

DISCRIMINATIE BIJ AANWERVING VAN OVERHEIDSPERSONEEL¹

I. Probleemstelling

1. Op 24 november 1987 heeft de Raad van State twee arresten gewezen waarin hij zich expliciet heeft uitgesproken over het principe van de gelijke behandeling van mannen en vrouwen zoals het vervat is in titel V van de wet van 4 augustus 1978 tot economische heroriëntering².

In de eerste zaak³ hadden zowel de verzoekende als de tussenkomende partij voor het schooljaar 1983-84 een aanvraag gedaan tot tijdelijke aanstelling als studiemeester-opvoeder in een internaat. Verzoekende partij — van het vrouwelijke geslacht — werd 69e gerangschikt, de tussenkomende partij — een man — slechts 73e. Desondanks werd laatstgenoemde bij ministerieel besluit aangesteld. Als motivering werd laconiek opgegeven «32 jongens secundair onderwijs en slechts 1 man als opvoeder».

De tweede zaak⁴ betreft een analoog geval. I.c. moest de man echter wijken.

Het feit dat de beter gerangschikte niet van hetzelfde geslacht was als de te bewaken groep, resulteerde dus in beide gevallen in een ministerieel non-possumus. Een dergelijke attitude ligt volledig in de lijn van de houding aangenomen tegenover de leerkrachten lichamelijke opvoeding in de circulaires SOY(75)²⁵ en BP 5/87⁶. Deze laatste bepaalt dat «het onderricht van de lichamelijke opvoeding in het secundair onderwijs aan de jongens bij voorkeur door een mannelijke leerkracht en aan de meisjes bij voorkeur door een vrouwelijke leerkracht gegeven wordt». Het geslachts criterium moet de voorrang hebben boven het anciënniteitscriterium bij tijdelijke aanstelling, toelating tot de stage, vaste benoeming, bepalen van de boventaligheid, «reaffectatie» en mutatie. Dit heeft in het verleden tot een zekere benadeling van vrouwelijke leerkrachten geleid⁷, hoewel ook mannen niet werden gespaard⁸. In het arrest van 24 november 1987 herzag de Raad van State echter het tot dan toe gehul-

digde standpunt en paste de Wet Gelijkheid Man/Vrouw toe. De beslissing werd vernietigd.

Is dit nu het sluitstuk van de jarenlange discussie over het aanwenden van het geslacht als criterium bij de aanwerving van overheidspersoneel? Wij zullen trachten op deze vraag in kort bestek een antwoord te geven. Daarenboven zal worden onderzocht in hoeverre de overheid als werkgever bepaalde antidiscriminatiënormen anders recipieert dan de werkgevers uit de particuliere sector.

II. De toegang tot ambten, vrije beroepen en overheidsbetrekkingen voor vrouwen

2. Een aantal ambten, zelfs sommige vrije beroepen met een elitair karakter zoals advocaat⁹ of notaris, zijn lange tijd een masculien privilege geweest¹⁰. Dit gegeven is universeel¹¹. Het uiteindelijke doel van de uitsluiting van vrouwen bij de leiding van de staat was onmiskenbaar de bestendiging van de patriarchie — = het domineren van recht en samenleving door mannen¹².

3. Als legitimering voor een dergelijke discriminatoire handelwijze vermelden wij de volgende typeringen uit rechtsleer en rechtspraak.

— *traditie*: de vrouw krijgt «al dan niet toegang tot een openbaar ambt naargelang de traditie haar al dan niet uitsloot ten tijde van de afkondiging van de wet die de toegang tot het ambt regelde»¹³;

— *Incompatibiliteit*: vrouwen worden slechts dan toegelaten wanneer de normale uitoefening van de hun toevertrouwde functies niet incompatibel is met hun geslacht¹⁴; deze visie impliceert dat er typisch mannelijke en typisch vrouwelijke beroepen bestaan¹⁵;

— *protectie*: de vrouw mag bepaalde functies niet uit-

⁹ Zie o.a. COLARD, C., «La femme dans l'administration de la justice», *J.T.*, 1949, 457-460; DELWAIDE, L., «L'accès des femmes à la Magistrature», *J.T.*, 1946, 465-470.

Volgens P. WOLFCARIUS («Le contenu et l'évolution du principe d'égalité dans l'accès à la fonction publique», in *L'égalité*, VIII, C. PERELMAN, en L. INGBER, (red.), Brussel, Bruylant, 1982, 171) was deze uitsluiting te wijten aan het feit dat het beroep van advocaat, notaris e.d. een samenwerking met de justitiële autoriteiten veronderstelde.

¹⁰ Zie MAST, A. en DUJARDIN, J., *Belgisch grondwettelijk recht*, Gent, Story-Scientia, 1983, nr. 451.

¹¹ Zie o.a. SLOOT, B., «Officiële uitsluiting van vrouwen in juridische beroepen», *N.J.B.*, 1980, 1186-1195.

¹² Zie VAN MAARSEVEEN, H., «Rechtstheorie en vrouwen: patriarchie als juridisch concept», *N.J.B.*, 1984, 709-716.

¹³ VAN HAECKE, R., «Het gelijkheidsbeginsel en de toegang van de vrouw tot de openbare ambten», *T.B.P.*, 1968, 322.

¹⁴ WIGNY, P., *Droit administratif — Principes généraux*, Brussel, Bruylant, 1953, nr. 230.

¹⁵ Bv. MAST, A., «Het gelijkheidsbeginsel», *T.B.P.*, 1962, 134.

¹ Enkele bedenkingen bij twee arresten van de Raad van State van 24 november 1987. Een ervan (nr. 28.888) wordt in dit nummer gepubliceerd: zie p. 228.

² B.S., 17 augustus 1978; hierna aangeduid als Wet Gelijkheid Man/Vrouw.

³ R.v.St., nr. 28.888, 24 november 1987. Zie de tekst verder in dit nummer, p. 228

⁴ R.v.St., De Loof, nr. 28.889, 24 november 1987.

⁵ Van 25 maart 1975.

⁶ Van 23 januari 1987.

⁷ Dit is alleszins de opvatting van VERSLUYS, L., *Je rechten als vrouw*, Antwerpen, EPO, 1987, 19 die zich hiervoor baseert op *Vr. en Antw., Senaat*, 1986-87, 13 november 1986, 1948 (Vr. nr. 20 Bourgois).

⁸ Zie R.v.St., Storms, nr. 20.514, 22 juli 1980; R.v.St., Van de Velde, nr. 22.316, 8 juni 1982; R.v.St., Vansieleghem, nr. 25.010, 5 februari 1985; R.v.St., Feys, nr. 25.011, 5 februari 1985.

oefenen omdat ze moet worden beschermd¹⁶; zij is immers kwetsbaarder dan de man, heeft minder fysieke kracht en kan draagster zijn van nieuw leven.

4. Wat de ambten en vrije beroepen betreft, werden de impedimenten één na één door bijzondere wetten opgeheven¹⁷.

De gelijke toegang tot de overheidsbetrekkingen heeft dan weer een eigen geschiedenis. Het statuut van het rijks-personeel werd pas in 1937 (coherent) geregeld¹⁸. In de terminologie van het «statuut Camu» wordt op geen enkel moment naar de sekse van de gegadigden voor een betrekking in overheidsdienst verwezen. Hieruit kan men besluiten dat de hoogste administratieve functies ook voor vrouwen werden opengesteld¹⁹. Het geciteerde K.B. had echter twee beperkingen.

Ten eerste had het slechts een gelimiteerd toepassingsgebied daar het alleen bestemd was voor het rijkspersoneel en niet voor het voltallige overheidspersoneel²⁰. Ten tweede werd wel een uniforme *selectie*procedure uitgewerkt, maar werd nergens bepaald wie tot de selectie moest worden toegelaten.

De facto bleek dat slechts 10% van de door het Vast Wervingssecretariaat uitgeschreven examens een gemengde doelgroep hadden. In de overige 90% van de gevallen stonden de betrekkingen alleen open voor mannen²¹.

Ondanks het feit dat bepaalde nationale en supranationale normen de gelijkheid van allen zonder onderscheid van geslacht poneren, zijn er sinds de oprichting van de Raad van State slechts weinig gedingen gevoerd over de discriminatie bij aanwerving of promotie. De vraag is daarenboven of er überhaupt wel sprake is van discriminatie indien men, *met motivering*, één van de geslachten van een functie uitsluit²² of een afzonderlijke asymmetrische wervingsreserve aanlegt per geslacht²³.

¹⁶ De bescherming en de daarmee samenhangende verboden worden in tegenstelling tot de twee vorige topics positiefrechtelijk geformuleerd. Zie o.a. het verbod van nachtarbeid dat strenger is voor vrouwen dan voor mannen (vgl. de artt. 36 en 37 Arbeidswet).

¹⁷ Zie MAST, A. en DUJARDIN, J., *o.c.*, nr. 451; zie ook DE WEERDT, D., *En de vrouwen — Vrouwen, vrouwenbeweging en feminisme in België 1830 - 1960*, Gent, Masereelfonds, 1980, 180-181.

¹⁸ K.B. van 2 oktober 1937, *B.S.*, 8 oktober 1937.

¹⁹ Zie wetsvoorstel betreffende toekenning van gelijke rechten aan man en vrouw met betrekking tot het uitoefenen van openbare functies, *Gedr. St., Kamer*, B.Z. 1949, nr. 47, 2.

²⁰ Over het verschil tussen beide begrippen: VAN WESEMAEL, H., «Gelijkheid van behandeling — toepassingsproblemen in het openbaar ambt», in *Gelijke beloning en behandeling van mannen en vrouwen*, Brussel, Cahiers van de Commissie Vrouwenarbeid nr. 8, 1986, 50; zie ook WOLFCARIUS, P., *l.c.*, 156.

²¹ Zie voorstel van verklaring tot herziening van artikel 6, tweede lid, van de Grondwet, *Gedr. St., Senaat*, 1953-54, nr. 100, 1.

²² Zie R.v.St., Gemeente Sint Lenaarts, nr. 822, 10 april 1951; R.v.St., De Meyer, nr. 11.634, 9 februari 1966; R.v.St., Baise, nrs. 15.928 en 15.929, 21 juni 1973.

²³ Zie R.v.St., Lalmand, nr. 1.592, 29 mei 1952; R.v.St., Meurs, nr. 1.593, 29 mei 1952.

III. Discriminatie bij aanwerving en het grondwettelijk gelijkheidsprincipe

5. Artikel 6 van de Grondwet poneert de gelijkheid van alle Belgen voor de wet. Deze gelijkheid wordt gerealiseerd op vier niveaus²⁴: door de afwezigheid van de standen, de gelijke benoembaarheid van alle Belgen tot de burgerlijke en militaire bedieningen, de gelijke behandeling voor de rechtbanken en de onmogelijkheid om voorrechten in te voeren op het gebied van de belastingen.

De gelijkheid voor de wet zegt alleen maar iets over de *methode* die de wetgever moet gebruiken, maar zegt niets over de inhoud van de normen²⁵. Het is dus voldoende dat een ieder die zich in gelijke omstandigheden bevindt, op een gelijke wijze wordt behandeld, opdat het artikel niet wordt geschonden²⁶. De gelijkheid voor de wet is geen vorm van reële gelijkheid, maar slechts synoniem van conformiteit met de norm²⁷.

Artikel 6bis Gw. vermeldt dan een discriminatieverbod bij de toekenning van de rechten en vrijheden en artikel 59bis, § 7, geeft aan de wetgever de opdracht de nadere regelen vast te stellen ter voorkoming van discriminatie.

Hierbij moet worden vermeld dat men bij de totstandkoming van beide bis-artikelen alleen de gelijkheid tussen Nederlands- en Franssprekenden op het oog had²⁸.

Het hoeft dan ook geen verwondering te wekken dat, bij een dergelijke ratio legis, de Raad van State artikel 6 — op één uitzondering na²⁹ — steeds restrictief heeft geïnterpreteerd.

6. Het consequent hanteren van een formeel gelijkheids-criterium impliceert echter dat men ook mannen kan discrimineren. Een dergelijke «feministische overwinning»³⁰ werd in 1951 behaald³¹ — toen de gemeenteraad van Sint-Lenaarts een plaats van «vaste vrouwelijke klerk» vacant verklaarde en de Raad van State het benoemingsbesluit niet vernietigde omdat de gelijkheid voor de wet niet werd geschonden.

Het grondwettelijk gelijkheidsvoorschrift verzet er zich niet tegen «dat de geslachten verschillend worden behandeld mits met het gemaakte onderscheid een *rechtsgeldig doel* wordt nagestreefd en mits het onderscheid berust op een *in redelijkheid aanvaardbaar motief*»³².

²⁴ THONISSEN, J., *La Constitution belge annotée*, Brussel, Bruylant, 1879, 18.

²⁵ Zie ORIANNE, P., «Valeurs et méthode dans le système juridique: le rôle de l'égalité», in *L'égalité*, VIII, Brussel, Bruylant, 1982, 583.

²⁶ Zie INGBER, L., «L'égalité en droit ou le droit à l'égalité», *J.T.*, 1979, 313-314.

²⁷ KELSEN, H., «Le droit naturel», in *Annales de philosophie politique*, III, Parijs, P.U.F., 1959, 57.

²⁸ ELST, R., «Gelijke toegang tot de overheidsbetrekkingen voor man en vrouw», *T.B.P.*, 1976, 407.

²⁹ R.v.St., Masip, nr. 16.303, 15 maart 1974; in dit arrest oordeelde de Raad dat de gelijkheid van de geslachten binnen de werkingssfeer van het artikel 6 Gw. viel.

³⁰ DE VISSCHER, P., noot onder R.v.St., 10 april 1951, *Jur. Dr. Adm.*, 1951, 205.

³¹ R.v.St., Gemeente Sint-Lenaarts, nr. 822, 10 april 1951.

³² R.v.St., Brosens, nr. 28.888, 24 november 1987; in dezelfde zin de circulaire van P. VERMEYLEN van 2 maart 1955, «Gelijkheid

Als zodanig werden bij het voorbehouden van een betrekking aan mannen «de bijzondere behoeften van de dienst»³³ en de «bijzondere aard der functies»³⁴ aanvaard. Het beperken van de toegang tot een examen voor de aanwerving licentiaat in de scheikunde tot vrouwen werd als redelijk gekwalificeerd omdat de cliënteel bij voorkeur door personen van hetzelfde geslacht werd behandeld voor bepaalde verzorging waarvoor de betrokkenen zich gedeeltelijk moesten ontkleden³⁵.

IV. Discriminatie bij aanwerving, supranationale normen en incorporatie ervan in het nationale recht

7. Is de visie dat een ongelijke behandeling van de geslachten niet in se ongrondwettig is, verenigbaar met de supranationale normen betreffende de gelijke behandeling?

Zeer vele internationale verdragen bevatten gelijkheidsclausules. Zo bepaalt artikel 3 van het Verdrag betreffende de politieke rechten van de vrouw³⁶: «Vrouwen hebben op gelijke voet met de mannen en zonder enige discriminatie hetzelfde recht als de mannen om alle openbare betrekkingen te bekleden en om alle openbare ambten uit te oefenen die in de nationale wetgeving zijn voorzien.» Hiertegen werd evenwel door België voorbehoud gemaakt, zodat dit steevast als een argument contra de gelijke behandeling werd gebezigd³⁷.

De Universele Verklaring van de Rechten van de Mens, die ook de gelijke behandeling in haar vaandel heeft geschreven, heeft dan weer het karakter van een beginselverklaring, zodat die als zodanig geen rechtsgevolgen doet ontstaan en niet als rechtsgrond voor annulatieberoep kan worden aangevoerd³⁸.

Artikel 11b van het Verdrag inzake uitbanning van alle discriminatie van vrouwen³⁹ garandeert «het recht op dezelfde arbeidsmogelijkheden met inbegrip van toepassing van dezelfde selectiemaatstaven in het arbeidsproces», maar werd tot hiertoe nog nooit ingeroepen.

Het zou ons echter te ver leiden om alle internationale verdragen te bespreken waarin de gelijke toegang tot het arbeidsproces van mannen en vrouwen wordt gegarandeerd⁴⁰. Wij beperken ons dan ook tot de implicaties van de E.E.G.-richtlijn 76/207 betreffende de tenuitvoerlegging van de gelijke behandeling van mannen en vrouwen ten aanzien van de toegang tot het arbeidsproces, de beroeps-

der geslachten voor toelating tot de openbare ambten», *B.S.*, 20 maart 1955.

³³ R.v.St., Lalmand, nr. 1.592, 29 mei 1952.

³⁴ R.v.St., De Meyer, nr. 11.634, 9 februari 1966.

³⁵ R.v.St., C.O.O. Elsene, nr. 10.167, 6 september 1963.

³⁶ Wet van 19 maart 1964 houdende goedkeuring van het Verdrag betreffende de politieke rechten van de vrouw, gesloten op 31 maart 1953 te New York, *B.S.*, 2 september 1964.

³⁷ Zie R.v.St., De Meyer, nr. 11.634, 9 februari 1966; R.v.St., Baise, nrs. 15.928 en 15.929, 21 juni 1973; R.v.St., Storms, nr. 20.514, 22 juli 1980.

³⁸ R.v.St., De Meyer, nr. 11.634, 9 februari 1966.

³⁹ Zie wet van 11 mei 1983 houdende goedkeuring van het verdrag, *B.S.*, 5 november 1985.

⁴⁰ Voor een overzicht: *Internationaal recht en vrouwen*, VAN MAARSEVEEN, H., PESSERS, D. en GUNNING, M. (red.), I, 1987, 481 p., II, 1987, 623 p., Zwolle, Tjeenk Willink.

opleiding en de promotiekansen en ten aanzien van de arbeidsvoorwaarden⁴¹. Deze richtlijn bepaalt in haar artikel 9 dat binnen een termijn van dertig maanden volgend op de kennisgeving, de Lid-Staten de nodige wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen zouden treffen in uitvoering van de richtlijn.

De incorporatie hiervan in het Belgische recht geschiedde door de artikelen 116 tot en met 153 van de Wet Gelijkheid Man/Vrouw.

Artikel 116 stelt de gelijke behandeling van mannen en vrouwen voorop in de geest van artikel 6 Gw. Stricto sensu kan men het voorbehouden van een betrekking aan het ene of het andere geslacht hierdoor dus niet aanvechten (*supra*). Artikel 118 sluit *elke* discriminatie evenwel uit behoudens omwille van de bijzondere bescherming van het moederschap (artikel 118 in fine); daarenboven wordt het verbod van nacht- en ondergrondse arbeid voor vrouwen (artikel 123) voorlopig als niet discriminatoir beschouwd.

Artikel 2.2 van de richtlijn bevat een ontsnappingsclausule. De Lid-Staten wordt het recht toegekend om beroepsactiviteiten uitdrukkelijk uit te sluiten van de gelijke behandeling wanneer, vanwege hun aard of de voorwaarden voor de uitoefening ervan, het geslacht een bepalende factor is. Het pendant in de nationale wetgeving is artikel 122, dat aan de Koning de toelating geeft, na raadpleging van de Commissie Vrouwenarbeid en voor de publieke sector het Gemeenschappelijk Comité voor alle overheidsdiensten, de gevallen te bepalen waarin melding mag worden gemaakt van het geslacht in de toegangsvoorwaarden van een betrekking of een beroepsactiviteit. Het K.B. van 8 februari 1979⁴² omvat een limitatieve lijst van dergelijke beroepen. Het is vooral op dit argument dat de verzoekende partijen in de twee zaken steunden. Aangezien de Koning bij de selectie van de functie van studiemeester-opvoeder het geslacht niet als een bepalende factor heeft aangehouden, kunnen zowel mannen als vrouwen voor *elke* openstaande betrekking solliciteren. Een segregerende maatregel is nietig op grond van artikel 130 Wet Gelijkheid Man/Vrouw.

Mutatis mutandis mag men stellen dat ook de circulaires inzake de lichamelijke opvoeding van jongens en meisjes achterhaald zijn.

De uitspraak van de Raad van State is een loutere toepassing van het adagium «Patere legem quam ipse fecisti». Het is zelfs de vraag in hoeverre de Wet Gelijkheid Man/Vrouw moest worden ingeroepen, daar ook in het verleden alleen de Koning de mogelijkheid had om een geslacht van werking uit te sluiten⁴³.

8. Stel echter dat de mogelijkheid tot het formuleren van een ontsnappingsclausule niet was opgenomen in de wet. Zou de Koning dan in het onderwijs wel een splitsing hebben kunnen doorvoeren zoals in de voormelde arresten Storms en Van de Velde? Is m.a.w. het voorbehouden van betrekkingen aan één der geslachten in het onderwijs een discriminatie in de zin van artikel 2.1 richtlijn 76/207?

⁴¹ *P.B.*, nr. L 39 van 14 februari 1976, 41.

⁴² *B.S.*, 16 februari 1979.

⁴³ SAROT, J., LIGOT, J. en GEHLEN, S., «Le statut des agents de l'état devant le juge administratif», *Adm. Publ. (T)*, 1977-78, 86; MORISSENS, F., «Het nieuwe statuut van het rijkspersoneel», *T.B.P.*, 1970, 112.

Deze vraag is zeer belangrijk daar de Koning zou kunnen besluiten het toepassingsgebied van het K.B. van 8 februari 1979 uit te breiden tot de omstreden onderwijsfuncties⁴⁴. Aangezien een particulier tegenover een als werkgever optredende autoriteit van een Lid-Staat de directe werking van de richtlijn nr. 76/207 kan inroepen⁴⁵, zou men het discriminatoire karakter van het desbetreffende K.B. kunnen aanvechten.

9. Artikel 2.1 van de richtlijn bepaalt dat het beginsel van gelijke behandeling inhoudt dat iedere vorm van *discriminatie op grond van het geslacht* is uitgesloten. Toegepast op de arbeidsvoorwaarden veronderstelt dit dat het recht op arbeid — d.i. het recht om een inkomen te verwerven⁴⁶ — in gelijke mate en op dezelfde voorwaarden dient te gelden voor mannen en vrouwen⁴⁷. Een in tweeën gesplitste arbeidsmarkt is taboe⁴⁸.

Bestaat hierop geen uitzondering? Ja, voormeld artikel 2.2 van de richtlijn.

In hoeverre kan men echter een differentiatie⁴⁹ legitimeren? In arrest 165/82⁵⁰ heeft het Europese Hof zich uitgesproken over het afschermen van het beroep van vroedvrouw voor mannen. Het Hof meende dat de toegang tot deze professionele activiteit kon worden bemoeilijkt op grond van de traditie en de *gevoelsoverwegingen*. Uit de rechtsoverwegingen van het arrest Storms blijkt dat ook voor de toegang tot de functie van lera(a)r(es) i.o. (en dus ook van opvoed(st)er)⁵¹ een gelijksoortige redenering kan worden toegepast. Het seksueel dimorfisme impliceert immers dat jongens en meisjes in de periode van 12 tot 18 jaar een verschillend rijpingsproces doormaken en derhalve een te intiem contact tussen lera(a)r(es) en leerlingen van een verschillend geslacht moet worden vermeden, daar dit voor de adolescent nefaste gevolgen kan hebben op het psychische vlak. Daarenboven kan men stellen dat de regeling van de gewraakte circulaire in se niet discriminerend is. Er

wordt immers slechts een «formeel neutraal»⁵² selectie criterium geformuleerd.

Het aanwenden van het geslachts criterium heeft echter i.c. een *segregatie* tot gevolg. Hiertegen verzet zich het gelijkheidsbeginsel — zoals het geformuleerd is in de richtlijn — dat een dynamisch, doelgericht wezen heeft. Het is het synoniem voor het opheffen van discriminatie⁵³ en veronderstelt het doorbreken van de rolpatronen. Een dergelijke interpretatie past ook in de geest van het Vrouwenverdrag⁵⁴, dat in verscheidene van zijn artikelen gelijksoortige stellingen propageert⁵⁵.

V. Collisie van grondrechten

10. W. Lambrechts heeft bij het bespreken van het arrest Storms⁵⁶ reeds opgemerkt dat men het probleem ook vanuit het oogpunt van derden kan bekijken.

In de motivering van voormeld arrest heeft de Raad twee basisstellingen geformuleerd⁵⁷. Eerst en vooral wees de Raad op de seksuele implicaties (supra). Vervolgens werd opgeworpen dat de verhouding man/vrouw door velen als een wezenlijk element van de opvoeding wordt beschouwd; de school die tot een intern ethisch pluralisme op het ethische vlak verplicht is (sic), is dan ook gehouden «om de door iedereen verplicht te volgen lessen, bijvoorbeeld ook die van lichamelijke opvoeding zo in te richten dat zij voor alle representatieve opvattingen aanvaardbaar zijn»⁵⁸. Leidt een dergelijke stelling niet onvermijdelijk tot een botsing van grondrechten. Als men de geslachtsgelijkheid consequent toepast in het onderwijs, zal men dan niet raken aan de godsdienstige (en filosofische) vrijheid en vice versa⁵⁹? Wij zullen dit trachten te verduidelijken aan de hand van een voorbeeld.

11. Onze rijks-, gemeente- en provinciale scholen worden de laatste jaren in toenemende mate bevolkt door een belangrijke «xeno-culturele» groep — afkomstig uit de Maghreb en Klein Azië — die de Islam belijdt. Het pluralisme en de neutraliteitsplicht als geformuleerd in het K.B. van 14 juli 1975⁶⁰ vereisen dat deze instellingen de godsdienstige opvattingen van de ouders die er hun kinderen

⁴⁴ De Koning zou een uitzondering in een apart K.B. kunnen onderbrengen. Zie in dit verband artikel 1 K.B. 9 november 1984, betreffende de voorwaarden voor toelating tot bepaalde betrekkingen bij de rijksinstellingen voor observatie en opvoeding onder toezicht, *B.S.*, 14 december 1984 dat bepaalt: «In de rijksinstellingen voor observatie en opvoeding onder toezicht, worden de betrekkingen van lid van het opvoedingspersoneel of van het toezichtspersoneel alleen verleend aan kandidaten van hetzelfde geslacht als de hun toe te vertrouwen minderjarigen.»

⁴⁵ H.v.J., 15 mei 1986, M. Johnston t. Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary (onuitg.); zie ECKMAN, P., STEENLANT, J. en VAN HEES, H., «Overzicht van de rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen (1985-86), *R.W.*, 1986-87, 1435.

⁴⁶ Zie VAN DUN, F., *Het fundamenteel rechtsbeginsel*, Antwerpen, Kluwer, 1983, 450.

⁴⁷ *P.B.*, nr. C. 286 van 15 december 1975, 10.

⁴⁸ *Ibid.*

⁴⁹ Wij gebruiken hier het begrip «differentiatie» in de zin van ongelijke behandeling. De differentiatie kan geoorloofd of ongeoorloofd zijn (zie TIMMERMANS, C., «Verboden discriminatie of (geboden) differentiatie», *S.E.W.*, 1982, 436).

⁵⁰ H.v.J., 8 november 1983, *Jur.H.v.J.*, 1984, 3431 e.v.

⁵¹ In de parlementaire voorbereiding (*Gedr. St., Senaat, 1977-78*, nr. 2, 210) wordt expliciet verwezen naar beroepen waarvoor men een segregatie gelegitimeerd acht: bv. kinderverzorgster.

⁵² Zie GOVERS, A. en BOSSCHER, A., *Gelijkheid van vrouw en man in het sociaal recht*, Alphen a/d Rijn, Samson, 1981, 25.

⁵³ *P.B.* nr. C 124 van 4 juni 1975, 3.

⁵⁴ Zie 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, *B.S.*, 5 november 1985.

⁵⁵ De «stereotypering» in de arbeid wordt evenwel niet expliciet op de korrel genomen. Zie LAMBRECHTS, W., «Discriminatie op grond van het geslacht en de lessen in lichamelijke opvoeding», *R.W.*, 1980-81, 1081.

⁵⁶ LAMBRECHTS, W., «Discriminatie op grond van het geslacht en de lessen in lichamelijke opvoeding», *R.W.*, 1980-81, 1080.

⁵⁷ Zie LAMBRECHTS, W., *l.c.*, 1081.

⁵⁸ R.v.St., 22 juli 1980, *R.W.*, 1980-81, 1078.

⁵⁹ Dat het formuleren van een (grondwettelijk) gelijkheidsbeginsel een collisie van grondrechten kan genereren, blijkt duidelijk uit de controversen die ontstaan zijn naar aanleiding van het voorontwerp van de wet gelijke behandeling in Nederland (zie o.a. DE BLOIS, M., «Nadere opmerkingen over het voorontwerp van een wet-gelijke behandeling», *N.J.B.*, 1983, 270).

⁶⁰ *B.S.*, 13 augustus 1975.

aan toevertrouwen, eerbiedigen. Op het gebied van de seksuele moraal houden de Islamieten er andere normen op na dan wij, Westeuropeanen. Zo mag een Turks-Islamitisch meisje reeds na haar eerste menstruatie niet meer met jongens omgaan. Hierdoor komen de ouders dikwijls in conflict met het onderwijssysteem⁶¹.

Hoe zal de Raad van State reageren wanneer een Islamiet wiens dochter les krijgt van een mannelijke leraar lichamelijke opvoeding, zich beroept op artikel 2 van het eerste aanvullend protocol van het E.V.R.M.⁶², dat directe werking heeft⁶³?

12. Het belijden van het christelijke geloof heeft een sterk filosofisch karakter. De verplichtingen van de gelovigen zijn van morele aard. Geschillen over de godsdienstvrijheid in het onderwijs draaien dan ook meestal rond de vraag of de leerkrachten of de lessenaakketten al of niet de objectiviteit of de neutraliteit schenden⁶⁴.

Bij o.a. de Semieten manifesteert het geloof zich veel meer in het materiële. Geloven is geen louter geestelijke opdracht, maar vereist eveneens het volgen van een aantal rigoureuze — controleerbare — leefregels die onafscheidelijk met het geloof verbonden zijn⁶⁵. Zo bestaat er, zowel in de Islam als in de Mozaïsche leer⁶⁶, een sterk verband tussen geloof en seksualiteit. Door de juxtapositie van het seksuele en het ethische in het arrest Storms lijkt het ons dat de Raad van State deze filosofisch-religieuze dimensie van de seksualiteit accepteert.

Zou men derhalve analoog aan het arrest Sluijs⁶⁷ moeten redeneren en de leerling(e) vrijstellen?

In het arrest Kjeldsen, Busk Madsen en Pedersen⁶⁸ wordt als beginsel geponereerd dat er slechts sprake is van discriminatie wanneer het onderricht een indoctrinerend karakter heeft⁶⁹. Toegepast op onze onderstelling kunnen wij de gestelde vraag dan ook negatief beantwoorden, te meer daar in de meeste verdragen t.a.v. de godsdienstvrijheid steeds een beperking is ingebouwd. Zo bepalen artikel 9.2 E.V.R.M. en artikel 18.3 BUPO in bijna gelijksoortige bewoordingen dat de *uitoefening van de godsdienst* nooit de fundamentele rechten van anderen mag beknotten. Dit impliceert dus een hiërarchie van de grondrechten. In deze hiërarchie neemt de godsdienstbeleving een ondergeschikte positie in ten opzichte van het gelijkheidsbeginsel⁷⁰. Dit be-

ginsel is immers «zowel a) een zelfstandig grondrecht als b) een soort meta-grondrecht. De overige grondrechten ontleen hun waarde als zodanig mede aan het bestaan van een gelijkheidsbeginsel»⁷¹.

Een laatste obstakel zou artikel 27 BUPO kunnen zijn. Dit garandeert immers expliciet aan *minderheden* het recht om hun eigen godsdienst te belijden en in de praktijk toe te passen. Dit artikel moet echter in samenhang met o.a. artikel 18 BUPO worden gelezen⁷² en kent derhalve dezelfde beperkingen⁷³.

VI. Bevoegd rechtscollege

13. Wolfcarius⁷⁴ meent dat de wet van 1978 onvoldoende juridische middelen ter beschikking stelt om een geval van discriminatie aan de kaak te stellen. I.c. werd de zaak aanhangig gemaakt voor de Raad van State. Was dit de enige weg die de verzoeker kon bewandelen?

De Wet Gelijkheid Man/Vrouw voerde een artikel 578, 8°, in het Gerechtelijk Wetboek in waardoor de arbeidsrechtbank bevoegd werd verklaard om te oordelen over de geschillen die hun oorzaak vinden in deze wet. Ter bevordering van de eenheid van interpretatie werd de bevoegdheid van de arbeidsrechtbank uitgebreid tot werknemers en werkgevers van de publieke sector⁷⁵. Dit impliceert echter niet dat de competentie van de afdeling administratie van de Raad van State wordt uitgesloten met het oog op de nietigverklaring van administratieve beslissingen⁷⁶. Volgens de parlementaire voorbereiding⁷⁷ hebben de personeelsleden (en o.i. in sommige gevallen ook de kandidaten voor een betrekking — infra) van de publieke sector, die het slachtoffer zijn geworden van een ongelijke behandeling, de keuze tussen, hetzij de vernietiging van een administratieve rechtshandeling of van een discriminatoir reglement, hetzij de vergoeding van een geleden nadeel.

De eerste vordering wordt aanhangig gemaakt bij de Raad van State, de tweede bij de arbeidsrechtbank⁷⁸. De door de wetgever gebruikte formulering «hetzij/hetzij» lijkt ons nogal ongelukkig. Derhalve zullen we in kort bestek onderzoeken of er slechts twee mogelijkheden zijn.

14. In tegenstelling tot de pecuniaire ontslagbescherming ex artikel 136 Wet Gelijkheid Man/Vrouw voor de werkne-

⁶¹ Zie BROUWER, L., «Turkse vrouwen in haar land van herkomst en in Nederland», *Socialisties-feministische teksten*, nr. 5, 87.

⁶² B.S., 19 augustus 1955.

⁶³ Zie LAMBRECHTS, W., «De keuze tussen niet-confessionele zedenleer en godsdienst in het rijksonderwijs», *R.W.*, 1985-86, 46.

⁶⁴ Zie REYNTJENS, P., «Het einde van de godsdienst en moraal? Enkele bedenkingen bij het arrest Sluijs van de Raad van State», *T.B.P.*, 1985, 346.

⁶⁵ Zie o.a. VAN DEN BERGH, L., *De beginselen van het Mohammedaansche recht*, 's-Gravenhage, Martinus Nijhoff, 1878, 31-66.

⁶⁶ Zie o.a. *Leviticus*, 18: 1-30.

⁶⁷ R.v.St., 14 mei 1985, *T.B.P.*, 1985, 396.

⁶⁸ Europees Hof voor de Rechten van de Mens, 7 december 1976.

⁶⁹ Zie RIMANQUE, K., *De levensbeschouwelijke opvoeding van de minderjarige*, II, Brussel, Bruylant, 1980, 967.

⁷⁰ Zie GREENBERG, J., «Race, Sex, and religious discrimination in international law», in *Human rights in international law: legal and policy issues*, MERON, T., (red.), Oxford, Clarendon Press,

1984, 331. I.c. bespreekt de auteur een conflict tussen de (ras-)gelijkheid en de godsdienstvrijheid.

In eigen land verwijzen wij naar een uitspraak van het Hof van Cassatie (11 mei 1983, *Soc. Kron.*, 1983, 493-500) dat de gelijkheid voorrang gaf op de vrijheid van meningsuiting en hiermee een arrest van het Hof van Luik (17 november 1981, *Jur. Liège*, 1982, 86-87) vernietigde.

⁷¹ Zie BERGAMIN, R., «Grondrechtelijke conflicten en gelijke behandeling», *N.J.B.*, 1983, 531.

⁷² KLEIJN, G. en KROES, M., *Mensenrechten in de Nederlandse rechtspraktijk*, Zwolle, Tjeenk Willink, 1986, 53.

⁷³ H.R., 1 juli 1982, *N.J.*, 1983, nr. 201, 589.

⁷⁴ WOLFCARIUS, P., *l.c.*, 180.

⁷⁵ *Gedr. St.*, *Senaat*, 1977-78, nr. 415/1, 75.

⁷⁶ *Gedr. St.*, *Senaat*, 1977-78, nr. 415/1, 75. Dit is evident aangezien de nietigverklaring van een administratieve rechtshandeling alleen de Raad van State toekomt.

⁷⁷ *Gedr. St.*, *Senaat*, 1977-78, nr. 415/24, 3.

⁷⁸ Zie PETIT, J., *Arbeidsgerechten en sociaal procesrecht*, Gent, Story-Scientia, 1980, 530.

mers die tijdens hun dienstbetrekking een klacht wegens discriminatie formuleren, werd noch voor de particuliere noch voor de publieke sector in een forfaitaire vergoeding voorzien in geval van discriminatie bij aanwerving. Het benadeelde personeelslid⁷⁹ dat zich tot de arbeidsrechtbank wendt, zal op basis van artikel 1382 B.W. schadeloosstelling vorderen voor de schade die het gevolg is van de administratieve rechtshandeling⁸⁰.

De bestuurshandeling als zodanig kan voor de Raad van State worden aangevochten. Indien dit annulatieberoep in een vernietigingsarrest resulteert, zal de rechtzoekende op basis hiervan bij de burgerlijke rechter — die bij uitsluiting bevoegd is — een vordering op grond van artikel 1382 B.W. kunnen instellen⁸¹. Naar gelang van het bedrag van de vordering is de vrederechter of de burgerlijke kamer van de rechtbank van eerste aanleg bevoegd⁸².

De mogelijkheid bestaat echter dat de Raad de vordering afwijst. Kan men dan nog naar de burgerlijke rechter? Het antwoord is hierop in principe positief⁸³. Vanwelkenhuyzen⁸⁴ merkt evenwel op dat er een relatief gezag van gewijsde bestaat m.b.t. de punten waarover de Raad binnen zijn bevoegdheid kon oordelen. Hoewel het principe van het gezag van gewijsde in administratieve zaken niet positiefrechtelijk is geformuleerd⁸⁵, kan men stellen dat dit ge-

⁷⁹ We vertrekken van de onderstelling dat de kandida(a)t(e) in de wervingsreserve wordt geplaatst, maar later aan bod komt dan een collega van het andere geslacht wegens zijn/haar sekse.

⁸⁰ Bij het bestuderen van de onderscheiden gevallen werd dankbaar gebruik gemaakt van SÜETENS, L., «Vigilantibus, non dormientibus, subveniunt jura», in *Liber amicorum Jan Ronse*, Brussel, Story-Scientia, 1986, 91-102.

⁸¹ SÜETENS, L., *l.c.*, 95-96.

⁸² Artikel 578, 8°, bepaalt dat de arbeidsrechtbank kennis neemt van geschillen die hun «oorzaak» vinden in de Wet Gelijkheid Man/Vrouw.

Wanneer men een schadevergoeding vordert voor de arbeidsrechtbank, is de oorzaak de overtreding van artikel 121 Wet Gelijkheid Man/Vrouw, d.i. het quasi-delicet waaraan artikel 1382 B.W. rechtsgevolgen verbindt (zie DE PAGE, H., *Traité élémentaire de droit civil belge*, Brussel, Bruylant, 1942, nr. 964).

Als men de vergoeding vordert na een vernietigingsarrest van de Raad van State, bestaat de taak van de rechter erin vast te stellen dat uit het arrest blijkt dat de bestuurshandeling werd vernietigd wegens machtsoverschrijding ten gevolge van niet-naleving van grondwettelijke of wettelijke bepalingen. Vervolgens zal hij moeten beslissen dat de overheid een fout heeft begaan, het oorzakelijk verband tussen machtsoverschrijding en schade bewijzen en de vergoeding van die schade bevelen (parafraze van SÜETENS, L., *l.c.*, 96). In dit tweede geval heeft de rechter dus geen appreciatie-recht meer m.b.t. de Wet Gelijkheid Man/Vrouw. Derhalve lijkt ons *de lege lata* de arbeidsrechtbank niet bevoegd, hoewel dit, omwille van de eenvoudigheid van de hoogte van de schadevergoedingen, wenselijk is.

⁸³ Na het cassatiearrest van 7 november 1975 (zie VANWELKENHUYZEN, A., «L'autorité de chose jugée des arrêts du Conseil d'Etat en matière de responsabilité de puissance publique», noot onder Cass., 7 november 1975, *R.C.J.B.*, 1977, 417; SÜETENS, L., *l.c.*, 100) mag men aannemen dat dit ook voor deze categorie geldt; zie evenwel ook GANSHOF VAN DER MEERSCH, W., «Conseil d'Etat et tribunaux», *J.T.*, 1966, 317-318.

⁸⁴ VANWELKENHUYZEN, A., *l.c.*, 442.

⁸⁵ Zie MAHAUX, M., «La chose jugée et le Code judiciaire», *J.T.*, 1971, 591; LAMBOTTE, C., *De Raad van State*, Heule-Brussel, UGA, 1984, 169-171.

grond is op een algemeen rechtsbeginsel met als doel te zorgen dat een zelfde juridische situatie niet het voorwerp kan uitmaken van meer dan één uitspraak⁸⁶.

15. Kan men nu tegelijkertijd een procedure instellen bij de Raad van State en bij de arbeidsrechtbank?

«Een annulatieberoep bij de Raad van State is uitgesloten wanneer voor de belanghebbende een soortgelijke eis, d.i. een eis met een zelfde voorwerp, bij de rechterlijke macht openstaat»⁸⁷.

In het arrest B. vorderde men bij de Raad van State de vernietiging van een beslissing tot weigering van aanstelling. Parallel zou men dus ook een vordering hebben kunnen instellen bij de arbeidsrechtbank. Hier is het onderwerp van de eis immers verschillend, namelijk een schadevergoeding⁸⁸.

16. Tot hiertoe hebben we ons beperkt tot het geval van het besproken arrest waarin de kandidaat voor een overheidsbetrekking opkomt tegen een classering en dus een meetbare schade kan aantonen. Daarnaast bestaat echter ook de mogelijkheid om discriminatoire aanwervingsmodaliteiten aan te vechten⁸⁹. Het praktische nut hiervan is weliswaar beperkt. Hoewel de recruitering(s)procedure wordt vernietigd⁹⁰, kan de gediscrimineerde alleen maar deelnemen aan de nieuwe werving. Het bewijzen en begroten van de schade lijkt volgens sommigen⁹¹ nogal hypothetisch. De gelaedeerde zou evenwel het verlies van een kans kunnen invoeren. Hoewel de aanwerving afhangt van het slagen voor een examen en dus in de toekomst ligt, kan de schade reëel zijn⁹². De waardering geschiedt ex aequo et bono⁹³.

17. Degenen die om principiële redenen wensen te ageren, kunnen een klacht indienen wegens overtreding van artikel 141 Wet Gelijkheid Man/Vrouw.

De rechtzoekende kan daarenboven — indien hij meent benadeeld te zijn door de voormelde wet — zich burgerlijke partij stellen voor de strafrechter. Dit alles impliceert dat ook deze magistraat op zijn beurt de discriminatie kan onderzoeken.

De wet⁹⁴ vermeldt dat «de werkgever, zijn aangestelden of lasthebbers» strafrechtelijk kunnen worden vervolgd bij niet-naleving van de Wet Gelijkheid Man/Vrouw. De overheid treedt in zeer vele gevallen op als werkgever en valt derhalve *ratione personae* volledig binnen het toepassingsgebied van de wet⁹⁵. Hier rijzen enkele problemen.

In principe kunnen alleen maar fysieke personen of de fysieke personen door wie de rechtspersoon heeft gehan-

⁸⁶ VANWELKENHUYZEN, A., *l.c.*, 442.

⁸⁷ Zie de LEYE, O., «De afbakening van de bevoegdheid van de Raad van State en de arbeidsgerechten», *R.W.*, 1975-76, 1640.

⁸⁸ Zie, over de mogelijkheid van cumulatie, o.a. R.v.St., Noel, nr. 27.293, 7 januari 1987.

⁸⁹ Wanneer men wegens het geslacht niet wordt toegelaten tot de selectieproeven; zie R.v.St., De Meyer, nr. 11.634, 9 februari 1966.

⁹⁰ Zie *Gedr. St.*, *Senaat*, 1977-78, nr. 2, 214.

⁹¹ Zie JACQMAIN, J., «Egalité des sexes et libertés d'expression (suite): une victoire de principe», *B.F.A.R.*, 1983, nr. 137, 60-61.

⁹² RONSE, J., *Schade en schadeloosstelling*, Gent, Story-Scientia, 1984, 88-89.

⁹³ *Ibid.*, 85.

⁹⁴ Artikel 141 Wet Gelijkheid Man/Vrouw.

⁹⁵ *Gedr. St.*, *Senaat*, 1977-78, nr. 2, 198.

deld, worden vervolgd⁹⁶. De overheid — Staat, gemeente of provincie — kan niet «als dader, mededader of medeplichtige van een misdrijf in de strafrechtelijke zin van het woord»⁹⁷ worden beschouwd. De benadeelde kan zich wel burgerlijke partij stellen tegen de personen die het strafbaar feit hebben gepleegd⁹⁸. Hierbij moeten we een onderscheid maken tussen de personen die de discriminatoire handeling hebben verricht :

— ambtsdragers andere dan ministers: dezen kunnen zonder problemen worden vervolgd. We denken hier bv. aan gemeenteraadsleden die ex artikel 84, § 2, 2°, Gemeentewet bevoegd zijn de leden van het onderwijzend personeel te benoemen⁹⁹;

— ministers: dit geval is wel hypothetisch daar men de procedure ex artikelen 90 en 134 Gw. zou moeten volgen. Daarenboven kan men de vraag stellen of de minister wel als werkgever in de zin van artikel 141, 1°, Wet Gelijkheid Man/Vrouw moet worden beschouwd. In het door ons besproken geval sproot de discriminatie voort uit een circulaire. Tegen de in deze vorm geformuleerde interpretatie van de minister kan in sommige gevallen¹⁰⁰ annulatieberoep worden ingesteld. Ter verduidelijking: indien gemeenteraadsleden discrimineren bij aanwerving, overtreden zij een uitdrukkelijk geformuleerde norm; indien de minister discriminatoire (pseudo)normen formuleert in de vorm van een circulaire, kan men deze voor de Raad van State aanvechten.

18. Ondanks het feit dat uit de parlementaire voorbereiding duidelijk blijkt dat het de uitdrukkelijke wil van de wetgever was om tot een eenheid van interpretatie te komen, blijken tal van magistraten, behorende tot verschillende rechtbanken, bevoegd te kunnen zijn. Dit komt de uniformiteit niet ten goede.

In Nederland heeft men getracht dit probleem — althans wat de Wet gelijk loon¹⁰¹ voor vrouwen en mannen betreft — op te lossen door het advies van de Commissie gelijke behandeling van mannen en vrouwen bij de arbeid als een

⁹⁶ ALEN, A., *Proceshandelingen van en tegen gemeenten*, Antwerpen, Maklu, 1980, 124.

⁹⁷ Zie VAN OEVELEN, A., *Overheidsaansprakelijkheid voor het optreden van de rechterlijke macht*, Antwerpen, Maklu, 1987, nr. 407.

⁹⁸ ALEN, A., *o.c.*, 129.

⁹⁹ Zie Luik, 17 november 1981, *Jur. Liège*, 1982, 86; Cass., 11 mei 1983, *Soc. Kron.*, 1983, 493; voor een commentaar zie men JACQMAIN, J., «L'égalité des sexes contre la liberté d'expression», *B.F.A.R.*, 1982, nr. 128, 37-40, en JACQMAIN, J., «Egalité des sexes et libertés d'expression (suite): une victoire de principe», *B.F.A.R.*, 1983, nr. 137, 59-62.

¹⁰⁰ Zie, wat het fenomeen van de circulaires betreft, MAST, A., en DUJARDIN, J., *o.c.*, nr. 35; zie ook DEBAEDTS, F., *Preadvies over pseudo-wetgeving*, Zwolle, Tjeenk Willink, 1966, 18; LEUS, K., «Beleidsregelgeving en het rechtsbegrip 'richtlijn' in de rechtspraak van de Raad van State: een terreinverkenning», *T.B.P.*, 1987, 387-406; LEMMENS, P., verslag bij R.v.St., Koninklijke Federatie der zelfstandige Landmeters-Experts, *R.W.*, 1986-87, 653-664; FAVRESSE, J., «Usage et contenu des circulaires administratives», *Adm. Publ. (T)*, 1986, 11-16.

¹⁰¹ Wet van 20 maart 1975 houdende regelen betreffende aanspraak van werknemers op een loon dat gelijk is aan dat van werknemers van de andere kunne voor arbeid van gelijke waarde (Wet gelijk loon voor vrouwen en mannen), *Stb.*, 129.

ontvankelijkheidsvereiste te beschouwen. I.e. de vordering van een werknemer is niet ontvankelijk indien deze geen advies van de voornoemde commissie overlegt, dat niet meer dan drie maanden oud is¹⁰².

De mogelijke feilen van dit systeem¹⁰³ zouden kunnen worden ondervangen door het advies een «bindend»¹⁰⁴ karakter te geven. M.a.w. nadat het advies is uitgebracht, kan men zich alleen nog maar tot de rechter wenden om het te doen nakomen of de geldigheid ervan te bestrijden¹⁰⁵. In België zou dit advies geformuleerd kunnen worden door de commissies vermeld in artikel 135 Wet Gelijkheid Man/Vrouw¹⁰⁶.

VII. Procespartijen

19. Volgens artikel 131 Wet Gelijkheid Man/Vrouw kan al wie zich benadeeld acht bij de bevoegde «rechtsmacht» een rechtsvordering instellen om de bepalingen van deze wet te doen toepassen. Dit impliceert dat niet alleen het slachtoffer van een discriminatie, maar een ieder die meent benadeeld te zijn door de discriminatoire houding, een vordering kan instellen¹⁰⁷.

Artikel 132 Wet Gelijkheid Man/Vrouw geeft dan aan de representatieve organisaties, als bepaald in artikel 3 C.A.O.-wet¹⁰⁸, de mogelijkheid ter verdediging van de rechten van hun leden waartoe de toepassing van de wet aanleiding zou geven, in rechte op te treden. De ratio legis bestaat erin dat de werknemers meestal geen gebruik maken van hun recht op een rechtsvordering uit vrees te worden ontslagen¹⁰⁹.

Deze bevoegdheid van de organisatie doet geen afbreuk aan het recht van de leden om zelf op te treden of in het geding tussen te komen. De facilititeit is analoog aan die verwoord in artikel 10 van de wet van 31 maart 1898 op de beroepsverenigingen¹¹⁰ en in artikel 4 C.A.O.-wet. Artikel 132 Wet Gelijkheid Man/Vrouw verschilt in dit opzicht van de twee andere artikelen dat de representatieve organisaties i.c. alleen in rechte kunnen optreden ter verdediging van de belangen van hun leden en niet van hun eigen belangen¹¹¹.

De organisatie behoeft voor het instellen van de vordering geen opdracht van de leden en zou desnoods tegen hun

¹⁰² Art. 16.1, Wet gelijk loon voor vrouwen en mannen.

¹⁰³ Zie JASPERS, T. en VAN DER WIELE, J., «Rechters of Commissie? Handhaving van de gelijke behandeling in de praktijk», *Nemesis*, 1987, 255-269.

¹⁰⁴ Voor een kritiek op de terminologie «bindend advies», zie men STORME, M., «De bindende derden beslissing of het bindend advies ter voorkoming van gedingen», *T.P.R.*, 1984, 1257.

¹⁰⁵ STORME, M., *l.c.*, 1261.

¹⁰⁶ Voor de openbare diensten werd bij K.B. van 2 maart 1984 een Raadgevende Commissie opgericht, *B.S.*, 29 maart 1984.

¹⁰⁷ Zie PETIT, J., *o.c.*, 530.

¹⁰⁸ *B.S.*, 15 januari 1969 en 4 maart 1969.

¹⁰⁹ *Gedr. St., Senaat*, 1977-78, nr. 415/1, 75.

¹¹⁰ *B.S.*, 8 april 1898.

¹¹¹ Dit is o.i. het enige verschil tussen artikel 4 C.A.O.-wet en artikel 132 Wet Gelijkheid Man/Vrouw zodat we in het verdere verloop van de tekst de redeneringen uit rechtspraak en rechtsleer m.b.t. art. 4 C.A.O.-wet mutatis mutandis zullen toepassen op artikel 132 Wet Gelijkheid Man/Vrouw.

wil in kunnen optreden¹¹².

Opdat de vordering toelaatbaar zij, zal de organisatie haar representativiteit moeten bewijzen, alsook het belang van haar leden. Van Compernelle¹¹³ interpreteert artikel 4 C.A.O.-wet op een enge wijze. De representatieve werknemersorganisatie moet volgens hem het belang van een *specifiek* lid aantonen. Dit lijkt ons in eerste instantie reeds in tegenspraak met het ontbreken van de verplichting om de namen van de leden te noemen wier rechten men wenst te verdedigen¹¹⁴. Vervolgens wensen wij te pleiten voor een extensieve interpretatie van artikel 4 C.A.O.-wet en artikel 132 Wet Gelijkheid Man/Vrouw. I.e. wanneer een werkgever discrimineert, mag de representatieve werknemersorganisatie optreden voor niet georganiseerde werknemers, zelfs indien het bedrijf/openbare dienst geen enkel aangesloten lid telt¹¹⁵. Door discriminatoire praktijken ontstaat er immers sociale dumping¹¹⁶ op de arbeidsmarkt waardoor *alle* werknemers (en derhalve ook de leden van de representatieve organisaties) worden geschaad. De representatieve organisaties oefenen dus a.h.w. een semi-publiek prerogatief uit¹¹⁷.

20. Hebben de werknemersorganisaties dezelfde bevoegdheid voor de Raad van State? Deze vraag kan positief worden beantwoord. In het oorspronkelijke ontwerp¹¹⁸ werd alleen de arbeidsrechtbank vermeld. De minister bleek echter onmiddellijk bereid om de mogelijkheid tot optreden uit te breiden¹¹⁹.

Dit geldt dus ook voor de vernietiging van een discriminatoir benoemingsbesluit. Hoewel men zich hier baseert op een deficiënte rangregeling, is de oorzaak van deze tekortkoming toch gelegen in de Wet Gelijkheid Man/Vrouw.

21. Geldt deze bevoegdheid ook voor de strafrechter? Kan de werknemersorganisatie de strafvordering aanhangig

maken door rechtstreekse dagvaarding of door middel van klacht met burgerlijke-partijstelling? Indien we aanvaarden dat er sprake is van subrogatie¹²⁰, is dit effectief mogelijk¹²¹.

VIII. Besluit

23. De Raad van State heeft door zijn uitspraak in deze zaak de bepalingen van de Wet Gelijkheid Man/Vrouw en de daarbij getroffen uitvoeringsbesluiten consequent toegepast. De opportuniteit van een uitbreiding van het toepassingsgebied van het K.B. van 8 februari 1979 tot leerkrachten l.o., opvoeders en opvoedsters is een politieke keuze die wordt bemoeilijkt door de implicaties van een al of niet wijziging.

24. De Wet Gelijkheid Man/Vrouw werd duidelijk voor de particuliere sector geconcipieerd. Door de juridische drempels, de *de facto* onmogelijkheid om de overheid als werkgever te sanctioneren, komt men tot de paradoxale situatie dat een privé-werkgever meer «gemotiveerd» is om de anti-discriminatiebepalingen na te leven dan de overheid-werkgever.

Ten slotte kan men zich afvragen waarom alleen de representatieve organisaties in rechte mogen optreden. Een uitbreiding van deze bevoegdheid analoog aan artikel 5 van de wet van 30 juli 1981 tot bestraffing van bepaalde door racisme of xenofobie ingegeven daden¹²² waardoor ook instellingen met rechtspersoonlijkheid die zich tot doel hebben gesteld de positie van de vrouw te verbeteren, dit recht zouden verkrijgen¹²³, lijkt het overwegen waard.

P. HUMBLET
Assistent U.I.A.

¹¹² *Gedr. St., Senaat*, 1966-67, nr. 148, 131.

¹¹³ VAN COMPERNOLLE, J., *Le droit d'action en justice des groupements*, Brussel, Larcier, 1972, 116; hierbij moet worden opgemerkt dat de auteur drie gevallen onderscheidt waarbij hij deze stelling alleen in het eerste geval poneert.

¹¹⁴ Zie *Arbrb. Brugge*, 25 maart 1977, onuitg., A.R., nrs. 13062, 13063, 13115.

¹¹⁵ Ter ondersteuning van deze stelling zie men SUPLOT, A., «La protection du droit d'agir en justice», *Droit Social*, 1985, 777.

¹¹⁶ Terminologie: zie IMBRECHTS, L., «L'égalité de rémunérations entre hommes et femmes», *Rev. Tr. Dr. Eur.*, 1986, 232.

¹¹⁷ Zie VAN COMPERNOLLE, J., o.c., 116.

¹¹⁸ *Gedr. St., Senaat*, 1977-78, nr. 1, 145 (art. 130).

¹¹⁹ *Gedr. St., Senaat*, 1977-78, nr. 415/2, 215.

¹²⁰ Zie MAZY, A., «Commentaar op de wet van 5 december 1968 betreffende de collectieve arbeidsovereenkomsten en de paritaire comités», *Arbbl.*, 1969, 222.

¹²¹ Zie, m.b.t. rechtstreekse dagvaarding door de gesubrogeerde, DE PEUTER, J., «De rechtstreekse dagvaarding van de benadeelde door de strafrechtbank», in *Strafrecht voor rechtspractici*, I, Leuven, Acco, 1985, 73.

¹²² *B.S.*, 8 augustus 1981.

¹²³ De wetgever blijkt echter weinig op te hebben met de actio popularis; gelijksoortige voorstellen werden dan ook in het verleden geregeld genegeerd (zie DE NAUW, A., «Groepsbelangen en strafproces», in *Liber amicorum F. Dumon*, Antwerpen, Kluwer, 1983, 415-436).