



RAAD VAN STATE  
afdeling Wetgeving

CONSEIL D'ÉTAT  
section de législation

advies 71.827/3  
van 14 november 2022

avis 71.827/3  
du 14 novembre 2022

over

sur

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’ (*Parl.St.* Kamer  
2019-20, nr. 55-0949/001)

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, 2019-20,  
n° 55-0949/001)

Op 5 juli 2022 is de Raad van State, afdeling Wetgeving, door de Voorzitster van de Kamer van volksvertegenwoordigers verzocht binnen een termijn van dertig dagen een advies te verstrekken 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’ (*Parl.St.* Kamer 2019-20, nr. 55-0949/001).

Het voorstel is door de derde kamer onderzocht op 18 oktober 2022. De kamer was samengesteld uit Jeroen VAN NIEUWENHOVE, kamervoorzitter, Koen MUYLLE en Inge VOS, staatsraden, Jan VELAERS en Bruno PEETERS, assessoren, en Annemie GOOSSENS, griffier.

Het verslag is uitgebracht door Brecht STEEN, eerste auditeur-afdelingshoofd.

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

Het advies, waarvan de tekst hierna volgt, is gegeven op 14 november 2022.

\*

Le 5 juillet 2022, 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, 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, 2019-20, n° 55-0949/001).

La proposition a été examinée par la troisième chambre le 18 octobre 2022. La chambre était composée de Jeroen VAN NIEUWENHOVE, président de chambre, Koen MUYLLE et Inge VOS, conseillers d'État, Jan VELAERS et Bruno PEETERS, assesseurs, et Annemie GOOSSENS, greffier.

Le rapport a été présenté par Brecht STEEN, premier auditeur chef de section.

La concordance entre la version française et la version néerlandaise de l’avis a été vérifiée sous le contrôle de Koen MUYLLE, conseiller d’État.

L’avis, dont le texte suit, a été donné le 14 novembre 2022.

\*

1. Met toepassing van artikel 84, § 3, eerste lid, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973, heeft de afdeling Wetgeving zich toegespitst op het onderzoek van de bevoegdheid van de steller van de handeling, van de rechtsgrond<sup>1</sup>, 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 ertoe de samenstelling van het Grondwettelijk Hof op twee punten te wijzigen.

Enerzijds wordt de categorie van rechters die vijf jaar lid zijn geweest van de Senaat, de Kamer van volksvertegenwoordigers of een gemeenschaps- of gewestparlement, afgeschaft. Daartoe wordt artikel 34, § 1, 2°, van de bijzondere wet van 6 januari 1989 ‘op het Grondwettelijk Hof’ opgeheven (artikel 3, 1°, van het voorstel) en worden de artikelen 31, tweede lid, en 34, §§ 2 en 3, van dezelfde bijzondere wet hieraan aangepast (artikelen 2 en 3, 2° en 3°).

Anderzijds wordt vereist dat het Hof de helft rechters van elk geslacht telt. Daartoe wordt artikel 34, § 5, van de bijzondere wet van 6 januari 1989 gewijzigd (artikel 3, 4° en 5°). Dat vereiste treedt in werking op de dag dat het Grondwettelijk Hof voor de helft bestaat uit rechters van elk geslacht. Tot die datum benoemt de Koning een rechter van het minst vertegenwoordigde geslacht wanneer de vorige benoemingen niet hebben geleid tot een toename van het aantal rechters van dat geslacht (artikel 4, tweede lid).

### ALGEMENE OPMERKINGEN

3.1. Het voorgestelde artikel 34, § 5, van de bijzondere wet van 6 januari 1989 leidt ertoe dat op het ogenblik dat een ambt van rechter vacant wordt, slechts een persoon van een bepaald geslacht kan worden benoemd, namelijk een persoon van hetzelfde geslacht als de rechter die wordt vervangen. Ook tijdens de overgangsperiode waarin artikel 4, tweede lid, van het voorstel voorziet, kan het zich voordoen dat enkel een persoon van een bepaald geslacht kan worden benoemd, indien de vorige benoemingen niet hebben geleid tot een toename van het aantal rechters van het minst vertegenwoordigde geslacht. Met andere woorden, bij een benoeming zal de Koning, die de rechters benoemt, verplicht zijn om een persoon van een welbepaald geslacht te benoemen en zullen, omgekeerd, personen van het andere geslacht niet kunnen worden benoemd.

De vraag rijst of een dergelijke regeling bestaanbaar is met, enerzijds, het recht van de Europese Unie en, anderzijds, het grondwettelijke beginsel van gelijkheid en niet-discriminatie.

---

<sup>1</sup> Aangezien het om een voorstel van bijzondere wet gaat, wordt onder “rechtsgrond” de overeenstemming met de hogere rechtsnormen verstaan.

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.<sup>2</sup>

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<sup>3</sup>, 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, blijkens de toelichting bij het voorstel, wordt beoogd “de man/vrouw-samenstelling van het Grondwettelijk Hof te herzien en pariteit in te stellen”, 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/EEG,<sup>4</sup> 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

<sup>2</sup> HvJ 19 april 2012, C-415/10, *Meister v. Speech Design Carrier Systems GmbH*, ECLI:EU:C:2012:217, punt 33.

<sup>3</sup> 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.”

<sup>4</sup> 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’.

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<sup>5</sup>.

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’<sup>6</sup>.

De toepassing van deze rechtspraak op de opgelegde verplichting om, zonder mogelijkheid ervan af te wijken, een quotum na te leven van een derde vrouwen of mannen in een raad van bestuur zowel in het geval van een economisch overheidsbedrijf als in het geval van de Nationale Loterij, brengt het ernstige risico met zich mee dat die verplichting stuit op de principes van toelaatbaarheid van een positieve actie ten gunste van personen van een bepaald geslacht zoals het HvJEU ze duidelijk heeft gemaakt<sup>7</sup>. 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 persoonlijke situatie van alle kandidaten worden gemaakt, omdat, luidens de wet, voorrang moet worden gegeven aan die kandidaat, zelfs al is hij ondergekwalificeerd ten opzichte van andere kandidaten, gegeven het feit dat deze andere kandidaten van het andere geslacht zijn<sup>8,9</sup>.

<sup>5</sup> 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.

<sup>6</sup> Voetnoot 18 van het aangehaalde advies: HvJEU, BADECK e.a., voornoemd arrest, overweging 18.

<sup>7</sup> 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 rechtscollages”, in C. BAYART, S. SOTTIAUX, S. VAN DROOGHENBROECK (eds.), *Actualités du droit de la lutte contre la discrimination*, Brugge, Die Keure, 2010, 272 ; M. DE VOS, “Positieve actie en discriminatie in het Europese en Belgische discriminatierecht”, in C. BAYART, S. SOTTIAUX et S. VAN DROOGHENBROECK (eds.), *De nieuwe federale antidiscriminatie wetten*, Brugge, Die Keure, 2008, 316.

<sup>8</sup> 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).

<sup>9</sup> 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’,

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,<sup>10</sup> moet worden vastgesteld dat in de voorgestelde regeling enkel de overgangsregeling in zeer beperkte mate een “openingsclausule” bevat. Er wordt immers bepaald dat “wanneer de vorige benoemingen (...) hebben geleid tot een toename van het aantal rechters van [het minst vertegenwoordigde] geslacht”, een voorgedragen kandidaat van het vrouwelijke geslacht terzijde kan worden geschoven na de afweging van kandidaten van het mannelijke geslacht met gelijke kwalificaties rekening houdend met de bijzondere persoonlijke situatie van alle kandidaten. Na de periode van de overgangsregeling, of tijdens die periode wanneer de vorige benoemingen *niet* hebben geleid tot een toename van het aantal rechters van het minst vertegenwoordigde geslacht, komen evenwel enkel kandidaten van een welbepaald 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.

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”.<sup>11</sup> Daarbij werd herhaalde malen verwezen naar de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof inzake maatregelen van positieve actie.<sup>12</sup>

---

*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 ‘relatif à la gouvernance et à la transparence dans l’exécution des mandats publics’, *Parl.St.* CoCoF 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’.

<sup>10</sup> 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, Anderson en 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 v. Polen*, ECLI:EU:C:2019:924, punt 73).

<sup>11</sup> *Parl.St.* Senaat 2000-01, nr. 2-465/4, 9.

<sup>12</sup> Zie *Parl.St.* Senaat, 2000-01, nr. 2-465/4, 29 en 65; *Parl.St.* Kamer 2001-02, nr. 50-1140/002, 13.

Daarentegen werd in diezelfde parlementaire voorbereiding verklaard dat het “niet de bedoeling [is] uit te komen in een samenleving die berust op ‘fifty/fifty-quota’s’; er wordt wel gestreefd naar de gelijkheid van al haar burgers, ongeacht hun geslacht”.<sup>13</sup> Er werd aan toegevoegd dat “dezelfde terughoudendheid aan de dag” moest worden gelegd “voor de grondwettelijke bekrachtiging van de pariteit, dus voor het uitwerken van een duurzame regeling van een onderscheid op grond van het geslacht”.<sup>14</sup>

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.<sup>15</sup>

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 enkel wordt gesteld dat de indieners ervan beogen “de man/vrouw-samenstelling van het Grondwettelijk Hof te herzien en pariteit in te stellen”. 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 er gewag kan worden gemaakt van een *kennelijke* ongelijkheid die de wetgever wil doen verdwijnen.<sup>16</sup>

Op het ogenblik dat het beginsel werd ingeschreven dat het Grondwettelijk Hof samengesteld is uit rechters van verschillend geslacht,<sup>17</sup> telde het Hof geen enkele rechter van het vrouwelijke geslacht.<sup>18</sup> Bij de invoering van het vereiste dat het Grondwettelijk Hof ten minste één

---

<sup>13</sup> *Parl.St.* Kamer 2001-02, nr. 50-1140/002, 21 (de geciteerde spreker voegde daar wel aan toe dat “het instellen van quota’s een middel [is] waar men wellicht niet omheen kan”).

<sup>14</sup> *Ibid.*, 21.

<sup>15</sup> 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.

<sup>16</sup> Vgl. GwH 22 oktober 2015, nr. 145/2015, B.10.2 (het Grondwettelijk Hof wijst erop dat tijdens de parlementaire voorbereiding van het in die zaak bestreden decreet aan de hand van verschillende studies en een enquête werd aangevoerd dat een kennelijke ongelijkheid bestond).

<sup>17</sup> 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’.

<sup>18</sup> Zie *Parl.St.* Senaat 2002-03, nr. 2-897/6, 235.

derde rechters van elk geslacht telt,<sup>19</sup> waren er twee vrouwelijke rechters,<sup>20</sup> op een totaal van twaalf. In beide gevallen kon er gewag worden gemaakt van een kennelijke ongelijkheid.

Thans is dat echter minder vanzelfsprekend dan op het eerste gezicht zou kunnen worden aangenomen. Sinds de laatste benoeming van een rechter in het Grondwettelijk Hof bij koninklijk besluit van 13 september 2022<sup>21</sup> zijn vijf van de twaalf rechters van het vrouwelijk geslacht. Niet alleen is de door de voorgestelde regeling beoogde pariteit nagenoeg 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 het Hof evenveel rechters van elk geslacht telt.<sup>22</sup> 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.<sup>23</sup>

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 quotum 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:

“- dat deze verplichting een vergelijking mogelijk maakt van de aanspraken en verdiensten van de kandidaten van verschillend geslacht<sup>24</sup>;

- 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.

---

<sup>19</sup> 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’.

<sup>20</sup> Zie *Parl.St.* Senaat 2013-14, nr. 5-2483/3, 12.

<sup>21</sup> Zie de bekendmaking in het Belgisch Staatsblad van 28 september 2022.

<sup>22</sup> De overgangsregeling waarin artikel 4, tweede lid, van het voorstel voorziet is weliswaar tijdelijk van aard, maar dat tijdelijke karakter leidt niet tot een opheffing van de maatregel van positieve actie, maar integendeel tot een verstrenging.

<sup>23</sup> 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).

<sup>24</sup> 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.

De quotumregel kan de met benoemingsbevoegdheid beklede overheidsinstantie immers niet ontslaan van de verplichting de aanspraken en verdiensten te vergelijken <sup>25</sup>, en het naleven van deze verplichting moet blijken uit de motivering van de akte van benoeming.”<sup>26</sup>

Het laat zich echter niet aanzien dat dit het geval is in de voorgestelde regeling. Doordat het een absolute pariteit 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,<sup>27</sup> dat wil zeggen los van zijn aanspraken en verdiensten. Dat geldt ook tijdens de overgangsperiode waarin artikel 4, tweede lid, van het voorstel voorziet, indien de vorige benoemingen niet hebben geleid tot een toename van het aantal rechters van het minst vertegenwoordigde geslacht.

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. Voorts rijst de vraag naar de toepassing van de voorgestelde regeling op personen met een niet-binaire genderidentiteit.

Te dien aanzien moet eraan worden herinnerd dat het Grondwettelijk Hof in arrest nr. 99/2019 van 19 juni 2019 artikel 3 van de wet van 25 juni 2017 ‘tot hervorming van regelingen inzake transgenders wat de vermelding van een aanpassing van de registratie van het geslacht in de akten van de burgerlijke stand en de gevolgen hiervan betreft’ heeft vernietigd, in zoverre het niet in een mogelijkheid voorziet voor personen met een niet-binaire genderidentiteit om de registratie van het geslacht in de akte van geboorte aan te passen aan hun genderidentiteit, terwijl dit wel het geval is voor personen met een binaire genderidentiteit. Ofschoon het Hof in dat arrest heeft geoordeeld dat er “verschillende mogelijkheden [zijn] om die ongrondwettigheid te verhelpen, waaronder de creatie van één of meerdere bijkomende categorieën die zowel bij de geboorte als achteraf toelaten om voor alle personen rekening te houden met het geslacht en de genderidentiteit, maar eveneens de mogelijkheid om de registratie van het geslacht of de genderidentiteit als element van de burgerlijke staat van een persoon te schrappen” en dat het “aan de wetgever [staat] (...) om met inachtneming van de artikelen 10 en 11 van de Grondwet, een regeling te treffen om de vastgestelde ongrondwettigheid te verhelpen”, vloeit uit de twee door het Hof geopperde mogelijkheden voort dat, wanneer uitvoering zal worden gegeven aan dit arrest, het niet langer in alle gevallen mogelijk zal zijn om aan de hand van de geboorteakte te bepalen dat een persoon tot het mannelijke of een vrouwelijke geslacht behoort.

<sup>25</sup> Voetnoot 15 van het aangehaalde advies: RvS, VAN BRANTEGEM, nr. 196.546, 1 oktober 2009.

<sup>26</sup> Adv.RvS 49.473/AV van 26 april 2011, l.c., opmerking 13.

<sup>27</sup> Na de overgangsperiode komen kandidaten van het andere geslacht dan datgene dat vereist is om de pariteit te verzekeren, zelf niet in aanmerking voor een benoeming.

Het voor advies voorliggende voorstel dreigt dan ook een lacune te creëren door geen rekening te houden met personen met een niet-binaire genderidentiteit.

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

6. 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 afspiegeling moet zijn van de samenleving waarvan het de wetten, decreten en ordonnances beoordeelt. Het komt de Raad van State, afdeling Wetgeving, evenwel voor dat een dergelijke paradigmashift niet bij wet, en zelfs niet bij bijzondere wet, kan gebeuren, maar uit een keuze van de Grondwetgever zelf moet blijken. Dat is des te meer het geval nu blijkt uit de parlementaire voorbereiding van de grondwetsherziening van 21 februari 2002, waarbij de artikelen 10, derde lid, en 11*bis* werden ingevoegd in de Grondwet, dat het niet de bedoeling was van de Grondwetgever om met die grondwetsbepalingen in een pariteitsvereiste te voorzien (opmerking 3.3.1).

\*

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

\*

### PORTÉE DE LA PROPOSITION

2. La proposition de loi spéciale soumise pour avis a pour objet de modifier la composition de la Cour constitutionnelle sur deux points.

D'une part, la catégorie de juges qui ont été membres pendant cinq ans du Sénat, de la Chambre des représentants ou d'un parlement de communauté ou de région est supprimée. À cet effet, l'article 34, § 1<sup>er</sup>, 2°, de la loi spéciale du 6 janvier 1989 'sur la Cour constitutionnelle' est abrogé (article 3, 1°, de la proposition) et les articles 31, alinéa 2, et 34, §§ 2 et 3, de la même loi spéciale sont adaptés en conséquence (articles 2 et 3, 2° et 3°).

D'autre part, il est requis que la Cour compte la moitié de juges de chaque sexe. À cet effet, l'article 34, § 5, de la loi spéciale du 6 janvier 1989 est modifié (article 3, 4° et 5°). Cette exigence entre en vigueur le jour où la Cour constitutionnelle compte la moitié des juges de chaque sexe. Jusqu'à cette date, le Roi nomme un juge du sexe le moins représenté quand les nominations précédentes n'ont pas augmenté le nombre de juges de ce sexe (article 4, alinéa 2).

### OBSERVATIONS GÉNÉRALES

3.1. L'article 34, § 5, proposé, de la loi spéciale du 6 janvier 1989 a pour effet qu'au moment où une fonction de juge devient vacante, seule une personne d'un sexe déterminé peut être nommée, à savoir une personne du même sexe que le juge qui est remplacé. Pendant la période transitoire prévue par l'article 4, alinéa 2, de la proposition également, il peut arriver que seule une personne d'un sexe déterminé puisse être nommée, si les nominations précédentes n'ont pas augmenté le nombre de juges du sexe le moins représenté. Autrement dit, lors d'une nomination, le Roi, qui nomme les juges, sera obligé de nommer une personne d'un sexe déterminé et, à l'inverse, les personnes de l'autre sexe ne pourront pas être nommées.

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

---

<sup>1</sup> S'agissant d'une proposition de loi spéciale, on entend par « fondement juridique » la conformité avec les normes supérieures.

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 emploi <sup>2</sup>.

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 Traité <sup>3</sup>, 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 « réformer la composition homme/femme au sein de la Cour constitutionnelle et prévoir ainsi la parité », 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/CEE <sup>4</sup>, 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)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.

<sup>2</sup> C.J.U.E., 19 avril 2012, C-415/10, *Meister c. Speech Design Carrier Systems GmbH*, ECLI:EU:C:2012:217, point 33.

<sup>3</sup> 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 ».

<sup>4</sup> 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'.

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'<sup>5</sup>.

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'<sup>6</sup>.

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 CJUE<sup>7</sup>. En effet, le respect d'un tel quota peut conduire, dans certaines situations, à choisir un administrateur du sexe requis pour l'unique raison que le quota n'est pas atteint. Ce choix se fera donc indépendamment d'une appréciation objective des situations particulières d'ordre personnel de tous les candidats, une priorité devant, aux termes de la loi, être accordée à ce candidat même s'il est sous-qualifié par rapport à d'autres dès lors que ceux-ci sont de l'autre sexe<sup>8</sup> »<sup>9</sup>.

<sup>5</sup> 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.

<sup>6</sup> Note de bas de page 18 de l'avis cité : CJUE, BADECK e.a., précité, considérant 18.

<sup>7</sup> Note de bas de page 19 de l'avis cité : Pour une synthèse de la jurisprudence de la CJUE, voir D. CUYPERS et C. VAN VYVE, « De criteria voor positieve actie in de rechtspraak van de hoogste rechtscollages », in C. BAYART, S. SOTTIAUX, S. VAN DROOGHENBROECK (éds.), *Actualités du droit de la lutte contre la discrimination*, Bruges, Die Keure, 2010, p. 272 ; M. DE VOS, « Positieve actie en discriminatie in het Europese en Belgische discriminatierecht », in C. BAYART, S. SOTTIAUX et S. VAN DROOGHENBROECK (éds.), *De nieuwe federale antidiscriminatie wetten*, Bruges, Die Keure, 2008, p. 316.

<sup>8</sup> 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).

<sup>9</sup> 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.*, CoCoF, 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

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 constitutionnelle<sup>10</sup>, il y a lieu de constater que, dans le régime proposé, seul le régime transitoire contient une « clause d'ouverture » dans une mesure très limitée. Il est en effet prévu que « quand les nominations précédentes (...) ont (...) augmenté le nombre de juges [du] sexe [le moins représenté] », un candidat présenté de sexe féminin peut être écarté après la mise en balance de candidats de sexe masculin présentant les mêmes qualifications compte tenu de la situation personnelle particulière de tous les candidats. À l'issue de la période transitoire, ou pendant cette période si les nominations précédentes *n'ont pas* augmenté le nombre de juges du sexe le moins représenté, seuls les candidats d'un sexe déterminé sont toutefois pris en considération pour une 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.

3.3.1. Selon l'article 11*bis*, alinéa 1<sup>er</sup>, 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 »<sup>11</sup>. À cet égard, il a été renvoyé à maintes reprises à la jurisprudence de la Cour constitutionnelle en matière de mesures d'action positive<sup>12</sup>.

Par contre, lors de ces mêmes travaux préparatoires, il a été déclaré qu'« [i]l ne s'agit pas de fonder une société basée sur des quotas de 'moitié-moitié', mais bien d'agir en faveur d'une société où les citoyens sont égaux, quelle que soit leur appartenance à un sexe »<sup>13</sup>. Et d'ajouter qu'on peut éprouver « une même réticence à [...] inscrire (dans la Constitution) la parité, c'est-à-dire à organiser de manière durable une distinction sur base du sexe »<sup>14</sup>.

---

organique des établissements scientifiques fédéraux et du 25 février 2008 fixant le statut du personnel scientifique des établissements scientifiques fédéraux'.

<sup>10</sup> 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, Anderson et 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).

<sup>11</sup> *Doc. parl.*, Sénat, 2000-01, n° 2-465/4, p. 9.

<sup>12</sup> 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.

<sup>13</sup> *Doc. parl.*, Chambre, 2001-02, n° 50-1140/002, p. 21 (l'intervenant cité ajoute toutefois que « l'adoption de quotas est un moyen qu'il peut être nécessaire d'actionner »).

<sup>14</sup> *Ibid.*, p. 21.

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'autrui <sup>15</sup>.

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 indiquent uniquement que les auteurs entendent « réformer la composition homme/femme au sein de la Cour constitutionnelle et prévoir ainsi la parité ». 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 peut être question d'une inégalité *manifeste* que le législateur entend faire disparaître <sup>16</sup>.

Au moment où a été inscrit le principe prévoyant que la Cour constitutionnelle est composée de juges de sexe différent <sup>17</sup>, la Cour ne comptait aucun juge de sexe féminin <sup>18</sup>. Lors de l'instauration de l'exigence que la Cour constitutionnelle compte au moins un tiers de juges de chaque sexe <sup>19</sup>, il y avait deux juges féminins <sup>20</sup>, sur un total de douze juges. Dans les deux cas, on pouvait faire état d'une inégalité manifeste.

---

<sup>15</sup> 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.

<sup>16</sup> Comp. avec C.C., 22 octobre 2015, n° 145/2015, B.10.2 (la Cour constitutionnelle relève qu'au cours des travaux préparatoires du décret attaqué dans cette affaire, il avait été invoqué qu'une inégalité manifeste existait sur la base de différentes études et d'une enquête).

<sup>17</sup> 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'.

<sup>18</sup> Voir *Doc. parl.*, Sénat, 2002-03, n° 2-897/6, p. 235.

<sup>19</sup> 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'.

<sup>20</sup> Voir *Doc. parl.*, Sénat, 2013-14, n° 5-2438/3, p. 12.

Actuellement, la situation est moins évidente que ce que l'on pourrait admettre à première vue. Depuis la dernière nomination d'un juge à la Cour constitutionnelle par l'arrêté royal du 13 septembre 2022 <sup>21</sup>, cinq juges sur douze sont de sexe féminin. Non seulement la parité visée par le régime proposé est presque 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 la Cour compte autant de juges de chaque sexe <sup>22</sup>. 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 positive <sup>23</sup>.

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 :

« - qu'elle permette une comparaison des titres et mérites des candidats de sexe différent <sup>24</sup>;

- 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 <sup>25</sup> et le respect de cette obligation doit apparaître de la motivation de l'acte de nomination » <sup>26</sup>.

<sup>21</sup> Voir la publication au Moniteur belge du 28 septembre 2022.

<sup>22</sup> Si le régime transitoire prévu par l'article 4, alinéa 2, de la proposition est effectivement de nature temporaire, ce caractère temporaire n'entraîne toutefois pas une suppression de la mesure d'action positive, mais au contraire un renforcement de celle-ci.

<sup>23</sup> 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).

<sup>24</sup> 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.

<sup>25</sup> Note de bas de page 15 de l'avis cité : C.E., VAN BRANTEGEM, n° 196.546, 1<sup>er</sup> octobre 2009.

<sup>26</sup> Avis C.E. 49.473/AG du 26 avril 2011, l.c., observation 13.

Or, il n'apparaît pas que tel est le cas dans le régime proposé. Du fait qu'elle fixe une parité absolue à respecter de manière inconditionnelle, 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<sup>27</sup>, c'est-à-dire indépendamment de ses titres et mérites. Il en va de même pendant la période transitoire prévue par l'article 4, alinéa 2, de la proposition, si les nominations précédentes n'ont pas entraîné une augmentation du nombre de juges du sexe le moins représenté.

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. Par ailleurs, se pose la question de l'application du régime proposé aux personnes à l'identité de genre non binaire.

À cet égard, il convient de rappeler que, dans l'arrêt n° 99/2019 du 19 juin 2019, la Cour constitutionnelle a annulé l'article 3 de la loi du 25 juin 2017 'réformant des régimes relatifs aux personnes transgenres en ce qui concerne la mention d'une modification de l'enregistrement du sexe dans les actes de l'état civil et ses effets', en ce qu'il ne prévoit pas, pour les personnes dont l'identité de genre est non binaire, la possibilité de modifier l'enregistrement du sexe dans leur acte de naissance afin que cet enregistrement corresponde à leur identité de genre, alors que tel est le cas pour les personnes à identité de genre binaire. Bien que, dans cet arrêt, la Cour ait jugé qu'« (i)l y a [...], pour remédier à cette inconstitutionnalité, plusieurs possibilités, parmi lesquelles la création d'une ou de plusieurs catégories supplémentaires permettant de tenir compte, tant à la naissance qu'après, pour toutes les personnes, du sexe et de l'identité de genre, mais également la possibilité de supprimer l'enregistrement du sexe ou de l'identité de genre comme élément de l'état civil d'une personne » et que « (c')est [...] au législateur [...] qu'il appartient d'adopter, dans le respect des articles 10 et 11 de la Constitution, une réglementation visant à remédier à l'inconstitutionnalité constatée », il découle des deux possibilités formulées par la Cour que, lorsqu'il sera pourvu à l'exécution de cet arrêt, l'acte de naissance ne permettra plus de déterminer dans tous les cas si une personne appartient au sexe masculin ou au sexe féminin.

La proposition soumise pour avis risque dès lors de créer une lacune en ne prenant pas en compte les personnes à identité de genre non binaire.

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

---

<sup>27</sup> À l'issue de la période transitoire, les candidats de l'autre sexe que celui qui est exigé pour assurer la parité n'entrent même plus en considération pour une nomination.

6. 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. Il apparaît toutefois au Conseil d'État, section de législation, qu'un tel changement de paradigme ne peut intervenir par une loi, ni même par une loi spéciale, mais doit être le résultat d'un choix du Constituant lui-même. C'est d'autant plus vrai qu'il ressort des travaux préparatoires de la révision constitutionnelle du 21 février 2002, qui a inséré les articles 10, alinéa 3, et 11bis dans la Constitution, que le Constituant n'a pas envisagé que ces dispositions constitutionnelles prévoient une exigence de parité (observation 3.3.1).

DE GRIFFIER - LE GREFFIER

DE VOORZITTER - LE PRÉSIDENT

Annemie GOOSSENS

Jeroen VAN NIEUWENHOVE