



CONSEIL de l'Égalité des CHANCES ENTRE HOMMES ET FEMMES
RAAD van de Gelijke Kansen voor Mannen en Vrouwen
RAT für Chancengleichheit zwischen Männern und Frauen

**ADVIES NR. 127 VAN 2 APRIL 2010 VAN HET BUREAU VAN DE RAAD VAN DE
GELIJKE KANSEN VOOR MANNEN EN VROUWEN BETREFFENDE POSITIEVE
ACTIES IN DE PRIVÉSECTOR, GOEDGEKEURD DOOR DE RAAD OP 10
DECEMBER 2010**

ADVIES NR. 127 VAN DE RAAD VAN DE GELIJKE KANSEN VOOR MANNEN EN VROUWEN BETREFFENDE POSITIEVE ACTIES IN DE PRIVÉSECTOR

I. RECHTVAARDIGING

Geraadpleegd door het kabinet van de minister van Werkgelegenheid, bevoegd voor Gelijke Kansen, over een voorontwerp van Koninklijk Besluit “tot uitvoering van de wet van 10 mei 2007 ter bestrijding van discriminatie tussen vrouwen en mannen” (hierna “de Genderwet” genoemd), brengt het Bureau van de Raad van de Gelijke Kansen voor Mannen en Vrouwen (hierna “de Raad”), gezien de hoogdringendheid, het volgende advies uit, dat later ter goedkeuring zal worden voorgelegd aan zijn Algemene Vergadering.

De Raad is trouwens verheugd over deze vraag om advies, want als gevolg van een manifeste vergetelheid is deze niet voorzien in art. 16, § 4 van de Genderwet.

II. ADVIES

Naast evidente gebreken op het stuk van de legistiek, te wijten aan het proces van “kopiëren en plakken”, bevat het voorontwerp ernstige fouten qua juridische conceptie. Daarom meent de Raad dat de nuttigste bijdrage die hij kan leveren bestaat in het herinneren aan een aantal principes die geboden zijn in deze materie.

1. Materieel toepassingsgebied

De bepalingen van het gemeenschapsrecht aangaande positieve acties en die van de Genderwet maken geen onderscheid tussen de private en de publieke sectoren. Desalniettemin is het, om juridische zowel als methodologische en historische redenen, gerechtvaardigd om een specifiek reglement aan de privésector te wijden, op voorwaarde dat de federale regering niet uitstelt om eveneens, in de mate van zijn bevoegdheden, tot hetzelfde over te gaan voor de publieke sector.

Om het dermate beperkte toepassingsgebied te definiëren wordt klassiek verwezen naar de wet van 5 december 1968. De Raad laat echter opmerken dat, bij uitzondering, bepaalde overheidsdiensten zoals de gewestelijke maatschappijen voor openbaar vervoer ook onder deze wet vallen; en dat anderzijds de uitsluiting van de onderwijsinstellingen niet geldt voor de universiteiten, maar ook dat de Genderwet niet van toepassing is op het onderwijs.

2. Discriminatie en positieve actie

Het gemeenschapsrecht verbiedt elke geslachtsdiscriminatie in de arbeidsbetrekkingen, en verplicht de lidstaten tot het nemen van de nodige maatregelen om dit verbod te doen naleven. Dit is wat de Genderwet doet (art. 19).

Wat betreft positieve acties: art. 141, § 4 van het EG-verdrag (waar naar verwezen wordt door het art. 3 van de richtlijn “herschikking” 2006/54/EG) laat deze toe wanneer het gaat om het “vergemakkelijken van de uitoefening van een beroepsactiviteit” of het “voorkomen of compenseren van nadelen in de beroepsloopbaan”. De rechtspraak van het Hof van Justitie (b.v. *Marschall*, C-409/25 van 11 november 1997) onderstreept dat positieve-actiemaatregelen aangewezen waren bij situaties van ongelijkheid waarvan de oorzaak ligt bij sociale praktijken zonder dat een overheid of een privépersoon er de juridische verantwoordelijkheid voor draagt.

3. Begunstigden van positieve acties

Het art. 141, § 4 EG voorziet enkel positieve acties ten voordele van het "ondervertegenwoordigde geslacht". Hoewel wat betreft art. 3 van de richtlijn 2006/54/EG overweging 22 van de preambule ervan verwijst naar de verklaring nr. 28 toegevoegd aan het verdrag van Amsterdam ("de lidstaten dienen in de eerste plaats te streven naar verbetering van de situatie van vrouwen in het beroepsleven"), is voorzichtigheid dus aanbevolen bij de omschrijving van de begunstigden van positieve acties.

4. Facultatief karakter van positieve acties

Art. 141, § 4 EG, art. 3 van de richtlijn 2006/54/EG en art. 16, §§ 2 en 3 van de Genderwet bevatten slechts de toelating tot het nemen van positieve acties, maar nergens een verplichting.

Over de kwestie van een verplichting tot positieve actie als deze onmisbaar is met het oog op het verwezenlijken van de gelijkheid wordt al lang gedebatteerd, met name in het kader van het Verdrag van New York aangaande de uitbanning van discriminaties tegen vrouwen. Het Europees Hof van de Rechten van de Mens heeft zelfs beslist dat de Tsjechische Republiek het recht van Romakinderen op onderwijs niet heeft gewaarborgd door geen positieve acties te ondernemen (arrest van 13 november 2007, verzoek nr. 57325/00).

Indien de verplichting bestaat, geldt dit evenwel enkel voor Staten. Men moet dus besluiten dat, zelfs al wil België de voornoemde verklaring nr. 28 ten uitvoer leggen, de federale regering niets anders kan doen dan de werkgevers sterk aanzetten tot positieve actie.

5. Evolutie van de nationale wetgeving

Het Koninklijk Besluit van 14 juli 1987 werd genomen op grond van art. 119 van de wet van 4 augustus 1978, opgesteld in eenvoudige termen die door de wet van 7 mei 1999 nauwelijks geamendeerd werden. Dit is ongetwijfeld waarom, zelfs naar de wijziging ervan in 1993, dit Koninklijk Besluit tot geen enkele betwisting heeft geleid.

De Raad merkt op dat het art. 16, § 2 van de Genderwet op een veel striktere en gedetailleerde wijze werd opgesteld, die zijn inspiratie vindt in de rechtspraak van het Arbitragehof met betrekking tot "positieve discriminaties" in het onderwijs in de Franse Gemeenschap. § 3, die de basis voor het voorontwerp van Koninklijk Besluit vormt, verwijst naar de voorwaarden vastgelegd door § 2 en belast de Koning met het bepalen van "de situaties en voorwaarden" waarin positieve acties kunnen getroffen worden.

6. Synthese van de punten 2 tot 5

Het leek mogelijk, en zelfs wenselijk, om de ondernemingen een methodologie ter beschikking te stellen, waaraan het voorontwerp uitsluitend gewijd is, dat, grotendeels, het Koninklijk Besluit van 1987 herneemt.

Zelfs uit hoofde van de methodologie verleent het art. 16, § 3 van de Genderwet de Koning echter geen enkele macht tot op het opleggen van verplichtingen aan de werkgevers, zelfs indien ze bedongen zijn door een verzoek van de vertegenwoordigers van de werknemers.

Overigens, indien de redactie van een verslag over de gelijke kansen in de onderneming blijk geeft van een ongerechtvaardigde verschillende behandeling van vrouwen en mannen, gaat het *a priori* over een door de wet verboden discriminatie. Het Koninklijk Besluit kan dus enkel de werkgever herinneren aan

zijn verplichting tot het elimineren van deze discriminatie, maar hem niet verplichten tot het voeren van een positieve actie in dit opzicht.

Ten slotte, en vooral, opdat het art. 16, § 3 van de wet correct zou uitgevoerd worden, moet het Koninklijk Besluit eerst, eventueel zelfs in termen van categorieën, de “situaties en voorwaarden” formuleren die het nemen van positieve acties toelaten, zonder genoeg te nemen met het opnieuw overnemen van § 2. Slechts daarna kan het Koninklijk Besluit een methodologie voorstellen.

7. Overgangssituatie

De Raad keurt het voorontwerp goed wat betreft de opheffing van het Koninklijk Besluit van 14 juli 1987, hoofdzakelijk omdat hierdoor bevestigd wordt dat het oude besluit nog steeds van kracht was. Er is dus terug juridische zekerheid wat betreft nog aan de gang zijnde positieve-actiemaatregelen op basis van het Koninklijk Besluit van 14 juli 1987, dat volgens sommige meningen als verouderd werd beschouwd aangezien de wijziging van de wettelijke basis (zie boven, 5).

8. Coördinatie

De Raad herinnert eraan dat wegens het door de wetgever gewilde parallellisme, de wetten aangaande « Ras » en « Discriminatie in het algemeen » van 10 mei 2007 dezelfde bepaling bevatten als het art. 16 van de Genderwet. De Raad denkt te weten dat deze kwestie eveneens bestudeerd wordt.

Hoewel hij nogmaals de nadruk legt op het specifieke karakter van de genderdimensie (zie zijn adviezen 31 en 113), onderstreept de Raad dat het in het kader van de gelijkheid tussen vrouwelijke en mannelijke werknemers is dat een ervaring met positieve acties in de tewerkstelling tot stand is gekomen.

Vandaar beveelt de Raad de federale regering aan om elke discrepantie tussen de uitvoeringsbesluiten van dezelfde bepaling in de drie wetten te vermijden.

9. Latere werkzaamheden

Het toepassingsgebied van art. 16 van de Genderwet is geenszins beperkt tot de arbeidsbetrekkingen; enkel § 4 bevat deze beperking, en dit wat betreft de voorafgaande raadplegingen. De Genderwet beoogt immers de bestrijding van discriminaties in de meeste aspecten met het maatschappelijk leven. De Raad herinnert in het bijzonder aan het feit dat art. 6 van de richtlijn 2004/113/EG, die eveneens wordt omgezet door de Genderwet, positieve acties toelaat bij de toegang tot goederen en diensten.

In overeenstemming met wat in punt 4 werd opgemerkt, is de Raad van mening dat de federale regering zich ook zal moeten bezinnen over de noodzaak tot het uitvoeren van art. 16, § 3 van de Genderwet in deze andere dimensies. Hij stelt zich dan ook ter beschikking om bij te dragen tot deze denkoefening.