ROYAUME DE BELGIQUE

AVIS 32.967/2

DE LA SECTION DE LÉGISLATION
DU CONSEIL D'ETAT

Le CONSEIL D'ETAT, section de législation, deuxième chambre, saisi par le Président de la Chambre des représentants, le 30 janvier 2002, d'une demande d'avis, dans un délai ne dépassant pas trois jours, sur un projet de loi "tendant à lutter contre la discrimination et modifiant la loi du 15 février 1993 créant un Centre pour l'égalité des chances et la lutte contre le racisme", a donné le 4 février 2002 l'avis suivant :

KONINKRIJK BELGIË

ADVIES 32.967/2

VAN DE AFDELING WETGEVING
VAN DE RAAD VAN STATE

De RAAD VAN STATE, afdeling wetgeving, tweede kamer, op 30 januari 2002 door de Voorzitter van de Kamer van volksvertegenwoordigers verzocht hem, binnen een termijn van ten hoogste drie dagen, van advies te dienen over een ontwerp van wet "ter bestrijding van discriminatie en tot wijziging van de wet van 15 februari 1993 tot oprichting van een Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding", heeft op 4 februari 2002 het volgende advies gegeven :

Suivant l'article 84, alinéa 1er, 2°, des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat, inséré par la loi du 4 août 1996, la demande d'avis doit spécialement indiquer les motifs qui en justifient le caractère urgent.

La lettre s'exprime en ces termes :

> "(l'urgence est motivée) ... par le fait que le projet de loi (soumis pour avis) est examiné conjointement avec le projet de loi "relative au renforcement de la législation contre le racisme (doc. n° 1407/1).".

*
* *

Le Conseil d'Etat, section de législation, se limite, conformément à l'article 84, alinéa 2, des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat, à examiner le fondement juridique, la compétence de l'auteur de l'acte ainsi que l'accomplissement des formalités prescrites.

Sur ces trois points le projet appelle l'observation qui suit.

Fondement juridique

Observation préalable

Le projet de loi soumis à examen a déjà fait l'objet de l'avis 30.462/2, donné le 16 novembre 2000 par la section de législation du Conseil d'Etat à la demande du président du Sénat.

Selon une jurisprudence constante, lorsque la section de législation a donné un avis, elle a épuisé sa compétence; il ne lui appartient dès lors plus de se prononcer à nouveau sur les dispositions déjà examinées, et ce, non seulement lorsqu'elles ont été

revues pour tenir compte des observations formulées dans le premier avis, mais également lorsqu'elles demeurent inchangées.

Les modifications par rapport à la proposition ayant donné lieu à l'avis 30.462/2, précité, concernent principalement :

1° la modification des critères de discrimination par l'ajout des mots "une prétendue race, la couleur, l'ascendance, l'origine nationale ou ethnique" (article 2, § 1er);

2° l'introduction d'une définition de la discrimination indirecte (article 2, § 2);

3° l'introduction de la notion de harcèlement comme forme de discrimination (article 2, § 4);

4° l'inscription du principe selon lequel la loi "ne porte pas atteinte à la protection et à l'exercice des libertés et des droits fondamentaux qui sont mentionnés dans la Constitution et les conventions internationales sur les droits de l'homme" (article 3);

5° la consécration des discriminations positives (article 4);

6° le renversement de la charge de la preuve lorsqu'existent des présomptions pouvant consister en des données statistiques et des tests de situation; tests dont le roi détermine, par arrêté délibéré en Conseil des ministres, les modalités d'exécution (article 11, §§ 3 et 4);

7° des dispositions spécifiques au droit du travail (article 13).

Par conséquent, le Conseil d'Etat se limite principalement à l'examen de ces points, à la lumière des règles constitutionnelles qui ont été exposés dans l'avis 30.462/2, précité, notamment les principes d'égalité, de la légalité des peines et de la liberté d'expression.

Dispositif

Article 2

1. Le projet de loi entend désormais viser également les discriminations fondées sur "une prétendue race, la couleur, l'ascendance, l'origine nationale ou ethnique",

alors qu'existe déjà la loi du 30 juillet 1981 "tendant à réprimer certains actes inspirés par le racisme ou la xénophobie".

L'article 21 du projet dispose que la loi s'applique sans préjudice des législations ayant pour objet de lutter contre des discriminations spécifiques, notamment la loi du 30 juillet 1981, précitée.

Toutefois, la définition de la discrimination est différente dans les deux lois.

Par ailleurs, les dispositions pénales de l'article 5 du projet sont en grande partie semblables à celles de la loi du 30 juillet 1981, précitée. Cependant, cette dernière punit également celui qui pratique une discrimination dans le domaine de la fourniture de biens ou de services et en matière d'emploi, alors que le projet ne sanctionne pénalement que celui qui incite à la discrimination et non celui qui pratique la discrimination. Enfin, la loi du 30 juillet 1981, précitée, incrimine également la participation à un groupement ou une association qui, de façon manifeste et répétée, pratique la discrimination ou la ségrégation ou prône celle-ci dans les circonstances indiquées à l'article 44 du Code pénal ou lui prête son concours.

De telles incohérences compromettent l'application de l'article 12 de la Constitution qui exige que les comportements incriminés soient indiqués de manière claire, prévisible et précise.

Dès lors, il y a lieu d'abroger la loi du 30 juillet 1981, précitée, et d'insérer dans le projet examiné un chapitre qui reprendrait les dispositions spécifiques que l'auteur du projet entend maintenir en matière de lutte contre le racisme ou la xénophobie, en veillant à ce que les différences de traitement soient, dans chaque cas, susceptibles d'une "justification objective et raisonnable", au sens de l'article 2 du projet examiné.

Une observation analogue vaut pour la coexistence du projet avec la loi du 7 mai 1999 "sur l'égalité de traitement entre hommes et femmes en ce qui concerne les conditions de travail, l'accès à l'emploi, à la formation et aux possibilités de promotion, l'accès à une profession indépendante et les régimes complémentaires de sécurité sociale".

2. Le paragraphe 2 ajoute, par rapport au texte initialement examiné par la section de législation du Conseil d'Etat, une définition de la discrimination indirecte. Cette définition est inspirée de celle contenue dans les directives 2000/43/CE du Conseil du 29 juin 2000 "relative à la mise en oeuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique" et 2000/78/CE du Conseil du 27 novembre 2000 "portant création d'un cadre légal en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail".

Ni le droit européen, ni la définition de la discrimination indirecte donnée au paragraphe 2 ne requièrent explicitement l'élément intentionnel qui doit exister dans le chef de l'auteur de la discrimination.

Faut-il que l'auteur de la discrimination ait eu l'intention de pratiquer une discrimination sous le couvert d'une disposition, d'un critère ou d'une pratique apparemment neutre ou suffit-il que la disposition, le critère ou la pratique apparemment neutre ait eu comme conséquence d'être dommageable pour des personnes appartenant à l'une des catégories mentionnées au paragraphe 1er, même si cette conséquence n'était pas le but recherché par l'auteur de la discrimination, voire même s'il ignorait la possibilité d'une conséquence dommageable?

Dès lors que la notion de discrimination entre dans la définition d'infractions pénales (si l'article 5, § 1er, vise uniquement les discriminations directes, il n'en va pas de même de l'article 5, § 2), l'effet discriminatoire d'un comportement ne pourra être pris en considération que si l'agent a été conscient de sa survenance nécessaire (dol indirect) ou probable (dol éventuel), s'y est néanmoins résigné et en a accepté la réalisation plutôt que de renoncer à son comportement [(1)].

Le projet doit, dès lors, être complété afin de mieux définir l'élément intentionnel qui doit animer l'auteur de la discrimination.

3. Les mots "les conditions d'accès à l'emploi, aux activités non salariées ou au travail" qui proviennent des directives 2000/43/CE et 2000/78/CE, précitées, manquent

---

(1) Sur ces questions, voir C. Hennau et J. Verhaegen, Droit pénal général, 2ème édition, Bruxelles, Bruylant, 1995, n°s 352 et 353, pp.197 à 299.

de clarté. Quelle est la différence entre l'emploi et le travail? Que vise-t-on exactement par "activités non salariées"? Une telle imprécision ne peut être admise, étant donné que la notion de discrimination entre dans la définition de dispositions pénales (article 5, § 2, du projet).

4. Le paragraphe 3, 5ème tiret, est semblable au texte initialement soumis à l'avis du Conseil d'Etat et s'expose aux mêmes critiques par rapport à la liberté d'expression. La même observation vaut pour l'article 5, § 1er, non pas en tant qu'il vise la haine ou l'hostilité à l'égard d'une personne mais en tant qu'il vise le principe de la discrimination.

Il convient de signaler que depuis l'avis 30.462/2, précité, est intervenu, dans une matière similaire, l'arrêt de la Cour d'arbitrage 10/2001 du 7 février 2001, à propos de la loi du 12 février 1999 "insérant un article 15ter dans la loi du 4 juillet 1989 relative à la limitation et au contrôle des dépenses électorales engagées pour les élections des chambres fédérales, ainsi qu'au financement et à la comptabilité ouverte des partis politiques et un article 16bis dans les lois sur le Conseil d'Etat, coordonnées le 12 janvier 1973". Cette loi vise à priver de financement les partis politiques qui montrent, de manière

manifeste et à travers plusieurs indices concordants, leur hostilité envers les droits et libertés garantis par la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. La Cour d'arbitrage a admis la constitutionnalité de cette loi à condition qu'elle soit interprétée restrictivement et ne s'applique pas à un parti qui aurait seulement proposé que l'une ou l'autre règle figurant dans la Convention de sauvegarde ou dans un de ses protocoles reçoive une interprétation nouvelle ou soit révisée, ou qui aurait émis des critiques sur les présupposés philosophiques ou idéologiques de ces instruments internationaux. L'"hostilité" devant se comprendre, selon la Cour, comme une incitation à violer une norme juridique en vigueur (notamment, une incitation à commettre des violences et à s'opposer aux règles susdites).

La même interprétation vaut mutatis mutandis pour l'article 2, § 3, 5 ème tiret, du projet.

5. Bien que le harcèlement soit mentionné dans les directives 2000/43/CE et 2000/78/CE précitées, le Conseil d'Etat n'aperçoit pas la raison d'être du paragraphe 4.

En effet, le harcèlement est prohibé de manière générale par l'article 442bis du Code pénal qui punit d'une peine d'emprisonnement de quinze jours à deux ans et d'une amende de cinquante francs à trois cents francs ou d'une de ces peines seulement, quiconque aura harcelé une personne alors qu'il savait ou aurait dû savoir qu'il affectait gravement par ce comportement la tranquillité de la personne visée.

L'article 6 du projet reprend d'ailleurs l'article 442bis du Code pénal dans la liste des infractions dont la peine peut être augmentée lorsque l'un des mobiles est la haine, le mépris ou l'hostilité à l'égard d'une personne en raison de son appartenance à l'une des catégories visées à l'article 2, § 1er.

Il en résulte que non seulement le harcèlement est interdit mais également que l'on tient déjà compte du "harcèlement discriminatoire". Le paragraphe 4 ne semble donc avoir aucune utilité et pourrait même être source de confusion dans la mesure où la définition qu'il donne est différente de la définition du harcèlement sexuel contenu à l'article 5 de la loi du 7 mai 1999, précitée, et de celle du "harcèlement moral au travail" contenu dans l'article 5 du projet de loi "relative à la protection contre la violence, le harcèlement moral et sexuel au travail [(2)]".

Article 4

Cette disposition précise que la loi ne fait pas obstacle aux "discriminations positives".

Dans l'avis 28.197/1, donné par la section de législation du Conseil d'Etat sur un avant-projet devenu la loi du 7 mai 1999 "sur l'égalité de traitement entre hommes et femmes en ce qui concerne les conditions de travail, l'accès à l'emploi, et aux possibilités de promotion, l'accès à une profession indépendante et les régimes complémentaires de sécurité sociale", la section de législation du Conseil d'Etat a rappelé :

> "Dans la mesure où cette disposition permettrait d'instaurer un système d'"inégalité correctrice", qui justifierait temporairement une inégalité de traitement pour remédier à une autre inégalité plus fondamentale, en l'espèce, l'inégalité entre hommes et femmes, il y a lieu de rappeler les conditions qui, selon la Cour d'arbitrage, doivent être remplies afin qu'un pareil système n'entre pas en conflit avec le principe constitutionnel d'égalité et de non-discrimination : le système de l'inégalité correctrice ne peut trouver à s'appliquer que dans les seuls cas où une inégalité manifeste est constatée, et que la disparition de cette inégalité soit désignée par le législateur comme un objectif à promouvoir, que les mesures correctrices soient de nature temporaire et destinées à disparaître dès que l'objectif visé par le législateur est atteint, et enfin, qu'elles ne restreignent pas inutilement les droits d'autrui [(3)].".

Article 6

---

(2) Doc. Parl. sess. 2001-2002, 1583/001 et 1584/001, p. 55.

(3) Cour d'arbitrage, n° 9/94, 27 janvier 1994, cons. B.6.2.

1. En ce qui concerne l'alinéa 1er, le Conseil d'Etat renvoie à l'observation formulée à ce sujet dans son avis 30.462/2, précité. Puisque, malgré cette observation, le projet examiné maintient la disposition en la limitant à certains types d'infractions, le choix des infractions retenues doit pouvoir être justifié au regard des articles 10 et 11 de la Constitution.

2. L'alinéa 2 vise les motifs de discrimination "liés au sexe", alors que ces motifs ne sont pas repris à l'alinéa 1er.

Article 11

Le paragraphe 3 dispose que lorsque

> "... la victime de la discrimination ou un des groupements visés à l'article 14 invoque devant la juridiction compétente des faits, tels que des données statistiques ou des tests de situation, qui permettent de présumer l'existence d'une discrimination directe ou indirecte, la charge de la preuve de l'absence de discrimination incombe à la partie défenderesse.".

Ce renversement de la charge de la preuve entraîne comme conséquence que le défendeur devra prouver un fait négatif, à savoir l'absence de discrimination.

Contrairement à ce qu'affirme l'ancien adage "negativa non sunt probanda", la preuve d'un fait négatif n'est pas nécessairement impossible. Des cas de preuve négative se trouvent aux articles 115, 318, 1384, alinéa 5, du Code civil, et la Cour de cassation a estimé à ce sujet que :

> "...si le juge peut légalement considérer que la preuve négative ne doit pas être apportée avec la même rigueur que celle d'un fait affirmatif, il ne peut, en revanche, dispenser de cette preuve la partie demanderesse et imposer à la partie adverse la preuve du fait positif." (4).

Il n'en demeure pas moins que prouver une absence de discrimination risque d'être particulièrement difficile, surtout lorsqu'est invoquée la discrimination indirecte qui permet de suspecter une disposition, un critère ou une pratique apparemment neutre. Autrement dit, la partie défenderesse devra prouver non seulement la neutralité de la disposition, du critère ou de la pratique mais, de surcroît, que la disposition, le critère ou la pratique en question n'est pas faussement neutre, ce qui reviendra, parfois, à exiger d'elle qu'elle prouve la pureté de ses intentions.

---

(4) Cass. 27 février 1958, R.C.J.B. 1959, p. 42 et note J. Kirkpatrick.

Il en résulte que si l'auteur du projet maintient ce renversement de la charge de la preuve -ce qui semble inévitable compte tenu des directives 2000/43/CE et 2000/78/CE, précitées et de la directive 97/80/CE du Conseil du 15 décembre 1997 "relative à la charge de la preuve dans le cas de discriminations fondées sur le sexe"-, il importe que les présomptions qui l'autorisent soient, non pas graves, précises et concordantes, ce qui reviendrait à rétablir la règle générale [(5)], mais, à tout le moins, suffisamment pertinentes et solides.

Le projet de loi invoque, à cet égard, "des données statistiques ou des tests de situation" et habilite le Roi à déterminer, par arrêté délibéré en Conseil des ministres, les modalités d'exécution du test de situation.

La recherche et l'administration des preuves doit se faire selon des procédés corrects et loyaux et dans le respect du domicile (article 15 de la Constitution), de la vie privée et familiale (article 22 de la Constitution), du secret des lettres (article 29 de la Constitution), et du secret professionnel (article 458 du Code pénal).

Une question aussi délicate, et qui met en cause des principes constitutionnels, ne peut être abandonnée à la compétence du Roi mais doit être réglée, à tout le moins quant aux principes essentiels, par le législateur lui même, à qui il appartient de trouver un juste équilibre entre la promotion de l'égalité et de la non-discrimination (article 10 et 11 de la Constitution) et les autres droits et libertés fondamentales, et de veiller ainsi à ce que les "tests de situation" ne puissent encourir le reproche de constituer des provocations ou des procédés déloyaux.

---

(5) En, effet, si le demandeur invoque des faits qui constituent des présomptions graves, précises et concordante, il n'est plus nécessaire de renverser la charge de la preuve, puisque de telles présomptions constituent en elles-mêmes une preuve susceptible de faire établir le bien fondé de l'action du demandeur.

Overeenkomstig artikel 84, eerste lid, 2°, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State, ingevoegd bij de wet van 4 augustus 1996, moeten in de adviesaanvraag in het bijzonder de redenen worden opgegeven tot staving van het spoedeisende karakter ervan.

In het onderhavige geval luidt die motivering aldus :

> "(De dringende noodzakelijkheid wordt gemotiveerd) door het feit dat de bespreking van (het ter fine van advies voorgelegde) wetsontwerp werd samengevoegd met de bespreking van het wetsontwerp "tot versterking van de wetgeving tegen het racisme. (doc. Nr. 1407/1)".

*

* *

De Raad van State, afdeling wetgeving, beperkt zich, overeenkomstig artikel 84, tweede lid, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State, tot het onderzoek van de rechtsgrond, van de bevoegdheid van de steller van de handeling, alsmede van de vraag of aan de voorgeschreven vormvereisten is voldaan.

Wat deze drie punten betreft, geeft het ontwerp aanleiding tot de volgende opmerking.

Rechtsgrond

Voorafgaande opmerking

Over het voorgelegde wetsontwerp heeft de afdeling wetgeving van de Raad van State reeds op 16 november 2000 op verzoek van de voorzitter van de Senaat advies 30.462/2 uitgebracht.

Wanneer de afdeling wetgeving een advies heeft gegeven, heeft ze, volgens haar vaste rechtspraak, haar bevoegdheid opgebruikt; het komt haar derhalve niet meer toe om zich opnieuw uit te spreken over reeds onderzochte bepalingen, ongeacht of deze ongewijzigd zijn gebleven of ze herzien zijn teneinde rekening te houden met de opmerkingen die in het eerste advies gemaakt zijn.

De wijzigingen ten opzichte van het wetsvoorstel dat aanleiding heeft gegeven tot het voormelde advies 30.462/2, betreffen hoofdzakelijk :

1° de wijziging van de discriminatiecriteria door de toevoeging van de woorden "een zogenaamd ras, de huidskleur, afstamming, nationale of etnische afkomst" (artikel 2, § 1);

2° de opneming van een definitie van indirecte discriminatie (artikel 2, § 2);

3° de opneming van het begrip pesterijen als vorm van discriminatie (artikel 2, § 4);

4° de vermelding van het beginsel dat de wet "geen afbreuk (doet) aan de bescherming en de uitoefening van de in de Grondwet en in de internationale mensenrechten-conventies opgenomen fundamentele rechten en vrijheden" (artikel 3);

5° de vastlegging van de positieve discriminaties (artikel 4);

6° de omkering van de bewijslast wanneer er vermoedens bestaan die kunnen worden afgeleid uit statistische gegevens of praktijktests, van welke tests de Koning bij een besluit vastgesteld na overleg in de Ministerraad de nadere regels voor de uitvoering bepaalt (artikel 11, §§ 3 en 4);

7° specifieke regels van het arbeidsrecht (artikel 13).

De Raad van State bepaalt zich bijgevolg hoofdzakelijk tot het onderzoek van deze punten, in het licht van de grondwettelijke bepalingen die uiteengezet zijn in het voormelde advies 30.462/2, onder meer het gelijkheidsbeginsel, het beginsel van de wettelijkheid van de straffen en het beginsel van de vrijheid van meningsuiting.

Dispositief

Artikel 2

1. Met het wetsontwerp worden voortaan eveneens de vormen van discriminatie beoogd die gebaseerd zijn op "een zogenaamd ras, de huidskleur, afstamming, nationale of etnische afkomst", terwijl reeds de wet van 30 juli 1981 "tot bestraffing van bepaalde door racisme of xenofobie ingegeven daden" bestaat.

Artikel 21 van het ontwerp bepaalt dat de wet van toepassing is onverminderd de wetgeving ter bestrijding van specifieke vormen van discriminatie, namelijk de voormelde wet van 30 juli 1981.

De definitie van discriminatie is evenwel verschillend in de twee wetten.

Daarbij komt dat de strafbepalingen van artikel 5 van het ontwerp grotendeels overeenstemmen met die van de voornoemde wet van 30 juli 1981. Deze laatste bestraft echter eveneens hij die bij het leveren van een dienst of een goed en inzake tewerkstelling een discriminatie pleegt, terwijl in het ontwerp alleen hij die aanzet tot discriminatie, en niet hij die de discriminatie pleegt, strafrechtelijk wordt bestraft. Ten slotte stelt de voormelde wet van 30 juli 1981 eveneens strafbaar hij die behoort tot een groep of tot een vereniging die kennelijk en herhaaldelijk discriminatie of segregatie bedrijft of verkondigt in de omstandigheden genoemd in artikel 44 van het Strafwetboek, dan wel aan zodanige groep of vereniging zijn medewerking verleent.

Dergelijke inconsistenties doen afbreuk aan de toepassing van artikel 12 van de Grondwet dat bepaalt dat strafbare gedragingen op duidelijke, rechtszekerheid biedende en precieze wijze moeten worden aangegeven.

Derhalve dient de voormelde wet van 30 juli 1981 te worden opgeheven en dient in het onderzochte ontwerp een hoofdstuk te worden opgenomen waarin de specifieke bepalingen inzake de bestrijding van het racisme of de xenofobie worden opgenomen die de steller van het ontwerp wenst te handhaven. Daarbij dient er te worden op toegezien dat de verschillen in behandeling, in elk geval, "objectief en redelijkerwijze (kunnen worden) gerechtvaardigd", in de zin van artikel 2 van het onderzochte ontwerp.

Een soortgelijke opmerking geldt voor het naast elkaar bestaan van het ontwerp met de wet van 7 mei 1999 "op de gelijke behandeling van mannen en vrouwen ten aanzien van de arbeidsvoorwaarden, de toegang tot het arbeidsproces en de

promotiekansen, de toegang tot een zelfstandig beroep en de aanvullende regelingen voor sociale zekerheid".

2. In paragraaf 2 wordt, ten opzichte van de tekst die de afdeling wetgeving van de Raad van State oorspronkelijk onderzocht heeft, een definitie van indirecte discriminatie opgenomen. Deze definitie knoopt aan bij die welke vervat is in de richtlijnen 2000/43/EG van de Raad van 29 juni 2000 houdende toepassing van het beginsel van gelijke behandeling van personen ongeacht ras of etnische afstamming en 2000/78/EG van de Raad van 27 november 2000 tot instelling van een algemeen kader voor gelijke behandeling in arbeid en beroep.

Noch in het Europees recht, noch in de definitie van indirecte discriminatie die in paragraaf 2 gegeven wordt, staat uitdrukkelijk dat hij die discriminatie toepast zich willens en wetens aan discriminatie schuldig moet hebben gemaakt.

De vraag rijst of het noodzakelijk is dat hij die discriminatie toepast het voornemen heeft gehad een discriminatie te plegen onder dekking van een ogenschijnlijk neutrale bepaling, maatstaf of handelwijze, dan wel of het volstaat dat de ogenschijnlijk neutrale bepaling, maatstaf of handelwijze een schadelijk gevolg heeft gehad voor personen die behoren tot een van de in paragraaf 1 vermelde categorieën, zelfs indien dat gevolg niet het oogmerk was dat nagestreefd werd door de persoon die de discriminatie heeft toegepast, en zelfs indien hij niet wist dat er een schadelijk gevolg kon optreden.

Doordat het begrip discriminatie valt onder de definitie van strafbare feiten (hoewel artikel 5, § 1, uitsluitend gevallen van directe discriminatie betreft, is dit niet het geval met artikel 5, § 2), kan het discriminatoir gevolg van een gedrag alleen in aanmerking worden genomen indien de persoon in kwestie zich bewust is geweest van het noodzakelijke (onrechtstreeks opzet) of mogelijke optreden (voorwaardelijk opzet) van dat gevolg en er zich toch heeft bij neergelegd en aanvaard heeft dat het zou optreden veeleer dan af te zien van zijn gedrag [(1)] .

---

(1) Over deze kwesties zie C. Hennau en J. Verhaegen, Droit pénal général, 2de uitgave, Brussel, Bruylant, 1995, nrs. 352 en 353, blz. 197 tot 299.

Het ontwerp behoort derhalve te worden aangevuld om een betere om een betere omschrijving te geven van het opzet dat moet worden toegeschreven aan degene die zich schuldig gemaakt heeft aan discriminatie.

3. De woorden "de voorwaarden voor toegang tot arbeid in loondienst of als zelfstandige en tot een beroep", die ontleend zijn aan de voormelde richtlijnen 2000/43/EG en 2000/78/EG, zijn onduidelijk. Wat is het verschil tussen arbeid en beroep ? Wat wordt precies bedoeld met "arbeid als zelfstandige" ? Een dergelijke onduidelijkheid kan niet worden aanvaard, omdat het begrip discriminatie valt onder de definitie van strafbare feiten (artikel 5, § 2, van het ontwerp).

4. Paragraaf 3, 5de streepje, vertoont gelijkenissen met de tekst die oorspronkelijk om advies aan de Raad van State voorgelegd is en is onderhevig aan dezelfde kritiek wat de vrijheid van meningsuiting betreft. Dezelfde opmerking geldt voor artikel 5, § 1, niet in zoverre het slaat op haat of vijandigheid jegens een persoon, maar in zoverre het over het beginsel van de discriminatie handelt.

Er behoort te worden op gewezen dat na het voormelde advies 30.462/2, het arrest 10/2001 van 7 februari 2001 van het Arbitragehof gewezen is in een gelijkaardige aangelegenheid, in verband met de wet van 12 februari 1999 "tot invoeging van een artikel 15ter in de wet van 4 juli 1989 betreffende de beperking en de controle van de verkiezingsuitgaven voor de verkiezingen van de federale Kamers, de financiering en de open boekhouding van de politieke partijen en van een artikel 16bis van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973". Die wet strekt ertoe een einde te maken aan de financiering van politieke partijen die duidelijk en door middel van verscheidene, met elkaar overeenstemmende tekenen, aantonen dat ze vijandig staan tegenover de rechten en vrijheden die gewaarborgd worden door het Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden. Het Arbitragehof heeft geoordeeld dat die wet geacht kan worden in overeenstemming te zijn met de Grondwet op voorwaarde dat zij restrictief wordt geïnterpreteerd en niet van toepassing is op een partij die alleen zou hebben voorgesteld deze of gene regel van het Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens of van een van de protocollen ervan anders te interpreteren of te herzien, of die kritiek zou hebben geuit op de filosofische of ideologische uitgangspunten van die internationale instrumenten. Daarbij dient "vijandigheid" volgens het Arbitragehof te worden begrepen als een aansporing tot het

schenden van een geldende rechtsregel (inzonderheid een aansporing tot het plegen van geweld en tot het zich verzetten tegen de voormelde regels).

Die interpretatie geldt mutatis mutandis voor artikel 2, § 3, 5de streepje, van het ontwerp.

5. Hoewel ook in de voormelde richtlijnen 2000/43/EG en 2000/78/EG wordt gewerkt met het Franse begrip "harcèlement" (in het Nederlands "intimidatie"), ziet de Raad van State niet in welke zin paragraaf 4 heeft, waarin "harcèlement" staat voor het Nederlandse "pesterijen".

"Harcèlement" - met als Nederlandse tegenhanger "belaging" - is immers op algemene wijze strafbaar gesteld in artikel 442bis van het Strafwetboek, naar luid waarvan degene die een persoon heeft belaagd terwijl hij wist of had moeten weten dat hij door zijn gedrag de rust van die bewuste persoon ernstig zou verstoren, gestraft wordt met een gevangenisstraf van vijftien dagen tot twee jaar en met een geldboete van vijftig frank tot driehonderd frank of met een van die straffen alleen.

In artikel 6 van het ontwerp wordt artikel 442bis van het Strafwetboek overigens opgenomen in de lijst van strafbare feiten waarop een zwaardere straf kan worden gesteld wanneer een van de drijfveren haat, misprijzen of vijandigheid jegens een persoon is omdat deze behoort tot een van de categorieën vermeld in artikel 2, § 1.

Daaruit volgt dat niet alleen "belaging" verboden is, maar dat er ook reeds "discriminerende pesterijen" of "discriminerende belaging" in aanmerking wordt genomen. Paragraaf 4 lijkt dan ook geen enkel nut te hebben. Die paragraaf zou zelfs tot verwarring kunnen leiden doordat de daarin vervatte definitie verschilt van de definitie van "ongewenst seksueel gedrag" vervat in artikel 5 van de voormelde wet van 7 mei 1999 en van die van "pesterijen op het werk" vervat in artikel 5 van het wetsontwerp "betreffende de bescherming tegen geweld, pesterijen en ongewenst seksueel gedrag op het werk" (2).

Artikel 4

(2) Gedr. St., Kamer, zitting 2001-2002, 1583/001 en 1584/001, blz. 55.

Krachtens deze bepaling belet de wet geen "positieve discriminatie".

In haar advies 28.197/1, over een voorontwerp dat geleid heeft tot de wet van 7 mei 1999 op de gelijke behandeling van mannen en vrouwen ten aanzien van de arbeidsvoorwaarden, de toegang tot het arbeidsproces en de promotiekansen, de toegang tot een zelfstandig beroep en de aanvullende regelingen voor sociale zekerheid, heeft de afdeling wetgeving van de Raad van State op het volgende gewezen :

> "In zoverre die bepaling zou toelaten een systeem van «corrigerende ongelijkheid» op te zetten, waarbij een ongelijke behandeling tijdelijk wordt gebillijkt met het oog op het opheffen van een andere, meer fundamentele ongelijkheid, te dezen de ongelijkheid tussen mannen en vrouwen, dient te worden herinnerd aan de voorwaarden die volgens het Arbitragehof moeten zijn vervuld opdat zulk een systeem niet in strijd zou komen met het grondwettelijk gelijkheids- en niet-discriminatiebeginsel : het systeem van corrigerende ongelijkheid mag slechts worden toegepast in die gevallen waarin een kennelijke ongelijkheid blijkt, het verdwijnen van die ongelijkheid moet door de wetgever als een te bevorderen doelstelling worden aangewezen, de corrigerende maatregelen moeten van tijdelijke aard zijn en moeten verdwijnen wanneer het door de wetgever beoogde doel eenmaal is bereikt en zij mogen tot slot andermans rechten niet onnodig beperken [(3)].".

Artikel 6

1. Wat het eerste lid betreft, verwijst de Raad van State naar de opmerking die hij in dat verband heeft gemaakt in zijn voormeld advies 30.462/2. Aangezien die bepaling, ondanks die opmerking, behouden is in het voorliggende ontwerp, waarbij ze alleen op bepaalde soorten van strafbare feiten betrekking heeft, moet voor de keuze van de in aanmerking genomen strafbare feiten een afdoende reden worden opgegeven in het licht van de artikelen 10 en 11 van de Grondwet.

2. In het tweede lid is sprake van "discriminaties op grond van geslacht", terwijl daarvan geen gewag wordt gemaakt in het eerste lid.

Artikel 11

Paragraaf 3 luidt als volgt :

> "Wanneer het slachtoffer van de discriminatie of een van de in artikel 14 bedoelde groeperingen voor het bevoegde gerecht feiten, zoals statistische gegevens of praktijktests, aanvoert die het bestaan van een directe of indirecte

---

(3) Arbitragehof, nr. 9/94, 27 januari 1994, overw. B.6.2.

> discriminatie kunnen doen vermoeden, valt de bewijslast dat er geen discriminatie is, ten laste van de verweerder.".

Die omkering van de bewijslast heeft tot gevolg dat de verweerder moet bewijzen dat iets zich niet voordoet, namelijk dat er geen sprake is van discriminatie.

Ook al luidt het oude adagium "negativa non sunt probanda", toch is het niet noodzakelijkerwijs onmogelijk te bewijzen dat iets zich niet voordoet. Gevallen waarin bewezen kan worden dat iets zich niet voordoet, zijn te vinden in de artikelen 115, 318 en 1384, vijfde lid, van het Burgerlijk Wetboek. Het Hof van Cassatie heeft in dit verband gesteld dat :

> "... al kan de rechter wettelijk overwegen dat het bewijs van een negatief feit niet met dezelfde striktheid als het bewijs van een bevestigend feit behoeft te worden bijgebracht, hij daarentegen de aanleggende partij van dit bewijs niet vermag te ontslaan en de tegenpartij het bewijs van het tegengesteld positief feit op te leggen." [(4)].

Zulks neemt evenwel niet weg dat bewijzen dat er geen discriminatie in het spel is bijzonder moeilijk zou kunnen zijn, vooral wanneer indirecte discriminatie wordt aangevoerd en er dus twijfel rijst omtrent een ogenschijnlijk neutrale bepaling, maatstaf of handelwijze. De verwerende partij zal, met andere woorden, niet alleen moeten bewijzen dat de bepaling, de maatstaf of de handelwijze neutraal is, maar bovendien dat de kwestieuze bepaling, maatstaf of handelwijze niet slechts in schijn neutraal is, wat in feite vaak zal neerkomen op de eis dat zij bewijst dat zij zuivere bedoelingen heeft.

Dat heeft tot gevolg dat, als de steller van het ontwerp deze omkering van de bewijslast behoudt - wat onontkoombaar lijkt in het licht van de voormelde richtlijnen 2000/43/EG en 2000/78/EG en van richtlijn 97/80/EG van de Raad van 15 december 1997 inzake de bewijslast in gevallen van discriminatie op grond van het geslacht -, de vermoedens die deze omkering van de bewijslast mogelijk maken niet gewichtig, precies en met elkaar overeenstemmend behoeven te zijn - aangezien dan de algemene regel zou gelden [(5)] - maar voor het allerminst relevant genoeg en degelijk moeten zijn.

---

(4) Cass. 27 februari 1958, Verzameling van de arresten van het Hof van Verbreking, 1958, blz. 462.

(5) Wanneer de eiser feiten aanvoert die gewichtige, precieze en met elkaar overeenstemmende vermoedens vormen, is het immers niet meer nodig de bewijslast om te keren, aangezien zulke vermoedens op zich reeds een bewijs vormen waarmee de gegrondheid van de vordering van de eiser kan worden aangetoond.

.../...

In het wetsontwerp is in dit verband sprake van "statistische gegevens of praktijktests" en wordt de Koning gemachtigd om bij een besluit vastgesteld, na overleg in de Ministerraad, de nadere regels voor de uitvoering van de praktijktest te bepalen.

De bewijslevering en de bewijsvoering moeten volgens correcte en loyale procedures verlopen en met eerbiediging van de woning (artikel 15 van de Grondwet), het privé-leven en het gezinsleven (artikel 22 van de Grondwet), het briefgeheim (artikel 29 van de Grondwet) en het beroepsgeheim (artikel 458 van het Strafwetboek).

Een dermate moeilijke kwestie, waarbij grondwettelijke beginselen op de helling kunnen komen te staan, mag niet overgelaten worden aan de Koning maar moet, althans wat de essentiële principes ervan betreft, geregeld worden door de wetgever zelf die moet zoeken naar een billijk evenwicht tussen de bevordering van de gelijkheid en de niet-discriminatie (artikelen 10 en 11 van de Grondwet) en de eerbiediging van de overige fundamentele rechten en vrijheden, en aldus ervoor moet zorgen dat tegen de "praktijktests" niet kan worden ingebracht dat ze gepaard gaan met uitlokking of deloyale handelingen.

La chambre était composée de

Messieurs de Heren	Y. KREINS,	président de chambre, kamervoorzitter,
	P. QUERTAINMONT, J. JAUMOTTE,	conseillers d'Etat, staatsraden,
	J. KIRKPATRICK, B. GLANSDORFF,	assesseurs de la section de législation, assessoren van de afdeling wetgeving,
Madame Mevrouw	B. VIGNERON,	greffier, griffier.

Le rapport a été présenté par M. A. LEFEBVRE, auditeu. La note du Bureau de coordination a été rédigée et exposée par M. P. BROUWERS, référendaire.

La concordance entre la version française et la version néerlandaise a été vérifiée sous le contrôle de M. J. JAUMOTTE.

LE GREFFIER - DE GRIFFIER,

B. VIGNERON

De kamer was samengesteld uit

Het verslag werd uitgebracht door de H. A. LEFEBVRE, auditeur. De nota van het Coördinatiebureau werd opgesteld en toegelicht door de H.P. BROUWERS, referendaris.

De overeenstemming tussen de Franse en de Nederlandse tekst werd nagezien onder toezicht van de H. J. JAUMOTTE.

LE PRÉSIDENT - DE VOORZITTER,

Y. KREINS