RF

ROYAUME DE BELGIQUE

_ _ _ _ _ _ _ _ _

AVIS 42.399/AG
42.400/AG
42.401/AG
DU 6 MARS 2007

DE LA SECTION DE LÉGISLATION
DU CONSEIL D'ÉTAT

Le CONSEIL D'ÉTAT, assemblée générale de la section de législation, saisi par le Président de la Chambre des représentants, le 28 février 2007, d'une demande d'avis, dans un délai de cinq jours ouvrables prorogé à huit jours ouvrables [(*)], sur :

- un amendement n/ 3 au projet de loi "modifiant la loi du 30 juillet 1981 tendant à réprimer certains actes inspirés par le racisme et la xénophobie" (*Doc. parl.*, Chambre, n/ 51-2720/4) (42.399/AG),

- un amendement n/ 1 au projet de loi "tendant à lutter contre la discrimination entre les femmes et les hommes" (*Doc. parl.*, Chambre, n/ 51-2721/2) (42.400/AG),

- un amendement n/ 1 au projet de loi "tendant à lutter contre certaines formes de discrimination" (*Doc. parl.*, Chambre, n/ 51-2722/2) (42.401/AG),

a donné l'avis suivant :

(*) Cette prorogation résulte de l'article 84, § 1er, alinéa 1er, 2/, des lois coordonnées sur le Conseil d'État qui dispose que le délai de cinq jours ouvrables est prorogé à huit jours ouvrables dans le cas où l'avis est donné par l'assemblée générale en application de l'article 85.

Suivant l'article 84, § 1er, alinéa 1er, 2/, des lois coordonnées sur le Conseil d'État, inséré par la loi du 4 août 1996, et remplacé par la loi du 2 avril 2003, les demandes d'avis doivent spécialement indiquer les motifs qui en justifient le caractère urgent.

En l'occurrence, cette motivation, telle qu'elle figure dans les lettres de demande d'avis, est la suivante :

> "L'urgence est motivée par le fait que les projets de loi concernés sont actuellement examinés en commission de la Justice et que celle-ci se doit de terminer les discussions au plus tôt, le gouvernement ayant demandé l'urgence au moment du dépôt, en application de l'art. 80 de la Constitution."

*
* *

Comme la demande d'avis est introduite sur la base de l'article 84, § 1er, alinéa 1er, 2/, des lois coordonnées sur le Conseil d'État, tel qu'il est remplacé par la loi du 2 avril 2003, la section de législation limite son examen au fondement juridique des amendements, à la compétence de l'auteur de l'acte ainsi qu'à l'accomplissement des formalités préalables, conformément à l'article 84, § 3, des lois coordonnées précitées.

Sur ces trois points, le projet appelle les observations ci-après.

La portée des amendements

1. Les amendements concernent les projets de loi suivants :

- le projet de loi modifiant la loi du 30 juillet 1981 tendant à réprimer certains actes inspirés par le racisme et la xénophobie (42.399/AG) [(1)];

(1) Ci-après dans l'avis : "le projet de loi-racisme".

- le projet de loi tendant à lutter contre la discrimination entre les femmes et les hommes (42.400/AG) [(2)];

- le projet de loi tendant à lutter contre certaines formes de discrimination (42.401/AG) [(3)].

Ils tendent à remplacer respectivement les articles 28, 33 et 28 de ces projets, relatifs au partage de la charge de la preuve, par des dispositions nouvelles.

Observations générales

2. L'article 28 du projet de loi générale énonce ce qui suit :

> "§ 1er. Lorsque la victime de la discrimination, le Centre, ou l'un des groupements d'intérêts 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 sur base de l'un des critères protégés, la charge de la preuve de l'absence de discrimination incombe à la partie défenderesse.
>
> § 2. La preuve de la discrimination sur base de l'un des critères protégés peut être fournie au moyen d'un test de situation qui peut être établi par un constat d'huissier. Le Roi détermine par un arrêté royal délibéré en Conseil des ministres les modalités du test de situation tel que visé par le présent article.".

Les articles 28 du projet de loi-racisme et 33 du projet de loi-genre ont un contenu analogue.

Comme le relève la justification des amendements, ces trois articles reproduisent le contenu de l'article 19, §§ 3 et 4, de la loi du 25 février 2003 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.

3. Il paraît utile à la section de législation du Conseil d'État de rappeler le cadre juridique relatif à l'admissibilité du système de partage de la charge de la preuve tel

---

(2) Ci-après dans l'avis : "le projet de loi-genre".

(3) Ci-après dans l'avis : "le projet de loi générale".

qu'il est aujourd'hui organisé par cette dernière disposition et tel qu'il est envisagé par les amendements à l'examen [4].

4. Plusieurs des directives que les projets de loi mentionnés ci-avant tendent à transposer [5] contiennent des dispositions, intitulées "[c]harge de la preuve", qui font obligation aux États de prendre des mesures tendant à assurer un système de partage de la charge de la preuve en matière de non-discrimination.

Ainsi, l'article 4 de la directive 97/80/CE du Conseil du 15 décembre 1997 relative à la charge de la preuve dans les cas de discrimination fondée sur le sexe dispose [6] :

> "1. Les États membres, conformément à leur système judiciaire, prennent les mesures nécessaires afin que, dès lors qu'une personne s'estime lésée par le non-respect à son égard du principe de l'égalité de traitement et établit, devant une juridiction ou une autre instance compétente, des faits qui permettent de présumer l'existence d'une discrimination directe ou indirecte, il incombe à la partie

---

(4) Pour rappel, dans ses avis 40.689/AG, 40.690/AG et 40.691/AG, donnés le 11 juillet 2006 sur les avant-projets devenus les trois projets de loi concernés par les amendements, la section de législation du Conseil d'État a précisé ce qui suit : "compte tenu des difficultés posées par les questions particulières soulevées dans la demande d'avis, ce sont essentiellement [l]es questions [soulevées dans les demandes d'avis] qui ont été examinées, ainsi que celles au sujet desquelles l'exposé des motifs fait état de difficultés quant à la détermination de compétences.
Il va de soi, dans ces conditions, que le silence gardé dans l'avis sur certains aspects [des avant-projets] ne saurait signifier qu'aucune autre observation que celles formulées dans le présent avis ne se justifierait; de même, ce silence ne saurait servir d'élément d'interprétation des avant-projets." (*Doc. parl.*, Chambre, 2006-2007, n**/** 51-2720/1, p. 81).

(5) Voir l'article 2 de chacun de ces projets de loi.

(6) Aux termes de l'article 3, paragraphe 1, a), de cette directive, celle-ci "s'applique [...] aux situations couvertes par l'article 119 du traité et par les directives 75/117/CEE, 76/207/CEE et, dans la mesure où il y a discrimination fondée sur le sexe, 92/85/CEE et 96/34/CE". Certaines de ces directives sont mentionnées à l'article 2 du projet de loi-genre; d'autres qui y sont mentionnées ne font pas l'objet d'un renvoi à l'article 3 de la directive 97/80/CE précitée et les matières qu'elles règlent ne tombent donc pas dans son champ d'application. Les directives 2000/43/CE et 2000/78/CE, qui sont mentionnées respectivement à l'article 2 du projet de loi-racisme et du projet de loi générale, ne le sont pas à l'article 2 du projet de loi-genre. Les justifications des amendements ne sont à cet égard pas suffisamment précises.

défenderesse de prouver qu'il n'y a pas eu violation du principe de l'égalité de traitement.

2. La présente directive n'empêche pas les États membres d'imposer un régime probatoire plus favorable à la partie demanderesse.

3. Les États membres peuvent ne pas appliquer le paragraphe 1 aux procédures dans lesquelles l'instruction des faits incombe à la juridiction ou à l'instance compétente".

L'article 3, paragraphe 2, de la même directive précise qu'elle

"ne s'applique pas aux procédures pénales, sauf si les États membres en disposent autrement".

L'article 8 de la directive 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 [(7)] dispose ce qui suit :

"1. Les États membres prennent les mesures nécessaires, conformément à leur système judiciaire, afin que, dès lors qu'une personne s'estime lésée par le non-respect à son égard du principe de l'égalité de traitement et établit, devant une juridiction ou une autre instance compétente, des faits qui permettent de présumer l'existence d'une discrimination directe ou indirecte, il incombe à la partie défenderesse de prouver qu'il n'y a pas eu violation du principe de l'égalité de traitement.

2. Le paragraphe 1 ne fait pas obstacle à l'adoption par les États membres de règles de la preuve plus favorables aux plaignants.

3. Le paragraphe 1 ne s'applique pas aux procédures pénales.

4. Les paragraphes 1, 2 et 3 s'appliquent également à toute procédure engagée conformément à l'article 7, paragraphe 2.

5. Les États membres peuvent ne pas appliquer le paragraphe 1 aux procédures dans lesquelles l'instruction des faits incombe à la juridiction ou à l'instance compétente".

---

(7) Cette directive est mentionnée à l'article 2 du projet de loi-racisme.

L'article 10 de la directive 2000/78/CE du Conseil du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail [(8)] et l'article 9 de la directive 2004/113/CE du Conseil du 13 décembre 2004 mettant en œuvre le principe de l'égalité de traitement entre les femmes et les hommes dans l'accès à des biens et services et la fourniture de biens et services [(9)] sont rédigés de manière identique, sauf, au paragraphe 4 de ces dispositions, le renvoi qui est fait, respectivement, aux articles 9, paragraphe 2, et 8, paragraphe 3 [(10)], des directives concernées.

5. Dans son avis 32.967/2, donné le 4 février 2002 sur un projet de loi devenu la loi précitée du 25 février 2003, la section de législation du Conseil d'État avait observé ce qui suit à propos d'une disposition qui est devenue l'article 19 de la loi du 25 février 2003 précitée :

> "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 [et] 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,

---

(8) Cette directive est mentionnée à l'article 2 du projet de loi générale.

(9) Cette directive est l'une de celles mentionnées à l'article 2 du projet de loi-genre.

(10) Les articles 7, paragraphe 2, 9, paragraphe 2, et 8, paragraphe 3, des directives 2000/43/CE, 2000/78/CE et 2004/113/CE, intitulés "[d]éfense des droits", ont trait à la nécessité de la mise sur pied de procédures destinées à faire respecter les obligations découlant de ces directives.

dispenser de cette preuve la partie demanderesse et imposer à la partie adverse la preuve du fait positif.» (11).

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.

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 [...] et de la directive 97/80/CE [...] -, il importe que les présomptions qui l'autorisent soient, non pas graves, précises et concordantes, ce qui reviendrait à rétablir la règle générale (12), 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 (articles 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.".

---

(11) *Note infrapaginale 4 de l'avis cité :* Cass., 27 février 1958, *R.C.J.B.*, 1959, p. 42 et note J. Kirkpatrick.

(12) *Note infrapaginale 5 de l'avis cité :* En effet, si le demandeur invoque des faits qui constituent des présomptions graves, précises et concordantes, 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.

6. Pour ce qui concerne plus particulièrement la conformité de l'article 19, § 3, de la loi du 25 février 2003 précitée au principe d'égalité, la Cour d'arbitrage a relevé ce qui suit dans son arrêt n/ 157/2004 du 6 octobre 2004 :

"B.83. L'article 19, § 3, de la loi contre la discrimination dispose :

«Lorsque la victime de la discrimination ou un des groupements visés à l'article 31 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.».

Cette disposition repose sur la constatation que la victime d'une discrimination est généralement en position de faiblesse par rapport à l'auteur de l'acte (*Doc. parl.*, Sénat, 2000-2001, n/ 2-12/15, p. 8), de sorte qu'il semblait opportun de renverser la charge de la preuve :

«En effet, le problème principal que pose l'application de la loi réprimant le racisme et des règles visant à lutter contre la discrimination en général est celui des preuves. Il est souvent difficile pour la victime d'une discrimination d'en prouver l'existence, parce que les informations utiles sont en possession de la partie défenderesse. C'est la raison pour laquelle la Commission européenne propose, dans son projet de directive, d'imposer la charge de la preuve à la partie défenderesse une fois que la partie demanderesse a apporté la preuve matérielle de l'existence d'un traitement moins favorable nourrissant une présomption raisonnable de discrimination. Nous pensons qu'il faudrait, à cet égard, autoriser le recours à des tests pratiques et l'utilisation de matériel statistique pour établir cette présomption.» (*ibid.*, p. 27).

Faisant référence aux dispositions des directives européennes précitées, le Gouvernement s'est rallié à ce principe, mais il a toutefois introduit un amendement tendant à retirer, des dispositions générales, les règles relatives au renversement de la charge de la preuve afin qu'elles ne s'appliquent pas en matière pénale (*Doc. parl.*, Sénat, 2000-2001, n/ 2-12/15, pp. 56-57, 185 et 190). La Vice-première ministre et ministre de l'Emploi a confirmé :

«au civil, toute espèce de fait qui est établi de manière suffisamment convaincante par le demandeur et qui permet de présumer une discrimination engendre le renversement de la charge de la preuve. Les données statistiques et le test de situation sont mentionnés à titre exemplatif.» (*ibid.*, p. 191).

Il ressort également des travaux préparatoires que le renversement de la charge de la preuve n'est pas automatique. La personne qui prétend être victime d'une discrimination doit en effet apporter d'abord suffisamment d'éléments faisant apparaître une possible discrimination. À cette fin, la partie demanderesse peut invoquer par exemple un test de situation, mais le juge doit ensuite apprécier si ce test permet de conclure à une discrimination :

«Si le juge accepte les tests, il renvoie à la partie défenderesse qui devra prouver que la différence de traitement n'est pas discriminatoire. [...] La partie demanderesse ne peut se contenter d'alléguer l'existence d'une discrimination : elle doit apporter des éléments concluants qui permettent de présumer l'existence d'une

discrimination avant que la charge de la preuve de l'absence de discrimination incombe à la partie défenderesse.» (*ibid.*, pp. 196-197).

B. 84. La mesure instaurée par le législateur repose sur un critère objectif, à savoir la nature des actions pour lesquelles le renversement de la charge de la preuve est instauré. Elle est certainement pertinente pour répondre au but qu'il poursuit, à savoir une protection efficace contre la discrimination, et elle n'est pas disproportionnée à cet objectif, compte tenu des conditions dont elle est entourée. [...]".

7. Si cet arrêt de la Cour d'arbitrage valide de manière générale, compte tenu des conditions prévues, la possibilité de mettre sur pied le régime organisé par l'article 19 de la loi précitée du 25 février 2003, il ne s'est pas prononcé sur l'admissibilité de l'habilitation faite au Roi de déterminer les modalités du test de situation prévue par cette même disposition.

La section de législation du Conseil d'État croit dès lors pouvoir confirmer la considération suivante émise dans son avis 32.967/2 :

"Une question aussi délicate [que les modalités relatives aux tests de situation], 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 (articles 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."

L'exigence de légalité ainsi rappelée, qui implique non seulement une limite à la possibilité d'une habilitation au Roi mais aussi que le texte législatif soit rédigé de manière claire et précise, vaut pour l'ensemble des procédés autorisant le renversement de la charge de la preuve.

Les dispositions citées plus haut, sous le n/ 4, des directives pertinentes en matière de partage de la charge de la preuve des discriminations, laissent aux États le soin d'organiser le système; il leur appartient bien entendu à cette occasion de respecter les principes fondamentaux de leur ordre juridique sur ces questions, en ce compris le principe de légalité.

8. Les amendements à l'examen ne paraissent pas rédigés, sur ce point, de manière adéquate.

Ainsi, les éléments proposés par les paragraphes 2 et 3 des dispositions proposées pour établir les faits constitutifs de la présomption de l'existence d'une discrimination ne sont énumérés qu'à titre exemplatif.

En outre, les notions comme celles de "certaine récurrence de traitement défavorable" [(13)], de "différents signalements" [(14)], de "personne de référence" [(15)], de "statistiques générales" [(16)], de "faits de connaissance générale" [(17)] ou de "matériel statistique élémentaire" [(18)] doivent être explicitées dans le texte même.

Enfin, si le recours aux tests de situation n'est plus prévu dans les dispositions proposées par les amendements et qu'en conséquence il peut à première vue être satisfaisant de constater que l'habilitation faite au Roi quant aux modalités qui leur sont relatives se trouve omise, on ne peut toutefois exclure, sous réserve de ce qui vient d'être observé, que le recours à ce procédé entre dans certaines des formules générales des paragraphes 2 et 3.

Ceci ne paraît pas pouvoir être admis, compte tenu du principe de légalité prérappelé : l'appréciation de la validité des procédés utilisés ne serait en effet plus encadrée, comme il conviendrait qu'elle le soit par le législateur lui-même. Il en va d'autant plus ainsi que les notions utilisées sont encore bien moins précises que la notion de test de situation.

---

(13) Paragraphe 2, (i), des dispositions proposées.

(14) *Ibid.*

(15) Paragraphe 2, (ii), des dispositions proposées. Si cette notion est utilisée, plus spécialement en doctrine, dans les matières touchant à la non-discrimination, il convient qu'elle soit tout au moins explicitée. On peut s'interroger aussi sur l'usage du singulier en ce qui concerne la personne de référence pour permettre d'établir une présomption déclenchant l'admissibilité du renversement de la charge de la preuve.

(16) Paragraphe 3, (i), des dispositions proposées.

(17) *Ibid.*

(18) Paragraphe 3, (iii), des dispositions proposées.

9. Comme il a été déjà relevé, si, comme les dispositions qui seraient remplacées, les amendements tendent à transposer certaines des directives mentionnées à l'article 2 des projets de loi, ces directives n'instituent pas comme tels les mécanismes généraux prévus par les amendements à l'examen.

Il ne suffit dès lors pas de se référer à ces directives, comme dans la justification des amendements, pour rendre ces derniers admissibles au regard du principe de légalité.

À cet égard, la référence à la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes, mentionnée également dans cette justification, suscite des difficultés.

En premier lieu, les arrêts mentionnés de la Cour de justice concernent tous l'application de l'article 141 (ex-article 119) du traité CE, relatif au principe de l'égalité des rémunérations entre les travailleurs masculins et les travailleurs féminins, et de la directive 75/117/CE du Conseil du 10 février 1975 concernant le rapprochement des législations des États membres relatives à l'application du principe d'égalité des rémunérations entre les travailleurs masculins et les travailleurs féminins. En d'autres termes, ces arrêts se rapportent à une distinction fondée sur un seul critère et dans une matière déterminée, laquelle n'entre dans le champ d'application que du projet de loi-genre, conformément à son article 6, § 2, 2/. Les amendements ont, par contre, vocation à s'appliquer à tous les critères et dans toutes matières couvertes par les trois projets de loi.

En outre, les affaires qui ont donné lieu à ces arrêts sont antérieures aux directives européennes 97/80/CE, 2000/43/CE, 2000/78/CE et 2004/113/CE précitées. Dans le bref délai qui lui a été imparti, il a été impossible à la section de législation du Conseil d'État de vérifier si les données juridiques relatives à ces arrêts peuvent être transposées à celles qui concernent, de manière bien plus générale, l'ensemble des directives qu'il est envisagé de transposer par les projets de loi concernés.

Des doutes surgissent toutefois sur ce point.

Ainsi, s'agissant par exemple de la prise en compte, pour présumer la discrimination directe, des "éléments qui révèlent que la situation de la victime du traitement plus défavorable est comparable avec la situation de la personne de référence", le procédé implique que la comparaison est établie en détail en manière telle qu'il n'est pas tenu compte des facteurs autres que le critère protégé, qui pourraient justifier la différence de traitement.

C'est cette méthode que la Cour de justice a adoptée dans l'affaire *Brunnhofer* [(19)]. La Cour a estimé que, lorsqu'une travailleuse prouve qu'elle reçoit une rémunération inférieure à celle d'un collègue masculin et qu'elle effectue un travail identique ou de valeur égale à celui de son collègue, elle est à première vue victime d'une discrimination fondée sur le sexe. Il incombe alors à l'employeur de prouver qu'il n'y a pas eu violation du principe de l'égalité des rémunérations. Pour ce faire, l'employeur peut établir que le travail effectué n'est en fait pas comparable ou de valeur égale ou que la différence de rémunération est justifiée par un facteur objectif.

La question se pose de savoir si ce renversement de la charge de la preuve sur la base de l'élimination d'autres facteurs peut également être appliqué en dehors du contexte de l'égalité des rémunérations. Dans le cas où deux travailleurs effectuent un travail de valeur égale, on peut en effet raisonnablement escompter qu'ils reçoivent une rémunération identique. Si tel n'est pas le cas, une discrimination peut raisonnablement être présumée. Dans d'autres cas, notamment celui où il convient d'opérer un choix entre différentes personnes concernées, comme par exemple lors d'un recrutement, d'une promotion, d'un licenciement ou lors de la vente et de la location d'un bien, il n'est pas raisonnable de déduire une présomption de discrimination de la simple différence de traitement. En effet, dans un certain nombre de cas, l'employeur, le vendeur, le bailleur, etc., est inévitablement amené à procéder à une distinction en raison de la nature de l'acte même.

---

(19) C.J.C.E., 26 juin 2001, C-381/99, Susanna Brunnhofer et Bank der österreichischen Postsparkasse AG.

10. Il résulte de ce qui précède que les mécanismes de mise en oeuvre du renversement de la charge de la preuve, tels qu'ils sont envisagés par les amendements, devraient être plus soigneusement encadrés par le législateur.

L'assemblée générale de la section de législation était composée de :

Messieurs	R. ANDERSEN,	premier président du Conseil d'État,
	M. VAN DAMME, Y. KREINS,	présidents de chambre,
	P. LIÉNARDY, J. BAERT, J. SMETS, P. VANDERNOOT,	conseillers d'État,
Madame Messieurs	M. BAGUET, B. SEUTIN, W. VAN VAERENBERGH,	
	H. COUSY, J. VELAERS, H. BOSLY, G. KEUTGEN,	assesseurs de la section de législation,
Madame Monsieur	D. LANGBEEN, M. FAUCONIER,	greffier en chef, greffier assumé.

Les rapports ont été rédigés par MM. W. PAS et R. WIMMER, auditeurs.

LE GREFFIER EN CHEF, LE PREMIER PRÉSIDENT,

D. LANGBEEN R. ANDERSEN

RF

KONINKRIJK BELGIË

Advies 42.399/AV
42.400/AV
42.401/AV

VAN 6 MAART 2007

VAN DE AFDELING WETGEVING
VAN DE RAAD VAN STATE

De RAAD VAN STATE, algemene vergadering van de afdeling wetgeving, op 28 februari 2007 door de Voorzitter van de Kamer van Volksvertegenwoordigers, binnen een termijn van vijf werkdagen verlengd tot acht werkdagen (*), van advies te dienen over :

- en amendement nr. 3 bij het ontwerp van wet "tot wijziging van de wet van 30 juli 1981 tot bestraffing van bepaalde door racisme en xenofobie ingegeven daden" *(Parl. St.*, Kamer, nr. 51-2720/4) (41.399/AV),

- en amendement nr. 1 bij het ontwerp van wet "ter bestrijding van discriminatie tussen vrouwen en mannen" (*Parl. St.*, Kamer, nr. 51-2721/2) (41.400/AV),

- en amendement nr. 1 bij het ontwerp van wet "ter bestrijding van bepaalde vormen van discriminatie" (*Parl. St.*, Kamer, nr. 51-2722/2) (41.401/AV),

heeft het volgende advies gegeven :

(*) Deze verlenging vloeit voort uit artikel 84, § 1, eerste lid, 2/, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State waarin wordt bepaald dat de termijn van vijf werkdagen verlengd wordt tot acht werkdagen in het geval waarin het advies gegeven wordt door de algemene vergadering met toepassing van artikel 85.

Volgens artikel 84, eerste lid, 2/, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State, ingevoegd bij de wet van 4 augustus 1996, en vervangen bij de wet van 2 april 2003, moeten in de adviesaanvraag in het bijzonder de redenen worden aangegeven tot staving van het spoedeisende karakter ervan.

In het onderhavige geval luidt de motivering in de brieven met de adviesaanvragen als volgt :

> "De hoogdringendheid wordt gemotiveerd door het feit dat momenteel de betrokken wetsontwerpen in de commissie voor de Justitie worden besproken et dat deze zo spoedig mogelijk de besprekingen dient af te ronden aangezien de regering de hoogdringendheid bij de indiening heef gevraagd, bij toepassing van art. 80 van de Grondwet."

*
* *

Aangezien de adviesaanvraag ingediend is op basis van artikel 84, § 1, eerste lid, 2/, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State, zoals het is vervangen bij de wet van 2 april 2003, beperkt de afdeling Wetgeving overeenkomstig artikel 84, § 3, van de voornoemde gecoördineerde wetten haar onderzoek tot de rechtsgrond van de amendementen, de bevoegdheid van de steller van de handeling en de te vervullen voorafgaande vormvereisten.

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

Strekking van de amendementen

1. De amendementen hebben betrekking op de volgende wetsontwerpen :

- het wetsontwerp tot wijziging van de wet van 30 juli 1981 tot bestraffing van bepaalde door racisme en xenofobie ingegeven daden (42.399/AV) [(1)];

---

(1) Hierna in het advies : "het ontwerp van racismewet".

- het wetsontwerp ter bestrijding van discriminatie tussen vrouwen en mannen (42.400/AV) [(2)];

- het wetsontwerp ter bestrijding van bepaalde vormen van discriminatie (42.401/AV) [(3)].

Ze strekken ertoe respectievelijk de artikelen 28, 33 en 28 van deze ontwerpen, betreffende de verdeling van de bewijslast, door nieuwe bepalingen te vervangen.

Algemene opmerkingen

Artikel 28 van het ontwerp van algemene wet bepaalt het volgende :

> "§1. Wanneer het slachtoffer van de discriminatie, het Centrum of een van de belangenverenigingen voor het bevoegde gerecht feiten, zoals onder meer statistische gegevens of praktijktests, aanvoert die het bestaan van discriminatie op grond van de beschermde criteria kunnen doen vermoeden, valt de bewijslast dat er geen discriminatie is, ten laste van de verweerder.
>
> § 2. Het bewijs van discriminatie op grond van de beschermde criteria kan worden geleverd met behulp van een praktijktest die kan worden uitgevoerd door een gerechtsdeurwaarder. De Koning bepaalt bij een in Ministerraad overlegd besluit de nadere regels voor de uitvoering van de praktijktest zoals voorzien in dit artikel.".

De artikelen 28 van het ontwerp van racismewet en 33 van het ontwerp van genderwet hebben een gelijksoortige inhoud.

Zoals wordt opgemerkt in de verantwoording van de amendementen, geven deze drie artikelen de inhoud weer van artikel 19, §§ 3 en 4, van de wet van 25 februari 2003 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.

---

(2) Hierna in het advies : "het ontwerp van genderwet".

(3) Hierna in het advies : "het ontwerp van algemene wet".

3. De afdeling Wetgeving van de Raad van State acht het nuttig te herinneren aan het juridisch kader voor de aanvaardbaarheid van het systeem van verdeling van de bewijslast zoals dit thans geregeld is door de laatstgenoemde bepaling en zoals het is opgevat in de onderzochte amendementen (4).

4. Verschillende van de richtlijnen tot omzetting waarvan de voormelde wetsontwerpen dienen (5), bevatten bepalingen met het opschrift "bewijslast", die de lidstaten verplichten maatregelen te nemen om te zorgen voor een systeem van verdeling van de bewijslast inzake non-discriminatie.

Zo bepaalt artikel 4 van richtlijn 97/80/EG van de Raad van 15 december 1997 inzake de bewijslast in de gevallen van discriminatie op grond van het geslacht het volgende (6) :

---

(4) Ter herinnering : de afdeling Wetgeving van de Raad van State heeft in haar adviezen 40.689/AV, 40.690/AV en 40.691/AV, gegeven op 11 juli 2006 over de voorontwerpen die hebben geleid tot de drie wetsontwerpen waarover de amendementen handelen, op het volgende gewezen : "Gelet op de moeilijkheden die rijzen door de bijzondere kwesties die in de adviesaanvraag opgeworpen worden, zijn het evenwel voornamelijk die kwesties die onderzocht zijn, alsook die in verband waarmee in de memorie van toelichting wordt aangegeven dat er zich moeilijkheden voordoen bij het bepalen van bevoegdheden. In deze omstandigheden spreekt het vanzelf dat wanneer in het advies niets wordt gezegd over bepaalde aspecten van het voorontwerp, zulks niet betekent dat daarover geen enkele andere opmerking kan worden gemaakt dan die welke in dit advies geformuleerd worden; dat stilzwijgen kan evenmin worden aangegrepen om de voorontwerpen op de ene of de andere manier uit te leggen." *(Gedr. St.,* Kamer, 2006-2007, nr. 51-2720/1, blz. 81).

(5) Zie artikel 2 van elk van deze wetsontwerpen.

(6) Krachtens artikel 3, lid 1, a), van deze richtlijn, is deze van toepassing op "de situaties, bestreken door artikel 119 van het Verdrag en door de Richtlijnen 75/117/EEG, 76/ 207/EEG, en voorzover er sprake is van discriminatie op grond van het geslacht, 92/85/EEG en 96/34/EG". Sommige van deze richtlijnen worden vermeld in artikel 2 van het ontwerp van genderwet; naar andere die erin worden vermeld, wordt niet verwezen in artikel 3 van de voormelde richtlijn 97/80/EG, en de aangelegenheden die ze regelen vallen dus niet binnen het toepassingsgebied ervan. De richtlijnen 2000/43/EG en 2000/78/EG, die respectievelijk worden vermeld in artikel 2 van het ontwerp van racismewet en van het algemeen wetsontwerp, worden niet vermeld in artikel 2 van het ontwerp van genderwet. De verantwoordingen van de amendementen zijn wat dit betreft niet voldoende precies.

.../...

"1. De lidstaten nemen, overeenkomstig hun nationale rechtsstelsels, de nodige maatregelen om ervoor te zorgen dat wanneer iemand die zich door niet-toepassing te zijnen aanzien van het beginsel van gelijke behandeling benadeeld acht, voor de rechter of een andere bevoegde instantie feiten aanvoert die directe of indirecte discriminatie kunnen doen vermoeden, de verweerder dient te bewijzen dat het beginsel van gelijke behandeling niet werd geschonden.

2. Deze richtlijn belet de lidstaten niet een voor de eiser gunstiger bewijsregeling in te voeren.

3. De lidstaten kunnen ervan afzien lid 1 toe te passen op procedures waarbij de verplichting tot onderzoek van de feiten berust bij de rechtbank of de bevoegde instantie".

In artikel 3, lid 2, van dezelfde richtlijn staat dat ze

"niet van toepassing [is] op strafrechtelijke procedures, tenzij de lidstaten anders bepalen".

Artikel 8 van richtlijn 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 [(7)] bepaalt het volgende :

"1. De lidstaten nemen, overeenkomstig hun nationale rechtsstelsels, de nodige maatregelen om ervoor te zorgen dat, wanneer personen die zich door niet-toepassing te hunnen aanzien van het beginsel van gelijke behandeling benadeeld achten, voor de rechter of een andere bevoegde instantie feiten aanvoeren die directe of indirecte discriminatie kunnen doen vermoeden, de verweerder dient te bewijzen dat het beginsel van gelijke behandeling niet werd geschonden.

2. Lid 1 belet de lidstaten niet bewijsregels in te voeren die gunstiger zijn voor de eiser.

3. Lid 1 is niet van toepassing op strafprocedures.

4. De leden 1, 2 en 3 zijn tevens van toepassing op alle procedures overeenkomstig artikel 7, lid 2.

5. De lidstaten hoeven lid 1 niet toe te passen in zaken waarin het aan de rechter of een andere bevoegde instantie is om de feiten te onderzoeken".

[(7)] Deze richtlijn wordt vermeld in artikel 2 van het ontwerp van racismewet.

Artikel 10 van richtlijn 2000/78/EG van de Raad van 27 november 2000 tot instelling van een algemeen kader voor gelijke behandeling in arbeid en beroep [8] en artikel 9 van richtlijn 2004/113/EG houdende toepassing van het beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen bij de toegang tot en het aanbod van goederen en diensten [9] zijn op identieke wijze geredigeerd, behalve, in lid 4 van deze bepalingen, de verwijzing naar respectievelijk de artikelen 9, lid 2, en 8, lid 2 [10], van de betrokken richtlijnen.

In advies 32.967/2, gegeven op 4 februari 2002 over een wetsontwerp dat heeft geleid tot de voormelde wet van 25 februari 2003, had de afdeling Wetgeving op het volgende gewezen in verband met een bepaling die heeft geleid tot artikel 19 van de voornoemde wet van 25 februari 2003 :

"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 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 :

---

(8) Deze richtlijn wordt vermeld in artikel 2 van het ontwerp van algemene wet.

(9) Deze richtlijn is een van de richtlijnen die worden vermeld in artikel 2 van het ontwerp van genderwet.

(10) De artikelen 7, lid 2, 9, lid 2, en 8, lid 3, van de richtlijnen 2000/43/EG, 2000/78/EG en 2004/113/EG, met als opschrift "verdediging van rechten", hebben betrekking op de noodzaak om procedures te kunnen aanspannen met het oog op de naleving van de uit deze richtlijnen voortvloeiende verplichtingen.

«... 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.» (11).

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 (12) - maar voor het allerminst relevant genoeg en degelijk moeten zijn.

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.".

---

(11) *Voetnoot 4 van het vermelde advies :* Cass. 27 februari 1958, *Verzameling van de arresten van het Hof van Verbreking*, 1958, blz. 4620.

(12) *Voetnoot 5 van het vermelde advies :* 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.

6. Wat meer in het bijzonder de overeenstemming betreft van artikel 19, § 3, van de voormelde wet van 25 februari 2003 met het gelijkheidsbeginsel, heeft het Arbitragehof in zijn arrest nr. 157/2004 van 6 oktober 2004 op het volgende gewezen :

"B.83. Artikel 19, § 3, van de anti- discriminatiewet luidt :

«Wanneer het slachtoffer van de discriminatie of een van de in artikel 31 bedoelde groeperingen voor het bevoegde gerecht feiten, zoals statistische gegevens of praktijktests, aanvoert die het bestaan van een directe of indirecte discriminatie kunnen doen vermoeden, valt de bewijslast dat er geen discriminatie is, ten laste van de verweerder.»

Die bepaling berust op de vaststelling dat het slachtoffer van discriminatie meestal in een zwakke positie staat tegenover degene die de discriminerende handeling verricht (*Parl. St.*, Senaat, 2000-2001, nr. 2-12/15, p. 8), zodat het aangewezen werd geacht de bewijslast om te keren :

«De grootste toepassingsmoeilijkheid van de antiracismewet, en van antidiscriminatieregelingen in het algemeen, ligt immers op [het] vlak van de bewijsproblematiek. Het is voor het slachtoffer van een discriminatie vaak moeilijk die discriminatie te bewijzen omdat de nuttige informatie in handen is van de verdedigende partij. Het is daarom ook dat de Europese Commissie in haar ontwerprichtlijn voorstelt dat de bewijslast bij de beklaagde partij ligt wanneer de klagende partij het materieel bewijs geleverd heeft van minder gunstige behandeling die een redelijk vermoeden van discriminatie aantoont. We denken in dit kader aan het toestaan van praktijktesten en van statistisch materiaal om dit vermoeden aan te tonen. » (*ibid.*, p. 27).

Verwijzend naar de voorschriften van de voormelde E.G.-richtlijnen, schaarde de Regering zich achter het principe maar diende zij wel een amendement in dat ertoe strekte de regels betreffende de omkering van de bewijslast uit de algemene bepalingen te halen, opdat zij niet van toepassing zouden zijn in strafrechtelijke aangelegenheden (*Parl. St.*, Senaat, 2000-2001, nr. 2-12/15, pp. 56-57, 185 en 190). De Vice-Eerste Minister en Minister van Werkgelegenheid bevestigde

«dat elk feit dat door de eiser duidelijk genoeg wordt aangetoond en waardoor verondersteld kan worden dat er sprake is van discriminatie, in het burgerlijk recht aanleiding geeft tot de omkering van de bewijslast. Statistische gegevens en situatietests worden slechts als voorbeeld genoemd.» (*ibid.*, p. 191).

Uit de parlementaire voorbereiding blijkt eveneens dat de omkering van de bewijslast geen automatisme is. Degene die beweert het slachtoffer te zijn van discriminatie moet immers eerst voldoende feiten aanvoeren waaruit een mogelijke discriminatie blijkt. Daartoe kan de eisende partij zich beroepen op bijvoorbeeld een praktijktest, maar de rechter moet dan nog oordelen of uit die test kan worden opgemaakt of er wordt gediscrimineerd :

«Als de rechter de test aanvaardt, is het aan de verwerende partij om te bewijzen dat de ongelijke behandeling niet discriminerend is. […] Het is niet voldoende dat de eiser beweert dat er sprake is van discriminatie : hij moet overtuigende elementen aanbrengen om het vermoeden van discriminatie te staven alvorens de verweerder moet aantonen dat er geen sprake is van discriminatie.» (*ibid.*, pp. 196-197).

B.84. De door de wetgever ingevoerde maatregel berust op een objectief criterium, namelijk de aard van de vorderingen waarbij de omkering van de bewijslast wordt ingevoerd. De maatregel is zeker pertinent om de door hem beoogde doelstelling van efficiënte bescherming tegen discriminatie te waarborgen, en is, gelet op de voorwaarden waaronder hij geldt, daarmee niet oneven-redig. [...]".

7. Bij dat arrest van het Arbitragehof wordt de mogelijkheid om de regeling op te zetten waarin artikel 19 van de voormelde wet van 25 februari 2003 voorziet, gelet op de gestelde voorwaarden, weliswaar op algemene wijze geldig verklaard, maar daarbij is geen uitspraak gedaan over de aanvaardbaarheid van de bevoegdheid die aan de Koning wordt opgedragen om de nadere regels te bepalen voor de praktijktest waarin diezelfde bepaling voorziet.

De afdeling Wetgeving van de Raad van State is dan ook van mening dat ze de volgende opmerking, die ze in haar advies 32.967/2 heeft gemaakt, kan herhalen :

"Een dermate moeilijke kwestie [als de nadere regels betreffende de praktijktests], 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."

Het wettelijkheidsvereiste waaraan aldus herinnerd is en dat niet alleen impliceert dat de mogelijkheid om aan de Koning ter zake bevoegdheden op te dragen beperkt is maar eveneens dat de wettekst duidelijk en nauwkeurig moet worden gesteld, geldt voor alle procedés die het mogelijk maken de bewijslast om te keren.

In de hiervoor, onder punt 4, in herinnering gebrachte bepalingen van de pertinente richtlijnen inzake verdeling van de bewijslast betreffende discriminerende handelingen wordt aan de lidstaten de zorg opgedragen om daartoe een regeling op te

zetten; uiteraard dienen ze zich bij die gelegenheid te houden aan de grondbeginselen van hun rechtsorde wat die kwesties betreft, met inbegrip van het wettelijkheidsbeginsel.

8. De redactie van de voorliggende amendementen lijkt op dat punt niet afdoende te zijn.

Zo worden de gegevens die in de paragrafen 2 en 3 van de bepalingen die voorgesteld worden om te bepalen welke feiten het bestaan van een discriminatie kunnen doen vermoeden alleen bij wijze van voorbeeld opgesomd.

Daarenboven dienen begrippen zoals "een bepaald patroon van ongunstige behandeling" [(13)], "verschillende, los van elkaar staande ... meldingen" [(14)], "referentiepersoon" [(15)], "algemene statistieken" [(16)], "feiten van algemene bekendheid" [(17)] en "elementair statistisch materiaal" [(18)] in de tekst zelf verduidelijkt te worden.

Ten slotte voorzien de bepalingen die bij de amendementen worden voorgesteld weliswaar niet meer in het aanwenden van praktijktests, zodat er op het eerste gezicht mee kan worden volstaan te constateren dat de opdracht van bevoegdheid aan de Koning in verband met de nadere regels die daarop betrekking hebben, weggelaten wordt, toch kan evenwel, onder voorbehoud van hetgeen hiervoor opgemerkt is, niet uitgesloten

---

(13) Paragraaf 2, (i), van de voorgestelde bepalingen.

(14) Ibid.

(15) Paragraaf 2, (ii), van de voorgestelde bepalingen. Ofschoon dat begrip gehanteerd wordt, inzonderheid in de rechtsleer, in aangelegenheden die verband houden met non-discriminatie, toch moet het op zijn minst gespecifieerd worden. Ook kunnen vragen rijzen over het gebruik van het enkelvoud voor de referentiepersoon om ervan uit te kunnen gaan dat er een vermoeden bestaat, op grond waarvan de omkering van de bewijslast aanvaardbaar wordt.

(16) Paragraaf 3, (i), van de voorgestelde bepalingen.

(17) Ibid.

(18) Paragraaf 3, (iii), van de voorgestelde bepalingen.

worden dat dit procedé wordt aangewend in bepaalde algemene formules van de paragrafen 2 en 3.

Zulks blijkt niet aanvaard te kunnen worden, gelet op het wettelijkheidsbeginsel waaraan hiervoor is herinnerd : voor de beoordeling van de geldigheid van de gebruikte procedés zou er immers geen wettelijk kader meer bestaan, aangezien de wetgever zelf daarvoor een kader moet scheppen. Zulks geldt des te meer daar de gebezigde begrippen nog veel minder duidelijk zijn dan het begrip praktijktest.

9. Zoals reeds opgemerkt is, strekken de amendementen, net zoals de bepalingen die vervangen zouden worden, tot de omzetting van bepaalde van de richtlijnen die in artikel 2 van de wetsontwerpen worden vermeld, maar die richtlijnen voeren op zich niet de algemene mechanismen in waarin de onderzochte amendementen voorzien.

Bijgevolg kan er niet mee worden volstaan naar die richtlijnen te verwijzen, zoals in de verantwoording van de amendementen, om die amendementen aanvaardbaar te maken in het licht van het wettelijkheidsbeginsel.

In dit verband doet de verwijzing naar de rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen, die eveneens in die verantwoording voorkomt, moeilijkheden rijzen.

In de eerste plaats hebben de vermelde arresten van het Hof van Justitie alle betrekking op de toepassing van artikel 141 (ex-artikel 119) van het EU-Verdrag, betreffende het beginsel van gelijke beloning van mannelijke en vrouwelijke werknemers, en richtlijn 75/117/EG van de Raad van 10 februari 1975 betreffende het nader tot elkaar brengen van de wetgevingen der Lid-Staten inzake de toepassing van het beginsel van gelijke beloning voor mannelijke en vrouwelijke werknemers. Die arresten hebben met andere woorden betrekking op een onderscheid op basis van één enkel criterium en in één welbepaalde aangelegenheid, die alleen deel uitmaakt van het toepassingsgebied van het ontwerp van genderwet, overeenkomstig artikel 6, § 2, 2/, ervan. De amendementen daarentegen zijn bedoeld om toegepast te worden op alle criteria en in alle aangelegenheden waarop de drie wetsontwerpen betrekking hebben.

Bovendien dateren de zaken die tot die arresten aanleiding hebben gegeven van vóór de voormelde Europese richtlijnen 97/80/EG, 2000/43/EG, 2000/78/EG en 2004/113/EG. Binnen de korte termijn die aan de afdeling Wetgeving van de Raad van State toegemeten is, heeft ze niet kunnen nagaan of de juridische gegevens van die arresten kunnen worden overgeplaatst in de veel algemenere aangelegenheden die geregeld worden bij de richtlijnen tot de omzetting waarvan de wetsontwerpen in kwestie strekken.

Wat dit punt betreft, rijzen evenwel twijfels.

Zo bijvoorbeeld worden, om een geval van directe discriminatie te kunnen vermoeden, gegevens in aanmerking genomen "waaruit blijkt dat de situatie van het slachtoffer van de ongunstigere behandeling vergelijkbaar is met de situatie van de referentiepersoon", maar die werkwijze komt erop neer dat de vergelijkbaarheid zo in detail wordt bewezen dat met andere factoren dan het beschermde criterium die een verschil in behandeling zouden kunnen verklaren, geen rekening wordt gehouden.

Deze werkwijze is door het Hof van Justitie aangenomen in de zaak *Brunnhofer* [(19)]. Het Hof oordeelde dat wanneer een werkneemster bewijst dat ze een lagere beloning ontvangt dan een mannelijke collega, en dat zij gelijke of gelijkwaardige arbeid als haar collega verricht, zij op het eerste gezicht slachtoffer is van een discriminatie op grond van geslacht. Het staat dan aan de werkgever om te bewijzen dat er geen inbreuk is op het beginsel van gelijke beloning. De werkgever kan dit doen door aan te tonen dat de verrichte arbeid feitelijk niet vergelijkbaar of gelijkwaardig is, of dat het verschil in beloning gerechtvaardigd is door een objectieve factor.

De vraag rijst of deze omkering van de bewijslast op grond van de eliminatie van andere factoren, ook buiten de context van de gelijke beloning kan worden toegepast. In het geval twee werknemers gelijkwaardig werk verrichten, dan is het inderdaad redelijk te verwachten dat ze gelijk beloond worden. Indien dit niet het geval is, kan redelijkerwijze een discriminatie worden vermoed. In andere gevallen, met name die waarbij een keuze moet worden gemaakt tussen verschillende betrokken personen,

---

(19) Hof van Justitie, 26 juni 2001, C-381/99, Susanna Brunnhofer en Bank der Österreichischen Postsparkasse AG.

zoals bijvoorbeeld bij aanwerving, promotie, ontslag, of bij de verkoop en verhuur van een goed, is het niet redelijk om uit het loutere verschil van behandeling een vermoeden van discriminatie af te leiden. De werkgever, verkoper, verhuurder e.d. worden er in een aantal gevallen immers door de aard van de handeling zelf toe gebracht een onderscheid te maken.

10. Uit hetgeen voorafgaat, blijkt dat de wetgever een preciezer kader zou moeten scheppen voor de mechanismen tot invoering van de omkering van de bewijslast, zoals ze in de amendementen worden voorgesteld.

De algemene vergadering van de afdeling wetgeving was samengesteld uit :

de Heren	R. ANDERSEN,	eerste voorzitter van de Raad van State,
	M. VAN DAMME, Y. KREINS,	kamervoorzitters,
	P. LIÉNARDY, J. BAERT, J. SMETS, P. VANDERNOOT,	staatsraden,
Mevrouw de Heren	M. BAGUET, W. VAN VAERENBERGH,	
	H. COUSY J. VELAERS, H. BOSLY, G. KEUTGEN,	assessoren van de afdeling wetgeving,
Mevrouw de Heer	D. LANGBEEN, M. FAUCONIER,	hoofdgriffier, toegevoegd griffier.

De verslagen werden uitgebracht door de HH. W. PAS et R. WIMMER, auditeurs.

De overeenstemming tussen de Franse en de Nederlandse tekst werd nagezien onder toezicht van de H. P. VANDERNOOT.

DE HOOFDGRIFFIER, DE EERSTE VOORZITTER,

D. LANGBEEN R. ANDERSEN