brengen met de invulling die er thans met het voorliggende ontwerp aan wordt gegeven. Onder voorbehoud hiervan en van de algemene opmerkingen die hierna met betrekking tot die invulling nog worden gemaakt, kan het te nemen besluit geacht worden in de voornoemde wetsbepalingen rechtsgrond te vinden.

ONDERZOEK VAN DE TEKST

Algemene opmerkingen

4. Uit artikel 1 van het ontwerp blijkt dat de goedkeuring van het positieve actie-plan bedoeld is om rechtszekerheid te bieden aan de betrokken ondernemingen. Vraag is echter of die doelstelling ook wordt bereikt, nu het onduidelijk is welke rechtsgevolgen verbonden zijn aan de goedkeuring of de niet-goedkeuring van een dergelijk plan. In dat verband rijst bijvoorbeeld de vraag of een goedgekeurd plan geacht moet worden in overeenstemming te zijn met de voorwaarden bepaald in paragraaf 2 van elk van de voornoemde wetsbepalingen. Ook rijst in dat verband de vraag waarom, in het licht van de voornoemde doelstelling, bij artikel 7 van het ontwerp ook de mogelijkheid wordt geboden om een positieve actie-plan dat niet de vorm van een collectieve arbeidsovereenkomst of een toetredingsakte heeft aangenomen “ter informatie” mee te delen aan de bevoegde minister, wat de rechtsgevolgen zijn van een dergelijke mededeling en hoe deze zich verhoudt tot een “goedgekeurd” positieve actie-plan. Ten slotte rijst de vraag of, wat de eventuele rechtsgevolgen van de ministeriële goedkeuring betreft, in voldoende mate is rekening gehouden met het gegeven dat, bij betwistingen over de wettigheid van het goedgekeurde plan, mogelijk de aansprakelijkheid van de overheid in het gedrang kan komen. De concrete rechtsgevolgen van de goedkeuring of niet-goedkeuring van het positieve actie-plan worden onvoldoende geregeld in het ontwerp, wat moet worden verholpen.

5. Het ontwerp bevat geen criteria waardoor de bevoegde minister zich moet laten leiden bij het al dan niet goedkeuren van het positieve actie-plan met toepassing van artikel 6 van het ontwerp. In elk geval dient daarbij ook rekening te worden gehouden met de voorwaarden die zijn bepaald in paragraaf 2 van elk van de voornoemde wetsbepalingen, met betrekking tot de uitvoering van maatregelen van positieve acties, en met de rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie en van het Grondwettelijk Hof ter zake. Het ontwerp dient te worden aangevuld met een uitdrukkelijke regeling op dat vlak.

6. De structuur en de opbouw van het ontwerp is vatbaar voor verbetering. Zo bevat het ontwerp naast normatieve ook niet-normatieve bepalingen (artikelen 1 en 3), waarvan de draagwijdte niet duidelijk is, wordt het toepassingsgebied van de regeling (de private sector) slechts op impliciete wijze bepaald en zonder duidelijk criterium om die sector af te bakenen, wordt het begrip “onderneming” niet omschreven of afgebakend, en wordt enkel op impliciete wijze bepaald (artikel 5, inleidende zin) dat het positieve-actieplan hetzij bij collectieve arbeidsovereenkomst hetzij in een toetredingsakte¹ wordt vastgesteld. Wat dit laatste betreft kan nog worden opgemerkt dat het “model van toetredingsakte”, dat thans bij het verslag aan de Koning is gevoegd, in zoverre het de bedoeling is om hieraan normatieve kracht te verlenen, als een bijlage van het te nemen besluit moet worden geconcipieerd, en dat de regel, dat de weg van een toetredingsakte enkel kan worden gevolgd in het geval dat in de onderneming geen vakbondsafvaardiging voorhanden is,² in het te nemen besluit zelf moet worden opgenomen.

¹ Vraag is bovendien of het gebruik van die term wel adequaat is, nu bij de ontworpen akte niet wordt “toegetreden” tot een bepaalde regeling.

² Die nu enkel blijkt uit het model van toetredingsakte.

7. Uit de voorgaande opmerkingen dient te worden geconcludeerd dat het ontwerp nog aan een grondig bijkomend onderzoek moet worden onderworpen.

*

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 et l'accomplissement des formalités prescrites.

*

PORTÉE DU PROJET

2. Aux termes de son article 3, le projet d'arrêté royal soumis pour avis a pour objet de pourvoir à l'exécution de l'article 10, § 3, de la loi du 30 juillet 1981 'tendant à réprimer certains actes inspirés par le racisme ou la xénophobie', de l'article 10, § 3, de la loi du 10 mai 2007 'tendant à lutter contre certaines formes de discrimination' et de l'article 16, § 3, de la loi du 10 mai 2007 'tendant à lutter contre la discrimination entre les femmes et les hommes' en arrêtant une procédure qui offre aux entreprises la possibilité de « mettre en place un plan d'action positive approuvé, afin de garantir la sécurité juridique » (article 1^{er} du projet). Les actions positives sont définies à l'article 2 comme étant « des mesures spécifiques destinées à prévenir ou à compenser les désavantages liés [à certains] critères protégés [...] en vue de garantir une pleine égalité dans la pratique ».

Le dispositif en projet, qui s'applique uniquement au secteur privé, prévoit que dans chaque phase de la relation de travail, une mesure d'action positive peut être prise, soit par la conclusion d'une convention collective de travail, soit par l'établissement d'un acte dit « d'adhésion » (article 3). L'article 4 règle la procédure de fixation du plan d'action positive au moyen d'un acte d'adhésion. L'article 5 détermine les données que doit contenir le plan d'action positive, établi soit par une convention collective de travail soit par un acte d'adhésion. Le plan d'action positive ainsi établi doit être soumis pour approbation au ministre qui a l'emploi dans ses attributions (article 6).

Les entreprises peuvent en outre communiquer au ministre compétent et à titre purement informatif un plan d'action positive qui ne prend pas la forme d'une convention collective de travail ou d'un acte d'adhésion (article 7).

L'article 8 prévoit qu'un rapport d'évaluation sera rédigé tous les deux ans. L'article 9 abroge l'arrêté royal du 14 juillet 1987 'portant des mesures en vue de la promotion de l'égalité des chances entre les hommes et les femmes dans le secteur privé'.

L'arrêté envisagé entre en vigueur conformément aux règles usuelles d'entrée en vigueur, à savoir le dixième jour suivant sa publication au *Moniteur belge*.

FONDEMENT JURIDIQUE

3.1. Selon le préambule de l'arrêté en projet, le fondement juridique de ce dernier est recherché dans les dispositions précitées des lois des 30 juillet 1981 et 10 mai 2007. En vertu de celles-ci, 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, dans le respect des conditions fixées au paragraphe 2 de chacun des articles concernés.

3.2. Il peut se déduire de l'article 3 du projet que l'intention de son auteur est effectivement d'y déterminer « les hypothèses et les conditions dans lesquelles » des mesures d'action positive peuvent être mises en œuvre « en exécution » des dispositions de loi précitées. Pour ce faire, il est toutefois uniquement instauré une procédure selon laquelle un plan d'action positive peut être approuvé par le ministre compétent afin de « garantir la sécurité juridique » à l'entreprise concernée quant à l'existence et au contenu de ce plan (article 1^{er} du projet).

Il faut déduire de ce qui précède que l'auteur du projet interprète les habilitations faites au Roi dans les dispositions légales précitées d'une manière telle qu'elles ne requièrent pas d'énumérer les hypothèses dans lesquelles des actions positives sont possibles, ni de déterminer les conditions spécifiques suivant lesquelles ces actions peuvent être organisées dans les hypothèses concernées, mais qu'il peut à cet égard suffire d'élaborer une procédure visant à soumettre les actions positives – au cas par cas – à approbation, étant entendu que les « hypothèses » et les « conditions » sont contenues dans le plan d'action positive à approuver (voir, en ce qui concerne ce dernier point, l'article 5 du projet).

Les hypothèses et les conditions (spécifiques) corrélatives, dont il est question dans les dispositions légales précitées, étant dans la pratique probablement très diverses, ce qui ne rend pas évidente une délimitation garantissant la sécurité juridique, il ne paraît pas déraisonnable d'interpréter les habilitations au Roi dans ces dispositions légales de la manière précitée, même si une autre lecture – plus stricte – est également possible. Cela étant, il s'impose en tout cas de mieux faire correspondre l'objet des habilitations précitées, tel qu'il est décrit actuellement dans ces dispositions légales, à la portée qui y est donnée présentement dans le projet à l'examen. Sous cette réserve et sous réserve des observations générales formulées ci-après concernant cette portée, l'arrêté envisagé peut être réputé trouver un fondement juridique dans les dispositions légales précitées.

EXAMEN DU TEXTE

Observations générales

4. Il ressort de l'article 1^{er} du projet que l'approbation du plan d'action positive est destinée à garantir la sécurité juridique aux entreprises concernées. La question se pose toutefois de savoir si cet objectif est également atteint, dès lors que l'on n'aperçoit pas quels effets juridiques sont liés à l'approbation ou à la non-approbation d'un tel plan. À cet égard, on peut se demander par exemple si un plan approuvé doit être réputé conforme aux conditions fixées au paragraphe 2 de chacune des dispositions légales précitées. De même, la question se pose ici de savoir pour quel motif - au regard de l'objectif précité - l'article 7 du projet permet aussi de

communiquer au ministre compétent « à titre d'information » un plan d'action positive qui ne prend pas la forme d'une convention collective de travail ou d'un acte d'adhésion, quels sont les effets juridiques d'une telle communication et comment elle s'articule par rapport à un plan d'action positive « approuvé ». Enfin, on peut se demander si, concernant les éventuels effets juridiques de l'approbation ministérielle, il a suffisamment été tenu compte du fait qu'en cas de contestations relatives à la légalité du plan approuvé, la responsabilité de l'autorité pourrait être affectée. Le projet ne règle pas suffisamment les effets juridiques concrets de l'approbation ou de la non-approbation du plan d'action positive; il y a lieu d'y remédier.

5. Le projet ne comporte pas de critères que le ministre compétent doit suivre pour approuver ou non le plan d'action positive en application de l'article 6 du projet. En tout état de cause, il convient à cet égard de tenir compte également des conditions fixées au paragraphe 2 de chacune des dispositions légales précitées concernant la mise en œuvre de mesures d'action positive, ainsi que de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne et de la Cour constitutionnelle en la matière. Le projet devra être complété par une règle explicite à ce sujet.

6. La structure et l'économie du projet sont perfectibles. Ainsi, le projet comporte aussi, outre des dispositions normatives, des dispositions non normatives (articles 1^{er} et 3) dont la portée n'est pas claire, le champ d'application du règlement (le secteur privé) n'est déterminé qu'implicitement et sans critère clair permettant de délimiter ce secteur, la notion d'« entreprise » n'est ni définie ni délimitée et le texte indique seulement de manière implicite (article 5, phrase introductive) que le plan d'action positive est fixé soit par convention collective de travail soit dans un acte d'adhésion¹. Concernant ce dernier point, on peut encore souligner que dans la mesure où l'intention est d'attribuer une valeur normative au « modèle d'acte d'adhésion », présentement joint en annexe au rapport au Roi, celui-ci doit être conçu comme une annexe de l'arrêté envisagé et que la règle selon laquelle la voie de l'acte d'adhésion ne peut être choisie que si aucune délégation syndicale n'est présente au sein de l'entreprise², doit figurer telle quelle dans l'arrêté envisagé.

7. Il y a lieu de conclure des observations précédentes que le projet devra encore être soumis à un examen complémentaire approfondi.

DE GRIFFIER - LE GREFFIER

DE VOORZITTER - LE PRÉSIDENT

Wim GEURTS

Wilfried VAN VAERENBERGH

¹ Reste en outre à savoir si l'utilisation de ce terme est bien appropriée, dès lors que par l'acte en projet, on n'« adhère » pas à un règlement donné.

² Élément qui ne ressort que du modèle d'acte d'adhésion.