



CONSEIL D'ÉTAT
section de législation

RAAD VAN STATE
afdeling Wetgeving

avis 69.821/2/V
du 30 aout 2021

advies 69.821/2/V
van 30 augustus 2021

sur

over

un avant-projet d'ordonnance
de la Région de
Bruxelles-Capitale 'modifiant
la Nouvelle loi communale
dans le cadre de la réforme de
la gouvernance locale'

een voorontwerp van
ordonnantie van het Brussels
Hoofdstedelijk Gewest 'tot
wijziging van de Nieuwe
Gemeentewet in het kader van
hervorming van het lokaal
bestuur'

Le 6 juillet 2021, le Conseil d'État, section de législation, a été invité par le Ministre du Gouvernement de la Région de Bruxelles-Capitale, chargé de l'Emploi et de la Formation professionnelle, de la Transition numérique et des Pouvoirs locaux à communiquer un avis, dans un délai de trente jours prorogé de plein droit* jusqu'au 20 août 2021, sur un avant-projet d'ordonnance 'modifiant la Nouvelle loi communale dans le cadre de la réforme de la gouvernance locale'.

L'avant-projet a été examiné par la deuxième chambre des vacations le 30 août 2021. La chambre était composée de Pierre VANDERNOOT, président de chambre, Bernard BLERO et Christine HOREVOETS, conseillers d'État, Sébastien VAN DROOGHENBROECK, assesseur, et Charles-Henri VAN HOVE, greffier assumé.

Le rapport a été présenté par Marc OSWALD, premier auditeur.

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

L'avis, dont le texte suit, a été donné le 30 août 2021.

*

Op 6 juli 2021 is de Raad van State, afdeling Wetgeving, door de Minister van de Brusselse Hoofdstedelijke Regering, belast met werk en beroepsopleiding, digitalisering en de plaatselijke besturen verzocht binnen een termijn van dertig dagen van rechtswege* verlengd tot 20 augustus 2021 een advies te verstrekken over een voorontwerp van ordonnantie 'tot wijziging van de Nieuwe Gemeentewet in het kader van hervorming van het lokaal bestuur'.

Het voorontwerp is door de tweede vakantiekamer onderzocht op 30 augustus 2021. De kamer was samengesteld uit Pierre VANDERNOOT, kamervoorzitter, Bernard BLERO en Christine HOREVOETS, staatsraden, Sébastien VAN DROOGHENBROECK, assessor, en Charles-Henri VAN HOVE, toegevoegd griffier.

Het verslag is uitgebracht door Marc OSWALD, eerste auditeur.

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

Het advies, waarvan de tekst hierna volgt, is gegeven op 30 augustus 2021.

*

* 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.

* 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 verlengd wordt met vijftien dagen wanneer hij begint te lopen tussen 15 juli en 31 juli of wanneer hij verstrijkt tussen 15 juli en 15 augustus.

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

Sur ces trois points, l'avant-projet appelle les observations suivantes.

EXAMEN DE L'AVANT-PROJET

Article 3

Depuis l'adoption de l'ordonnance du 1^{er} mars 2018 'modifiant la Nouvelle loi communale afin d'assurer une présence équilibrée de femmes et d'hommes au sein des collèges communaux', l'article 16, § 1^{er}, de la Nouvelle loi communale assure une représentation équilibrée des femmes et des hommes au sein des collèges des bourgmestre et échevins de la Région de Bruxelles-Capitale. La règle est qu'il y a le même nombre d'échevins de sexe masculin que de sexe féminin si le nombre des échevins est pair et qu'il y a une différence d'une unité, dans un sens ou dans l'autre, entre le nombre d'échevins de sexe masculin ou féminin lorsque le nombre d'échevins est impair.

Dans son avis 62.346/AG donné le 28 novembre 2017 sur un amendement à la proposition devenue cette ordonnance du 1^{er} mars 2018¹, l'assemblée générale de la section de législation a formulé l'observation suivante au sujet de cette disposition :

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

Il ressort des travaux préparatoires² qu'il est vrai que, d'une part, le Constituant lui-même ne prévoit que l'exigence minimale selon laquelle au moins un membre de chaque sexe est échevin, mais que, d'autre part, il n'exclut pas que le législateur compétent impose une représentation plus élevée³. Dans ce cas, il faut qu'il soit satisfait aux conditions d'une action positive.

[‡] S'agissant d'un avant-projet d'ordonnance, on entend par « fondement juridique » la conformité aux normes supérieures.

¹ *Doc. parl.*, Parl. Rég. Brux.-Cap., 2017-2018, n° A-92/2, pp. 25 à 31, <http://www.raadvst-consetat.be/dbx/avis/62346.pdf>.

² *Note de bas de page n° 9 de l'avis cité* : Voir le rapport de M^{mes} Moerman et Milquet au sujet de la révision du titre II de la Constitution, en vue d'y insérer un nouvel article relatif au droit à l'égalité des femmes et des hommes, *Doc. parl.*, Chambre, 2001-2002, n° 50/1140/002, 21 : « Le choix opéré par le Conseil des ministres impose l'installation d'exécutifs mixtes. Le signal politique est clair, même s'il ne fait pas expressément référence à une norme. Cela étant, la vice-première ministre est d'accord pour dire que les présents projets de révision ne représentent qu'un cadre que les autorités politiques doivent s'employer à remplir rapidement en démontrant leur propre capacité à réaliser le changement qu'elles recommandent auprès de tous les acteurs sociaux ».

³ *Note de bas de page n° 10 de l'avis cité* : Voir également en ce sens : S. Van Drooghenbroeck et I. Hachez : « L'introduction de l'égalité entre les hommes et les femmes dans la Constitution », *Rev. b. dr. const.*, 2002, (153), 175.

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

La possibilité d'établir, par le biais d'une telle action positive, un quota en faveur des personnes du sexe sous-représenté dans des organismes publics ou privés a déjà fait l'objet de différents avis de la section de législation ⁵.

Aux termes de la jurisprudence de la Cour constitutionnelle ⁶, une mesure instituant une action positive

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

(1) il doit exister une inégalité manifeste ;

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

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

(4) la mesure d'action positive ne doit pas restreindre inutilement les droits d'autrui (comparer avec l'article 10, § 2, de la loi anti-racisme, article 10, § 2, de la loi générale anti-discrimination et article 16, § 2, de la loi 'genre') ⁷ ».

L'article 16, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, en projet entend réduire d'une unité le nombre d'échevins dans les communes de la Région de Bruxelles-Capitale, tout en conservant la règle d'équilibre entre les hommes et les femmes.

Il revient à l'auteur de l'avant-projet de compléter l'exposé des motifs afin d'expliciter, au regard des critères dégagés par la Cour constitutionnelle et rappelés ci-avant, la nécessité de maintenir un quota en faveur des personnes d'un sexe déterminé.

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

⁵ Note de bas de page n° 12 de l'avis cité : Il est à cet égard renvoyé :
– à l'avis n° 49.473/AG de l'assemblée générale de la section de législation du Conseil d'État donné le 26 avril 2011 sur une proposition devenue la loi du 28 juillet 2011 'modifiant la loi du 21 mars 1991 portant réforme de certaines entreprises publiques économiques, le Code des sociétés et la loi du 19 avril 2002 relative à la rationalisation du fonctionnement et la gestion de la Loterie Nationale afin de garantir la présence des femmes dans le conseil d'administration des entreprises publiques autonomes, des sociétés cotées et de la Loterie Nationale', <http://www.raadvst-consetat.be/dbx/avis/49473.pdf> ;
– aux avis n°s 53.297/4 à 53.299/4 donnés le 29 mai 2013 sur trois avant-projets de décret de la Région wallonne devenus les décrets du 9 janvier 2014 destinés à promouvoir une représentation équilibrée des femmes et des hommes dans les organes de gestion des établissements pour aînés en Région wallonne, <http://www.raadvst-consetat.be/dbx/avis/53297.pdf> ;
– à l'avis n° 60.174/1 donné le 14 novembre 2016 sur un amendement au projet de décret devenu le décret spécial de la Communauté flamande du 3 février 2017 'tot wijziging van diverse bepalingen van het bijzonder decreet van 26 juni 1991 betreffende de Universiteit Gent en het Universitair Centrum Antwerpen' (*Doc. parl.*, Parl. fl., session 2016-2017, n° 915/2, pp. 11-17).

⁶ Note de bas de page n° 13 de l'avis cité : Il est à cet égard renvoyé aux arrêts 9/94 du 27 janvier 1994 (et qui est l'arrêt fondateur en la matière), 42/97 du 14 juillet 1997, et encore récemment 145/2015 du 22 octobre 2015.

⁷ Note de bas de page n° 14 de l'avis cité : C.C., arrêt 145/2015 du 22 octobre 2015, cons. B.10.1.

Article 4

L'article 19, § 2, alinéa 1^{er}, 1°, alinéa 2, en projet ⁸, de la Nouvelle loi communale prévoit que, si le nombre d'échevins est réduit conformément à l'article 16, § 1^{er}, alinéa 2, en projet, la rémunération des échevins passe de 60 % à 75 % du traitement du bourgmestre.

Cette règle ne vaut toutefois que pour les communes dont la population n'excède pas le chiffre de 50.000 habitants.

Invitée à justifier, au regard des principes d'égalité et de non-discrimination consacrés par les articles 10 et 11 de la Constitution, pourquoi les échevins des communes de plus de 50.000 habitants et dont le nombre aurait été réduit, ne pourraient, eux aussi, bénéficier d'une augmentation de leur rémunération, la déléguée du Gouvernement a avancé les motifs suivants :

« Ces communes de moins de 50.000 habitants ne sont pas dans une situation identique à celles de plus de 50.000 habitants : elles sont traitées différemment dans les règles actuelles et ces principes restent inchangés dans le projet :

Elles ont moins d'échevins : 5 ou 6 maximum ;

Le traitement des échevins est calculé par rapport à un traitement du bourgmestre plus faible (les règles figureront dans un arrêté, mais le seuil de 50.000 habitants reste un seuil important dans la détermination du traitement des bourgmestres) ;

Dans les communes de moins de 50.000 habitants, le traitement des échevins est fixé à 60 % de celui du bourgmestre alors qu'il est déjà fixé à 75 % dans les plus grosses communes;

Si dans une commune de moins de 50.000, le conseil décide de mettre en place un collège comptant un échevin de moins que le nombre fixé par le législateur, l'impact apparaît plus important si on applique le même principe dans les plus grandes communes : perdre un échevin quand on en a 5 ou 6 impacte davantage que si on dispose de 7, 8 ou 9 échevins.

La charge de travail à répartir sur les échevins restants sera théoriquement plus importante et peut avoir pour effet que dans les communes qui prendraient une telle décision, les échevins auraient une charge de travail se rapprochant de celle de communes plus importantes. Leur salaire serait alors toujours calculé sur un traitement de bourgmestre moins élevé que dans une commune de plus de 50.000 habitants (traitement de bourgmestre appartenant à la catégorie 'moins de 25.000 ou moins de 50.000'), mais le pourcentage appliqué serait alors identique à celui de ces plus grandes communes : 75 % afin de corriger l'impact plus grand de la diminution d'un échevin supplémentaire ».

⁸ Il est par ailleurs rappelé que l'article 4, 2°, de l'avant-projet doit énoncer que c'est le paragraphe 2, alinéa 1^{er}, 1°, de l'article 19 de la Nouvelle loi communale qui est remplacé par la disposition en projet ; une remarque analogue vaut pour l'article 7 de l'avant-projet. Par ailleurs, il n'est pas de bonne technique législative de diviser en alinéas les éléments de la subdivision d'une phrase formant un alinéa (*Principes de technique législative - Guide de rédaction des textes législatifs et réglementaires*, www.raadvst-consetat.be, onglet « Technique législative », recommandation n° 60) ; l'alinéa 2 de l'article 19, § 2, alinéa 1^{er}, 1°, en projet, doit donc être présenté, en adaptant la rédaction, sous la forme d'un alinéa 2 nouveau de cet article 19, § 2, à insérer entre ses actuels alinéas 1^{er} et 2.

Elle a ajouté ce qui suit :

« Notre proposition est donc de mettre tout le monde au même pourcentage en permettant aux communes plus petites de rémunérer leurs échevins plus généreusement afin de favoriser la 'professionnalisation' de ceux-ci en évitant qu'ils ne doivent prendre un autre emploi pour espérer un salaire décent et puissent ainsi se consacrer pleinement à l'exercice de leur mandat public.

De surcroît, la charge de travail liée au mandat d'un échevin dans les communes de moins de 50.000 habitants implique paradoxalement une charge de travail supplémentaire, car le personnel administratif communal de ces communes est souvent moins fourni également ».

Ces explications gagneraient à figurer dans le commentaire des articles.

Article 5

1. À l'article 19/1, § 3, alinéa 3, en projet, pour garantir le respect du principe constitutionnel d'égalité et de non-discrimination, mieux vaut remplacer les mots « peut réclamer » par les mots « obtient à sa demande ».

2. L'article 19/1, § 5, en projet exclut du bénéfice de l'indemnité de sortie un certain nombre de catégories de personnes en raison des fonctions qu'elles exercent, fonctions qui sont rémunérées et sont donc génératrices d'un autre revenu professionnel au sens du paragraphe 3, alinéa 1^{er}, 1^o.

La question se pose de savoir quelle est la portée spécifique du paragraphe 5 en projet, aucune explication n'étant fournie dans l'exposé des motifs sur cette disposition.

La disposition sera clarifiée et la différence de traitement qu'elle consacrera, notamment quant aux catégories visées, devra pouvoir être justifiée au regard du principe constitutionnel d'égalité et de non-discrimination.

Article 6

La disposition à l'examen est commentée dans l'exposé des motifs par le constat que l'actuel article 20 de la Nouvelle loi communale permet au bourgmestre ou à l'échevin absent pour cause de maladie ou qui effectue un service public non rémunéré (cette dernière hypothèse visant par exemple celle où un échevin remplace un bourgmestre absent pour cause de maladie) de conserver son droit au traitement quelle que soit la durée de son absence. D'après l'exposé des motifs, il se déduit également de l'actuel article 20, alinéa 1^{er}, que, dès lors que le bourgmestre absent pour cause de maladie conserve son traitement, l'échevin qui le remplace n'a pas droit au traitement de bourgmestre. Et le conseiller communal qui à son tour remplace l'échevin concerné, n'a pas droit au traitement d'échevin. C'est « [a]fin de répondre à [cette] problématique » que l'article 20 est modifié « dans le sens où lorsqu'un échevin remplace le bourgmestre pendant au moins trente jours consécutifs, il recevra un traitement quelle que soit la raison du remplacement. Si un échevin reçoit le traitement de bourgmestre, le bourgmestre cesse de percevoir son

traitement » ; une règle équivalente doit être prévue à l'égard du conseiller communal lorsqu'il remplace un échevin.

C'est ainsi que l'article 20, alinéa 1^{er}, en projet prévoit que, lorsqu'un échevin remplace le bourgmestre au moins trente jours consécutifs, il acquiert le droit de percevoir le traitement attaché à la fonction de bourgmestre, ce dernier, empêché, perdant son droit au traitement.

L'alinéa 2 de l'article 20 en projet prévoit une règle équivalente dans l'hypothèse où un membre du conseil communal remplit la fonction d'échevin.

Une règle à portée générale s'applique dès lors à l'ensemble des bourgmestres, échevins et conseillers communaux concernés, quelle que soit la raison du remplacement.

L'article 20, alinéa 3, en projet règle plus particulièrement les cas d'empêchement visés aux articles 14bis et 18 de la Nouvelle loi communale. Il prévoit ici encore que, dans de tels cas, le traitement attaché à la fonction est alloué à celui qui remplace le bourgmestre ou l'échevin empêché, ces derniers ne percevant pas le traitement pour la période d'empêchement.

Les cas d'empêchement repris par l'article 14bis précité, qui concernent la fonction de bourgmestre, sont ceux dans lesquels ce dernier exerce la fonction de ministre, de secrétaire d'État, de membre d'un Gouvernement régional ou communautaire ou de secrétaire d'État régional pendant la période d'exercice de cette fonction ou ceux dans lesquels, en tant que milicien, le bourgmestre effectue son terme de service militaire actif ou, en tant qu'objecteur de conscience, son terme de service civil.

L'article 18 de la Nouvelle loi communale auquel il est renvoyé, qui concerne cette fois les échevins, prévoit également un cas d'empêchement dans l'hypothèse où l'échevin exerce les fonctions ministérielles ou de secrétaire d'État susvisées, ainsi que d'autres hypothèses, parmi lesquelles les situations de remplacement pour raisons médicales à la demande de l'échevin.

Le principe constitutionnel d'égalité et de non-discrimination impose de traiter de manière identique des catégories de personnes qui se trouvent dans des situations comparables⁹. Le même principe s'oppose à ce que soient traitées de manière identique des catégories de personnes qui se trouvent dans des situations différentes sans justification raisonnable¹⁰. L'auteur

⁹ La jurisprudence de la Cour constitutionnelle est en effet ainsi fixée pour ce cas de figure :

« Le principe d'égalité et de non-discrimination n'exclut pas qu'une différence de traitement soit établie entre des catégories de personnes, pour autant qu'elle repose sur un critère objectif et qu'elle soit raisonnablement justifiée. L'existence d'une telle justification doit s'apprécier en tenant compte du but et des effets de la mesure critiquée ainsi que de la nature des principes en cause; le principe d'égalité et de non-discrimination est violé lorsqu'il est établi qu'il n'existe pas de rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé » (par exemple, récemment : C.C., 15 juillet 2021, n° 107/2021, B.8.2 ; 15 juillet 2021, n° 110/2021, B.4).

¹⁰ La jurisprudence de la Cour constitutionnelle est en effet ainsi fixée pour ce cas de figure :

« Le principe d'égalité et de non-discrimination n'exclut pas qu'une différence de traitement soit établie entre des catégories de personnes, pour autant qu'elle repose sur un critère objectif et qu'elle soit raisonnablement justifiée. Ce principe s'oppose, par ailleurs, à ce que soient traitées de manière identique, sans qu'apparaisse une justification raisonnable, des catégories de personnes se trouvant dans des situations qui, au regard de la mesure critiquée, sont essentiellement différentes.

de l'avant-projet doit être en mesure de justifier au regard du principe constitutionnel d'égalité et de non-discrimination qu'un bourgmestre empêché pour cause de maladie perd son droit au traitement au terme d'un délai de trente jours, traitant ainsi ce bourgmestre de la même manière qu'un bourgmestre qui est empêché d'exercer ses fonctions pour d'autres motifs, tels l'hypothèse dans laquelle il est appelé à exercer une fonction de ministre ou secrétaire d'État, pour laquelle il percevra bien une rémunération.

La même justification doit être fournie en ce qui concerne l'échevin qui, pour des motifs médicaux et à sa demande, doit être remplacé par un membre du conseil communal, comme le prévoit l'alinéa 3 de l'article 20 en projet, dans la mesure où il renvoie à l'article 18 de la Nouvelle loi communale.

Il y a encore lieu de relever que, dès lors qu'ils entendent viser toutes les hypothèses de remplacement du bourgmestre ou de l'échevin, quelle qu'en soit la raison, les alinéas 1^{er} et 2 de l'article 20 en projet paraissent également couvrir les cas d'empêchement visés à l'alinéa 3 en projet de la même disposition. Partant, il y aura lieu d'omettre ce dernier, sauf à pouvoir expliquer la nécessité de son maintien.

Article 8

L'article 8, § 1^{er}, prévoit l'entrée en vigueur de l'ordonnance en projet

« à dater du renouvellement intégral des conseils communaux résultant des élections communales de 2024 ».

Toutefois, aux termes du paragraphe 2 de l'article 8, l'article 7 de l'avant-projet, relatif à l'interdiction du cumul entre la fonction de bourgmestre ou d'échevin et celle de membre du parlement de la Région de Bruxelles-Capitale, de la Chambre des représentants, du Sénat, du Parlement flamand ou du Parlement européen, est appelé à sortir ses effets le jour de la publication de l'ordonnance au *Moniteur belge*, sans préjudice, ajoute cette disposition, « des droits des élus concernés au moment de l'entrée en vigueur de la présente ordonnance et ce jusqu'au renouvellement des conseils communaux ».

Tout d'abord, s'agissant de ce paragraphe 2, sauf s'il existe des motifs particuliers qu'il revient, le cas échéant, à l'auteur de l'avant-projet d'étayer, il n'y a pas lieu de déroger à la règle usuelle d'entrée en vigueur fixée à l'article 33 de la loi spéciale du 12 janvier 1989 'relative aux Institutions bruxelloises'.

Par ailleurs, selon le commentaire des articles, la disposition transitoire relative aux « droits des élus »

« [...] signifie que les bourgmestres et échevins qui ne cumulent pas leur mandat avec un mandat de parlementaire au moment de la date d'entrée en vigueur de l'article 7 ne pourront pas cumuler à l'avenir à partir de cette date.

L'existence d'une telle justification doit s'apprécier en tenant compte du but et des effets de la mesure critiquée ainsi que de la nature des principes en cause; le principe d'égalité et de non-discrimination est violé lorsqu'il est établi qu'il n'existe pas de rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé » (par exemple, récemment : C.C., 15 juillet 2021, n° 106/2021, B.24).

Les bourgmestres et échevins qui cumulent avec un mandat de parlementaire à la date d'entrée en vigueur de l'article 7 peuvent cependant continuer à le faire jusqu'au renouvellement des conseils communaux en 2024 ».

Tel qu'il est rédigé, l'article 8, § 2, de l'avant-projet ne traduit cette intention que de manière imparfaite.

Mieux vaudrait formuler ainsi cette disposition :

« § 2. Par dérogation au paragraphe 1^{er}, l'article 7 entre en vigueur le dixième jour qui suit la date de publication de la présente ordonnance au *Moniteur belge*.

À titre transitoire, les bourgmestres et échevins qui sont également membres du Parlement de la Région de Bruxelles-Capitale, de la Chambre des représentants, du Sénat, du Parlement flamand ou du Parlement européen au moment de l'entrée en vigueur de l'article 7 peuvent exercer ces deux mandats jusqu'au renouvellement des conseils communaux résultant des élections communales de 2024 ».

*

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

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

ONDERZOEK VAN HET VOORONTWERP

Artikel 3

Sedert de aanneming van de ordonnantie van 1 maart 2018 ‘tot wijziging van de Nieuwe Gemeentewet teneinde een evenwichtige aanwezigheid van mannen en vrouwen in de gemeentecolleges te waarborgen’, waarborgt artikel 16, § 1, van de Nieuwe Gemeentewet een evenwichtige aanwezigheid van mannen en vrouwen in de colleges van burgemeester en schepenen van het Brussels Hoofdstedelijk Gewest. Als regel geldt dat er evenveel mannelijke als vrouwelijke schepenen zijn indien het totaal aantal schepenen even is en dat er één mannelijke of vrouwelijke schepen meer is als het totaal aantal schepenen oneven is.

In haar advies 62.346/AV van 28 november 2017 over een amendement op het voorstel dat ontstaan heeft gegeven aan die ordonnantie van 1 maart 2018¹ heeft de algemene vergadering van de afdeling Wetgeving met betrekking tot die bepaling het volgende opgemerkt:

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

Uit de parlementaire voorbereiding² blijkt dat de grondwetgever enerzijds zelf weliswaar slechts de minimale eis stelt dat ten minste één lid van elk geslacht schepen is, maar dat hij het anderzijds niet uitsluit dat de bevoegde wetgever een hogere vertegenwoordiging oplegt.³ In dat geval dient dan wel te zijn voldaan aan de voorwaarden voor een positieve actie.

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

¹ *Parl.St.* Br.Parl. 2017-18, nr. A-92/2, 25 tot 31, <http://www.raadvst-consetat.be/dbx/adviezen/62346.pdf>.

² *Voetnoot 9 van het geciteerde advies*: Zie Verslag MOERMAN en MILQUET over de Herziening van titel II van de Grondwet, om een nieuw artikel in te voegen betreffende het recht op gelijkheid van mannen en vrouwen, *Parl.St.*, Kamer, 2001-2002, nr. 50/1140/002, 21: “De keuze van de Ministerraad verplicht tot de instelling van gemengde uitvoerende organen. Het politiek signaal is duidelijk, al refereert het niet uitdrukkelijk aan een norm. De vice-eerste minister is het er niettemin mee eens dat de ter tafel liggende ontwerpen tot herziening van de Grondwet slechts een kader vormen, waaraan de overheden onverwijld invulling moeten geven om te bewijzen dat zijzelf de verandering kunnen tot stand te brengen die zij alle sociale actoren aanbevelen.”

³ *Voetnoot 10 van het geciteerde advies*: Zie ook in die zin S. VAN DROOGHENBROECK en I. HACHEZ: “L’introduction de l’égalité entre les hommes et les femmes dans la Constitution”, *Rev.b.dr.const.*, 2002, (153), 175.

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

Over de mogelijkheid om, door middel van een dergelijke positieve actie, een quotum in te voeren ten gunste van personen van het geslacht dat ondervertegenwoordigd is in openbare of privé-instellingen zijn door de afdeling Wetgeving reeds verscheidene adviezen uitgebracht.⁵

Volgens de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof⁶ kan een maatregel van positieve actie

'slechts worden genomen wanneer aan de volgende voorwaarden is voldaan:

- (1) er moet een kennelijke ongelijkheid zijn;
- (2) het verdwijnen van die ongelijkheid moet als een te bevorderen doelstelling worden aangewezen;
- (3) de maatregel van positieve actie moet van tijdelijke aard zijn en van dien aard dat hij verdwijnt zodra de beoogde doelstelling is bereikt;
- (4) de maatregel van positieve actie mag de rechten van anderen niet onnodig beperken (vergelijk met artikel 10, § 2, van de Antiracismewet, artikel 10, § 2, van de Algemene Antidiscriminatiewet en artikel 16, § 2, van de Genderwet).'⁷

Het ontworpen artikel 16, § 1, eerste lid, strekt ertoe het aantal schepenen in de gemeenten van het Brussels Hoofdstedelijk Gewest met één eenheid te verminderen, met behoud van de regel van een evenwichtige vertegenwoordiging van mannen en vrouwen.

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

⁵ Voetnoot 12 van het geciteerde advies: In dit verband wordt verwezen naar:

- advies nr. 49.473/AV van de algemene vergadering van de afdeling Wetgeving van de Raad van State, dat op 26 april 2011 uitgebracht is over een voorstel dat geleid heeft tot de wet van 28 juli 2011 'tot wijziging van de wet van 21 maart 1991 betreffende de hervorming van sommige economische overheidsbedrijven, het Wetboek van vennootschappen en de wet van 19 april 2002 tot rationalisering van de werking en het beheer van de Nationale Loterij teneinde te garanderen dat vrouwen zitting hebben in de raad van bestuur van de autonome overheidsbedrijven, de genoteerde vennootschappen en de Nationale Loterij', <http://www.raadvst-consetat.be/dbx/adviezen/49473.pdf>;

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

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

⁶ Voetnoot 13 van het geciteerde advies: In dat verband wordt verwezen naar arrest 9/94 van 2 januari 1994 (dat het basisarrest ter zake vormt), arrest 42/97 van 14 juli 1997 en het recente arrest 145/2015 van 22 oktober 2015.

⁷ Voetnoot 14 van het geciteerde advies: GwH 22 oktober 2015, nr. 145/2015, overweging B.10.1.

Het staat aan de steller van het voorontwerp om in het licht van de criteria die het Grondwettelijk Hof heeft vastgesteld en die hierboven in herinnering zijn gebracht, in de memorie van toelichting aanvullend uit te leggen waarom het noodzakelijk is een quorum ten gunste van de personen van een bepaald geslacht te handhaven.

Artikel 4

Het ontworpen artikel 19, § 2, eerste lid, 1°, tweede lid,⁸ van de Nieuwe Gemeentewet bepaalt dat, indien het aantal schepenen wordt verminderd overeenkomstig het ontworpen artikel 16, § 1, tweede lid, de wedde van de schepenen wordt opgetrokken van 60 % naar 75 % van de wedde van de burgemeester.

Die regel geldt echter alleen voor gemeenten met niet meer dan 50.000 inwoners.

Op de vraag om in het licht van de in artikelen 10 en 11 van de Grondwet neergelegde beginselen van gelijkheid en niet-discriminatie te rechtvaardigen waarom de schepenen van gemeenten met meer dan 50.000 inwoners ook geen weddeverhoging zouden kunnen genieten indien hun aantal wordt teruggebracht, heeft de gemachtigde van de regering de volgende redenen opgegeven:

“Ces communes de moins de 50.000 habitants ne sont pas dans une situation identique à celles de plus de 50.000 habitants : elles sont traitées différemment dans les règles actuelles et ces principes restent inchangés dans le projet:

Elles ont moins d'échevins : 5 ou 6 maximum;

Le traitement des échevins est calculé par rapport à un traitement du bourgmestre plus faible (les règles figureront dans un arrêté, mais le seuil de 50.000 habitants reste un seuil important dans la détermination du traitement des bourgmestres);

Dans les communes de moins de 50.000 habitants, le traitement des échevins est fixé à 60 % de celui du bourgmestre alors qu'il est déjà fixé à 75 % dans les plus grosses communes;

Si dans une commune de moins de 50.000, le conseil décide de mettre en place un collège comptant un échevin de moins que le nombre fixé par le législateur, l'impact apparaît plus important si on applique le même principe dans les plus grandes communes : perdre un échevin quand on en a 5 ou 6 impacte davantage que si on dispose de 7, 8 ou 9 échevins.

La charge de travail à répartir sur les échevins restants sera théoriquement plus importante et peut avoir pour effet que dans les communes qui prendraient une telle décision, les échevins auraient une charge de travail se rapprochant de celle de communes plus importantes. Leur salaire serait alors toujours calculé sur un traitement de

⁸ Er wordt overigens aan herinnerd dat in artikel 4, 2°, van het voorontwerp moet worden aangegeven dat het paragraaf 2, eerste lid, 1°, van artikel 19 van de Nieuwe Gemeentewet is dat wordt vervangen door de ontworpen bepaling; een soortgelijke opmerking geldt voor artikel 7 van het voorontwerp. Bovendien getuigt het niet van goede wetgevingstechniek om de onderdelen van een zin die een lid vormt, in alinea's te scheiden (*Beginselen van de wetgevingstechniek - Handleiding voor het opstellen van wetgevings- en reglementaire teksten*, www.raadvst-consetat.be, tab “Wetgevingstechniek” aanbeveling 60). Het tweede lid van het ontworpen artikel 19, § 2, eerste lid, 1°, moet dus, middels een herformulering, een nieuw tweede lid worden van dat artikel 19, § 2, in te voegen tussen het huidige eerste en tweede lid ervan.

bourgmestre moins élevé que dans une commune de plus de 50.000 habitants (traitement de bourgmestre appartenant à la catégorie ‘moins de 25.000 ou moins de 50.000’), mais le pourcentage appliqué serait alors identique à celui de ces plus grandes communes : 75 % afin de corriger l’impact plus grand de la diminution d’un échevin supplémentaire”.

Ze heeft daar nog het volgende aan toegevoegd:

“Notre proposition est donc de mettre tout le monde au même pourcentage en permettant aux communes plus petites de rémunérer leurs échevins plus généreusement afin de favoriser la ‘professionnalisation’ de ceux-ci en évitant qu’ils ne doivent prendre un autre emploi pour espérer un salaire décent et puissent ainsi se consacrer pleinement à l’exercice de leur mandat public.

De surcroît, la charge de travail liée au mandat d’un échevin dans les communes de moins de 50.000 habitants implique paradoxalement une charge de travail supplémentaire, car le personnel administratif communal de ces communes est souvent moins fourni également”.

Het zou goed zijn die uitleg op te nemen in de artikelsgewijze bespreking.

Artikel 5

1. Om de inachtneming van het grondwettelijke beginsel van gelijkheid en niet-discriminatie te waarborgen, is het beter om in het ontworpen artikel 19/1, § 3, derde lid, de woorden “kan de betrokkene vragen om het verschil bij te passen als” te vervangen door de woorden “verkrijgt de betrokkene op zijn verzoek dat het verschil wordt bijgepast als”.

2. Het ontworpen artikel 19/1, § 5, sluit een aantal categorieën van personen uit van het genot van de uittredingsvergoeding vanwege de ambten die ze uitoefenen, aangezien die ambten bezoldigd zijn en derhalve andere beroepsinkomsten opleveren in de zin van paragraaf 3, eerste lid, 1°.

De vraag rijst wat de specifieke strekking van de ontworpen paragraaf 5 is. In de memorie van toelichting wordt over die bepaling immers geen enkele uitleg gegeven.

De bepaling moet worden verduidelijkt en het erin vastgelegde verschil in behandeling, met name wat de vermelde categorieën betreft, moet kunnen worden gerechtvaardigd in het licht van het grondwettelijke beginsel van gelijkheid en niet-discriminatie.

Artikel 6

In de bespreking van de voorliggende bepaling in de memorie van toelichting wordt vastgesteld dat de burgemeester of schepen die afwezig is wegens ziekte of die een niet-bezoldigde openbare dienst verricht (in dat laatste geval bijvoorbeeld wanneer een schepen de wegens ziekte afwezige burgemeester vervangt) op grond van het huidige artikel 20 van de Nieuwe Gemeentewet zijn recht op wedde behoudt, ongeacht de duur van zijn afwezigheid. Volgens de memorie van toelichting volgt uit het huidige artikel 20, eerste lid, eveneens dat,

aangezien de wegens ziekte afwezige burgemeester zijn wedde behoudt, de schepen die hem vervangt geen recht heeft op de burgemeesterswedde. En het gemeenteraadslid dat op zijn beurt de schepen in kwestie vervangt, heeft geen recht op de wedde van schepen. Het is om “aan [dit] probleem tegemoet te komen” dat artikel 20 gewijzigd wordt “in de zin dat wanneer een schepen de burgemeester gedurende minstens dertig opeenvolgende dagen vervangt, hem een wedde uitbetaald wordt, ongeacht de reden van vervanging. Als een schepen een burgemeesterswedde ontvangt, ontvangt de burgemeester geen wedde meer”; er moet worden voorzien in een equivalente regel ten aanzien van het gemeenteraadslid wanneer dat lid een schepen vervangt.

Zo bepaalt het ontworpen artikel 20, eerste lid, dat wanneer een schepen de burgemeester gedurende minstens dertig opeenvolgende dagen vervangt, hem de wedde van de functie van burgemeester wordt toegekend en dat de verhinderde burgemeester dan zijn recht op wedde verliest.

Het tweede lid van het ontworpen artikel 20 voorziet in een equivalente regel in het geval waarin een gemeenteraadslid het ambt van schepen waarneemt.

Bijgevolg is een regel met een algemene draagwijdte van toepassing op alle betrokken burgemeesters, schepenen en gemeenteraadsliden, ongeacht de reden van de vervanging.

Het ontworpen artikel 20, derde lid, regelt meer in het bijzonder de gevallen van verhindering zoals bedoeld in de artikelen 14*bis* en 18 van de Nieuwe Gemeentewet. Het bepaalt hier nogmaals dat de aan het ambt verbonden wedde in dergelijke gevallen wordt toegekend aan diegene die de verhinderde burgemeester of schepen vervangt, en dat die laatsten geen wedde ontvangen voor de periode van verhindering.

De gevallen van verhindering die het voornoemde artikel 14*bis* vermeldt, hebben betrekking op de functie van burgemeester. Het betreft die gevallen waarin de burgemeester het ambt uitoefent van minister, staatssecretaris, lid van een gewest- of gemeenschapsregering of gewestelijk staatssecretaris voor de periode waarin dat ambt wordt uitgeoefend, of waarin de burgemeester als dienstplichtige zijn actieve militaire dienstdienst of als gewetensbezwaarde zijn burgerdienst vervult.

Artikel 18 van de Nieuwe Gemeentewet waarnaar wordt verwezen, dat zijnerzijds betrekking heeft op de schepenen, voorziet eveneens in een geval van verhindering wanneer de schepen het bovenvermelde ambt van minister of van staatssecretaris uitoefent, alsook in andere gevallen, onder meer de vervanging wegens medische redenen op verzoek van de schepen.

Krachtens het grondwettelijke beginsel van gelijkheid en non-discriminatie moeten categorieën van personen die zich in vergelijkbare situaties bevinden op dezelfde manier worden behandeld.⁹ Datzelfde beginsel staat eraan in de weg dat categorieën van personen die zich in

⁹ De rechtspraak van het Grondwettelijk Hof is voor dat geval namelijk aldus vastgesteld:

“Het beginsel van gelijkheid en niet-discriminatie sluit niet uit dat een verschil in behandeling tussen categorieën van personen wordt ingesteld, voor zover dat verschil op een objectief criterium berust en het redelijk verantwoord is. Het bestaan van een dergelijke verantwoording moet worden beoordeeld rekening houdend met het doel en de gevolgen van de betwiste maatregel en met de aard van de ter zake geldende beginselen; het beginsel van gelijkheid

verschillende situaties bevinden, zonder redelijke verantwoording op dezelfde wijze worden behandeld.¹⁰ De steller van het voorontwerp moet in het licht van het grondwettelijke beginsel van gelijkheid en non-discriminatie kunnen verantwoorden dat een wegens ziekte verhinderde burgemeester na een termijn van dertig dagen zijn recht op wedde verliest, waardoor die burgemeester op dezelfde manier behandeld wordt als een burgemeester die om andere redenen verhinderd wordt zijn ambt uit te oefenen, zoals wanneer hij het ambt van minister of staatssecretaris moet uitoefenen, waarvoor hij wel degelijk een bezoldiging zal ontvangen.

Eenzelfde verantwoording moet worden gegeven wat betreft de schepen die, om medische redenen en op zijn verzoek, vervangen moet worden door een gemeenteraadslid, zoals bepaald in het derde lid van het ontworpen artikel 20 in zoverre dat verwijst naar artikel 18 van de Nieuwe Gemeentewet.

Er dient voorts nog te worden opgemerkt dat het eerste en het tweede lid van het ontworpen artikel 20, die alle gevallen beogen te vermelden waarin de burgemeester of de schepen wordt vervangen, ongeacht de reden daarvan, eveneens de gevallen van verhindering lijken te dekken zoals bedoeld in het ontworpen derde lid van dezelfde bepaling. Dat laatste lid moet dan ook worden weggelaten, behalve als kan worden verklaard waarom het moet worden gehandhaafd.

Artikel 8

Artikel 8, § 1, bepaalt dat de ontworpen ordonnantie in werking treedt

“bij de volledige vernieuwing van de gemeenteraden na de gemeenteraadsverkiezingen van 2024”.

Luidens paragraaf 2 van artikel 8 heeft artikel 7 van het voorontwerp, in verband met het verbod op het cumuleren van het ambt van burgemeester of schepen met dat van lid van het Brussels Hoofdstedelijk Parlement, van de Kamer van volksvertegenwoordigers, van de Senaat, van het Vlaams Parlement of van het Europees Parlement, uitwerking op de dag van de bekendmaking van de ordonnantie in het *Belgisch Staatsblad*, zonder afbreuk te doen, zo staat nog in die bepaling, “aan de rechten van de geïnstalleerde verkozenen op het ogenblik van de inwerkingtreding van deze ordonnantie en dat tot aan de hernieuwing van de gemeenteraden”.

en niet-discriminatie is geschonden wanneer vaststaat dat er geen redelijk verband van evenredigheid bestaat tussen de aangewende middelen en het beoogde doel.” (bijvoorbeeld recent: GwH 15 juli 2021, nr. 107/2021, B.8.2; 15 juli 2021, nr. 110/2021, B.4).

¹⁰ De rechtspraak van het Grondwettelijk Hof is voor dat geval namelijk aldus vastgesteld:

“Het beginsel van gelijkheid en niet-discriminatie sluit niet uit dat een verschil in behandeling tussen categorieën van personen wordt ingesteld, voor zover dat verschil op een objectief criterium berust en het redelijk verantwoord is. Dat beginsel verzet er zich overigens tegen dat categorieën van personen, die zich ten aanzien van de betwiste maatregel in wezenlijk verschillende situaties bevinden, op identieke wijze worden behandeld, zonder dat daarvoor een redelijke verantwoording bestaat.

Het bestaan van een dergelijke verantwoording moet worden beoordeeld rekening houdend met het doel en de gevolgen van de betwiste maatregel en met de aard van de ter zake geldende beginselen; het beginsel van gelijkheid en niet-discriminatie is geschonden wanneer vaststaat dat geen redelijk verband van evenredigheid bestaat tussen de aangewende middelen en het beoogde doel.” (bijvoorbeeld recent : GwH 15 juli 2021, nr. 106/2021, B.24).

In verband met die paragraaf 2 is er vooreerst geen grond om af te wijken van de gebruikelijke regel inzake de inwerkingtreding zoals verankerd in artikel 33 van de bijzondere wet van 12 januari 1989 ‘met betrekking tot de Brusselse Instellingen’, behalve als er bijzondere redenen voor zijn, die de steller van het voorontwerp dan in voorkomend geval moet toelichten.

Bovendien betekent de overgangsbepaling met betrekking tot de “rechten van de verkozenen” luidens de artikelsgewijze bespreking

“dat burgemeesters en schepenen die op het moment van de inwerkingtreding van artikel 7 hun mandaat niet cumuleren met een parlementair mandaat, dit vanaf deze datum in de toekomst ook niet zullen kunnen doen.

Burgemeesters en schepenen die op de datum van inwerkingtreding van artikel 7 reeds een parlementair mandaat cumuleren, mogen dit echter blijven doen tot de vernieuwing van de gemeenteraad in 2024.”

Zoals artikel 8, § 2, van het voorontwerp gesteld is, komt die intentie niet volledig naar voren.

Het verdient aanbeveling die bepaling te formuleren als volgt:

“§ 2. In afwijking van paragraaf 1 treedt artikel 7 in werking op de tiende dag volgend op de datum van de bekendmaking van deze ordonnantie in het *Belgisch Staatsblad*.

Bij wijze van overgangsmaatregel kunnen de burgemeesters en schepenen die tevens lid zijn van het Brussels Hoofdstedelijk Parlement, van de Kamer van volksvertegenwoordigers, van de Senaat, van het Vlaams Parlement of van het Europees Parlement op het ogenblik dat artikel 7 in werking treedt, die twee mandaten uitoefenen tot de vernieuwing van de gemeenteraden die volgt uit de gemeenteraadsverkiezingen van 2024.”

LE GREFFIER – DE GRIFFIER

LE PRÉSIDENT – DE VOORZITTER

Charles-Henri VAN HOVE

Pierre VANDERNOOT