

ADVIES Nr. 1.888

Zitting van dinsdag 28 januari 2014

- Wet van 10 mei 2007 ter bestrijding van discriminatie tussen vrouwen en mannen – Artikel 13, § 3 – Situaties waarin een bepaald kenmerk een wezenlijke en bepalende beroepsvereiste vormt
- Wet van 10 mei 2007 ter bestrijding van discriminatie tussen vrouwen en mannen – Artikel 16, § 3 – Maatregel van positieve actie
- Wet van 10 mei 2007 ter bestrijding van bepaalde vormen van discriminatie – Artikel 10, § 3 – Maatregel van positieve actie

x x x

2.677-1
2.678-1
2.679-1

ADVIES Nr. 1.888

- Onderwerp:
- Wet van 10 mei 2007 ter bestrijding van discriminatie tussen vrouwen en mannen – Artikel 13, § 3 – Situaties waarin een bepaald kenmerk een wezenlijke en bepalende beroepsvereiste vormt
 - Wet van 10 mei 2007 ter bestrijding van discriminatie tussen vrouwen en mannen – Artikel 16, § 3 – Maatregel van positieve actie
 - Wet van 10 mei 2007 ter bestrijding van bepaalde vormen van discriminatie – Artikel 10, § 3 – Maatregel van positieve actie
-

Mevrouw J. Milquet, vice-eersteminister, minister van Binnenlandse Zaken en Gelijke Kansen, heeft bij brief van 6 december 2013 het advies van de Nationale Arbeidsraad ingewonnen over een ontwerp van koninklijk besluit tot vaststelling van de gevallen waarin melding kan worden gemaakt van het geslacht in de toegangsvoorwaarden van een betrekking of een beroepsactiviteit tot uitvoering van artikel 13, § 3, van de wet van 10 mei 2007 ter bestrijding van discriminatie tussen vrouwen en mannen. Dat artikel bepaalt dat de Koning, bij een besluit vastgesteld na overleg in de Ministerraad, de situaties vaststelt waarin een bepaald kenmerk een wezenlijke en bepalende beroepsvereiste vormt.

Mevrouw J. Milquet, vice-eersteminister, minister van Binnenlandse Zaken en Gelijke Kansen, heeft bij brief van 9 december 2013 ook het advies van de Nationale Arbeidsraad ingewonnen over een ontwerp van koninklijk besluit tot vaststelling van de situaties waarin en de voorwaarden waarbij een maatregel van positieve actie getroffen kan worden tot uitvoering van artikel 16, § 3, van de wet van 10 mei 2007 ter bestrijding van discriminatie tussen vrouwen en mannen. Dat artikel bepaalt dat de Koning bij een besluit vastgesteld na overleg in de Ministerraad, de situaties waarin en de voorwaarden waarbij een maatregel van positieve actie getroffen kan worden, vaststelt.

Mevrouw J. Milquet, vice-eersteminister, minister van Binnenlandse Zaken en Gelijke Kansen, heeft ten slotte bij brief van 9 december 2013 het advies van de Nationale Arbeidsraad ingewonnen over een ontwerp van koninklijk besluit tot vaststelling van de situaties waarin en de voorwaarden waarbij een maatregel van positieve actie getroffen kan worden tot uitvoering van artikel 10, § 3, van de wet van 10 mei 2007 ter bestrijding van bepaalde vormen van discriminatie. Dat artikel bepaalt dat de Koning bij een besluit vastgesteld na overleg in de Ministerraad, de situaties waarin en de voorwaarden waarbij een maatregel van positieve actie getroffen kan worden, vaststelt.

De commissie Individuele Arbeidsverhoudingen werd met de bespreking van die drie dossiers belast.

Op verslag van die commissie heeft de Raad op 28 januari 2014 het volgende eenparige advies uitgebracht.

x x x

ADVIES VAN DE NATIONALE ARBEIDSRAAD

I. INLEIDING

- A. Mevrouw J. Milquet, vice-eersteminister, minister van Binnenlandse Zaken en Gelijke Kansen, heeft bij brief van 6 december 2013 het advies van de Nationale Arbeidsraad ingewonnen over een ontwerp van koninklijk besluit tot vaststelling van de gevallen waarin melding kan worden gemaakt van het geslacht in de toegangsvoorwaarden van een betrekking of een beroepsactiviteit tot uitvoering van artikel 13, § 3, van de wet van 10 mei 2007 ter bestrijding van discriminatie tussen vrouwen en mannen (genderwet).

Dat artikel bepaalt dat de Koning bij een besluit vastgesteld na overleg in de Ministerraad de situaties vaststelt waarin een bepaald kenmerk een wezenlijke en bepalende beroepsvereiste vormt. Het voornoemde artikel 13, § 3 heeft dus gekozen voor een gesloten uitzonderingssysteem. Met andere woorden, alle wezenlijke en bepalende beroepsvereisten die gebaseerd zijn op het geslacht en die niet door de verordenende bepaling worden beoogd, worden geacht discriminerend te zijn, tenzij ze onder een andere wettelijke uitzondering vallen.

Het voorgelegde ontwerp van koninklijk besluit vervangt het koninklijk besluit van 8 februari 1979 tot vaststelling van de gevallen waarin melding kan worden gemaakt van het geslacht in de toegangsvoorwaarden van een betrekking of een beroepsactiviteit, en heft dat koninklijk besluit op, omdat het geen wettelijke basis meer heeft als gevolg van de aanneming van de genderwet.

- B. Mevrouw J. Milquet, vice-eersteminister, minister van Binnenlandse Zaken en Gelijke Kansen, heeft bij brief van 9 december 2013 het advies van de Nationale Arbeidsraad ingewonnen over een ontwerp van koninklijk besluit tot vaststelling van de situaties waarin en de voorwaarden waarbij een maatregel van positieve actie getroffen kan worden tot uitvoering van artikel 16, § 3, van de wet van 10 mei 2007 ter bestrijding van discriminatie tussen vrouwen en mannen. Dat artikel bepaalt dat de Koning bij een besluit vastgesteld na overleg in de Ministerraad, de situaties waarin en de voorwaarden waarbij een maatregel van positieve actie getroffen kan worden, vaststelt.

Mevrouw J. Milquet, vice-eersteminister, minister van Binnenlandse Zaken en Gelijke Kansen, heeft bij brief van 9 december 2013 ook het advies van de Nationale Arbeidsraad ingewonnen over een ontwerp van koninklijk besluit tot vaststelling van de situaties waarin en de voorwaarden waarbij een maatregel van positieve actie getroffen kan worden tot uitvoering van artikel 10, § 3, van de wet van 10 mei 2007 ter bestrijding van bepaalde vormen van discriminatie. Dat artikel bepaalt dat de Koning bij een besluit vastgesteld na overleg in de Ministerraad, de situaties waarin en de voorwaarden waarbij een maatregel van positieve actie getroffen kan worden, vaststelt.

Die ontwerpen van koninklijk besluit berusten niet op een gesloten lijst van uitzonderingen, maar op een open procedure. Zo bepalen ze onder welke voorwaarden een maatregel van positieve actie aanvaardbaar is en geven ze aan een Beroepscommissie voor positieve acties de bevoegdheid voor een controle a posteriori van de maatregelen van positieve actie die worden genomen krachtens de genderwet en de wet van 10 mei 2007 ter bestrijding van bepaalde vormen van discriminatie.

II. STANDPUNT VAN DE RAAD

De Raad heeft zich met de grootste aandacht gebogen over de ontwerpen van koninklijk besluit waarover hij om advies is verzocht. Bij de bespreking ervan heeft hij kunnen rekenen op de medewerking van vertegenwoordigers van de beleidscel van de minister van Binnenlandse Zaken en Gelijke Kansen.

A. Met betrekking tot het ontwerp van koninklijk besluit tot vaststelling van de gevallen waarin melding kan worden gemaakt van het geslacht in de toegangsvoorwaarden van een betrekking of een beroepsactiviteit

De Raad constateert dat het hem voorgelegde ontwerp van koninklijk besluit tot doel heeft het voornoemde koninklijk besluit van 8 februari 1979 op te heffen en te vervangen, omdat het geen wettelijke basis meer heeft. Dat koninklijk besluit werd namelijk vastgesteld op basis van artikel 122 van de wet van 4 augustus 1978 (en niet 2008 zoals verkeerdelijk is vermeld in het verslag aan de Koning) tot economische heroriëntering. Die wet werd opgeheven door de wet van 7 mei 1999 op de gelijke behandeling van mannen en vrouwen ten aanzien van de arbeidsvoorwaarden, de toegang tot het arbeidsproces en de promotiekansen, de toegang tot een zelfstandig beroep en de aanvullende regelingen voor sociale zekerheid, die later zelf werd opgeheven door de genderwet.

De Raad herinnert eraan dat het koninklijk besluit van 8 februari 1979 moet worden gezien in het verlengde van het arrest "Defrenne" van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen van 8 april 1976. Gelet op de ontwikkeling die de maatschappij en de mentaliteit sedertdien hebben doorgemaakt en in het licht van de genderwet van 10 mei 2007, vraagt de Raad zich echter af of een aanpak via een gesloten lijst wel de beste aanpak is.

Ten aanzien van de betrekkingen die het ontwerp van koninklijk besluit oplijst (vooral beroepsactiviteiten in de artistieke sfeer) wijst hij ook op het risico van een indirecte discriminatie van transseksuelen en transgenders. Artikel 4, § 2 van de genderwet verbiedt namelijk discriminatie op grond van geslachtsverandering. Bovendien merkt de Raad op dat de minister van Gelijke Kansen de Raad van de Gelijke Kansen voor Mannen en Vrouwen heeft geraadpleegd over een voorontwerp van wet dat discriminatie op grond van genderidentiteit of genderexpressie wil verbieden.

De Raad constateert ten slotte dat in het verslag aan de Koning het volgende staat: "Het nagestreefde doel is rechtmatig en de toegelaten discriminatie staat in verhouding tot dit doel aangezien er geen enkel realistisch en minder voor de rechten van de personen van het andere geslacht aanstootgevend alternatief te overwegen valt. Het niet toelaten van onderscheid op basis van geslacht zou in dergelijke omstandigheden de praktijk van dergelijke activiteiten onmogelijk of beledigend maken." Naast de voornoemde opmerkingen over de mentaliteitswijziging en de transseksuelen en transgenders wijst de Raad erop dat in bepaalde omstandigheden een vrouw beter een mannelijke rol kan interpreteren en vice versa. Hij denkt met name aan een bepaalde stemomvang voor een rol in een opera.

De Raad vraagt dat met zijn opmerkingen rekening wordt gehouden zowel in het verslag aan de Koning als in het ontwerp van koninklijk besluit.

- B. Met betrekking tot de ontwerpen van koninklijk besluit tot vaststelling van de situaties waarin en de voorwaarden waarbij een maatregel van positieve actie getroffen kan worden tot uitvoering van enerzijds artikel 10, § 3, van de wet van 10 mei 2007 ter bestrijding van bepaalde vormen van discriminatie en anderzijds artikel 16, § 3, van de wet van 10 mei 2007 ter bestrijding van discriminatie tussen vrouwen en mannen

De Raad merkt op dat de twee voorgelegde ontwerpen van koninklijk besluit voorzien in de situaties waarin en de voorwaarden waarbij een maatregel van positieve actie kan worden getroffen, overeenkomstig de bepalingen van de voornoemde wetten van 10 mei 2007.

Hij wenst onmiddellijk te herinneren aan het belang dat hij hecht aan de strijd tegen alle vormen van discriminatie in het algemeen en het vraagstuk van de maatregelen van positieve acties in het bijzonder.

Zo werd bijzondere aandacht besteed aan de maatregel van positieve actie bij de opstelling van de gedragscode betreffende de gelijke behandeling, die bij de cao nr. 38 betreffende de werving en selectie van werknemers is gevoegd naar aanleiding van de laatste wijziging van die cao op 10 oktober 2008. Dat soort van maatregel wordt er uitdrukkelijk in vermeld als een van de instrumenten die voorhanden zijn om in de ondernemingen te werken aan versterkte arbeidsdeelname van kansengroepen en diversiteit.

In zijn advies nr. 1.654 van 10 oktober 2008 over de positieve acties was de Raad ook van mening dat het mogelijk moet zijn verder te gaan dan de formele gelijkheid in rechte, om concreet naar een grotere feitelijke gelijkheid tussen personen te streven.

Hij heeft in dat verband de nadruk gelegd op de noodzaak om een vrijwillig beleid mogelijk te maken om de nadelen waarmee sommige categorieën van personen op de arbeidsmarkt geconfronteerd blijven te voorkomen of te compenseren.

De Raad heeft ook gewezen op de belangrijke rol van de sociale partners bij de vaststelling en de tenuitvoerlegging van dat beleid, en vooral op de belangrijke rol die voor de sectoren is weggelegd bij de ontwikkeling van diversiteitsplannen met maatregelen inzake positieve acties ten gunste van bepaalde op de arbeidsmarkt achtergestelde doelgroepen.

In datzelfde advies heeft de Raad gewezen op de rechtsonzekerheid met betrekking tot de positieve acties die de sectoren en de ondernemingen vrijwillig hebben opgezet.

Hij heeft erop aangedrongen dat een adequaat juridisch kader wordt ingesteld dat toelaat te zorgen voor duurzaamheid en rechtszekerheid van de door de sociale partners genomen positieve maatregelen op alle geëigende niveaus. Hij heeft ten slotte gevraagd te worden geraadpleegd over de ontwerpen van koninklijke besluiten die vastgesteld moeten worden om uitvoering te geven aan het juridische kader. Dat juridische kader impliceert dat er een meetinstrument is aan de hand waarvan de bestaande discriminaties op de arbeidsmarkt kunnen worden geobjectiveerd. Over een ontwerp van meetinstrument inzake sociaaleconomische diversiteit op de arbeidsmarkt, dat werd ontwikkeld door het Centrum voor Gelijkheid van Kansen, heeft hij op 22 december 2008 advies nr. 1.662 uitgebracht. Dat instrument werd ondertussen geïmplementeerd, waardoor de voornoemde wetten van 10 mei 2007 eindelijk uitgevoerd kunnen worden.

De Raad heeft de voorgelegde ontwerpen van koninklijk besluit onderzocht.

Zonder in detail te treden over de voorgestelde bepalingen, wenst hij de volgende opmerkingen te maken:

– Met betrekking tot de gewenste rechtszekerheid

De Raad is in eerste instantie van mening dat de definitie van de positieve actie, zoals ze is opgenomen in de twee ontwerpen van koninklijk besluit, geen criteria bevat die voldoende duidelijk zijn voor het opheffen van de rechtsonzekerheid die vandaag nog steeds bestaat ten aanzien van de positieve acties die de sectoren en de ondernemingen ten uitvoer leggen. Die definitie doet zelfs een aantal problemen rijzen wat betreft de samenhang met de door de voornoemde wetten van 10 mei 2007 vastgestelde voorwaarden.

– Met betrekking tot de aanpak

De Raad constateert ook dat de voorgelegde ontwerpen zich richten op een globaliserende aanpak, d.w.z. dat de bevoegdheid om de initiatieven van positieve actie a posteriori te controleren, wordt toevertrouwd aan één instantie, namelijk de Beroepscommissie voor positieve acties.

Hij merkt op dat er in die aanpak geen rol is weggelegd voor de sociale partners, meer bepaald de sectoren, terwijl de positieve acties duidelijk onder de sociale dialoog vallen.

De vastgestelde aanpak wijkt dus fundamenteel af van de aanpak die de Raad heeft aanbevolen in zijn advies nr. 1.654, waarin hij heeft gewezen op het belang van de rol van de sociale partners, met name de sectoren, om dat vraagstuk te behandelen.

De Raad is geen voorstander van een aanpak a posteriori, waarin een administratieve commissie in zekere zin praktijken zou bestraffen waarover de sociale partners hebben onderhandeld en waarover ze het eens zijn geworden.

Temeer daar de rechtsgrond, de samenstelling (alleen ambtenaren en geen vertegenwoordiging van de sociale partners) en de procedureregels die van kracht zijn in de Beroepscommissie volgens hem ernstige vragen doen rijzen, zowel wat de wenselijkheid als de wettelijkheid van die Commissie betreft.

De voorgelegde teksten zorgen volgens de Raad dus niet voor het adequate juridische kader waarop hij in zijn advies nr. 1.654 heeft aangedrongen met het oog op duurzaamheid en rechtszekerheid van de door de sociale partners op alle geëigende niveaus genomen maatregelen.

Hij wijst dus opnieuw op het belang van een adequaat juridisch kader voor de maatregelen van positieve actie, en die verschillende beschouwingen maken dat de voorgelegde teksten volgens hem niet tegemoetkomen aan de bezorgdheden die hij in zijn advies nr. 1.654 heeft geformuleerd; hij brengt dan ook een globaal negatief advies uit over die teksten.

De Raad spreekt andermaal zijn steun uit voor het beginsel van positieve acties als een geschikt instrument om de arbeidsparticipatie van risicogroepen en de diversiteit op de arbeidsmarkt te versterken. Hij wijst erop dat het steeds mogelijk is het advies van het Centrum voor Gelijkheid van Kansen of het Instituut voor de Gelijkheid van Vrouwen en Mannen in te winnen vooraleer dergelijke maatregelen van positieve acties worden ingevoerd.

Hij pleit opnieuw voor een stimulerend systeem, waarin de sociale partners op alle niveaus hun rol kunnen spelen, op basis van een adequaat juridisch kader dat de rechtszekerheid waarborgt van de acties die de sectoren en de ondernemingen in het veld ondernemen.

Hij vraagt bijgevolg dat de voorgelegde ontwerpen van koninklijk besluit niet worden aangenomen en dat hij om advies wordt verzocht over nieuwe teksten die beter rekening houden met zijn beschouwingen in het voornoemde advies nr. 1.654 en in dit advies.
