

CHAMBRE DES REPRÉSENTANTS
DE BELGIQUE

31 janvier 2024

PROPOSITION DE LOI SPÉCIALE

**modifiant la loi spéciale
du 6 janvier 1989 sur la Cour
constitutionnelle en ce qui concerne
la composition de la Cour et les conditions
à remplir pour pouvoir être nommé juge**

**Avis du Conseil d'État
N° 74.041/3 du 20 novembre 2023**

Voir:

Doc 55 **3292/ (2022/2023):**

001: Proposition de loi spéciale de MM. Verherstraeten et Briers.

BELGISCHE KAMER VAN
VOLKSVERTEGENWOORDIGERS

31 januari 2024

VOORSTEL VAN BIJZONDERE WET

**tot wijziging van de bijzondere wet
van 6 januari 1989 op het Grondwettelijk Hof
voor wat de samenstelling van het Hof en
de voorwaarden om benoemd te kunnen
worden tot rechter betreft**

**Advies van de Raad van State
Nr. 74.041/3 van 20 november 2023**

Zie:

Doc 55 **3292/ (2022/2023):**

001: Voorstel van bijzondere wet van de heren Verherstraeten en Briers.

11283

N-VA	: Nieuw-Vlaamse Alliantie
Ecolo-Groen	: Ecologistes Confédérés pour l'organisation de luttes originales – Groen
PS	: Parti Socialiste
VB	: Vlaams Belang
MR	: Mouvement Réformateur
cd&v	: Christen-Democratisch en Vlaams
PVDA-PTB	: Partij van de Arbeid van België – Parti du Travail de Belgique
Open Vld	: Open Vlaamse liberalen en democraten
Vooruit	: Vooruit
Les Engagés	: Les Engagés
DéFI	: Démocrate Fédéraliste Indépendant
INDEP-ONAFH	: Indépendant - Onafhankelijk

Abréviations dans la numérotation des publications:		Afkorting bij de nummering van de publicaties:	
DOC 55 0000/000	Document de la 55 ^e législature, suivi du numéro de base et numéro de suivi	DOC 55 0000/000	Parlementair document van de 55 ^e zittingsperiode + basisnummer en volgnummer
QRVA	Questions et Réponses écrites	QRVA	Schriftelijke Vragen en Antwoorden
CRIV	Version provisoire du Compte Rendu Intégral	CRIV	Voorlopige versie van het Integraal Verslag
CRABV	Compte Rendu Analytique	CRABV	Beknopt Verslag
CRIV	Compte Rendu Intégral, avec, à gauche, le compte rendu intégral et, à droite, le compte rendu analytique traduit des interventions (avec les annexes)	CRIV	Integraal Verslag, met links het definitieve integraal verslag en rechts het vertaalde beknopt verslag van de toespraken (met de bijlagen)
PLEN	Séance plénière	PLEN	Plenum
COM	Réunion de commission	COM	Commissievergadering
MOT	Motions déposées en conclusion d'interpellations (papier beige)	MOT	Moties tot besluit van interpellaties (beigegekleurig papier)

Le 7 juillet 2023, le Conseil d'État, section de législation, a été invité par la Présidente de la Chambre des représentants à communiquer un avis dans un délai de trente jours, prorogé de plein droit jusqu'au 23 août 2023^(*), sur une proposition de loi spéciale 'modifiant la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour constitutionnelle en ce qui concerne la composition de la Cour et les conditions à remplir pour pouvoir être nommé juge' (*Doc. Parl.*, Chambre, 2022-23, n° 55-3292/001).

La proposition a été examinée par la troisième chambre le 7 novembre 2023. La chambre était composée de Jeroen VAN NIEUWENHOVE, président de chambre, Toon MOONEN et Elly VAN DE VELDE, conseillers d'État, Jan VELAERS et Bruno PEETERS, assesseurs, et Yves DEPOORTER, greffier assumé.

Le rapport a été présenté par Pieter AERTGEERTS, auditeur adjoint.

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

L'avis, dont le texte suit, a été donné le 20 novembre 2023.

*

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 juridique¹ et l'accomplissement des formalités prescrites.

*

PORTÉE DE LA PROPOSITION

2. La proposition de loi spéciale soumise pour avis a pour objet de modifier les règles concernant la composition de la Cour constitutionnelle et les conditions à remplir pour pouvoir être nommé juge, inscrites dans la loi spéciale du 6 janvier 1989 'sur la Cour constitutionnelle'.

2.1. En ce qui concerne les conditions à remplir pour pouvoir être nommé juge, prévues à l'article 34 de la loi spéciale du 6 janvier 1989, les candidats devront désormais être docteur, licencié ou master en droit (article 3, 1°, de la proposition).

^{**} Ce délai résulte de l'article 84, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 2°, in fine, des lois sur le Conseil d'État, coordonnées le 12 janvier 1973, qui précise que ce délai est prolongé de plein droit de quinze jours lorsqu'il prend cours du 15 juillet au 31 juillet ou lorsqu'il expire entre le 15 juillet et le 15 août.

¹ S'agissant d'une proposition de loi spéciale, on entend par "fondement juridique" la conformité avec les normes supérieures.

Op 7 juli 2023 is de Raad van State, afdeling Wetgeving, door de Voorzitster van de Kamer van volksvertegenwoordigers verzocht binnen een termijn van dertig dagen, van rechtswege verlengd tot 23 augustus 2023,^(*) een advies te verstrekken over een voorstel van bijzondere wet 'tot wijziging van de bijzondere wet van 6 januari 1989 op het Grondwettelijk Hof voor wat de samenstelling van het Hof en de voorwaarden om benoemd te kunnen worden tot rechter betreft' (*Parl. St.* Kamer 2022-23, nr. 55-3292/001).

Het voorstel is door de derde kamer onderzocht op 7 november 2023. De kamer was samengesteld uit Jeroen VAN NIEUWENHOVE, kamervoorzitter, Toon MOONEN en Elly VAN DE VELDE, staatsraden, Jan VELAERS en Bruno PEETERS, assessoren, en Yves DEPOORTER, toegevoegd griffier.

Het verslag is uitgebracht door Pieter AERTGEERTS, adjunct-auditeur.

De overeenstemming tussen de Franse en de Nederlandse tekst van het advies is nagezien onder toezicht van Toon MOONEN, staatsraad.

Het advies, waarvan de tekst hierna volgt, is gegeven op 20 november 2023.

*

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 rechtsgrond¹, alsmede van de vraag of aan de te vervullen vormvereisten is voldaan.

*

STREKKING VAN HET VOORSTEL

2. Het voor advies voorgelegde voorstel van bijzondere wet strekt tot de wijziging van de regels voor de samenstelling van het Grondwettelijk Hof en de voorwaarden om benoemd te kunnen worden tot rechter, die zijn opgenomen in de bijzondere wet van 6 januari 1989 'op het Grondwettelijk Hof'.

2.1. Wat de voorwaarden betreft om tot rechter te kunnen worden benoemd, bepaald bij artikel 34 van de bijzondere wet van 6 januari 1989, moeten de kandidaten voortaan doctor, licentiaat of master in de rechten zijn (artikel 3, 1°, van het voorstel).

^{*} Deze verlenging vloeit voort uit artikel 84, § 1, eerste lid, 2°, in fine, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973, waarin wordt bepaald dat deze termijn van rechtswege wordt verlengd met vijftien dagen wanneer hij begint te lopen tussen 15 juli en 31 juli of wanneer hij verstrijkt tussen 15 juli en 15 augustus.

¹ Aangezien het om een voorstel van bijzondere wet gaat, wordt onder "rechtsgrond" de overeenstemming met de hogere rechtsnormen verstaan.

En outre, les catégories de personnes susceptibles d'être nommées juge sont étendues. Pour les "juges-juristes" (sont visés les juges qui remplissent les conditions prévues à l'article 34, § 1^{er}, 1^o, de la loi spéciale du 6 janvier 1989), cette possibilité est ouverte à celui qui a exercé, pendant au moins vingt ans, la profession d'avocat à titre d'activité professionnelle principale et dispose de l'expertise nécessaire pour exercer la fonction de juge à la Cour constitutionnelle (article 3, 2^o). En ce qui concerne les "juges issus du monde politique" (sont visés les juges qui remplissent les conditions prévues à l'article 34, § 1^{er}, 2^o, de la loi spéciale du 6 janvier 1989), les personnes qui ont exercé la fonction de ministre fédéral ou de secrétaire d'État ou la fonction de ministre ou de secrétaire d'État d'un gouvernement de Communauté ou de Région peuvent également être nommées juge (article 3, 4^o). Certes, les juges issus du monde politique devront désormais pouvoir se prévaloir d'une expérience de huit ans au lieu de cinq dans les fonctions concernées (article 3, 3^o). En outre, la proportion des juges issus du monde politique au sein de la Cour est limitée à au moins un tiers et au maximum à la moitié des juges (article 4), alors qu'elle est toujours de la moitié à l'heure actuelle.

En outre, l'article 34, § 5, alinéa 2, de la loi spéciale du 6 janvier 1989 dispose que la Cour compte, tant parmi ses juges d'expression française que parmi ses juges d'expression néerlandaise, au moins un tiers de juges de chaque sexe (article 6), et non plus parmi les juges de la Cour dans son intégralité.

2.2. Un article 34/1, à insérer, de la loi spéciale du 6 janvier 1989 prévoit que la Chambre des représentants et le Sénat doivent entendre les candidats (article 7 de la proposition).

2.3. Enfin, la proposition renforce les exigences en matière de connaissances linguistiques des juges. Selon un alinéa 3 à ajouter à l'article 31 de la loi spéciale du 6 janvier 1989, tous les juges doivent avoir justifié d'une connaissance suffisante de la seconde langue nationale (article 2 de la proposition). En outre, le juge qui, en application de l'article 34, § 4, de la loi spéciale du 6 janvier 1989, justifie d'une connaissance suffisante de l'allemand, devra désormais le faire devant un jury constitué par l'administrateur délégué du Bureau de sélection de l'Administration fédérale (article 5).

La proposition prévoit un régime transitoire en ce qui concerne les connaissances linguistiques. L'exigence d'une connaissance suffisante de la seconde langue nationale ne s'applique qu'aux juges qui seront nommés après l'entrée en vigueur de la loi spéciale à adopter (article 8, alinéa 1^{er}). L'exigence relative au mode de justification de la connaissance suffisante de la langue allemande entre en vigueur lors du remplacement d'un juge qui a justifié d'une connaissance suffisante de la langue allemande (article 8, alinéa 2).

De categorieën van personen die tot rechter kunnen worden benoemd, worden daarnaast verruimd. Voor de zogenaamde "rechters-juristen" (waarmee de rechters worden bedoeld die beantwoorden aan de voorwaarden gesteld bij artikel 34, § 1, 1^o, van de bijzondere wet van 6 januari 1989), wordt die mogelijkheid opengesteld voor wie gedurende minstens twintig jaar als voornaamste beroepsactiviteit het beroep van advocaat heeft uitgeoefend en beschikt over een voor de uitoefening van het ambt van rechter bij het Grondwettelijk Hof noodzakelijke deskundigheid (artikel 3, 2^o). Wat de zogenaamde "rechters-politici" betreft (waarmee de rechters worden bedoeld die beantwoorden aan de voorwaarden gesteld bij artikel 34, § 1, 2^o, van de bijzondere wet van 6 januari 1989), kunnen ook personen die het ambt van federaal minister of staatssecretaris of het ambt van minister of staatssecretaris van een gemeenschaps- of gewestregering hebben uitgeoefend, tot rechter worden benoemd (artikel 3, 4^o). Voor de rechters-politici geldt voortaan weliswaar dat zij moeten kunnen bogen op een ervaring van acht jaar in de betreffende functies in plaats van vijf jaar (artikel 3, 3^o). Bovendien wordt het aandeel van de rechters-politici in het Hof beperkt tot ten minste één derde en ten hoogste de helft van de rechters (artikel 4), in de plaats van thans steeds de helft.

Voorts wordt in artikel 34, § 5, tweede lid, van de bijzondere wet van 6 januari 1989 bepaald dat het Hof zowel onder de Nederlandstalige als onder de Franstalige rechters ten minste één derde rechters van elk geslacht telt (artikel 6), in de plaats van onder de rechters van het Hof in zijn geheel.

2.2. In een in te voegen artikel 34/1 van de bijzondere wet van 6 januari 1989 wordt bepaald dat de Kamer van volksvertegenwoordigers en de Senaat de kandidaten moeten horen (artikel 7 van het voorstel).

2.3. Het voorstel scherpert ten slotte de vereisten inzake taalkennis van de rechters aan. Alle rechters moeten, luidens een aan artikel 31 van de bijzondere wet van 6 januari 1989 toe te voegen derde lid, het bewijs hebben geleverd van een voldoende kennis van de tweede landstaal (artikel 2 van het voorstel). De rechter die met toepassing van artikel 34, § 4, van de bijzondere wet van 6 januari 1989 daarnaast het bewijs levert van een voldoende kennis van de Duitse taal, moet dat voortaan doen voor een examencommissie samengesteld door de afgevaardigd bestuurder van het Selectiebureau van de Federale Overheid (artikel 5).

Het voorstel voorziet voor wat de taalkennis betreft in een overgangsregeling. De vereiste van voldoende kennis van de tweede landstaal geldt enkel voor rechters die benoemd worden na de inwerkingtreding van de aan te nemen bijzondere wet (artikel 8, eerste lid). De vereiste met betrekking tot de wijze waarop het bewijs van de voldoende kennis van het Duits wordt geleverd, treedt in werking bij de vervanging van een rechter die het bewijs heeft geleverd van een voldoende kennis van de Duitse taal (artikel 8, tweede lid).

OBSERVATION GÉNÉRALE

3.1. L'article 34, § 5, proposé, de la loi spéciale du 6 janvier 1989 peut avoir pour effet qu'au moment où une fonction de juge devient vacante, seule une personne d'un sexe déterminé peut être nommée, à savoir lorsque le sexe de la personne à nommer est déterminant pour répondre à l'exigence selon laquelle la Cour compte au moins un tiers de juges de chaque sexe dans chaque groupe linguistique. Autrement dit, lors d'une vacance d'emploi, le Roi sera obligé, le cas échéant, de nommer une personne d'un sexe déterminé et, à l'inverse, les personnes de l'autre sexe ne pourront pas être nommées.

Comme le Conseil d'État l'avait déjà observé dans l'avis 71.827/3 du 14 novembre 2022², la question se pose de savoir si un tel régime est compatible avec, d'une part, le droit de l'Union européenne et, d'autre part, le principe constitutionnel d'égalité et de non-discrimination.

3.2.1. En ce qui concerne le droit de l'Union européenne, l'article 14, paragraphe 1, a), de la directive 2006/54/CE du Parlement européen et du Conseil du 5 juillet 2006 'relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité des chances et de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière d'emploi et de travail' prévoit que toute discrimination directe ou indirecte fondée sur le sexe est proscrite dans les secteurs public ou privé, y compris les organismes publics, en ce qui concerne "les conditions d'accès à l'emploi, aux activités non salariées ou au travail, y compris les critères de sélection et les conditions de recrutement, quelle que soit la branche d'activité et à tous les niveaux de la hiérarchie professionnelle, y compris en matière de promotion". Selon la Cour de justice, cette disposition est applicable à une personne cherchant à accéder à un emploi, y compris en ce qui concerne les critères de sélection et les conditions de recrutement pour cet emploi³.

3.2.2. Selon l'article 3 de la directive 2006/54/CE, les États membres peuvent toutefois maintenir ou adopter des mesures au sens de l'article 141, paragraphe 4, du Traité⁴, pour assurer concrètement une pleine égalité entre hommes et femmes dans la vie professionnelle.

Dans la mesure où, selon les développements de la proposition, l'article 34, § 5, proposé, de la loi spéciale du 6 janvier 1989 vise à assurer l'équilibre au sein de la Cour constitutionnelle et

² Avis C.E. 71.827/3 du 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'.

³ C.J.U.E., 19 avril 2012, C-415/10, *Meister c. Speech Design Carrier Systems GmbH*, ECLI:EU:C:2012:217, point 33.

⁴ Est visé l'article 157, paragraphe 4, du Traité 'sur le fonctionnement de l'Union européenne', qui dispose: "Pour assurer concrètement une pleine égalité entre hommes et femmes dans la vie professionnelle, le principe de l'égalité de traitement n'empêche pas un État membre de maintenir ou d'adopter des mesures prévoyant des avantages spécifiques destinés à faciliter l'exercice d'une activité professionnelle par le sexe sous-représenté ou à prévenir ou compenser des désavantages dans la carrière professionnelle".

ALGEMENE OPMERKING

3.1. Het voorgestelde artikel 34, § 5, van de bijzondere wet van 6 januari 1989 kan ertoe leiden dat op het ogenblik dat een ambt van rechter vacant wordt, slechts een persoon van een bepaald geslacht kan worden benoemd, namelijk wanneer het geslacht van de te benoemen persoon doorslaggevend is om te voldoen aan de vereiste dat het Hof in elke taalgroep ten minste één derde rechters van elk geslacht telt. Met andere woorden, bij een vacature zal de Koning in voorkomend geval verplicht zijn om een persoon van een welbepaald geslacht te benoemen en zullen, omgekeerd, personen van het andere geslacht niet kunnen worden benoemd.

Zoals de Raad van State reeds opmerkte in advies 71.827/3 van 14 november 2022², rijst de vraag of een dergelijke regeling bestaanbaar is met, enerzijds, het recht van de Europese Unie en, anderzijds, het grondwettelijke beginsel van gelijkheid en niet-discriminatie.

3.2.1. Wat het recht van de Europese Unie betreft, bepaalt artikel 14, lid 1, a), van richtlijn 2006/54/EG van het Europees Parlement en de Raad van 5 juli 2006 'betreffende de toepassing van het beginsel van gelijke kansen en gelijke behandeling van mannen en vrouwen in arbeid en beroep' dat er geen directe of indirecte discriminatie op grond van geslacht mag plaatsvinden in de publieke of de particuliere sector, met inbegrip van overheidsinstanties, voor wat betreft "voorwaarden voor toegang tot arbeid in loondienst of als zelfstandige en tot een beroep, met inbegrip van de selectie- en aanstellingscriteria, ongeacht de tak van activiteit en tot op alle niveaus van de beroepshiërarchie, met inbegrip van bevorderingskansen". Die bepaling is volgens het Hof van Justitie van toepassing op iemand die naar een baan solliciteert, met inbegrip van de selectie- en aanstellingscriteria voor deze baan.³

3.2.2. Luidens artikel 3 van richtlijn 2006/54/EG kunnen de lidstaten evenwel maatregelen in de zin van artikel 141, lid 4, van het Verdrag,⁴ handhaven of aannemen om de volledige gelijkheid in de praktijk tussen mannen en vrouwen in het beroepsleven te waarborgen.

In zoverre met het voorgestelde artikel 34, § 5, van de bijzondere wet van 6 januari 1989, blijkt de toelichting bij het voorstel, wordt beoogd het evenwicht binnen en de

² Adv.RvS 71.827/3 van 14 november 2022 over een 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'.

³ HvJ 19 april 2012, C-415/10, *Meister v. Speech Design Carrier Systems GmbH*, ECLI:EU:C:2012:217, punt 33.

⁴ Bedoeld wordt artikel 157, lid 4, van het Verdrag 'betreffende de werking van de Europese Unie', dat bepaalt: "Het beginsel van gelijke behandeling belet niet dat een lidstaat, om volledige gelijkheid van mannen en vrouwen in het beroepsleven in de praktijk te verzekeren, maatregelen handhaaft of aanneemt waarbij specifieke voordelen worden ingesteld om de uitoefening van een beroepsactiviteit door het ondervertegenwoordigde geslacht te vergemakkelijken of om nadelen in de beroepsloopbaan te voorkomen of te compenseren".

la représentativité de celle-ci en ce qui concerne la présence de juges de sexe différent dans les deux groupes linguistiques, le régime proposé pourrait être considéré comme une mesure visée à l'article 3 de la directive 2006/54/CE.

3.2.3. Il découle cependant de la jurisprudence de la Cour de justice relative à la directive 76/207/CEE⁵, qui a été abrogée par la directive 2006/54/CE et qui permettait également de prendre des mesures positives pour garantir la parité entre hommes et femmes, que cette possibilité n'est pas illimitée. Sur la base de cette jurisprudence, le Conseil d'État, section de législation, a observé à propos de l'admissibilité de "quotas" visant à promouvoir la présence équilibrée d'hommes et de femmes dans les conseils d'administration des entreprises publiques ce qui suit:

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

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

'22. [...] (L) la 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

representativiteit van het Grondwettelijk Hof te verzekeren wat betreft de aanwezigheid van rechters van verschillend geslacht in beide taalgroepen, zou de voorgestelde regeling als een in artikel 3 van richtlijn 2006/54/EG bedoelde maatregel kunnen worden beschouwd.

3.2.3. Uit de rechtspraak van het Hof van Justitie betreffende richtlijn 76/207/EEG⁵, die door richtlijn 2006/54/EG is ingetrokken en die eveneens positieve maatregelen mogelijk maakte om de gelijkheid van mannen en vrouwen te waarborgen, vloeit evenwel voort dat die mogelijkheid niet onbeperkt is. Op grond van die rechtspraak heeft de Raad van State, afdeling Wetgeving, het volgende opgemerkt over de aanvaardbaarheid van zogenaamde quota ter bevordering van een evenwichtige aanwezigheid van mannen en vrouwen in de raden van bestuur van overheidsbedrijven:

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

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

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

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

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

⁵ Directive 76/207/CEE du Conseil du 9 février 1976 'relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en ce qui concerne l'accès à l'emploi, à la formation et à la promotion professionnelles, et les conditions de travail'.

⁵ Richtlijn 76/207/EEG van de Raad van 9 februari 1976 'betreffende de tenuitvoerlegging van het beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen ten aanzien van de toegang tot het arbeidsproces, de beroepsopleiding en de promotiekansen en ten aanzien van de arbeidsvoorwaarden'.

— lorsque les candidatures font l'objet d'une appréciation objective qui tient compte des situations particulières d'ordre personnel de tous les candidats⁶.

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'⁷.

L'application de cette jurisprudence à l'obligation faite, sans possibilité d'y déroger, de respecter un quota d'un tiers de femmes ou d'hommes dans un conseil d'administration tant dans le cas d'une entreprise publique économique que de la Loterie Nationale emporte le risque sérieux de se heurter aux principes d'admissibilité d'une action positive en faveur des personnes d'un sexe déterminé tels que les a dégagés la CJUE⁸. En effet, le respect d'un tel quota peut conduire, dans certaines situations, à choisir un administrateur du sexe requis pour l'unique raison que le quota n'est pas atteint. Ce choix se fera donc indépendamment d'une appréciation objective des situations particulières d'ordre personnel de tous les candidats, une priorité devant, aux termes de la loi,

— wanneer de sollicitaties worden onderworpen aan een objectieve beoordeling, die rekening houdt met de bijzondere persoonlijke situatie van alle kandidaten⁶.

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'⁷.

De toepassing van deze rechtspraak op de opgelegde verplichting om, zonder mogelijkheid ervan af te wijken, een quotum na te leven van een derde vrouwen of mannen in een raad van bestuur zowel in het geval van een economisch overheidsbedrijf als in het geval van de Nationale Loterij, brengt het ernstige risico met zich mee dat die verplichting stuit op de principes van toelaatbaarheid van een positieve actie ten gunste van personen van een bepaald geslacht zoals het HvJEU ze duidelijk heeft gemaakt⁸. In een aantal situaties kan de naleving van een dergelijk quotum er immers toe leiden dat een bestuurder wordt gekozen die van het vereiste geslacht is, slechts omdat het quotum niet bereikt is. Deze keuze zal dus onafhankelijk van een objectieve beoordeling van de

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

⁷ *Note de bas de page 18 de l'avis cité*: CJUE, BADECK e.a., précité, considérant 18.

⁸ *Note de bas de page 19 de l'avis cité*: Pour une synthèse de la jurisprudence de la CJUE, voir D. CUYPERS et C. VAN VYVE, "De criteria voor positieve actie in de rechtspraak van de hoogste rechtscolleges", dans C. BAYART, S. SOTTIAUX, S. VAN DROOGHENBROECK (éds.), *Actualités du droit de la lutte contre la discrimination*, Bruges, Die Keure, 2010, p. 272; M. DE VOS, "Positieve actie en discriminatie in het Europese en Belgische discriminatierecht", dans C. BAYART, S. SOTTIAUX, S. VAN DROOGHENBROECK (éds.), *De nieuwe federale antidiscriminatie wetten*, Bruges, Die Keure, 2008, p. 316.

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

⁷ *Voetnoot 18 van het aangehaalde advies*: HvJEU, BADECK e.a., voornoemd arrest, overweging 18.

⁸ *Voetnoot 19 van het aangehaalde advies*: Voor een overzicht van de rechtspraak van het HvJEU, zie D. CUYPERS en C. VAN VYVE, "De criteria voor positieve actie in de rechtspraak van de hoogste rechtscolleges", in C. BAYART, S. SOTTIAUX, S. VAN DROOGHENBROECK (éds.), *Actualités du droit de la lutte contre la discrimination*, Brugge, Die Keure, 2010, 272; M. DE VOS, "Positieve actie en discriminatie in het Europese en Belgische discriminatierecht", in C. BAYART, S. SOTTIAUX en S. VAN DROOGHENBROECK (éds.), *De nieuwe federale antidiscriminatie wetten*, Brugge, Die Keure, 2008, 316.

être accordée à ce candidat même s'il est sous-qualifié par rapport à d'autres dès lors que ceux-ci sont de l'autre sexe^{9,10}.

3.2.4. En admettant que la jurisprudence précitée de la Cour de justice s'applique également à la nomination d'un juge à la Cour constitutionnelle¹¹, il y a lieu de constater que le régime proposé ne contient pas de "clause d'ouverture". Lorsque le remplacement d'un juge dans l'hypothèse précitée doit nécessairement conduire à une nomination d'un juge d'un sexe donné pour assurer que chaque groupe linguistique compte au moins un tiers de juges de chaque sexe, seuls les candidats de ce sexe sont pris en considération pour la fonction à pourvoir, à l'exclusion des candidats de l'autre sexe. En ce sens, le régime proposé ne satisfait pas aux conditions qui découlent de la jurisprudence de la Cour de justice.

⁹ Note de bas de page 20 de l'avis cité: Voir, quant à la règle du quota appliquée au Conseil supérieur de la Justice, les constatations du Comité des droits de l'homme du 7 juillet 2004, *Jacobs c. Belgique*, n° 943/2000 (CCPR/C/81/D/943/2000).

¹⁰ Avis C.E. 49.473/AG du 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', *Doc. parl.*, Chambre, 2010-11, n° 53-211/007. Voir aussi, notamment, l'avis C.E. 51.766/1 du 18 septembre 2012 sur un avant-projet devenu l'ordonnance du 13 février 2014 'visant à garantir, au sein des organes de gestion des personnes morales, une présence équilibrée de femmes et d'hommes parmi les membres nommés par le gouvernement de la Région de Bruxelles-Capitale', *Doc. parl.*, Parl. Brux., 2012-13, n° A-366/1; l'avis C.E. 52.653/2 du 14 janvier 2013 sur un avant-projet devenu le décret du 24 avril 2014 'relatif à la gouvernance et à la transparence dans l'exécution des mandats publics', *Doc. parl.*, Ass. Comm. comm. fr., 2012-13, n° 88/1; l'avis C.E. 56.493/2/V du 23 juillet 2014 sur un projet devenu l'arrêté royal du 13 mai 2015 'modifiant les arrêtés royaux du 20 avril 1965 fixant le statut organique des établissements scientifiques fédéraux et du 25 février 2008 fixant le statut du personnel scientifique des établissements scientifiques fédéraux'.

¹¹ À cet égard, il n'existe pas de jurisprudence de la Cour de justice. La Cour a cependant jugé "que le droit communautaire ne fait aucunement dépendre l'application du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en ce qui concerne l'accès à l'emploi du niveau des postes à pourvoir" et "que l'appréciation de la conformité des règles nationales instaurant une discrimination positive [...] ne saurait dépendre du niveau du poste à pourvoir" (CJUE, 6 juillet 2000, C-407/98, *Abrahamsson et Anderson c. Fogelqvist*, ECLI:EU:C:2000:367, points 64 et 65 – en ce qui concerne l'embauche dans l'enseignement supérieur). Par ailleurs, la Cour a jugé que le régime de pension des magistrats relève du champ d'application matériel du chapitre 2 du titre II de la directive 2006/54/CE, qui contient des dispositions sur l'égalité de traitement dans les régimes professionnels de sécurité sociale (CJUE, 5 novembre 2019, C-192/18, *Commission c. Pologne*, ECLI:EU:C:2019:924, point 73).

personnelle situation van alle kandidaten worden gemaakt, omdat, luidens de wet, voorrang moet worden gegeven aan die kandidaat, zelfs al is hij ondergekwalificeerd ten opzichte van andere kandidaten, gegeven het feit dat deze andere kandidaten van het andere geslacht zijn^{9,10}.

3.2.4. Aangenomen dat de aangehaalde rechtspraak van het Hof van Justitie ook geldt voor de benoeming van een rechter in het Grondwettelijk Hof,¹¹ moet worden vastgesteld dat de voorgestelde regeling geen "openingsclausule" bevat. Wanneer de vervanging van een rechter in de hiervoor geschetste hypothese noodzakelijk dient te leiden tot een benoeming van een rechter van een bepaald geslacht om te verzekeren dat elke taalgroep ten minste één derde rechters van elk geslacht telt, komen enkel kandidaten van dat geslacht in aanmerking voor een te begeven ambt, met uitsluiting van kandidaten van het andere geslacht. In die zin voldoet de voorgestelde regeling niet aan de voorwaarden die uit de rechtspraak van het Hof van Justitie voortvloeien.

⁹ Voetnoot 20 van het aangehaalde advies: Betreffende de regel van het quotum toegepast in de Hoge Raad voor Justitie, zie de vaststellingen van de Mensenrechtencommissie van 7 juli 2004, *Jacobs t. België*, nr. 943/2000 (CCPR/C/81/D/943/2000).

¹⁰ Adv.RvS 49.473/AV van 26 april 2011 over een voorstel dat heeft geleid tot de wet van 28 juli 2011 'tot wijziging van de wet van 21 maart 1991 betreffende de hervorming van sommige economische overheidsbedrijven, 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', *Parl. St.* Kamer 2010-11, nr. 53-211/007. Zie o.m. ook adv.RvS 51.766/1 van 18 september 2012 over een voorontwerp dat heeft geleid tot de ordonnantie van 13 februari 2014 'ertoe strekkende binnen de leden die door de Brusselse Hoofdstedelijke regering benoemd worden in de bestuursorganen van rechtspersonen, een evenwichtige aanwezigheid van vrouwen en mannen te waarborgen', *Parl. St.* Br.Parl. 2012-13, nr. A-366/1; adv.RvS 52.653/2 van 14 januari 2013 over een voorontwerp dat heeft geleid tot het decreet van 24 april 2014 'relatief à la gouvernance et à la transparence dans l'exécution des mandats publics', *Parl. St.* Verg.Fr.Gem.Comm. 2012-13, nr. 88/1; adv.RvS 56.493/2/V van 23 juli 2014 over een ontwerp dat heeft geleid tot het koninklijk besluit van 13 mei 2015 'tot wijziging van de koninklijke besluiten van 20 april 1965 tot vaststelling van het organiek statuut van de federale wetenschappelijke instellingen en van 25 februari 2008 tot vaststelling van het statuut van het wetenschappelijk personeel van de federale wetenschappelijke instellingen'.

¹¹ Hieromtrent bestaat geen rechtspraak van het Hof van Justitie. Het Hof heeft wel geoordeeld "dat het gemeenschapsrecht de toepassing van het beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen voor wat betreft de toegang tot het arbeidsproces, geenszins laat afhangen van het niveau van de te bezetten vacatures" en "dat de beoordeling van de verenigbaarheid met het gemeenschapsrecht van een nationale regeling die voorziet in positieve discriminatie (...) niet kan afhangen van het niveau van de te bezetten vacature" (HvJ 6 juli 2000, C-407/98, *Abrahamsson en Anderson t. Fogelqvist*, ECLI:EU:C:2000:367, punten 64 en 65 – in verband met aanstellingen in het hoger onderwijs). Voorts heeft het Hof geoordeeld dat de pensioenregeling van magistraten binnen de materiële werkingssfeer valt van hoofdstuk 2 van titel II van richtlijn 2006/54/EG, dat bepalingen bevat over gelijke behandeling in ondernemings- en sectoriële regelingen inzake sociale zekerheid (HvJ 5 november 2019, C-192/18, *Commissie t. Polen*, ECLI:EU:C:2019:924, punt 73).

3.3.1. Selon l'article 11*bis*, alinéa 1^{er}, de la Constitution, la loi, le décret ou l'ordonnance garantissent aux femmes et aux hommes l'égal exercice de leurs droits et libertés, et favorisent notamment leur égal accès aux mandats électifs et publics. Il ressort des travaux préparatoires que cette disposition constitutionnelle visait, entre autres, à créer "une base pour l'adoption d'actions positives, donnant aux femmes discriminées la chance concrète de se remettre à niveau", en réponse notamment à la jurisprudence du Conseil d'État, section de législation, qui "a insisté à plusieurs reprises sur la nécessité de donner à ces actions positives un fondement constitutionnel"¹². À cet égard, il a été renvoyé à maintes reprises à la jurisprudence de la Cour constitutionnelle en matière de mesures d'action positive¹³.

3.3.2. Dans la mesure où, ce faisant, le Constituant a voulu consolider la jurisprudence de la Cour constitutionnelle en matière de mesures d'action positive, il y a lieu de constater que, selon la Cour, pareilles mesures ne sont admissibles que sous certaines conditions. Ainsi, la Cour constitutionnelle exige que les inégalités correctrices soient appliquées dans les seuls cas où une inégalité manifeste est constatée, que la disparition de cette inégalité soit désignée par le législateur comme objectif à promouvoir, que ces mesures soient de nature temporaire, étant destinées à disparaître dès que l'objectif visé par le législateur est atteint, et qu'elles ne restreignent pas inutilement les droits d'autrui¹⁴.

3.3.3. À la lumière de ces conditions, on formulera à propos du régime proposé et du régime transitoire y afférent les observations suivantes.

3.3.4. En ce qui concerne l'existence d'une inégalité manifeste dont la *disparition* est l'objectif à promouvoir, force est de constater que les développements de la proposition, pour justifier la mesure, renvoient au passé, et plus précisément à la situation dans laquelle les juges féminins de la Cour ont longtemps appartenu exclusivement au groupe linguistique néerlandais. Il se déduit certes de l'observation qui précède que la proposition vise à *assurer* concrètement l'égalité entre hommes et femmes (observation 3.2.2), mais il n'est pas démontré préalablement qu'il existe une inégalité manifeste que le législateur entend faire disparaître¹⁵.

3.3.1. Luidens artikel 11*bis*, eerste lid, van de Grondwet waarborgen de wet, het decreet of de ordonnantie voor vrouwen en mannen de gelijke uitoefening van hun rechten en vrijheden, en bevorderen ze meer bepaald hun gelijke toegang tot de door verkiezing verkregen mandaten en de openbare mandaten. Uit de parlementaire voorbereiding ervan blijkt dat met die grondwetsbepaling onder meer werd beoogd "een grondslag [te verlenen] aan het voeren van positieve acties waarbij de gediscrimineerde vrouwen de concrete kans krijgen een inhaalbeweging uit te voeren", mede in reactie op de adviespraktijk van de Raad van State, afdeling Wetgeving, die "herhaaldelijk gewezen heeft op de noodzaak om aan die positieve acties een grondwettelijke grondslag te geven".¹² Daarbij werd herhaalde malen verwezen naar de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof inzake maatregelen van positieve actie.¹³

3.3.2. In zoverre de Grondwetgever op die manier de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof inzake maatregelen van positieve actie wenste te consolideren, moet worden vastgesteld dat volgens het Hof dergelijke maatregelen slechts onder bepaalde voorwaarden aanvaardbaar zijn. Zo vereist het Grondwettelijk Hof dat corrigerende ongelijkheden slechts in die gevallen worden toegepast waarin een kennelijke ongelijkheid blijkt, dat het verdwijnen van die ongelijkheid door de wetgever als een te bevorderen doelstelling moet worden aangewezen, dat de maatregelen van tijdelijke aard moeten zijn en verdwijnen wanneer het door de wetgever beoogde doel eenmaal is bereikt, en dat zij niet onnodig andermans rechten moeten beperken.¹⁴

3.3.3. In het licht van die voorwaarden moet omtrent de voorgestelde regeling, en de overgangsregeling erbij, het volgende worden opgemerkt.

3.3.4. Wat het bestaan betreft van een kennelijke ongelijkheid waarvan het *verdwijnen* de te bevorderen doelstelling is, moet worden vastgesteld dat in de toelichting bij het voorstel voor de rechtvaardiging van de maatregel wordt gewezen naar het verleden, meer bepaald naar de situatie waarbij de vrouwelijke rechters van het Hof gedurende lange tijd uitsluitend behoorden tot de Nederlandse taalgroep. Weliswaar kan hieruit worden afgeleid dat het voorstel ertoe strekt de gelijkheid in de praktijk tussen mannen en vrouwen te *waarborgen* (opmerking 3.2.2), maar voorafgaandelijk wordt niet aangetoond dat een kennelijke ongelijkheid voorhanden is die de wetgever wil doen verdwijnen.¹⁵

¹² *Doc. parl.*, Sénat, 2000-01, n° 2-465/4, p. 9.

¹³ Voir *Doc. parl.*, Sénat, 2000-01, n° 2-465/4, pp. 29 et 65; *Doc. parl.*, Chambre, 2001-02, n° 50-1140/002, p. 13.

¹⁴ C.C., 27 janvier 1994, n° 9/94, B.6.2. Voir également C.C., 14 juillet 1997, n° 42/97, B.20; C.C., 6 octobre 2004, n° 157/2004, B.79; C.C., 12 février 2009, n° 17/2009, B.22.3; C.C., 11 mars 2009, n° 39/2009, B.42 et n° 40/2009, B.88; C.C., 22 octobre 2015, n° 145/2015, B.10.1.

¹⁵ Comp. avec C.C., 22 octobre 2015, n° 145/2015, B.10.2 (la Cour constitutionnelle relève qu'au cours des travaux préparatoires des décrets attaqués dans cette affaire, il avait été invoqué qu'une inégalité manifeste existait sur la base de différentes études et d'une enquête).

¹² *Parl.St.* Senaat 2000-01, nr. 2-465/4, 9.

¹³ Zie *Parl.St.* Senaat, 2000-01, nr. 2-465/4, 29 en 65; *Parl.St.* Kamer 2001-02, nr. 50-1140/002, 13.

¹⁴ GwH 27 januari 1994, nr. 9/94, B.6.2. Zie ook GwH 14 juli 1997, nr. 42/97, B.20; GwH 6 oktober 2004, nr. 157/2004, B.79; GwH 12 februari 2009, nr. 17/2009, B.22.3; GwH 11 maart 2009, nr. 39/2009, B.42 en nr. 40/2009, B.88; GwH 22 oktober 2015, nr. 145/2015, B.10.1.

¹⁵ Vgl. GwH 22 oktober 2015, nr. 145/2015, B.10.2 (het Grondwettelijk Hof wijst erop dat tijdens de parlementaire voorbereiding van de in die zaak bestreden decreten aan de hand van verschillende studies en een enquête werd aangevoerd dat een kennelijke ongelijkheid bestond).

Au moment où a été inscrit le principe prévoyant que la Cour constitutionnelle est composée de juges de sexe différent¹⁶, la Cour ne comptait aucun juge de sexe féminin¹⁷. Lors de l'instauration de l'exigence que la Cour constitutionnelle compte au moins un tiers de juges de chaque sexe¹⁸, il y avait deux juges féminins¹⁹, sur un total de douze juges. Dans les deux cas, on pouvait faire état d'une inégalité manifeste.

Actuellement, la situation est toutefois moins évidente. Depuis la dernière nomination d'un juge à la Cour constitutionnelle par l'arrêté royal du 30 août 2023²⁰, six juges sur douze, répartis équitablement entre les deux groupes linguistiques, sont de sexe féminin. Non seulement la représentation minimale, visée par le régime proposé, d'au moins un tiers de juges de chaque sexe dans les deux groupes linguistiques de la Cour constitutionnelle est déjà réalisée, mais la Cour compte en outre actuellement plus de juges féminins que le minimum requis par l'actuel article 34, § 5, de la loi spéciale du 6 janvier 1989. Dans la mesure où le régime proposé a pour objet d'assurer l'égalité entre hommes et femmes, la sous-représentation des juges de sexe féminin ne semble plus être telle que l'on puisse parler d'inégalité *manifeste*.

3.3.5. En ce qui concerne l'exigence selon laquelle des mesures d'action positive doivent être de nature temporaire, il y a lieu de constater que la proposition soumise pour avis ne prévoit aucune limite dans le temps pour l'exigence qui veut que chaque groupe linguistique de la Cour compte au moins un tiers de juges de chaque sexe. Elle ne prévoit pas non plus de mécanisme d'évaluation permettant de vérifier périodiquement s'il se justifie encore de donner exécution à une telle mesure d'action positive²¹.

3.3.6. Concernant l'exigence qu'une mesure d'action positive ne puisse restreindre inutilement les droits d'autrui, le Conseil d'État, section de législation, a jugé qu'une obligation de respecter un quota de femmes et d'hommes dans la composition, en l'occurrence, du conseil d'administration d'une entreprise publique économique ou de la Loterie Nationale, ne contient pas de telle restriction, à la condition:

¹⁶ Article 34, § 5, de la loi spéciale du 6 janvier 1989, inséré par l'article 11, b), de la loi spéciale du 9 mars 2003 'modifiant la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour d'arbitrage'.

¹⁷ Voir *Doc. parl.*, Sénat, 2002-03, n° 2-897/6, p. 235.

¹⁸ Article 34, § 5, de la loi spéciale du 6 janvier 1989, remplacé par l'article 12 de la loi spéciale du 4 avril 2014 'portant modification de la loi du 6 janvier 1989 sur la Cour constitutionnelle'.

¹⁹ Voir *Doc. parl.*, Sénat, 2013-14, n° 5-2438/3, p. 12.

²⁰ Voir la publication au *Moniteur belge* du 14 septembre 2023.

²¹ Comp. avec C.C., 22 octobre 2015, n° 145/2015, B.10.2 (selon la Cour constitutionnelle, il peut être question de mesure temporaire étant donné qu'il est prévu un système d'évaluation régulière des effets des mesures d'action positive).

Op het ogenblik dat het beginsel werd ingeschreven dat het Grondwettelijk Hof samengesteld is uit rechters van verschillend geslacht,¹⁶ telde het Hof geen enkele rechter van het vrouwelijke geslacht.¹⁷ Bij de invoering van het vereiste dat het Grondwettelijk Hof ten minste één derde rechters van elk geslacht telt,¹⁸ waren er twee vrouwelijke rechters,¹⁹ op een totaal van twaalf. In beide gevallen kon er gewag worden gemaakt van een kennelijke ongelijkheid.

Thans is dat echter minder vanzelfsprekend. Sinds de laatste benoeming van een rechter in het Grondwettelijk Hof bij koninklijk besluit van 30 augustus 2023²⁰ zijn zes van de twaalf rechters, gelijk verdeeld over beide taalgroepen, van het vrouwelijk geslacht. Niet alleen is de door de voorgestelde regeling beoogde minimale vertegenwoordiging van ten minste één derde rechters van elk geslacht in beide taalgroepen van het Grondwettelijk Hof reeds verwezenlijkt, bovendien telt het Hof thans meer vrouwelijke rechters dan het minimum vereist door het bestaande artikel 34, § 5, van de bijzondere wet van 6 januari 1989. In zoverre de voorgestelde regeling de gelijkheid tussen mannen en vrouwen beoogt te waarborgen, lijkt de ondervertegenwoordiging van rechters van het vrouwelijke geslacht niet langer van die orde dat sprake is van een *kennelijke* ongelijkheid.

3.3.5. Wat het vereiste betreft dat maatregelen van positieve actie van tijdelijke aard moeten zijn, moet worden vastgesteld dat het voor advies voorgelegde voorstel in geen enkele tijdsbeperking voorziet voor het vereiste dat elke taalgroep van het Hof ten minste één derde rechters van elk geslacht telt. Er wordt ook niet in een evaluatiemechanisme voorzien waarbij op gezette tijden wordt nagegaan of er nog redenen zijn om een dergelijke maatregel van positieve actie uitwerking te laten hebben.²¹

3.3.6. Wat het vereiste betreft dat een maatregel van positieve actie de rechten van anderen niet nodeloos mag beperken, heeft de Raad van State, afdeling Wetgeving, geoordeeld dat een verplichting een quorum na te leven van vrouwen of mannen in de samenstelling van, in dat geval, de raad van bestuur van een economisch overheidsbedrijf of de Nationale Loterij, geen dergelijke beperking inhoudt op voorwaarde:

¹⁶ Artikel 34, § 5, van de bijzondere wet van 6 januari 1989, ingevoegd bij artikel 11, b), van de bijzondere wet van 9 maart 2003 'tot wijziging van de bijzondere wet van 6 januari 1989 op het Arbitragehof'.

¹⁷ Zie *Parl.St.* Senaat 2002-03, nr. 2-897/6, 235.

¹⁸ Artikel 34, § 5, van de bijzondere wet van 6 januari 1989, vervangen bij artikel 12 van de bijzondere wet van 4 april 2014 'tot wijziging van de bijzondere wet van 6 januari 1989 op het Grondwettelijk Hof'.

¹⁹ Zie *Parl.St.* Senaat 2013-14, nr. 5-2438/3, 12.

²⁰ Zie de bekendmaking in het *Belgisch Staatsblad* van 14 september 2023.

²¹ Vgl. GwH 22 oktober 2015, nr. 145/2015, B.10.2 (volgens het Grondwettelijk Hof kan er gewag worden gemaakt van een tijdelijke maatregel vermits in een systeem wordt voorzien waarbij de gevolgen van de maatregelen van positieve actie op gezette tijden worden geëvalueerd).

“- qu'elle permette une comparaison des titres et mérites des candidats de sexe différent²²;

— 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 mérites²³ et le respect de cette obligation doit apparaître de la motivation de l'acte de nomination²⁴.

Or, il n'apparaît pas que tel est le cas dans le régime proposé. Du fait qu'elle fixe une représentation minimale, à respecter de manière inconditionnelle, d'au moins un tiers de juges de chaque sexe dans chaque groupe linguistique de la Cour, la proposition de loi spéciale emporte qu'une personne d'un sexe déterminé peut être nommée juge à la Cour constitutionnelle au seul motif qu'elle est de ce sexe, sans que ses mérites et titres aient été comparés à ceux d'un ou plusieurs autres candidats qui ne sont pas de ce sexe.

Indépendamment du fait qu'un tel régime ne paraisse dès lors pas compatible avec le droit de l'Union européenne (observation 3.2.4), il semble en outre impliquer une restriction disproportionnée des droits d'autrui.

3.3.7. Force est de constater, par conséquent, que le régime proposé ne satisfait pas aux conditions d'admissibilité d'une mesure d'action positive qui découlent de la jurisprudence de la Cour constitutionnelle.

4. Il découle de ce qui précède que le régime proposé ne peut pas se concrétiser.

5. On ne pourrait arriver à une autre conclusion que si un régime tel que celui prévu par la proposition ne partait pas du principe que l'accès égal des hommes et des femmes à la fonction de juge à la Cour constitutionnelle doit être garanti, mais considérerait plutôt que la Cour constitutionnelle doit être un reflet de la société dont elle apprécie les lois, décrets et ordonnances à ce point fidèle qu'elle doit compter dans chaque groupe linguistique, au moins, un tiers de juges de chaque sexe. Il apparaît toutefois au Conseil d'État, section de législation, qu'un choix politique d'une telle importance ne peut intervenir par une loi, ni même par une loi spéciale, mais peut uniquement être opéré par le Constituant lui-même.

²² Note de bas de page 14 de l'avis cité: Sur l'obligation de procéder à une comparaison des titres et mérites des candidats à une nomination comme administrateur d'une entreprise publique économique, voir C.E., MATTHIS, n° 118.044, 4 avril 2003.

²³ Note de bas de page 15 de l'avis cité: C.E., VAN BRANTEGEM, n° 196.546, 1^{er} octobre 2009.

²⁴ Avis C.E. 49.473/AG du 26 avril 2011, observation 13.

“- dat deze verplichting een vergelijking mogelijk maakt van de aanspraken en verdiensten van de kandidaten van verschillend geslacht²²;

— 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 vergelijken²³, en het naleven van deze verplichting moet blijken uit de motivering van de akte van benoeming.²⁴

Het laat zich echter niet aanzien dat dit het geval is in de voorgestelde regeling. Doordat het een minimale vertegenwoordiging in elke taalgroep van het Hof van ten minste één derde rechters van elk geslacht vaststelt die onvoorwaardelijk moet worden nageleefd, leidt het voorstel van bijzondere wet ertoe dat een persoon van een bepaald geslacht kan worden benoemd tot rechter in het Grondwettelijk Hof enkel op grond van het feit dat hij van dat geslacht is, zonder dat zijn aanspraken en verdiensten werden vergeleken met die van een of meerdere kandidaten die niet van dat geslacht zijn.

Nog los van het gegeven dat een dergelijke regeling hierdoor niet bestaanbaar lijkt met het recht van de Europese Unie (opmerking 3.2.4), lijkt ze tevens een onevenredige beperking in te houden van de rechten van anderen.

3.3.7. Bijgevolg moet worden vastgesteld dat de voorgestelde regeling niet voldoet aan de voorwaarden die uit de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof voortvloeien opdat een maatregel van positieve actie aanvaardbaar zou zijn.

4. Uit wat voorafgaat vloeit voort dat de voorgestelde regeling geen doorgang kan vinden.

5. Er zou slechts tot een ander besluit kunnen worden gekomen indien voor een regeling zoals die waarin het voorstel voorziet als uitgangspunt niet zou worden genomen dat de gelijke toegang van mannen en vrouwen tot het ambt van rechter in het Grondwettelijk Hof moet worden gewaarborgd, maar veeleer dat het Grondwettelijk Hof een dermate getrouwe afspiegeling moet zijn van de samenleving waarvan het de wetten, decreten en ordonnances beoordeelt, dat het Hof in elke taalgroep, ten minste, één derde van rechters van elk geslacht moet tellen. Het komt de Raad van State, afdeling Wetgeving, evenwel voor dat een dergelijke belangrijke beleidskeuze niet bij wet, en zelfs niet bij bijzondere wet, kan gebeuren, maar enkel door de Grondwetgever zelf.

²² Voetnoot 14 van het aangehaalde advies: Over de verplichting om de aanspraken en verdiensten te vergelijken van de kandidaten voor een benoeming als bestuurder van een economisch overheidsbedrijf, zie RvS, MATTHIS, nr. 118.044, 4 april 2003.

²³ Voetnoot 15 van het aangehaalde advies: RvS, VAN BRANTEGEM, nr. 196.546, 1 oktober 2009.

²⁴ Adv.RvS 49.473/AV van 26 april 2011, opmerking 13.

EXAMEN DU TEXTE

Article 3

6. L'article 34, § 1^{er}, 1^o, e), proposé, de la loi spéciale du 6 janvier 1989 prévoit la possibilité de nommer une personne juge à la Cour constitutionnelle si elle a exercé, pendant au moins vingt ans, la profession d'avocat à titre d'activité professionnelle principale et dispose "de l'expertise nécessaire pour exercer la fonction de juge à la Cour constitutionnelle" (article 3, 2^o, de la proposition).

Il semble découler des commentaires consacrés à cet article qu'il doit s'agir en particulier d'une expertise avérée "dans le domaine du droit public". Les auteurs de la proposition vérifieront si cette condition doit effectivement être comprise de manière restrictive et, le cas échéant, justifieront ce choix, dès lors que l'on ne peut exclure qu'une expertise dans d'autres disciplines juridiques soit également utile à la Cour constitutionnelle.

7. L'article 34, § 1^{er}, 2^o, proposé, de la loi spéciale du 6 janvier 1989 est complété afin de prévoir la possibilité de nommer une personne juge à la Cour constitutionnelle si elle a exercé pendant huit ans au moins "la fonction de ministre fédéral ou de secrétaire d'État ou la fonction de ministre ou de secrétaire d'État d'un gouvernement de Communauté ou de Région" (article 3, 4^o, de la proposition).

Puisque les secrétaires d'État régionaux de la Région de Bruxelles-Capitale, bien qu'ils soient adjoints à un membre du gouvernement de cette Région, ne font pas eux-mêmes partie de ce gouvernement²⁵, mieux vaudrait compléter l'article 34, § 1^{er}, 2^o, proposé, de la loi spéciale du 6 janvier 1989 comme suit: "ou avoir exercé la fonction de ministre fédéral ou de secrétaire d'État ou la fonction de *ministre ou de secrétaire d'État adjoint à un membre* d'un gouvernement de Communauté ou de Région".

Article 7

8. L'article 34/1, proposé, de la loi du 6 janvier 1989 prévoit que la Chambre des représentants et le Sénat entendent les candidats à la fonction de juge à la Cour constitutionnelle.

L'article 32, alinéa 1^{er}, de la même loi, relatif au rôle de la Chambre des représentants et du Sénat dans la nomination, précisant que les juges sont nommés sur une liste double présentée alternativement par la Chambre des représentants et par le Sénat, mieux vaudrait insérer la mission d'entendre les candidats dans cette disposition, par exemple en y insérant une deuxième phrase, nouvelle, rédigée comme suit: "Préalablement à la présentation, la chambre concernée entend les candidats".

²⁵ Article 41, § 2, alinéa 1^{er}, de la loi spéciale du 12 janvier 1989 'relative aux Institutions bruxelloises'.

ONDERZOEK VAN DE TEKST

Artikel 3

6. In het voorgestelde artikel 34, § 1, 1^o, e), van de bijzondere wet van 6 januari 1989 wordt in de mogelijkheid voorzien om een persoon te benoemen als rechter in het Grondwettelijk Hof indien die gedurende minstens twintig jaar als voornaamste beroepsactiviteit het beroep van advocaat heeft uitgeoefend en beschikt "over een voor de uitoefening van het ambt van rechter bij het Grondwettelijk Hof noodzakelijke deskundigheid" (artikel 3, 2^o, van het voorstel).

Uit de toelichting bij dat artikel lijkt te volgen dat het in het bijzonder moet gaan om een aantoonbare deskundigheid "op het vlak van het publiekrecht". De indieners van het voorstel dienen na te gaan of die voorwaarde inderdaad beperkend moet worden begrepen, en die keuze desgevallend te verantwoorden, nu niet kan worden uitgesloten dat het Grondwettelijk Hof ook gebaat is met deskundigheid op het vlak van andere juridische disciplines.

7. Het voorgestelde artikel 34, § 1, 2^o, van de bijzondere wet van 6 januari 1989 wordt aangevuld teneinde in de mogelijkheid te voorzien om een persoon te benoemen als rechter in het Grondwettelijk Hof indien die ten minste acht jaar "het ambt van federaal minister of staatssecretaris of het ambt van minister of staatssecretaris van een gemeenschaps- of gewestregering" heeft uitgeoefend (artikel 3, 4^o, van het voorstel).

Vermits de gewestelijke staatssecretarissen in het Brusselse Hoofdstedelijke Gewest, hoewel ze worden toegevoegd aan een lid van de Brusselse Hoofdstedelijke regering, zelf geen deel uitmaken van die regering,²⁵ wordt het voorgestelde artikel 34, § 1, 2^o, van de bijzondere wet van 6 januari 1989 beter aangevuld als volgt: "of het ambt van federaal minister of staatssecretaris of het ambt van *minister in of staatssecretaris toegevoegd aan een lid van een gemeenschaps- of gewestregering* te hebben uitgeoefend".

Artikel 7

8. In het voorgestelde artikel 34/1 van de bijzondere wet van 6 januari 1989 wordt bepaald dat de Kamer van volksvertegenwoordigers en de Senaat de kandidaten voor het ambt van rechter in het Grondwettelijk Hof horen.

Vermits artikel 32, eerste lid, van dezelfde wet met betrekking tot de rol van de Kamer en de Senaat bij de benoeming preciseert dat de rechters worden benoemd uit een lijst met twee kandidaten, beurtelings door de Kamer van volksvertegenwoordigers en door de Senaat voorgedragen, wordt de opdracht om de kandidaten te horen beter daar ingevoegd, bijvoorbeeld door in die bepaling een nieuwe tweede zin in te voegen, die luidt als volgt: "Voorafgaand aan de voordracht hoort de betrokken kamer de kandidaten".

²⁵ Artikel 41, § 2, eerste lid, van de bijzondere wet van 12 januari 1989 'met betrekking tot de Brusselse Instellingen'.

Article 8

9. L'article 8 de la proposition contient des régimes transitoires en ce qui concerne les nouvelles exigences en matière de connaissances linguistiques. Le délégué a confirmé que l'objectif de cette disposition est d'appliquer l'exigence d'une connaissance suffisante de la seconde langue nationale aux juges qui seront nommés après l'entrée en vigueur de la loi spéciale à adopter.

L'article 8, alinéa 1^{er}, de la proposition doit par conséquent viser l'article 31, alinéa 3 (et non: 2), de la loi spéciale du 6 janvier 1989, tel qu'*inséré* (et non: modifié) par l'article 2 de la proposition.

10. Le commentaire de l'article 8 de la proposition mentionne un régime transitoire relatif à la représentation de chaque sexe dans chaque groupe linguistique, réglée à l'article 6. Le commentaire ne correspond donc pas au texte de l'article 8. En outre, il fait allusion à la présence d'un "nombre identique" de juges de chaque sexe dans chaque groupe linguistique, alors que l'exigence d'"au moins un tiers de juges de chaque sexe", inscrite à l'article 34, § 5, de la loi spéciale du 6 janvier 1989, actuellement en vigueur, est certes rendue applicable à chaque groupe linguistique par l'article 6, mais n'est pas modifiée par ailleurs.

Interrogé à propos de ces discordances, le délégué a répondu qu'aucun régime transitoire n'est prévu pour l'article 6 de la proposition et que les références, contenues dans le commentaire de l'article 8, à l'article 6 et à une composition paritaire en ce qui concerne le sexe des juges constituent une erreur matérielle.

Dès lors, on adaptera le commentaire de l'article 8.

Le greffier,

YVES DEPOORTER

Le président,

JEROEN VAN NIEUWENHOVE

Artikel 8

9. Artikel 8 van het voorstel bevat overgangsregelingen met betrekking tot de nieuwe vereisten inzake taalkennis. De gemachtigde bevestigde dat het doel van deze bepaling is om de vereiste van een voldoende kennis van de tweede landstaal te doen gelden voor rechters die benoemd worden na de inwerkingtreding van de aan te nemen bijzondere wet.

In artikel 8, eerste lid, van het voorstel moet bijgevolg worden verwezen naar artikel 31, *derde* (niet: tweede) lid, van de bijzondere wet van 6 januari 1989, zoals *ingevoegd* (niet: gewijzigd) bij artikel 2 van het voorstel.

10. In de toelichting bij artikel 8 van het voorstel wordt gewag gemaakt van een overgangsregeling met betrekking tot de vertegenwoordiging van elk geslacht in elke taalgroep, die wordt geregeld in artikel 6. De toelichting stemt dus niet overeen met de tekst van artikel 8. Bovendien alludeert de toelichting op de aanwezigheid van "evenveel" rechters van elk geslacht in elke taalgroep, terwijl de vereiste van "ten minste één derde rechters van elk geslacht" in artikel 34, § 5, van de bijzondere wet van 6 januari 1989, zoals het thans geldt, bij artikel 6 weliswaar van toepassing wordt gemaakt op elke taalgroep, maar verder niet wordt gewijzigd.

Gevraagd naar die discrepanties, antwoordde de gemachtigde dat voor artikel 6 van het voorstel niet in een overgangsregeling wordt voorzien en dat de verwijzingen, in de toelichting bij artikel 8, naar artikel 6 en naar een paritaire samenstelling op het vlak van het geslacht van de rechters materiële vergissingen betreffen.

De toelichting bij artikel 8 moet bijgevolg worden aangepast.

De griffier,

YVES DEPOORTER

De voorzitter,

JEROEN VAN NIEUWENHOVE