

BEWIJS(LAST) EN GESLACHTSDISCRIMINATIE

1. Ondanks het feit dat de wetgeving m.b.t. geslachtsdiscriminatie ¹ al meer dan tien jaar oud is, wordt de ongelijke beloning of behandeling van vrouwen slechts zelden in rechte betwist. Een van de mogelijke redenen hiervoor is dat de eiseres ² meestal veel moeite heeft om de rechtbank ervan te overtuigen dat ze wordt gediscrimineerd. Ook in het arrest van Arbh. Antwerpen, 2 mei 1991, dat elders in dit nummer is afgedrukt, slaagt geïntimeerde – een kaderlid in een administratieve functie – daar niet in, ondanks de indicïen van een verschillende behandeling. Zo kreeg ze een kleinere bedrijfswagen toegewezen dan haar mannelijke collega's, werd ze nooit uitgenodigd om deel te nemen aan de directielunches en verdiende ze minder dan een werknemer die een lagere positie had in de hiërarchie.

Bewijsregeling en seksediscriminatie in het nationale recht

2. In een privaatrechtelijk geding moet degene die zich een subjectief recht toegekend wenst te zien, preciseren in het exploit van dagvaarding wat hij wil verkrijgen van de rechter ³. Op de eiser rust m.a.w. de aanvoeringslast ⁴ ofte de stelplicht ⁵. Hij moet alle feitelijke gegevens aanvoeren die aan de basis van het subjectief recht liggen ⁶. Indien hij dit niet doet, zal de rechter de eis als ongegrond ⁷, c.q. als

niet toelaatbaar ⁸ afwijzen. Het aanvoeringsrisico ligt geheel bij de eiser.

In geval van betwisting ⁹ tracht de eiser – met de bewijsmiddelen door de wetgever toegelaten – de rechter ervan te overtuigen dat de aangevoerde feiten correct zijn en dat ze voldoende zijn om een subjectief recht te genereren ¹⁰. Wanneer de rechter, na beide partijen gehoord te hebben, twijfelt, zal de partij die het bewijs moest leveren ¹¹, het risico lopen haar vordering afgewezen te zien ¹².

3. De werknemster die een geslachtsdiscriminatie aan de kaak stelt, hetzij tijdens de duur van de arbeidsovereenkomst, hetzij – zoals in het besproken arrest – na het ontslag ¹³, wordt geconfronteerd met specifieke problemen die liggen op het niveau van het aanvoeringsrisico ¹⁴. Hoe kan bv. een werknemster – behoudens in geval van manifeste discriminatie – voldoende informatie verzamelen om te bewijzen dat ze minder verdient dan haar mannelijke collega's zonder zich schuldig te maken aan diefstal van vertrouwelijke informatie ¹⁵? Dit is alleen maar mogelijk wanneer de verschillende behandeling geïnstitutionaliseerd is, i.e. opgenomen in bepaalde voor de werknemers toegankelijke documenten (bv. functieclassificaties in collectieve arbeidsovereenkomsten, memo's, dienstnota's, enz.). Wanneer de werkgever een bedrijfspolitiek voert waarbij de individuele werknemer méér wordt betaald dan het wettelijk bepaalde, of wanneer de functie niet is opgenomen en een classificatie (bv. kaderleden), is elke vorm van controle evenwel onmogelijk.

¹ Hieronder verstaan we de C.A.O. nr. 25 betreffende de gelijke beloning voor mannelijke en vrouwelijke werknemers van 15 oktober 1975, algemeen verbindend verklaard bij K.B. van 9 december 1975, *B.S.*, 25 december 1975, artikel 116 e.v. van de wet van 4 augustus 1978 tot economische heroriëntering, *B.S.*, 17 augustus 1978 (hierna afgekort als Wet Gelijikheid Man-Vrouw), de desbetreffende uitvoeringsbesluiten (voor een overzicht zie o.a. *Gelijikheid van man en vrouw. Basisdocumentatie 1989*, Brussel, Commissie Vrouwenarbeid, 1989, 124 pp.), alsook het hele E.E.G.-normenapparaat m.b.t. de bestrijding van geslachtsdiscriminatie (zie vooral *Internationaal recht en vrouwen*, VAN MAARSEVEEN, H., PESSERS, D. en GUNNING, M. (red.), II dln., Zwolle, Tjeenk Willink, 481 en 624 pp., en BLANPAIN, R., «Europees arbeidsrecht», in *Arbeidsrecht C.A.D.*, BLANPAIN, R. (red.), Brugge, Die Keure, losbladig, hoofdstuk IV).

² We gaan uit van de vooronderstelling dat de gediscrimineerde een vrouw is, hoewel ook mannen zich soms op de antidiscriminatiewetgeving beroepen (zie bv. *R.v.St.*, De Loof, nr. 28889, 24 december 1987).

³ Art. 702 Ger.W.

⁴ Zie vooral STORME, M., *De bewijslast in het Belgisch privaatrecht*, Gent, Story-Scientia, 1962, 37 e.v.; VAN QUICKENBORNE, M., *Feit & Recht of de rechter en de procespartijen*, Brussel, Swennen, Prolegomena nr. 11, 1987, 9 e.v.; zie ook STORME, M.E., «De goede trouw in het geding? De invloed van de goede trouw in het privaatrecht proces- en bewijsrecht», *T.P.R.*, 1990, 377.

⁵ Deze term wordt vooral in Nederland gebruikt (STORME, M., o.c., 37).

⁶ MOTULSKY, H., *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé*, Parijs, Sirey, 1948, 87-88.

⁷ STORME, M.E., l.c., 377 en 496.

⁸ STORME, M., o.c., 38-39; DE CORTE, R. en LAENENS, J., «De verstekprocedure en de taak van de rechter bij verstek», *T.P.R.*, 1980, 491.

⁹ Wanneer de feiten niet worden betwist, is elk verder bewijs door de eiser overbodig (STORME, M., o.c., 45).

¹⁰ MOTULSKY, H., o.c., 131.

¹¹ Dit kan de partij zijn die de bewijslast heeft, maar dit is niet noodzakelijk. Over het onderscheid tussen bewijslast en bewijsrisico zie STORME, M., o.c., 46-52.

¹² MOTULSKY, H., o.c., 130; in dezelfde zin VAN GERVEN, W., *Algemeen deel*, in *Algemene beginselen van Belgisch privaatrecht*, Brussel, Story-Scientia, 1987, 360; VERHEYDEN-JEANMART, N., «La charge de la preuve», in *La preuve*, Louvain-la-Neuve, Faculté de droit, 1987, 7; MOUGENOT, R., *La preuve*, in *Répertoire notarial*, deel IV, boek II, Brussel, Larcier, 1990, nr. 27.

¹³ We behandelen hier alleen de situatie waarin een discriminatie wordt gecontesteerd. De hypothese waarin de werknemster wordt ontslagen wegens het formuleren van de klacht en de daarmee samenhangende «aanwijzing van de bewijslast» (zie o.a. VANACHTER, O., «Bewijsregeling», in *ATO*, Antwerpen, Kluwer, losbladig, I-602-40) wordt buiten beschouwing gelaten.

¹⁴ Zie SCHOORDIJK, H.C.F., «Discriminatie en bewijslastverplichting», *N.J.B.*, 1989, 246.

¹⁵ Zie VOGEL POLSKY, E., «Procedures voor beroep inzake inbreuken op gelijke beloning en behandeling», in *Gelijke beloning en behandeling van mannen en vrouwen*, Cahiers van de Commissie Vrouwenarbeid, nr. 8, Brussel, Ministerie van Tewerkstelling en Arbeid/Commissie Vrouwenarbeid, 1986, 28, eveneens gepubliceerd in *Arbbl.*, 1986, 302.

Geïntimeerde heeft *i.c.* dit informatiegebrek trachten op te lossen door het hof (tevergeefs) te verzoeken een deskundige aan te stellen die de administratie van het bedrijf had moeten doorlichten om de discriminatoire praktijken aan het licht te brengen. Deze afwijzing ligt in de lijn van onze juridische cultuur. De rechterlijke macht vermijdt zo veel mogelijk zich te mengen in het ondernemingsgebeuren wanneer de beleidsvrijheid van de werkgever ter discussie staat¹⁶⁻¹⁷.

4. Wanneer de eiseres voldoende elementen aandraagt om discriminatie te laten vermoeden, voorziet de wet in de mogelijkheid voor de rechter om zich te laten bijstaan door een gespecialiseerde paritaire commissie¹⁸ welke een niet bindend advies kan geven. In het hier besproken geval had het hof bv. deze commissie kunnen verzoeken om te onderzoeken of het feit dat werkneemster minder verdient dan een mannelijke collega die in de hiërarchie een lagere positie bekleedt, maar een hoger diploma heeft, al of niet discriminatoir is. In de praktijk maken de rechtbanken evenwel weinig of geen gebruik van deze mogelijkheid¹⁹.

Bewijsregeling in de rechtspraak van het Europese Hof van Justitie

5. Ook in het Europese procesrecht vertrekt men van het uitgangspunt dat de eiser de bewijslast draagt²⁰. In de zaak Bilka-Kaufhaus²¹ besliste het Hof evenwel dat, in het geval een ondernemer deeltijdse werknemers uitsluit van een bedrijfspensioenregeling en deze maatregel procentueel méér vrouwen dan mannen treft, de werkgever moet aantonen dat de maatregel gegrond is op objectieve factoren en niet dis-

criminatoir is²². De bewijslast wordt m.a.w. verschoven. Het Danfoss-arrest²³ ligt in het verlengde van deze uitspraak.

De firma Danfoss hanteerde bij de bezoldiging van haar werknemers een toeslagsysteem. Aan bepaalde werknemers werd boven het salaris een bonus betaald voor bekwaamheid, zelfstandigheid en verantwoordelijkheid en kwaliteit van het gepresteerde werk. Dit werd gecombineerd met een functieclassificatie waarbij toeslagen werden toegekend op basis van o.a. beroepsopleiding en anciënniteit. De werknemers wisten evenwel niet welke criteria werden gehanteerd. Het Hof hield uitdrukkelijk rekening met het ondoorzichtige karakter van de regeling²⁴ en verschoof de bewijslast naar de werkgever zodat deze – net zoals in de Bilka-zaak – werd verplicht aan te tonen dat zijn beloningssysteem gebaseerd was op objectieve criteria.

6. Door de eiser, de Deense Bond van Handels- en Kantoorpersoneel, werd bij de bewijsvoering gebruik gemaakt van de statistische methode²⁵. De loonmassa van een gedeelte van de vrouwelijke werknemers werd vergeleken met een gedeelte van de loonmassa van de mannelijke werknemers. Hieruit bleek dat vrouwen gemiddeld 6,85% minder verdienden dan de mannen, wat voor het Hof voldoende was om discriminatie te vermoeden. Het gebruik van statistieken is echter omstreden²⁶. De Danfoss-zaak handelde over loondiscriminatie zodat objectieve referentiepunten (loonmassa mannelijk personeel/loonmassa vrouwelijk personeel) niet zo moeilijk te vinden waren. Kan men echter ook statistische methodes gebruiken wanneer vrouwen beweren gediscrimineerd te worden bij promotie? Moet men dan het aantal tewerkgestelde vrouwen in het bedrijf vergelijken met het aantal mannen of met het aantal tewerkgestelde vrouwen in andere bedrijven, sectoren, enz.? Daar het vermoeden van discriminatie mee aan de basis ligt van de verschuiving van de bewijslast, is de keuze van de referentiepunten zeer belangrijk en trekt deze een wissel op het resultaat van het geding²⁷.

¹⁶ De voorbeelden hiervan zijn legio in het arbeids(overeenkomsten)recht. Men denke hier maar aan de schroom waarmee het al of niet willekeurig karakter van een ontslag wordt getoetst. Zie bv. Arbh. Brussel, 6 februari 1991, *Med.VBO*, 1991, 400: «De werkgever is en blijft de enige die oordeelt over de maatregelen die moeten worden genomen om zijn onderneming te beheren...»; zie ook CUYPERS, D., *Misbruik van ontslagrecht en willekeurig ontslag*, Brugge, Die Keure, 1990, 197 e.v.

¹⁷ In tegenstelling hiermee heeft de rechterlijke macht minder problemen om te interveniëren wanneer de medeëigenaars van de produktiemiddelen tegenover elkaar staan. Zie o.a. HORSMANS, G., «Le juge dans la vie des sociétés», in *Les sociétés commerciales*, Brussel, Ed. du jeune barreau, 1985, 389-444.

¹⁸ Zie in dit verband artikel 6 C.A.O. nr. 25, artikel 135 Wet Gelijkelijk Man-Vrouw en K.B. van 17 februari 1981 genomen ter uitvoering van artikel 135 van de wet van 4 augustus 1978 tot economische heroriëntering, *B.S.*, 25 februari 1981.

¹⁹ Zie JACOMAIN, J., *L'égalité juridique entre femmes et hommes dans la Communauté européenne. Recueil de textes nationaux. Droit belge*, Presses universitaires de Louvain, Louvain-la-Neuve, 1989, 96 pp. Het overzicht van rechtspraak opgenomen in deze bundel (p. 43 e.v.) bevat slechts twee zaken waarin de paritaire commissie werd aangezocht, namelijk Arbrb. Antwerpen, 27 maart 1984, onuitg., A.R., nr. 106.250 (p. 50) en Arbrb. Luik, 22 september 1986, onuitg., A.R., nr. 95.936 (p. 52).

²⁰ Zie o.a. USHER, J.A., *European Court Practice*, London, Sweet & Maxwell, 1983, 191-193; BERGERES, M.C., *Contentieux communautaire*, Parijs, P.U.F., 1989, 117 e.v.

²¹ H.v.J., nr. 170/84, Bilka Kaufhaus v. K. Weber von Hartz, 13 mei 1986, *Jurispr.*, 1986, 1607.

²² Zie r.o. 29 e.v.; in dezelfde zin H.v.J., nr. 96/80, Jenkins v. Kingsgate, 31 maart 1981, *Jurispr.*, 1981, 925, r.o. 12.

²³ H.v.J. nr. 109/88, 17 oktober 1989, *J.T.T.*, 1990, 194, met noot DE VOS, D., *Nemesis*, 1990, 81 met noot STEYGER, E., Bespreking van en commentaar op dit arrest in o.a. SHAW, J., «The burden of proof and the legality of supplementary payments in equal pay cases», *European Law Review*, 1990, 260-266; GILLIAMS, H., «Het Hof van Justitie en de gelijke behandeling van man en vrouw 1988-1990», *R.W.*, 1990-91, 1365 e.v.

²⁴ Zie wat het criterium van de ondoorzichtigheid betreft eveneens H.v.J., nr. 318/86, Commissie v. Frankrijk, 30 juni 1988, *Jurispr.*, 1988, 3559.

²⁵ Zie voor een bespreking van de diverse facetten van het gebruik van statistische gegevens bij het aantonen van geslachtsdiscriminatie SJERPS, C.M., «Tellen en tellen is twee», *Sociaal Maandblad Arbeid*, 1985, 362-363.

²⁶ Zie o.a. Wards Cove Packing co. inc. v. Antonio, 109 S.Ct. 2115 (1989) waarin het Amerikaanse Hooggerechtshof alle bezwaren op een rijtje zet.

²⁷ Zie in het verlengde hiervan Evenhuis, C.H.S., «Referentiekaders: meer dan alleen een kwestie van rekenen», in *De zij-kant van het gelijk*, GOLDSCHMIDT, J.E., HERINGA, A.W., en VAN VLIET, F. (red.), Zwolle, Tjeenk Willink, 1991, 39-46.

*Naar een E.E.G.-Richtlijn betreffende de bewijslast in geval van geslachtsdiscriminatie?*²⁸

7. De bijzondere verwarde situatie m.b.t. de bewijsregeling i.v.m. geslachtsdiscriminatie in de verschillende Lid-Staten heeft de Europese Commissie ertoe aangezet om voor de omkering van de bewijslast te ijveren²⁹. Op 27 mei 1988 werd door de Commissie aan de Raad een voorstel gedaan voor een ontwerp-richtlijn betreffende de bewijslast op het gebied van de gelijke beloning en behandeling van vrouwen en mannen³⁰. De in het Publikatieblad gepubliceerde tekst hiervan heeft ondertussen reeds enkele wijzigingen ondergaan³¹ omdat vooral het Verenigd Koninkrijk fundamentele bezwaren had tegen de formulering van de oorspronkelijke richtlijn³².

Artikel 3 sub 1 van het compromisvoorstel stelt als principe voorop dat, wanneer gegevens worden aangevoerd waaruit kan worden afgeleid dat er waarschijnlijk sprake is van geslachtsdiscriminatie, de gedaagde werkgever moet bewijzen dat objectieve, niet seksegebonden, redenen een verschil in behandeling rechtvaardigen.

Artikel 4 roept de Lid-Staten op³³ om de mogelijkheid te onderzoeken om hun nationale wetgeving zodanig aan te passen dat de bevoegde autoriteiten voldoende maatregelen kunnen bevelen om klachten te onderzoeken. Het Belgische recht is echter waarschijnlijk nu reeds voldoende conform wat deze «verplichting» betreft. De rechter kan immers ambtshalve bepaalde onderzoeksmaatregelen bevelen³⁴. Daarnaast kan hij nog een beroep doen op de reeds vermelde paritaire commissie waarvan de leden beroepsmatig, bijna dagelijks, worden geconfronteerd met de problematiek van de geslachtsdiscriminatie³⁵.

Het ontwerp houdt eveneens rekening met de problemen die een eiser heeft om voldoende gegevens te verzamelen, i.e. met de aanvoeringslast. Artikel 4 sub b bepaalt dat «partijen (moeten) worden voorzien van alle relevante informatie die in het bezit is van elk van hen of die redelijkerwijs door elk van hen kan worden verkregen, die zij nodig hebben om hun rechten geldend te maken», doch dit mag niet tot gevolg hebben dat de belangen van de gedaagde worden ge-

schaad «om andere dan met het betrokken rechtsgeschil verband houdende redenen». De toelichting bij de ontwerp-richtlijn³⁶ verstrekt te weinig informatie over de mate waarin de verplichting bestaat om gegevens te verstrekken. Is het voldoende dat men de werkgever van discriminatie beschuldigt opdat deze alle mogelijke documenten m.b.t. de beschuldiging moet meedelen of moet de eiseres een opgave doen van de informatie die zij wenst³⁷? De laatste interpretatie lijkt ons de meest logische, maar heeft als consequentie dat de werkneemster voldoende kennis moet hebben van de (vindplaats van de) potentiële informatie.

Een medewerkingsverplichting van de werkgever om de aanvoeringslast van de gediscrimineerde te vergemakkelijken zal uiteraard ontwijkingsmanoeuvres tot gevolg hebben. Hij zal geneigd zijn alleen maar datgene ter beschikking te stellen waarover hij volgens de wet moet beschikken (bv. het personeelsregister). Andere interne documenten zoals bv. beoordelingsnota's³⁸ zullen waarschijnlijk, na gebruik snel, «verdwijnen».

Enkele tactische bedenkingen

8. Het Europese Hof van Justitie heeft via het Danfoss-arrest aan de nationale rechter richtlijnen gegeven hoe hij met de verdeling van de bewijslast in discriminatiezaken moet omgaan³⁹. Hij mag «niet méér bewijs verlangen dan hetgeen objectief gezien binnen het bereik ligt, omdat anders de verwezenlijking van het beginsel van gelijke behandeling reeds op procedurele gronden zou stuklopen»⁴⁰. De bewijslast moet m.a.w. naar billijkheid worden verdeeld⁴¹.

Deze jurisprudentiële⁴² verschuiving van de bewijslast kan op dit moment alleen maar worden ingeroepen in gevallen waarin een loondiscriminatie ter discussie staat⁴³. Artikel 119 E.E.G.-Verdrag, dat de gelijke beloning van mannen en vrouwen vooropstelt (en in de voornoemde zaak centraal stond), heeft immers horizontale rechtstreekse wer-

²⁸ Zie voor een uitgebreide bespreking DUK, R.A.A., «Gelijke behandeling in geding: problemen van bewijslastverdeling en van 'fact-finding'», in *De zij-kant van het gelijk*, GOLDSCHMIDT, J.E., HERINGA, A.W. en VAN VLIET, D. (red.), Zwolle, Tjeenk Willink, 1991, 129-138.

²⁹ Zie *Gelijke kansen voor de vrouw. Communautaire programma op middellange termijn 1986-1990*, Bull. E.G., suppl. 3/86, 10; zie ook *Gelijke kansen voor mannen en vrouwen. 3e communautaire actieprogramma op middellange termijn 1991-95*, COM(90) 449 def. van 6 november 1990.

³⁰ PB nr. C 176/5 van 5 juli 1988. Voor een korte kritische commentaar zie JASPERS, A.Ph.C.M., «Opnieuw een directief uit Brussel», *Sociaal Recht*, 1988, 319-320.

³¹ Opgenomen in het *Advies bewijslast gelijke behandeling vrouwen en mannen*, s-Gravenhage, SER, 1988, nr. 22, 57 e.v., hierna aangeduid als «het compromisvoorstel».

³² Zie *Advies bewijslast gelijke behandeling vrouwen en mannen*, 9.

³³ In de Ontwerp-Richtlijn werd dienaangaande aan de Lid-Staten een verplichting opgelegd.

³⁴ Zie STORME, M., o.c., 270 e.v.

³⁵ Het K.B. van 17 februari 1981 wijst als gespecialiseerde commissie immers o.a. de Commissie Vrouwenarbeid aan.

³⁶ COM(88) 269 def. van 24 mei 1988. Bij het compromisvoorstel werd geen toelichting gegeven.

³⁷ Zie JASPERS, A.Ph.C.M., l.c., 320.

³⁸ Voor een voorbeeld van een (omstreden) geslaagde vordering wegens geslachtsdiscriminatie inzake een promotieweigering (i.c. weigering van een partnership) waarbij bewijs werd geleverd van seksisme op basis van beoordelingsnota's, zie Price Waterhouse v. Hopkins, 109 S.Ct. 1775 (1989); zie ook de commentaar van SCHOORDIJK, H.C.F., «Discriminatie en bewijslastverdeling», l.c., 1245-1246.

³⁹ STEYGER, E., noot onder H.v.J., nr. 109/88, 17 oktober 1989, *Nemesis*, 1990, 84.

⁴⁰ Conclusie van advocaat-generaal C.O. Lenz, § 35.

⁴¹ STEYGER, E., l.c., 84. Dit is de toepassing van het principe dat de partij die het gemakkelijkst het bewijs kan leveren dit dan ook moet doen (zie PETIT, J., «De rechtspleging voor de arbeidsgerechten», *Arbeidsrecht C.A.D.*, BLANPAIN, R. (red.), Brugge, Die Keure, losbladig, 1-7, nr. 242).

⁴² Merk op dat in de Commissie Gelijke Beloning van de N.A.R. de mogelijkheid van de integratie van deze rechtspraak in het Belgische positieve recht reeds werd besproken (zie N.A.-C.5-D.90-4 van 9 maart 1990 en N.A.-C.5-P.V.90-1). Dit heeft evenwel nog geen enkel parlementair initiatief gegenereerd.

⁴³ GILLIAMS, H., l.c., 1367.

king⁴⁴, in tegenstelling tot de richtlijnen die de gelijke behandeling propageren welke alleen verticale rechtstreekse werking⁴⁵ hebben, zodat een analoge toepassing van de principes vervat in het Danfoss-arrest, in deze stand van de rechtspraak, niet mogelijk is voor werknemers uit de particuliere sector. Maar, zelfs wanneer de nationale wetgeving, al of niet naar aanleiding van een richtlijn, zou worden aangepast aan het in het Danfoss-arrest geponeerde principe, blijft het moeilijk om geslachtsdiscriminatie te bestrijden.

Zoals we aan het begin van dit opstel reeds hebben betoogd, heeft de eiseres problemen op het niveau van de aanvoeringslast. De medewerkingsverplichting van de werkgever, geformuleerd in de ontwerprichtlijn, komt hieraan slechts gedeeltelijk tegemoet. Door het «afschermen» van bepaalde informatie m.b.t. loon, premies, enz. is het immers mogelijk dat een vrouw gedurende haar hele carrière minder wordt betaald dan een mannelijke collega⁴⁶ zonder dat ze hiervan op de hoogte is. Het doorbreken van deze toestand vereist dat men tornt aan bepaalde werkgeversprerogatieven. Men zou a.h.w. de werkgever tot een open(baar)heid

⁴⁴ Zie HUMBLET, P. en JANVIER, R., «Gelijke beloning», in *A.T.O.*, Antwerpen, Kluwer, losbladig, T-203, nr. 1435; GILLIAMS, H., *l.c.*, 1355-1356.

⁴⁵ GILLIAMS, H., *l.c.*, 1356. Algemeen zie CURTIN, D., «The Province of Government: Delimiting the Direct Effect of Directives in the Common Law Context», *European Law Review*, 1990, 195-223.

⁴⁶ In het geval dat er geen enkel onderscheid is in functie, anciënniteit, enz.

van bestuur⁴⁷ moeten verplichten, wat niet realistisch is. De ijveraars voor een gelijkberechtiging van vrouwen en mannen verspillen dan ook hun energie door het probleem uitsluitend te benaderen in de optiek van het *verbod* van discriminatie zolang de individuele rechtzoekende op onoverkomelijke processuele moeilijkheden stuit om de rechter van het bestaan van discriminatie te overtuigen. Men kan o.i. beter de werkgever bepaalde nauwkeurig omschreven *verplichtingen* opleggen (bv. positieve actie in de particuliere sector⁴⁸, organisatie van kinderopvang, enz.)⁴⁹. De aanvoeringslast van de eiseres zal zich in dat geval beperken tot het signaleren van het verzuim. De werkgever daarentegen zal moeten verantwoorden waarom hij de verplichting niet heeft nageleefd. Hierdoor vertrekt *hij* en niet de potentieel gediscrimineerde vanuit een ongunstige procespositie.

P. HUMBLET

⁴⁷ Deze terminologie wordt vooral in het publiek recht gebruikt; zie o.a. SUTENS, L.P., «Hoe belangrijk is openbaarheid van bestuur voor onze hedendaagse samenleving?», in *Kwaliteitszorg in de publieke sector*, I, JANVIER, R. (red.), Brugge, Die Keure, 1990, 5 e.v.

⁴⁸ Over het vrijblijvend karakter van positieve actie in de particuliere sector zie o.a. HUMBLET, P., «Positieve actie voor vrouwen. Het juridische kader naar Belgisch recht», in *Positieve actie. Positieve discriminatie. Voorrangbehandeling voor vrouwen*, Tegenspraak-cahier nr. 8, Antwerpen, Kluwer rechtswetenschappen, 1990, 33-70.

⁴⁹ In dezelfde zin SCHOORDIJK, H.C.F., *l.c.*, 246, randnummer 5.

DE UITDRUKKELIJKE MOTIVERING VAN ADMINISTRATIEVE RECHTSHANDELINGEN

Op 1 januari 1992 treedt de wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen¹ in werking, wat vooralsnog onvermoede gevolgen zal hebben. Met deze wet wordt immers de van oudsher bestaande «materiële motiveringsplicht» van het bestuur aangevuld met een «formele motiveringsplicht».

1. Materiële motivering

«Materiële motiveringsplicht» is een beginsel van behoorlijk bestuur, dat betekent dat beslissingen van de uitvoerende macht gedragen moeten worden door motieven die rechtens en feitelijk aanvaardbaar zijn, en die daarom, naar aanleiding van het legaliteitstoezicht, moeten kunnen worden gecontroleerd². Dit heeft drie onlosmakelijk met elkaar ver-

bonden verplichtingen tot gevolg: de motieven van de rechtshandeling moeten kenbaar zijn³, zij moeten beantwoorden aan de realiteit, ten slotte moeten zij «draagkrachtig» zijn, d.i. de beslissing effectief verantwoorden⁴.

De afdeling wetgeving en de afdeling administratie van de Raad van State noemen de materiële motiveringsplicht een niet-geschreven grondrecht, respectievelijk een algemeen rechtsbeginsel⁵. Zij is geen doel op zich, doch slechts een middel om de legaliteit – voornamelijk de naleving van het redelijkheidsbeginsel en van het verbod van willekeur – van bestuurshandelingen na te gaan. De motivering heeft dan ook vooral belang wanneer de overheid een discretionaire

bestuur. Een praktische handleiding, 1982, 45-46; D. LAGASSE, «La motivation. Faut-il rendre obligatoire la motivation des actes administratifs?», *Adm. Publ. (T.)*, 1980-81, 77-87.

³ Wat uit het dossier kan blijken.

⁴ J. IN 'T VELD en N. KOEMAN, *Beginselen van behoorlijk bestuur*, 1985, 38 en 99-100.

⁵ Advies van 15 februari 1984 (*Gedr. St., Senaat*, 1981-82, nr. 33/2); arrest van 18 juni 1985, nr. 25.491, Rammant, *Adm. Publ. (M.)*, 1985, 94. Beide begrippen sluiten elkaar trouwens niet uit.

¹ B.S., 12 september 1991.

² R.v.St., o.a. 13 juni 1974, nr. 16.468, Claeys, *Arr. R.v.St.*, 1974, 648; 7 maart 1961, nr. 8.477, Gemeente Schoten, *Arr. R.v.St.*, 1961, 256; A. MAST, A. ALEN en J. DUJARDIN, *Overzicht van het Belgisch administratief recht*, 1989, 636-638, met rechtsleer; M.A. FLAMME, *Droit administratif*, 1989, 423-424; W. LAMBRECHTS, *Geschillen van*