Made available by Hasselt University Library in https://documentserver.uhasselt.be

Afdwinging van de antidiscriminatiewetgeving in private rechtsverhoudingen: heeft het privaatrecht iets te bieden?

Peer-reviewed author version

DE REY, Sébastien; SAMOY, Ilse & FOUBERT, Petra (2022) Afdwinging van de antidiscriminatiewetgeving in private rechtsverhoudingen: heeft het privaatrecht iets te bieden?. In: Rechtskundig weekblad, 2021-22 (31) , p. 1210 -1233.

Handle: http://hdl.handle.net/1942/37133

Afdwinging van de antidiscriminatiewetgeving in private rechtsverhoudingen: heeft het privaatrecht iets te bieden?

Sébastien DE REY
Postdoctoraal onderzoeker, Instituut voor verbintenissenrecht, KU Leuven & UHasselt Chargé de cours invité, Centre de droit privé, UCLouvain
Docent, Leerstoel Rechtsgeleerdheid, Koninklijke Militaire School Professeur invité, ULiège
Ilse SAMOY
Gewoon hoogleraar, Instituut voor verbintenissenrecht, KU Leuven & UHasselt
Petra FOUBERT
Hoogleraar, Faculteit Rechten, UHasselt

Uit evaluatierapporten blijkt dat de afdwinging van de antidiscriminatiewetgeving in private rechtsverhoudingen op sommige punten mank loopt, minstens onvoldoende adequaat is. Een van de oorzaken ligt in de «magere» regeling van de bewijsvoering en het sanctieapparaat in de antidiscriminatiewetgeving. Deze bijdrage tracht aan te tonen dat een beroep op het gemeen privaatrecht perspectieven biedt om, zelfs zonder wettelijke ingreep, tot een meer doeltreffende en evenwichtige afdwinging van de antidiscriminatiewetgeving te komen op het vlak van bewijs en sancties.

Inleiding

1. *Situering* – Weldra worden de antidiscriminatiewet- ten van 10 mei 2007 vijftien jaar.[1] In deze antidiscriminatiewetten ligt besloten dat het verbod op discriminatie binnen het toepassingsgebied van de wetten *afdwingbaar* moet zijn.

Conceptueel bekeken, kan de afdwinging van het non-discriminatiebeginsel verschillende vormen aannemen, die over het geheel genomen in twee luiken kunnen wor- den ondergebracht.[2] Vooreerst is er publiekrechtelijke afdwinging, waarbij de nadruk doorgaans ligt op afschrikking en sanctionering.[3] Publiekrechtelijke afdwinging situeert zich in de verticale verhouding tussen de overheid en de overtreder. Ze kan onder meer bestaan uit strafrechtelijke en administratieve sancties of tussenkomsten van antidiscriminatieorganen en ombudspersonen. Daarnaast is er privaatrechtelijke afdwinging, die zich situeert in de horizontale verhouding tussen het slachtoffer van de discriminatie en de overtreder. Ze neemt voornamelijk de vorm aan van privaatrechtelijke sancties, die hoofdzakelijk op genoegdoening en herstel voor het slachtoffer zijn gericht.[4] Doorgaans vindt deze privaatrechtelijke afdwinging plaats via een gerechtelijke procedure op initiatief van het slachtoffer, eventueel bijgestaan door antidiscriminatieorganisaties of ombudspersonen. Ook in de antidiscriminatiewetten van 10 mei 2007 is, naast de publiekrechtelijke afdwinging van het non-discriminatiebeginsel, ook de privaatrechtelijke afdwinging mogelijk gemaakt. Hiertoe bevatten deze antidiscriminatiewetten regels over onder meer de toegang van het slachtoffer tot de rechter, de verdeling van de bewijslast tussen het slachtoffer en de verweerder en sancties waarop het slachtoffer in geval van discriminatie aanspraak kan maken.

Uit recente evaluaties, doorgevoerd op zowel supranationaal als nationaal niveau, blijkt evenwel dat de afdwinging van de antidiscriminatiewetgeving in private rechts-

[1] Wet 10 mei 2007 ter bestrijding van bepaalde vormen van discriminatie (hierna: «Antidiscriminatiewet»), 30 mei 2007, *BS* 29.016; wet 30 juli 1981 tot bestraffing van bepaalde door racisme of xenophobie ingegeven daden (hierna: «Antiracismewet»), zoals gewijzigd door de wet van 10 mei 2007, *BS* 30 mei 2007, 29.046; en wet 10 mei 2007 ter bestrijding van discriminatie tussen vrouwen en mannen (hierna: «Genderwet»), *BS* 30 mei 2007, 29.031.

[2] Zie E. Muir en B. De Witte, «The Procedural and Institutional Dimension of EU Anti-discrimination Law» in L. Serena Rossi en F. Casolari (eds.), *The Principle of Equality in EU Law*, Springer, 2017, 133 en 139-143.

[3] C. Hodges, «Public and Private Enforcement: The Practical Implications for Policy Architecture» in R. Brownsword, H.W. Micklitz, L. Niglia en S. Weatherill (eds.), *The Foundations of European Private Law,* Londen, Hart, 2011, 437-438.

[4] R. Iordache en I. Ionescu, «Discrimination and its Sanctions – Symbolic vs. Effective Remedies in European Anti-discrimination Law», *European Anti-Discrimination L Rev* 2014, (11) 13.

verhoudingen mank loopt, minstens op bepaalde punten inadequaat is.[5] Weinig zaken blijken voor de rechter te komen; nog minder leiden tot veroordelingen. De oorzaken zijn divers en blijken zowel van juridische als niet-juridische aard.[6] Binnen de categorie van juridische oorzaken wijzen deze evaluatierapporten onder meer op de wettelijke regeling van de *bewijsvoering* en het *sanctieapparaat*.

2. *Opzet en afbakening* – Uiteraard is het denkbaar om de pijnpunten die in deze evaluatierapporten tot uitdrukking komen via een wijziging van de antidiscriminatiewetgeving te remediëren. Deze bijdrage gaat echter na of er ook *zonder* wettelijke ingreep perspectieven bestaan om tot een meer doeltreffende en evenwichtige afdwinging van de antidiscriminatiewetgeving te komen. Hoe men het ook draait of keert, de afdwinging van het non-discriminatiebeginsel in private rechtsverhoudingen blijft immers een vraag van privaatrecht. Op het eerste gezicht lijkt het privaatrecht, wanneer het op afdwinging aankomt, rijker en sterker geëvolueerd dan het antidiscriminatierecht. Hierna gaan we dan ook na of het privaatrecht oplossingen, sleutels of aanknopingspunten kan aanreiken die tot dusver onvoldoende doorwerken in het antidiscriminatierecht, om een antwoord te bieden op de knelpunten die de evaluatierapporten vaststellen.

Daartoe is deze bijdrage drieledig begrensd. Vooreerst handelt deze bijdrage over de *privaatrechtelijke* afdwinging van de antidiscriminatiewetgeving. Ofschoon ook knelpunten vast te stellen zijn op het vlak van publiekrechtelijke afdwinging, komt dit luik in deze bijdrage niet aan bod. Ten tweede concentreert deze bespreking zich, binnen de privaatrechtelijke afdwinging, op de *bewijsvoering* en het *sanctieapparaat.* Vanzelfsprekend is de afdwinging van de antidiscriminatiewetgeving in private rechtsverhoudingen complexer dan deze twee componenten en is deze tegelijk afhankelijk van andere vragen, zoals de toegang van het slachtoffer tot de rechter[7], of kunnen andere technieken, zoals bemiddeling[8], bijdragen aan een meer doeltreffende en evenwichtige afdwinging van het non-discriminatiebeginsel. Deze vragen of technieken vallen buiten het bestek van deze bijdrage. Tot slot vertrekt deze bespreking van de *federale* antidiscriminatiewetgeving, die haar oorsprong vindt in het recht van de Europese Unie (hierna: EU).[9] Ook op deelstatelijk niveau bestaan verschillende antidiscriminatiedecreten of -ordonnanties.[10] Uit de adviezen van de Raad van State[11], daarin bijgetreden door het Grondwettelijk Hof[12], blijkt dat de verhouding tussen de federale en deelstatelijke wetgeving op het punt van discriminatiebestrijding wordt beheerst door het *lex specialis*-beginsel: de federale antidiscriminatiewetten, die algemeen zijn van aard, zijn toepasselijk totdat de deelstaten, binnen hun specifieke materies, zelf bijzondere regels aannemen.[13] Aangezien de deelstatelijke wetgeving op het vlak van bewijsvoering en sancties de regels uit de federale antidiscriminatiewetgeving grotendeels herneemt, komt zij dan ook niet, of althans veel beperkter, aan bod.

3. *Plan* – Na een voorstelling van het wettelijk kader voor bewijsvoering en sancties op EU-niveau (I, *infra* nrs. 4-5), volgt een bespreking van de Belgische imple- mentatie ervan in de federale antidiscriminatiewetten (II, *infra* nrs. 6-12). Daarna volgt de diagnose van dit juridisch kader, waarin de knelpunten worden geïdentificeerd die voor de privaatrechtelijke afdwinging van het non-discriminatiebeginsel in de evaluatierapporten tot uitdrukking komen (III, *infra* nrs. 13-20). Na een aantal oorzaken voor deze knelpunten te hebben gesuggereerd (IV, *infra* nr. 21), reikt deze bijdrage perspectieven aan uit het privaatrecht die kunnen bijdragen aan een meer doeltreffende en even-

[5] Zie o.m. Evaluatiecommissie federale wetgeving ter bestrijding van discriminatie, *Eerste evaluatieverslag*, 2017, 140 p.; P. Foubert, *The enforcement of the principle of equal pay for equal work or work of equal value. A legal analysis of the situation in the EU Member States, Iceland, Liechtenstein and Norway*, European Network of Legal Experts in Gender Equality and Non-discrimination, European Commission, Publications Office of the EU, 2017, 101 p. Voor een evaluatie op deel- statelijk niveau, zie bv. E. Cloots, M. Spinoy en J. Vrielink, *Gelijk zijn versus gelijk krijgen. Een juridische evaluatie van het Vlaamse Gelijke- kansendecreet*, Antwerpen, Intersentia, 2021, 306 p.

[6] Zie bv. B. Havelková en M. Möschel, «Anti-Discrimination Law's Fit into Civil Law Jurisdictions and the Factors Influencing it» in B. Havelková en M. Möschel (eds.), *Anti-Discrimination Law in Civil Law Jurisdictions*, Oxford, OUP, 2019, (1) 12-13.

[7] De belemmeringen op dit punt zijn zowel van juridische als niet-juridische aard, maar op juridisch vlak gaat het o.m. over de vraag naar een collectieve wijze van afdwinging, zie bv. S. Benedi Lahuerta, «Enforcing EU Equality Law Through Collective Redress: Lagging Be- hind?», *CMLRev* 2018, 783; Lilla Farkas, «Limited Enforcement Possibilities under European Anti-Discrimination Legislation – A Case Study of Procedural Novelties: Actio Popularis Action in Hungary», *Erasmus L Rev* 2010, 18.

[8] Hierover o.m. M.Z. Green, «Tackling Employment Discrimination With ADR: Does Mediation Offer a Shield for the Haves or Real Opportunity for the Have-Nots?», *Berkeley Journal of Employment and Labor Law* 2005, 321; D. Allen, «In defence of settlement: Resolving discrimination complaints by agreement», *International Journal of Discrimination and the Law* 2014, 199.

[9] Het gaat om de wetten geciteerd in vn. 1.

[10] O.m. Decr.Vl. 10 juli 2008 houdende een kader voor het Vlaamse gelijkekansen- en gelijkebehandelingsbeleid, *BS* 23 september 2008, 49.410; Decr.Fr. 12 december 2008 ter bestrijding van sommige vormen van discriminatie, *BS* 13 januari 2009, 987; Decr.W. 6 november 2008 ter bestrijding van bepaalde vormen van discriminatie, *BS* 19 december 2008, 67.344; Decr.Fr.Gem.Comm. 9 juli 2010 ter bestrijding van bepaalde vormen van discriminatie en de toepassing van het beginsel van gelijke behandeling, *BS* 3 september 2010, 56.441; Decr.D. 19 maart 2012 ter bestrijding van bepaalde vormen van discriminatie, *BS* 5 juni 2012; 31.677; Ord.Br. 5 oktober 2017 ter bestrijding van bepaalde vormen van discriminatie en ter bevordering van gelijke behandeling, *BS* 19 oktober 2017, 94.720; Ord.Br. 16 november 2017 inzake het bestrijden van discriminatie op het vlak van tewerkstelling in het Brussels Hoofdstedelijk Gewest, *BS* 21 november 2017, 99.809.

[11] Adv.RvS nr. 40.689/AG, 40.690/AG en 40.691/AG van 11 juli 2006, *Parl.St.* Kamer 2006-07, nr. 2720/1, 92.

[12] GwH 12 februari 2009, nr. 17/2009, overw. B.106.2.

[13] Over de bevoegdheidsverdeling tussen de federale overheid en de deelstaten op het vlak van discriminatie, zie bv. S. Sottiaux en K. Reybrouck, *De federale bevoegdheden,* Antwerpen, Intersentia, 2019, nrs. 182 e.v.

wichtige afdwinging van de antidiscriminatiewetgeving in private rechtsverhoudingen (V, *infra* nrs. 22-30).

I. Wettelijk kader op EU-niveau

4. *Principe: nationale autonomie* – De EU heeft verschillende richtlijnen aangenomen die het verbod op discriminatie willen veiligstellen in private rechtsverhoudingen, in het bijzonder voor wat de toegang tot en de levering van goederen en diensten en tewerkstelling betreft.[14] Tot op heden biedt het Unierecht echter geen alomvattend wettelijk kader voor de afdwinging van het non-discriminatiebeginsel in private rechtsverhoudingen. Hoe en in welke mate discriminatie moet worden bewezen, wie deze bewijslast draagt en welke sancties ter beschikking staan van een slachtoffer van discriminatie – al deze vragen regelt elke lidstaat min of meer voor zich overeenkomstig het nationaal privaatrecht. De bevoegdheid van de EU met betrekking tot het privaatrecht is inderdaad beperkt, zodat dit in belangrijke mate een nationale materie blijft.

Toch geven al deze antidiscriminatierichtlijnen, hoe- wel hun terminologie soms verschilt, uitdrukking aan het principe dat het non-discriminatiebeginsel binnen het toepassingsgebied van de richtlijnen in het nationale recht *afdwingbaar* moet zijn. Het behoort tot de vaste rechtspraak van het Hof van Justitie van de EU (hierna: Hof van Justitie) dat deze richtlijnen «de vrije keuze (laten) tussen de verschillende oplossingen die geschikt zijn om de doelstelling van de richtlijn (...) te bereiken».[15] Lidstaten zijn in beginsel derhalve niet verplicht om andere remedies, sancties of rechtsmiddelen in te voeren ter bescherming van de rechten die justitiabelen aan het Unierecht ontlenen dan die welke in het nationale recht zijn vastgesteld.[16] In de uittekening van het wettelijk ka- der voor de privaatrechtelijke afdwinging van het non-discriminatiebeginsel genieten de lidstaten tot op zekere hoogte dus een grote autonomie.

5. *Minimumvoorwaarden onder EU-recht: bewijs en sancties* – De autonomie die het Unierecht in dit verband aan de lidstaten laat, is evenwel niet onbegrensd. De EU-antidiscriminatierichtlijnen voorzien inderdaad in een aantal minimumvereisten die het nationaal privaatrecht sterk beïnvloeden.

Meer in het bijzonder voorziet het Unierecht in een specifieke regeling voor de *bewijslast* en de *bewijsstandaard* in discriminatiezaken. Al in 1989 oordeelde het Hof van Justitie in *Danfoss* dat de toenmalige richtlijnen over de gelijke behandeling van mannelijke en vrouwelijke werknemers aldus moeten worden uitgelegd «dat de nationale bewijslastregels moeten worden gewijzigd in de bijzondere situaties waarin zulks voor een doeltreffende toepassing van het gelijkheidsbeginsel noodzakelijk is».[17] In latere rechtspraak ontwikkelde het Hof van Justitie het idee dat de bewijslast bij de verweerder moet worden gelegd van zodra het vermeende slachtoffer een *prima facie*-geval van discriminatie aanvoert.[18] Inmiddels is deze rechtspraak in de antidiscriminatierichtlijnen verankerd.[19] Zo bepaalt artikel 8, lid 1 Richtlijn 2000/43/ EG, vergelijkbaar met bepalingen uit de andere antidiscriminatierichtlijnen[20], wat volgt: «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.»

Wat de *sancties* betreft, schrijven de EU antidiscriminatierichtlijnen, behalve op het vlak van de nietigheid, geen specifieke sancties, remedies of maatregelen voor die de lidstaten in een geval van discriminatie in ieder geval beschikbaar moeten maken. Wel vereisen alle EU antidiscriminatierichtlijnen dat de voorziene sancties, remedies of maatregelen hoe dan ook «doeltreffend, evenredig en afschrikkend» moeten zijn.[21] Uit de rechtspraak van het Hof van Justitie volgt dat elke individuele nationale sanc-

[14] Voor de vigerende richtlijnen, zie 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, *Pb.L.* 19 juli 2000, afl. 180, 22; Richtlijn 2000/78/EG van de Raad van 27 november 2000 tot instelling van een algemeen kader voor gelijke behandeling in arbeid en beroep, *Pb.L.* 2 december 2000, afl. 303, 16; Richtlijn 2006/54/EG van het Europees Parlement en de Raad van 5 juli 2006 betreffende de toepassing van het beginsel van gelijke kansen en gelijke behandeling van mannen en vrouwen in arbeid en beroep (herschikking), *Pb.L.* 26 juli 2006, 23.

[15] Bv. HvJ 10 april 1984, nr. 14/83, ECLI:EU:C:1984:153, von Colson, punt 18; HvJ 2 augustus 1993, nr. C271/91, ECLI:EU:C:1993:335, Marshall, punt 23; HvJ 11 oktober 2007, nr. C460/06, ECLI:EU:C:2007:601, Paquay, punt 44; HvJ 10 juli 2008, nr. C-54/07, ECLI:EU:C:2008:397, Feryn, punten 37-38; HvJ 15 april 2021, nr. C-30/19, ECLI:EU:C:2021:269,

Braathens Regional Aviation AB, punt 37.

[16] HvJ 15 april 2021, nr. C-30/19, ECLI:EU:C:2021:269, Braathens Regional Aviation AB, punt 55. Zie ook HvJ 13 maart 2007, nr. C-432/05, EU:ECLI:C:2007:163, Unibet, punt 40; HvJ 24 oktober 2018, nr. C-234/17, ECLI:EU:C:2018:853, punt 51.

[17] HvJ 17 oktober 1989, nr. C-109/88, ECLI:EU:C:1989:383, Danfoss, punt 14.

[18] Over deze evolutie, zie bv. J. Ringelheim, «The burden of proof in anti-discrimination proceedings. A focus on Belgium, France and Ireland», *European Equality Law Review* 2019, 49 e.v.

[19] In eerste instantie gebeurde dit in Richtlijn 97/80/EG van de Raad van 15 december 1997 inzake de bewijslast in gevallen van discriminatie op grond van het geslacht, *Pb.L.* 20 januari 1998, 6. Nadien werden vergelijkbare bepalingen opgenomen in Richtlijn 2000/43/EG, 2000/78/EG en 2006/54/EG.

[20] Art. 10, lid 1 Richtlijn 2000/78/EG; en art. 19, lid 1 Richtlijn 2006/54/EG.

[21] Art. 15 Richtlijn 2000/43/EG; art. 17 Richtlijn 2000/78/EG; art. 14 Richtlijn 2004/113/EC; art. 25 Richtlijn 2006/54/EG.

tie, remedie of maatregel aan deze drie cumulatieve criteria moet voldoen.[22] Zij gelden dus onafhankelijk van de strafrechtelijke, administratieve of burgerlijke aard van de sanctie. De ingevoerde sanctieregeling moet derhalve een daadwerkelijke en doeltreffende rechterlijke bescherming van de aan de richtlijnen ontleende rechten verzekeren. Concreet betekent dit, in de woorden van het Hof van Justitie, dat «de strengheid van de sancties (...) in verhouding (moet) staan tot de ernst van de strafbaar gestelde feiten. Zij moet met name verzekeren dat deze sancties een reële afschrikkende werking hebben en tegelijkertijd voldoen aan het algemene evenredigheidsbeginsel».[23] Een louter symbolische sanctie is dan ook niet met een juiste en doeltreffende implementatie van de richtlijnen verenigbaar.[24] Indien de implementatie van de richtlijnen in geval van discriminatie in een *schadevergoeding* voorziet, heeft het Hof van Justitie gepreciseerd dat die vergoeding «adequaat moet zijn», in die zin, «dat de als gevolg van de discriminatie daadwerkelijk geleden schade volledig kan worden vergoed in overeenstemming met de toepasselijke nationale regels».[25] Bovendien bepalen artikel 8, lid 2 Richtlijn 2004/113/EG en artikel 18 Richtlijn 2006/54/EG voor de schadevergoeding iets specifiekere vereisten, namelijk dat de «compensatie of reparatie» van de schade «niet (mag) worden beperkt door vooraf een maximumbedrag vast te stellen», zij het dat in arbeidszaken een uitzondering is toegestaan voor «gevallen waarin de werkgever kan aantonen dat de enige schade die door een sollicitant als gevolg van discriminatie in de zin van de (...) richtlijn is geleden, bestaat in de weigering om zijn sollicitatie in aanmerking te nemen» (art. 18 Richtlijn 2006/54/EG).

II. Belgische implementatie van het EU-kader

6. *Overzicht* – Op het vlak van de bewijsregeling heeft de federale wetgever het EU-kader trouw omgezet, weliswaar met de toevoeging en erkenning van enkele bijkomende, specifieke bewijsmiddelen (A, *infra* nrs. 7-9). Wat de beteugeling van discriminatie betreft, voorziet de omzetting op burgerrechtelijk vlak in verschillende *sancties* (B): de nietigheid van discriminerende bepalingen (*infra* nr. 10), een vordering tot staking, eventueel onder verbeurte van een dwangsom, desgevallend met openbaarmaking (*infra* nr. 11), en schadevergoeding (*infra* nr. 12).

A. Bewijs

7. *Verlaging van bewijsstandaard voor slachtoffer* – Op grond van artikel 8.4, eerste lid BW moet de partij die meent een ander in rechte te kunnen aanspreken, de rechtshandelingen of feiten bewijzen die daaraan ten grondslag liggen. In geval van discriminatie zou dit betekenen dat de persoon die beweert slachtoffer te zijn van discriminatie, het bestaan ervan moet bewijzen. In navolging van het Unierecht (*supra* nr. 5), bevat de antidiscriminatiewetgeving evenwel een uitzondering op dit principe. De antidiscriminatiewetten voorzien tegelijk in een verlaging van de *bewijsstandaard* voor het vermeende slachtoffer enerzijds en een *verdeling van de bewijslast* anderzijds.
Volgens de antidiscriminatiewetgeving moet het vermeende slachtoffer immers niet met zekerheid het bestaan van discriminatie bewijzen, maar kan het volstaan met de aanvoering van feiten die het bestaan van discriminatie *kunnen doen vermoeden*.[26] Volgens het Grondwettelijk Hof is vereist dat «de aangevoerde feiten (...) voldoende sterk en pertinent zijn. Het volstaat daarbij niet dat een persoon aantoont dat hij het voorwerp is geweest van een voor hem ongunstige behandeling. Hij dient tevens de feiten te bewijzen die erop lijken te wijzen dat die ongunstige behandeling is ingegeven door ongeoorloofde motieven».[27] Feitenrechters passen deze rechtspraak gewillig toe.[28] Wel is vereist dat het vermeende slachtoffer bewijst dat de verweerder kennis heeft van het bestaan van het beschermde criterium op basis waarvan gediscrimineerd zou zijn. Illustratief is de zaak waarin een werkneemster geen feiten kon bewijzen die discriminatie op grond van geslacht konden doen vermoeden omdat uit de voorgelegde elementen niet kon worden afgeleid dat de perioden van arbeidsongeschiktheid als zodanig aan de grondslag van het ontslag lagen en evenmin dat de werkgever wist dat hun oorzaak in verband stond met haar zwangerschap.[29] Zo ook creëert een niet in de tijd gesitueerde uitlating door een leidinggevende dat Marokkanen «dieven» zijn, gedaan in afwezigheid van de kla-

[22] HvJ 25 april 2013, nr. C-81/12, ECLI:EU:C:2013:275, Asociaţia Accept, punt 69.

[23] HvJ 25 april 2013, nr. C-81/12, EU:C:2013:275, Asociaţia Accept, punt 63; HvJ 15 april 2021, nr. C-30/19, ECLI:EU:C:2021:269, Braathens Regional Aviation AB, punt 38.

[24] HvJ 25 april 2013, nr. C-81/12, ECLI:EU:C:2013:275, Asociaţia Accept, punt 64, in het bijzonder over Richtlijn 2006/54/EG.

[25] HvJ 15 april 2021, nr. C-30/19, ECLI:EU:C:2021:269, Braathens Regional Aviation AB, punt 39. Zie ook HvJ 2 augustus 1993, nr. C271/91, ECLI:EU:C:1993:335, Marshall, punt 26; HvJ 11 oktober 2007, nr. C-460/06, ECLI:EU:C:2007:601, Paquay, punt 46; HvJ 17 december 2015, nr. C-407/14, ECLI:EU:C:2015:831, punt 33.

[26] Zie art. 30, § 1 Antiracismewet; art. 28, § 1 Antidiscriminatiewet; art. 33, § 1 Genderwet.

[27] GwH 12 februari 2009, nr. 17/2009, *RW* 2009-10, 1045, overw. 93.3.

[28] Voor toepassingen, zie bv. Arbh. Brussel (3e k.) 18 december 2018, *JTT* 2019, 317; Arbh. Antwerpen (afd. Hasselt, 3e k.) 11 juli 2018, *Limb. Rechtsl.* 2018, 316 (het louter objectieve feit dat de werknemer is ontslagen daags na zijn laattijdig aangekondigde afwezigheid, zijnde tevens de dag waarop een provinciale stakingsdag was aangekondigd waaraan hij wilde deelnemen, is geen indicatie voor het bestaan van discriminatie op grond van syndicale overtuiging en volstaat niet om het bestaan van discriminatie te kunnen doen vermoeden, bevestigd door Cass. 9 september 2019, *Limb.Rechtsl.* 2020, 5 en kritische duiding door F. Dorssemont, *De Juristenkrant* 15 januari 2020, 12).

[29] Arbh. Brussel (4e k.) 11 september 2019, *JTT* 2019, 477.

gende werknemer waardoor hij niet werd geviseerd, geen vermoeden van discriminatie op basis van afkomst ten opzichte van een Marokkaanse werknemer.[30]

8. *Verschuiving bewijslast voor verweerder* – Van zodra het slachtoffer erin slaagt een vermoeden van discriminatie aan te tonen, *verschuift de bewijslast* naar de vermeende discriminator. Het komt dan toe aan de vermeende discriminator om aan te tonen dat er geen discriminatie is geweest, bijvoorbeeld omdat de genomen maatregel geen verband houdt met het beschermde criterium, of omdat voor het gemaakte onderscheid een objectieve en redelijke rechtvaardiging bestaat, of omdat de situatie van de vergeleken personen niet vergelijkbaar is, of nog, omdat niet aan de toepassingsvoorwaarden van de antidiscriminatiewetgeving is voldaan. Zo kan een werkgever die beschuldigd wordt van discriminatie bij aanwerving het vermoeden van discriminatie weerleggen door aan te tonen dat de afwijzing van de sollicitant van buitenlandse afkomst gebaseerd is op het feit dat hij of zij lagere kwalificaties heeft dan de aangeworven persoon en geen ver- band houdt met de nationale afkomst van de sollicitant.

Terecht heeft de rechtsleer meermaals benadrukt dat dit systeem *geen omkering* van de bewijslast invoert, maar enkel een verdeling.[31] Dit werd eveneens benadrukt door het toenmalige Arbitragehof, dat van oordeel was dat de regeling om die reden niet onevenredig is.[32] Nadien bevestigde het Grondwettelijk Hof dat enkel sprake kan zijn van een *verschuiving* van de bewijslast «nadat het slachtoffer feiten heeft bewezen die het bestaan van discriminatie doen vermoeden. Bijgevolg dient het slachtoffer aan te tonen dat de verweerder daden heeft gesteld of opdrachten heeft gegeven die *prima facie* discriminerend zouden kunnen zijn. De bewijslast ligt derhalve in de eerste plaats bij het slachtoffer.»[33] Concreet impliceert deze verdeling van de bewijslast dat, zodra het vermeende slachtoffer feiten heeft aangetoond die discriminatie kunnen doen vermoeden, finaal de verweerder het *bewijsrisico* draagt.[34]

9. *Erkenning van bijkomende bewijsmiddelen: patroonsgegevens en statistieken* – De erkende bewijsmiddelen uit het Burgerlijk Wetboek zijn het geschrift, getuigen, vermoedens, de bekentenis en de eed (artt. 8.15 e.v. BW).[35]

Deze lijst is aan te vullen met bewijsmiddelen erkend in het Gerechtelijk Wetboek, in bijzondere wetten en de rechtspraak. De antidiscriminatiewetgeving erkent op haar beurt de *patroonsgegevens,* de *vergelijkbaarheidstest* en *statistieken* als bijkomende bewijsmiddelen om feiten aan te tonen die het bestaan van discriminatie kunnen doen vermoeden. Meer algemeen bevat de antidiscriminatiewetgeving een exemplatieve opsomming van feiten die het bestaan van directe resp. indirecte discriminatie kunnen doen vermoeden.[36]

Voor feiten die het bestaan van *directe* discriminatie kunnen doen vermoeden, gaat het over gegevens waaruit een bepaald patroon van ongunstige behandeling blijkt ten aanzien van een persoon die drager is van een beschermd criterium.[37] Dit patroon kan onder meer blijken uit een zgn. patroontest of uit verschillende, los van elkaar staande meldingen gedaan bij Unia, het Instituut voor de gelijkheid van vrouwen en mannen of een andere belangenvereniging.[38] De karige wettelijke regeling lijkt er echter toe te leiden dat deze tests vooralsnog weinig worden gebruikt in gerechtelijke procedures.[39] Ook gegevens waaruit blijkt dat de situatie van het vermeende slachtoffer vergelijkbaar is met de situatie van een referentiepersoon (zgn. vergelijkbaarheidstest) kunnen directe discriminatie doen vermoeden. De referentiepersoon is de persoon die geen drager is van het beschermd criterium en wiens behandeling wordt vergeleken met deze van het slachtoffer. Zo kan een vermoeden van discriminatie bestaan wanneer een werkneemster bewijst dat zij een lager loon ontvangt dan de referentiepersoon (van het andere geslacht), terwijl zij gelijke of gelijkwaardige arbeid verricht.[40] Illustratief is ook de zaak waarin een vrouw van Afrikaanse origine zich aandient als kandidate voor de huur van een appartement, maar door de vastgoedmakelaar meteen de melding krijgt dat het appartement al verhuurd is. Wanneer de vrouw vaststelt dat het appartement niettemin te huur blijft aangeboden, neemt zij contact op met Unia. Op

[30] Arbrb. Brussel 8 september 2011, AR 09/9789/A, www.unia.be.

[31] O.m. D. De Prins, S. Sottiaux en J. Vrielink, *Handboek discriminatierecht,* Mechelen, Kluwer, 2005, 546, nr. 1382; J. Ringelheim en V. van der Plancke, «Prouver la discrimination en justice» in P. Wautelet en J. Ringelheim (eds.), *Comprendre et pratiquer la droit de la lutte contre les discriminations,* CUP nr. 184, Luik, Anthemis, 2018, (137) nr. 4.

[32] Arbitragehof 6 oktober 2004, nr. 157/2004, *BS* 18 oktober 2004.

[33] GwH 12 februari 2009, nr. 17/2009, overw. 93.3.

[34] I. Samoy en Y. Thiery, «De Wet van 25 februari 2003 ter bestrijding van discriminatie: een eerste kennismaking» in S. Stijns en P. Wéry (eds.), *Antidiscriminatiewet en contracten,* Brugge, die Keure, 2006, (1) 14-15, nr. 24.

[35] Over het getuigenbewijs in discriminatiezaken, zie D. Cuypers, «Getuigenbewijs en discriminatie: enkele kritische beschouwingen over de praktijktest en varianten» (noot onder Arbh. Antwerpen 25 juni 2008), *T.Vreemd.* 2009, 25.

[36] Art. 30, §§ 2-3 Antiracismewet; art. 28, §§ 2-3 Antidiscriminatiewet; art. 33, §§ 2-3 Genderwet.

[37] In het kader van de patroonmethode wordt het vermoeden gewekt via gegevens waaruit blijkt dat er een patroon van ongunstige behandeling bestaat ten aanzien van personen met een beschermd kenmerk. Dit wekt een vermoeden van discriminatie in individuele gevallen van ongunstige behandeling. Het patroon van ongunstige behandeling levert met andere woorden materiaal op dat het oorzakelijk verband tussen de ongunstige behandeling en het beschermd criterium aannemelijk maakt (Verslag namens de Commissie voor Justitie 19 maart 2007, *Parl.St.* Kamer 2006-07, nr. 51-2720/009, 45).

[38] Hierover bv. J. Ringelheim en V. van der Plancke, «Prouver la discrimination en justice» in P. Wautelet en J. Ringelheim (eds.), *Comprendre et pratiquer la driot de la lutte contre les discriminations,* CUP nr. 184, Luik, Anthemis, 2018, (137) nr. 12.

[39] Evaluatiecommissie federale wetgeving ter bestrijding van discriminatie, *Eerste evaluatieverslag*, 2017, 92.

[40] Verslag namens de Commissie voor Justitie 19 maart 2007, *Parl.St.* Kamer 2006-07, nr. 51-2720/009, 80.

vraag van de vrouw van Afrikaanse origine, neemt een andere vrouw zonder Afrikaanse origine en zonder Afrikaans accent telefonisch contact op met de vastgoedmakelaar, die deze vrouw bevestigt dat het appartement nog steeds te huur is. Amper drie uur later neemt de vrouw van Afrikaanse origine opnieuw telefonisch contact op met de vastgoedmakelaar, maar opnieuw krijgt zij te horen dat het appartement al verhuurd is. Beide telefoongesprekken werden opgenomen en zijn uitgeschreven door een gerechtsdeurwaarder, wat voor de rechter voldoende was om discriminatie te kunnen doen vermoeden.[41]

Feiten die het bestaan van *indirecte* discriminatie kunnen doen vermoeden, zijn volgens de antidiscriminatiewetgeving algemene statistieken over de situatie van een groep waartoe het vermeende slachtoffer behoort of feiten van algemene bekendheid, elementair statistisch materiaal waaruit een ongunstige behandeling blijkt en het gebruik van een intrinsiek verdacht criterium van onderscheid. De wet bepaalt echter niet hoe de statistische gegevens tot stand moeten komen. Doctrine lijkt aan te nemen dat dit kan gebeuren op eenzijdig initiatief van een van de partijen of in het raam van een op verzoek van de partijen gelast deskundig onderzoek.[42] De wet bepaalt evenmin de vereisten waaraan statistisch materiaal moet voldoen om bewijswaarde te hebben. Alleszins bestaat eensgezindheid over het feit dat de hoeveelheid gevallen waarop de statistische gegevens betrekking hebben, voldoende groot moeten zijn om (statistisch) betrouwbaar te zijn.[43]

In de meeste gevallen is het een combinatie van feiten die het slachtoffer toelaat om een vermoeden van discriminatie aan te tonen. In zijn appreciatie van de bewijswaarde is de rechter vrij[44], maar volgens de rechtspraak van het Hof van Justitie moet hij in ieder geval «rekening (...) houden met alle omstandigheden waarin de litigieuze handelwijze wordt toegepast».[45]

[41] Brussel (4e k.) 28 september 2020, *JT* 2020, 872, noot N. Bernard (de verweerder slaagde niet in de weerlegging van dit vermoeden).

[42] D. De Prins, S. Sottiaux en J. Vrielink, *Handboek discriminatierecht,* Mechelen, Kluwer, 2005, 550, nr. 1391.

[43] Zie al D. De Prins, S. Sottiaux en J. Vrielink, *Handboek discriminatierecht,* Mechelen, Kluwer, 2005, 551, nr. 1393. Zie ook HvJ 27 oktober 1993, nr. C-127/92, ECLI:EU:C:1993:859, Enderby, punt 17; HvJ 9 februari 1999, nr. C-167/97, ECLI:EU:C:1999:60, Seymour-Smith, punt 62.

[44] I. Samoy en Y. Thiery, «De Wet van 25 februari 2003 ter bestrijding van discriminatie: een eerste kennismaking» in S. Stijns en P. Wéry (eds.), *Antidiscriminatiewet en contracten,* Brugge, die Keure, 2006, (1) 15 nr. 25. Zie ook GwH 12 februari 2009, nr. 17/2009, overw.
93.4: «De feiten aangevoerd door de persoon die zich het slachtoffer acht van discriminatie, door het Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding, door het Instituut voor gelijkheid van vrouwen en mannen of door een van de belangenverenigingen, genieten op zich geen bijzondere bewijswaarde. De rechter dient de juistheid van de gegevens die hem zullen worden voorgelegd te beoordelen overeenkomstig de regels van gemeen recht.»

[45] HvJ 16 juli 2015, nr. C-83/14, ECLI:EU:C:2015:480, CHEZ, punt 80.

B. Sancties

10. *Nietigheid* – Wanneer discriminatie bewezen is, maakt het slachtoffer aanspraak op de vernietiging van de discriminerende «bepalingen».[46] Nietigheid is een klassieke sanctie uit het privaatrecht.[47] In de antidiscriminatiewetten is de notie «bepalingen» ruim gedefinieerd.[48] Het kan o.m. gaan over een opzeggingsbeding in een huurcontract bij echtscheiding van de huurder of een beding van prijsdifferentiatie dat verwijst naar leeftijdsgebonden barema's.[49] In het arbeidsrecht omvat dit ook bepalingen in individuele en collectieve arbeidsovereenkomsten, arbeidsreglementen, pensioenplannen, eenzijdige bonusstelsels e.d.m.[50]

Nietigheid is geen automatische sanctie, maar is door de rechter uit te spreken.[51] In principe leidt dit niet tot de nietigheid van het gehele contract. De wetgever heeft de nietigheidssanctie beperkt tot de discriminerende bepalingen. Doorgaans is het slachtoffer van de discriminatie immers meer gebaat bij het behoud van het contract waaruit enkel het discriminerende beding verdwijnt. Bovendien is het denkbaar om de nietigheid niet toe te passen op het gehele beding, maar enkel op het discriminerende gedeelte uit het beding. Dit komt neer op partiële nietigheid[52], een leerstuk dat ook in het gemeen contractenrecht inmiddels

[46] Art. 15 Antidiscriminatiewet; art. 13 Antiracismewet; art. 20 Genderwet.

[47] Hierover F. Peeraer, *Nietigheid en aanverwante rechtsfiguren in het vermogensrecht,* Antwerpen, Intersentia, 2019, nrs. 61 e.v.

[48] Gedefinieerd als «de bestuursrechtelijke bepalingen, de bepalingen opgenomen in individuele of collectieve overeenkomsten en collectieve reglementen, evenals de bepalingen opgenomen in eenzijdige uitgevaardigde documenten» (art. 4, 3° Antidiscriminatiewet; art. 4, 3° Antiracismewet; en art. 5, 3° Genderwet).

[49] Bv. Arbh. Antwerpen 3 mei 2011, AR 2010/11/177, *Nieuwsbrief arbeidsrecht* 2011/5.

[50] Zie I. Samoy en Y. Thiery, «De Wet van 25 februari 2003 ter bestrijding van discriminatie: een eerste kennismaking» in S. Stijns en P. Wéry (eds.), *Antidiscriminatiewet en contracten,* Brugge, die Keure, 2006, (1) 10-11; J.-F. Germain en C. Eyben, «Les sanctions civiles. La nullité et les dommages et intérêts forfaitaires» in C. Bayart, S. Sottiaux en S. Van Drooghenbroeck (eds.), *De nieuwe federale antidiscriminatiewetten,* Brugge, die Keure, 2008, (335) 337; P. Wautelet, «Les garanties de la non-discrimination: sanctions civiles et aspects de procédure dans les lois fédérales luttant contre la discrimination» in P. Wautelet (ed.), *Le droit de la lutte contre la discrimination dans tous les états,* Luik, Anthemis, 2009, CUP nr. 108, (215) 218-219.

[51] Het Wetsvoorstel houdende Boek 5 «Verbintenissen» van het Burgerlijk Wetboek (*Parl.St.* Kamer 2020-21, nr. 55-1806/001) stelt echter voor om de nietigheid in het contractenrecht buitengerechtelijk op kennisgeving te organiseren (art. 5.59, derde lid). Aangezien bij gebrek aan bijzondere regeling voor de nietigheid in de Antidiscriminatiewetten het gemeen recht uit het Burgerlijk Wetboek geldt, zou dit ook doorwerken in het antidiscriminatierecht.

[52] Bv. al I. Samoy en Y. Thiery, «De Wet van 25 februari 2003 ter bestrijding van discriminatie: een eerste kennismaking» in S. Stijns en P. Wéry (eds.), *Antidiscriminatiewet en contracten,* Brugge, die Keure, 2006, (1) 10-11.

verankerd is.[53] Door deze partiële nietigheid verdwijnt de discriminatie en kan het slachtoffer in principe (retroactief) aanspraak maken op de voordelen waarvan hij of zij werd uitgesloten (*leveling-up*).[54] Dit draagt bij tot het doeltreffend en afschrikwekkend karakter van de sancties zoals vereist door de Uniewetgever (*supra* nr. 5). Zo kan de nietigheid van een cao die een leeftijdsgebonden barema bevat, enkel tot gevolg hebben dat een gediscrimineerde recht heeft op het in de cao gestipuleerde voordeel.[55]

11. *Vordering tot staking, dwangsom en openbaarma- king* – Om een einde te maken aan de discriminerende handelwijze, verlenen de antidiscriminatiewetten het slachtoffer een vordering tot staking, in te leiden bij de voorzitter van de rechtbank van eerste aanleg of, naargelang de aard van de daad, de voorzitter van de arbeidsrechtbank of van de ondernemingsrechtbank, ingesteld en behandeld zoals in kort geding.[56]

De stakingsvordering veronderstelt dat de gewraakte handeling nog geen einde heeft genomen, de gevolgen ervan blijven voortduren[57] of, volgens sommige rechtspraak, dat er herhalingsgevaar bestaat.[58] Zo werd geoordeeld dat herhaling niet uitgesloten is bij een onderneming die een kandidaat weigert wegens leeftijd.[59] Een stakingsbevel werd ook toegepast bij een discriminerende weigering tot verhuur[60], tot aanwerving[61], tot selectie voor een opleiding[62], tot deelname aan een groepsreis[63] of tot deelname als standhouder aan een beurs.[64] De rechter kan de staking bevelen onder verbeurte van een *dwangsom*[65] en/of met *publicatie* van het vonnis of het arrest (samengevat of integraal) via aanplakking, in dagbladen of kranten[66], online of elders.[67] Deze publicatie, die voor de verweerder in reputatieschade kan resulteren, kan sommige categorieën van verweerders (zoals grote ondernemingen) meer afschrikken dan de betaling van een schadevergoeding, en draagt in die zin bij tot het afschrikwekkend karakter van de sancties zoals vereist door het Unierecht (*supra* nr. 5).[68] Zo werd een discriminerende werkgever veroordeeld tot aanplakking van de uitspraak op alle plaatsen waar sollicitatiegesprekken plaatsvinden en dat gedurende een maand en onder verbeurte van een dwangsom.[69]

Of een stakingsbevel ook *contractdwang* kan inhouden, is betwist (*infra* nr. 30). Alleszins oordeelt de rechtspraak dat een stakingsbevel een discriminerende ontslagbeslissing niet ongedaan kan maken, zodat de rechter de staking van het discriminerende ontslag niet kan uitspreken.[70] Zolang de arbeidsrelatie echter niet effectief is stopgezet, blijft een vordering tot staking mogelijk, wat de rechter toelaat om in de contractuele relatie tussen partijen in te grijpen. Zo werd de staking bevolen ten aanzien van een ziekenhuis dat de samenwerking met een geneesheer had beëindigd op grond van zijn leeftijd, maar waarbij hij zijn praktijk had voortgezet. Hoewel het hof oordeelde dat het niet aan het ziekenhuis kon opleggen om de samenwerking voort te zetten, oordeelde het dat het ziekenhuis zijn beslissing nog kon herroepen, uitstellen of vervangen door een onderhandelde oplossing

[53] Zie ook art. 5.63 Wetsvoorstel tot invoeging van boek 5 «Verbintenissen» in het Burgerlijk Wetboek, *Parl.St.* Kamer 2020-21, nr. 55- 1806/001. In contractueel verband, zie uitvoeriger: T. Tanghe, *Gedeeltelijke ontbinding en vernietiging van overeenkomsten,* Antwerpen, Intersentia, 2015, 348 p.

[54] O.m. I. Samoy en Y. Thiery, «De Wet van 25 februari 2003 ter bestrijding van discriminatie: een eerste kennismaking» in S. Stijns en P. Wéry (eds.), *Antidiscriminatiewet en contracten,* Brugge, die Keure, 2006, (1) 10; J.-F. Germain en C. Eyben, «Les sanctions civiles. La nullité et les dommages et intérêts forfaitaires» in C. Bayart, S. Sottiaux en S. Van Drooghenbroeck (eds.), *De nieuwe federale antidiscriminatiewetten,* Brugge, die Keure, 2008, (335) 347; P. Wautelet, «Les garan- ties de la non-discrimination: sanctions civiles et aspects de procédure dans les lois fédérales luttant contre la discrimination» in P. Wautelet (ed.), *Le droit de la lutte contre la discrimination dans tous les états,* Luik, Anthemis, 2009, CUP nr. 108, (215) 225-226.

[55] Arbh. Antwerpen 3 mei 2011, AR 2010/11/177, *Nieuwsbrief arbeidsrecht* 2011/5.

[56] Art. 20 Antidiscriminatiewet; art. 18 Antiracismewet; en art. 25 Genderwet.

[57] G. Closset-Marchal en J.-F. Van Drooghenbroeck, «L'action en cessation en matière de discrimination» in C. Bayart, S. Sottiaux en S. Van Drooghenbroeck (eds.), *De nieuwe federale antidiscriminatiewetten,* Brugge, die Keure, 2007, (361) 374; I. Samoy en Y. Thiery, «De Wet van 25 februari 2003 ter bestrijding van discriminatie: een eerste kennismaking» in S. Stijns en P. Wéry (eds.), *Antidiscriminatiewet en contracten,* Brugge, die Keure, 2006, (1) 12.

[58] Arbh. Brussel (3e k.) 5 januari 2017, *Soc.Kron.* 2018, 191, noot J. Ameeuw; Arbrb. Brugge 10 december 2013, AR 12/25521/A en 12/2596/A, onuitg.; Arbh. Antwerpen (2e k.) 18 januari 2008, *Soc. Kron.* 2009, 93.

[59] Voorz. Arbrb. Gent 2 mei 2016, www.unia.be. Zie ook Rb. Gent 31 december 2003, *NJW* 2004, 205.

[60] Brussel (4e k.) 28 september 2020, *JT* 2020, 872, noot N. Bernard; Voorz. Rb. Nijvel 19 april 2005, *JLMB* 2005, 934 en *JT* 2005, 380; Voorz. Rb. Namen (afd. Namen, 9e k.) 5 mei 2015, *JT* 2015, 781, noot E. Van Den Haute, *JLMB* 2015, 1151 en *TBO* 2015, 290, noot F. Helsen.

[61] Voorz. Arbrb. Gent 26 maart 2017, *Soc.Kron.* 2008, 28; Arbh. Brussel (1e k.) 28 augustus 2009, *Soc.Kron.* 2010, 260.

[62] Voorz. Arbrb. Brussel 26 november 2019, *Soc.Kron.* 2020, 88.

[63] Gent (1e k.) 20 januari 2011, *DCCR* 2012, 99, *RW* 2011-12, 874, noot A. D'Espallier en *TGR-TWVR* 2011, 329.

[64] Antwerpen 15 oktober 2018, *AM* 2018-19, 121.

[65] Art. 19 Antidiscriminatiewet; art. 17 Antiracismewet; art. 24 Genderwet. In de mate dat deze bepalingen niet afwijken van art. 1385*bis* e.v. Ger.W. zijn ze een overbodige toevoeging (bv. P. Wautelet, «Les garanties de la non-discrimination: sanctions civiles et aspects de procédure dans les lois fédérales luttant contre la discrimination» in P. Wautelet (ed.), *Le droit de la lutte contre la discrimination dans tous les états,* Luik, Anthemis, 2009, CUP nr. 108, (215) 245).

[66] Bv. Voorz. Kh. Brussel 7 maart 2005, *JT* 2005, 382 (vier dagbladen).

[67] Art. 20, § 3 Antidiscriminatiewet; art. 18, § 3 Antiracismewet; art. 25, § 3 Genderwet.

[68] Zie bv. ook Voorz. Arbrb. Gent 26 maart 2007, *Soc.Kron.* 2008, 28.

[69] Arbh. Gent (afd. Brugge) 13 juni 2017, *Soc.Kron.* 2018, 208.

[70] Arbh. Brussel (2e k.) 3 november 2016, *JTT* 2017, 175; Voorz. Arbrb. Bergen 13 februari 2009, *Soc.Kron.* 2010, 330.

die een einde maakte aan de discriminatie.[71] Er is wel rechtspraak die zich bevoegd verklaart om in een kortgeding bij wijze van voorlopige maatregel het discriminerende ontslag tegen te houden van een werkneemster aan wie een intentie tot ontslag was meegedeeld.[72]

12. *Schadevergoeding* – Voor de vergoeding van de door de discriminerende handeling geleden schade biedt de antidiscriminatiewetgeving het slachtoffer een *keuze* tussen twee mogelijkheden.[73] Vooreerst kan het slachtoffer ervoor kiezen om schadevergoeding te vorderen *via het gemeen contractueel of buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht*. Op grond daarvan maakt het slachtoffer aanspraak op integrale vergoeding van de schade: niets minder, maar ook niets meer. Naast het bewijs van feiten die discriminatie kunnen doen vermoeden, vereist dit het bewijs van het bestaan en de omvang van de schade, alsook het bewijs van een oorzakelijk verband tussen de schade en de vastgestelde discriminatie.

Omdat het bewijs en de begroting van de schade in discriminatiezaken vaak geen sinecure is, biedt de wetgever het slachtoffer een tweede mogelijkheid. In de plaats van een vordering tot schadevergoeding op basis van het gemeen burgerlijk recht, kan het slachtoffer een *forfaitaire schadevergoeding* vorderen waarvan het bedrag wettelijk is bepaald. In arbeidszaken[74] zijn deze bedragen bepaald op het brutoloon voor drie of zes maanden, afhankelijk van de vraag of de werkgever kan aantonen dat de betwiste ongunstige of nadelige behandeling ook op niet-discriminerende gronden getroffen zou zijn. In andere zaken is het forfaitaire bedrag vastgesteld op 650 euro, maar de rechter kan in plaats daarvan 1.300 euro toekennen indien de verweerder niet aantoont dat de betwiste ongunstige of nadelige behandeling ook op niet-discriminerende gronden getroffen zou zijn of omwille van andere omstandigheden, zoals de bijzondere ernst van de geleden morele schade. In arbeidszaken dekt de forfaitere schadevergoeding zowel materiële als morele schade; in andere zaken dekt de forfaitaire schadevergoeding alleen morele schade. Voor de vergoeding van andere dan morele schade is het slachtoffer in dat geval aangewezen op het gemeen aansprakelijkheidsrecht. Anders dan onder het gemeen recht, moet het slachtoffer dat zich op de forfaitaire vergoedingsregeling beroept, geen schade, laat staan de omvang ervan bewijzen.[75] Ten aanzien van het gemeen recht houdt de forfaitaire vergoedingsregeling voor het slachtoffer dus een aanzienlijke verlichting van de bewijslast in. Deze forfaitaire vergoedingsregeling druist overigens niet in tegen het Europese verbod om vooraf maximumbedragen vast te stellen (over dit ver- bod, *supra* nr. 5). Op basis van het gemeen recht heeft het slachtoffers immers steeds de mogelijkheid om een hogere schadevergoeding te verkrijgen. De forfaitaire vergoedingsregeling heeft louter tot gevolg dat er geen bewijs meer wordt gevraagd van het bestaan en de omvang van de schade wanneer, zodra de discriminatie is vastgesteld, het slachtoffer zich op de forfaitaire vergoedingsregeling beroept. In de praktijk blijkt de forfaitaire vergoedings- regeling vrij populair, temeer omdat de rechtspraak aanvaardt dat deze forfaitaire bedragen ook kunnen worden toegekend wanneer duidelijk is dat deze veel hoger zijn dan de werkelijk geleden schade.[76]

III. Diagnose: de onbevredigende uitkomst inzake bewijs en sancties

13. *Overzicht* – Evaluatierapporten, zowel op supranationaal[77] als op nationaal niveau[78], tonen aan dat de afdwinging van de antidiscriminatiewetgeving in private rechtsverhoudingen op verschillende punten problematisch blijft, minstens onvoldoende adequaat is. De oorzaken blijken divers en zijn zowel juridisch als niet-juridisch van aard. Binnen de categorie van juridische oorzaken wijzen deze evaluatierapporten onder meer op de wettelijke regeling van het bewijs en het sanctieapparaat. Hierna komen de pijnpunten aan bod die in deze evaluatierapporten tot uitdrukking komen op het vlak van (A) bewijs (*infra* nrs. 14-17) en (B) sancties (*infra* nrs. 18-20).

A. Bewijs: vaag wetskader

14. *Onduidelijke invulling van bewijsstandaard* – Volgens de antidiscriminatiewetgeving verschuift de bewijslast pas naar de verweerder wanneer het vermeende slachtoffer feiten aantoont die het bestaan van discriminatie kunnen doen vermoeden (*supra* nrs. 7-8). Volgens

[71] Arbh. Brussel 26 juli 2013, www.unia.be.

[72] Arbh. Brussel 7 mei 2015, *JTT* 2015, 344.

[73] Art. 18, § 1 Antidiscriminatiewet; Art. 16, § 1 Antiracismewet; Art. 23, § 1 Genderwet.

[74] Dit impliceert noodzakelijkerwijs een vordering tegen een werkgever, zie Cass. 11 mei 2020, S.18.0094.N, *JJT* 2020, 410, *RW* 2020-21, 628.

[75] J.-F. Germain en C. Eyben, «Les sanctions civiles. La nullité et les dommages et intérêts forfaitaires» in C. Bayart, S. Sottiaux en S. Van Drooghenbroeck (eds.), *De nieuwe federale antidiscriminatiewetten,* Brugge, die Keure, 2008, (335) 358; P. Wautelet, «Les garanties de la non-discrimination: sanctions civiles et aspects de procédure dans les lois fédérales luttant contre la discrimination» in P. Wautelet (ed.), *Le droit de la lutte contre la discrimination dans tous les états,* Luik, Anthemis, 2009, CUP nr. 108, (215) 231.

[76] Arbh. Brussel 15 mei 2015, *JTT* 2015, 409.

[77] Bv. P. Foubert, *The enforcement of the principle of equal pay for equal work or work of equal value. A legal analysis of the situation in the EU Member States, Iceland, Liechtenstein and Norway*, European Network of Legal Experts in Gender Equality and Non-discrimination, European Commission, Publications Office of the EU, 2017, 101 p.

[78] Bv. Evaluatiecommissie federale wetgeving ter bestrijding van discriminatie, *Eerste evaluatieverslag*, 2017, 140 p. Voor een evaluatie op deelstatelijk niveau, zie recentelijk bv. E. Cloots, M. Spinoy en J. Vrielink, *Gelijk zijn versus gelijk krijgen. Een juridische evaluatie van het Vlaamse Gelijkekansendecreet,* Antwerpen, Intersentia, 2021, 306 p.

het Hof van Justitie staat het «aan de nationale rechter of een andere bevoegde instantie (...) om, overeenkomstig de nationale wetgeving en/of praktijk, de feiten te beoordelen die directe of indirecte discriminatie kunnen doen vermoeden».[79] Voor de vaststelling van de aard en de omvang van feiten die nodig zijn om discriminatie te kunnen doen vermoeden, reikt de Belgische antidiscriminatiewetgeving evenwel geen handvaten aan. De rechter beschikt aldus over weinig concrete houvast om invulling te geven aan de *bewijsstandaard* voor een persoon die aanvoert slachtoffer te zijn van discriminatie. Hierdoor behoudt de rechter een ruime appreciatiebevoegdheid en lopen toepassingen sterk uiteen.[80] Dit doet de rechtszekerheid geen deugd. Bovendien blijken sommige rechterlijke uitspraken deze bewijsregeling niet altijd juist toe te passen.[81] Deze rechtspraak verglijdt soms, bewust of onbewust, naar de toepassing van de gemeenrechtelijke bewijsstandaard, door het bewijsmateriaal in zijn geheel te beoordelen en vrij gauw tot de vaststelling te komen dat discriminatie in de concrete zaak «niet zeker» is[82], terwijl op het vermeende slachtoffer enkel de bewijslast rust om aan te tonen dat het bestaan van discriminatie kan worden ver- moed en het precies aan de verweerder toekomt om aan te tonen dat discriminatie niet bestaat (*supra* nrs. 7-8).

Voor partijen blijkt de praktische toepassing van deze bewijsregeling een bron van frustratie: vaak voor het slachtoffer, maar niet zelden *voor de verweerder*. Zodra het slachtoffer feiten aantoont die discriminatie kunnen doen vermoeden, komt het hem immers toe om aan te tonen dat er geen discriminatie is, wat overeenkomstig de gemeenrechtelijke bewijsstandaard een redelijke mate van «zekerheid» vereist (art. 8.5 BW). In bepaalde omstandigheden kan dit evenwel geen sinecure blijken. Zo slaagde een werkgever er niet in om met zekerheid aan te tonen dat het ontslag van een werkneemster niet steunde op haar ziekte, maar wel op de aangevoerde organisatorische problemen.[83] Net zoals het vermeende slachtoffer dat moeilijkheden kan ondervinden om feiten te bewijzen die het bestaan van discriminatie kunnen doen vermoeden, kan ook de verweerder zich derhalve in een situatie van «bewijsnood» bevinden. Bewijsnood is te omschrijven als de situatie waarin het bewijs waarover een partij beschikt onvoldoende is om de overtuiging van de rechter te vormen, zonder dat deze «nood» aan het gedrag van de drager van de bewijslast te wijten is.[84]

15. *Onbeschikbare bewijsmiddelen: bewijs in handen van verweerder* – De doeltreffendheid van de privaatrechtelijke afdwinging van het antidiscriminatiebeginsel wordt niet alleen bepaald door de regeling van de bewijsstandaard en de bewijslast, maar ook door de *bewijsmiddelen* waarover partijen in een gerechtelijke procedure beschikken. De grootste moeilijkheid in dit verband schuilt in het feit dat in discriminatiezaken ondubbelzinnig schriftelijk of materieel bewijs doorgaans *niet beschikbaar* is. Iemand die discrimineert, doet dat zelden openlijk. Vaak gebeurt discriminatie zelfs onbewust. Discriminatie is dan eerder het resultaat van een systeem dat discriminerende praktijken institutionaliseert en perpetueert, een fenomeen dat recentelijk steeds vaker onder de aandacht wordt gebracht als «systemische discriminatie».[85]

In elk geval laat een discriminerende handeling zelden juridisch bruikbare sporen achter, en als dat al het geval is, dan bevinden deze bewijselementen zich veelal enkel in handen van de vermeende discriminator.[86] Wanneer de bewijsmiddelen in handen van de verweerder zijn, komt de vraag naar de overlegging daarvan in essentie neer op een keuze tussen de bescherming van de belangen van het vermeende slachtoffer en die van de verweerder. Hoewel de EU antidiscriminatierichtlijnen en de Belgische omzetting hiervoor geen duidelijke oplossing bevatten, reikt het Hof van Justitie richtsnoeren aan om deze belangenafweging te maken. Zo blijkt uit *Kelly*[87] en *Meister*[88] dat het Unierecht, volgens het Hof van Justitie, aan vermeende slachtoffers niet het recht verleent om de openbaarmaking te verkrijgen van informatie over feiten die discriminatie kunnen doen vermoeden, zoals informatie over de aanwerving van een andere sollicitant of de kwalificaties van andere sollicitanten. Toch sluit het

[79] HvJ 21 juli 2011, nr. C-104/10, ECLI:EU:C:2011:506, Patrick Kelly, punt 31.

[80] Zie hiertoe de vaststellingen in Evaluatiecommissie federale wetgeving ter bestrijding van discriminatie, *Eerste evaluatieverslag*, 2017, nrs. 291-293; Unia, *Evaluatie. Wet van 10 mei 2007 tot wijziging van de wet van 30 juli 1981 tot bestraffing van bepaalde door racisme of xenofobie ingegeven daden (BS 30 mei 2007) (Antiracismewet). Wet van 10 mei 2007 ter bestrijding van bepaalde vormen van discriminatie (BS 30 mei 2007) (Antidiscriminatiewet),* 2016, p. 10 en
34. Zie ook L. Vermeulen, *Discriminatie in arbeidsrelaties 2.0,* Antwerpen, Intersentia, 2020, 28.

[81] Evaluatiecommissie federale wetgeving ter bestrijding van discriminatie, *Eerste evaluatieverslag*, 2017, nr. 297.

[82] Zie bv. Luik 6 februari 2006, *JLMB* 2006, afl. 15, 661; Arbh. Antwerpen 11 juli 2018, *Limb.Rechtsl.* 2018, afl. 4, 316.

[83] Arbh. Brussel (3e k.) 18 februari 2020, *JTT* 2021, 49.

[84] W. Vandenbussche, *Bewijs en onrechtmatige daad,* Antwerpen, Intersentia, 2017, 205-206.

[85] Zie o.m. D. Allen, «Remedying Discrimination: The Limits of the Law and the Need for a Systematic Approach», *U Tas LR* 2010, vol. 29, afl. 2, 83; M. Mercat-Bruns, «Systemic discrimination: rethinking the tools of gender equality», *European equality law review* 2018, afl. 2, 1; E. Boussard-Verrecchia, «La discrimination systémique» in M. Mercat-Bruns (ed.), *Nouveaux modes de détection et de prévention de la discrimination*, Parijs, Société de législation comparée, 2020, 37.

[86] K. Henrard, «The Effective Protection against Discrimination and the Bruden of Proof: Evaluating the CJEU's Guidance Through the Lens of Race» in U. Belavusau en K. Henrard (eds.), *EU Anti- Discrimination Law Beyond Gender,* Oxford, Hart, 2019, (95) 96; Evaluatiecommissie federale wetgeving ter bestrijding van discriminatie, *Eerste evaluatieverslag*, 2017, nr. 287.

[87] HvJ 21 juli 2011, nr. C-104/10, ECLI:EU:C:2011:506, Patrick Kelly, punten 38 en 48.

[88] HvJ 19 april 2012, nr. C-415/10, ECLI:EU:C:2012:217, Galina Meister, punt 46.

Hof van Justitie niet uit dat «de weigering van een verwerende partij om toegang te verlenen tot informatie, een van de factoren kan vormen waarmee rekening moet worden gehouden in het kader van de vaststelling van feiten die directe of indirecte discriminatie kunnen doen vermoeden».[89] Deze rechtspraak laat de nationale rechter toe om, bij de vaststelling van feiten die discriminatie kunnen doen vermoeden, de weigering door de verweerder om informatie te verschaffen in rekening te nemen. Dit komt tegemoet aan de bewijsnood van het vermeende slachtoffer voor het geval de bewijselementen zich in handen van de verweerder bevinden. Het biedt evenwel geen vrijgeleide om eender welke bewijselementen te verlangen. Meer in het bijzonder heeft het Hof van Justitie in *Accept* geoordeeld dat deze bewijsregeling er niet toe kan leiden dat «bewijs wordt verlangd dat niet kan worden geleverd zonder het recht op eerbiediging van het privéleven te schenden».[90] Het recht op eerbiediging van het privéleven, en bij uitbreiding de Algemene Verordening inzake gegevensbescherming[91] stellen dus een grens aan de mogelijkheid om ontsluiting van informatie te verlangen die discriminatie kan doen vermoeden.[92]

16. *Onderbenutte bewijsmiddelen: statistische gegevens* – Gezien de netelige bewijspositie van het vermeende slachtoffer wanneer de bewijselementen zich in handen van de verweerder bevinden, zijn andere bewijsmiddelen denkbaar om het bewijs te vergemakkelijken. Zo bepaalt considerans 15 van Richtlijn 2000/78/EG dat de nationale regels inzake bewijsvoering «kunnen (...) inhouden dat indirecte discriminatie op enigerlei wijze, ook op basis van statistische gegevens, kan worden aangetoond». Op nationaal niveau schrijft antidiscriminatiewetgeving deze mogelijkheid voor (*supra* nr. 9). Het potentieel succesvolle gebruik van *statistische gegevens* om (een vermoeden van) discriminatie te bewijzen blijkt onder meer uit de rechtspraak van het Hof van Justitie[93] en het Europees Hof voor de Rechten van de Mens.[94]

In België daarentegen blijkt dit specifiek bewijsmiddel amper gebruikt, zelfs in die mate dat de Commissie tot evaluatie van de federale antidiscriminatiewetgeving geen gepubliceerde uitspraken kon terugvinden waarin de eiser op basis van statistische gegevens het bewijs kon leveren van feiten die discriminatie kunnen doen vermoeden.[95] Deze vaststelling is niet geheel verwonderlijk. Ten eerste ondervinden vermeende slachtoffers van discriminatie praktische problemen bij de verzameling en verwerking van de benodigde gegevens om tot relevante statistieken te komen.[96] In *Minoo Schuch-Ghannadan* heeft het Hof van Justitie getracht om deze moeilijkheid te verlichten. Specifiek in arbeidszaken kan een werknemer, volgens het Hof van Justitie, het vermoeden van discriminatie ook staven «op basis van algemene statistische gegevens over de arbeidsmarkt in de betrokken lidstaat, in het geval niet van de betrokkene kan worden verwacht dat hij nauwkeurigere gegevens over de relevante groep werknemers overlegt, omdat dergelijke gegevens moeilijk toegankelijk of zelfs niet beschikbaar zijn».[97]

Een tweede reden voor het onsuccesvolle gebruik van statistieken in discriminatiezaken, schuilt in het feit dat rechters – of algemener gesteld: juristen – vaak moeilijkheden ondervinden bij de beoordeling en interpretatie van voorgelegde statistieken.[98] Nochtans legt het Hof van Justitie de nationale rechter in deze context de verplichting op om te beoordelen «of hij die statistische gegevens in aanmerking

[89] HvJ 19 april 2012, nr. C-415/10, ECLI:EU:C:2012:217, Galina Meister, punt 47. Zie ook HvJ 21 juli 2011, nr. C-104/10, ECLI:EU:C:2011:506, Patrick Kelly, punten 39 en 54.

[90] HvJ 25 april 2013, nr. C-81/12, ECLI:EU:C:2013:275, Asociaţia Accept, punt 59. Zie hierover ook J. Ringelheim, «The burden of proof in anti-discrimination proceedings. A focus on Belgium, France and Ireland», *European Equality Law Review* 2019, (49) 62 e.v.

[91] Verordening (EU) 2016/679 van het Europees Parlement en de Raad van 27 april 2016 betreffende de bescherming van natuurlijke personen in verband met de verwerking van persoonsgegevens en betreffende het vrije verkeer van die gegevens en tot intrekking van Richtlijn 95/46/EG, *Pb.L.* 4 mei 2016, afl. 119, 1.

[92] Zie ook J. Ringelheim en V. van der Plancke, «Prouver la discrimination en justice» in J. Ringelheim en P. Wautelet (eds.), *Comprendre et pratiquer le droit de la lutte contre les discriminations,* Anthémis, Luik, 2018, (137) nr. 14.

[93] Zie o.m. HvJ 13 mei 1986, nr. 170/84, ECLI:EU:C:1986:204; HvJ 9 februari 1999, nr. C-167/97, ECLI:EU:C:1999:60, Seymour-Smith; HvJ 6 december 2007, nr. C-300/06, ECLI:EU:C:2007:757, Ursula Voß.

[94] Zie o.a. EHRM 13 november 2007, nr. 57325/00, DH and others/ Czech Republic; EHRM 20 juni 2006, nr. 17209/02, Zarb Adami/Malta; EHRM 2 februari 2016, nr. 7186/09, Di Trizio/Switzerland.

[95] Alleszins ten tijde van de evaluatie van de Antidiscriminatiewetgeving, zie Evaluatiecommissie federale wetgeving ter bestrijding van discriminatie*, Eerste evaluatieverslag*, 2017, nrs. 303 en 311.

[96] Voor de vaststelling dat lidstaten vaak niet voorzien in een samenhangende en systematische aanpak voor de verzameling en verwerking van dergelijke gegevens: High Level Group on Non-discrimination, Equality and Diversity. Subgroup on Equality Data, *Guidelines on improving the collection and use of equality data,* Europese Commissie, 2018, 5.

[97] HvJ 3 oktober 2019, nr. C-274/18, ECLI:EU:C:2019:828, Minoo Schuch-Ghannadan, punten 56-57.

[98] Zie o.m. I. Rorive en V. van der Plancke, «Quels dispositifs pour prouver la discrimination?» in C. Bayart, S. Sottiaux en S. Van Drooghenbroeck (eds.), *Les nouvelles lois luttant contre la discrimination,* Brugge, die Keure, 2008, (415) 448 e.v. Illustratief is de zaak waarin geoordeeld werd over indirecte discriminatie omdat de rege- ling van het ouderschapsverlof, dat voornamelijk door vrouwen wordt opgenomen, het vrouwelijk geslacht bijzonder zou benadelen. Een van de redenen voor de rechtbank om geen indirecte discriminatie vast te stellen, was dat uit de statistische gegevens bleek dat in de categorie van werknemers boven de 50 jaar meer mannen dan vrouwen ouder- schapsverlof opnemen en het verschil tussen het aantal mannen en vrouwen dat ouderschapsverlof opneemt, kleiner wordt naarmate hun leeftijd stijgt (Arbrb. Brussel (6e k.) 26 november 2019, *JTT* 2020, 269, kritische noot S. Vancleef en P. Foubert). Dat de rechtbank moei- lijkheden ondervindt bij de interpretatie van deze statistieken, blijkt uit het feit dat de rechtbank ogenschijnlijk uit het oog verliest dat de absolute aantallen werknemers van boven de 50 jaar die ouderschaps- verlof opnemen sowieso zeer laag liggen, en dat weinig vrouwen van 50 jaar of ouder nog een kind van maximaal 12 jaar hebben voor wie zij ouderschapsverlof moeten opnemen. Zie ook K.J.O. Jansen en E.R. de Jong, «Rechterlijke toetsing van wetenschappelijke kennis in het aansprakelijkheidsrecht», *NTBR* 2022/2, 5 e.v.

kan nemen, dat wil zeggen of zij betrekking hebben op een voldoende groot aantal personen, of er niet zuiver toevallige of conjuncturele verschijnselen in tot uitdrukking komen, en of zij in het algemeen significant lijken».[99]

17. *Onbeminde nieuwe bewijsmiddelen?* – Ander bewijsmateriaal dat in discriminatiezaken denkbaar is, bestaat uit publieke verklaringen van de vermeende discriminator, ook al zijn deze niet tot het vermeende slachtoffer gericht. Zo aanvaardde het Hof van Justitie in Feryn dat «publieke verklaringen waarmee een werkgever te kennen geeft dat hij in het kader van zijn aanwervingsbeleid geen werknemers van een bepaalde etnische afstamming of van een bepaald ras zal aanwerven, volstaan om het bestaan van een rechtstreeks discriminerend aanwervingsbeleid te doen vermoeden (...). Die werkgever dient dan te bewijzen dat het beginsel van gelijke behandeling niet is geschonden».[100] Naar het oordeel van het Hof van Justitie is het zelfs niet noodzakelijk dat de publieke verklaringen geuit zijn door een persoon die de desbetreffende werkgever juridisch kan binden. In *Accept* rees de vraag of discriminatie op grond van seksuele geaardheid kon worden vermoed in hoofde van een professionele voetbalclub, op basis van verklaringen geuit door een persoon die zich in de media en de samenleving voordeed als de hoofdmanager van die club, doch in werkelijkheid niet beschikte over de bevoegdheid om de club juridisch te binden. Het Hof van Justitie oordeelde dat de perceptie van het publiek of van de betrokken kringen en de omstandigheid dat de voetbalclub zich niet duidelijk van de betrokken verklaringen distantieerde, relevante elementen zijn waarmee de nationale rechter in zijn algemene beoordeling rekening kan houden om feiten vast te stellen die discriminatie kunnen doen vermoeden.[101] In de Belgische rechtspraak blijken publieke verklaringen tot dusver echter weinig vorderingen tot vaststelling van (een vermoeden van) discriminatie te schragen.

Naast statistische gegevens en publieke verklaringen, zijn ook *praktijktesten* (en bij uitbreiding *mystery calls*[102]) naar voren geschoven als mogelijk bewijsmiddel in discriminatiezaken. Een praktijktest bestaat uit een *real-life* experiment om de selectiepraktijk van werkgevers of leveranciers van goederen en/of diensten op discriminatie te testen.[103] Anders dan in sommige regionale antidiscriminatiewetgeving[104], zijn praktijktesten als bewijsmiddel in de federale antidiscriminatiewetgeving vandaag niet (meer[105]) erkend, zij het ook niet verboden.[106] Hoewel praktijktesten voor het vermeende slachtoffer een nuttig bewijsmiddel kunnen zijn om een vermoeden van discriminatie aan te tonen, blijken zij vandaag amper tot niet gebruikt.[107] Naast het feit dat praktijktesten tot op zekere hoogte controversieel blijven, waardoor weinig resultaten voorhanden zijn[108], schuilt een mogelijke verklaring wellicht in de afwezigheid van een algemeen kader dat de juridische en methodologische krijtlijnen uittekent waarbinnen deze testen kunnen gebeuren. Het Federaal Regeerakkoord van 30 september 2020 heeft praktijktesten opnieuw op de agenda gezet. Als vorm van «academische monitoring van diversiteit en discriminatie» wil het (een vorm van) praktijktesten mogelijk maken.[109] Voorlopig gaat het enkel om sensibiliserende tests op sectorniveau en niet om juridische tests op transversaal niveau. De uitwerking van praktijktests als bewijsmiddel in burgerrechtelijke procedures wordt daarmee niet beoogd.[110]

[99] HvJ 27 oktober 1993, nr. C-127/92, ECLI:EU:C:1993:859, Enderby, punt 17.

[100] HvJ 10 juli 2008, nr. C-54/07, ECLI:EU:C:2008:397, Feryn, punt 34.

[101] HvJ 25 april 2013, nr. C-81/12, ECLI:EU:C:2013:275, Asociaţia Accept, punten 40 en 50-51.

[102] Voor een toepassing die in deze richting gaat, zie Brussel (4e k.) 28 september 2020, *JT* 2020, 872, noot N. Bernard (*supra* nr. 9). Vaak wordt dit als vorm van praktijktesten beschouwd, maar zie over de verschillen: J. Ringelheim en V. van der Plancke, «Prouver la discrimination en justice» in J. Ringelheim en P. Wautelet (eds.), *Comprendre et pratiquer le droit de la lutte contre les discriminations,* Anthémis, Luik, 2018, (137) nrs. 24 e.v.; P. Pecinovsky, «Mystery shopping in de strijd van de sociale inspectie tegen discriminatie», *Arbeid.J.* 2017, 9.

[103] Hierover o.m. J. Ringelheim en V. van der Plancke, «Prouver la discrimination en justice» in J. Ringelheim en P. Wautelet (eds.), *Comprendre et pratiquer le droit de la lutte contre les discriminations,* Anthémis, Luik, 2018, (137) nr. 19; J. Ringelheim, «The burden of proof in anti-discrimination proceedings. A focus on Belgium, France and Ireland», *European Equality Law Review* 2019, (49) 70 e.v.; I. Rorive, *Proving Discrimination Cases. The Role of Situation Testing,* Center for Equal Rights and Migration Policy Group, Brussel, 2009.

[104] Zie m.n. art. 22, § 3 Ord.Br. 4 september 2008 betreffende de strijd tegen discriminatie en de gelijke behandeling op het vlak van de tewerkstelling, *BS* 16 september 2008, 48.144.

[105] Dat was wel het geval in de inmiddels opgeheven 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, *BS* 17 maart 2003 (zie art. 19, §§ 3-4).

[106] Bevestigend, zie bv. J. Ringelheim en V. van der Plancke, «Prouver la discrimination en justice» in J. Ringelheim en P. Wautelet (eds.), *Comprendre et pratiquer le droit de la lutte contre les discrimina- tions,* Anthémis, Luik, 2018, (137) nr. 28.

[107] Voor deze vaststelling, zie Evaluatiecommissie federale wetgeving ter bestrijding van discriminatie, *Eerste evaluatieverslag*, 2017, nrs. 315-317. Zie ook F. Sine en I. Verhelst, «Tien jaar antidiscriminatiewetgeving voor Belgische arbeidsgerechten: wat maakt het verschil?», *Or.* 2017, (2) 12.

[108] Hierover o.m. V. van der Plancke, «Les tribulations du *testing* en Belgique: quels enseignements?», *Horizons stratégiques* 2007, 41 e.v.; S. Sottiaux, «De praktijktest: much ado about nothing?», *RW* 2014-15, 1482; E. Cloots, M. Spinoy en J. Vrielink, *Gelijk zijn versus gelijk krijgen. Een juridische evaluatie van het Vlaamse Gelijkekansendecreet,* Antwerpen, Intersentia, 2021, nr. 515.

[109] Federaal Regeerakkoord 30 september 2020, Brussel, 39, www.belgium.be.

[110] In het sociaal (straf)recht worden praktijktesten recentelijk wel vaker wettelijk erkend, zie art. 2 Ord.Br. 16 november 2017 inzake het bestrijden van discriminatie op het vlak van tewerkstelling in het Brussels Hoofdstedelijk Gewest, *BS* 21 november 2017, 99.809, waarin de regionale arbeidsinspectie de mogelijkheid krijgt om op eigen initiatief praktijktesten uit te voeren; wet 15 januari 2018 houdende diverse bepalingen inzake werk, *BS* 5 februari 2018, 8197, die het Sociaal Strafwetboek wijzigt en de federale arbeidsinspectie de mogelijkheid geeft

Samengevat is betoogd dat, hoewel het Unierecht en de rechtspraak van het Hof van Justitie richtsnoeren aanreiken, voor het discriminatiecontentieux *specifieke bewijsmiddelen* nog onvoldoende aan bod zijn gekomen in nationale procedures en een duidelijk wettelijk kader in dit verband tegelijk ontbreekt.[111]

B. Sancties: weinig creatief, symbolisch en soft

18. *Weinig creatief sanctieapparaat* – De afdwinging van het non-discriminatiebeginsel in private rechtsverhoudingen blijkt niet alleen mank te lopen door de bewijsregeling, maar ook door het sanctiearsenaal waarin de antidiscriminatiewetgeving vandaag voorziet. Dat sanctieapparaat wordt afgedaan als symbolisch en soft, weinig creatief en te eenzijdig.[112]

Vanuit burgerrechtelijk perspectief is discriminatie voornamelijk te kwalificeren als een inbreuk op de persoonlijkheid, reden waarom de meest voorkomende categorie van burgerrechtelijke sancties in dit verband op genoegdoening en schadeherstel is gericht.[113] In deze categorie van burgerrechtelijke sancties neemt schadevergoeding duidelijk de bovenhand.[114] Dat is niet geheel verwonderlijk, aangezien schadevergoeding een relatief simpele en efficiënte wijze is om een juridisch geschil definitief te beslechten.[115] Toch voorzien andere EU-lidstaten ook in andere sancties dan enkel schadevergoeding. Deze non-pecuniaire sancties gaan verder dan de Belgische nietigheidssanctie en stakingsvordering, zoals een rechterlijk bevel tot opstelling van een diversiteitsplan of tot implementatie van een gelijkekansenbeleid binnen een onderneming, de tijdelijke uitsluiting van de discriminator van deelname aan overheidsopdrachten, toelagen of financiële voordelen, de re-integratie van een werknemer na discriminerend ontslag, een declaratoire uitspraak, of ruime mogelijkheden tot publicatie van de beslissing van de rechter.[116] Niet al deze sancties zijn te kwalificeren als burgerrechtelijke sancties of vormen van schadeherstel. Ook niet al deze sancties zijn eenvoudig in te passen binnen ons privaatrecht. Maar dit pallet van mogelijkheden toont wel aan dat het Belgische sanctieapparaat weinig creatief is en ruimte laat voor diversifiëring. Een diversifiëring van het sanctieapparaat zou kunnen bijdragen aan het doeltreffend, proportioneel en afschrikwekkend karakter van de sanctieregeling zoals het Unierecht dit vereist (*supra* nr. 5).

19. *Omvang van (forfaitaire) schadevergoeding en rol van de rechter* – Ook de forfaitaire vergoedingsregeling uit de antidiscriminatiewetgeving (*supra* nr. 12), is op haar doeltreffend, proportioneel en afschrikwekkend karakter bevraagd. Bij de totstandkoming van de antidiscriminatiewetgeving stelde de wetgever vast, bijgetreden door het Grondwettelijk Hof[117], dat «in sommige gevallen de toepassing van het gemeen recht van de contractuele en buitencontractuele civiele aansprakelijkheid het slachtoffer niet de mogelijkheid biedt om daadwerkelijk een vergoeding te krijgen voor de schade die hij heeft geleden. Het vooruitzicht van een bevredigende schadevergoeding is zowel zwak als vaag.»[118] Met de uitwerking van de forfaitaire vergoedingsregeling heeft de wetgever hieraan tegemoet willen komen. Het systeem, dat de bewijslast van het vermeende slachtoffer aanzienlijk verlicht, draagt zeker bij tot het doeltreffend karakter van de sanctieregeling. Toch ziet het vermeende slachtoffer zich vandaag geconfronteerd met knelpunten die een effectieve en doeltreffende vergoeding van de geleden schade op bepaalde punten in het gedrang brengen.

Zo laat de wettekst twijfel bestaan over de *appreciatiebevoegdheid van de rechter* voor de toekenning van de forfaitaire bedragen. Waar sommige bepalingen voorschrijven dat de discriminator een vergoeding «moet» betalen die, naar keuze van het slachtoffer, overeenstemt met de bij wet bepaalde forfaitaire vergoeding of met de werkelijk geleden schade[119], schrijven andere bepalingen voor dat de rechter het door het slachtoffer gevorderde

om praktijktesten uit te voeren, weliswaar na schriftelijke toelating van de arbeidsauditeur (nieuw art. 42/1 Soc.Sw.).

[111] O.m. I. Rorive en V. van der Plancke, «Quels dispositifs pour prouver la discrimination?» in C. Bayart, S. Sottiaux en S. Van Drooghenbroeck (eds.), *Les nouvelles lois luttant contre la discrimination,* Brugge, die Keure, 2008, (415) 431; J. Ringelheim en V. van der Plancke, «Prouver la discrimination en justice» in J. Ringelheim en P. Wautelet (eds.), *Comprendre et pratiquer le droit de la lutte contre les discriminations,* Anthémis, Luik, 2018, (137) nr. 46.

[112] Evaluatiecommissie federale wetgeving ter bestrijding van discriminatie*, Eerste evaluatieverslag*, 2017, nrs. 94-98 en 321 e.v. Zie ook E. Cloots, M. Spinoy en J. Vrielink, *Gelijk zijn versus gelijk krijgen. Een juridische evaluatie van het Vlaamse Gelijkekansendecreet,* Antwerpen, Intersentia, 2021, nr. 508.

[113] R. Iordache en I. Ionescu, «Discrimination and its Sanctions – Symbolic vs. Effective Remedies in European Anti-discrimination Law», *European Anti-Discrimination L Rev* 2014, (11) 13.

[114] Bv. P. Foubert, *The enforcement of the principle of equal pay for equal work or work of equal value. A legal analysis of the situation in the EU Member States, Iceland, Liechtenstein and Norway*, European Network of Legal Experts in Gender Equality and Non-discrimination, European Commission, Publications Office of the EU, 2017, 65 e.v.

[115] Over deze voordelen, zie S. De Rey, *Herstel in natura,* Brugge, die Keure, 2019, nrs. 82-84.

[116] Voor een overzicht, zie o.m. R. Iordache en I. Ionescu, «Discrimination and its Sanctions – Symbolic vs. Effective Remedies in European Anti-discrimination Law», *European Anti-Discrimination L Rev* 2014, (11) 15; M. Mercat-Bruns, D.B. Oppenheimer en C. Sartorius (eds.), *Comparative Perspectives on the Enforcement and Effectiveness of Antidiscrimination Law* in *Ius Comparatum – Global Studies in Comparative Law*, Vol. 28, Springer, 2018; S. Burri, L. Senden en A. Timmer, *A comparative analysis of gender equality law in Europe 2019*, European Network of Legal Experts in gender equality and non-discrimination, European Commission, Publications Office of the EU, 2020, 100-101.

[117] Zie GwH 10 juli 2019, nr. 110/2019, overw. B.5.2.

[118] MvT, *Parl.St.* Kamer 2006-07, nr. 51-2722/1, 26.

[119] Art. 18, § 1 Antidiscriminatiewet; art. 16, § 1 Antiracismewet; art. 23, § 1 Genderwet.

forfaitaire bedrag «kan» toekennen.[120] Uit het woord «kan» hebben sommige rechters een appreciatiebevoegdheid afgeleid in die zin dat zij, wanneer zij discriminatie vaststellen, de door het slachtoffer gevorderde forfaitaire vergoeding niet noodzakelijk moeten toekennen.[121] Deze jurisprudentiële appreciatiemarge is niet alleen moeilijk verzoenbaar met de principes uit het gemeen aansprakelijkheidsrecht[122], maar doet ook afbreuk aan het doeltreffend en afschrikkend karakter van de sanctieregeling.

De bedragen van de forfaitaire schadevergoeding zijn tevens op hun *omvang* bevraagd.[123] Waar de forfaitaire bedragen in arbeidsbetrekkingen hun legitimatie lijken te vinden in de krijtlijnen uitgezet door het Hof van Justitie[124], geeft de wetgever geen verantwoording voor de vaststelling van de forfaitaire 650 resp. 1300 euro in andere gevallen dan arbeidsbetrekkingen.[125] De Toelichting geeft aan dat de wetgever zich hiermee beperkt «tot de vervanging van de willekeur van de rechter door de willekeur van de wetgever».[126] Ofschoon deze forfaitair vastgestelde bedragen bijdragen aan de rechtszekerheid en de bewijslast van het slachtoffer drastisch verminderen, is het maar de vraag of deze *in abstracto* wettelijk vastgestelde bedragen in alle gevallen doeltreffend, evenredig en afschrikwekkend zijn. Men kan er niet aan voorbij dat voor sommige categorieën van overtreders (bv. grote ondernemingen) deze bedragen relatief laag uitvallen[127], soms verwaarloosbaar klein zijn. Derhalve kunnen deze bedragen weinig afschrikkend voorkomen en aldus toe- laten om de discriminatie tot op zekere hoogte «af te ko- pen». Een lage schadevergoeding dreigt nochtans te re- sulteren in een sanctie die slechts symbolisch van aard is, waartegen het Unierecht zich verzet (*supra* nr. 5).

Daarnaast is vastgesteld dat de vastgestelde forfaitaire bedragen de rechter niet toelaten om het bedrag van de vergoeding te *moduleren* in functie van de specifieke eigenschappen van de discriminator.[128] Een mogelijkheid om de omvang van de vergoeding in het licht hiervan te moduleren zou inderdaad kunnen bijdragen tot een meer «reële afschrikwekkende werking», zoals vereist door het Hof van Justitie[129], maar laat zich moeilijk inpassen binnen het gemeen aansprakelijkheidsrecht. Naar gemeen recht is de enige maatstaf voor de begroting van de schadevergoeding immers de schade: niets minder, maar ook niets meer.[130] Een afwijking van deze gemeenrechtelijke principes voor het antidiscriminatierecht is denkbaar, maar het is maar de vraag of een dergelijk bijzonder regime wenselijk is. Uiteraard is het schadevergoedingsrecht, wanneer het over discriminatiegevallen gaat, op de leest van het Unierecht geschoeid, zodat afwijkingen van het gemeen schadevergoedingsrecht mogelijk moeten zijn. Toch moet men erover waken dat een bijzonder regime voor discriminatiegevallen dat afwijkt van het gemeen schadevergoedingsrecht, zelf geen discriminerende toestand in het leven roept.[131] Er zijn namelijk talloze andere domeinen of gevallen, zoals de privaatrechtelijke afdwinging van het mededingingsrecht of de schending van persoonlijkheidsrechten, waar gelijkaardige vragen spelen en een begroting van de schadevergoeding in functie van de specifieke kenmerken van de aansprakelijke denkbaar,

[120] Art. 20, § 2 Antidiscriminatiewet; art. 18, § 2 Antiracismewet; art. 25, § 2 Genderwet.

[121] Bv. Voorz. Rb. Brussel 22 december 2009, AR 2009/12.031/1, onuitg. *Anders:* bv. Arbh. Brussel (3e k.) 24 juni 2016, *JTT* 2017, 65; Arbrb. Leuven (1e k. B) 4 januari 2018, *Soc.Kron.* 2018, 245, noot; Arbrb. Luik 20 juni 2016, *NJW* 2017, 366, noot M. Vanhegen; Arbrb. Brugge (2e k.) 25 juni 2013, *TGR-TWVR* 2015, 155.

[122] Indien de rechter in het kader van artikelen 1382-1383 oud BW het bestaan van schade vaststelt die in oorzakelijk verband staat tot een fout, dan is hij hoe dan ook verplicht een vergoeding toe te kennen, zonder dat hij hierover een appreciatiebevoegdheid heeft, behalve in het kader van rechtsmisbruik. Zie bv. Cass. 5 maart 2021, C.20.0166.N, *VAV* 2021, 14.

[123] Evaluatiecommissie federale wetgeving ter bestrijding van discriminatie, *Eerste evaluatieverslag*, 2017, nrs. 329 e.v.; E. Cloots, M. Spinoy en J. Vrielink, *Gelijk zijn versus gelijk krijgen. Een juridische evaluatie van het Vlaamse Gelijkekansendecreet,* Antwerpen, Intersentia, 2021, nr. 505; P. Wautelet, «Les garanties de la non-discrimination: sanctions civiles et aspects de procédure dans les lois fédérales luttant contre la discrimination» in P. Wautelet (ed.), *Le droit de la lutte contre la discrimination dans tous les états,* Luik, Anthemis, 2009, CUP nr. 108, (215) 232-233; J.-F. Germain en C. Eyben, «Les sanctions civiles. La nullité et les dommages et intérêts forfaitaires» in C. Bayart, S. Sottiaux en S. Van Drooghenbroeck (eds.), *De nieuwe federale antidiscriminatiewetten,* Brugge, die Keure, 2008, (335) 356.

[124] Zie MvT, *Parl.St.* Kamer 2006-07, nr. 51-2722/1, 59-60, die verwijst naar HvJ 22 april 1997, nr. C-180/95, ECLI:EU:C:1997:208, Draehmpaehl, punt 37 (waarin wordt geoordeeld dat «richtlijn 76/207 zich niet verzet tegen nationale wettelijke bepalingen die de schadevergoeding waarop de sollicitant aanspraak kan maken, binden aan een maximum van drie maandsalarissen, wanneer de werkgever kan bewijzen dat de sollicitant de te vervullen betrekking ook bij een niet-discriminerende selectie niet zou hebben gekregen, omdat de aangestelde sollicitant geschikter was») en bovendien verwijst naar de (toenmalige) praktijk om schendingen van nationale «ontslagbeschermingen» in de regel te sanctioneren met de betaling van een vergoeding gelijk aan 6 maanden loon (bv. art. 63, derde lid Arbeidsovereenkomstenwet).

[125] Het onderscheid tussen een specifieke regeling voor arbeidsbetrekkingen en andere gevallen schendt art. 10-11 Gw niet (GwH 7 juli 2018, nr. 70/2018). Ook het feit dat de forfaitaire bedragen niet verschillen naargelang het (in)directe discriminatie betreft, is geen schending van art. 10-11 Gw (GwH 10 juli 2019, nr. 110/2019).

[126] MvT, *Parl.St.* Kamer 2006-07, nr. 51-2722/1, 27.

[127] Volgens het Grondwettelijk Hof zijn de bedragen alleszins niet onevenredig (GwH 10 juli 2019, nr. 110/2019, overw. B.5.6).

[128] Evaluatiecommissie federale wetgeving ter bestrijding van discriminatie, *Eerste evaluatieverslag*, 2017, nrs. 337-338. Art. 10- 11 Gw dwingen niet tot een vergoeding in functie van de concrete omstandigheden (zie GwH 10 juli 2019, nr. 110/2019, overw. B.5.3 en B.5.5).

[129] HvJ 15 april 2021, nr. C-30/19, ECLI:EU:C:2021:269, Braathens Regional Aviation AB, punt 38.

[130] Bv. Cass. 6 juni 1939, *Arr.Cass.* 1939, 169; Cass. 17 oktober 1968, *Arr.Cass.* 1969, 188; Cass. 22 december 1998, P.98.0583.F, *Arr.Cass.* 1998, 1161.

[131] De omzetting van Unierecht mag namelijk geen interne discriminatoire toestand in het leven roepen, zie GwH 9 oktober 2014, nr. 144/2014, overw. 4.3.

gezocht of door sommigen gewenst is, maar op grond van het gemeen recht onmogelijk is.[132]

20. *Vordering tot staking en publicatie van de rechterlijke uitspraak* – Ook wat de *stakingsvordering* betreft (*supra* nr. 11), zijn pijnpunten vast te stellen die de afdwinging van het non-discriminatiebeginsel bemoeilijken. De rechtsleer stelt immers vast dat steeds minder een beroep wordt gedaan op deze vordering.[133] Dit is wellicht te wijten aan de eerder beperkte slaagkansen die deze vordering tijdens de eerste jaren na de inwerkingtreding van de antidiscriminatiewetgeving had. Al bij de introductie van dit wettelijk instrument wees de doctrine dan ook op de juridisch-technische tekortkomingen ervan en de vraag of het de verwachtingen in discriminatiezaken zou kunnen inlossen.[134]

Hoewel empirische studies dit (nog) niet bevestigen, blijken ook vorderingen tot *publicatie* van de rechterlijke uitspraak vrij zelden ingewilligd.[135] Een belangrijke reden hiervoor is dat de antidiscriminatiewetgeving voorschrijft dat deze publicatiemaatregelen slechts mogelijk zijn «indien zij er kunnen toe bijdragen dat de gewraakte daad of de uitwerking ervan ophouden».[136] Niet zelden stellen rechters vast dat de publicatie hier in de concrete omstandigheden niet aan voldoet.[137] Men zou zich dan ook kunnen afvragen of deze wettelijke voorwaarde de mogelijkheid tot publicatiemaatregelen niet uitholt, aangezien moeilijk is in te zien onder welke omstandigheden een stakingsbevel opgelegd onder verbeurte van een dwangsom niet volstaat om de discriminerende handeling te doen ophouden en een publicatiemaatregel nodig is om ertoe bij te dragen dat de gewraakte handeling of de uitwerking ervan ophoudt.[138] De ontradende werking die van een dergelijke maatregel zou kunnen uitgaan, wordt door deze wettelijke voorwaarde dan ook grotendeels teniet gedaan.[139] Bovendien oordeelt rechtspraak dat publicatie alleen maar nuttig gevorderd kan worden in een stakingsprocedure en dus niet in een procedure die enkel strekt tot schadevergoeding.[140] Nochtans is een dergelijke vordering op grond van het gemeen aansprakelijkheidsrecht perfect mogelijk in andere procedures (*infra* nr. 28).

IV. Verklaringen voor de onbevredigende uitkomst

21. *Gefragmenteerd wetskader en deconnectie met privaatrecht* – Voor het gemengd beeld dat in de evaluatierapporten van de antidiscriminatiewetgeving tot uitdrukking komt, zijn binnen de categorie van juridische oorzaken onder meer de bewijs- en sanctieregeling als pijnpunten aangewezen (*supra* nr. 13). Hieronder suggereren wij enkele dieperliggende oorzaken die de hierboven geschetste pijnpunten mee kunnen helpen verklaren.

Vooreerst wordt de afdwinging van het non-discriminatiebeginsel in private rechtsverhoudingen vandaag zo goed als uitsluitend gekaderd binnen het arbeidsrecht en/of de wetgeving inzake toegang tot en levering van goederen en diensten. Dat is niet geheel verwonderlijk, aangezien de EU precies binnen deze domeinen de antidiscriminatiewetgeving heeft ingevoerd. Toch reikt het Unierecht in dit verband geen alomvattend en coherent kader aan. De onderscheiden EU antidiscriminatierichtlijnen lopen op het punt van privaatrechtelijke afdwin- ging immers niet allemaal gelijk.[141] Illustratief is Richtlijn 2006/54/EG, die, in vergelijking tot de andere EU antidiscriminatierichtlijnen, voor wat de schadevergoeding betreft iets specifieker is door een verbod in te stellen op maximumbedragen, maar met een uitzondering voor arbeidsbetrekkingen (*supra* nr. 5). Bovendien beperkt de Uniewetgever zich niet tot de invoering van specifieke regels voor het antidiscriminatiecontentieux – die vanuit nationaal perspectief vaak afwijken van het gemeen privaatrecht –, maar roept hij binnen het antidiscriminatierecht ook van elkaar verschillende afdwingingsregimes

[132] Het gevolg zou aldus kunnen zijn dat het EU-recht de nationale wetgever op indirecte wijze verplicht wijzigingen door te voeren aan het gemeen recht (het zgn. *spillover effect*), hetgeen reeds aanleiding heeft gegeven tot kritiek. Wilman omschrijft het als volgt: «Strictly speaking this is no more than harmonisation on a voluntary basis. But the fact that the Member States nonetheless regularly do so underlines the sincerity of the above-mentioned concerns regarding the fragmentation of their respective national legal systems, as this is often the only way to retain a degree of internal coherence and ensure equal treatment. Moreover, this spillover effect can also lead to questions as regards the practical effects of the principle of conferral, which is of fundamental importance in the EU legal order.», zie F. Wilman, *Private Enforcement of EU Law Before National Courts*, Cheltenham, Edward Elgar, 2015, 445-446, 10.44.

[133] Zie F. Sine en I. Verhelst, «Tien jaar antidiscriminatiewetgeving voor de Belgische arbeidsgerechten: wat maakt het verschil?», *Or.* 2017, afl. 5, (2) 17.

[134] Zie al P. Taelman, «De stakingsvordering in de antidiscriminatiewet. Een maat voor niets?», *NJW* 2004, 506 e.v.

[135] Voor een toepassing, zie Voorz. Arbrb. Gent 2 mei 2016, www. unia.be (aanplakking in lokalen van sollicitatie).

[136] Art. 20, § 3, tweede lid Antidiscriminatiewet; art. 18, § 3, tweede lid Antiracismewet; en art. 25, § 3, tweede lid Genderwet.

[137] O.m. Gent (1e k.) 20 januari 2011, *DCCR* 2012, 99, *RW* 2011-12, 874, noot A. D'Espallier en *TGR-TWVR* 2011, 329; Voorz. Arbrb. Brussel 26 november 2019, *Soc.Kron.* 2020, 88; Arbh. Brussel 5 september 2014, www.unia.be; Arbh. Brussel 26 juli 2013, www.unia.be. Vgl. Arbh. Brussel 6 september 2019, www.unia.be (omdat deze maat- regel «geen remediërende meerwaarde biedt»).

[138] Zie ook met de vaststelling dat een stakingsbevel onder verbeurte van een dwangsom volstaat en daarom de gevorderde publicatiemaatregel afwijst: Gent (1e k.) 6 december 2012, AR 2010/AR/264, *Juristenkrant* 2013, afl. 270, 1 (weergave A. D'Espallier en J. Vrielink).

[139] Reeds kritisch: P. Taelman, «De stakingsvordering in de antidiscriminatiewet. Een maat voor niets?», *NJW* 2004, (506) nrs. 37-38; G. Closset-Marchal en J.-Fr. Van Drooghenbroeck, «L'action en cessation en matière de discrimination» in C. Bayart, S. Sottiaux en S. Van Drooghenbroeck (eds.), *De nieuwe federale antidiscriminatiewetten,* Brugge, die Keure, 2007, (361) nr. 39.

[140] Arbrb. Gent 25 oktober 2016, www.unia.be.

[141] Zie ook met deze vaststelling: S. Benedi Lahuerta, «Taking EU Equality Law to the Next Level: in Search of Coherence», *European Labour LJ* 2016, 348 e.v.

in het leven, afhankelijk van de discriminatiegrond. Zo voorziet het recente voorstel van Richtlijn inzake loontransparantie in een bijzonder regime voor discriminatie op grond van geslacht, weliswaar niet voor deze discriminatiegrond in het algemeen, maar enkel voor een specifieke materie, namelijk het recht op gelijke beloning.[142] Het resultaat is een *gefragmenteerd juridisch kader*, een fenomeen dat in het privaatrecht al in 1991 door W. van Gerven als de «verkokering» van het recht is gehekeld.[143] Op nationaal niveau is tevens onze complexe staatsstructuur een oorzaak van deze «verkokering» van het antidiscriminatierecht, met bijzondere antidiscriminatiebepalingen op deelstatelijk niveau, te onderscheiden van de federale antidiscriminatiewetgeving.[144] Deze wildgroei aan bijzondere regimes, waardoor de antidiscriminatiewetgeving aan coherentie, toegankelijkheid en doeltreffendheid inboet, leidt tot een versnipperd, complex en weinig transparant wettelijk kader dat de afdwinging van het non-discriminatiebeginsel in private rechtsverhoudingen bemoeilijkt.

Een tweede reden voor het gemengd beeld dat bij de evaluatierapporten naar voren komt, schuilt mogelijk in het feit dat voor de afdwinging van het non-discriminatiebeginsel in private rechtsverhoudingen tot dusver zelden verder wordt gekeken dan de bepalingen uit de antidiscriminatiewetgeving (*lex specialis*), waardoor het nut van de gemeenrechtelijke werking van het privaatrecht (*lex generalis*) op dit punt in belangrijke mate onderbelicht blijft. Anders gezegd, de afdwinging van antidiscriminatiewetgeving heeft zich vandaag ontwikkeld tot een op zichzelf staand leerstuk binnen een specifiek vakgebied, dat de *connectie* met zijn wortels uit het privaatrecht in belangrijke mate lijkt verloren te hebben. Hoewel de afdwinging van de antidiscriminatiewetgeving in private rechtsverhoudingen inderdaad hoofdzakelijk een vraag van privaatrecht blijft, is dit nog onvoldoende vanuit deze invalshoek – en tot dusver al te vaak door een publiekrechtelijke bril – benaderd. Er zijn immers aanwijzingen dat het privaatrecht, dat als *lex generalis* werkt ten aanzien van de antidiscriminatiewetgeving, op sommige punten oplossingen, sleutels of aanknopingspunten biedt die de afdwinging van het non-discriminatiebeginsel in private rechtsverhoudingen een nieuwe impuls kan geven.[145] In plaats van uitsluitend oog te hebben voor de specifieke bepalingen uit de antidiscriminatiewetgeving, zou de afdwinging van de antidiscriminatiewetgeving in private rechtsverhoudingen inderdaad meer kunnen steunen op de knowhow van het privaatrecht. Op het vlak van bewijsvoering en sancties is het privaatrecht over het algemeen immers meer ontwikkeld dan onze antidiscriminatiewetgeving, maar de evoluties en oplossingen die het privaatrecht op dit punt aanreikt, zijn tot nog toe niet of onvoldoende doorgesijpeld naar het antidiscriminatierecht. Uiteraard biedt het privaatrecht geen uitweg om alle knelpunten op dit punt weg te nemen, maar dat verhindert niet dat de gemeenrechtelijke werking van het privaatrecht perspectieven biedt die op het vlak van bewijsvoering en sancties kunnen bijdragen aan een meer doeltreffende en evenwichtige afdwinging van het antidiscriminatierecht.[146]

V. Perspectieven uit het privaatrecht voor een meer bevredigende uitkomst

A. Perspectieven voor een meer evenwichtige bewijsvoering

22. *Overzicht* – Hoewel de antidiscriminatiewetgeving de bewijsstandaard aanzienlijk verlaagt voor de persoon die meent slachtoffer te zijn van discriminatie, is vastgesteld dat het vermeende slachtoffer niet zelden in een situatie van bewijsnood verkeert (*supra* nr. 14). Uiteraard is het mogelijk om hieraan tegemoet te komen via een wetswijziging. Toch biedt het huidig privaatrecht al mogelijkheden om verschillende knelpunten te remediëren, zonder dat een wetswijziging hiervoor noodzakelijk is. Verschillende mechanismen uit het burgerlijk bewijsrecht kunnen hieraan immers minstens gedeeltelijk remediëren.

Hierna wordt dit geïllustreerd aan de hand van de toepassing van de bewijsmedewerkingsplicht (*infra* nr. 23), het gebruik van ongeoorloofd bewijs na de Antigoontoets (*infra* nr. 24), en – als *ultimum remedium* – de omkering van het bewijsrisico (*infra* nr. 25). Hetzelfde geldt voor de netelige bewijspositie waarin de verweerder kan verkeren (*supra* nr. 14): de toepassing van het burgerlijk bewijsrecht, meer in het bijzonder de verlaging van de bewijsstandaard voor negatieve feiten, biedt perspectief om aan de bewijsnood van de verweerder tegemoet te komen (*infra* nr. 26).

[142] Voorstel voor Richtlijn van het Europees Parlement en de Raad van 4 maart 2021 ter versterking van de toepassing van het beginsel van gelijke beloning van mannen en vrouwen voor gelijke of gelijkwaardige arbeid door middel van beloningstransparantie en handhavingsmechanismen, COM/2021/93 final, met specifieke regels inzake het recht op compensatie (art. 14), sancties (art. 15), bewijslast (art. 16) en toegang tot bewijsmateriaal (art. 17).

[143] W. van Gerven, «Verkokering van het privaatrecht», *TPR* 1991, 1021-1023.

[144] Vgl. in dit verband tevens het complexe overzicht van deelstatelijke wetgeving in voetnoot 10.

[145] Zo is de connectie met het privaatrecht in het Duitse recht veel meer gemaakt, zie o.m. M. Zoppel, *Europäische Diskriminierungsverbote und Privatrecht,* Tübingen, Mohr Siebeck, 2015, 2 e.v.; S. Leible en M. Schlachter (eds.), *Diskriminierungsschutz durch Privatrecht,* München, Sellier, 2006, 210 p.

[146] Deze gedachte is het vertrekpunt van het FWO Project on the Enforcement of Non-Discrimination Law (PENDL, G078520N), gesuperviseerd door I. Samoy (KU Leuven) en P. Foubert (UHasselt).

23. *Bewijsmedewerkingsplicht: garantie op informatie* – Op het vlak van bewijs schuilt een belangrijk struikelblok in het feit dat ondubbelzinnig schriftelijk of materieel bewijs van discriminatie doorgaans *niet beschikbaar* is, en als het al bestaat, dat deze bewijselementen zich veelal in handen van de verweerder bevinden (*supra* nr. 15). Hoewel de rechtspraak van het Hof van Justitie het vermeende slachtoffer van discriminatie geen aanspraak verleent op overlegging van dit bewijsmateriaal (*supra* nr. 15), kan een dergelijke aanspraak in bepaalde gevallen toch op het gemeen bewijsrecht worden gesteund. In het discriminatiecontentieux, dat al te vaak exclusief focust op de specifieke antidiscriminatiewetgeving, is deze mogelijkheid onvoldoende in kaart gebracht.

Een belangrijk aanknopingspunt in dit verband is de *bewijsmedewerkingsplicht,* die naar gemeen recht klassiek een tweeledige invulling krijgt. Ten eerste bestaat er een plicht tot medewerking aan de bewijsvoering op initiatief van de rechter. Die verplichting tot loyale medewerking aan de bewijsvoering vindt haar grondslag in artikel 871 Ger.W. en heeft betrekking op de verhouding tussen partijen en de rechter.[147] Ze houdt in dat partijen de verplichting hebben om loyaal mee te werken aan de onderzoeksmaatregelen die de rechter beveelt.[148] Ten tweede zou er voor procespartijen niet alleen een medewerkingsplicht bestaan ten opzichte van de rechter, maar ook ten aanzien van elkaar, zelfs zonder instructie van de rechter.[149] Tot voor kort was deze algemenere plicht omstreden, omdat sommige auteurs moeilijk konden inzien dat procespartijen met tegenstrijdige belangen zich door de legitieme belangen van de wederpartij tot samenwerking zouden moeten laten leiden.[150] Daar waar de rechtspraak van het Hof van Cassatie geen uitsluitsel gaf, maar wel in de richting van een algemenere medewerkingsplicht leek te evolueren[151], heeft het nieuwe bewijsrecht de controverse beslecht. Artikel 8.4, derde lid BW schrijft een bewijsmedewerkingsplicht tussen partijen voor als volgt: «Alle partijen zijn gehouden om mee te werken aan de bewijsvoering.» Deze veralgemeende medewerkingsplicht heeft een algemeen toepassingsgebied en is ruim tegelijk, omdat de toepassing ervan niet beperkt is tot situaties van bewijsnood.[152] Zij verzacht de regeling van de bewijslast door de partij op wie de bewijs- last niet rust toch te verplichten om haar medewerking aan de bewijsvoering te verlenen. Deze verplichting kan onder meer tot gevolg hebben dat de verweerder informatie moet verschaffen over feiten indien de eiser – op wie de bewijslast rust – zelf over onvoldoende informatie beschikt.[153] Vanzelfsprekend kan dit ook toepassing vinden in discriminatiezaken. Zo kan het vermeende slachtoffer zich op deze bewijsmedewerkingsplicht steunen om de openbaarmaking te verkrijgen van informatie waarover de verweerder beschikt. Indien het vermeende slachtoffer er niet in slaagt om zonder de openbaarmaking van deze informatie feiten aan te tonen die discriminatie kunnen doen vermoeden, dan kan de verweerder zich dus niet achter de bewijslastverdeling verschuilen om een passieve houding in de waarheidsvinding te verantwoorden. Het is bijvoorbeeld denkbaar dat het vermeende slachtoffer zich op deze medewerkingsplicht steunt om de mededeling te verkrijgen van informatie over de aanwerving of kwalificaties van een andere sollicitant bij een vermeende discriminerende afwijzing van een sollicitatie.

Weigert de verweerder om deze informatie kenbaar te maken omdat dit privacy gevoelige gegevens bevat (bv. van de geselecteerde sollicitant), dan levert dit niet alleen een spanning op met zijn bewijsmedewerkingsplicht, maar ook met het recht op bewijs van het vermeende slachtoffer, dat voortvloeit uit het recht op toegang tot de rechter en het recht op een eerlijk proces.[154] Het recht op bewijs omvat immers niet alleen het recht van elke procespartij om bewijzen waarover zij beschikt voor te leg-

[147] B. Allemeersch, *Taakverdeling in het burgerlijk proces,* Antwerpen, Intersentia, 2007, 348; B. Cattoir, *Burgerlijk Bewijsrecht* in *APR,* Mechelen, Kluwer, 2013, 126; D. Mougenot, «La preuve en matière civile – chronique de jurisprudence 2002-2010», *JT* 2011, (593) 595.

[148] Binnen deze verhouding heeft het Hof van Cassatie dit zelfs als een algemeen rechtsbeginsel erkend, zie Cass. 25 september 2000, *Arr. Cass.* 2000, 1424, *Bull.* 2000, 1394, *P&B* 2001, 114, noot K. Wagner en *RW* 2000-01, 1590.

[149] O.m. met deze opvatting, zie B. Allemeersch, *Taakverdeling in het burgerlijk proces,* Antwerpen, Intersentia, 2007, 470; B. Cattoir, *Burgerlijk Bewijsrecht* in *APR,* Mechelen, Kluwer, 2013, 127; D. Mougenot, *La preuve* in *Rép.not. IV. Les obligations*, Brussel, Larcier, 2012, nr. 31; S. Stijns, *Leerboek verbintenissenrecht,* Brugge, die Keu- re, 2020, nr. 210; W. van Gerven en S. Lierman, *Het algemeen deel veertig jaar later,* Mechelen, Kluwer, 2010, 216; P. Van Ommeslaghe, *Traité de droit civil belge,* II. in *coll. H. De Page*, Brussel, Bruylant, 2013, nr. 1651; W. Vandenbussche, *Bewijs en onrechtmatige daad,* Antwerpen, Intersentia, 2017, nrs. 321 e.v.; Th. Vansweevelt en B. Weyts (eds.), *Handboek verbintenissenrecht,* Antwerpen, Intersentia, 2019, nr. 1403.

[150] Zie o.m. B. Samyn, *Privaatrechtelijk bewijs,* Gent, Story Publishers, 2012, 127; L. Cornelis, *Algemene theorie van de verbintenis,* Antwerpen, Intersentia, 2000, 212; E. Forrier, «Goede trouw in geding en bewijs», *TPR* 1990, (503) 504-505.

[151] Voor een overzicht met bespreking, zie B. Allemeersch, I. Samoy en W. Vandenbussche, «Overzicht van rechtspraak. Het burgerlijk bewijsrecht 2000-2013», *TPR* 2015, (1) nrs. 106 e.v. Daarna,

zie o.m. Cass. 7 juni 2019, C.18.0523.N, *RCJB* 2021, 249, noot W. Vandenbussche en *T.Not.* 2021, 82.

[152] Zie ook B. Allemeersch en A.-S. Houtmeyers, «De onderzoeksmaatregelen en het nieuwe burgerlijk bewijsrecht» in P. Taelman en B. Allemeersch (eds.), *Het burgerlijk proces opnieuw hervormd,* Antwerpen, Intersentia, 2019, (97) nr. 15.

[153] In de doctrine wordt hiernaar verwezen als de «bijzondere mededelingsplicht», zie o.m. B. Vanlerberghe, «De verzachting van de regels inzake de bewijslast en de aangepaste bewijsstandaard in geval van bewijsnood: mogelijkheden en grenzen» in J. Rozie, S. Rutten en B. Vanlerberghe (eds.), *Bewijsnood na het vernieuwde bewijsrecht,* Antwerpen, Intersentia, 2020, (27) nr. 12; W. Vandenbussche, *Bewijs en onrechtmatige daad,* Antwerpen, Intersentia, 2017, nr. 334.

[154] Zie bv. al G. Goubleaux, «Le droit à la preuve» in C. Perelman en P. Foriers (eds.), *La preuve en droit,* Brussel, Bruylant, 1981, 228. Recent: Th. Vansweevelt en B. Weyts (eds.), *Handboek verbintenissenrecht,* Antwerpen, Intersentia, 2019, nr. 1388.

gen, maar ook om te verzoeken dat de bewijzen waarover men nog niet beschikt, worden vergaard.[155] Hoewel het recht op eerbiediging van het privéleven en het recht op bescherming van persoonsgegevens een grens kunnen stellen aan de mogelijkheid om informatie te verkrijgen die discriminatie kan doen vermoeden (*supra* nr. 15), is dit niet absoluut. In de loop van de laatste decennia te- kent zich namelijk een tendens af om de bescherming van dergelijke gevoelige informatie te verzoenen met het recht op bewijs, in het bijzonder door een belangenafweging te maken tussen het recht op bescherming van het privéleven en het recht op een eerlijk proces.[156] Rechtsleer heeft verschillende criteria uitgetekend om deze belangenafweging te concretiseren.[157] Alleszins is zeker dat de verwijzing naar het recht op eerbiediging van het privéleven en bescherming van persoonsgegevens niet per definitie, in alle gevallen, een legitiem verweer is om de openbaarmaking van informatie te weigeren. Zeker wanneer de aard van de informatie geen betrekking heeft op de meest intieme en gevoelige aspecten van de persoon, het gebruik van die informatie geen bijzondere risico's met zich meebrengt voor die persoon en die informatie noodzakelijk is ter beslechting van het geschil, lijkt de weigering om deze informatie over te maken niet evenredig. Daarvan zou sprake kunnen zijn bij informatie over de aanwerving of kwalificaties van een andere sollicitant bij een vermeende discriminerende afwijzing van een sollicitatie.

De bewijsmedewerkingsplicht vormt een garantie op informatie, maar waarborgt niet het verkrijgen van bewijs. Wanneer de informatie vervat ligt in een welbepaald (bewijs)stuk, dan kan de rechter op grond van artikel 877 Ger.W. bij wijze van *onderzoeksmaatregel* bevelen dat dit stuk of een eensluidend verklaard afschrift ervan bij het dossier van rechtspleging wordt gevoegd. Over de toe- passing van deze mogelijkheid beslist de rechter vrij.[158] Ook in discriminatiezaken kan het een nuttige maatregel zijn, bijvoorbeeld om stukken uit het aanwervingsdossier te laten overleggen bij een vermeende discriminerende afwijzing van een sollicitatie (bv. het cv van de geselecteerde sollicitant), of om de overlegging te verkrijgen van loonfiches van collega-werknemers bij vermeende loon- discriminatie op basis van geslacht.[159] Indien de werkgever zich verweert op basis van het recht op eerbiediging van het privéleven en bescherming van persoonsgegevens om deze overlegging te weigeren, bestaan overigens mogelijkheden om – tot op zekere hoogte – de vertrouwelijkheid van deze privacygevoelige informatie in het kader van de bewijsvoering te waarborgen. Artikel 879 Ger.W. bepaalt immers dat de rechter de *wijze* bepaalt waarop de overlegging gebeurt. Op grond hiervan is het bijvoorbeeld mogelijk om deze overlegging «gemoduleerd» te bevelen, bijvoorbeeld door op te leggen dat in het overgelegde stuk privacy gevoelige informatie wordt weggelaten of persoonsgegevens onleesbaar worden gemaakt (bv. bij een cv van een geselecteerde sollicitant of kandidaturen van potentiële huurders).[160]

24. *Ongeoorloofd bewijs: toepassing van Antigoon* – Een ander probleem dat zich op het vlak van de bewijsmiddelen voordoet, is het *ongeoorloofd* karakter ervan. Bewijs is ongeoorloofd wanneer het uit zijn aard onrechtmatig is (bv. wegens vervalsing), dan wel omdat het onrechtmatig verkregen is (bv. wegens schending van het recht op privacy en/of gegevensbescherming of het begaan van een misdrijf, zoals diefstal).[161] Lange tijd werd ongeoorloofd bewijs *ipso facto* uit de debatten geweerd. Sinds het arrest «Antigoon» van 14 oktober 2003, aanvaardt het Hof van Cassatie in strafzaken echter een genuanceerdere sanc- tionering. Volgens dit mijlpaalarrest kan de strafrechter ongeoorloofd bewijs slechts uit de debatten weren wan- neer aan specifieke criteria is voldaan.[162] Nadien kreeg deze rechtspraak, die het Hof van Cassatie verder heeft verfijnd, een wettelijke neerslag in artikel 32 V.T.Sv. In de

[155] B. Allemeersch, *Taakverdeling in het burgerlijk proces,* Antwerpen, Intersentia, 2007, nr. 100; D. Mougenot, *La preuve* in *Rép.Not.* IV, *Les obligations,* Brussel, Larcier, 2012, 70-71.

[156] O.m. B. Allemeersch en W. Vandenbussche, «Bewijs versus geheim in het aansprakelijkheidscontentieux», *TBH* 2013, (1057) 1065;
B. Allemeersch, I. Samoy en W. Vandenbussche, «Overzicht van rechtspraak. Het burgerlijk bewijsrecht 2000-2013», *TPR* 2015, (1) nr. 23;
B. Vanlerberghe en S. Rutten, «Vertrouwelijkheid en bewijs» in *Het bewijs in het burgerlijk proces,* Brugge, die Keure, 2015,
(143) 153.

[157] Zie m.n. B. Vanlerberghe en S. Rutten, «Vertrouwelijkheid en bewijs» in *Het bewijs in het burgerlijk proces,* Brugge, die Keure, 2015,
(143) 154-160.

[158] Bv. Cass. 1 december 2020, P.20.0573.N, daarvoor al Cass. 2 juni 1977, *Arr.Cass.* 1977, 1019 en *Pas.* 1977, 1012; Cass. 14 december 1995, *Arr.Cass.* 1995, 1128 en *Pas.* 1995, 1165; Cass. 17 juni 2004, *Arr. Cass.* 2004, nr. 337 en *Pas.* 2004, nr. 337; Cass. 28 juni 2012, *Arr.Cass.* 2012, 1779. Deze mogelijkheid kan evenwel enkel toepassing vinden wanneer de bewijsstukken precies bepaald zijn en niet wanneer het niet duidelijk is over welke bewijsstukken de verweerder beschikt (bv.
B. Vanlerberghe, «Actualia inzake de bewijsvoering, de overlegging van stukken en het deskundigen onderzoek» in *CBR Jaarboek 2006- 07,* Antwerpen, Intersentia, 2007, 464, nr. 6).

[159] J. Ringelheim en V. van der Plancke, «Prouver la discrimination en justice» in J. Ringelheim en P. Wautelet (eds.), *Comprendre et pratiquer le droit de la lutte contre les discriminations,* Anthémis, Luik, 2018, (137) nr. 45.

[160] B. Allemeersch en W. Vandenbussche, «Bewijs versus geheim in het aansprakelijkheidscontentieux», *TBH* 2013, (1057) 1071-1072.

[161] O.m. J. Van Doninck, *Het lot van onrechtmatig bewijs,* Antwerpen, Intersentia, 2020, 1 e.v.; B. Cattoir, *Nieuw burgerlijk bewijsrecht* in *Recht en Praktijk,* nr. 104, Mechelen, Kluwer, 2020, nr. 100;
B. Allemeersch, I. Samoy en W. Vandenbussche, «Overzicht van rechtspraak. Het burgerlijk bewijsrecht 2000-2013», *TPR* 2015, (1) nr. 49;
Th. Vansweevelt en B. Weyts (eds.), *Handboek verbintenissenrecht,* Antwerpen, Intersentia, 2019, nr. 1390.

[162] Volgens het arrest kan dit slechts worden geweerd «hetzij wanneer de naleving van bepaalde vormvoorwaarden voorgeschreven wordt op straffe van nietigheid, hetzij wanneer de begane onrechtmatigheid de betrouwbaarheid van het bewijs heeft aangetast, hetzij wanneer het gebruik van het bewijs in strijd is met het recht op een eerlijk proces» (Cass. 14 oktober 2003, P.03.0762.N, *Arr.Cass*. 2003, 1862, *NJW* 2003,
1367, *Pas*. 2003, 1607, concl., *RABG* 2004, 333, noot F. Schuermans,
RABG 2018, 670, noot M. Rozie, *RCJB* 2004, 405, F. Kuty, *Rev.dr.pén*.
2004, 617, concl., *RW* 2003-04, 814, concl. en *T.Strafr*. 2004, 129, noot
P. Traest).

feitenrechtspraak is zij inmiddels goed ingeburgerd.[163] Of deze rechtspraak ook analogisch toe te passen is in burgerlijke zaken, bleef lange tijd onzeker. Het was wachten op een principsarrest van 14 juni 2021, waarin het Hof van Cassatie in de volgende overwegingen alle twijfel wegnam: «Behoudens wanneer de wet uitdrukkelijk anders bepaalt, kan het gebruik van onrechtmatig verkregen bewijs in burgerlijke zaken slechts worden geweerd indien de bewijsverkrijging de betrouwbaarheid van het bewijs aantast of indien hierdoor het recht op een eerlijk proces in gevaar wordt gebracht. De rechter dient hierbij rekening te houden met al de omstandigheden van de zaak, waaronder de wijze waarop het bewijs werd verkregen, de omstandigheden waarin de onrechtmatigheid werd begaan, de ernst van de onrechtmatigheid en de mate waarin hierdoor het recht van de wederpartij werd geschonden, de bewijsnood van de partij die de onrechtmatigheid beging en de houding van de wederpartij».[164]

Het spreekt voor zich dat deze rechtspraak ook toepassing kan vinden in discriminatiezaken. Te denken valt aan een vermeend slachtoffer dat het vermoeden van discriminatie zou kunnen aantonen via een heimelijk gemaakte opname van een telefoongesprek met de verweerder. Ofschoon dit onrechtmatig verkregen bewijs kan uitmaken wegens een inbreuk op het recht op privacy van de verweerder[165], hoeft dergelijk bewijs op basis van deze cassatierechtspraak niet per definitie uit de debatten te worden geweerd. Er is al feitenrechtspraak over heimelijk gemaakte telefoonopnames in discriminatiezaken die in deze richting gaat.[166] Niettemin zijn de belangen van de verweerder, in het bijzonder zijn recht op een eerlijk proces, niet uit het oog te verliezen. Deze antigoonrechtspraak is dus geen vrijgeleide om eender welk onrechtmatig (verkregen) bewijs in de debatten te houden. Op basis van de criteria aangereikt door het Hof van Cassatie, is het aan de feitenrechtspraak en de rechtsleer om de concrete krijtlijnen uit te tekenen waarbinnen dit mogelijk is.[167] Vast staat wel dat deze cassatierechtspraak het vermeende slachtoffer van discriminatie een bijkomende piste aanreikt om vanuit de netelige bewijspositie waarin hij of zij soms verkeert, feiten aan te tonen die discriminatie kunnen doen vermoeden. Ook op dit punt biedt de toepassing van het gemeen burgerlijk bewijsrecht aldus mogelijkheden die verder reiken dan wat de antidiscriminatiewetgeving of het Unierecht op dit punt voorschrijven.

25. *Bewijsnood vermeende slachtoffer: omkering bewijsrisico* – Sinds het nieuw bewijsrecht is het de rechter toegestaan om, in uitzonderlijke gevallen, de *bewijslast om te keren*. Ook dit biedt mogelijkheden om, als *ultimum remedium,* aan de bewijsnood van het vermeende slachtoffer van discriminatie tegemoet te komen. De omkering van de bewijslast is een vergaande ingreep, reden waarom de wetgever dit met strenge voorwaarden heeft omkaderd.[168] Artikel 8.4, vijfde lid BW verankert deze mogelijkheid als volgt: «De rechter kan, bij een met bijzondere redenen omkleed vonnis, in het licht van uitzonderlijke omstandigheden, bepalen wie de bewijslast draagt wanneer de toepassing van de in de vorige leden opgelegde regels kennelijk onredelijk zou zijn. De rechter kan slechts gebruik maken van deze mogelijkheid wanneer hij alle nuttige onderzoeksmaatregelen heeft bevolen en erover gewaakt heeft dat de partijen meewerken aan de bewijsvoering, zonder op die manier voldoende bewijs te verkrijgen.»

Uit deze strenge voorwaarden volgt dat de rechter deze mogelijkheid slechts met omzichtigheid kan toepassen, met name bij uitzonderlijke omstandigheden en slechts wanneer de regels inzake de bewijslast tot een kennelijk onredelijk resultaat zouden leiden. De louter materiële onmogelijkheid om het bewijs te leveren is dan ook geen automatisch reden om de bewijslast om te keren.[169] Ook niet elke situatie van bewijsnood kan aanleiding geven

[163] Recentelijk over deze evolutie en de doorwerking ervan in de feitenrechtspraak, zie bv. M. Dall'Armellina en S. Hardy, «La régularité de la preuve en droit civil et en droit pénal» in *Responsabilité civile et responsabilité pénale,* Luik, Anthemis, 2021, (453) 468; J. Van Doninck, *Het lot van onrechtmatig bewijs,* Antwerpen, Intersentia, 2020, 15 e.v.

[164] Cass. 14 juni 2021, C.20.0418.N, *JT* 2021, 551, noot D. Mougenot, *JLMB* 2021, 1470, noot en *P&B* 2021, 175. Bevestigd door Cass. 16 december 2021, C.18.0314.N.

[165] Voor deze invulling aan de hand van feitenrechtspraak, zie B. Allemeersch, I. Samoy en W. Vandenbussche, «Overzicht van rechtspraak. Het burgerlijk bewijsrecht 2000-2013», *TPR* 2015, (1) nr. 60.

[166] Voor de aanvaarding dat de transcriptie door de gerechtsdeurwaarder van een heimelijk gemaakte opname van een telefoongesprek een vermoeden van discriminatie kan bewijzen, zie Brussel (4e k.) 28 september 2020, *JT* 2020, 872, noot N. Bernard (hoewel de geoorloofdheidsvraag (in graad van beroep) niet aan bod komt). Voor een afweging of een heimelijk gemaakte opname van een telefoongesprek een inbreuk vormt op het privéleven, met de conclusie dat de opname niet uit de debatten moet worden geweerd, zie treffend Voorz. Rb. Brussel 16 juli 2014, *JT* 2015, 20. Voor een andere opvatting, zie
Arbrb. Luik 17 februari 2020, www.unia.be.

[167] Voor een bespreking, zie M. Schouteden, «Antigoon in een nieuw, burgerrechtelijk jasje: klaar voor de catwalk?», *TBBR* 2022 (te verschijnen); D. Mougenot, «Utilisation des preuves irrégulières en justice: Antigone se met en tenue civile», *JT* 2021, 537 e.v. ; J. Van Doninck, «Het lot van onrechtmatig bewijs in civiele zaken: dat geeft te denken», *RW* 2021-22, 1090 e.v.

[168] Uitvoeriger hierover, zie o.m. B. Cattoir, *Nieuw burgerlijk bewijsrecht* in *Recht en Praktijk,* nr. 104, Mechelen, Kluwer, 2020, 62 e.v.; V. Ronneau, «Objet, charge et degré de preuve» in C. Biquet-Mathieu (ed.), *La réforme du droit de la preuve* in CUP nr. 193, Luik, Anthémis, 2019, (15) nrs. 15 e.v.; B. Vanlerberghe, «De verzachting van de regels inzake de bewijslast en de aangepaste bewijsstandaard in geval van bewijsnood: mogelijkheden en grenzen» in J. Rozie, S. Rutten en B. Vanlerberghe (eds.), *Bewijsnood na het vernieuwde bewijsrecht,* Antwerpen, Intersentia, 2020, (27) nrs. 27-36; Th. Vansweevelt en
B. Weyts (eds.), *Handboek verbintenissenrecht,* Antwerpen, Intersentia, 2019, nr. 1407; B. Allemeersch en A.-S. Houtmeyers, «De onderzoeksmaatregelen en het nieuwe burgerlijk bewijsrecht» in P. Taelman en B. Allemeersch (eds.), *Het burgerlijk proces opnieuw hervormd,* Antwerpen, Intersentia, 2019, (97) 103 e.v. Zie ook al: W. Vandenbussche, *Bewijs en onrechtmatige daad,* Antwerpen, Intersentia, 2017, nrs. 807 e.v.

[169] MvT, *Parl.St.* Kamer 2018-19, nr. 54-3349/001, 14.

tot een omkering van de bewijslast.[170] Zo ook kan de zwakke bewijspositie waarin het vermeende slachtoffer van discriminatie zich bevindt, niet automatisch als een omstandigheid worden beschouwd die de omkering van de bewijslast rechtvaardigt. In dit verband is een even- wicht te bewaken tussen de bescherming van de belangen van de eiser en deze van de verweerder.

Een omkering van de bewijslast in discriminatiezaken lijkt bijvoorbeeld denkbaar wanneer het vermeende slachtoffer over onvoldoende informatie beschikt om zijn eis aan te kleden, terwijl de verweerder – met miskenning van zijn veralgemeende medewerkingsplicht (*supra* nr. 23) – foutief weigert om de informatie mee te delen waarover hij beschikt.[171] Hetzelfde is denkbaar in een geval van bewijsasymmetrie – d.i. de situatie waarin het vermeende slachtoffer anders dan de verweerder niet over de nodige bewijsstukken beschikt – en de verweerder foutief weigert om deze bewijsstukken over te maken.[172] In beide gevallen zou het kennelijk onredelijk zijn om het bewijsrisico bij het vermeende slachtoffer te laten liggen. De bewijslast kan dan worden omgekeerd, zodat het aan de verweerder toekomt om te bewijzen dat er geen discriminatie is, zelfs al slaagt het vermeende slachtoffer er niet in om feiten aan te voeren die discriminatie kunnen doen vermoeden. Deze sanctionering van de foutieve weigering van de verweerder om informatie te verschaffen of bewijsstukken over te maken geeft het vermeende slachtoffer een sleutel in handen die de afdwinging van het non-discriminatiebeginsel faciliteert. Tegelijk gaat dit verder dan de rechtspraak van het Hof van Justitie, die een dergelijke weigering in hoofde van de verweerder enkel als een factor beschouwt waarmee rekening kan worden gehouden bij de vaststelling van feiten die discriminatie kunnen doen vermoeden (*supra* nr. 15). Anders dan de regeling van de bewijslast zoals die is neergelegd in de antidiscriminatiewetgeving, gaat het hier niet om een bewijslast*verdeling* maar om een daadwerkelijke *omkering* van de bewijslast. Hoewel de antidiscriminatiewetgeving als *lex specialis* in een bewijslastverdeling voorziet, lijkt het ons niet uitgesloten om op deze mogelijkheid uit het gemeen recht beroep te doen om de houding van de verweerder, gelegen in een foutieve weigering om informatie te verschaffen of bewijsstukken over te maken, te beteugelen.

26. *Bewijsnood verweerder: verlaging bewijsstandaard* – Zodra het slachtoffer feiten aantoont die discriminatie kunnen doen vermoeden, moet de verweerder overeenkomstig de gemeenrechtelijke bewijsstandaard bewijzen dat er van discriminatie geen sprake is, wat een redelijke mate van zekerheid vereist (art. 8.5 BW). In principe vergt dit geen wetenschappelijke of absolute (100%) zekerheid, maar wel dat het bewijs in die mate wordt geleverd dat de rechter elke redelijke twijfel uitsluit.[173] Niet zelden blijkt het voor de verweerder evenwel geen sinecure om met deze mate van zekerheid aan te tonen dat er geen discriminatie is, zodat de verweerder op zijn beurt in een situatie van bewijsnood kan verkeren (*supra* nr. 14). Ook hier biedt het burgerlijk bewijsrecht een aanknopingspunt om plaats te maken voor een meer evenwichtige bewijsvoering.

In navolging van het Hof van Cassatie[174], aanvaardt het nieuw bewijsrecht immers een *verlaging van de bewijsstandaard* voor het bewijs van *negatieve feiten.* Van een negatief feit is sprake indien de persoon die de bewijslast draagt, moet aantonen dat iets niet heeft plaatsgevonden. Artikel 8.6, eerste lid BW bepaalt hierover wat volgt: «(...) hij die de bewijslast draagt van een negatief feit, (kan) genoegen nemen met het aantonen van de waarschijnlijkheid van dat feit». Dit betekent niet dat de persoon op wie de bewijslast rust, wordt vrijgesteld van de bewijslast of dat de bewijslast wordt omgekeerd. De persoon die de bewijslast van het negatief feit draagt, hoeft dat bewijs niet met zekerheid aan te tonen, maar kan volstaan met het bewijs dat het feit *waarschijnlijk* niet heeft plaatsgevonden. Van deze waarschijnlijkheid is sprake wanneer ernstige elementen in het dossier de aanvoeringen ondersteunen en alternatieven, hoewel niet onmogelijk, ongeloofwaardig lijken.[175] Dezelfde verlaging van de bewijsstandaard is aanvaard voor positieve feiten «waarvan het

[170] B. Vanlerberghe, «De verzachting van de regels inzake de bewijslast en de aangepaste bewijsstandaard in geval van bewijsnood: mogelijkheden en grenzen» in J. Rozie, S. Rutten en B. Vanlerberghe (eds.), *Bewijsnood na het vernieuwde bewijsrecht,* Antwerpen, Intersentia, 2020, (27) nr. 28; Th. Vansweevelt en B. Weyts (eds.), *Handboek verbintenissenrecht,* Antwerpen, Intersentia, 2019, nr. 1408.

[171] Algemeen over de toepassing van deze mogelijkheid bij wijze van sanctie, zie MvT, *Parl.St.* Kamer 2018-19, nr. 54-3349/001, 15; W. Vandenbussche, «Het nieuwe bewijsrecht: gevolgen voor het aansprakelijkheidsrecht» in Th. Vansweevelt en B. Weyts (eds.), *Het nieuwe bewijsrecht ALLIC V,* Antwerpen, Intersentia, 2020, 51, nr. 19;
B. Vanlerberghe, «De verzachting van de regels inzake de bewijslast en de aangepaste bewijsstandaard in geval van bewijsnood: mogelijkheden en grenzen» in J. Rozie, S. Rutten en B. Vanlerberghe (eds.), *Bewijsnood na het vernieuwde bewijsrecht,* Antwerpen, Intersentia, 2020, (27) nr. 28.

[172] Th. Vansweevelt en B. Weyts (eds.), *Handboek verbintenissenrecht,* Antwerpen, Intersentia, 2019, nr. 1411; B. Vanlerberghe,
«De verzachting van de regels inzake de bewijslast en de aangepaste bewijsstandaard in geval van bewijsnood: mogelijkheden en grenzen» in J. Rozie, S. Rutten en B. Vanlerberghe (eds.), *Bewijsnood na het vernieuwde bewijsrecht,* Antwerpen, Intersentia, 2020, (27) nr. 29.

[173] MvT, *Parl.St.* Kamer 2018-19, nr. 54-3349/001, 16; B. Cattoir, *Nieuw burgerlijk bewijsrecht* in *Recht en Praktijk,* nr. 104, Mechelen, Kluwer, 2020, 48-49; S. Stijns, *Leerboek verbintenissenrecht,* Boek 2, Brugge, die Keure, 2020, nr. 226; D. Mougenot, *La preuve* in *Rép.not.*
IV. *Les obligations*, Brussel, Larcier, 2012, nr. 17; W. Vandenbussche, *Bewijs en onrechtmatige daad,* Antwerpen, Intersentia, 2017, nrs. 127 en 722.

[174] Bv. Cass. 16 december 2004, C.03.0407.N, *Arr.Cass.* 2004, 2081, *Pas.* 2004, 2022, *JLMB* 2006, 1168, *NJW* 2006, 316, *RGAR* 2006, nr. 14.161, *RW* 2004-05, 1553, noot H. Nys en *T.Gez.* 2004-05, 299, noot S. Lierman; Cass. 26 november 2010, C.09.0586.N, *Arr.Cass.* 2010, 2940, *Pas.* 2010, 3022; Cass. 18 november 2011, C.10.0649.F, *Arr.Cass.* 2011, 2354, *Pas.* 2011, 2558, *JLMB* 2012, 186 en *TBBR* 2013, 516.

[175] MvT, *Parl.St.* Kamer 2018-19, nr. 54-3349/001, 17 (waar sprake is van een zekerheidspercentage van ongeveer 75%).

vanwege de aard zelf van het te bewijzen feit niet mogelijk of niet redelijk is om een zeker bewijs te verlangen» (art. 8.6, tweede lid BW). Aldus biedt artikel 8.6, tweede lid BW een oplossing voor tal van specifieke gevallen van bewijsnood bovenop de reeds aanvaarde lagere bewijs- standaard voor negatieve feiten.[176]

Op het eerste gezicht is onduidelijk of deze verlaging van de bewijsstandaard ook toe te passen is in discriminatiezaken op het door de verweerder te leveren tegenbewijs, dat eruit bestaat dat er geen discriminatie is. Klassiek kwalificeert de rechtsleer dit tegenbewijs immers niet als een negatief feit.[177] Ook in de parlementaire voorbereiding van de antidiscriminatiewetgeving bleek deze kwalificatie al controversieel.[178] Niettemin, zelfs wanneer het tegenbewijs niet als een negatief feit te beschouwen zou zijn, dan nog is er plaats voor de toepassing van artikel 8.6, *tweede* lid BW. Deze bepaling laat een verlaging van de bewijsstandaard toe wanneer het in de concrete omstandigheden niet redelijk is om van de verweerder te verlangen dat hij het tegenbewijs met zekerheid bewijst.[179] De mogelijkheid om de bewijsstandaard in dat geval te verlagen doet geen afbreuk aan de bescherming van de belangen van het vermeende slachtoffer: zijn of haar bewijsstandaard blijft ongewijzigd, namelijk feiten aantonen die discriminatie kunnen doen vermoeden.[180]

Hiermee biedt artikel 8.6 BW een opening voor een meer evenwichtige bewijsvoering, die niet alleen waakt over de bescherming van de belangen van het vermeende slachtoffer, maar ook over deze van de verweerder die zich in de concrete omstandigheden in een situatie van bewijsnood bevindt.

B. Perspectieven voor de diversifiëring van het sanctieapparaat

27. *Opening via herstel in natura* – Een van de pijnpunten die op het vlak van het sanctieapparaat zijn vastgesteld, is het weinig creatief en eenzijdig karakter van de sancties die de antidiscriminatiewetgeving voorschrijft (*supra* nr. 18). Uiteraard is het mogelijk om dit sanctie- apparaat via een wetswijzing uit te breiden door de in- voering van nieuwe, bijkomende sancties, afgestemd op het discriminatiecontentieux.[181] Toch biedt het huidig wettelijk kader al aanknopingspunten voor een diversifiëring van dit sanctiearsenaal, zonder dat hiervoor een wettelijke ingreep noodzakelijk is. Meer in het bijzonder biedt de antidiscriminatiewetgeving het slachtoffer de mogelijkheid om vergoeding te vorderen overeenkomstig het gemeen aansprakelijkheidsrecht (*supra* nr. 12). Vandaag wordt hiervoor *quasi* automatisch en uitsluitend aan schadevergoeding gedacht. Nochtans is binnen het aansprakelijkheidsrecht, op grond van artikelen 1382-1383 oud BW, in de woorden van het Hof van Cassatie, «herstel in natura (...) de normale wijze van vergoeding van schade».[182] Naar gemeen recht is schadeherstel dus allerminst tot schadevergoeding beperkt.[183] Hetzelfde moet gelden binnen het antidiscriminatierecht: hoewel de antidiscriminatiewetgeving enkel aan «schadevergoe-

[176] B. Vanlerberghe, «De verzachting van de regels inzake de bewijslast en de aangepaste bewijsstandaard in geval van bewijsnood: mogelijkheden en grenzen» in J. Rozie, S. Rutten en B. Vanlerberghe (eds.), *Bewijsnood na het vernieuwde bewijsrecht,* Antwerpen, Inter- sentia, 2020, (27) nr. 37.

[177] Bv. J. Ringelheim en V. van der Plancke, «Prouver la discrimination en justice» in P. Wautelet en J. Ringelheim (eds.), *Comprendre et pratiquer la driot de la lutte contre les discriminations,* CUP nr. 184, Luik, Anthemis, 2018, (137) nr. 8. Zie ook I. Rorive en V. van der Plancke, «Quels dispositifs pour prouver la discrimination?» in C. Bayart, S. Sottiaux en S. Van Drooghenbroeck (eds.), *Les nouvelles lois luttant contre la discrimination,* Brugge, die Keure, 2008,
(415) 428-430.

[178] Zie bv. MvT, *Parl.St.* Kamer 2006-07, nr. 51-2722/001, 65, waar in antwoord op het advies van de Raad van State wordt verduidelijkt:
«Voor alle duidelijkheid wordt opgemerkt dat dit principe niet veronderstelt dat de auteur van het onderscheid een negatief bewijs levert: het vermoeden van discriminatie kan eenvoudig weerlegd worden door aan te geven op grond van welke legitieme criteria de aangeklaagde beslissing werd getroffen.»

[179] De verweerder kan door de concrete omstandigheden in een situatie terechtkomen waarin hij dit vermoeden enkel met een negatief bewijs kan weerleggen of het alleszins bijzonder moeilijk is om met positieve feiten een zeker tegenbewijs te leveren, vgl. Adv.RvS nr. 42.399/1, *Parl.St.* Kamer 2006-07, nr. 51-2720/008, 7, waarin over de mogelijkheid om de bewijsstandaard voor negatieve feiten te verlagen wordt gezegd: «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.»

[180] Bovendien kan de verweerder voor het bewijs van een negatief feit niet volstaan met bewijs door aannemelijkheid; hij moet de bewijsstandaard van de waarschijnlijkheid respecteren, zie Cass. 26 november 2010, C.09.0584.N, *Arr.Cass.* 2010, 2840.

[181] Voor een overzicht, zie bv. R. Iordache en I. Ionescu, «Discrimination and its Sanctions – Symbolic vs. Effective Remedies in Euro- pean Anti-discrimination Law», *European Anti-Discrimination Law Review* 2014, 11 e.v.; I. Chopin en C. Germaine, *A comparative analysis of non-discrimination law in Europe 2019*, European Commission, Publications Office of the EU, 2019, 99-103; C. Tobler, *Remedies and Sanctions in EC non-discrimination law*, European Network of Legal Experts in the non-discrimination field, European Commission, Publications Office of the EU, 2005, 48 p.

[182] Cass. 3 april 2017, S.16.0039.N, *RW* 2017-18, 1414, noot P. Dion en Y. Stevens, *JLMB* 2018, 1892, noot P. Wéry, *JTT* 2017, 293, *RGAR* 2018, nr. 15.521 en *Soc.Kron.* 2018, 303; Cass. 25 november 2020, P.20.0808.F, *TBBR* 2021, 306, noot S. De Rey en P. Wéry; Cass. 26 november 2021, C.20.0578.F; Cass. 2 maart 2022, P.21.1030.F. Ook voor contractuele schade is herstel in natura aanvaard, zie Cass. 3 oktober 2019, C.17.0621.N, *TBBR* 2020, 84, noot S. De Rey, *RW* 2020-21, 136,
noot S. De Rey en *RGAR* 2020, nr. 15.681, noot.

[183] Uitvoerig: S. De Rey, *Herstel in natura,* Brugge, die Keure, 2019, 927 p. Van dezelfde auteur, zie «La réparation en nature dans les deux ordres de la responsabilité civile» in P. Wéry (ed.), *Les rapports entre responsabilité contractuelle et responsabilité extracontractuelle* in C.U.P. vol. 198, Luik, Anthemis, 2020, 129 e.v.

ding» refereert[184], moet ook het slachtoffer van discriminatie, indien het zich beroept op de mogelijkheid om vergoeding te eisen volgens het gemeen aansprakelijkheidsrecht, herstel in natura kunnen vorderen.[185] Deze mogelijkheid die het gemeen aansprakelijkheidsrecht biedt, is tot dusver onvoldoende doorgesijpeld naar het antidiscriminatiecontentieux.

Volgens het Hof van Cassatie is herstel in natura te definiëren als de toekenning van een non-pecuniair equivalent voor het gekrenkte belang.[186] Het is een minder rigide en meer creatieve wijze van schadeloosstelling die soms meer op de aard van de schade en de behoeften van partijen is afgestemd. Het biedt een aanknopingspunt om zonder wettelijke ingreep het sanctiearsenaal voor discriminatiezaken te diversifiëren in de zoektocht naar meer doeltreffende, evenredige en afschrikwekkende sancties. Empirische studies wijzen immers uit dat bij reputatieschade of de aantasting van de persoonlijke identiteit of waardigheid, het slachtoffer meer belang kan hechten aan sancties in een andere vorm dan de betaling van een geldsom.[187] Dit geldt in het bijzonder voor morele schade, aangezien deze schade de benadeelde niet (rechtstreeks) in zijn vermogen treft, maar via een schadevergoeding toch vermogensrechtelijk wordt uitgedrukt. Eerder dan een behoefte aan geld, kunnen deze slachtoffers behoefte hebben aan erkenning van hun slachtofferschap, het onrecht dat hen is overkomen en de gevolgen die dit heeft veroorzaakt.[188] In de mate dat discriminatie een inbreuk vormt op de persoonlijkheid van het slachtoffer, is het aannemelijk dat deze behoefte ook bestaat in discriminatiezaken.

In een recent arrest lijkt het Hof van Justitie deze vaststelling te onderschrijven. In *Braathens Regional Aviation AB* was een nationale bepaling aan de orde die de rechter belette om het bestaan van discriminatie te beoordelen indien de verweerder bereid is om schadevergoeding te betalen zonder te erkennen dat er sprake is van discriminatie. «Wanneer het om immateriële schade gaat», zo concludeert de advocaat-generaal, volstaat «in het algemeen (...) de betaling van een geldsom op zich niet om de geleden schade te compenseren. Zoals de Ombudsman betoogt, is het belang van (...) de meeste discriminatieslachtoffers die hij vertegenwoordigt, niet in de eerste plaats van financiële orde.»[189] De beslissing van het Hof sluit hier naadloos op aan: «(...) de betaling van een geldbedrag (volstaat) in dit verband niet om te voldoen aan de aanspraken van een persoon die door middel van een vergoeding voor de geleden immateriële schade bovenal de erkenning wenst te verkrijgen dat hij is gediscrimineerd, zodat deze betaling niet kan worden geacht een voor dat doel toereikende herstellende functie te hebben.»[190] Dit arrest bevestigt dat, hoewel schadevergoeding niet totaal irrelevant is, het slachtoffer van discriminatie soms meer belang kan hechten aan een sanctie in een andere vorm dan de betaling van geldsom. Herstel in natura, als meer creatieve wijze van schadeloosstelling, biedt een aanknopingspunt uit het gemeen aansprakelijkheidsrecht om het sanctiearsenaal in discriminatiezaken te diversifiëren, zonder dat een wetswijziging noodzakelijk is.

28. *Publicatie van rechterlijke uitspraak en rechtzetting: ruimere toepassing* – Op basis van het gemeen recht heeft de rechtspraak verschillende toepassingen van herstel in natura aanvaard die ook binnen het discriminatiecontentieux toepasbaar zijn. Zo behoort een verklaring voor recht of de publicatie van de rechterlijke uitspraak tot klassieke toepassingen van herstel in natura.[191] Hieruit volgt dat, hoewel de antidiscriminatiewetgeving enkel in de mogelijkheid tot openbaarmaking van de rechterlijke uitspraak voorziet in het kader van een stakingsvordering (*supra* nr. 11), het slachtoffer ook in een andere procedure de publicatie van het vonnis of arrest (geheel of samengevat, eventueel geanonimiseerd) kan vorderen op basis van herstel in natura via het gemeen aansprakelijkheidsrecht, zonder daarbij onderworpen te zijn aan de wettelijke voorwaarde dat deze publicatie moet bijdragen tot de stopzetting van de discriminatie (vgl. *supra* nr. 20). Onze rechtspraak aanvaardt ook dat een benadeelde op grond van herstel in natura een rechtzetting kan vorderen

[184] Art. 18, § 1, eerste lid Antidiscriminatiewet; art.16, § 1, eerste lid Antiracismewet; art. 23, § 1, eerste lid Genderwet.

[185] Een legalistische interpretatie van de Antidiscriminatiewetgeving die het slachtoffer deze mogelijkheid ontzegt, lijkt in het licht van het gelijkheids- en non-discriminatiebeginsel (artt. 10-11 Gw.) immers moeilijk verdedigbaar. Welke legitieme grond zou namelijk op pertinente en proportionele wijze kunnen verantwoorden dat slachtoffers van discriminatie op basis van het (buiten)contractueel aansprakelijkheidsrecht geen herstel in natura van hun schade kunnen vorderen, terwijl deze mogelijkheid wel bestaat in andere gevallen dan discriminatie?

[186] Cass. 25 november 2020, P.20.0808.F, *TBBR* 2021, 306, noot S. De Rey en P. Wéry; Cass. 26 november 2021, C.20.0578.F.

[187] Bv. L. Hulst en A. Akkermans, «Can Money Symbolize Acknowledgment? How Victims' Relatives Perceive Monetary Awards for their Emotional Harm», *Psychol Inj L* 2011, 245-262.

[188] Bv. R. Carroll en N. Witzleb, «It's not just about the money – Enhancing the Vindicatory Effect of Private Law Remedies», *Monash U L Rev* 2011, 216.

[189] Concl. adv.-gen. bij HvJ 15 april 2021, nr. C-30/19, ECLI:EU:C:2021:269, Braathens Regional Aviation AB, punt 83.

[190] HvJ 15 april 2021, nr. C-30/19, ECLI:EU:C:2021:269, Braathens Regional Aviation AB, punt 49. Vanuit het perspectief van de verweerder voegt het Hof daaraan toe: «Ook kan de verplichting een geldsom te betalen niet worden geacht degene die discrimineert daadwerkelijk af te schrikken, aangezien die verplichting deze persoon er niet toe aanzet zijn discriminerend gedrag niet te herhalen en aldus niet voorkomt dat hij opnieuw discrimineert, wanneer de verweerder, zoals *in casu*, betwist dat er sprake is van enige discriminatie maar het vanuit het oogpunt van de kosten en voor zijn imago voordeliger acht om de door de verzoeker gevorderde schadevergoeding te betalen en op die manier te voorkomen dat de nationale rechter vaststelt dat er sprake is van discriminatie.»

[191] Zie S. De Rey, *Herstel in natura,* Brugge, die Keure, 2019, nrs. 802 e.v. Uitvoerig over de declaratoire vordering en haar functies, zie P. Gillaerts, *De Belgische declaratoire vordering en het niet-vergoedende aansprakelijkheidsrecht,* Antwerpen, Intersentia, 2020, 253 e.v.

van onjuiste of onvolledige informatie.[192] Deze herstelmaatregel heeft tot doel om (een bepaald) publiek te informeren over het onrecht of de onrechtmatigheden die zijn begaan. Interessant in dit verband is een Canadese zaak waarin een werkgever zijn werknemer onrechtmatig had ontslagen wegens onvoldoende rendement. De Canadese *Supreme Court* bevestigde de beslissing die de werkgever veroordeelde om een aanbevelingsbrief te schrijven voor de betrokken werknemer, waarin hij moest aangeven dat het ontslag onrechtmatig was. Dit moest de werknemer helpen bij zijn zoektocht naar een nieuwe baan: *«while an order of additional monetary compensation would clearly be less intrusive upon the appellant's freedom of expression, it would not be an acceptable substitute»*.[193] Deze creatieve maatregel, die als een rechtzetting kan worden beschouwd, is ook denkbaar op basis van herstel in natura in het kader van een discriminerend ontslag. Het kan een meer doeltreffende en afschrikkende sanctie blijken dan schadevergoeding en daardoor een beter antwoord bieden op de door het Unierecht gestelde vereisten.

29. *Excuses: herstel in natura van morele schade* – Een andere originele remedie die het sanctiearsenaal kan diversifiëren, zijn excuses overgemaakt door de discriminator. In de literatuur bestaat sinds een aantal jaren een groeiende aandacht voor de rol van excuses in het recht. Hieruit blijkt dat excuses kunnen voorzien in (1) *compensatie* voor morele schade, (2) *erkenning* van slachtofferschap en leed en (3) *signalering* van onaanvaardbaar gedrag en gedeelde waarden.[194] Empirische studies bevestigen dat excuses, zelfs als ze onvrijwillig worden overgemaakt, helend kunnen werken.[195] Onderzoek toont aan dat ook slachtoffers van discriminatie behoefte kunnen hebben aan excuses wanneer hun identiteit, sociale status of persoonlijke integriteit is aangetast.[196] Bovendien kunnen excuses een heropvoedende en sociaal adaptieve werking hebben. Door zich publiekelijk te verontschuldigen, verbindt de overtreder zich ertoe dit gedrag in de toekomst niet meer te herhalen.[197] In die zin kunnen excuses ook bijdragen aan meer duurzame en toekomstgerichte oplossingen.

In een aantal rechtssystemen maken excuses deel uit van het sanctiearsenaal voor discriminatiezaken. Austra- lië is een treffend voorbeeld.[198] Zo kan de rechter de discriminator krachtens de Anti-Discrimination Act 1977 nr. 48 van New South Wales veroordelen *«to publish an apology (...) and, as part of the order, give directions concerning the time, form, extent and manner of publication of the apology or retraction (or both)» (Section 108(2) (d)»*. Australische rechtspraak past deze wetgeving gewillig toe. Zo hadden twee radiopresentatoren zich tijdens een uitzending discriminerend uitgelaten over homoseksuelen. De rechter veroordeelde hen om hun excuses op vaste tijdstippen in welbepaalde bewoordingen gedurende zeven dagen op de radiozender voor te lezen, terwijl het radiostation zich moest excuseren in vier verschillende kranten.[199] In het Belgische recht klinkt de afdwinging van excuses wat exotisch, maar een toenemend aantal auteurs wil hiervoor graag plaats zien gemaakt.[200] Naar het voorbeeld van buitenlands recht, waarin excuses wor- den gekwalificeerd als *«compensation in a non-pecuniary way»*, *«non-physical damages»* of *«compensation on a mental level»*[201], hebben deze auteurs hiervoor als aanknopingspunt de artikelen 1382-1383 oud BW aange- reikt, die aanspraak verlenen op herstel in natura. In die opvatting kan het slachtoffer van een onrechtmatige daad excuses eisen als een vorm van herstel in natura voor morele schade. In een arrest van 26 november 2021 lijkt het Hof van Cassatie deze kwalificatie te hebben aanvaard.[202]

[192] O.m. Brussel 29 oktober 2002, *RW* 2004-05, 1467; Antwerpen 25 september 2005, *TBBR* 2001, 618; Rb. Brussel 12 maart 1996, *AM* 1996, 449, noot F. Ringelheim. Zie S. De Rey, *Herstel in natura,* Brugge, die Keure, 2019, nrs. 530 e.v.

[193] Supreme Court Canada 4 mei 1989, Slaight Communications Incorporated/Ron Davidson, SCR 1989, 1038.

[194] Bv. G. van Dijck, «The Ordered Apology» *OJLS* 2017, (562) 573-574.

[195] O.a. A. Allan, «Apology in Civil Law: A Psycho-Legal Perspective», *Psychiatry, Psychology and Law* 2007, (5) 6; A. Allan, «Functional Apologies in Law», *Psychiatry, Psychology and Law* 2008, (369) 375;
C.P. Reinders Folmer, P. Mascini en J.M. Leunissen, «Rethinking Apology in Tort Litigation Deficiencies in Comprehensiveness Undermine Remedial Effectiveness», *Rev L Econ* 2019, nr. 20180042.

[196] Bv. A. Allan, D. McKillop en R. Carroll, «Parties' Perceptions of Apologies in Resolving Equal Opportunity Complaints», *Psychiatry, Psychology and Law* 2010, 538.

[197] Zie A. Allan, «Apology in Civil Law: A Psycho-Legal Perspective», *Psychiatry, Psychology and Law* 2007, (5) 6-7; R. Carroll, «Beyond Compensation: Apology as a Private Law Remedy» in J. Berryman en R. Bigwood (eds.), *The Law of Remedies. New directions in the common law,* Irwin Law Inc, 2010, (323) 365-366.

[198] Voor een overzicht, zie bv. R. Carroll, «The ordered «Apology» as a Remedy under Anti-Discrimination Legislation in Australia: an Exercise in Futility?» in R. Weaver en F. Lichere (eds.), *Recognition and enforcement of sentenments,* Presses Universitaires Aix-Marseille, 2010, (362) 368 e.v.

[199] New South Wales Administrative Decisions Tribunal 16 februari 2005, Burns/Radio 2UE, NSWADT 2005, 24.

[200] Zie S. De Rey, «Excuseer?! Afgedwongen excuses in het aansprakelijkheidsrecht», *TPR* 2017, 1153 e.v.; P. Colson, «Réparation en nature et préjudice corporel: faux ennemis?» in B. Dubuisson (ed.), *Le dommage corporel et sa réparation,* Anthemis, Luik, 2019, 85 e.v.;
F. Swennen, *Het personen- en familierecht*, Antwerpen, Intersentia, 2021, 76 vn. 182 (als «boeiend voorstel»); J. Van de Voorde, «L'excuse contrainte par justice (l'amende honorable) en droit de la responsabilité belge – Recherches sur la réparation ou la satisfaction du dommage moral», *RGAR* 2019, nr. 15.545. Zie ook, weliswaar in een andere context: W. Vandenbussche, «Rethinking non-pecuniary remedies for defamation: the case of court-ordered apologies», *Journal of Intern. Media & Entertainment Law* 2021, 9(1), 109 e.v.

[201] Voor een overzicht, zie S. De Rey, «Court-Ordered Apologies under the Law of Torts? Non-Monetary Relief for Emotional Harm – A Comparative Outlook from a Western European Perspective» in N. Brutti, R. Carroll en P. Vines (eds.), *Apologies in the Legal Arena,* Bonomo Editore, 2021, 203 e.v.

[202] Cass. 26 november 2021, C.20.0578.F. Hierover S. De Rey, «Kunnen slachtoffers van een onrechtmatige daad excuses eisen?», *RW* 2021-22, 890.

De conclusie van advocaat-generaal B. Inghels bij dit arrest is zowaar nog explicieter: «*La possibilité de répara- tion des dommages moraux étant admise, (...) les formes alternatives de réparation telle que l'excuse contrainte le sont également (...)*». Via een vordering tot herstel in natura, gebaseerd op het gemeen aansprakelijkheidsrecht, zou deze vorm van herstel in natura ook toepassing kunnen vinden in discriminatiezaken.

30. *Contractdwang bij wijze van herstel in natura?* – Ook voor andere schade dan morele schade zijn non-pecuniaire remedies denkbaar. Denk aan de discriminerende contractweigering van een potentiële huurder. Een volmaakte afdwinging van het non-discriminatiebeginsel zou in dit geval neerkomen op contractdwang. Begin de jaren 1980 heeft het Hof van Justitie evenwel verduidelijkt dat de toenmalige richtlijn over de gelijke behandeling van mannelijke en vrouwelijke werknemers «niet verlangt dat, als sanctie op discriminatie op grond van het geslacht bij de toegang tot het arbeidsproces, de werkgever die zich aan discriminatie schuldig maakt, verplicht wordt om met de gediscrimineerde sollicitant een arbeidsovereenkomst te sluiten».[203] Hieruit is afgeleid dat het beginsel van gelijke behandeling, zoals gewaarborgd door het Unierecht, de lidstaten niet verplicht te voorzien in contractdwang, althans niet in arbeidsrelaties.[204] De toelaatbaarheid van contractdwang is dus een vraag van nationaal recht. In België is contractdwang sinds lang controversieel. Ook in het kader van de antidiscriminatiewetgeving is de toepassing ervan afgewezen.[205] De onderliggende reden blijkt tweevoudig: ten eerste wordt contractdwang als een te verregaande inbreuk op de contractvrijheid beschouwd; ten tweede zou contractdwang de vergoeding van het positief belang impliceren (het voordeel dat de sluiting van het contract had opgeleverd), terwijl in het buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht de vergoeding van het negatief belang als uitgangspunt geldt (het voordeel indien de onrechtmatige daad was uitgebleven).[206]

Toch staat deze opvatting in toenemende mate onder druk. Vooreerst is de vrijheid om niet contracteren, als spiegelbeeld van de contractvrijheid, door de *wetgever* steeds meer aan banden gelegd. De antidiscriminatiewetgeving is daar een veruitwendiging van. Ook de *rechtspraak* heeft de vrijheid om niet te contracteren ingeperkt. Sinds het arrest van 7 oktober 2011 aanvaardt het Hof van Cassatie bijvoorbeeld dat de weigering om te contracteren rechtsmisbruik kan uitmaken.[207] Dit komt eigenlijk neer op de vaststelling dat onder die omstandigheden en op dat ogenblik ten aanzien van die welbepaalde persoon geen contractvrijheid bestond en men hoe dan ook had moeten contracteren, reden waarom de contractweigering in dat geval tot buitencontractuele aansprakelijkheid leidt. Bovendien tekent zich binnen het Belgische recht een tendens af om niet het negatief, maar wel het positief belang te vergoeden wanneer het zo goed als zeker is dat het contract wel tot stand gekomen zou zijn indien de precontractuele fout zich niet had voorgedaan.[208] De combinatie van deze wettelijke en jurisprudentiële evoluties werkt mee in de hand dat een recente strekking de contractdwang niet per definitie als een brug te ver beschouwt en de toepassing ervan, onder omstandigheden, steeds vaker mogelijk acht.[209] Ook in het discriminatiecontentieux is er al rechtspraak die daarbij aanleunt, vaak door veroordelingen uit te spreken die daar min of meer op neerkomen of nagenoeg leiden tot hetzelfde resultaat. Illustratief is de beslissing waarbij aan de organisator van de boekenbeurs het verbod werd opgelegd om de editie van 2017 en alle eventuele volgende edities te laten doorgaan zonder Egmont (een uitgever met vermeende linken met een politieke partij) te laten

[203] HvJ 10 april 1984, nr. 14/83, ECLI:EU:C:1984:153, von Colson, punt 19.

[204] Bv. N. Reich, «Effective Private Law Remedies in Discrimination Cases» in R. Schulze (ed.), *Non-discrimination in European Private Law,* Mohr Siebeck, 2011, (57) 59.

[205] Zie o.m. C. Cauffman, «Discriminatie in bijzondere overeenkomsten», *RW* 2006-07, (287) nrs. 32 en 43; A. De Boeck, «Doorwerking van het gelijkheidsbeginsel in het contractenrecht. De contractsvrijheid in het nauw gedreven?» in Ufsia (ed.), *Vrijheid en gelijkheid. De horizontale werking van het gelijkheidsbeginsel en de nieuwe antidiscriminatiewet*, Antwerpen, Maklu, 2003, (413) 432; A. Van Oevelen en C. Cauffman, «Contractvrijheid, contractweigering en antidiscriminatie» in *Bijzondere overeenkomsten, XXXIVe Postuniversitaire Cyclus Willy Delva,* Mechelen, Kluwer, 2008, (439) 455; E. Van den Haute, «Le bail et la législation anti-discrimination ou lorsque le juge devient funambule», *JT* 2015, (769) 773.

[206] Algemener in het kader van afgebroken onderhandelingen, zie o.m. T. Vansweevelt en B. Weyts (eds.), *Handboek verbintenissenrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2019, nr. 232; I. Claeys en T. Tanghe, *Algemeen contractenrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2021, 65-66.

[207] *Arr.Cass.* 2011, 2032, *Pas.* 2011, 2148, concl. A. Henkes, *RCJB* 2013, 537, noot Th. Léonard, *RW* 2012-13, 1181, noot S. Jansen en S. Stijns en *TBBR* 2012, 489, noot A. De Boeck; Cass. 27 april 2020, C.19.0435.N, *TBBR* 2021, 155, noot S. Jansen en S. Stijns, *T.Not.* 2021, 568, noot M. Meirlaen en *RW* 2020-21, 1500, noot T. Hick en F. Van den Abeele.

[208] Hierover bv. B. Verkempinck, *Schadevergoeding wegens wanprestatie in Europees perspectief,* Brugge, die Keure, 2017, nrs. 909 e.v. Dit wordt ook neergelegd in art. 5.17, tweede lid Wetsvoorstel tot invoeging van boek 5 «Verbintenissen» in het nieuw Burgerlijk Wetboek, *Parl.St.* Kamer 2020-21, nr. 55-1806/001.

[209] Inzake discriminatie, o.m. C. Van Peteghem, «Discriminatie op de (studenten)huurmarkt» in R. Stokx, B. Tilleman, K. Devillé en T. Gladinez (eds.), *(Ver)huur van studentenhuisvesting,* Antwerpen, Intersentia, 2019, (245) nr. 32; F. Vavourakis, «Discriminatoire contractweigering bij woninghuur», *Jura Falc.* 2018-19, (537) nr. 46. In het algemeen, zie A. De Boeck en F. Vermander, «Rechtsmisbruik in het contractenrecht: de rechtsuitoefening aan banden gelegd» in J. Rozie, S. Rutten en A. Van Oevelen (eds.), *Rechtsmisbruik*, Antwerpen, Intersentia, 2015, (29) 50, nr. 28; S. De Rey, *Herstel in natura,* Brugge, die Keure, 2019, nrs. 923-924; T. Hick en F. Van den Abeele, «Gevolgen van abusieve contractweigering» (noot onder Cass. 27 april 2020), *RW* 2020-21, (1501) nr. 15; S. Jansen en S. Stijns, «Misbruik van contractweigering *revisited:* het droeve verhaal van een stacaravan» (noot onder Cass. 27 april 2020), *TBBR* 2021, (156) nr. 23 (als een «ernstig te nemen piste»); M. Herbosch, «Contractdwang bij onrechtmatig afgebroken onderhandelingen over de koop van onroerend goed? Het schijnt geen brug te ver», *T.Not*. 2021, 308 e.v.

deelnemen als een standhouder op gelijke voet met andere uitgeverijen. De discriminerende weigering van hun deelname op basis van een politieke overtuiging was immers zonder objectieve rechtvaardigingsgrond.[210] Eigenlijk komt dit neer op een vorm van contractdwang. In het huurcontentieux bestaan ook al beslissingen, zij het minder verregaand, die de discriminator geen concrete plicht tot contracteren opleggen, maar wel de staking bevelen van de (praktijk van) discriminerende contractweigering (in de toekomst) onder verbeurte van een dwangsom.[211]

Contractdwang is weliswaar niet mogelijk in alle omstandigheden. Om deze belangenafweging door te voeren, zijn verschillende criteria denkbaar.[212] In het algemeen moet de rechter nagaan of hij met de contractdwang een contract in het leven roept dat nog uitvoering kan krijgen, dan wel of het contract slechts een kort leven zou zijn toebedeeld omdat de relatie tussen partijen totaal verziekt is en zij geenszins met elkaar kunnen samenwerken. Concreter betekent dit dat contractdwang wellicht sneller mogelijk is in aflopende contracten dan in duurcontracten. Zo ook is contractdwang sneller denkbaar in contracten waar de discriminator en het slachtoffer niet rechtstreeks met elkaar samenwerken. Deze toets zet de afweging van de partijbelangen op scherp in de zoek- tocht naar doeltreffende, evenredige en afschrikwekkende sancties. Hierover is fundamenteler, diepgaand comparatief onderzoek noodzakelijk.[213] Wij beperken ons hier enkel tot de vaststelling dat hoe langer hoe meer de toepassing van de contractdwang, in het licht van deze evoluties, niet per definitie een brug te ver lijkt. Ook op dit punt kan de toepassing van het privaatrecht het sanctiearsenaal in discriminatiezaken diversifiëren.

Slotbeschouwing

31. Uit evaluatierapporten blijkt dat de afdwinging van het non-discriminatiebeginsel in private rechtsverhoudingen op sommige punten mank loopt, minstens onvoldoende adequaat is. Een van de oorzaken ligt in de «magere» regeling van de bewijsvoering en het sanctieapparaat in de antidiscriminatiewetgeving. Als antwoord hierop zou het uiteraard mogelijk zijn om de antidiscriminatiewetgeving op deze punten te wijzigen. Deze bijdrage heeft echter getracht om aan te tonen dat de gemeenrechtelijke werking van het privaatrecht perspectieven aanreikt om, zelfs zonder wettelijke ingreep, tot een meer doeltreffende en evenwichtige afdwinging van de antidiscriminatiewetgeving te komen. De afdwinging van het non-discriminatiebeginsel in private rechtsverhoudingen blijft immers in de eerste plaats een vraag van privaatrecht. Tot dusver is dit privaatrechtelijke aspect tot op zekere hoogte nog al te vaak een blinde vlek gebleken. Aanknopingspunten, sleutels of oplossingen die nu reeds in privaatrechtelijke regels schuilgaan, blijken nog onvoldoende door te sijpelen naar het discriminatiecontentieux. Verder fundamenteel en comparatief onderzoek is noodzakelijk om hieraan doortastend invulling te geven, maar voor nu is duidelijk dat er een kloof bestaat tussen de legitieme behoeften van partijen in een discriminatiezaak en wat ons gemeen privaatrecht te bieden heeft. Deze bijdrage biedt een eerste aanzet om deze kloof te dichten.

[210] Antwerpen 15 oktober 2018, *AM* 2018-19, 121.

[211] Brussel (4e k.) 28 september 2020, *JT* 2020, 872, noot N. Bernard; Voorz. Rb. Namen 5 mei 2015, *Juristenkrant* 27 mei 2015, afl. 310, 2 (weergave H. Riad); Voorz. Rb. Nijvel 19 april 2005, *JLMB* 2005, 934.

[212] Zie S. De Rey, *Herstel in natura,* Brugge, die Keure, 2019, nr. 924; C. Van Peteghem, «Discriminatie op de (studenten)huurmarkt» in R. Stokx, B. Tilleman, K. Devillé en T. Gladinez (eds.), *(Ver)huur van studentenhuisvesting,* Antwerpen, Intersentia, 2019, (245) nr. 32.

[213] Zie bv. J. Busche, *Privatautonomie und Kontrahierungszwang,* Tübingen, Mohr Siebeck, 1999, 151 en 220 e.v.