



CONSEIL D'ÉTAT section de législation

avis 77.166/4
du 25 novembre 2024

sur

un projet d'arrêté du Gouvernement de la Région de Bruxelles-Capitale 'portant modification de l'arrêté du Gouvernement de la Région de Bruxelles-Capitale du 21 mars 2018 portant le statut administratif et pécuniaire des agents des services publics régionaux de Bruxelles, de l'arrêté du Gouvernement de la Région de Bruxelles-Capitale du 21 mars 2018 portant le statut administratif et pécuniaire des agents des organismes d'intérêt public de la Région Bruxelles-Capitale, de l'arrêté du Gouvernement de la Région de Bruxelles-Capitale du 21 mars 2018 relatif à la situation administrative et pécuniaire des membres du personnel contractuel des services publics régionaux de Bruxelles et de l'arrêté du Gouvernement de la Région de Bruxelles-Capitale du 21 mars 2018 relatif à la situation administrative et pécuniaire des membres du personnel contractuel des organismes d'intérêt public de la Région de Bruxelles-Capitale – Féminisation et différents congés'

RAAD VAN STATE afdeling Wetgeving

advies 77.166/4
van 25 november 2024

over

een ontwerp van besluit van de Brusselse Hoofdstedelijke Regering 'houdende wijziging van het besluit van de Brusselse Hoofdstedelijke Regering van 21 maart 2018 houdende het administratief statuut en de bezoldigingsregeling van de ambtenaren van de gewestelijke overheidsdiensten van Brussel, van het besluit van de Brusselse Hoofdstedelijke Regering van 21 maart 2018 houdende het administratief statuut en de bezoldigingsregeling van de ambtenaren van de instellingen van openbaar nut van het Brussels Hoofdstedelijk Gewest, van het besluit van de Brusselse Hoofdstedelijke Regering van 21 maart 2018 houdende het administratief statuut en de bezoldigingsregeling van de contractuele personeelsleden van de gewestelijke overheidsdiensten van Brussel en van het besluit van de Brusselse Hoofdstedelijke Regering van 21 maart 2018 betreffende de rechtspositie en de bezoldigingsregeling van de contractuele personeelsleden van de instellingen van openbaar nut van het Brussels Hoofdstedelijk Gewest – vervrouwelijking en verschillende verloven'

Le 28 octobre 2024, 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, de la Promotion du Multilinguisme et de l'Image de Bruxelles à communiquer un avis dans un délai de trente jours, sur un projet d'arrêté du Gouvernement de la Région de Bruxelles-Capitale 'portant modification de l'arrêté du Gouvernement de la Région de Bruxelles-Capitale du 21 mars 2018 portant le statut administratif et pécuniaire des agents des services publics régionaux de Bruxelles, de l'arrêté du Gouvernement de la Région de Bruxelles-Capitale du 21 mars 2018 portant le statut administratif et pécuniaire des agents des organismes d'intérêt public de la Région Bruxelles-Capitale, de l'arrêté du Gouvernement de la Région de Bruxelles-Capitale du 21 mars 2018 relatif à la situation administrative et pécuniaire des membres du personnel contractuel des services publics régionaux de Bruxelles et de l'arrêté du Gouvernement de la Région de Bruxelles-Capitale du 21 mars 2018 relatif à la situation administrative et pécuniaire des membres du personnel contractuel des organismes d'intérêt public de la Région de Bruxelles-Capitale – Féminisation et différents congés'.

Le projet a été examiné par la quatrième chambre le 25 novembre 2024. La chambre était composée de Bernard BLERO, président de chambre, Géraldine ROSOUX et Dimitri YERNAULT, conseillers d'État, Sébastien VAN DROOGHENBROECK et Philippe DE BRUYCKER, assesseurs, et Charles-Henri VAN HOVE, greffier.

Le rapport a été présenté par Ahmed TIOURIRINE, auditeur adjoint.

La concordance entre la version française et la version néerlandaise a été vérifiée sous le contrôle de Bernard BLERO.

L'avis, dont le texte suit, a été donné le 25 novembre 2024.

*

Op 28 oktober 2024 is de Raad van State, afdeling Wetgeving, door de Minister van de Brusselse Hoofdstedelijke Regering belast met Financiën, Begroting, Openbaar Ambt, de Promotie van Meertaligheid en van het Imago van Brussel verzocht binnen een termijn van dertig dagen een advies te verstrekken over een ontwerp van besluit van de Brusselse Hoofdstedelijke Regering ‘houdende wijziging van het besluit van de Brusselse Hoofdstedelijke Regering van 21 maart 2018 houdende het administratief statuut en de bezoldigingsregeling van de ambtenaren van de gewestelijke overheidsdiensten van Brussel, van het besluit van de Brusselse Hoofdstedelijke Regering van 21 maart 2018 houdende het administratief statuut en de bezoldigingsregeling van de ambtenaren van de instellingen van openbaar nut van het Brussels Hoofdstedelijk Gewest, van het besluit van de Brusselse Hoofdstedelijke Regering van 21 maart 2018 houdende het administratief statuut en de bezoldigingsregeling van de contractuele personeelsleden van de gewestelijke overheidsdiensten van Brussel en van het besluit van de Brusselse Hoofdstedelijke Regering van 21 maart 2018 betreffende de rechtspositie en de bezoldigingsregeling van de contractuele personeelsleden van de instellingen van openbaar nut van het Brussels Hoofdstedelijk Gewest – vervrouwelijking en verschillende verlopen’.

Het ontwerp is door de vierde kamer onderzocht op 25 november 2024. De kamer was samengesteld uit Bernard BLERO, kamervoorzitter, Géraldine ROSOUX en Dimitri YERNAULT, staatsraden, Sébastien VAN DROOGHENBROECK en Philippe DE BRUYCKER, assessoren, en Charles-Henri VAN HOVE, griffier.

Het verslag is uitgebracht door Ahmed TIOURIRINE, adjunct-auditeur.

De overeenstemming tussen de Franse en de Nederlandse tekst van het advies is nagezien onder toezicht van Bernard BLERO.

Het advies, waarvan de tekst hierna volgt, is gegeven op 25 november 2024.

*

Comme la demande d'avis est introduite sur la base de l'article 84, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 2°, des lois 'sur le Conseil d'État', coordonnées le 12 janvier 1973, la section de législation limite son examen au fondement juridique du projet, à la compétence de l'auteur de l'acte ainsi qu'à l'accomplissement des formalités préalables, conformément à l'article 84, § 3, des lois coordonnées précitées.

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

OBSERVATION PRÉALABLE

Compte tenu du moment où le présent avis est donné, la section de législation attire l'attention sur le fait que les élections du 9 juin 2024 emportent que le Gouvernement, depuis cette date, ne dispose pas de la plénitude de ses compétences.

Dans ces circonstances et jusqu'à l'élection du gouvernement suivant, un gouvernement, qu'il ait présenté sa démission ou non, voit ses attributions limitées à l'expédition des affaires courantes ¹.

Interrogée sur la compétence du Gouvernement pour adopter l'arrêté en projet durant la période des affaires courantes, la déléguée du Ministre a indiqué ce qui suit :

« Le projet en question a été initié par un Gouvernement de plein exercice, qui l'a approuvé en première lecture le 30 mai 2024. Nous avons jugé approprié de poursuivre sa mise en œuvre, en particulier parce que la partie relative au 'congé de deuil' répond à une demande récurrente des syndicats. Ceux-ci soulignent depuis longtemps que les agents de la fonction publique bruxelloise ne bénéficient pas des mêmes congés que ceux instaurés en 2021 dans le secteur privé et au sein de la fonction publique fédérale.

Par conséquent, rien ne justifie à priori de retarder la mise en œuvre du congé de deuil dans la mesure où d'autres niveaux de pouvoir l'ont déjà rendu applicable ».

¹ Voir l'avis 50.838/2/VR donné le 8 janvier 2013 sur une proposition de décret spécial « relatif à l'exercice des affaires courantes en Région wallonne » ainsi que sur un amendement, *Doc. parl.*, Parl. w., 2010-2011, n° 317/3, pp. 2-5.

Ainsi, la déléguée du Ministre se prévaut de la catégorie des affaires constituant la poursuite normale d'une procédure régulièrement engagée. À propos de cette catégorie, la section du contentieux administratif du Conseil d'État considère

« que, pour les affaires constituant la poursuite normale d'une procédure régulièrement engagée avant la période des affaires courantes, il faut que leur procédure d'élaboration réponde à des conditions bien précises, notamment, qu'elle ait été engagée bien avant la période critique, qu'elle se soit déroulée sans précipitation et que les questions politiques qui ont pu se poser sur le plan administratif aient été résolues avant cette période critique ; que, si ces conditions sont réunies, de telles affaires sont qualifiées 'd'affaires en cours', raison pour laquelle on parle à leur égard d'affaires courantes *sensu stricto* ; qu'il importe aussi de vérifier si l'affaire (ou son achèvement) n'implique pas des choix politiques importants qui auraient pour conséquence qu'elle entre dans la catégorie des 'affaires de gouvernement' » ².

Dans son arrêt d'annulation n° 259.078 du 8 mars 2024 ³, la section du contentieux administratif du Conseil d'État a souligné que ne relèvent pas de la catégorie des « affaires en cours »,

« les affaires dont le traitement donne lieu à des choix politiques importants, c'est-à-dire des affaires qui impliquent des options dont l'importance sur le plan de la politique générale est par essence telle que ces affaires ne pourraient être décidées que par un gouvernement qui a l'appui du parlement et qui risque de perdre cet appui en raison de la décision qu'il a prise.

[...]

[...] la réflexion menée à un niveau administratif sur l'élaboration d'un texte, et l'identification des options privilégiées à ce niveau, ne peuvent suffire à considérer que les questions politiques ont été résolues. De manière générale, l'existence d'un choix politique ne peut être constatée que lorsque l'autorité politique soumise au contrôle du parlement a, d'une manière ou d'une autre, elle-même clarifié sa position, par exemple en transmettant officiellement un arrêté en projet à une autorité ou à un organe consultatif compétent pour l'examiner ».

Si le texte en projet a effectivement été adopté en première lecture avant les élections du 9 juin 2024, il ressort des documents transmis à la section de législation que l'arrêté en projet a fait l'objet de modifications autres que purement formelles avant l'adoption en deuxième lecture. Il est notamment souligné que l'article 3 a été modifié pour viser non plus le « sexe », mais le « genre » ainsi que pour assurer une représentation minimale du genre minoritaire uniquement par niveau et non plus par niveau ou par rang. Les dispositions des chapitres 3 et 4, du titre 1, de l'arrêté en projet ont été ajoutées après la première lecture. Les dispositions relatives au congé de deuil ont également été modifiées, notamment pour ajouter une obligation de déclaration préalable de la grossesse ne figurant pas dans le texte adopté en première lecture.

² C.E. (8^e ch.), 17 mai 2016, n° 234.747, de Crombrughe de Picquendaale.

³ C.E. (6^e ch.), 8 mars 2024, n° 259.078, asbl Association des généralistes de la région des Fagnes.

Il se déduit de ce qui précède que des choix politiques ont encore été posés après les élections du 9 juin 2024. En conséquence de ce constat, le projet ne pourra être adopté que par le gouvernement nouvellement élu par le Parlement de la Région de Bruxelles-Capitale ⁴.

OBSERVATIONS GÉNÉRALES

1. Le texte en projet vise, ainsi que cela se déduit notamment du considérant du préambule, à concrétiser certains éléments de la résolution ‘visant à féminiser la fonction publique régionale bruxelloise’, adoptée le 1^{er} juillet 2022 par le Parlement de la Région de Bruxelles-Capitale.

Cette résolution demandait au Gouvernement de la Région de Bruxelles-Capitale, entre autres points :

« – d’inscrire dans l’arrêté du Gouvernement de la Région de Bruxelles-Capitale du 21 mars 2018 portant le statut administratif et pécuniaire des agents des services publics régionaux de Bruxelles et dans l’arrêté du Gouvernement de la Région de Bruxelles-Capitale portant le statut administratif et pécuniaire des agents des organismes d’intérêt public de la Région Bruxelles-Capitale l’obligation d’assurer que chaque promotion au rang suivant assure une représentation du sexe minoritaire à ce rang au moins égale à ce qu’elle est au niveau précédent ;

– pour le surplus, d’inscrire dans l’arrêté du Gouvernement de la Région de Bruxelles-Capitale du 21 mars 2018 portant le statut administratif et pécuniaire des agents des services publics régionaux de Bruxelles et dans l’arrêté du Gouvernement de la Région de Bruxelles-Capitale portant le statut administratif et pécuniaire des agents des organismes d’intérêt public de la Région Bruxelles-Capitale l’obligation de respecter la parité des genres (avec un écart maximum n’excédant pas une proportion de 40/60 pour cent) lors du renouvellement des fonctionnaires généraux mandataires ;

– de prévoir l’introduction de dérogations aux dispositions précédentes lorsque le nombre de candidatures des deux sexes est insuffisant ou lorsque des personnes n’optant pas pour le genre ‘M’ ou ‘F’ sont candidates » ⁵.

2.1. Dans son titre 1, le texte en projet établit différents dispositifs qui ont en commun de se référer au « genre » et non au « sexe » et de remplacer les références existantes au « sexe » par un renvoi au « genre ».

⁴ Voir dans le même sens, l’avis 77.084/4 donné le 23 octobre 2024 sur un projet d’arrêté du Gouvernement de la Région de Bruxelles-Capitale « portant modification de l’arrêté du Gouvernement du 21 mars 2018 portant statut administratif et pécuniaire des agents des services publics régionaux de Bruxelles ».

⁵ *Doc. parl.*, Parl. Rég. Brux.-Cap., 2021-2022, A-556/2, p. 5.

2.2. Interrogée sur la notion de « genre » au sens de l'arrêté en projet, la déléguée du Ministre a indiqué ce qui suit :

« Dans le cadre du projet de texte, 'le genre n'est pas nécessairement défini par le sexe biologique en effet, le genre d'une personne peut correspondre ou non à son sexe biologique. Le genre est plus une question d'identité et de ressenti personnel. Des personnes peuvent s'identifier comme hommes, femmes ou transgenres, tandis que certaines se retrouvent dans d'autres catégories, d'autres encore dans aucune de ces catégories (dites 'indéterminées'/'non spécifiées'). Les personnes qui ne s'identifient pas comme hommes ou femmes sont souvent regroupées sous les termes généraux 'non-binaires' ou 'genderqueer' ; mais, en réalité, l'éventail des identifications en termes de genre est illimité' (Source : Conseil de l'Europe : Sexe et genre - Questions de genre).

Ainsi, dans le cadre de ce texte, le genre est organisé en trois catégories F (femme), M (homme) ou X (autres).

À titre d'information, Bruxelles Fonction Publique utilise déjà cette classification déjà depuis plusieurs années dans le cadre des recrutements et engagements ».

Il convient d'observer, de manière générale, que la référence au « genre » plutôt qu'au « sexe » dans le dispositif en projet, peut soulever de nombreux questionnements ⁶, d'ordres théorique et pratique, auxquels un rapport au Gouvernement pourrait utilement répondre.

En effet, si la notion de « sexe » induit une catégorisation binaire entre « hommes » et « femmes », la notion de genre, telle qu'elle est explicitée ci-avant, d'une part, induit une catégorisation juridique tripartite (masculin, féminin et autre) des personnes et, d'autre part, emporte une certaine variabilité des trois catégories précitées, dès lors que l'identité de genre est fluide, ce qui découle du droit à l'autodétermination, élément du droit au respect de la vie privée et familiale ⁷, ainsi que l'a jugé la Cour constitutionnelle dans son arrêt n° 99/2019 du 19 juin 2019 ⁸.

⁶ Pour un aperçu de ces difficultés pour la matière électorale, voir É. CROSSET DECHANY, « Égalité et genre en politique. L'avenir incertain des actions positives en matière électorale », *Rev. trim. dr. h.*, 2023, pp. 721-746.

⁷ Cour eur. D.H., arrêt *A.P., Garçon et Nicot c. France*, 6 avril 2017, § 93 ; C.C., 19 juin 2019, n° 99/2019, B.6.5 et B.6.6.

⁸ La Cour a précisé dans cet arrêt que « la circonstance que la Constitution accorde, à travers ses articles 10, alinéa 3, et 11bis, une importance particulière à l'égalité des hommes et des femmes n'implique pas que les catégories 'homme' ou 'femme' puissent être considérées comme un principe de base de l'ordre constitutionnel belge et n'empêche pas davantage de prendre des mesures visant à lutter contre des différences de traitement fondées sur une identité de genre non binaire.

À la lumière de ces considérations, il n'est pas raisonnablement justifié que, contrairement aux personnes dont l'identité de genre est binaire, les personnes dont l'identité de genre est non binaire soient tenues d'accepter dans leur acte de naissance un enregistrement qui ne correspond pas à leur identité de genre.

Par conséquent, en limitant à un choix binaire la modification de l'enregistrement du sexe dans l'acte de naissance, la loi attaquée présente une lacune, laquelle viole le principe d'égalité, lu en combinaison avec le droit à l'autodétermination » (B.6.6).

Sur la nécessité de prendre en compte les personnes dont l'identité de genre est fluide, voir l'avis 69.404/2 donné le 9 juin 2021 sur un avant-projet de décret de la Communauté française « modifiant le décret du 7 février 2019 définissant la formation initiale des enseignants », observation n° 5 sous l'article 2 en projet : « Il s'en déduit que la conception non-binaire du genre doit également être prise en compte pour définir la notion de genre » ; l'avis 71.827/3 donné le 14 novembre 2022 sur une proposition de loi spéciale « modifiant la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour constitutionnelle en vue de dépolitiser et d'assurer l'égalité de genre dans sa composition », *Doc. parl.*, Chambre, 2019-2020, n° 55-0949/003, pp. 3-12, observation n° 4.

2.3. En ce qui concerne tout d'abord la circonstance que trois catégories sont désormais visées dans les dispositifs en projet, en lieu et place de catégories binaires, par la référence au « sexe » qu'utilisent habituellement des mesures d'action positive, la question se pose de savoir comment de tels mécanismes sont appelés à être mis en œuvre au regard des conditions d'admissibilité des mesures d'action positive.

Interrogée sur la question de savoir si les conditions applicables aux actions positives, prévues à l'article 16 du Code bruxellois de l'égalité, de la non-discrimination et de la promotion de la diversité, étaient remplies par l'arrêté en projet, la déléguée du Ministre a indiqué que l'arrêté en projet ne mettait pas en place un mécanisme d'action positive et que des dispositions similaires étaient déjà prévues dans les différents arrêtés modifiés.

Il est exact qu'une partie des dispositions modifiées par l'arrêté en projet prévoyait déjà des mécanismes similaires en visant non pas le « genre », mais le « sexe ». Cependant, ces mécanismes sont des actions positives et c'est de cette manière que la section de législation les avait analysés lorsqu'elle avait été saisie des projets qui envisageaient de les mettre en place⁹.

Il n'est dès lors pas contestable que les articles 1^{er}, 6, 11, 12, 13 et 14 du projet, instaurant une nouvelle exigence de représentation par genre, de même que les articles 2, 3, 4, 5, 7, 8, 9 et 10 procédant à une modification des mécanismes existants afin de viser le genre à la place du sexe, instaurent des mécanismes d'action positive.

S'agissant des mesures d'action positive, la section de législation a relevé, dans son avis 77.057/2 donné le 8 novembre 2024, ce qui suit :

« [I]l convient de rappeler que l'article 16 du Code bruxellois de l'égalité, de la non-discrimination et de la promotion de la diversité¹⁰, qui est entré en vigueur le 16 octobre 2024, dispose comme suit :

‘Art. 16. § 1^{er}. Une distinction sur la base d'un ou plusieurs critères protégés ne s'analyse pas en une quelconque forme de discrimination directe, indirecte ou intersectionnelle, ni comme une injonction de discriminer, lorsque la distinction constitue une mesure d'action positive adoptée dans le respect du cadre réglementaire fixé conjointement par le Gouvernement, le Collège et le Collège réuni.

§ 2. Le cadre réglementaire visé au § 1^{er} doit respecter et mettre en œuvre les conditions cumulatives suivantes :

- 1° il existe une inégalité manifeste ;
- 2° la disparition de cette inégalité est désignée comme un objectif à promouvoir ;
- 3° la mesure d'action positive est de nature temporaire et de nature à disparaître dès que l'objectif visé est atteint ;

⁹ Voir l'avis 62.722/4 donné le 12 février 2018 sur un projet devenu l'arrêté du Gouvernement de la Région de Bruxelles-Capitale du 21 mars 2018 ‘portant le statut administratif et pécuniaire des agents des services publics régionaux de Bruxelles’ ou encore l'avis 62.721/4 donné le 12 février 2018 sur un projet devenu l'arrêté du Gouvernement de la Région de Bruxelles-Capitale du 21 mars 2018 ‘portant le statut administratif et pécuniaire des agents des organismes d'intérêt public de la Région de Bruxelles-Capitale’.

¹⁰ Note de bas de page n° 12 de l'avis cité : Le Code bruxellois de l'égalité, de la non-discrimination et de la promotion de la diversité s'applique au SIAMU en vertu de ses articles 5, 32°, et 6.

4° la mesure d'action positive ne restreint pas inutilement les droits d'autrui.

§ 3. Tant que le cadre réglementaire visé aux §§ 1^{er} et 2 n'est pas adopté, des actions positives peuvent être mises en place dans le respect des quatre conditions énoncées au § 2. Dans ce cas, l'auteur de l'action positive doit veiller à motiver expressément, au moment de la mise en place de l'action positive, comment celle-ci respecte et met en œuvre chacune des quatre conditions'.

À cet égard, la section de législation a formulé l'observation suivante à propos d'une disposition similaire dans son avis 73.645/2 du 25 mai 2023 sur un projet devenu l'arrêté du Gouvernement de la Région de Bruxelles-Capitale du 13 juillet 2023 'modifiant l'arrêté du Gouvernement de la Région de Bruxelles-Capitale du 24 août 2017 portant le statut administratif et pécuniaire des agents du personnel opérationnel du Service d'Incendie et d'Aide médicale urgente (SIAMU)' :

'Dans l'avis 49.473/AG 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', l'assemblée générale de la section de législation a formulé l'observation suivante :

'7. Le système envisagé dans la proposition de loi doit dès lors être apprécié au regard des conditions que la Cour constitutionnelle a précisé quant à la compatibilité d'une mesure d'action positive' avec le principe d'égalité et de non-discrimination :

'B.22.2. Une mesure d'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 (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').

B.22.3. Par le passé, la Cour a admis que le législateur prenne des mesures d'action positive si elles visent précisément à remédier à une inégalité existante. Néanmoins, de telles 'inégalités correctrices' doivent, pour être compatibles avec le principe d'égalité et de non-discrimination, n'être appliquées que dans les cas d'inégalité manifeste, la disparition de cette inégalité doit être désignée comme un objectif à promouvoir, les mesures doivent être de nature temporaire, étant destinées à disparaître dès que l'objectif visé est atteint et elles ne peuvent restreindre inutilement les droits d'autrui (arrêt n° 9/94 du 27 janvier 1994, B.6.2 ; arrêt n° 42/97 du 14 juillet 1997, B.20 ; arrêt n° 157/2004 du 6 octobre 2004, B.79). [...]

B.23.1. L'article 10, alinéa 3, de la Constitution dispose que l'égalité des femmes et des hommes est garantie. En vertu de l'article 11bis, alinéa 1^{er}, de la Constitution, la loi, le décret ou la règle visée à l'article 134 de la Constitution garantissent aux femmes et aux hommes l'égal exercice de leurs droits et libertés.

Ces dispositions invitent les législateurs à être particulièrement prudents lorsqu'ils établissent ou autorisent une différence de traitement sur la base du sexe.

B.23.2. En soumettant les mesures d'action positive aux critères précités, le législateur a permis un contrôle particulièrement précis sur ces mesures, qui permet au juge d'examiner dans chaque cas concret s'il est porté atteinte au principe fondamental de l'égalité des sexes' ¹¹.

[...]

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 différent [...];

– 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 [...] et le respect de cette obligation doit apparaître de la motivation de l'acte de nomination.

[...]

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 ¹² :

'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 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 [...].

¹¹ Note de bas de page n° 13 de l'avis cité : Note de bas de page n° 4 de l'avis cité : Note de bas de page n° 9 de l'avis cité : C.C., arrêt 17/2009 du 12 février 2009.

¹² Note de bas de page n° 14 de l'avis cité : Note de bas de page n° 5 de l'avis cité : CJUE, C-158/97, arrêt du 28 mars 2000, *Badeck e.a.* ; voir également, sur cette thématique CJUE, C-407/98, arrêt du 6 juillet 2000, *Katarina Abrahamsson et Leif Anderson c. Elisabet Fogelqvist*

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' [...]»¹³.

Cette observation peut être réitérée en l'espèce. L'auteur du projet veillera à justifier les mesures en projet au regard des critères ainsi exposés.

L'attention de l'auteur du projet est en outre attirée sur le fait qu'il s'agit ici, en cohérence avec la logique du projet, d'appliquer ces critères à des mesures préférentielles promouvant l'égalité des individus en fonction, non pas de leur « sexe » (masculin ou féminin), mais de leur « genre » (« femmes », « hommes » ou « autre »), tel qu'il a été explicité précédemment. Se pose dès lors, dans ce contexte, la question de l'identification de l'objectif à atteindre au regard de ces catégories de genre, ainsi que du caractère temporaire des mesures instaurées lorsque l'objectif poursuivi en l'espèce sera atteint.

2.4. En ce qui concerne, ensuite, la manière dont le genre des candidats ou des membres des commissions de sélection sera identifié, il convient également de rappeler qu'en l'état actuel du droit, en l'absence d'une intervention du législateur fédéral à la suite de l'arrêt de la Cour constitutionnelle n° 99/2019 du 19 juin 2019, la carte d'identité ne mentionne que les sexes « F » et « M », sans indication du genre.

Interrogée sur la manière dont le genre des candidats ou des membres des commissions de sélection sera identifié, la déléguée du Ministre a indiqué ce qui suit :

« [I]l s'agit d'avoir égard aux informations reprises sur la carte d'identité.

Cela se fera de deux manières en attendant que le législateur fédéral répare la lacune constatée par la Cour constitutionnelle dans son arrêt 99/2019 :

– Déclaration *a priori* la personne fournit son document légal (=carte d'identité) et déclare elle-même qu'elle est d'accord ou pas avec le genre repris sur sa carte d'identité. Si elle n'est pas d'accord avec celui-ci, elle nous informe sur le genre qu'elle souhaite que nous lui appliquions.

– Déclaration *a posteriori* (exemple la personne ne s'est pas déclarée au moment du recrutement) la personne fournit son document légal mais ne fait aucune déclaration. Bruxelles Fonction Publique interrogera la personne pour savoir si elle confirme que son genre est le même que celui mentionné sur sa carte d'identité ».

Il ressort des réponses qui précèdent que le texte en projet autorise l'autodétermination du genre par le prisme d'une déclaration à priori ou à posteriori validant ou non le sexe mentionné sur la carte d'identité comme le genre auquel la personne souhaite se rattacher ou non, pour l'application du dispositif en projet. Une telle approche prend en compte une des caractéristiques intrinsèques du genre, à savoir sa fluidité.

¹³ Avis 77.057/2 donné le 8 novembre 2024 sur un projet d'arrêté du Gouvernement de la Région de Bruxelles-Capitale « modifiant l'arrêté du Gouvernement de la Région de Bruxelles-Capitale du 24 août 2017 portant le statut administratif et pécuniaire du personnel opérationnel du Service d'Incendie et d'Aide médicale urgente ».

L'attention de l'auteur du texte est cependant attirée sur les difficultés pratiques qu'une telle déclaration, intrinsèquement réversible et variable, pourrait poser pour l'application des mesures instaurées dans le cadre d'une procédure de sélection. La question se pose notamment de savoir si cette déclaration ne devrait pas être entourée de certaines modalités d'application (spécialement quant à ses effets sur les procédures entamées préalablement et toujours en cours) visant à garantir que cette déclaration ne puisse être influencée par un bénéfice éventuel qui découlerait de l'application concrète des mesures en projet.

2.5. L'arrêté en projet sera réexaminé et le cas échéant revu à la lumière de ces observations.

3. Interrogée sur les motifs pour lesquels la notion de « sexe » était maintenue aux articles 446, 453 et 463 de l'arrêté du Gouvernement de la Région de Bruxelles-Capitale du 21 mars 2018 'portant le statut administratif et pécuniaire des agents des services publics régionaux de Bruxelles', relatifs aux mandataires, la déléguée du Ministre a indiqué :

« Une proposition d'adaptation de ces articles serait intégrée dans le cadre du projet d'arrêté relatif aux mandataires ».

Il en est pris acte.

4. Dans la phrase liminaire d'une disposition modificative, il convient de mentionner les modifications encore en vigueur subies par la disposition modifiée et, si celles-ci sont nombreuses, à tout le moins la dernière de ces modifications ¹⁴.

Cette observation vaut pour les articles 1^{er}, 6, 15, 17, 20, 21, 22, 23, 24 et 25.

OBSERVATIONS PARTICULIÈRES

PRÉAMBULE

1. À l'alinéa 6, il n'y a pas lieu de viser l'article 23, alinéa 3, de l'ordonnance du 18 janvier 2001 'portant organisation et fonctionnement d'Actiris', car cette disposition ne procure pas de fondement juridique au projet.

2. À l'alinéa 8, il sera fait mention de ce que l'article 40 a été remplacé par l'ordonnance du 11 juillet 2013.

¹⁴ *Principes de technique législative - Guide de rédaction des textes législatifs et réglementaires*, www.raadvst-consetat.be, onglet « Technique législative », recommandation n° 114.

3. Seules les formalités préalables à caractère obligatoire doivent faire l'objet d'un visa, les formalités facultatives pouvant être mentionnées dans des considérants. Les alinéas 15 à 17 seront revus en conséquence ¹⁵.

4. Comme le confirme la déléguée du Ministre, le comité de gestion d'Actiris n'a pas rendu d'avis dans le délai prescrit. L'alinéa 15 sera revu en conséquence.

5. L'arrêté du Gouvernement de la Région de Bruxelles-Capitale du 21 mars 2018 'relatif à la situation administrative et pécuniaire des membres du personnel contractuel des services publics régionaux de Bruxelles' ainsi que l'arrêté du Gouvernement de la Région de Bruxelles-Capitale du 21 mars 2018 'relatif à la situation administrative et pécuniaire des membres du personnel contractuel des organismes d'intérêt public de la Région de Bruxelles-Capitale' sont modifiés par l'arrêté en projet. Ils seront mentionnés au préambule sous la forme d'un visa.

DISPOSITIF

Titres 1 et 2

Les intitulés des titres 1 et 2 ne correspondent pas au contenu de ces titres. Ils seront revus.

Article 1^{er}

L'article 39 en projet instaure une alternance de genre à la présidence des commissions de sélections comparatives. La section de législation attire l'attention de l'auteur du projet sur les difficultés qu'une telle mesure pourrait générer. Outre que le dispositif en projet identifie trois genres et ne précise pas la manière dont cette alternance sera assurée, une telle obligation suppose que l'autorité soit à chaque fois en mesure de prouver, notamment en cas de contestation, que l'alternance a été correctement effectuée eu égard à la commission de sélection précédente.

¹⁵ Voir l'avis 76.764/4 donné le 10 juillet 2024 sur un projet d'arrêté du Gouvernement de la Région de Bruxelles-Capitale « portant modification de l'arrêté du Gouvernement de la Région de Bruxelles-Capitale du 21 mars 2018 portant le statut administratif et pécuniaire des agents des services publics régionaux de Bruxelles et de l'arrêté du Gouvernement de la Région de Bruxelles-Capitale du 21 mars 2018 portant le statut administratif et pécuniaire des agents des organismes d'intérêt public de la Région Bruxelles-Capitale concernant la sélection et évaluation des mandataires » et particulièrement sa note de bas de page n° 2 selon laquelle :

« Tel est le cas de l'avis du Conseil de gestion d'Actiris, conformément à l'article 18 de l'ordonnance du 18 janvier 2001 'portant organisation et fonctionnement de l'Office régional bruxellois de l'emploi'. Voir, en ce sens, l'avis 74.434/4 donné le 4 octobre 2023 sur un projet devenu l'arrêté du Gouvernement de la Région de Bruxelles-Capitale du 9 novembre 2023 'portant modification (1) de l'arrêté du Gouvernement de la Région de Bruxelles-Capitale du 21 mars 2018 portant le statut administratif et pécuniaire des agents des services publics régionaux de Bruxelles, (2) de l'arrêté du Gouvernement de la Région de Bruxelles-Capitale du 21 mars 2018 relatif à la situation administrative et pécuniaire des membres du personnel contractuel des services publics régionaux de Bruxelles, (3) de l'arrêté du Gouvernement de la Région de Bruxelles-Capitale du 21 mars 2018 portant le statut administratif et pécuniaire des agents des organismes d'intérêt public de la Région Bruxelles-Capitale et (4) de l'arrêté du Gouvernement de la Région de Bruxelles-Capitale du 21 mars 2018 relatif à la situation administrative et pécuniaire des membres du personnel contractuel des organismes d'intérêt public de la Région Bruxelles-Capitale' ».

La même observation vaut pour les articles 4, 6, 7, 9, 12 et 14.

Article 3

1. Interrogée sur la pertinence d'avoir égard à la répartition par genre au niveau précédent, ce qui pourrait par exemple aboutir à privilégier un candidat du genre le plus représenté au sein du rang en cause parce que ce genre est moins représenté au niveau précédent et ce alors que le dispositif vise à assurer « une représentation du genre minoritaire à ce rang », la déléguée du Ministre a indiqué ce qui suit :

« Le texte approuvé en première lecture prévoyait que 'Chaque promotion au rang suivant assure, en cas d'égalité entre les candidats, une représentation du sexe minoritaire à ce rang au moins égale à ce qu'elle est au niveau ou au rang précédent.' »

Cependant, lors de la présentation du texte en comité de négociation du Secteur XV, les syndicats ont soulevé des questions sur la praticabilité de ces articles relatifs aux promotions par rapport à l'égalité et ont demandé pourquoi ne pas assurer l'égalité à un niveau plus global.

Pour pouvoir respecter la Résolution et répondre aux demandes des syndicats, nous avons remplacé 'niveau ou rang précédent' par 'niveau précédent' mais cette nouvelle proposition paraît en effet moins pertinente si nous prenons en compte les autres exigences à respecter dans le cadre d'une procédure de promotion telle que le respect des lois sur l'emploi des langues en matière administrative, coordonnées le 18 juillet 1966. Le respect de ces lois doit en effet être contrôlé en tenant compte du rang en cause et non du niveau précédent ».

Le dispositif sera réexaminé et le cas échéant revu pour faire en sorte que celui-ci identifie le stade le plus pertinent afin d'apprécier la répartition par genre, en tenant compte de la volonté d'assurer une égalité à un niveau plus global, tout en veillant à la praticabilité du mécanisme.

La même observation vaut pour les articles 5, 8 et 10.

2. Interrogée sur l'identification des deux genres visés à l'article 90, § 4, 2°, en projet, la déléguée du Ministre a précisé qu'il s'agissait des genres « M » et « F ». Le dispositif sera revu afin de le préciser.

Article 11

1. De l'accord de la déléguée du Ministre, au a), les mots « ou son délégué » seront ajoutés après les mots « peuvent assister le fonctionnaire général ».

2. Le dispositif en projet consacre l'existence de jurys composés de deux membres et prévoit, dans cette hypothèse, que les décisions sont prises au consensus. La section de législation attire l'attention de l'auteur du projet sur les difficultés qu'une composition à deux membres est de nature à susciter pour la bonne suite de la procédure, dans l'hypothèse où ces deux personnes seraient en désaccord ¹⁶.

Chapitre 4

Dans la version française de l'intitulé du chapitre 4 du titre 1, les mots « du 21 mars 2018 » seront ajoutés avant le mot « relatif ».

Article 13

Dans la phrase liminaire, les mots « du 21 mars 2018 » seront ajoutés avant le mot « relatif ».

Article 15

Dans la phrase liminaire, il sera fait mention de « l'article 49, alinéa 2, » et non de « l'article 49 alinéa 3 ».

Une observation analogue vaut pour l'article 17.

Article 23

1. À l'article 194, alinéa 1^{er}, 3^o/1, en projet, la déléguée du Ministre a précisé que les mots « agent féminin » désignent la personne qui a biologiquement porté l'enfant. Dans un souci de sécurité juridique, puisque l'arrêté du Gouvernement de la Région de Bruxelles-Capitale du 21 mars 2018 'portant le statut administratif et pécuniaire des agents des services publics régionaux de Bruxelles' en projet consacre la notion de genre, le mot « féminin » sera omis et, par souci de cohérence, les mots « de la conjointe » seront remplacés par les mots « du conjoint ».

La même observation vaut pour l'article 25.

2. Les motifs pour lesquels le congé prévu à l'article 194, alinéa 1^{er}, 3^o/1, en projet n'est octroyé qu'à la condition que l'agent ait procédé à une déclaration préalable de grossesse n'apparaissent pas. L'auteur du projet doit pouvoir faire valoir un motif admissible en vue de justifier qu'une attestation médicale postérieure à la perte de grossesse ne permette pas d'obtenir le congé visé. À défaut, cette exigence de déclaration préalable sera omise.

¹⁶ Voir dans le même sens l'avis 62.721/4 donné le 12 février 2018 sur un projet devenu l'arrêté du Gouvernement de la Région de Bruxelles-Capitale du 21 mars 2018 'portant le statut administratif et pécuniaire des agents des organismes d'intérêt public de la Région Bruxelles-Capitale'.

La même observation vaut pour l'article 25.

3. Le c) a pour objectif d'élargir le groupe de personnes proches dont le décès entraîne l'octroi d'un congé de deuil.

Pour atteindre cet objectif, l'article 194, alinéa 1^{er}, en projet vise des catégories de personnes qui, par leur caractère restrictif, peuvent entraîner une différence de traitement à l'égard des agents pour lesquels le décès d'autres catégories de proches comparables ne serait pas pris en compte en vue d'octroyer le congé de deuil ¹⁷.

Par exemple, s'agissant de viser le « second mari de la mère » ou la « seconde femme du père », la disposition a pour effet d'exclure l'hypothèse d'un mariage subséquent à la deuxième union du parent concerné alors que l'objectif semble être d'accorder un congé de deuil à l'enfant lorsque décède l'époux actuel du parent en question.

S'agissant de viser le « mari de la mère » ou la « femme du père », la disposition a également pour effet d'exclure de cette catégorie l'hypothèse dans laquelle le père ou la mère concernés seraient liés à la personne décédée non par les liens du mariage mais par d'autres formes de vie commune choisies par le couple, telles que la cohabitation légale.

De la même manière, s'agissant de viser le « second mari de la mère » ou la « seconde femme du père », la disposition a pour effet d'exclure les relations entre personnes de même sexe.

Le dispositif sera revu à la lumière de cette observation, qui vaut également pour l'article 25, c).

4. Les b), d) et i) élargissent également le groupe de personnes dont le décès entraîne l'octroi d'un congé de deuil, en visant l'enfant placé dans une famille d'accueil ainsi que certains membres de la famille d'accueil. Un congé de dix jours ou d'un jour est octroyé selon que le placement familial était de longue durée ou de courte durée.

Le « placement familial de longue durée », tel que défini par l'article 2, § 1^{er}, 16°, en projet, inséré par l'article 22 du projet, vise le « placement à propos duquel il est clair dès le début que l'enfant séjournera au minimum six mois au sein de la même famille d'accueil ».

La question se pose de savoir si la différence de durée du congé de deuil découlant de cette définition constitue un critère pertinent au regard de l'objectif poursuivi par la mesure, dès lors que dans les situations où l'enfant a séjourné plus de six mois dans une famille d'accueil, sans qu'il soit « clair dès le début » que ce placement serait d'une durée de minimum six mois, le congé de deuil sera d'un jour et non de dix jours, alors même que la durée de la relation motivant l'octroi du congé de deuil serait identique.

¹⁷ Voir en ce sens l'avis 77.057/2.

Le dispositif sera réexaminé et, le cas échéant, revu à la lumière de cette observation.

La même observation vaut pour l'article 25, b), d) et i), du projet, compte tenu de la définition insérée par l'article 24 du projet.

*

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 ontwerp, de bevoegdheid van de steller van de handeling en de te vervullen voorafgaande vormvereisten.

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

VOORAFGAANDE OPMERKING

Rekening houdend met het ogenblik waarop dit advies wordt gegeven, vestigt de afdeling Wetgeving de aandacht erop dat de verkiezingen van 9 juni 2024 tot gevolg hebben dat de regering sedert die datum niet over de volheid van haar bevoegdheid beschikt.

In die omstandigheden is de bevoegdheid van een regering, ongeacht of ze al dan niet haar ontslag ingediend heeft, beperkt tot het afhandelen van de lopende zaken, en dit tot aan de verkiezing van de volgende regering.¹

Op een vraag met betrekking tot de bevoegdheid van de regering om het ontwerpbesluit vast te stellen tijdens de periode van lopende zaken, heeft de gemachtigde van de minister het volgende geantwoord:

“Le projet en question a été initié par un Gouvernement de plein exercice, qui l’a approuvé en première lecture le 30 mai 2024. Nous avons jugé approprié de poursuivre sa mise en œuvre, en particulier parce que la partie relative au ‘congé de deuil’ répond à une demande récurrente des syndicats. Ceux-ci soulignent depuis longtemps que les agents de la fonction publique bruxelloise ne bénéficient pas des mêmes congés que ceux instaurés en 2021 dans le secteur privé et au sein de la fonction publique fédérale.

Par conséquent, rien ne justifie à priori de retarder la mise en œuvre du congé de deuil dans la mesure où d’autres niveaux de pouvoir l’ont déjà rendu applicable.”

¹ Zie advies 50.838/2/VR van 8 januari 2013 over een voorstel van bijzonder decreet “relatif à l’exercice des affaires courantes en Région wallonne” en over een amendement, *Parl.St.* W.Parl. 2010-11, nr. 317/3, 2-5.

Aldus beroept de minister zich op de regeling die geldt voor de categorie van zaken die de normale voortzetting vormen van een procedure die regelmatig is ingezet. Wat betreft die categorie oordeelt de afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State

“dat wat betreft de zaken die het normale verloop vormen van een procedure die regelmatig is ingezet vóór de periode van de lopende zaken, een procedure gevolgd moet zijn die beantwoordt aan heel precieze voorwaarden: ze moet ruim vóór de kritieke periode ingezet zijn, zonder overhaasting zijn verlopen en de beleidsvraagstukken die op bestuurlijk vlak eventueel gerezen zijn, moeten vóór die kritieke periode opgelost zijn; dat, indien aan die voorwaarden is voldaan, dergelijke zaken als “lopende zaken” worden beschouwd, wat de reden is waarom, wat die zaken betreft, gesproken wordt van lopende zaken *sensu stricto*; dat ook dient te worden nagegaan of de zaak (of de afhandeling ervan) geen belangrijke beleidskeuzes inhoudt waardoor ze onder de categorie “regeringszaken” zou vallen”.²

De afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State heeft in haar vernietigingsarrest nr. 259.078 van 8 maart 2024³ benadrukt dat de volgende zaken niet tot de categorie “lopende zaken” behoren:

“les affaires dont le traitement donne lieu à des choix politiques importants, c’est-à-dire des affaires qui impliquent des options dont l’importance sur le plan de la politique générale est par essence telle que ces affaires ne pourraient être décidées que par un gouvernement qui a l’appui du parlement et qui risque de perdre cet appui en raison de la décision qu’il a prise.

(...)

(...) la réflexion menée à un niveau administratif sur l’élaboration d’un texte, et l’identification des options privilégiées à ce niveau, ne peuvent suffire à considérer que les questions politiques ont été résolues. De manière générale, l’existence d’un choix politique ne peut être constatée que lorsque l’autorité politique soumise au contrôle du parlement a, d’une manière ou d’une autre, elle-même clarifié sa position, par exemple en transmettant officiellement un arrêté en projet à une autorité ou à un organe consultatif compétent pour l’examiner.”

Hoewel de ontworpen tekst effectief in eerste lezing aangenomen is vóór de verkiezingen van 9 juni 2024, blijkt uit de documenten die aan de afdeling Wetgeving zijn bezorgd dat het ontwerpbesluit nog vóór het in tweede lezing is goedgekeurd, wijzigingen heeft ondergaan die niet louter vormelijk zijn. Er wordt inzonderheid benadrukt dat artikel 3 gewijzigd is, zodat er niet langer sprake zou zijn van “geslacht”, maar van “gender”, alsook om enkel nog te voorzien in een minimale vertegenwoordiging van het minderheidsgender per niveau en niet meer per niveau of per rang. De bepalingen van de hoofdstukken 3 en 4, van titel 1, van het ontworpen besluit zijn toegevoegd na de eerste lezing. De bepalingen betreffende het rouwverlof zijn eveneens gewijzigd, meer bepaald om daarin een verplichting op te nemen tot voorafgaande aangifte van zwangerschap, welke verplichting niet was opgenomen in de tekst die in eerste lezing is aangenomen.

² RvS (VIIIe k.) 17 mei 2016, nr. 234.747, de Crombrugge de Picquendaele.

³ RvS (VIe k.) 8 maart 2024, nr. 259.078, vzw Association des généralistes de la région des Fagnes.

Uit het voorgaande kan worden afgeleid dat er nog beleidskeuzes gemaakt zijn na de verkiezingen van 9 juni 2024. Ingevolge die vaststelling zal het ontwerp enkel aangenomen kunnen worden door de nieuw door het Brussels Hoofdstedelijk Parlement gekozen regering.⁴

ALGEMENE OPMERKINGEN

1. Zoals meer bepaald blijkt uit de overweging in de aanhef, strekt de ontworpen tekst ertoe concrete invulling te geven aan een aantal elementen van de resolutie “ertoe strekkende de gewestelijke openbare diensten te vervrouwelijken”, welke resolutie op 1 juli 2022 door het Brussels Hoofdstedelijk Parlement is aangenomen.

In die resolutie werd de Brusselse Hoofdstedelijke Regering onder andere het volgende gevraagd:

– in het besluit van de Brusselse Hoofdstedelijke Regering van 21 maart 2018 houdende het administratief statuut en de bezoldigingsregeling van de ambtenaren van de gewestelijke overheidsdiensten van Brussel en in het besluit van de Brusselse Hoofdstedelijke Regering houdende het administratief statuut en de bezoldigingsregeling van de ambtenaren van de instellingen van openbaar nut van het Brussels Hoofdstedelijk Gewest de verplichting op te nemen om bij elke bevordering tot de volgende graad te zorgen voor een vertegenwoordiging van het minderheidsgeslacht in deze graad die minstens gelijk is aan die van het vorige niveau;

– voor het overige, in het besluit van de Brusselse Hoofdstedelijke Regering van 21 maart 2018 houdende het administratief statuut en de bezoldigingsregeling van de ambtenaren van de gewestelijke overheidsdiensten van Brussel en in het besluit van de Brusselse Hoofdstedelijke Regering houdende het administratief statuut en de bezoldigingsregeling van de ambtenaren van de instellingen van openbaar nut van het Brussels Hoofdstedelijk Gewest de verplichting op te nemen om bij de hernieuwing van de mandaathoudende ambtenaren-generaal de pariteit tussen mannen en vrouwen in acht te nemen (met een maximumverschil van 40/60 procent);

– te voorzien in de invoering van afwijkingen van de vorige bepalingen wanneer het aantal kandidaten van beide geslachten [ontoereikend] is of wanneer personen die hun genderidentiteit niet als « M » of « V » ervaren, kandidaat zijn”.⁵

2.1. Titel 1 van de ontworpen tekst bevat verschillende dispositieven waarin telkens sprake is van “gender” en niet van “geslacht” en waarbij de bestaande verwijzingen naar “geslacht” vervangen worden door een verwijzing naar “gender”.

⁴ Zie in diezelfde zin advies 77.084/4 van 23 oktober 2024 over een ontwerpbesluit van de Brusselse Hoofdstedelijke Regering “houdende wijziging van het besluit van de Brusselse Hoofdstedelijke Regering van 21 maart 2018 houdende het administratief statuut en de bezoldigingsregeling van de ambtenaren van de gewestelijke overheidsdiensten van Brussel”.

⁵ *Parl.St. Br.Parl.* 2021-22, A-556/2, 5.

2.2. Op de vraag wat bedoeld wordt met het begrip “gender” in de zin van het ontwerpbesluit, heeft de gemachtigde van de minister het volgende geantwoord:

“Dans le cadre du projet de texte, ‘le genre n’est pas nécessairement défini par le sexe biologique en effet, le genre d’une personne peut correspondre ou non à son sexe biologique. Le genre est plus une question d’identité et de ressenti personnel. Des personnes peuvent s’identifier comme hommes, femmes ou transgenres, tandis que certaines se retrouvent dans d’autres catégories, d’autres encore dans aucune de ces catégories (dites ‘indéterminées’/ ‘non spécifiées’). Les personnes qui ne s’identifient pas comme hommes ou femmes sont souvent regroupées sous les termes généraux ‘non-binaires’ ou ‘genderqueer’ ; mais, en réalité, l’éventail des identifications en termes de genre est illimité’ (Source : Conseil de l’Europe : Sexe et genre - Questions de genre).

Ainsi, dans le cadre de ce texte, le genre est organisé en trois catégories F (femme), M (homme) ou X (autres).

À titre d’information, Bruxelles Fonction Publique utilise déjà cette classification déjà depuis plusieurs années dans le cadre des recrutements et engagements.”

Er dient in het algemeen opgemerkt te worden dat de verwijzing naar “gender” in de plaats van naar “geslacht” in het ontworpen dispositief heel wat theoretische en praktische vragen kan doen rijzen.⁶ Het verdient aanbeveling in een verslag aan de regering een antwoord te geven op die vragen.

Daar waar het begrip “geslacht” een binaire indeling inhoudt tussen “mannen” en “vrouwen”, zorgt het begrip “gender”, zoals het hiervoor nader toegelicht is, immers enerzijds voor een drievoudige juridische indeling van personen (mannelijk, vrouwelijk en overig), en anderzijds voor een zekere variabiliteit van de drie voornoemde categorieën, aangezien de genderidentiteit fluïde is, hetgeen voortvloeit uit het recht op zelfbeschikking, een onderdeel van het recht op eerbiediging van het privé- en het gezinsleven,⁷ zoals het Grondwettelijk Hof geoordeeld heeft in zijn arrest nr. 99/2019 van 19 juni 2019.⁸

⁶ Voor een overzicht van die moeilijkheden in kiesrechtzaken, zie É. CROSSET DECHANY, “Égalité et genre en politique. L’avenir incertain des actions positives en matière électorale”, *Rev. trim. dr. h.*, 2023, 721-746.

⁷ EHRM 6 april 2017, *arrest A.P., Garçon et Nicot t. Frankrijk*, § 93; GwH 19 juni 2019, nr. 99/2019, B.6.5. en B.6.6.

⁸ Het Hof heeft in dat arrest het volgende geoordeeld: “De omstandigheid dat de Grondwet, door middel van de artikelen 10, derde lid, en 11bis, een bijzonder belang toekent aan de gelijkheid tussen vrouwen en mannen, brengt (...) niet met zich mee dat de categorieën van man of vrouw als een uitgangspunt van de Belgische grondwettelijke orde kunnen worden aanzien, en verhindert evenmin dat maatregelen worden genomen die tot doel hebben verschillen in behandeling op basis van een niet-binaire genderidentiteit te bestrijden.

In het licht van die overwegingen is het niet redelijk verantwoord dat personen met een niet-binaire genderidentiteit, in tegenstelling tot personen met een binaire genderidentiteit, worden verplicht een registratie in hun geboorteakte te aanvaarden die niet in overeenstemming is met hun genderidentiteit.

Bijgevolg bevat de bestreden wet, door de aanpassing van de registratie van het geslacht in de akte van geboorte te beperken tot een binaire keuze, een lacune, die het gelijkheidsbeginsel, in samenhang gelezen met het recht op zelfbeschikking, schendt.” (B.6.6)

Wat de noodzaak betreft om rekening te houden met personen van wie de genderidentiteit fluïde is, zie advies 69.404/2 van 9 juni 2021 over een voorontwerp van decreet van de Franse Gemeenschap “modifiant le décret du 7 février 2019 définissant la formation initiale des enseignants”, opmerking 5 met betrekking tot het ontworpen artikel 2 : “Il s’en déduit que la conception non binaire du genre doit également être prise en compte pour définir la notion de genre”; advies 71.827/3 van 14 november 2022 over voorstel van bijzondere wet “tot wijziging van de bijzondere wet van 6 januari 1989 op het Grondwettelijk Hof, teneinde deze instelling te depolitiseren en de gendergelijke samenstelling ervan te waarborgen”, *Parl.St.* Kamer 2019-20, nr. 55-0949/003, 3-12, opmerking 4.

2.3. Wat vooreerst de omstandigheid betreft dat in de ontworpen dispositieven voortaan drie categorieën bedoeld worden in de plaats van twee met de verwijzing naar het “geslacht”, die gewoonlijk gebezigd wordt in maatregelen van positieve actie, rijst de vraag hoe dergelijke regelingen ten uitvoer moeten worden gelegd in het licht van de voorwaarden waaronder maatregelen van positieve actie aanvaardbaar zijn.

Op de vraag of het ontwerpbesluit voldoet aan de voorwaarden die gelden voor positieve acties en die genoemd worden in artikel 16 van het Brussels Wetboek inzake de gelijkheid, de non-discriminatie en de bevordering van diversiteit, heeft de gemachtigde van de minister geantwoord dat het ontwerpbesluit niet voorziet in de invoering van een regeling van positieve actie en dat soortgelijke bepalingen reeds opgenomen zijn in de onderscheiden besluiten die gewijzigd worden.

Het klopt dat een aantal bepalingen die bij het ontwerpbesluit worden gewijzigd reeds in soortgelijke regelingen voorzagen waarbij niet naar “gender”, maar wel naar “geslacht” werd verwezen. Die regelingen vormen echter positieve acties en zijn ook als dusdanig opgevat door de afdeling Wetgeving toen haar de ontwerpen zijn voorgelegd die de invoering ervan beoogden.⁹

Het staat dan ook vast dat de artikelen 1, 6, 11, 12, 13 en 14 van het ontwerp, die voorzien in een nieuwe verplichte vertegenwoordiging op basis van gender, net zoals de artikelen 2, 3, 4, 5, 7, 8, 9 en 10 die voorzien in een wijziging van de bestaande regelingen, waarbij niet meer naar “geslacht” maar naar “gender” wordt verwezen, regelingen van positieve actie invoeren.

Wat de maatregelen van positieve actie betreft heeft de afdeling Wetgeving in advies 77.057/2 van 8 november 2024 gesteld dat:

“eraan herinnerd (dient) te worden dat artikel 16 van het Brussels Wetboek inzake de gelijkheid, de non discriminatie en de bevordering van diversiteit¹⁰, dat in werking getreden is op 16 oktober 2024, als volgt luidt:

‘Art. 16. § 1. Een onderscheid op grond van één of meerdere beschermde criteria geeft nooit aanleiding tot de vaststelling van enige vorm van directe, indirecte of intersectionele discriminatie, noch van een opdracht tot discriminatie wanneer dit onderscheid een maatregel van positieve actie inhoudt die is aangenomen met inachtneming van het door de gewestregering, het College en het Verenigd College gezamenlijk vastgestelde regelgevingskader.

§ 2. Het regelgevingskader zoals bedoeld in § 1 moet de volgende cumulatieve voorwaarden naleven en uitvoeren:

1° er moet een kennelijke ongelijkheid zijn;

⁹ Zie advies 62.722/4 van 12 februari 2018 over een ontwerp dat geleid heeft tot het besluit van de Brusselse Hoofdstedelijke Regering van 21 maart 2018 ‘houdende het administratief statuut en de bezoldigingsregeling van de ambtenaren van de gewestelijke overheidsdiensten van Brussel’ en ook advies 62.721/4 van 12 februari 2018 over een ontwerp dat geleid heeft tot het besluit van de Brusselse Hoofdstedelijke Regering van 21 maart 2018 ‘houdende het administratief statuut en de bezoldigingsregeling van de ambtenaren van de instellingen van openbaar nut van het Brussels Hoofdstedelijk Gewest’.

¹⁰ Voetnoot 12 van het geciteerde advies: Het Brussels Wetboek inzake de gelijkheid, de non-discriminatie en de bevordering van diversiteit is krachtens de artikelen 5, 32°, en 6 ervan van toepassing op de DBDMH.

2° het verdwijnen van deze ongelijkheid moet worden aangewezen als een te bevorderen doelstelling;

3° de maatregel van positieve actie moet van tijdelijke aard zijn en van die aard zijn dat hij verdwijnt zodra de beoogde doelstelling is bereikt;

4° de maatregel van positieve actie mag andermans rechten niet onnodig beperken.

§ 3. Zolang het in §§ 1 en 2 bedoelde regelgevingskader niet is aangenomen, kunnen de positieve acties worden uitgevoerd met inachtneming van de vier voorwaarden zoals bedoeld in § 2. In dat geval, moet de auteur van de positieve actie uitdrukkelijk uitleggen, bij de uitvoering van de positieve actie, hoe deze actie elk van de vier voorwaarden naleeft en uitvoert.’

Over een soortgelijke bepaling heeft de afdeling Wetgeving in dat verband de volgende opmerking gemaakt in haar advies 73.645/2 van 25 mei 2023 over een ontwerp dat geleid heeft tot het besluit van de Brusselse Hoofdstedelijke Regering van 13 juli 2023 ‘tot wijziging van het besluit van de Brusselse Hoofdstedelijke Regering van 24 augustus 2017 houdende het administratief statuut en de bezoldigingsregeling van het operationeel personeel van de Dienst voor Brandbestrijding en Dringende Medische Hulp’:

‘In advies 49.473/AV van 26 april 2011 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’ heeft de algemene vergadering van de afdeling Wetgeving de volgende opmerking gemaakt:

‘7. De regeling die in het wetsvoorstel naar voren wordt geschoven, dient dan ook beoordeeld te worden in het licht van de voorwaarden die het Grondwettelijk Hof gesteld heeft in verband met de verenigbaarheid van een maatregel van ‘positieve actie’ met het beginsel van gelijkheid en niet-discriminatie:

‘B.22.2. Een maatregel van positieve actie kan 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 die aard dat hij verdwijnt zodra de beoogde doelstelling is bereikt;

(4) 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).

B.22.3. In het verleden heeft het Hof aanvaard dat de wetgever maatregelen van positieve actie neemt indien zij juist ertoe strekken een bestaande ongelijkheid te verhelpen. Toch moeten dergelijke “corrigerende ongelijkheden”, om bestaanbaar te zijn met het beginsel van gelijkheid en niet-discriminatie, slechts in die gevallen worden toegepast waarin een kennelijke ongelijkheid blijkt, moet het verdwijnen van die ongelijkheid als een te bevorderen doelstelling worden aangewezen, moeten de maatregelen van tijdelijke aard zijn en verdwijnen wanneer het door de wetgever beoogde doel eenmaal is bereikt en mogen zij niet onnodig andermans rechten beperken (arrest nr. 9/94 van 27 januari 1994, B.6.2; arrest nr. 42/97 van 14 juli 1997, B 20; arrest nr. 157/2004 van 6 oktober 2004, B.79).

(...)

B.23.1. Artikel 10, derde lid, van de Grondwet bepaalt dat de gelijkheid van mannen en vrouwen is gewaarborgd. Krachtens artikel 11*bis*, eerste lid, van de Grondwet waarborgen de wet, het decreet of de in artikel 134 van de Grondwet bedoelde regel voor mannen en vrouwen de gelijke uitoefening van hun rechten en vrijheden.

Die bepalingen nopen de wetgevers tot bijzondere voorzichtigheid wanneer zij een verschil in behandeling invoeren of toestaan op grond van het geslacht.

B.23.2. Door maatregelen van positieve actie aan de voormelde criteria te onderwerpen, heeft de wetgever een bijzonder nauwlettend toezicht op die maatregelen mogelijk gemaakt dat de rechter in staat stelt om in elk concreet geval na te gaan of aan het fundamentele beginsel van de gelijkheid van de geslachten afbreuk wordt gedaan'.¹¹

(...)

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 geslacht (...);

– 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 vergelijken (...), en het naleven van deze verplichting moet blijken uit de motivering van de akte van benoeming.

(...)

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.

¹¹ Voetnoot 13 van het geciteerde advies: Voetnoot 4 van het geciteerde advies: Voetnoot 9 van het geciteerde advies: Grondwettelijk Hof, arrest 17/2009 van 12 februari 2009.

15. Aldus heeft het HvJEU in het arrest Badeck het volgende geoordeeld¹²:

‘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’ (...).

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’ (...).¹³

Die opmerking kan *in casu* herhaald worden. De steller van het ontwerp dient erop toe te zien dat de ontworpen maatregelen gerechtvaardigd worden in het licht van de aldus uiteengezette criteria.

Bovendien wordt de steller van het ontwerp er opmerkzaam op gemaakt dat, gelet op de logica van het ontwerp, het er *in casu* om gaat die criteria toe te passen op preferentiële maatregelen die bedoeld zijn om de gelijkheid van individuen niet in functie van hun “geslacht” (mannelijk of vrouwelijk) te bevorderen, maar in functie van hun “gender” (“vrouwen”, “mannen” of “overig”), zoals eerder reeds uitdrukkelijk werd gesteld. In dat verband rijst dan ook de vraag wat de uiteindelijke doelstelling is wat betreft die gendercategorieën en hoe het zit met het tijdelijke karakter van de ingevoerde maatregelen, wanneer het nagestreefde doel *in casu* zal zijn bereikt.

2.4. Wat vervolgens de wijze betreft waarop het gender van de kandidaten of van de leden van de selectiecommissies bepaald moet worden, dient er eveneens aan herinnerd te worden dat de identiteitskaart bij de huidige stand van het recht, aangezien de federale wetgever niets ondernomen heeft na het arrest nr. 99/2019 van het Grondwettelijk Hof d.d. 19 juni 2019, enkel het geslacht “V” en het geslacht “M”, maar niet het gender vermeldt.

¹² Voetnoot 14 van het geciteerde advies: Voetnoot 5 van het geciteerde advies: HvJ 28 maart 2000, C 158/97, *Badeck e.a.*; zie eveneens over deze thematiek: HvJ 6 juli 2000, C 407/98, *Katarina Abrahamsson en Leif Anderson v. Elisabet Fogelqvist*.

¹³ Advies 77.057/2 van 8 november 2024 over een ontwerp van besluit van de Brusselse Hoofdstedelijke Regering “tot wijziging van het besluit van de Brusselse Hoofdstedelijke Regering van 24 augustus 2017 houdende het administratief statuut en de bezoldigingsregeling van het operationeel personeel van de Dienst voor Brandweer en Dringende Medische Hulp”.

Op de vraag hoe het gender van de kandidaten of van de leden van de selectiecommissies bepaald moet worden, heeft de gemachtigde van de minister het volgende geantwoord:

“[I]l s’agit d’avoir égard aux informations reprises sur la carte d’identité.

Cela se fera de deux manières en attendant que le législateur fédéral répare la lacune constatée par la Cour constitutionnelle dans son arrêt 99/2019:

– Déclaration *a priori* la personne fournit son document légal (= carte d’identité) et déclare elle-même qu’elle est d’accord ou pas avec le genre repris sur sa carte d’identité. Si elle n’est pas d’accord avec celui-ci, elle nous informe sur le genre qu’elle souhaite que nous lui appliquions.

– Déclaration *a posteriori* (exemple la personne ne s’est pas déclarée au moment du recrutement) la personne fournit son document légal mais ne fait aucune déclaration. Bruxelles Fonction Publique interrogera la personne pour savoir si elle confirme que son genre est le même que celui mentionné sur sa carte d’identité.”

Uit de voorgaande antwoorden blijkt dat de ontworpen tekst toestaat om, voor de toepassing van de ontworpen regeling, het gender zelf te bepalen via een verklaring *a priori* of *a posteriori* die het op de identiteitskaart vermelde geslacht al dan niet valideert als het gender waartoe de persoon al dan niet wenst te behoren. Een dergelijke benadering houdt rekening met één van de intrinsieke kenmerken van de genderidentiteit, namelijk dat die fluïde is.

De steller van de tekst wordt evenwel gewezen op de praktische moeilijkheden die een dergelijke intrinsiek omkeerbare en variabele verklaring zou kunnen opleveren met het oog op de toepassing van de maatregelen die in het kader van een selectieprocedure zijn ingevoerd. Met name rijst de vraag of, wat die verklaring betreft, niet tevens in een aantal toepassingsmodaliteiten zou moeten worden voorzien (in het bijzonder met betrekking tot de gevolgen ervan voor de eerder ingezette en nog lopende procedures) om te waarborgen dat die verklaring niet beïnvloed zou kunnen worden door een mogelijk voordeel dat uit de concrete toepassing van de ontworpen maatregelen zou voortvloeien.

2.5. Het ontworpen besluit moet in het licht van deze opmerkingen opnieuw onderzocht en, in voorkomend geval, herzien worden.

3. Op de vraag waarom het begrip “geslacht” behouden werd in de artikelen 446, 453 en 463 van het besluit van de Brusselse Hoofdstedelijke Regering van 21 maart 2018 ‘houdende het administratief statuut en de bezoldigingsregeling van de ambtenaren van de gewestelijke overheidsdiensten van Brussel’ die betrekking hebben op de mandaathouders, heeft de gemachtigde van de minister het volgende geantwoord:

“Une proposition d’adaptation de ces articles serait intégrée dans le cadre du projet d’arrêté relatif aux mandataires.”

Daarvan wordt akte genomen.

4. In de inleidende zin van een wijzigingsbepaling dient melding gemaakt te worden van de nog geldende wijzigingen die aangebracht zijn in de bepaling die gewijzigd wordt, of op zijn minst van de laatste van die wijzigingen indien het om talrijke wijzigingen gaat.¹⁴

Deze opmerking geldt ook voor de artikelen 1, 6, 15, 17, 20, 21, 22, 23, 24 en 25.

BIJZONDERE OPMERKINGEN

AANHEF

1. In het zesde lid dient niet verwezen te worden naar artikel 23, derde lid, van de ordonnantie van 18 januari 2001 ‘houdende organisatie en werking van Actiris’, aangezien deze bepaling geen rechtsgrond verleent aan het ontwerp.

2. In het achtste lid moet vermeld worden dat artikel 40 vervangen is bij de ordonnantie van 11 juli 2013.

3. In een aanhefverwijzing horen enkel verplichte voorafgaande vormvereisten vermeld te worden. Facultatieve vormvereisten kunnen vermeld worden in overwegingen. Het vijftiende tot het zeventiende lid moeten dienovereenkomstig herzien worden.¹⁵

4. Zoals de gemachtigde van de minister bevestigt, heeft het beheerscomité van Actiris geen advies uitgebracht binnen de voorgeschreven termijn. Het vijftiende lid moet dienovereenkomstig herzien worden.

¹⁴ *Beginnelen van de wetgevingstechniek - Handleiding voor het opstellen van wetgevende en reglementaire teksten*, www.raadvst-consetat.be, tab “Wetgevingstechniek”, aanbeveling 114.

¹⁵ Zie advies 76.764/4 van 10 juli 2024 over een ontwerp van besluit van de Brusselse Hoofdstedelijke Regering “tot wijziging van het besluit van de Brusselse Hoofdstedelijke Regering van 21 maart 2018 houdende het administratief statuut en de bezoldigingsregeling van de ambtenaren van de gewestelijke overheidsdiensten van Brussel, en van het besluit van de Brusselse Hoofdstedelijke Regering van 21 maart 2018 houdende het administratief statuut en de bezoldigingsregeling van de ambtenaren van de instellingen van openbaar nut van het Brussels Hoofdstedelijk Gewest, betreffende de selectie en evaluatie van mandaathouders” en in het bijzonder voetnoot 2, die als volgt luidt: “Dat geldt voor het advies van het beheerscomité van Actiris, overeenkomstig artikel 18 van de ordonnantie van 18 januari 2001 ‘houdende organisatie en werking van Actiris’. Zie in die zin advies 74.434/4 van 4 oktober 2023 over een ontwerp dat heeft geleid tot het besluit van de Brusselse Hoofdstedelijke Regering van 9 november 2023 ‘tot wijziging van (1) het besluit van de Brusselse Hoofdstedelijke Regering van 21 maart 2018 houdende het administratief statuut en de bezoldigingsregeling van de ambtenaren van de gewestelijke overheidsdiensten van Brussel, (2) van het besluit van de Brusselse Hoofdstedelijke Regering van 21 maart 2018 betreffende de rechtspositie en de bezoldigingsregeling van de contractuele personeelsleden van de gewestelijke overheidsdiensten van Brussel, (3) van het besluit van de Brusselse Hoofdstedelijke Regering van 21 maart 2018 houdende het administratief statuut en de bezoldigingsregeling van de ambtenaren van de instellingen van openbaar nut van het Brussels Hoofdstedelijk Gewest en (4) van het besluit van de Brusselse Hoofdstedelijke Regering van 21 maart 2018 betreffende de rechtspositie en de bezoldigingsregeling van de contractuele personeelsleden van de instellingen van openbaar nut van het Brussels Hoofdstedelijk Gewest’.”

5. Het besluit van de Brusselse Hoofdstedelijke Regering van 21 maart 2018 ‘betreffende de rechtspositie en de bezoldigingsregeling van de contractuele personeelsleden van de gewestelijke overheidsdiensten van Brussel’ en het besluit van de Brusselse Hoofdstedelijke Regering van 21 maart 2018 ‘betreffende de rechtspositie en de bezoldigingsregeling van de contractuele personeelsleden van de instellingen van openbaar nut van het Brussels Hoofdstedelijk Gewest’ worden gewijzigd bij het ontworpen besluit. Ze moeten in de aanhef vermeld worden in de vorm van een aanhefverwijzing.

DISPOSITIEF

Titels 1 en 2

De opschriften van de titels 1 en 2 stemmen niet overeen met de inhoud van deze titels en moeten herzien worden.

Artikel 1

Het ontworpen artikel 39 voorziet in een genderwisseling bij het voorzitterschap van de selectiecommissies voor vergelijkende selecties. De afdeling Wetgeving wijst de steller van het ontwerp op de moeilijkheden die een dergelijke maatregel zou kunnen opleveren. Naast het feit dat in het ontworpen dispositief drie genders worden vastgelegd en niet wordt vermeld hoe ervoor gezorgd moet worden dat die wisseling plaatsvindt, veronderstelt een dergelijke verplichting dat de overheid telkens zou moeten kunnen bewijzen, met name in geval van betwisting, dat de wisseling ten opzichte van de vorige selectiecommissie correct gebeurd is.

Dezelfde opmerking geldt voor de artikelen 4, 6, 7, 9, 12 en 14.

Artikel 3

1. Op de vraag of het zin heeft om rekening te houden met de genderverdeling op het vorige niveau, wat er bijvoorbeeld toe zou kunnen leiden dat de voorkeur gegeven wordt aan een kandidaat die behoort tot het gender dat het meest vertegenwoordigd is in de rang in kwestie, omdat dit gender minder vertegenwoordigd is op het vorige niveau, en dit terwijl het dispositief ertoe strekt te zorgen voor “de vertegenwoordiging van het minderheidsgender in deze rang”, heeft de gemachtigde van de minister het volgende geantwoord:

“Le texte approuvé en première lecture prévoyait que ‘Chaque promotion au rang suivant assure, en cas d’égalité entre les candidats, une représentation du sexe minoritaire à ce rang au moins égale à ce qu’elle est au niveau ou au rang précédent.’.

Cependant, lors de la présentation du texte en comité de négociation du Secteur XV, les syndicats ont soulevé des questions sur la praticabilité de ces articles relatifs aux promotions par rapport à l’égalité et ont demandé pourquoi ne pas assurer l’égalité à un niveau plus global.

Pour pouvoir respecter la Résolution et répondre aux demandes des syndicats, nous avons remplacé ‘niveau ou rang précédent’ par ‘niveau précédent’ mais cette nouvelle proposition paraît en effet moins pertinente si nous prenons en compte les autres exigences à respecter dans le cadre d’une procédure de promotion telle que le respect des lois sur l’emploi des langues en matière administrative, coordonnées le 18 juillet 1966. Le respect de ces lois doit en effet être contrôlé en tenant compte du rang en cause et non du niveau précédent.”

Het dispositief moet opnieuw onderzocht en, in voorkomend geval, aldus herzien worden dat daarin het meest relevante stadium aangegeven wordt om de genderverdeling te beoordelen, rekening houdend met de wil om op een algemener niveau voor gelijkheid te zorgen en erop toeziend dat het een haalbare regeling is.

Dezelfde opmerking geldt voor de artikelen 5, 8 en 10.

2. Op de vraag welke twee genders in het ontworpen artikel 90, § 4, 2°, bedoeld worden, heeft de gemachtigde van de minister geantwoord dat het om het gender “man” en om het gender “vrouw” ging. Het dispositief moet aldus herzien worden dat dit daarin vermeld wordt.

Artikel 11

1. De gemachtigde van de minister is het ermee eens dat in de bepaling onder a) de woorden “of zijn/haar afgevaardigde (lees: gemachtigde)” moeten worden toegevoegd tussen de woorden “de ambtenaar-generaal” en “bijstaan”.

2. In het ontworpen dispositief staat dat de jury uit twee leden kan bestaan, en dat in dat geval de beslissingen bij consensus worden genomen. De afdeling Wetgeving wijst de steller van het ontwerp erop dat een jury samengesteld uit twee leden moeilijkheden kan opleveren voor een goed verder verloop van de procedure ingeval die twee personen het oneens zouden zijn.¹⁶

Hoofdstuk 4

In de Franse tekst van het opschrift van hoofdstuk 4 van titel 1 moeten de woorden “du 21 mars 2018” worden toegevoegd voor het woord “relatif”.

Artikel 13

In de inleidende zin moeten de woorden “van 21 maart 2018” worden toegevoegd voor het woord “betreffende”.

¹⁶ Zie in dezelfde zin advies 62.721/4 van 12 februari 2018 over een ontwerp dat geleid heeft tot het besluit van de Brusselse Hoofdstedelijke Regering van 21 maart 2018 ‘houdende het administratief statuut en de bezoldigingsregeling van de ambtenaren van de instellingen van openbaar nut van het Brussels Hoofdstedelijk Gewest’.

Artikel 15

In de inleidende zin schrijve men “artikel 49, tweede lid,” in plaats van “artikel 49 derde lid”.

Een soortgelijke opmerking geldt voor artikel 17.

Artikel 23

1. In verband met het ontworpen artikel 194, eerste lid, 3°/1, heeft de gemachtigde van de minister gepreciseerd dat de woorden “vrouwelijke ambtenaar” betrekking hebben op de persoon die de biologische moeder van het kind is. Aangezien in het ontworpen besluit van de Brusselse Hoofdstedelijke Regering van 21 maart 2018 “houdende het administratief statuut en de bezoldigingsregeling van de ambtenaren van de gewestelijke overheidsdiensten van Brussel” het begrip “gender” is opgenomen, wordt omwille van de rechtszekerheid het woord “vrouwelijke” weggelaten en worden ter wille van de samenhang de woorden “van de echtgenote” vervangen door de woorden “van de echtgenoot”.

Dezelfde opmerking geldt voor artikel 25.

2. Het is niet duidelijk waarom het in het ontworpen artikel 194, eerste lid, 3°/1, bedoelde verlof slechts wordt toegekend op voorwaarde dat de ambtenaar de zwangerschap vooraf heeft gemeld. De steller van het ontwerp moet een aanvaardbare reden kunnen aanvoeren ter rechtvaardiging van het feit dat een medisch attest na het verlies van een zwangerschap het niet mogelijk maakt om het bedoelde verlof te verkrijgen. Indien geen aanvaardbare reden wordt gegeven, dient de voorafgaande meldingsplicht te vervallen.

Dezelfde opmerking geldt voor artikel 25.

3. Het bepaalde onder c) heeft tot doel om de groep van naaste familieleden van wie het overlijden aanleiding geeft tot het toekennen van rouwverlof, uit te breiden.

Om die doelstelling te bereiken, worden in het ontworpen artikel 194, eerste lid, categorieën van personen beoogd die, door de restrictieve aard ervan, aanleiding kunnen geven tot een verschil in behandeling ten aanzien van ambtenaren voor wie het overlijden van andere vergelijkbare categorieën van naaste familieleden niet in aanmerking genomen wordt om rouwverlof toe te kennen.¹⁷

Zo heeft de verwijzing naar de “tweede echtgenoot van de moeder” of de “tweede echtgenote van de vader” bijvoorbeeld tot gevolg dat het geval uitgesloten wordt van een huwelijk dat volgt op het tweede huwelijk van de betrokken ouder, terwijl het de bedoeling lijkt rouwverlof toe te kennen aan het kind bij het overlijden van de persoon met wie de ouder in kwestie op dat ogenblik getrouwd is.

¹⁷ Zie in die zin advies 77.057/2.

Zo heeft ook de verwijzing naar de “echtgenoot van de moeder” of de “echtgenote van de vader” tot gevolg dat van die categorie het geval uitgesloten wordt van de vader of de moeder die niet in de echt verbonden is met de overleden persoon, maar gekozen heeft voor een andere vorm van samenleving met die persoon, zoals de wettelijke samenwoning.

Zo ook heeft de verwijzing naar de “tweede echtgenoot van de moeder” of de “tweede echtgenote van de vader” tot gevolg dat het geval uitgesloten wordt van relaties tussen personen van hetzelfde geslacht.

Het dispositief moet in het licht van deze opmerking, die ook geldt voor artikel 25, c), worden herzien.

4. Ook de bepalingen onder b), d) en i) breiden de groep van personen van wie het overlijden aanleiding geeft tot het toekennen van rouwverlof uit. In die bepalingen is er immers ook sprake van het kind dat in een pleeggezin wordt geplaatst, alsook van bepaalde leden van het pleeggezin. Een verlof van 10 dagen of van een dag wordt toegekend al naargelang het gaat om langdurige of kortdurende pleegzorg.

“Langdurige pleegzorg”, zoals gedefinieerd in het ontworpen artikel 2, § 1, 16°, ingevoegd bij artikel 22 van het ontwerp, heeft betrekking op de “pleegzorg waarvan bij aanvang duidelijk is dat het kind voor minstens zes maanden in hetzelfde pleeggezin (...) zal verblijven”.

De vraag rijst of het uit deze definitie voortvloeiende verschil in duur van het rouwverlof een relevant criterium vormt in het licht van het door de maatregel nagestreefde doel, aangezien in situaties waarin het kind meer dan zes maanden in een pleeggezin heeft doorgebracht, zonder dat “bij aanvang duidelijk” is dat die pleegzorg voor minstens zes maanden zou zijn, het rouwverlof een dag en niet tien dagen zal duren, ook al is de duur van de relatie die aanleiding geeft tot de toekenning van het rouwverlof gelijk.

Het dispositief moet in het licht van deze opmerking opnieuw onderzocht en, in voorkomend geval, herzien worden.

Dezelfde opmerking geldt voor artikel 25, b), d) en i) van het ontwerp, gelet op de definitie die bij artikel 24 van het ontwerp ingevoegd wordt.

LE GREFFIER – DE GRIFFIER

LE PRÉSIDENT – DE VOORZITTER

Charles-Henri VAN HOVE

Bernard BLERO