

Trib. Trav. Bruxelles (20ème ch.), 20 février 1992

Siège: MM Funck, juge; de Wergifosse et Martin
Plaid.: MMes De Beer loco Carlier et Dath

D.D. c/ s.a. Vanduc-Topfilm (R.G. n° 79.750/91)

CONTRATS DE TRAVAIL - RUPTURE - MOTIF GRAVE -
AUDITION PRÉALABLE DE L'EMPLOYÉ - PRÉJUDICE
DISTINCT DE CELUI RÉPARÉ PAR L'INDEMNITÉ DE
CONGÉ

En n'entendant pas l'employé avant de le licencier pour motif grave, alors que les faits reprochés n'étaient pas tels que l'on ne pût raisonnablement attendre de l'employeur qu'il procédât à cette audition, celui-ci a causé à l'employé un préjudice distinct de celui réparé par l'indemnité de congé et qui peut être évalué ex aequo et bono à 20.000 F.

ARBEIDSOVEREENKOMSTEN - BEEÏNDIGING - DRINGENDE REDEN - VOORAFGAAND VERHOOR VAN DE BEDIENDE - SCHADE VERSCHILLEND VAN DEZE VERGOED DOOR DE OPZEGGINGSVERGOEDING

De werkgever, die de bediende niet hoort vooraleer hem om dringende reden te ontslaan, wanneer de feiten niet van die aard waren dat men redelijkerwijze niet van de werkgever kon verwachten dat hij tot dit verhoor zou overgaan, berokkent de werkgever de bediende een schade die verschilt van deze vergoed door de opzeggingsvergoeding en ex aequo et bono op 20.000 F mag worden geraamd.

II. EXPOSÉ DES FAITS

Le demandeur a été engagé au service de la société défenderesse à partir du 1^{er} mars 1989, par un contrat de travail écrit, conclu et signé le 26 février 1989. Sa fonction consistait principalement à effectuer du travail de «flashage» de documents sur disquettes, ainsi que du travail de bureau. (...)

Par une lettre datée du 2 janvier et que le demandeur aurait reçue le 4 janvier 1991, la société défenderesse mit fin immédiatement au contrat de travail pour un motif grave décrit en détail dans une lettre de 5 pages dactylographiées - qu'il est impossible de reprendre *in extenso* dans le présent jugement - et qui consiste essentiellement en des erreurs commises dans le «flashage» d'un document présenté par une cliente le 28 décembre 1990; la défenderesse estime que ces erreurs étaient telles que tout «flasheur» professionnel aurait dû les apercevoir et les corriger et que le demandeur a commis dès lors une négligence caractérisée, constitutive de faute et rompant la confiance qu'elle pouvait attendre d'un collaborateur «chargé d'un poste central dans les activités de notre société».

III. DISCUSSION

(...)

3. Licenciement abusif

Le demandeur n'établit pas le préjudice distinct qu'il aurait subi du seul fait de son licenciement pour motif grave. Il n'établit en particulier pas que la défenderesse aurait agi dans le but de lui nuire ou se serait procuré un avantage disproportionné au désavantage résultant naturellement, pour l'employé, de la rupture du contrat. En outre, le demandeur, présent en personne à l'audience, a déclaré qu'il n'a jamais eu l'intention de continuer à travailler comme «flasheur», ce qui contredit l'affirmation contenue dans ses conclusions et selon laquelle il aurait subi un préjudice en raison du «caractère fermé du milieu professionnel».

En revanche, le demandeur invoque que la défenderesse a cherché «le premier prétexte venu pour se séparer à moindres frais» de lui. Il expose par ailleurs qu'il a «presté normalement son travail toute la journée du 2 janvier 1991, sans qu'aucune allusion ne lui ait été faite à l'incident du 28 décembre».

cembre». La défenderesse ne conteste pas qu'elle n'a pas entendu le demandeur, avant de le licencier pour motif grave, au sujet des reproches qui lui étaient adressés.

L'article 7 de la Convention n° 158 qui concerne la cessation de la relation de travail à l'initiative de l'employeur, et qui a été adoptée par l'Organisation Internationale du Travail le 22 juin 1982, énonce le principe qu'un travailleur ne devra pas être licencié pour des motifs liés à sa conduite ou à son travail avant qu'on lui ait offert la possibilité de se défendre contre les allégations formulées contre lui, à moins que l'on ne puisse pas raisonnablement attendre de l'employeur qu'il lui offre cette possibilité. Cette restriction ne vise pas le licenciement pour faute grave en lui-même - une proposition d'amendement en ce sens ayant été rejetée (cf. *Rapport des travaux* de la 67ème session sur le projet de convention, déposé lors de la 68ème session, V/1, p. 21) - mais seulement les cas où la faute du travailleur est flagrante, par exemple s'il est pris sur le fait, à commettre un délit manifeste.

La Convention n° 158 n'a certes, à ce jour, pas été ratifiée par la Belgique et les règles qu'elle énonce n'ont dès lors pas force obligatoire pour la Belgique. Il n'empêche qu'elle peut être une source d'inspiration pour la jurisprudence, dans la mesure où elle traduit un certain consensus au niveau international au sujet des droits et obligations minimum réciproques des employeurs et des travailleurs. Il en va d'autant plus ainsi que cette Convention a été approuvée par les quatre délégués belges (gouvernement, employeurs et travailleurs) à l'assemblée générale de l'O.I.T. (cf. *Compte-rendu des travaux* de la 68ème session, Genève, 1982, pp. 36/15 et 36/20) ce qui indique pour le moins:

- d'une part, que la Belgique reconnaît l'autorité de l'Organisation Internationale du Travail;
- d'autre part, que les règles énoncées par cette Convention n'apparaissent pas de prime abord comme perturbant exagérément l'ordre juridique belge.

En l'espèce, en n'entendant pas le demandeur avant de le licencier pour motif grave, alors que les faits reprochés n'étaient pas tels que l'on ne pouvait raisonnablement attendre de l'employeur qu'il le fasse, la défenderesse a causé au demandeur un préjudice, essentiellement moral, mais distinct de celui réparé par l'indemnité de congé, et qui peut être évalué *ex aequo et bono* à la somme de 20.000 F.

Raad van State (afd. administratie, 10de k.), 30 december 1993

Zet.: HH. Baeteman, voorz.; Verbiest en Beirjaen (verslagg.), staatsr.

Aud.: H. Van Noten (eensl. adv.)

Pleit.: Mr. Goovaerts

De Wispelaere v/ Belgische Staat (min. van Justitie) (nr. 45.552)

1. NORMES INTERNATIONALES OU SUPRANATIONALES – EFFET DIRECT – MOYEN D'ANNULATION

2. PERSONNEL DES SERVICES PUBLICS – ACCÈS AUX EMPLOIS ET AUX PROMOTIONS – ÉGALITÉ DE TRAITEMENT ENTRE HOMMES ET FEMMES – MENTION DU SEXE DANS LES CONDITIONS D'ACCÈS – GARDIENS DANS LES INSTITUTIONS PÉNITENTIAIRES

1. Ont un effet direct dans l'ordre juridique interne belge, de sorte que leur violation peut être invoquée comme moyen d'annulation:

- la directive 76/207 C.E.E. (art. 2, § 1^{er} et 3, § 1^{er});
- le Pacte international sur les droits civils et politiques, approuvé par la loi du 15 mai 1981.

N'ont pas d'effet direct:

- la Convention n° 111 de l'O.I.T. concernant la discrimination dans l'emploi et la profession, approuvée par la loi du 16 février 1977;
- le Pacte international sur les droits économiques, sociaux et culturels, approuvé par la loi du 15 mai 1981;
- la Convention relative à l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes, approuvée par la loi du 11 mai 1983.

2. Bien que les exceptions à la règle d'égalité de traitement doivent être interprétées de manière très restrictive, l'article 122 de la loi du 4 août 1978, qui est conforme à l'article 2, § 2 de la directive 76/207, laisse au gouvernement une certaine liberté d'appréciation pour décider en quels cas se manifeste la nécessité d'user de cette disposition dérogatoire.

Le maintien du principe selon lequel les détenus d'un sexe déterminé sont surveillés par des gardiens du même sexe n'apparaît pas déraisonnable et reste dans les limites de ce qu'admet l'article 122, même si cette règle peut avoir pour effet que les gardiennes de prison bénéficient de chances de promotion plus réduites que leurs collègues masculins.

1. OVER DE GEGEVENS VAN DE ZAAK

Overwegende dat de gegevens van de zaak als volgt kunnen worden samengevat:

1.1. Door het koninklijk besluit van 20 augustus 1969 betreffende de voorwaarden voor toelating tot bepaalde betrekkingen, worden de betrekkingen bij het toezichts- en opvoedingspersoneel van het Bestuur der strafinrichtingen en de Dienst voor jeugdbescherming voorbehouden aan gegadigden van hetzelfde geslacht als de hun toevertrouwde gedetineerden of minderjarigen (art. 1, eerste lid).

De andere betrekkingen bij voormelde diensten staan open voor mannen en vrouwen, doch aan de Minister van Justitie is de bevoegdheid verleend om door een met redenen omkleed besluit en «buiten elke gedachte aan discriminatie om» bepaalde van deze betrekkingen eveneens uitsluitend voor mannelijke of vrouwelijke kandidaten toeganke-

1. INTERNATIONALE OF SUPRANATIONALE NORMEN – DIRECTE WERKING – ANNULATIEMIDDEL

2. PERSONEELSLEDEN VAN DE OPENBARE DIENSTEN – TOEGANG TOT BETREKKINGEN EN BEVORDERINGEN – GELIJKE BEHANDELING VAN MANNEN EN VROUWEN – MELDING VAN HET GESLACHT IN DE TOEGANGSVORWAARDEN – BEWAARDERS IN DE STRAFINRICHTINGEN

1. Hebben een directe werking in de interne Belgische rechtsorde zodat hun schending als annulatiemiddel kan worden ingeroepen:

- de richtlijn 76/207/E.E.G. (art. 2, § 1 en 3, § 1);
- het Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten, goedgekeurd door de wet van 15 mei 1981.

Hebben geen directe werking:

- het Verdrag nr. 111 van I.A.O. betreffende discriminatie in beroep en beroepsuitoefening, goedgekeurd door de wet van 16 februari 1977;
- het Internationaal Verdrag inzake economische, sociale en culturele rechten, goedgekeurd door de wet van 15 mei 1981;
- het Verdrag inzake de uitbanning van alle vormen van discriminatie van vrouwen, goedgekeurd door de wet van 11 mei 1983.

2. Ofschoon de uitzonderingen op de regel van de gelijke behandeling in zeer restrictieve zin moeten geïnterpreteerd worden, heeft artikel 122 van de wet van 4 augustus 1978, dat met artikel 2, § 2 van de richtlijn 76/207 overeenstemt, aan de regering een zekere beoordelingsvrijheid gelaten om te beslissen in welke gevallen de noodzaak om van deze uitzonderingsbepaling gebruik te maken zich voordoet.

Het behoud van het principe dat gedetineerden van een bepaald geslacht enkel door bewaarders van hetzelfde geslacht worden bewaakt, komt niet als onredelijk voor en blijft binnen de grenzen van wat door artikel 122 wordt toegestaan, zelfs al kan die regeling tot gevolg hebben dat vrouwelijke gevangenisbewaarders van minder bevorderingskansen dan hun mannelijke collega's genieten.

lijk te verklaren «volgens de objectieve behoeften van de dienst» (art. 2).

1.2. Bij wet van 4 augustus 1978 tot economische heroriëntering (titel V) worden bepalingen vastgesteld met het oog op de «gelijke behandeling van mannen en vrouwen ten aanzien van de arbeidsvoorwaarden, de toegang tot het arbeidsproces, de beroepsopleiding en ten aanzien van de toegang tot een zelfstandig beroep».

Artikel 116, eerste lid, van de wet bepaalt dat «het beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen (...) met toepassing van artikel 6 van de Grondwet toepasselijk (is) op de toegang tot het arbeidsproces, op de gelegenheid tot promotiekansen of de beroepskeuzevoorlichting, de beroepsopleiding en de bij- en omscholing, op de toegang tot een zelfstandig beroep, alsmede op de arbeidsvoorwaarden».

Artikel 121 van de wet luidt als volgt:

«De gelijke behandeling moet gewaarborgd zijn in de bepalingen en praktijken met betrekking tot de toegangsvoorwaarden, de selectie, de selectiecriteria inbegrepen, tot de betrekkingen of functies en tot de zelfstandige beroepen, ongeacht de sector en de activiteit en tot alle niveaus van de beroepshierarchie.

Het is onder meer verboden:

1° te verwijzen naar het geslacht van de werknemer in de werkaanbiedingen of in de advertenties voor betrekkingen en promotiekansen, of in die aanbiedingen of advertenties elementen op te nemen die, zelfs zonder uitdrukkelijke verwijzing, het geslacht van de werknemer vermelden of laten veronderstellen;

2° te verwijzen naar het geslacht van de werknemer in de toegangsvoorwaarden, de selectie en selectiecriteria voor de betrekkingen of functies in welke sector of bedrijfstak ook, of in die voorwaarden of criteria elementen op te nemen die zelfs zonder uitdrukkelijke verwijzing naar het geslacht van de werknemer, leiden tot een discriminatie;

3° de toegang tot het arbeidsproces of de gelegenheid tot de promotiekansen te ontzeggen of te belemmeren om expliciete of impliciete redenen die rechtstreeks of indirect op het geslacht van de werknemer steunen.

De in het tweede lid voorziene verboden zijn eveneens toepasselijk op de zelfstandige beroepen.

Artikel 122 van de wet bepaalt evenwel dat de Koning, bij in Ministerraad overlegd besluit, de gevallen kan bepalen waarin melding kan worden gemaakt van het geslacht in de toegangsvoorwaarden van een betrekking of een beroepsactiviteit «waarvoor het geslacht een doorslaggevende voorwaarde vormt wegens de aard of de uitoefeningsvoorwaarden ervan».

Dit koninklijk besluit kan slechts genomen worden na raadpleging van de Commissie Vrouwenarbeid en, voor de privé-sector, van de Nationale Arbeidsraad en, voor de openbare sector, van het Gemeenschappelijk Comité voor alle overheidsdiensten.

Artikel 153 van de wet bepaalt tenslotte:

«De hieronder vermelde bepalingen betreffende de toegangsvoorwaarden tot zekere functies van de openbare sector zijn niet meer van toepassing, ten laatste een jaar na de bekendmaking van deze wet:

(...);

3° koninklijk besluit van 20 augustus 1969 betreffende bepaalde betrekkingen bij het Ministerie van Justitie;

(...)).

Aangezien de wet van 4 augustus 1978 bekendgemaakt werd in het Belgisch Staatsblad van 17 augustus 1978 zijn de bepalingen van het koninklijk besluit van 20 augustus 1969 derhalve niet meer van toepassing sedert 17 augustus 1979.

1.3. Bij koninklijk besluit van 6 augustus 1981 betreffende de voorwaarden voor toelating tot bepaalde betrekkingen bij het Ministerie van Justitie, wordt krachtens het voormeld artikel 122 van de wet van 4 augustus 1978 en dit voor een periode van twee jaar bepaald dat «in de buitendiensten van het Bestuur der Strafinrichtingen (...) de betrekkingen van lid van het bewaarderspersoneel alleen verleend (worden) aan gegadigden van hetzelfde geslacht als de hun toe te vertrouwen gedetineerden».

De Minister van Justitie wordt echter gemachtigd om bij wijze van proef van deze bepaling af te wijken.

1.4. Het thans bestreden koninklijk besluit van 29 augustus 1985 bepaalt opnieuw, doch ditmaal zonder tijdsbeperking, dat «in de buitendiensten van het Bestuur der Strafinrichtingen (...) de betrekkingen van lid van het bewaarderspersoneel alleen verleend (worden) aan gegadigden van hetzelfde geslacht als de hun toe te vertrouwen gedetineerden». De mogelijkheid om bij wijze van proef van deze bepaling af te wijken wordt niet behouden.

2. OVER DE ONTVANKELIJKHEID VAN HET BEROEP

2.1. Overwegende dat verzoekster in haar verzoekschrift stelt dat zij belang heeft bij de vernietiging van het bestreden besluit, onder meer, omdat haar bevorderingsmogelijkheden als lid van het bewaarderspersoneel erdoor geschaad worden;

2.2. Overwegende dat de verwerende partij opwerpt dat verzoekster niet doet blijken van het vereiste belang bij haar beroep omdat zij niet aantoont dat zij voor eventuele bevorderingen in aanmerking komt en omdat, zelfs indien dit toch het geval zou zijn, zij door het bestreden besluit niet in haar rechten gekrenkt wordt; dat zij meent dat het aan verzoekster toekomt om het bestaan van haar belang bij het beroep te bewijzen en het enkele feit dat zij tot het bewaarderspersoneel behoort daarvoor niet kan volstaan;

2.3. Overwegende dat verzoekster repliceert met verwijzing naar het arrest Baert, nr. 13.123 van 19 september 1968, waarin de Raad van State geoordeeld heeft dat het niet nodig is dat een verordening reeds op de verzoeker zou zijn toegepast opdat deze belang zou hebben bij haar vernietiging, maar dat het voldoende is dat de verordening op de verzoekster toepasselijk is en bepalend kan zijn voor zijn verdere loopbaan; dat zij opmerkt dat, aangezien zij sinds 1 januari 1984 kwartierchef is, zij vanaf 1992 kan deelnemen aan het bevorderingsexamen voor hoofdbewaarder, doch dat zij alsdan voor het feit zal staan dat er bij de Nederlandse hoofdbewaarders slechts drie betrekkingen zijn voor vrouwelijke kandidaten tegenover eenenveertig voor de mannelijke kandidaten;

2.4. Overwegende dat, aangezien verzoekster tot het bewaarderspersoneel van het Ministerie van Justitie behoort en het bestreden besluit derhalve op haar toepasselijk is, zij doet blijken van een voldoende belang bij het beroep, zonder dat zij moet aantonen dat zij reeds de nadelige gevolgen van dat besluit heeft ondergaan; dat de exceptie bijgevolg dient verworpen te worden;

3. OVER DE GEGRONDHEID VAN HET BEROEP

3.1.1. Overwegende dat verzoekster als eerste middel de schending aanvoert van de regel van de gelijke benoembaarheid van mannen en vrouwen voor openbare ambten; dat zij stelt dat het bestreden koninklijk besluit deze regel schendt en also een discriminatie inhoudt op juridisch, administratief en moreel vlak; dat zij meer bepaald de schending inroept van:

– artikel 6 van de Grondwet en artikel 116 van de wet van 4 augustus 1978 tot economische heroriëntering;

– de richtlijn 76/207/E.E.G. van de Raad van de Europese Gemeenschappen 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;

– de wet van 16 februari 1977 houdende goedkeuring van het Verdrag nr. 111 betreffende discriminatie in beroep en beroepsuitoefening, aangenomen te Genève op 25 juni 1958, door de Algemene Conferentie van de Internationale Arbeidsorganisatie tijdens haar tweeënveertigste zitting;

– de wet van 15 mei 1981 tot goedkeuring van het Internationaal Verdrag inzake economische, sociale en culturele rechten en van het Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten, beide opgemaakt te New-York op 19 december 1966 en

– de wet van 11 mei 1983 houdende goedkeuring van het Verdrag inzake de uitbanning van alle vormen van discriminatie van vrouwen, opgemaakt te New-York op 18 december 1979;

3.1.2. Overwegende dat vooreerst dient nagegaan te worden of verzoekster wel degelijk de schending van de door haar vermelde internationale akten als annulatiemiddel voor de Raad van State kan invoeren; dat bijgevolg dient onderzocht te worden of de door haar ingeroepen normen van internationaal of supranationaal recht al dan niet directe werking hebben in de interne Belgische rechtsorde; dat een regel van internationaal of supranationaal recht directe werking bezit indien hij, zonder enige substantiële interne uitvoeringsmaatregel, kan toegepast worden in de rechtsorde waar deze regel van kracht is; dat een regel van internationaal of supranationaal recht daarentegen geen directe werking bezit, wanneer hij aan de Staat de verplichting oplegt te handelen, of niet te handelen, volgens de principes die vervat zijn in de regel; dat de verdragsbepalingen die geen directe werking hebben geen normerend karakter bezitten ten opzichte van de individuen, geen subjectieve rechten in hunnen hoofde scheppen, maar alleen verplichtingen opleggen aan de verdragsluitende partijen; dat met andere woorden de individuele burger er geen rechten kan aan ontleen en erdoor aan geen verplichtingen onderworpen wordt;

3.1.2.1. Wat de richtlijn 76/207/E.E.G. van de Raad van de Europese Gemeenschappen van 9 februari 1976 betreft:

3.1.2.1.1. Overwegende, wat de voormelde richtlijn betreft, dat de artikelen 1, 2 en 3 ervan in de context dienstig kunnen zijn; dat artikel 1, eerste lid, luidt als volgt:

«Deze richtlijn beoogt de tenuitvoerlegging in de Lid-Staten van het beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen ten aanzien van de toegang tot het arbeidsproces, met inbegrip van promotiekansen, en tot de beroepsopleiding, alsmede ten aanzien van de arbeidsvoorwaarden, en, onder de voorwaarden bedoeld in lid 2, de sociale zekerheid. Dit beginsel wordt hierna 'beginsel van gelijke behandeling' genoemd»;

dat artikel 2 luidt als volgt:

«1. Het beginsel van gelijke behandeling in de zin van de hierna volgende bepalingen houdt in dat iedere vorm van discriminatie is uitgesloten op grond van geslacht, hetzij direct, hetzij indirect door verwijzing naar met name de echtelijke staat of de gezinssituatie.

2. Deze richtlijn vormt geen belemmering voor de bevoegdheid van de Lid-Staten om beroepsactiviteiten van de toepassing hiervan uit te sluiten en, in voorkomend geval, de hiervoor noodzakelijke opleidingen, waarvoor vanwege hun aard of de voorwaarden voor de uitoefening ervan, het geslacht een bepalende factor is.

3. (...)

4. (...).

dat artikel 3, eerste lid, luidt als volgt:

«De toepassing van het beginsel van gelijke behandeling houdt in dat iedere vorm van discriminatie is uitgesloten op grond van geslacht voor wat betreft de toegangsvoorwaarden, met inbegrip van de selectiecriteria, tot beroepen of functies, ongeacht de sector of de bedrijfstak, en tot alle niveaus van de beroepshierarchie»;

3.1.2.1.2. Overwegende dat het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen, onder meer reeds in een arrest van 15 mei 1986, 222/84, inzake Johnston, erkend heeft dat een particulier tegenover de Staat het in de artikelen 2, eerste lid en 3, eerste lid, van deze richtlijn omschreven beginsel van de gelijke behandeling op het gebied van de beroepstoegang kan invoeren ten aanzien van afwijkingen van dat beginsel die verder zouden gaan dan de uitzonderingen die door artikel 2, tweede lid, zijn toegestaan; dat derhalve kan gesteld worden dat deze normen een directe werking in de interne Belgische rechtsorde bezitten;

3.1.2.2. Wat het Verdrag nr. 111 betreffende discriminatie in beroep en beroepsuitoefening, aangenomen te Genève op 25 juni 1958 betreft:

3.1.2.2.1. Overwegende, wat voormeld Verdrag betreft, dat de artikelen 1, 2 en 3 ervan in de context dienstig kunnen zijn; dat artikel 1 luidt als volgt:

«1. Voor de toepassing van dit Verdrag omvat de term 'discriminatie':

a) elk onderscheid en elke uitsluiting of voorkeur op grond van (...) geslacht (...) waardoor de gelijkheid van kansen of van behandeling in beroep of beroepsuitoefening opgeheven of geschaad wordt.

b) (...)

2. Onderscheid, uitsluiting of voorkeur, gegrond op noodzakelijke vereisten, voor een bepaalde functie, wordt niet als discriminatie beschouwd.

3. (...);

dat artikel 2 luidt als volgt:

«Ieder Lid, voor hetwelk dit Verdrag van kracht is, verbindt zich een nationale politiek vast te leggen en na te streven, welke beoogt door bij de nationale omstandigheden en gebruiken passende methoden gelijkheid van kansen en van behandeling in beroep en beroepsuitoefening te bevorderen, teneinde elke discriminatie in dat opzicht uit te schakelen»;

dat artikel 3 luidt als volgt:

«Ieder Lid, voor hetwelk dit Verdrag van kracht is, verbindt zich door middel van de bij de nationale omstandigheden en gebruiken passende methoden:

a) (...);

b) de wetten uit te vaardigen en onderwijsprogramma's te bevorderen, welke erop berekend zijn de aanvaarding en de naleving van deze politiek te verzekeren;

c) elke wettelijke voorziening te herroepen en elke administratieve bepaling of praktijk te wijzigen, welke niet met deze politiek strookt;

d) (...);

e) (...);

f) in zijn jaarlijkse rapporten over de toepassing van het Verdrag de maatregelen ter uitvoering van deze politiek en de met die maatregelen behaalde resultaten te vermelden»;

3.1.2.2.2. Overwegende dat de bepalingen van het voormelde Verdrag nr. 111 geen directe werking hebben in de interne Belgische rechtsorde; dat immers alleen aan de Staten de verplichting wordt opgelegd te handelen overeenkomstig de principes vervat in het Verdrag; dat dit blijkt uit de artikelen 2 en 3 van het Verdrag luidens dewelke «Ieder Lid (...) verbindt zich een nationale politiek vast te leggen en na te streven (...)» en «Ieder Lid (...) verbindt zich (...) wetten uit te vaardigen (...)»;

3.1.2.3. Wat het Internationaal Verdrag inzake economische, sociale en culturele rechten betreft:

3.1.2.3.1. Overwegende dat verzoekster de schending inroept van de artikelen 3 en 7 van dit Verdrag; dat artikel 3 luidt als volgt: «De Staten die partij zijn bij dit Verdrag verbinden zich het gelijke recht van mannen en vrouwen op het genot van de in dit Verdrag genoemde economische en sociale rechten te verzekeren»;

dat artikel 7 luidt als volgt:

«De Staten die partij zijn bij dit Verdrag erkennen het recht van een ieder op billijke en gunstige arbeidsvoorwaarden, die in het bijzonder het volgende waarborgen:

(...);

c) Gelijke kansen voor een ieder op bevordering in zijn werk naar een passende hogere positie, waarbij geen andere overwegingen mogen gelden dan die van anciënniteit en bekwaamheid.

(...);

3.1.2.3.2. Overwegende dat de bepalingen van het voormelde Verdrag geen directe werking hebben in de interne Belgische rechtsorde; dat immers alleen aan de Staten de verplichting wordt opgelegd te handelen overeenkomstig de

principes vervat in het Verdrag; dat dit blijkt uit artikel 2 van het Verdrag luidens hetwelk de Verdragsluitende Staten er zich toe verbinden «maatregelen te nemen (...) teneinde met alle passende middelen, inzonderheid de invoering van wettelijke maatregelen tot een algehele verwezenlijking van de in dit Verdrag erkende rechten te komen»;

3.1.2.4. Wat het Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten betreft:

3.1.2.4.1. Overwegende dat, niettegenstaande dit Verdrag bepalingen bevat die de gelijke toegang tot betrekkingen in overheidsdienst waarborgen, namelijk de artikelen 2, eerste lid, 3 en 25c, verzoekster dit Verdrag alleen inroept als bewijs van haar stelling dat er geen verplichting bestaat om gedetineerden door personen van hetzelfde geslacht te doen bewaken; dat van de door haar ingeroepen artikelen 8, 9 en 10 in de context alleen artikel 10 dienstig kan zijn; dat dit artikel luidt als volgt: «1. Allen die van hun vrijheid zijn beroofd, dienen te worden behandeld met menselijkheid en met eerbied voor de inherente waardigheid van de menselijke persoon.

2.a. Personen tegen wie een beschuldiging is ingebracht dienen, uitzonderlijke omstandigheden buiten beschouwing gelaten, gescheiden te worden gehouden van veroordeelde personen en dienen aanspraak te kunnen maken op een afzonderlijke behandeling overeenkomend met hun status van niet veroordeelde persoon.

b) Jeugdige personen tegen wie een beschuldiging is ingebracht, dienen gescheiden te worden gehouden van volwassenen en zo spoedig mogelijk voor de rechter te worden geleid.

3. Het gevangenisstelsel dient te voorzien in een behandeling van gevangenen die in de eerste plaats gericht is op heropvoeding en reclassering. Jeugdige overtreeders dienen gescheiden te worden gehouden van volwassenen en behandeld te worden in overeenstemming met hun leeftijd en rechtspositie»;

3.1.2.4.2. Overwegende dat meestal wordt aangenomen dat de bepalingen van dit Verdrag directe werking in de interne Belgische rechtsorde kunnen hebben, zodat de rechtzoekende er zich kan op beroepen voor de rechter;

3.1.2.5. Wat het Verdrag inzake de uitbanning van alle vormen van discriminatie van vrouwen betreft:

3.1.2.5.1. Overwegende dat verzoekster de schending inroept van de artikelen 1, 2 en 11 van dit Verdrag; dat artikel 1 luidt als volgt:

«Voor de toepassing van dit Verdrag wordt onder 'discriminatie van vrouwen' verstaan elke vorm van onderscheid, uitsluiting of beperking op grond van geslacht, die tot gevolg of tot doel heeft de erkenning, het genot of de uitoefening door vrouwen van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden op politiek, economisch, sociaal of cultureel gebied, op het terrein van de burgerrechten of welk ander gebied dan ook, ongeacht hun echtelijke staat, op de grondslag van gelijkheid van mannen en vrouwen aan te tasten of teniet te doen»;

dat artikel 2 luidt als volgt:

«De Staten die partij zijn bij dit Verdrag, veroordelen discriminatie in alle vormen van vrouwen, komen overeen onvervuld met alle passende middelen een beleid te volgen, gericht op uitbanning van discriminatie van vrouwen, en verbinden zich tot dit doel:

(...);

d) zich te onthouden van ieder discriminierend handelen, eenmalig of voortdurend, jegens vrouwen en te verzekeren dat de overheidsorganen en -instellingen handelen overeenkomstig deze verplichting;

(...);

dat artikel 11 luidt als volgt:

«1. De Staten die partij zijn bij dit Verdrag, nemen alle passende maatregelen om discriminatie van vrouwen in het arbeidsproces uit te bannen teneinde vrouwen, op basis van gelijkheid van mannen en vrouwen, dezelfde rechten te verzekeren, in het bijzonder:

a) het recht op arbeid, als onvervreemdbaar recht van alle mensen;

b) het recht op dezelfde arbeidsmogelijkheden met inbegrip van toepassing van dezelfde selectie-maatstaven in het arbeidsproces;

(...);

3.1.2.5.2. Overwegende dat de bepalingen van het voormelde Verdrag geen directe werking hebben in de interne Belgische rechtsorde; dat immers alleen aan de Staten de verplichting wordt opgelegd te handelen, of niet te handelen, overeenkomstig de principes vervat in het Verdrag; dat dit blijkt uit de artikelen 2 en 11 van het Verdrag luidens dewelke «De Staten... komen overeen ... een beleid te volgen» en «De Staten... nemen alle passende maatregelen...»;

3.1.2.6. Overwegende dat uit het voorgaande moet besloten worden dat van alle door verzoekster ingeroepen internationale en supranationale normen alleen de Europese richtlijn 76/207 van 9 februari 1976 en het Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten rechtstreekse werking in de interne Belgische rechtsorde bezitten;

3.1.3. Overwegende dat momenteel dient nagegaan of het besluit om de bewaking van mannelijke gedetineerden enkel aan mannen en de bewaking van vrouwelijke gedetineerden enkel aan vrouwen toe te wijzen, in overeenstemming is met de regel van de gelijke benoembaarheid van mannen en vrouwen die dwingend is opgelegd door de voormelde Europese richtlijn 76/207 van 9 februari 1976 en titel V van de voormelde wet van 4 augustus 1978 tot economische heroriëntering;

3.1.3.1. Overwegende dat verzoekster betoogt dat noch in het Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten, noch in de resolutie (73)5 van 19 januari 1973 van het Ministercomité van de Raad van Europa betreffende de minimumregels voor de behandeling van gedetineerden de verplichting opgenomen is om de bewaking van gedetineerden toe te vertrouwen aan personen van hetzelfde geslacht, dat het bestreden besluit een discriminatie in het beroepsleven uitmaakt, te meer daar het werd genomen buiten de termijn die in artikel 122 van de voormelde wet van 4 augustus 1978 bepaald is om in een afwijking van de gelijkheidsregel te voorzien, dat door het bestreden besluit een administratieve discriminatie ontstaat omdat de bevorderingsmogelijkheden van de vrouwelijke gevangenisbewaarders erdoor in het gedrang komen, dat tenslotte het verbod om gedetineerden van het andere geslacht te bewaken ook een morele discriminatie vormt, omdat dit verbod niet geldt voor het administratief en het directiepersoneel;

3.1.3.2. Overwegende dat de verwerende partij hierop antwoordt, met verwijzing naar het arrest Storms, nr. 20.514 van 22 juli 1980, dat het geslacht geen absoluut verboden criterium van onderscheid is, dat wegens de specifieke kenmerken van het gevangenisleven terecht een onderscheid kon gemaakt worden, niet enkel in het belang van de vrouwelijke gevangenisbewaarders maar ook in het belang van een adequate taakvervulling, dat het argument dat de bestreden maatregel verzoeksters bevorderingsmogelijkheden in het gedrang brengt, verworpen dient te worden omdat verzoekster binnen de groep van de vrouwelijke gevangenisbewaarders dezelfde bevorderingsmogelijkheden heeft als haar collega's, dat, wat tenslotte de door verzoekster aangevoer-

de discriminatie ten opzichte van het administratief en directiepersoneel betreft, er dient op gewezen te worden dat de taak van deze personeelsleden grondig verschilt van die van het bewaarderspersoneel;

3.1.3.3. Overwegende dat verzoekster in haar memorie van wederantwoord aan haar argumentatie toevoegt dat het bewijs dat een gemengde bewaking met eenvoudige organisatorische maatregelen kan gerealiseerd worden, geleverd wordt door de modaliteiten die werden uitgewerkt met het oog op een experiment met een gemengde bewaking in de gevangenis van Vorst, dat echter bij gebrek aan vrijwilligers geen doorgang heeft kunnen vinden; dat zij naar Nederland verwijst waar het gemengd systeem wettelijk verplicht zou zijn en in de meeste strafinrichtingen sedert verschillende jaren zou worden toegepast; dat zij tenslotte meent dat een gemengde bewaking de gedetineerden de «zin voor waardigheid en voor menselijke verantwoordelijkheid» zou bijbrengen, zoals in het Verslag aan de Koning bij het koninklijk besluit van 21 mei 1965 houdende algemeen reglement van de strafinrichtingen wordt vooropgesteld;

3.1.3.4.1. Overwegende dat zowel de richtlijn 76/207 van 9 februari 1976 van de Raad van de Europese Gemeenschappen, als titel V van de wet van 4 augustus 1978 die deze richtlijn in het Belgisch intern recht heeft uitgevoerd, bepalen dat de gelijke behandeling van mannen en vrouwen op de arbeidsmarkt de regel moet zijn; dat in overeenstemming met artikel 2.2. van de voormelde Europese richtlijn in artikel 122 van de voormelde wet van 4 augustus 1978 aan de Koning de bevoegdheid wordt verleend om, bij in Ministerraad overlegd besluit, de gevallen te bepalen waarin melding kan worden gemaakt van het geslacht in de toegangsvoorwaarden van een betrekking of een beroepsactiviteit «waarvoor het geslacht een doorslaggevende voorwaarde vormt wegens de aard of de uitoefeningsvoorwaarden ervan»; dat dit koninklijk besluit slechts kan genomen worden na advies van de Commissie Vrouwenarbeid en, voor de privé-sector, van de Nationale Arbeidsraad, en, voor de publieke sector, van het Gemeenschappelijk Comité voor alle overheidsdiensten; dat, ofschoon deze uitzondering op de regel van de gelijke behandeling in zeer restrictieve zin moet geïnterpreteerd worden, zoals blijkt uit de parlementaire voorbereiding, de wetgever hierdoor aan de Regering toch een zekere beoordelingsvrijheid gelaten heeft om te beslissen in welke gevallen de noodzaak om van deze uitzonderingsbepaling gebruik te maken zich voordoet;

3.1.3.4.2. Overwegende dat het de Raad van State niet toekomt zijn eigen beoordeling ter zake in de plaats van deze van de Regering te stellen; dat de beoordeling die door de Regering wordt uitgebracht, door de Raad van State slechts voor onrechtmatig kan worden gehouden indien deze beoordeling de grenzen van artikel 122 overschrijdt, namelijk wanneer van de regel van de gelijke behandeling zou worden afgeweken voor een betrekking of een beroepsactiviteit waarvoor het geslacht, rekening houdend met de actuele opvattingen, in redelijkheid niet als een «doorslaggevende voorwaarde» voor de behoorlijke uitoefening ervan kan beschouwd worden; dat, in tegenstelling tot hetgeen verzoekster aanvoert, door artikel 122 van de voormelde wet van 4 augustus 1978 echter geen termijn wordt bepaald waarbinnen het besluit tot afwijking van de regel van de gelijke benoembaarheid dient te worden genomen;

3.1.3.4.3. Overwegende dat de regel van de gelijke benoembaarheid van mannen en vrouwen voor openbare ambten niet wegneemt dat, in toestanden waarin de fysieke constitutie van de man of de vrouw als zodanig in redelijkheid geacht kan worden in het algemeen een ongeschiktheid voor taken mede te brengen, of een kennelijk gevaar voor de fysieke of morele gaafheid te doen ontstaan, taken bij voor-

keur of uitsluitend aan mannen of vrouwen kunnen worden toegewezen, of algemene beschermingsmaatregelen ten voordele van de bedreigde groep kunnen worden genomen;

3.1.3.4.4. Overwegende dat in het Belgisch gevangeniswezen de praktijk van toepassing is dat mannelijke en vrouwelijke gedetineerden gescheiden worden opgesloten; dat dit blijkt uit artikel 4 van het koninklijk besluit van 21 mei 1965 houdende algemeen reglement van de strafinrichtingen, waarin bepaald wordt dat «de inrichtingen die gedetineerden van beiderlei kunnen opnemen in twee kwartieren zijn onderverdeeld: één bestemd voor de mannen en één voor de vrouwen», en dat «tussen deze kwartieren slechts strikt noodzakelijke dienstbetrekkingen bestaan»; dat volgens verzoekster dit reglement evenwel tot de voorschriften behoort die krachtens artikel 153 van de voormelde wet van 4 augustus 1978 stilzwijgend vervallen zijn omdat zij in strijd zijn met titel V van die wet; dat zij hierbij veronachtzaamt dat genoemd artikel, en meer in het bijzonder artikel 153, 7°, slechts als opgeheven beschouwt de met titel V van de wet strijdige voorschriften die uitgevaardigd werden «door de in de artikelen 108, 108bis, 108ter van de Grondwet bedoelde autoriteiten», met andere woorden de voorschriften die uitgaan van provinciale en gemeentelijke overheden, van de agglomeraties en de federaties van gemeenten alsmede van de agglomeratie Brussel; dat bovendien dient te worden opgemerkt dat de bepalingen van titel V van de voormelde wet van 4 augustus 1978 in hun essentie de gelijke behandeling van mannen en vrouwen op de arbeidsmarkt beogen; dat die bepalingen dan ook, als zodanig, geen uitstaans hebben met de organisatie van het gevangeniswezen en dat de wettigheid van een regeling waarbij mannelijke en vrouwelijke gedetineerden afzonderlijk worden opgesloten derhalve op grond van die wet niet kan betwist worden;

3.1.3.4.5. Overwegende dat, in afwezigheid van enig ander document dat desbetreffend door de verwerende partij wordt voorgelegd, aangenomen dient te worden dat het bestreden koninklijk besluit van 29 augustus 1985 op dezelfde gronden steunt als het eerder genomen koninklijk besluit van 6 augustus 1981, al was het zo dat dit laatste besluit slechts voor een periode van twee jaar werd genomen en het bovendien aan de Minister van Justitie toeliet om bij wijze van proef bewakers van het ander geslacht dan de gedetineerden tewerk te stellen; dat blijkens het advies dat met betrekking tot het laatstgenoemde besluit door de Commissie Vrouwenarbeid op 20 juni 1980 werd uitgebracht, de Minister van Justitie van oordeel was dat een afwijking van de gelijkheidsregel noodzakelijk was omdat «het toezichtspersoneel een heel bijzondere categorie vormt waarbij het principe van de totale gelijkheid der geslachten beslist de veiligheid en de goede werking van de instellingen in het gedrang zou brengen»; dat volgens de Minister de betrekkingen tussen de gedetineerden en de bewakers bepaald worden «door een reeks factoren die kenmerkend zijn voor het gevangenisleven, bijvoorbeeld het beperkt kader waarin deze betrekkingen bestaan of het feit dat de gedetineerden geen normale contacten hebben met personen van het andere geslacht»; dat de Minister meer bepaald stelt dat «de functie van bewaker een hele reeks taken omvat die moeilijk kunnen opgelegd worden aan bewakers van een ander geslacht dan de gedetineerden, zoals toezicht op het baden, fouilleren, toegang tot de cellen 's morgens en 's avonds laat, nachtcontroles»;

3.1.3.4.6. Overwegende dat het de Raad van State niet toekomt deze redengeving op haar merites te beoordelen of zijn eigen appreciatie hieromtrent in de plaats te stellen van deze van de verantwoordelijke Minister; dat enkel kan nagegaan worden of deze redengeving voldoet aan het redelijkheids criterium en de door artikel 122 van de voormelde wet van 4 augustus 1978 getrokken grenzen eerbiedigt; dat ver-

zoekster in dit verband betoogt dat noch het Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten, noch de resolutie (73)S van 19 januari 1973 die een geheel van minimumregels voor de behandeling van gedetineerden bevat die door het Comité van Ministers van de Raad van Europa aan de Lid-Staten worden aanbevolen, voorschrijven dat gedetineerden door personen van hetzelfde geslacht moeten bewaakt worden; dat echter moet opgemerkt worden dat, zo de bepalingen van het Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten die verzoekster introept weliswaar een gemengde bewaking niet verbieden, die bepalingen evenmin uitsluiten dat de bewaking exclusief aan bewaarders van hetzelfde geslacht als de gedetineerden wordt opgedragen; dat, wat de resolutie (73)S van 19 januari 1973 van het Comité van Ministers van de Raad van Europa betreft, moet worden vastgesteld dat een dergelijke resolutie geen directe werking heeft en dan ook door verzoekster voor de Raad van State niet kan worden ingeroepen;

3.1.3.4.7. Overwegende dat uit het voorgaande dient besloten te worden dat het behoud van het principe dat mannelijke gedetineerden enkel door mannen en vrouwelijke gedetineerden enkel door vrouwen bewaakt worden, in de gegeven omstandigheden, niet als onredelijk voorkomt en derhalve binnen de grenzen blijft van wat door artikel 122 van de voormelde wet van 4 augustus 1978 wordt toegestaan, zelfs al kan die regeling tot gevolg hebben dat er zich voor vrouwelijke gevangenisbewaarders minder bevorderingskansen aandienen dan voor hun mannelijke collega's;

3.1.3.4.8. Overwegende dat tenslotte nog aandacht moet besteed worden aan de «morele discriminatie» die volgens verzoekster ontstaat door het feit dat het verbod om gedetineerden van het andere geslacht te bewaken niet geldt voor het administratief en directiepersoneel; dat verzoekster hierbij veronachtzaamt dat de taken van deze personeelsleden fundamenteel verschillen van deze van het bewaarderspersoneel; dat zelfs zo deze personeelsleden wel eens mede voor de bewaking van gedetineerden moeten instaan, dit alleszins niet hun hoofdtaak is, zodat zij ten opzichte van de gedetineerden optreden in een totaal andere hoedanigheid; dat hierbij tevens in aanmerking moet genomen worden dat krachtens artikel 122 van de wet van 4 augustus 1978 uitzonderingen op de gelijkheidsregel enkel kunnen worden toegestaan wanneer het geslacht een «doorslaggevend» voorwaarde voor de behoorlijke uitoefening van het beroep blijkt te vormen; dat de overheid met andere woorden gebonden is door het proportionaliteitsbeginsel, hetgeen inhoudt dat de toegestane uitzondering niet verder mag gaan dan passend en noodzakelijk is ter verwezenlijking van het nagestreefde doel; dat het dan ook terecht is dat de in het voormelde koninklijk besluit van 20 augustus 1969 voorziene mogelijkheid om ook andere betrekkingen dan die van gevangenisbewaarder enkel voor mannen en vrouwen open te stellen, in het thans bestreden koninklijk besluit niet behouden werd; dat het eerste middel niet gegrond is; (...)

BESLUIT

Artikel 1. Het beroep wordt verworpen. (...)

OBSERVATIONS

Le sexe comme condition déterminante

L'actualité attire l'attention sur la question de l'accès aux fonctions sacerdotales dans l'Eglise catholique; on peut s'étonner que depuis le 9 août 1978 (date-limite de transposition de la directive 76/207), cette question – qui affecte d'ailleurs d'autres cultes reconnus dans les divers Etats membres – ne semble avoir nulle part donné lieu à jurisprudence. Sans m'aventurer dans ce débat, je m'en

tiendrai à l'arrêt du Conseil d'Etat, qui vient remettre en lumière un aspect quelque peu oublié de la législation relative à l'égalité entre hommes et femmes dans les conditions de travail.

1. Comme j'avais déjà pu l'observer lors du séminaire de Knokke en 1990 (Rev. Trav., 1990, 587), la discrimination directe à l'embauchage est l'un des domaines dans lesquels la directive 76/207 et son instrument de transposition ont fourni un apport décisif. Le système mis en place pourrait difficilement être plus clair: la référence au sexe dans l'accès aux emplois fait l'objet d'une interdiction de principe (art. 121 de la loi du 4 août 1978). Quatre types d'exceptions seulement apparaissent toutefois: la protection de la maternité (art. 118); les dispositions protectrices du travail des femmes (art. 123), à titre «provisoire» (voy. à ce sujet le débat relatif au travail de nuit: C.J.C.E., 3 février 1994, C-13/93, *Minne*, ci-après et ma note); les mesures d'action positive en faveur des femmes (art. 119); et les emplois «pour lesquels, en raison de la nature ou des conditions de leur exercice, le sexe constitue une condition déterminante» (art. 122), et qui doivent être définis par le Roi. L'A.R. du 8 février 1979 (*M.B.*, 16 févr.) a mis en œuvre cette dernière disposition.

2. Ces règles n'ont guère donné lieu à litiges dans le secteur privé, sauf dans des cas où l'employeur prétendait faire de l'absence de grossesse un élément essentiel du recrutement (voy. Cour Trav. Liège, 8 novembre 1991, *Chr. D.S.*, 1992, 122, note; et encore C.J.C.E., 5 mai 1994, C-421/92, *Habermann-Beltermann*, ci-devant et mes obs.).

Rien de surprenant, car à défaut de sanctions prévues par la loi du 4 août 1978, la victime de pratiques de recrutement discriminatoires devrait non seulement prouver la faute et le lien causal mais l'étendue du préjudice pour en obtenir réparation sous forme de dommages et intérêts, à moins qu'elle tentât sa chance en dénonçant l'infraction (art. 141, 1° de la loi) dans l'espoir de se constituer partie civile. A titre de comparaison, il est intéressant de relever qu'en Grèce, la Cour de cassation a récemment confirmé (arrêt n° 1360/1992) une injonction, donnée à un employeur privé (une banque), d'engager une femme qu'il avait évincée de manière discriminatoire (voy. S. KOUKOULIS-SPILOTPOULOS, «Remedies in Equality Law», *I.L.J.*, 1993, 146).

Pour sa part, la Cour de Justice n'a eu à connaître que d'un seul litige qui abordait une restriction sexué applicable au secteur privé. Dans son arrêt du 8 novembre 1983, 165/82, *Commission c/ Royaume-Uni* (Rec., 1983, 3431), la Cour admit que la profession de sage-femme pouvait légitimement être réservée aux femmes.

3. Lorsque c'est un service public qui recrute, la voie du recours administratif offre à la victime des perspectives plus prometteuses: annulation de la procédure et seconde chance si l'emploi doit absolument être pourvu, voire obligation de nommer en cas de compétence liée.

Et c'est bien au sein du contentieux administratif que l'impact de la loi du 4 août 1978 se manifeste le plus spectaculairement. En effet, avant son entrée en vigueur la contestation de la discrimination ne se fondait que sur les articles 6 et 6bis (10 et 11 actuels) de la Constitution, éventuellement renforcés par le Pacte international sur les droits civils et politiques; d'où une plongée immédiate dans le bourbier des «justifications objectives» et des «moyens raisonnables et proportionnés». Il en résultait une jurisprudence circonstancielle et sinieuse. D'une part, les arrêts C.A.P. d'Ixelles (n° 10.167, 6 septembre 1963), De Meyer (n° 12.124, 21 décembre 1966), Baise (n° 15.928, 21 juin 1973) annulaient les actes discriminatoires. De l'autre, à propos du principe selon lequel les professeurs d'éducation physique devaient être du même sexe que leurs élèves, les arrêts Storms (n° 20.514, 22 juillet 1980, *R.W.*, 1980-81, 1074, obs. W. LAMBRECHTS) et Van de Velde (n° 22.316, 8 juin 1982) validaient des désignations sélectives.

Avec ses arrêts Brosens et De Loof (n° 28.888 et 28.889, 24 novembre 1987, *R.W.*, 1988-89, 228; voy. aussi P. HUMBLIST, «Discrimination bij aanwerving van overheidspersoneel», *ibid.*, 209), et ensuite l'arrêt Delsalle (n° 32.626, 23 mai 1989), tous consacrés à des éducateurs et éducatrices d'internats où garçons et filles sont séparés, le Conseil d'Etat paraît renverser sa jurisprudence. Mais c'est inévitable: les fonctions en cause ne figurant pas dans l'A.R. du 8 février 1979, le sexe ne peut plus constituer un critère de désignation.

4. L'A.R. du 8 février 1979 n'a jamais reçu de modification. La raison réside à la fois dans l'évolution sociale, et dans le mécanisme instauré par l'article 122 de la loi, qui impose la consultation

préalable (mais non l'avis conforme) de la Commission du Travail des Femmes et, soit du Conseil national du Travail, soit du Comité commun à l'ensemble des services publics.

Immédiatement après l'entrée en vigueur de la loi, la Commission du Travail des Femmes fut saisie, entre 1979 et 1982, de neuf demandes de dérogation, qui firent l'objet de ses avis n° 15/1 à 15/9; ensuite, elle ne dut plus se prononcer que deux fois, en 1989 (avis n° 15/10) au sujet des professeurs d'éducation physique et en 1991 (avis n° 15/11) à propos des maîtres d'étude-éducateurs, ces demandes émanant de la Communauté flamande.

Dans la plupart des cas, et notamment les deux derniers, la C.T.F.⁽¹⁾ adopta un point de vue négatif, et les requérants n'insistèrent pas. L'exception, dont on a trouvé l'évocation dans l'arrêt annoté, porte sur «certains emplois du Ministère de la Justice». Ceux-ci faisaient l'objet d'un A.R. du 20 août 1969 qui autorisait des recrutements sélectifs selon le sexe; mais l'article 153 de la loi du 4 août 1978 mentionnait ce texte parmi d'autres dispositions en vigueur dans divers services publics et qui devaient cesser de produire leurs effets au plus tard un an après le 17 août 1978, date de publication de la loi.

Invoquant la nécessité de faire surveiller les détenus par des gardiens du même sexe, le ministre de la Justice soumit donc à l'avis de la C.T.F. un projet de nouvel arrêté royal, pris sur la base de l'article 122. L'arrêt résume ce qu'il advint ensuite; dans son avis n° 15/6 du 20 juin 1980, la C.T.F. ne donna son accord que pour une période de deux ans, sous la condition que le département tentât une expérience d'ouverture de certains emplois à des gardiens du sexe opposé à celui des détenus. Deux ans plus tard, le ministre de la Justice lui soumit la même demande et avoua que l'expérience n'avait suscité qu'une seule candidature. L'avis n° 15/8 du 12 juillet 1982 durcit le ton, exigea davantage de conviction dans l'appel aux candidatures et n'admit la dérogation que pour deux années supplémentaires. En 1983, lorsque le même ministre présenta un nouveau projet, concernant cette fois le personnel d'éducation ou de surveillance des maisons d'observation et d'éducation surveillée, qui auparavant était également visé par l'A.R. du 20 août 1969, la C.T.F. rendit son avis n° 15/9 du 9 mai 1983, tout à fait négatif. Sur quoi furent adoptés, pour cette dernière catégorie, l'A.R. du 9 novembre 1984 et pour les établissements pénitentiaires, celui du 29 août 1985, qui maintiennent la règle de séparation des emplois. La requérante demanda l'annulation du second.

5. Constatant que la procédure a duré huit ans, on a peine à comprendre que le Conseil d'Etat ne retienne pas, ou ignore, qu'entre-temps la Cour de Justice des Communautés européennes s'est prononcée sur une question très voisine. La Commission avait en effet entrepris contre la République française une procédure en manquement (art. 169 du Traité) parce qu'elle considérait que l'égalité d'accès à certains emplois de la fonction publique n'était pas réalisée dans ce pays, sans que les justifications avancées lui paraissent satisfaisantes au regard de l'article 2, § 2 de la directive 76/207.

On lit dans l'arrêt du 30 juin 1986, 318/86 (*Rec.*, 1988, p. 3559) que parmi ces emplois figuraient ceux des surveillants chargés de diriger des maisons d'arrêt. On apprend qu'au cours de la procédure préalable, la Commission avait considéré comme justifié le recrutement séparé des gardiens, mais que les fonctions de direction ne lui paraissaient pas déterminées par le sexe. La Cour accepta toutefois l'argumentation de la République selon laquelle l'expérience de la

fonction de gardien était indispensable à l'exercice de la direction et ne prononça pas de condamnation au sujet de ces emplois, admettant donc qu'en l'espèce la séparation des fonctions de recrutement entraîne celle des postes de promotion.

6. Sans recourir au réconfort de cette jurisprudence, le Conseil d'Etat décide ainsi en 1993 que lorsqu'il fut adopté, l'A.R. du 29 août 1985 trouvait son fondement dans l'article 122 de la loi du 4 août 1978 et ne contrevenait pas à la directive, ni au Pacte relatif aux droits civils et politiques. Inévitablement – puisque, qui s'en plaindra, la délinquance des femmes reste nettement plus limitée que celle des hommes –, les emplois de recrutement et de promotion ouverts aux gardiennes sont moins nombreux que ceux des gardiens, mais cette inégalité ne peut tomber sous le coup de l'interdiction de discriminer.

Mais, du même soufflé, le Conseil d'Etat ne consacre-t-il pas un immobilisme de fait qui va à l'encontre de l'évolution sociale? Dès son premier avis, la C.T.F. avait observé qu'instaurer la mixité des emplois de gardiens requerrait un important effort de formation, auquel les femmes occupées par l'administration pénitentiaire étaient en général mieux préparées que les hommes en raison de leur niveau moyen d'éducation, nettement supérieur à celui de leurs collègues. Dans son second avis, la C.T.F. accusait le département d'avoir laissé les organisations syndicales saboter l'expérience pour défendre l'intérêt de leurs affiliés, en majorité masculins.

Depuis lors, le département a dû consentir des efforts, assez modestes au demeurant, pour revaloriser, pécuniairement et qualitativement, une profession pénible, ingrate et désespérément mal rémunérée. Mais on doute que beaucoup de réflexions se soient portées sur le bien-fondé de maintenir l'univers carcéral clos sur lui-même au point que la présence de personnes de l'autre sexe reste pour les détenus tout à fait épisodique.

7. Pour en terminer, il faut encore mentionner que si, dans ses arrêts Brosens-De Loof-Delsalle, le Conseil d'Etat a pris en compte la notion de discrimination directe fondée sur le sexe, il lui reste encore à montrer la même fermeté à l'égard de la discrimination indirecte.

Dans son arrêt Naessens, n° 34.283 du 6 mars 1990, le Conseil avait dû se prononcer sur la régularité d'une procédure de recrutement d'agents de police par la ville de Gand. *Obiter dicto*, l'arrêt déclare qu'imposer une condition de taille minimale d'1 m. 68 est conforme à l'article 121 de la loi du 4 août 1978.

Or, les statistiques de la population belge révèlent que la taille moyenne s'établit à 1 m. 72 pour les hommes et 1 m. 60 pour les femmes (*Q. et R.*, Chambre, 1989-1990, n° 129, 10506). Le critère apparemment égalitaire induit donc une discrimination indirecte.

Actuellement, l'A.R. du 14 mai 1993 relatif au recrutement des candidats agents de police fixe une taille minimale d'1 m. 63 et le ministre de l'Intérieur exhorte les communes, avec un succès relatif, à favoriser les chances des femmes (*Q. et R.*, Sénat, 1993-1994, n° 108, 5728). A aucun moment, les exigences précises de la fonction qui fonderaient la nécessité d'une taille minimale ne sont exposées, comme le recommandait la C.T.F. dans son avis n° 44 du 22 septembre 1986 concernant les critères physiques de recrutement ou de promotion. Et simultanément, les règlements communaux relatifs aux uniformes continuent à prévoir une jupe pour les femmes.

Il serait donc temps de constater qu'il s'agit ici de distinction morphologique et de cesser de rechercher l'égalité formelle. C'est la voie qu'a choisie la Cour de cassation d'Italie dans son arrêt n° 163 du 2 avril 1993, qui condamne un critère uniforme d'1 m. 65 comme inadéquat à la «réalité de la nature» et générateur de discrimination indirecte à l'égard des femmes (voy. le commentaire de V. BALLESTRERO et T. TREU dans la *Newsletter* du Réseau d'experts sur l'application des directives «égalité», n° 2/1993). *E ben trovato, ma soprattutto è vero.*

Jean JACQUAIN

(1) L'A.R. du 15 février 1993 a institué le Conseil de l'égalité des chances qui remplace à la fois la C.T.F. et le Conseil de l'émancipation. Son art. 7 charge la commission permanente du travail du nouveau Conseil d'exercer les missions que la C.T.F. tenait de dispositions légales comme l'art. 122 de la loi du 4 août 1978. On doit émettre quelques doutes sur la régularité de ce procédé de substitution, la loi visant explicitement la C.T.F.