

BIJDRAGEN

Die Wiederkehr des Gleichen. Het Grondwettelijk Hof en de (federale) discriminatiewetgeving Jogchum VRIELINK en Dajo DE PRINS	579
--	-----

KRONIEKEN

<i>RECHTEN EN VERANTWOORDELIJKHEDEN. NIEUWE INITIATIEVEN IN HET VERENIGD KONINKRIJK EN NEDERLAND</i> Carla M. ZOETHOUT	615
<i>'Rights and responsibilities' in relatie tot andere constitutionele hervormingen</i>	616
De Human Rights Act 1998	617
<i>Rights and Responsibilities nader beschouwd</i>	618
Het voorstel om 'rechten' te expliciteren	618
De 'verantwoordelijkheden'	618
Het rechtskarakter van de verklaring	619
<i>Een voorlopige analyse van 'Rights and Responsibilities', mede in het licht van de Nederlandse initiatieven en ervaringen</i>	619
<i>Tot slot</i>	621

RECHTSPRAAK

<i>HOF VAN CASSATIE</i> Frank MEERSSCHAUT	622
<i>RAAD VAN STATE</i> Jens DEBIÈVRE en Jurgen NEUTS	629

ADVIEZEN

<i>RAAD VAN STATE</i> Jan SMETS en Greet VERBERCKMOES	631
--	-----

Die Wiederkehr des Gleichen. Het Grondwettelijk Hof en de (federale) discriminatiewetgeving¹

Jogchum Vrielink

*Instituut voor vreemdelingenrecht en
rechtsantropologie (K.U.Leuven)*

Dajo De Prins

*Universitair centrum voor discriminatie-
en diversiteitsrecht*

1. INLEIDING

1. “Grondwettelijk Hof keurt antidiscriminatiewetten volledig goed”. Dat was de positieve titel van het persbericht van de minister van Gelijke Kansen, Joëlle MILQUET, nadat het Grondwettelijk Hof zijn eerste en grootste arrest had gevelde in relatie tot de discriminatiewetten uit 2007. De minister vervolgde haar bericht door te stellen dat het Grondwettelijk Hof “de kritiek dus niet [volgt] dat deze wetten te vaag of te ruim werden geformuleerd”:

“De vrijheid van meningsuiting, de godsdienstvrijheid en de vrijheid van vereniging komen, aldus het arrest van het Hof, niet in het gedrang door een verbod op discriminerend gedrag. Ook de strafrechtelijke sancties op misdrijven zoals het aanzetten tot discriminatie, haat, geweld, segregatie of het verbod op het verspreiden van denkbeelden gebaseerd op ras-superioriteit of rassenhaat, konden op de goedkeuring van het Grondwettelijk Hof rekenen”.²

2. De uitspraak zou daarmee al met al aangeven “dat de Regering met haar voortdurende strijd tegen discriminatie op het juiste spoor zit”. De arresten lijken op het eerste gezicht ook minder spectaculair en verregaand dan hun directe voorganger. In 2004 schrapte het Arbitragehof zonder enige schroom belangrijke delen van de Antidiscriminatiewet³ van 2003.⁴ In deze ronde bleven dergelijke opvallende ingrepen uit: in

de vijf arresten tezamen was maar sprake van drie gedeeltelijke vernietigingen. De omvang (329 pagina’s in totaal) en het technische gehalte van de arresten dragen verder bij aan het feit dat niet iedereen zich de moeite zal hebben getroost om ze tot in detail te analyseren.

3. Wie dat wél doet, stelt vast dat de eerste indruk niet klopt. Bij nadere beschouwing blijkt dat de arresten op veel punten minstens even belangwekkend zijn als hun voorganger uit 2004. Zo legde het Hof een reeks van zeer restrictieve, grondwetsconforme interpretaties en bindende lezingen op, in het bijzonder waar het de expressievrijheid en andere grondrechten betrof; interpretaties die rechtstreeks in het verlengde liggen van de doctrines die het Hof in zijn arrest uit 2004 ontwikkelde. Sommige bepalingen – zeker die inzake uitingsdelicten – werden hierdoor zelfs zozeer ingeperkt dat gesproken kan worden van de *de facto* vernietiging ervan.

Ook de ogenschijnlijk beperkte vernietigingen die de arresten omvatten, zijn ingrijpender dan ze op het eerste gezicht lijken. Dit geldt in het bijzonder voor de gedeeltelijke vernietiging van de gesloten lijst van discriminatiegronden uit de Antidiscriminatiewet. Hoewel het in de eerste arresten even leek alsof het Hof geen problemen had met de limitatief opgesomde criteria in de wetten, bleek het tegendeel alsnog uit het (voorlopig) laatste arrest: een bijkomende grond – syndicale overtuiging – werd toen door het Hof ‘inge-lezen’, op een wijze die bovendien voor herhaling vatbaar is. Waar het om de discriminatiegronden gaat, verduidelijkt het Hof in zijn arresten ook de aard en grondslag van het horizontale discriminatieverbod; zowel voor wat betreft de wijze waarop dat werd neergelegd in de betrokken wetten als voor het horizontale non-discriminatiebeginsel in het algemeen.

4. In deze bijdrage worden de arresten besproken voor de thema’s die zojuist werden aangestipt. Voor-

¹ De auteurs danken Patricia POPELIER en Willem VERRIJDT.

² Minister van Werk en van Gelijke Kansen, “Grondwettelijk Hof keurt antidiscriminatiewetten volledig goed”, persbericht, 12 februari 2009.

³ Wet 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 (gewijzigd bij wet 9 juli 2004 en wet 20 juli 2006). Opgeheven bij art. 51 wet 10 mei 2007 ter bestrijding van bepaalde vormen van discriminatie, BS 30 mei 2007.

⁴ Arbitragehof 6 oktober 2004, nr. 157/2004.

aleer in te gaan op de arresten zelf, beginnen we echter met een stuk voorgeschiedenis dat nodig is voor een goed begrip van zowel de wetgeving uit 2007 als de te bespreken arresten (deel 2). Daarna volgt de analyse van de arresten (deel 3) en er wordt afgesloten met een korte conclusie (deel 4).

2. VOORGESCHIEDENIS

2.1. Het Arbitragehof en de Antidiscriminatiewet van 2003

5. Aanleiding voor de ter analyse voorliggende arresten, zijn de vernietigingsberoepen die werden ingesteld tegen de federale discriminatiewetten van 10 mei 2007. Die wetten waren dan weer in belangrijke mate een reactie op de Antidiscriminatiewet van 25 februari 2003 en het arrest van het Arbitragehof dat die wet op tal van punten vernietigde: arrest nr. 157/2004.⁵ Een korte bespreking van die uitspraak is belangrijk voor een goed begrip van de recente ontwikkelingen. Hierna worden de twee punten van het arrest belicht die het meest relevant zijn voor het vervolg van deze bijdrage: de aanpak die het Hof volgde in relatie tot de discriminatiegronden enerzijds (2.1.1.) en de wijze waarop het omsprong met de uitingsdelicten en het strafrechtelijke luik anderzijds (2.1.2.).

2.1.1. Naar een open lijst van discriminatiegronden

6. De Antidiscriminatiewet van 2003 had aanvankelijk een gesloten lijst van discriminatiegronden: geslacht, een zogenaamd ras, de huidskleur, de afkomst, de nationale of etnische afstamming, de seksuele geaardheid, de burgerlijke staat, de geboorte, het fortuin, de leeftijd, het geloof of de levensbeschouwing, de huidige of toekomstige gezondheidstoestand, een handicap of een fysieke eigenschap. Ongetwijfeld het meest opvallende kenmerk van arrest 157/2004 was de vernietiging van deze gesloten lijst van discriminatiegronden.

7. De gesloten opsomming in de Antidiscriminatiewet van 2003 was door de verzoekers vooral aangevochten wegens het ontbreken van de gronden 'taal' en 'politieke overtuiging'. Het Hof volgde de verzoekers in hun stelling dat die uitsluiting discriminatoir was: "de maatregel benadeelt immers slachtoffers van discriminatie op grond van politieke overtuiging of taal doordat hij hun de bescherming van de wet onttent".⁶

⁵ Arbitragehof 6 oktober 2004, nr. 157/2004.

⁶ *Ibid.*, B.14. Het Hof was evenmin overtuigd door de bijkomende verantwoording voor de uitsluiting. Tijdens de parlementaire voorbereidingen werd meermaals gesteld dat het ontbreken van m.n. 'politieke overtuiging' gerechtvaardigd zou

→

Dat het Hof zich gelegitimeerd voelde om de discriminatiegronden daadwerkelijk te schrappen, had veel te maken met de doelstelling die de wetgever zich uitdrukkelijk gesteld had om 'elke vorm van discriminatie' te bestrijden.⁷ Aangezien het Parlement sowieso alle discriminaties wilde verbieden, zo lijken de rechters in het Hof geredeneerd te hebben, zijn wij gerechtigd die intentie juridisch te verwezenlijken.

8. De bepalingen uit de wet waren door de vernietiging dus van toepassing op alle burgerrechtelijke discriminaties, ongeacht de grond waarop zij waren gebaseerd.⁸ Discriminatie op basis van elke denkbare grond was verboden, of liever: het was niet langer noodzakelijk om aan te tonen dat een (beweerdelijke) discriminatie plaatsvond op grond van een bepaald (verboden) criterium. Het verreikende gevolg was dat iedere persoon die gediscrimineerd werd, ongeacht het persoonskenmerk dat daarvoor de basis vormde, aanspraak kon maken op de bijzondere rechtsbescherming die de Antidiscriminatiewet bood. Het ging onder andere om een procedure zoals in kort geding voor de voorzitter van de bevoegde rechtbank, die op basis van soepele bewijsregels discriminatie kon vaststellen en laten staken.

9. Deze rechterlijke 'wetgevingsactiviteit' is niet alleen staatsrechtelijk gezien opmerkelijk en omstreden, zij is ook vanuit discriminatierechtelijk perspectief bijzonder en controversieel.⁹ Het Hof zorgde er door de invoering van een volledig 'open lijst' (zonder uitdrukkelijke opsomming van gronden) voor dat het grondwettelijke gelijkheidsbeginsel werking krijgt in de horizontale verhoudingen. Dit gebeurt niet langs de klassieke weg voor de horizontalisering van grond-

→

zijn om te voorkomen dat extremistische partijen op de wet zouden steunen om discriminatie juist mogelijk te maken of om te proberen om kritiek op hun politieke standpunten te verbieden (zie o.m.: *Parl.St.* Senaat 1999-00, nr. 2-12/1, 2-3; *Parl.St.* Kamer 2001-02, nr. 50-1407/5, 10). Volgens de rechters was die argumentatie strijdig met de algemene doelstelling van de wet en bovendien zonder voorwerp, omdat de wet zelf voldoende waarborgen bood om misbruiken te verhinderen (Arbitragehof 6 oktober 2004, nr. 157/2004, B.12-14).

⁷ *Ibid.*, B.5-6, B.8.1 en B.13-14.

⁸ *Ibid.*, B.15. Voor de strafbepalingen kon niet dezelfde benadering gevolgd worden, omdat het legaliteitsbeginsel hieraan in de weg stond. De enige optie zou dus volledige vernietiging zijn geweest. Dat achtte het Hof evenwel niet nodig (bij de meeste strafbepalingen), omdat er door de vernietiging van de gronden in het burgerrechtelijk luik wel een zekere bescherming voor slachtoffers van discriminaties op andere gronden beschikbaar was, zodat de resterende ongelijkheid niet onevenredig was (*ibid.*, B.21 en B.26).

⁹ Zie: J. VELAERS, "Het Arbitragehof en de antidiscriminatiewet", *TBP* 2004, nr. 10, 604; M. DE VOS, "Antidiscriminatiewet, Arbitragehof en arbeidsrecht: een doos van Pandora", *Juristenkrant* 2004, nr. 97, 1.

rechten – via open normen van het burgerlijk recht¹⁰ – maar door als het ware binnen te dringen in de Antidiscriminatiewet van 2003.

10. Treffend is ook dat er door de ingrepen van het Grondwettelijk Hof vrijwel geen sprake meer was van een zogenaamde ‘hiërarchie van gelijkheid’ of ‘gelijkheidshiërarchie’ (*hierarchy of equality*).¹¹ Met dat begrip wordt verwezen naar de gebruikelijke situatie waarin er een zekere rangorde bestaat tussen verschillende discriminatiegronden, waarbij de gronden bovenaan de ladder het beste beschermd zijn en de gronden onderaan het slechtst (of zelfs niet). Traditioneel staan ras en geslacht bovenaan, doorgaans gevolgd door handicap, seksuele geaardheid, godsdienst en leeftijd. Andere gronden genieten ofwel helemaal geen bescherming dan wel een aanzienlijk minder uitgebreide. Een hoge stand in de hiërarchie kan op verschillende manieren tot uiting komen. Het kan bijvoorbeeld gaan om een uitgebreide materiële beschermingssfeer, of in minder rechtvaardigingsmogelijkheden voor onderscheid op die grond. Soepeler bewijsregels zijn een andere indicatie, net als zware sanctiemogelijkheden.

Na het arrest uit 2004 waren alle gronden – van traditioneel ‘hoge’ tot traditioneel ‘lage’ of onbeschermde gronden – beschermd, en alle in gelijke mate. Elke discriminatie die gepleegd werd binnen de (ruime) materiële werkingssfeer, viel onder het beschermingsbereik van de wet. Zij was op basis van de wet zelf onder dezelfde voorwaarden objectief en redelijk rechtvaardigbaar¹², en genoot dezelfde procedurele voordelen en burgerrechtelijke sanctiemogelijkheden.¹³ Op die manier had het Arbitragehof het

wettelijke discriminatieverbod herschape naar beeld en gelijkenis van het grondwettelijke gelijkheidsbeginsel. De voor het Hof zo vertrouwde artikelen 10 en 11 van de Grondwet bevatten immers evenmin een opsomming van gronden. Zij verbieden eveneens elke ongelijke behandeling van personen die zich in een vergelijkbare situatie bevinden, tenzij voor die behandeling een objectieve en redelijke verantwoording bestaat. De prioriteitsverlening aan bijzonder problematische gronden (*suspect classifications*) binnen de meest gevoelige sferen van het dagelijkse leven, kenmerkend voor discriminatiewetgeving elders, ontbrak in grote mate in het centrale instrument van het Belgische discriminatierecht van 6 oktober 2004 tot 10 mei 2007.

2.1.2. Uitingsdelicten: ingeperkt en/of vernietigd

11. Het arrest van het Arbitragehof in de zaak tegen de Antidiscriminatiewet van 2003 was nog om een tweede reden bijzonder interessant. Die reden houdt verband met de vraag welke uitingen door de wet verboden mogen worden en welke niet. Wat het verbieden van uitingen betreft, gemeenzaam aangeduid als uitingsdelicten of -verboden, had de Antidiscriminatiewet zich niet onbetuigd gelaten. Zo verbood zij het “aanzetten tot discriminatie, haat of geweld” op basis van de beschermde kenmerken,¹⁴ “het openlijk een voornemen te kennen geven tot discriminatie, haat of geweld”¹⁵ en “het verspreiden, het publiceren of het openbaar maken van een tekst, een bericht, een teken of enige andere drager van discriminerende uitingen”.¹⁶ De eerste twee uitingensoorten werden strafrechtelijk gesanctioneerd, de laatste burgerrechtelijk.

12. In zijn arrest bevestigde het Hof in algemene termen het belang van de vrijheid van meningsuiting en een strikte toetsing van elke beperking erop; ook in het kader van het discriminatie- en racismebeleid:

“[V]ermits de vrijheid van meningsuiting een van de pijlers is van een democratische samenleving (...) dienen de uitzonderingen op de vrijheid van meningsuiting op strikte wijze te worden geïnterpreteerd. Er moet worden aangetoond dat de beperkingen noodzakelijk zijn in een democratische samenleving, aan een dwingende noodwendigheid beantwoorden en evenredig zijn aan de wettige doelstellingen die daarmee worden nagestreefd”.¹⁷

¹⁰ J. VELAERS, “De horizontale werking van het discriminatieverbod in de antidiscriminatiewet, enkele constitutionele beschouwingen”, in J. VELAERS en J. VRIELINK (eds.), *De horizontale werking van het gelijkheidsbeginsel en de nieuwe antidiscriminatiewet*, Antwerpen, Maklu, 2003, nrs. 8-12.

¹¹ Zie i.v.m. deze term o.m.: A. HEGARTY en C. KEOWN, “Hierarchies of Discrimination: the political, legal and social prioritisation of the equality agenda in Northern Ireland”, *Equal Opportunities International* 1996, nr. 2, 1-24; M. BELL, *Anti-discrimination law and the EU*, Oxford, OUP, 2002, 52-53 en 211-213.

¹² ‘Op basis van de wet zelf’, omdat men bij toepassing ervan niettemin gehouden was aan een richtlijnconforme interpretatie, voor zover het ging om het toepassingsgebied en de gronden uit de Europese richtlijnen (geslacht, ras/ethniciteit, leeftijd, handicap, seksuele gerichtheid en religie). *De facto* bestond er daardoor wel een hiërarchie, maar die kwam niet in de wet tot uitdrukking.

¹³ In het strafrechtelijk luik bleven de gronden wel gehandhaafd, zodat een zekere hiërarchie op dat vlak wel resteerde. Voor sommige gronden, waaronder geslacht en de rasgerelateerde criteria, bestonden bovendien nog andere instrumenten. Zo werd inzake geslacht, voor wat betreft de arbeidsrechtelijke aspecten, bijkomende bescherming geboden door de Wet Gelijkheid Man/Vrouw uit 1999. Inzake de rasgerelateerde gronden waren dan weer bijkomende (strafrechtelijke) sanctiemogelijkheden voorhanden in de Antiracismewet.

¹⁴ Art. 6, § 1, eerste streepje Antidiscriminatiewet 2003 (opgeheven). Die gronden werden, zoals gezegd, *niet* vernietigd in het strafrechtelijke luik van de wet.

¹⁵ (Vernietigd) art. 6, § 2 Antidiscriminatiewet 2003.

¹⁶ (Vernietigd) art. 2, § 4, vijfde streepje Antidiscriminatiewet 2003.

¹⁷ Arbitragehof 6 oktober 2004, nr. 157/2004, B.73.

Het Hof bewijst meer dan lippendienst aan deze uitgangspunten. Uit het arrest blijkt, in de woorden van VELAERS, dat “de mogelijkheid voor de wetgever om uitingsdelicten te creëren en voor de strafrechter om de daders ervan te bestraffen, uiterst beperkt is”.¹⁸ Concreet geeft het Hof om te beginnen aan dat preventieve maatregelen hoe dan ook uitgesloten zijn. Daarbij leidde het dit verbod niet alleen af uit het in artikel 25 Gw. neergelegde censuurverbod, maar eveneens uit artikel 19.¹⁹ Rechterlijk optreden tegen eender welke expressie(wijze) was volgens het Hof dus slechts mogelijk *nadat* verspreiding had plaatsgevonden, nooit voordien.

13. Naast dit ondubbelzinnige verbod op preventieve maatregelen, was het Hof ook niet mals voor de repressieve beteugelingen van de expressievrijheid die de Antidiscriminatiewet omvatte. Zo sneuvelde ten eerste het burgerrechtelijke verbod op het verspreiden van ‘discriminerende uitlatingen’.²⁰ Het Hof stelde vast dat de bewuste bepaling “geen betrekking [heeft] op handelingen, maar op uitlatingen die een verschil in behandeling impliceren dat niet objectief en redelijkerwijze wordt gerechtvaardigd”.²¹ Dat ging niet, volgens het Hof, omdat de wet “niet aan[geeft] waarin of wanneer die discriminerende uitlatingen de in een democratische samenleving toelaatbare drempel overschrijden van het verkondigen van ideeën welke kunnen ‘schokken, verontrusten of kwetsen’”.²²

Ook vernietigde het Hof het strafrechtelijke verbod om openlijk een voornemen tot discriminatie te kennen te geven. Die bepaling was bijna woord voor woord gekopieerd uit de Antiracismewet. De reden die het Hof voor de vernietiging gaf, was dat (ook) dit verbod verder ging “dan nodig is om het nagestreefde doel te bereiken”, aangezien “zulk een verbod (...) elk debat [smoort] omdat het verhindert dat diegene die dat voornemen uit, kan worden tegengesproken en ervan zou kunnen worden afgebracht dat voornemen te verwezenlijken”.²³

Het Hof huldigt met andere woorden het principe dat een democratische en zelfverzekerde samenleving het beste antwoordt op slechte ideeën door er – in onderling debat – betere ideeën voor in de plaats te stellen; de zogenaamde marktplaats der ideeën (*marketplace of ideas*). Pas als er voor debat geen ruimte meer is, wordt ingrijpen door de Staat aanvaardbaar.

Repressie moet echter zoveel en zolang mogelijk vermeden worden, omdat het nadeel ervan is dat het ingrijpt op het publieke debat en sommige ideeën daarvan uitsluit, wat die laatste inhoudelijk ongemoeid laat.

14. Aan het enige resterende uitingsdelict – het misdrijf ‘aanzetten tot discriminatie, haat en geweld’ – gaf het Hof ten slotte een sterk beperkende, grondwetsconforme interpretatie. Het maakte duidelijk dat de term ‘aanzetten tot’ aangeeft dat “de strafbaar gestelde handelingen verder gaan dan louter informatie, ideeën of kritiek”.²⁴ Wat ‘aanzetten tot’ betreft, neemt het Hof de gebruikelijke betekenis van het werkwoord als uitgangspunt, namelijk: “‘aansporen om iets te doen’, ‘opzetten, aanstoken’”.²⁵ Actieve termen dus, die bovendien rechtstreeks gericht moeten zijn op concrete actie. Ook geeft het Hof – nauw samenhangend met dat laatste – een nadere invulling aan de termen ‘discriminatie’, ‘haat’ en ‘geweld’ uit diezelfde strafbaarstelling. Daarbij komt het tot de opvallende conclusie dat deze drie woorden “verschillende gradaties van eenzelfde *gedrag*” aangeven.²⁶ Wat betreft de begrippen ‘discriminatie’ en ‘geweld’ is het niet zo verrassend dat het Hof die kwalificeert als ‘gedrag’. ‘Discriminatie’ en ‘geweld’ kunnen immers als synoniemen beschouwd worden van respectievelijk ‘discriminerend gedrag’ en ‘gewelddadig gedrag’; zeker in juridisch opzicht. Dat is niet noodzakelijk het geval voor ‘haat’. Ook die term blijkt het Hof echter te beschouwen als een vorm van *gedrag*, althans voor zover het aanzetten ertoe strafbaar kan zijn. Dit blijkt nog sterker uit de daaropvolgende passage van het arrest, waarin het Hof stelt dat dankzij het gebruik van de aangegeven termen een onderscheid gemaakt kan worden tussen enerzijds “de uiting van een mening, die vrij blijft – ook al is zij scherp, kritisch of polemisch” en anderzijds het aanzetten tot discriminatie, haat of geweld “dat alleen strafbaar is wanneer wordt aangetoond dat er sprake is van een voornemen om aan te zetten tot discriminerend, haatdragend of gewelddadig *gedrag*”.²⁷

Kortom: louter aanzetten tot attitudes en gevoelens van haat volstaat voor het Arbitragehof niet. Dit wijkt af van de rechtspraak ter zake van het Hof van Cassatie, dat onder andere gesteld heeft dat het ‘aanzetten tot haat’ – in de versie daarvan uit de Antiracismewet – geen provocatie vereist tot het plegen van daden, maar dat het volstaat dat men anderen inspireert tot een sterke afkeer, of tot een algemene negatieve houding.²⁸ Evenzeer vormt het een afwijking

¹⁸ J. VELAERS, “Het Arbitragehof en de antidiscriminatiewet”, *TBP* 2004, nr. 10, nr. 29.

¹⁹ Arbitragehof 6 oktober 2004, nr. 157/2004, B.75. Vgl.: Arbitragehof 21 maart 2000, nr. 31/2000, B.2.9; Arbitragehof 12 juli 1996, nr. 45/96, B.7.14; Arbitragehof 21 januari 2004, nr. 9/2004, B.10.

²⁰ (Vernietigd) art. 2, § 4, 5^{de} streepje Antidiscriminatiewet 2003.

²¹ Arbitragehof 6 oktober 2004, nr. 157/2004, B.73.

²² *Ibid.*

²³ *Ibid.*, B.60.

²⁴ *Ibid.*, B.49.

²⁵ *Ibid.*

²⁶ *Ibid.* (onze cursivering).

²⁷ *Ibid.*, B.50 (onze cursivering).

²⁸ Cass. 19 mei 1993, *RVR* 1993, 171. Het tegendeel was beweerd door de KI van Brussel: “de verdachten [willen] oproe-

van de overgrote meerderheid van de toepassingen, waarin vaak wordt aangenomen dat publiek geuite beledigingen of minachtende uitingen onder de strafbaarstelling vallen, daar zij zouden ‘aanzetten tot haat’.²⁹

15. De term ‘discriminatie’ mocht verder in de context van het ‘aanzetten tot’, en het strafrechtelijke luik in het algemeen, enkel begrepen worden als ‘directe discriminatie’.³⁰ Het Hof gaf aan dat uit de voorbereidingen weliswaar afgeleid kan worden dat ook indirecte discriminatie beoogd was³¹, maar dat een dergelijke interpretatie niet grondwettig zou zijn. Meer bepaald zou een dergelijke lezing een schending inhouden van het legaliteitsbeginsel gezien de definitie van ‘indirecte discriminatie’:

“Het [is] moeilijk denkbaar op welke manier opzettelijk zou kunnen worden aangezet tot een ‘ogen-schijnlijk neutrale handelwijze’, of tot een daad waarvan de discriminerende aard alleen tot uiting komt door de ‘schadelijke weerslag’ ervan. Zulk een definitie bevat een vaag element dat niet verhindert dat een burgerrechtelijke maatregel kan worden genomen tegen indirecte discriminatie, maar dat niet verenigbaar is met de vereiste van voorzienbaarheid die inherent is aan de strafwet”.³²

Een laatste interpretatie die het Hof oplegde in verband met het ‘aanzetten tot’, was dat er sprake moet zijn van een bijzonder opzet. Het misdrijf in kwestie is niet voltrokken vanaf het ogenblik dat de materiële elementen ervan aanwezig zijn; vereist is een aantoonbare, kwaadwillige intentie, te weten: een “bijzondere wil [om] aan te zetten tot discriminatie, haat of geweld”. Willens en wetens een inbreuk begaan volstond voor het Hof niet om de grondwettigheid van de strafbaarstelling te garanderen. Het vereiste morele element veronderstelt dat de dader alleen strafbaar is als hij er zich volledig van bewust was dat hij anderen aanzette tot discriminatie, haat of geweld en dat hij dit desalniettemin kwaadwillig nastreefde.³³ Twijfel hierover of een gebrek aan bewijs hiervoor is in het voordeel van de beklaagde en leidt tot de con-

clusie dat het misdrijf niet voltrokken is.³⁴ Ook in dit kader benadrukte het Hof weer sterk het belang van het maatschappelijke debat.³⁵

16. Uit het voorgaande kan worden afgeleid dat het Hof bij de toetsing van utingsdelicten de expressievrijheid en het legaliteitsbeginsel streng bewaakt en zeer afwijzend staat tegenover alles wat zweemt naar opiniedelicten. Alleen verregaande uitingen, die deze klassieke drempel flagrant overschrijden door actief en kwaadwillig aan te zetten tot laakbaar gedrag, mogen wegens de schade die zij berokkenen aan de samenleving, buiten de wet gesteld worden.³⁶

2.2. De discriminatiewetten van 10 mei 2007: ambities en enkele krachtlijnen

17. De wetten van 10 mei 2007 laten zich deels lezen als een poging om in te spelen op sommige effecten van de arresten van het Grondwettelijk Hof. Tegelijk speelden er andere motieven mee.³⁷ Alvorens kort stil te staan bij de krachtlijnen van de wetten (2.2.2.), eerst nog iets over de verschillende redenen voor die aanpassingen en de voornemens die de wetgever (aanvankelijk) had (2.2.1.).

2.2.1. Redenen voor de aanpassingen

18. Volgens de Regering had België door de Antidiscriminatiewet van 2003 “grote ambities inzake de strijd tegen de discriminatie te kennen gegeven”. Het land zou sindsdien “de lijst van de Europese landen ter zake aan[voeren]”.³⁸ Deze ambitie en voortrekkersrol ten spijt, zouden er verschillende redenen zijn waarom het wetgevend arsenaal moest worden aangepast. Het ging daarbij in hoofdzaak om de volgende (samenhangende) zaken: de conformiteit van de bestaande wetten met het Europese kader (A), de gevolgen van arrest 157/2004 van het Arbitragehof (B), de efficiëntie en effectiviteit van de federale discriminatiewetten (C) en de nood aan een zekere harmonisatie van de wetgeving (D).

A. Conformiteit met Europees recht

19. De eerste reden voor de herzieningen was om “de conformiteit met het gemeenschapsrecht inzake de

→

pen tot gedragingen van algemene aard zoals ‘weerstand’, ‘invasie’, beroep op bewustwording, vereenzelviging van de inwijking met sommige grote maatschappelijke plagen, maar geenszins tot concrete, bepaalde of bepaalde daden, als vereist bij de Wet van 30 juli 1981, te deze artikel 1” (KI Brussel 3 december 1992, www.diversiteit.be).

²⁹ Zie voor overzichten: D. VOORHOOF, *Handboek mediarecht*, Brussel, Larcier, 2003, 81-107; D. DE PRINS, S. SOTTIAUX en J. VRIELINK, *Handboek discriminatierecht*, Mechelen, Kluwer, 2005, 822-867.

³⁰ Arbitragehof 6 oktober 2004, nr. 157/2004, B.56.

³¹ *Ibid.*, B.53.

³² *Ibid.*, B.55.

³³ J. VELAERS, “Het Arbitragehof en de antidiscriminatiewet”, *TBP* 2004, nr. 10, nrs. 25 en 30.

³⁴ Arbitragehof 6 oktober 2004, nr. 157/2004, B.39.

³⁵ *Ibid.*, B.40.2.

³⁶ Zie i.v.m. de bevoorrechte positie van de vrijheid van meningsuiting in de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof: S. SOTTIAUX en J. VRIELINK, “De Negationismewet op het hellend vlak”, *TvMR* 2005, nr. 2, 6-13.

³⁷ Voor een commentaar op die beweegredenen vanuit het perspectief van de regering, zie: J. TOJEROW, “La réforme du 10 mai 2007”, in C. BAYART, S. SOTTIAUX en S. VAN DROOGHENBOECK (eds.), *De nieuwe federale discriminatiewetten. Les nouvelles lois luttant contre la discrimination*, Brugge, Die Keure, 2008, 3-30.

³⁸ *Parl.St.* Kamer 2006-07, nr. 51-2720/1, 5.

strijd tegen de discriminatie” te verzekeren: de wetgeving moest beter afgestemd worden op de vereisten van het Europeesrechtelijke kader inzake discriminatiebestrijding, omdat dat tot dan toe “op talrijke punten, onvolmaakt of onvolledig” gedaan was.³⁹ België was destijds ook al door de Europese Commissie in gebreke gesteld voor de onvolledige en onjuiste omzetting van bepaalde non-discriminatie-richtlijnen en procedures voor het Hof van Justitie werden verwacht.

Concreet ging het onder meer om het ontbreken van de duidelijke ‘gelijkheidshiërarchie’ die de Europese richtlijnen kenmerkt; de wet leek op papier uitzonderingen toe te laten die de richtlijnen niet toelieten. Dit was deels te wijten aan de wetgever⁴⁰, maar de conformiteitsproblemen met het Gemeenschapsrecht waren versterkt door het ingrijpen van het Arbitragehof. Zo was het verdwijnen van de uitdrukkelijke opsomming van discriminatiegronden problematisch. Minstens de ‘Europese’ discriminatiegronden, uit de richtlijnen 2000/43, 2000/78 en die inzake geslacht, zouden expliciet in de omzettingswetgeving moeten worden vermeld.⁴¹

B. Arrest 157/2004 van het Arbitragehof

20. Een tweede reden voor de hervorming was, zoals gezegd, gelegen in “de rechtstreekse en onrechtstreekse gevolgen van arrest 157/2004 van het Arbitragehof”.⁴² Het arrest zou de leesbaarheid, de praktische hanteerbaarheid en de effectiviteit van de Antidiscriminatiewet van 2003 verzwakt hebben.

21. Dit gold aldus de Regering opnieuw voor de vernietiging van de discriminatiegronden uit de wet. Die kon “ongewenste gevolgen hebben in het domein van de arbeidsverhoudingen”.⁴³ Ook zorgde de schrapping

van de gronden voor onwenselijke overlappingsen met andere discriminatiewetten, omdat de wet van 2003 daardoor eigenlijk op elke vorm van discriminatie van toepassing was: ook op vormen van discriminatie die door andere wetten geregeld werden. Ten slotte gaf men aan dat de vernietiging een gebrek aan de rechtszekerheid in de hand werkte: de norm die resteerde na de toetsing door het Arbitragehof hield in dat rechtsonderhorigen iedereen die zich in een vergelijkbare situatie bevindt, gelijk moesten behandelen, op alle denkbare gronden, tenzij een ongelijke behandeling objectief en redelijk verantwoord was. Terecht oordeelde de Regering dat dit geen wenselijke situatie was. Door opnieuw een lijst met discriminatiegronden in te voeren, wilde men burgers minstens in staat stellen om te weten in relatie tot welke criteria zij voorzichtiger dienden te zijn in hun handelen.⁴⁴

22. Verder wilde de Regering een einde maken aan de juridische onduidelijkheid die veroorzaakt werd door de vele grondwetsconforme interpretaties uit het arrest uit 2004. Men stelde vast dat de voorbehouden van grondwetsconforme interpretatie, die op verschillende punten werden opgelegd door het (toenmalige) Arbitragehof (cf. *supra* nrs. 5-16), leidden “tot rechtsonzekerheden met mogelijks een slechte toepassing van de wet tot gevolg”. Vandaar dat bij de herziening die voorbehouden in wet zelf moesten worden opgenomen: “waar mogelijk zou elk voorbehoud best expliciet worden vertaald in de wettekst zelf”.⁴⁵

Ook dit was een terechte bezorgdheid. Vooral bij het ‘aanzetten tot’ was het zo dat veel rechtspraak zich in de periode tussen het arrest uit 2004 en de wetwijzigingen in 2007 weinig tot niets gelegen liet liggen aan de restrictieve interpretatie die het Arbitragehof aan die bepaling gegeven had.⁴⁶ Weliswaar

³⁹ *Ibid.*, 5. Vgl. *Parl.St.* Kamer 2006-07, nr. 51-2720/9, 6; *Hand. Senaat* 2006-07, 26 april 2007, nr. 3-215, 34.

⁴⁰ Zie over het gebrek aan richtlijnconformiteit van de Antidiscriminatiewet van 2003: C. BAYART, *Discriminatie tegenover differentiatie. Arbeidsverhoudingen na de discriminatiewet*, Brussel, De Boeck & Larcier, 2004.

⁴¹ T.w.: ras, etniciteit (2000/43), religie of overtuiging, handicap, leeftijd en seksuele gerichtheid (2000/78) en geslacht (o.m.: 2002/73 en 2004/113).

⁴² *Parl.St.* Kamer 2006-07, nr. 51-2720/1, 6.

⁴³ *Ibid.*, 7. Het probleem was als volgt. Doordat het Arbitragehof de discriminatiegronden had vernietigd kon *elk* denkbaar onderscheid aangevochten worden als een directe discriminatie. Tegelijk was in arbeidsrelaties het ‘wezenlijke en bepalende beroepsvereiste’ in beginsel de enige uitzonderingsmogelijkheid voor direct onderscheid. Dat vereiste hield in dat een bepaald kenmerk wezenlijk en bepalend moest zijn in een concrete context en dat doel ervan rechtmatig moest zijn en dat het vereiste in een redelijke verhouding moest staan tot dit doel. De bewuste toets bood naar het oordeel van de Regering te weinig ruimte om onwenselijke resultaten, waarbij elk werkgelegenheidsbeleid onmogelijk zou worden, te voorkomen.

⁴⁴ Daar kan nog aan worden toegevoegd dat rechtssociologisch en -antropologisch onderzoek leert dat een vage norm – zoals de Antidiscriminatiewet van 2003 na arrest 157/2004 – moeilijk doordringt tot in de geesten van burgers. Hoe abstracter en vager een juridische norm is, des kleiner is de kans is dat zij gekend is door de normadressaten, dat zij door hen geïnternaliseerd wordt en dat zij zich transformeert in een sociale gedragsnorm. De sociale doorwerking van dergelijke onduidelijke en vage wetten is doorgaans problematisch. Zie hierover o.m.: J. GRIFFITHS, “The Social Working of Anti-discrimination Law”, in T. LOENEN en P.R. RODRIGUES (eds.), *Non-discrimination Law in Comparative Perspectives*, Londen, Kluwer, 1999, 311-330; C. MCCRUDDEN, “The Effectiveness of European Equality Law: National Mechanisms for Enforcing Gender Equality Law in the Light of European Requirements”, *Oxford Journal of Legal Studies* 1993, 320-367; S. FREDMAN, *Discrimination Law*, Oxford, Oxford University Press, 2002, 161-195.

⁴⁵ *Parl.St.* Kamer 2006-07, nr. 51-2720/1, 7.

⁴⁶ CLOOTS – die aangeeft dat de bepaling inzake het ‘aanzetten tot’ “talrijke onjuiste toepassingsgevallen [kent]” – pleit in dit verband voor effectiever jurisdictioneel toezicht op de correcte toepassing van de grondwetsconforme interpretaties van het

ging het bij toepassingen steeds om de analoge bepaling uit de Antiracismewet, maar aangezien die identiek opgezet en verwoord was, was het vanzelfsprekend dat de door het Hof gestelde voorwaarden daarvoor eveneens golden; iets wat ook in de rechtsleer bevestigd werd.⁴⁷ In een meerderheid van de gevallen schonken de rechters evenwel geen aandacht aan het vereiste bijzonder opzet en de andere beperkende elementen uit het arrest van 2004, zoals het feit dat het om het actief aansporen tot *gedrag* moest gaan. Zonder die elementen in rekening te brengen, leidden veelal – net als in de jaren voordien – ‘loutere’ scheldwoorden en het doen van discriminerende voorstellen tot veroordelingen wegens ‘aanzetten tot’.⁴⁸ Slechts een minderheid van de rechtspraak volgde het Arbitragehof vooralsnog in zijn interpretatie, zij het in toenemende mate.⁴⁹ In die uitspraken worden de verschillende constitutieve bestanddelen ingevuld op de wijze die het Hof aangeeft en wordt veelal ook grondig nagegaan of het bijzonder opzet wel afdoende aangetoond werd.

Kortom, aan de grondwetsconforme toepassing van met name de uitingsdelicten schortte inderdaad het een en ander. De voornemens van de Regering om

die situatie te rectificeren, waren dan ook toe te juichen.

C. Verhogen effectiviteit en efficiëntie

23. Een volgende doelstelling was het verhogen van de effectiviteit en de efficiëntie van de discriminatiewetgeving, omdat – zoals de Regering stelde in haar memorie van toelichting – “afgaande op het aantal gerechtelijke procedures de verschillende federale wetten inzake discriminatiebestrijding niet allemaal even doeltreffend zijn”.⁵⁰ De toelichting vervolgt dat “kan worden vastgesteld dat, meer dan drie jaar na de inwerkingtreding ervan, de wet van 25 februari 2003 niet veel gerechtelijke toepassing heeft gekend, terwijl het actieterrein ervan potentieel enorm is – in het bijzonder sinds de vernietiging, door het Arbitragehof, van de lijst van discriminatiegronden”.⁵¹ De hervorming van de wetgeving moest de wetten dan ook “duidelijker en pedagogischer” maken, om “deze situatie geheel of gedeeltelijk [te] kunnen verhelpen”.⁵² Daarbij wilde men vooral inzetten op laagdrempelige en efficiënte burgerrechtelijke middelen.

Het valt inderdaad op dat slachtoffers van discriminatie op papier erg ruim beschermd waren in de periode tussen 16 oktober 2004 en 10 mei 2007, maar dat het in de praktijk nauwelijks tot gerechtelijke acties kwam, laat staan tot een daadwerkelijke bescherming van een discriminatieslachtoffer door de hoven en rechtbanken.⁵³ Daarbij speelt de beschreven vaagheid van de norm – en het resulterende gebrek aan kennis van de inhoud ervan – ongetwijfeld een belangrijke rol. Terecht zag de Regering ook het ontbreken van bepaalde rechtsbeschermende en -herstellende maatregelen als een probleem.

24. Tegelijk kan erop worden gewezen dat ook de nieuwe wetgeving haar bedoelingen en verwachtingen pas ten volle zal kunnen vervullen, als zij daadwerkelijk wordt toegepast. Hier is een belangrijke rol weggelegd voor de verenigingen die mogen optreden in rechte en voor de handhavingsinstellingen, het Centrum voor Gelijkheid van Kansen en voor Racismebestrijding (hierna: CGKR of Centrum) en het Instituut voor de Gelijkheid van Vrouwen en Mannen

→

Hof, omdat die anders dode letter dreigen te worden: E. CLOOTS, “Het verspreidingsverbod in de nieuwe Antiracismewet en de vrijheid van meningsuiting: heiligt het doel alle middelen?”, *RW* 2007-08, nr. 27, 1109.

⁴⁷ Zie in die zin o.m.: S. SOTTIAUX en J. VRIELINK, “Eén arrest, vijf mijlpalen”, *Juristenkrant* 2004, nr. 96, 4; J. VELAERS, “Het Arbitragehof en de antidiscriminatiewet”, *TBP* 2004, nr. 10, 610-611.

⁴⁸ Voor de duidelijkheid, bij die rechtspraak gaat het er niet zozeer om dat men in die gevallen niet tot een veroordeling had kunnen (of zelfs moeten) komen. Het punt is daarentegen dat er in de bewuste vonnissen en arresten geen of onvoldoende aandacht was voor dwingende interpretaties die het Arbitragehof had opgelegd in verband met de betrokken strafbepaling. Voor illustraties, zie o.m.: Corr. Brussel 4 juni 2003, www.diversiteit.be; Brussel 18 april 2006, www.diversiteit.be; Cass. 4 oktober 2006, www.diversiteit.be; Corr. Verviers, 24 maart 2006, onuitg.; Luik 22 december 2006, www.diversiteit.be; Corr. Charleroi 4 januari 2006, www.diversiteit.be; Bergen 26 april 2006, www.diversiteit.be; Corr. Gent, 10 mei 2005, www.diversiteit.be; Corr. Neufchâteau 18 oktober 2005, www.diversiteit.be; Corr. Brugge 6 maart 2006, www.diversiteit.be; Corr. Antwerpen 10 oktober 2006, onuitg.; Corr. Ieper, 15 mei 2006, onuitg.; Bergen, 25 juni 2005, www.diversiteit.be; Corr. Dendermonde 12 februari 2007, www.diversiteit.be; Corr. Dendermonde 29 juni 2007, www.diversiteit.be; Corr. Hasselt, 2 maart 2007, www.diversiteit.be; Corr. Hasselt, 19 november 2008, onuitg.; Corr. Dendermonde 16 april 2007, www.diversiteit.be; Antwerpen, 31 januari 2008, www.diversiteit.be.

⁴⁹ Zie o.m.: Corr. Leuven, 14 mei 2008, onuitg.; Corr. Turnhout 24 oktober 2006, onuitg.; Corr. Antwerpen 9 februari 2007, onuitg.; Corr. Charleroi, 26 september 2008, onuitg.; Brussel 23 januari 2009, onuitg.; Corr. Brussel 20 juni 2008, onuitg.; Corr. Dendermonde, 3 april 2007, *AM* 2007, nr. 4, noot VRIELINK en SOTTIAUX.

⁵⁰ *Parl.St.* Kamer 2006-07, nr. 51-2720/1, 5. Vgl. *Parl.St.* Senaat 2006-07, nr. 3-2362/3, 5.

⁵¹ *Parl.St.* Kamer 2006-07, nr. 51-2722/1, 9-10. Daarbij zelfs concluderend: “indien deze inefficiëntie zou blijven duren en zou verergeren, kan dit problematisch worden in het kader van de Europese verplichtingen van België” (*ibid.*, 10).

⁵² *Parl.St.* Kamer 2006-07, nr. 51-2720/1, 9-10. Vgl.: *Parl.St.* Kamer 2006-07, nr. 51-2720/9, 8-9.

⁵³ Zie voor de spaarzame rechtspraak inzake discriminerende handelingen: www.diversiteit.be. Voor een analyse en overzicht tot 2005, zie: D. DE PRINS, S. SOTTIAUX en J. VRIELINK, *Handboek discriminatierecht*, Mechelen, Kluwer, 2005, nrs. 896-915, 920-922 en 1437-1442.

(IGVM). Wat de aanpak van discriminerend gedrag betreft, kiezen zij veelal voor advisering en bemiddeling.⁵⁴ Gerechtelijke toepassingen gericht op discriminerende daden zijn er weinig, zeker op het burgerrechtelijk vlak. De huidige rechtspraak op grond van de discriminatiewetgeving bestaat overwegend uit toepassingen van de uitingsdelicten uit de Antiracismewet.⁵⁵ Om de rest van de wetgeving geen dode letter te laten blijven, lijkt het raadzaam dat de diverse actoren ook op andere toepassingsgebieden van de wetgeving zouden overgaan tot zogenaamde *strategic litigation*: het uitlokken van sleutelprecedenten die bijdragen aan juridische en maatschappelijke verandering.⁵⁶

D. Harmonisatie

25. Deels samenhangend met de voorgaande overwegingen was het ten slotte de bedoeling om de verschillende discriminatiewetten beter op elkaar af te stemmen.⁵⁷ De destijds bestaande wetten waren allemaal in een verschillende tijd tot stand gekomen⁵⁸, telkens onder een andere wetgever met een eigen visie op discriminatiebestrijding. Ook waren de internationaalrechtelijke bases verschillend.⁵⁹ Door dit alles was de onderlinge samenhang beperkt. Zo waren er op het vlak van de concepten belangrijke verschillen: elke wet hanteerde bijvoorbeeld haar eigen, afwijkende, definitie van discriminatie. Verder verschilden de sanctieapparaten en rechtsmiddelen van wet tot wet: de Antiracismewet was een zuivere strafwet, terwijl de Antidiscriminatiewet bijna uitsluitend burgerrechtelijk was.⁶⁰

De Wet Gelijkheid Man/Vrouw zat daar ergens tussenin.⁶¹ Vandaar dus het besluit tot harmonisatie en coördinatie, teneinde hier meer eenheid in te brengen.

2.2.2. Aanpassingen

26. Wat hielden de wijzigingen aan de discriminatiewetgeving – vanuit de bovenstaande doelstellingen – in? De ruimte ontbreekt hier voor een gedetailleerde bespreking van de betrokken wetgeving⁶², zodat alleen stilgestaan wordt bij enkele hoofdlijnen, die relevant zijn voor het vervolg van deze bijdrage, te weten: de algemene aanpak die gevolgd werd door de wetgever (A), de problematiek van de discriminatiegronden (B) en het burgerrechtelijke en strafrechtelijke handhavingsapparaat (C).

A. Algemeen: drie geharmoniseerde wetgevende sporen

27. Om te beginnen vond er een conceptuele afstemming en harmonisatie plaats van een aantal concepten en rechtsmiddelen, om te komen tot meer eenheid. Daarbij werd niet voor eenheid in de letterlijke zin van het woord – te weten: één wet voor alle discriminatiegronden – gekozen. In plaats daarvan werden de drie wetgevende sporen die tot dan toe bestonden maar nog deels overlaptten, verder doorgetrokken.⁶³ Er kwamen drie aparte wetten, die elk afzonderlijk alle discriminatiebepalingen omvatten voor bepaalde (categorieën van) discriminatiegronden: de Antiracismewet⁶⁴ voor de rasgerelateerde gronden; de Gen-

⁵⁴ Vgl.: S. SOTTIAUX en A. ALLEN in: R. BOONE en I. MORIAU, “Taaleisen op de rooster”, *Juristenkrant* 2009, nr. 188, 6-7.

⁵⁵ Het gaat om circa 80% van de toepassingen van de discriminatiewetgeving.

⁵⁶ Een aanpak die ook op internationaal en Europees niveau aanbevolen wordt in discriminatiezaken. Zie o.m.: Directorate-General for Employment, Social Affairs and Equal Opportunities (EC), *Equal Rights in Practice: Key-Voices 2005*, Luxemburg, Office for Official Publications of the European Communities, 2005; Equality and Human Rights Commission, *Legal strategy 2008-09*, equalityhumanrights.com, 9-10; J. DAYTON-JOHNSON, *Gaining from migration: towards a new mobility system*, OECD Publishing, 2007, 54; X, *Strategic litigation of race discrimination in Europe. From principles to practice. A manual on the theory and practice of strategic litigation with particular reference to the EC Race Directive*, Budapest, European Roma Rights Center, 2004.

⁵⁷ *Parl.St.* Kamer 2006-07, nr. 51-2720/1, 5-10; *Parl.St.* Senaat 2006-07, nr. 3-2362/3, 4-5.

⁵⁸ De Antiracismewet in 1981 (met belangrijke wijzigingen in 1993, 1994, 1999 en 2003), de Wet Gelijkheid Man/Vrouw in 1999 en de Antidiscriminatiewet in 2003.

⁵⁹ Zoals aangegeven, was de Antidiscriminatiewet gebaseerd op de recente Europese richtlijnen (de ras- en de kaderrichtlijn i.h.b.), terwijl de Antiracismewet vooral de omzetting was van de vereisten van het IVUR. De Wet Gelijkheid Man/Vrouw ten slotte was weer gebaseerd op Europese recht; te weten de oudere geslachtsrichtlijnen, die inmiddels wat betreft sommige zaken (zoals bewijsvoering) wat achterhaald waren.

⁶⁰ Zeker na het arrest van het Arbitragehof waarin twee strafbepalingen uit de wet vernietigd werden (cf. *supra* nrs. 6-10), waarna alleen het ‘aanzetten tot’ overbleef. De aanvankelijke wet, voor toetsing, omvatte dus drie strafbaarstellingen.

⁶¹ De wet stelde een zestal zaken strafbaar (art. 25, 1°-6° Wet Gelijkheid Man/Vrouw 1999 (opgeheven)).

⁶² Zie hiervoor: C. BAYART, S. SOTTIAUX en S. VAN DROOGHENBROECK (eds.), *De nieuwe federale antidiscriminatiewetten. Les nouvelles lois luttant contre la discrimination*, Brugge, Die Keure, 2008.

⁶³ De opgegeven reden om niet te gaan voor een enkel ‘discriminatiewetboek’, was vooral dat de Regering meende dat – door de subtiele technische verschillen in de eisen die het Europees recht stelde aan discriminatieregeling voor verschillende gronden – een enkele tekst enerzijds het gevaar inhield “dat niet alle regels van het huidig of toekomstig gemeenschapsrecht correct worden omgezet” ofwel “dat een tekst wordt opgesteld die zo complex is dat het voordeel van de eenvoud van één enkele tekst, in de praktijk verloren zou gaan” (*Parl.St.* Kamer 2006-07, nr. 51-2720/1, 12).

⁶⁴ Wet 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.

derwet⁶⁵ voor de grond geslacht en de Antidiscriminatiewet⁶⁶ voor de overige gronden.⁶⁷

B. Discriminatiegronden

28. In de drie wetten van 10 mei 2007 werden opnieuw gesloten lijsten van discriminatiegronden ingevoerd. Daarbij was het de bedoeling van de opstellers om enerzijds uit te gaan van het *acquis*: de gronden die al uitdrukkelijk beschermd waren (geweest), zouden dat blijven. Anderzijds zou men bij het toevoegen van bijkomende criteria niet zozeer *alle*, maar wel *alle belangrijke* gronden toevoegen: “er mag geen enkel ‘belangrijk criterium’ worden weggelaten”.⁶⁸ Om te bepalen of een criterium van onderscheid ‘belangrijk’ is, zochten Regering en Parlement steun in internationale verdragen: “een belangrijk criterium stemt overeen (...) met de uitdrukkelijke vermelding in een instrument voor de bescherming van de Mensenrechten”.⁶⁹

29. Concreet hebben de nieuwe wetten de vernietigde lijst uit de Antidiscriminatiewet van 2003 heringevoerd (het *acquis*), aangevuld met de destijds opzettelijk weggelaten gronden ‘taal’ en ‘politieke overtuiging’. Ook de grond nationaliteit werd (uitdrukkelijk) toegevoegd.⁷⁰ De lijst werd vervolledigd met twee nieuwe gronden, geplukt uit artikel II-81 van het Handvest van de fundamentele rechten van de Europese Unie: ‘genetische eigenschappen’ en ‘sociale afkomst’.⁷¹ Dat leidde al bij al tot de volgende lijst: nationaliteit, zogenaamd ras, huidskleur, afkomst of nationale of etnische afstamming (Antiracismewet), geslacht (Genderwet)⁷², leeftijd, seksuele geaardheid, burgerlijke staat, geboorte, vermogen, geloof of levensbeschouwing, politieke overtuiging, taal, huidige of toekomstige gezondheidstoestand, een handicap, een fysieke of genetische eigenschap en sociale afkomst (Antidiscriminatiewet).⁷³

⁶⁵ Wet 10 mei 2007 ter bestrijding van discriminatie tussen vrouwen en mannen, BS 30 mei 2007. Ter vervanging van de Wet Gelijkheid Man/Vrouw 1999.

⁶⁶ Wet 10 mei 2007 ter bestrijding van bepaalde vormen van discriminatie, BS 30 mei 2007. Ter vervanging van de Antidiscriminatiewet van 2003.

⁶⁷ Daarnaast was er de bijbehorende wijzigingswet aan het Gerechtelijk Wetboek: wet 10 mei 2007 tot aanpassing van het Gerechtelijk Wetboek aan de wetgeving ter bestrijding van discriminatie en tot bestraffing van bepaalde door racisme of xenofobie ingegeven daden, BS 30 mei 2007.

⁶⁸ Parl.St. Kamer 2006-07, nr. 51-2722/1, 16-17.

⁶⁹ *Ibid.*, 17.

⁷⁰ Zie over de vraag in hoeverre dat een ‘nieuwe’ grond was: D. DE PRINS, S. SOTTIAUX en J. VRIELINK, *Handboek discriminatierecht*, Mechelen, Kluwer, 2005, nrs. 767-769.

⁷¹ Parl.St. Kamer 2006-07, nr. 51-2722/1, 17-18.

⁷² En daarmee onlosmakelijk samenhangende kenmerken, zoals: zwangerschap, moederschap en geslachtsverandering.

⁷³ De levenssferen waarbinnen het verboden is op deze gronden te discrimineren, zijn wel voor elke grond dezelfde. Anders

Binnen die gesloten selectie van ‘belangrijke’ gronden, komt een bijzondere plaats toe aan de gronden uit de Europese richtlijnen (ras/etniciteit, geslacht, godsdienst of overtuiging, handicap, leeftijd en seksuele geaardheid). Die krijgen de verregaande bescherming die hen door de Europese discriminatierechtlijnen toekomt. Binnen bepaalde domeinen van het dagelijks leven is een direct onderscheid op deze gronden slechts in precieze, wettelijk omschreven gevallen gerechtvaardigd: in de nieuwe wetten komt expliciet tot uitdrukking dat niet elke ‘objectieve en redelijke verantwoording’ volstaat. De EG-gronden genieten met andere woorden een gesloten rechtvaardigingsstelsel. Wat de grond ‘ras’ betreft, is bovendien in strafrechtelijke sancties voorzien, onder meer voor discriminaties in de arbeidsbetrekkingen en bij het aanbieden van goederen en diensten (*infra* nrs. 36 en 67-99).

30. Anders dan in de Antidiscriminatiewet van 2003 is er in de nieuwe wetten dus sprake van een duidelijke gelijkheidshiërarchie. De rasgerelateerde gronden staan helemaal bovenaan de ladder, omdat alleen discriminerende handelingen op die grond met straffen bedreigd worden. Dan komen de overige Europese gronden: geslacht, godsdienst of overtuiging, leeftijd, handicap en seksuele geaardheid. Deze gronden genieten allemaal een gesloten rechtvaardigingsstelsel bij rechtstreeks onderscheid.⁷⁴ Dat geldt niet voor de specifiek ‘Belgische’ gronden, waarvoor een onderscheid steeds objectief en redelijk verantwoord kan worden (open rechtvaardigingsstelsel). Deze beschermde kenmerken landen dus op de derde plaats. Voor al deze gronden geldt dat de bijzondere burgerrechtelijke discriminatieprocedure erop van toepassing is. Hetzelfde kan niet gezegd worden voor de vierde en laatste categorie gronden: de restgronden. Hiermee wordt verwezen naar discriminatiegronden die niet opgenomen zijn in de lijst. Deze restgronden zijn onbeschermd, althans door de wetten zelf (zie evenwel *infra* nrs. 60-66).

→

dan in de Europese richtlijnen (waarbij ras en geslacht een ruimer materieel toepassingsgebied hebben dan andere) is er op dit gebied geen sprake van een hiërarchie van discriminatiegronden.

⁷⁴ Binnen deze gronden kan nog eens een hiërarchie aangebracht worden op basis van de ruimhartigheid van de uitzonderingsmogelijkheden bij direct onderscheid. Zo zijn onderscheidingen die rechtstreeks gebaseerd zijn op leeftijd en godsdienst in meer gevallen rechtvaardigbaar dan verschillende behandelingen gestoeld op seksuele geaardheid. Handicap is dan weer een geval apart wegens zijn conceptuele inpassing in het systeem van de plicht tot het maken van redelijke aanpassingen. Een uitzondering geldt overigens in zekere zin voor de grond ‘nationaliteit’ uit de Antiracismewet waarvoor in ruimere rechtvaardigingsmogelijkheden voorzien is dan voor de andere criteria uit die wet.

→

C. Handhaving vooral burgerrechtelijk: depenalisering, behalve in de Antiracismewet

31. Een volgende krachtlijn van de hervormingen van 2007 bestaat in de invoering van een nieuw effectiviteits- en efficiëntieverhogend burgerrechtelijk sanctieapparaat.⁷⁵ Zo bleef de speciale discriminatierechtelijke (stakings)procedure uit de Antidiscriminatie-wet van 2003 behouden (*supra* nr. 8), maar de bevoegdheid van de voorzitter werd uitgebreid. Niet alleen mag hij een discriminatie vaststellen en bevelen die te staken, hij is ook bevoegd om zelf forfaitaire schadevergoedingen op te leggen.⁷⁶ Ook versterkten de wetten de bescherming van klagers in een discriminatieproces tegen represaillemaatregelen (bijvoorbeeld ontslag); die bescherming werd bovendien uitgebreid tot getuigen van dergelijke feiten. De gunstige (en eveneens drempelverlagende) bewijsregels voor discriminatieslachtoffers werden behouden en nader uitgewerkt.⁷⁷

32. Iets wat eerst onderdeel was geweest van de vooropgestelde harmonisatie, maar wat later deels werd teruggedraaid, was een zogenaamde ‘depenalisering’. Aanvankelijk was het plan om alle discriminatiewetten zoveel mogelijk uit de strafrechtelijke sfeer te halen.⁷⁸ Het accent in de juridische discriminatiebestrijding zou verder verschuiven naar een civielrechtelijke aanpak; een verschuiving die eigenlijk al was ingezet in 2003. Naast de genoemde uitbreiding van de burgerrechtelijke actiemogelijkheden zou zich dit concreet vertalen in de schrapping of inperking van verschillende strafbepalingen: alleen de strafbaarstellingen van het ‘aanzetten tot haat, discriminatie en geweld’ en discriminatie door ambtenaren in de uitoefening van hun functie zouden overblijven.⁷⁹ In de An-

tiracismewet zou daarnaast ook het ‘medewerking verlenen aan of behoren tot een groep of vereniging die kennelijk en herhaaldelijk racisme verkondigt’ strafbaar blijven, omdat dit nodig zou zijn voor een (minimale) implementatie van het Internationaal Verdrag van 21 december 1965 inzake de uitbanning van alle vormen van rassendiscriminatie (IVUR).⁸⁰

33. De reden voor deze accentverschuiving en de inperking van de strafrechtelijke discriminatiebepalingen was ten eerste dat de ervaringen van landen met een langere traditie inzake discriminatiebestrijding lieten zien dat vooral van het burgerlijk recht op termijn (positieve) effecten verwacht konden worden. Sterker nog, men vreesde dat een te grote nadruk op het strafrecht met zijn zware bewijslast en sterke morele implicaties, contraproductief kon werken. De aanwezigheid van die bepalingen zou te zeer een stempel drukken op het discriminatierecht als geheel en er een zware morele lading aan verlenen die in de weg staat van een oplossingsgerichte aanpak van discriminaties, omdat die in de meeste gevallen niet te maken hebben met kwaadwilligheid of opzettelijkheid.

Dit uitgangspunt lijkt te worden ondersteund door de praktijk. Discriminatie bestrijden met moraliserende en strafrechtelijke middelen is in de praktijk niet alleen moeilijk – zodat het leidt tot weinig rechtspraak – maar lijkt inderdaad ook aanleiding te geven tot contraproductieve resultaten. Wat dat eerste betreft, is het opvallend dat er juist in landen waar deze benadering sterk ingeburgerd is, nauwelijks rechtspraak bestaat juist rond sectoren die voor de maatschappelijke participatie van groepen essentieel zijn (arbeidsbetrekkingen in het bijzonder).⁸¹ Aangaande het tweede punt, de contraproductieve resultaten, kan verwezen worden naar sociaalwetenschappelijke studies waaruit blijkt dat enerzijds discriminatie weliswaar nog altijd prevalent is, onder andere op de werkvloer, maar dat een te sterke ideologische en morele (be)lading van het gelijkheidsdiscours en de bijbehorende wetgeving een oplossing in de praktijk niet naderbij brengt, maar juist de zaken verergert. Door een dergelijke insteek wordt het probleem juist onbespreekbaar en wordt het onzichtbaar gemaakt.⁸²

⁷⁵ Art. 13-19 Antiracismewet, art. 20-25 Genderwet en art. 15-20 Antidiscriminatiewet.

⁷⁶ 650 euro, 1300 euro, drie of zes maanden brutobeloning al naar gelang van het geval.

⁷⁷ Art. 29-33 Antiracismewet, art. 32-33 Genderwet en art. 27-29 Antidiscriminatiewet.

⁷⁸ *Parl.St.* Kamer 2006-07, nr. 51-2720/1, 11, 25, 33-34. Zie: J. VRIELINK en E. CLAES, “Antiracisme, strafrecht en herstelbemiddeling”, *Nieuwsbrief Suggnome* 2006, nr. 3, 3-13; D. CACCAMISI, “Quand ‘faire que ce qui est juste soit plus fort’ conduit à paralyser la lutte contre la discrimination raciale. Vers une dépenalisation partielle de la discrimination raciale”, in Y. CARTUYVELS et al. (eds.), *Les droits de l’homme, bouclier ou épée du droit pénal?*, Brussel, FUSL, 2007, 427-495.

⁷⁹ Daarnaast werd in het Strafwetboek voorzien in strafverzwarende omstandigheden voor alle gronden (voor zover dat niet al het geval was) ingeval een van de ‘drijfveren’ ervan “bestaat in de haat tegen, het misprijzen van of de vijandigheid tegen een persoon wegens” een van de discriminatiegronden. Door die strafverzwaringen wordt (alleen) het minimum van de correctionele straffen verhoogd en in de meeste gevallen verdubbeld. Een andere afgeleide strafbaarstelling die alle wetten omvatten, is een zogenaamd ‘contempt of court’-misdrijf: personen die zich niet voegen naar een vonnis of een

→

arrest dat als gevolg van een vordering tot staking uit de wetten werd gewezen (resp. art. 19 Genderwet; art. 24 Antidiscriminatiewet en art. 26 Antiracismewet).

⁸⁰ Ondertekend op 7 maart 1966 te New York. Door België goedgekeurd d.m.v. wet 9 juli 1975, BS 11 december 1975.

⁸¹ Dat geldt bijvoorbeeld voor Frankrijk, maar het discriminatierecht in België zelf – van voor de wetten van 2007 – is daar wellicht nog wel het beste voorbeeld van. Zie ook *supra* nr. 24.

⁸² Zie bv.: L. VAN DEN BROEK, *De ironie van gelijkheid. Over etnische diversiteit op de werkvloer*, S.I., Kantharos, 2009. De studie van VAN DEN BROEK laat, voor het concre-

→

Niemand ‘discrimineert’ en niemand is ‘racist’, omdat dat gezien wordt als het summum van het kwaad, maar paradoxaal genoeg lijken juist daardoor de bestaande structuren van ongelijkheid onaangeroerd te blijven of worden zij zelfs versterkt.⁸³

34. Een tweede reden voor de voorgenomen afbouw van de strafrechtelijke aanpak was dat het gelijkheidsbeginsel noopte tot een zekere – zij het niet noodzakelijk volledige – ‘gelijkschakeling’ van de strafbepalingen voor de verschillende discriminatiegronden; al was het maar opdat het Grondwettelijk Hof de verschillende behandeling ervan niet zou vernietigen.⁸⁴

35. Deze voornemens ten spijt werd de depenalisering voor wat betreft de Antiracismewet teruggedraaid. Dit gebeurde vrij snel nadat het ontwerp in het Parlement ingediend was. De reden hiervoor was dat bepaalde minderheidsorganisaties⁸⁵ en het CGKR zich ertegen verzetten.⁸⁶ De meerderheid gaf toe aan deze weerstand en voerde de verwijderde strafbepalingen opnieuw in.⁸⁷ De depenalisering vond dus geen door- gang in de Antiracismewet, in tegenstelling tot in de Antidiscriminatiewet en de Genderwet. Ter verant-

woording hiervan werd door de wetgever enerzijds verwezen naar het IVUR, anderzijds werden symbolische en morele redenen aangevoerd:

“De wetgever kan het symbolische belang dat wordt gehecht aan een wet die tot doel heeft het racisme in een democratische samenleving te bestrijden, niet verwaarlozen”.⁸⁸

Men zou zich in deze context niet kunnen veroorloven dat de verwijdering van de strafbepalingen “verward en dubbelzinnig kan worden geïnterpreteerd op sociaal en symbolisch vlak”⁸⁹; uitgangspunten die moreel weliswaar begrijpelijk zijn, maar – zoals gezegd – problematisch lijken vanuit het perspectief van effectiviteit en efficiëntie.

36. Hoe dan ook, terwijl de Antidiscriminatiewet en de Genderwet in hun nieuwe vorm slechts twee zelfstandige strafbaarstellingen omvatten, telt de Antiracismewet er zes. Om welke zaken gaat het concreet? In alle wetten wordt het ‘aanzetten tot haat, discriminatie, (segregatie) en geweld’ jegens personen en groepen strafbaar gesteld⁹⁰, net als discriminatie door ambtenaren in de uitoefening van hun functie.⁹¹ In de Antiracismewet werden daarbovenop discriminatie in het goederen- en dienstenverkeer en discriminatie in arbeidsrelaties opnieuw strafbaar gemaakt.⁹² Verder ging het om het medewerking verlenen aan en het behoren tot een groep of vereniging die kennelijk en herhaaldelijk discriminatie verkondigt.⁹³ Een laatste bepaling, die een aanmerkelijke verruiming inhield van een eerdere strafbaarstelling, was het verbod op het verspreiden van denkbelden die zijn gegrond op rassenhaat en rassuperioriteit.⁹⁴ We gaan dieper in op de concrete inhoud van die bepalingen bij de bespreking van de wijze waarop het Grondwettelijk Hof er invulling aan geeft (*infra* nrs. 67-99).

3. DE ARRESTEN VAN HET GRONDWET- TELIJK HOF OVER DE DISCRIMINATIE- WETTEN VAN 10 MEI 2007

37. In dit deel komen we toe aan de arresten van het Grondwettelijk hof over de wetten van 10 mei 2007. De bespreking daarvan valt uiteen in twee delen. Een eerste deel gaat over de discriminatiegronden (3.1.). Deel twee heeft betrekking op de manier waarop het

→

te geval van rasgerelateerde discriminatie en uitsluiting, zien hoe alledaags racisme onzichtbaar wordt gemaakt, juist in die organisaties die gelijkheid als morele waarde hoog in het vaandel dragen. De morele druk en geïnternaliseerde wens om niet te discrimineren, veroorzaken juist dat de dagelijkse praktijk van ongelijkheid in stand blijft. Selectieve waarneming, perceptuele vertekening en personificatie zijn belangrijke mechanismen daarin. Het onderzoek laat overigens zien dat dat niet alleen gebeurt door autochtonen. Ook allochtonen dragen daaraan bij, omdat zij zich niet kunnen schikken in het sterk moreel gekleurde slachtofferschap dat op klagers rust in een dergelijke, beladen context.

⁸³ *Ibid.*, 12.

⁸⁴ Men gaf aan dat er respect moest zijn voor “het gelijkheidsbeginsel *a priori* tussen slachtoffers van discriminatie”. Dit zou niet betekenen “dat de toepasselijke juridische stelsels in alle opzichten volledig identiek moeten zijn”, maar wel dat “de verschillen in behandeling die zouden kunnen bestaan tussen de verschillende juridische stelsels (...) objectief en redelijk gerechtvaardigd [moeten] kunnen worden” (*Parl.St.* Kamer 2006-07, nr. 51-2720/1, 10).

⁸⁵ Waaronder vooral de Mouvement contre le racisme, l’antisémitisme et la xénophobie (MRAX).

⁸⁶ Zie o.m.: CGKR, Voorontwerp van Antidiscriminatiewet – Antiracismewet, *Parl.St.* Kamer 2006-07, nr. 51-2720/1, 158-159; *Parl.St.* Kamer 2006-07, nr. 51-2720/9, 143-144 (uitleenzetting J. DE WITTE, directeur CGKR); *Parl.St.* Kamer 2006-07, nr. 51-2720/9, 147 (uitleenzetting R. BOUHLAF, voorzitter MRAX); CGKR, *Evaluatieverslag federale tienpuntenplan tegen racisme*, Brussel, CGKR, 2006, punt 1.1; MRAX, *Réforme des lois contre les discriminations. Analyse critique du projet de loi visant à lutter contre les discriminations racistes*, MRAX, Brussel, 2006. Vgl.: *Parl.St.* Kamer 2006-07, nr. 51-2720/2, 2. Zie ook reeds: CGKR, *Medeburgers & landgenoten. Jaarverslag 1999*, Brussel, CGKR, 2000, 84.

⁸⁷ Amendementen nrs. 10 en 11, *Parl.St.* Kamer 2006-07, nr. 51-2720/6 (Déom e.a.).

⁸⁸ *Parl.St.* Kamer 2006-07, nr. 51-2720/6, 6. Vgl. *Hand.* Kamer 2006-07, 29 maart 2007, 38.

⁸⁹ *Parl.St.* Kamer 2006-07, nr. 51-2720/6, 9. Vgl. *Parl.St.* Senaat 2006-07, nr. 3-2362/3, 18.

⁹⁰ Art. 20 Antiracismewet; art. 22 Antidiscriminatiewet en art. 27 Genderwet.

⁹¹ Art. 23 Antiracismewet; art. 23 Antidiscriminatiewet en art. 28 Genderwet.

⁹² Art. 24 en 25 Antiracismewet.

⁹³ Art. 22 Antiracismewet.

⁹⁴ Art. 21 Antiracismewet.

Hof omgaat met de uitingsdelicten uit de wetten en hoe het daarbij invulling geeft aan de betrokken vrijheden en beginselen (3.2.). Net als in 2004, behoren deze zaken tot de belangrijkste waarmee het Hof zich ingelaten heeft. Ook leveren zij de meest interessante basis voor vergelijkingen met het eerdere arrest.

3.1. Het Grondwettelijk Hof en de discriminatiegronden

38. Net als in het hoger besproken arrest 157/2004 heeft het Grondwettelijk Hof in de arresten van 2009 belangrijke wijzigingen aangebracht in de opsomming van discriminatiegronden opgenomen in de discriminatiewetten. Zo is de gesloten lijst van beschermde kenmerken principieel aanvaard, maar uiteindelijk toch deels geannuleerd (3.1.2.). Ook heeft het Hof de onrechtstreekse horizontale werking van het grondwettelijke gelijkheidsbeginsel uitdrukkelijk erkend en uitgewerkt (3.1.3.). We beginnen echter met de visie van het Hof op de aard van het wettelijke discriminatieverbod (3.1.1.).

3.1.1. Aard van het wettelijke discriminatieverbod

39. In de arresten geeft het Grondwettelijk Hof te kennen dat het discriminatieverbod zoals wij dit aantreffen in de wetten van 2007 de ‘nadere uitwerking’ is van de “verplichting om het discriminatieverbod na te leven”.⁹⁵ Laatstgenoemde verplichting is van grondwettelijke aard en gaat de wettelijke verplichting vooraf. Het grondwettelijke discriminatieverbod bevat met andere woorden een oorspronkelijke, hogere en meer algemene horizontale rechtsplicht, dan de meer specifieke norm die vervat zit in de discriminatiewetten. Het Hof erkent uitdrukkelijk dat het verbijzonderen van het grondwettelijke discriminatieverbod

toekomt aan de wetgever.⁹⁶ Dat betekent tegelijk niet dat hij van het grondwettelijke ‘oerverbod’ afbreuk zou mogen doen (*infra* nrs. 60-66).

40. Verder blijkt dat het Grondwettelijk Hof het discriminatieverbod wezenlijk alleen toepasselijk acht op personen die in het rechtsverkeer een machtspositie innemen. Die machtspositie stelt personen immers juist in staat om te discrimineren. Althans, het stelt hen daartoe *meer* in staat dan de personen die zich aan de overzijde van die machtspositie bevinden. Het feit dat de discriminatiewetten alleen een rechtsplicht inhouden voor ‘de werkgevers en de personen die een vennootschap of maatschap van zelfstandige beroepen vormen’ (en niet voor de ‘werknemers of de personen die tot een vennootschap of maatschap van zelfstandige beroepen wensen toe te treden’), voor ‘de aanbieders van goederen en diensten’ (en niet voor ‘de afnemers van goederen en diensten’), voor ‘de verstrekkers van gezondheidszorg’ (en niet de voor ‘genieters’ ervan), stoort het Hof dan ook niet.⁹⁷ Dit verschil in behandeling tussen categorieën van personen is in de woorden van het Hof “verantwoord door de machtspositie, in feite of in rechte, die de eerstgenoemde categorieën van personen op [de arbeidsmarkt, de markt van goederen en diensten en in de gezondheidszorg] innemen en die hen, meer dan de laatstgenoemde categorieën, in de gelegenheid stelt om te discrimineren”.⁹⁸

Die laatste formule van het Grondwettelijk Hof is veelzeggend. Het Hof ontkent niet dat ook werknemers, afnemers van goederen en diensten en ontvangers van gezondheidszorg kunnen discrimineren (het is alleen zo dat *grosso modo* de machtspositie van werkgevers, aanbieders van goederen en diensten en verstrekkers van gezondheidszorg hen *meer* in staat stelt om te discrimineren). Toch besluit het Hof dat het discriminatieverbod niet op die eersten toepasselijk moet zijn. Hieruit blijkt dat de houding van het Hof tegenover het verbieden van discriminatie door drongen is van een flinke dosis pragmatisme. Een blanke patiënt die weigert zich te laten behandelen door een zwarte arts, voldoet aan de abstracte definitie van het discriminatieverbod en stelt moreel gesproken een verwerpelijke handeling. Maar toch valt hij (voortaan) buiten de reikwijdte van het juridische discriminatieverbod. Dat verbod dient, zo stelt het Hof, om discriminatie tegen te gaan bij de toegang tot schaarse economische, sociale of culturele goederen. Het juridische discriminatieverbod is geen morele norm waarvan het domein zich uitstrekt over alle facetten van het dagelijkse leven van de mens. Het is een geheel van regels dat een eerlijke toegang pro-

⁹⁵ GwH 12 februari 2009, nr. 17/2009, B.10.4. Vgl.: GwH 11 maart 2009, nr. 39/2009, B.45.2; GwH 11 maart 2009, nr. 40/2009, B.90.2. Vgl. in dat opzicht de overweging van de indieners van het voorstel dat leidde tot de Antidiscriminatiewet van 2003 en waarvan de wetten van 2007 in belangrijke mate de opvolgers en vervangers zijn: “De bestaande democratieën vinden hun grondvesten in de bekrachtiging van het principe dat de verschillen tussen individuele personen niet automatisch enige waarde hebben in het recht, noch in de betrekking van het maatschappelijk leven. Deze verschillen vormen geen rechtvaardiging voor een discriminerend onderscheid tussen personen. De artikelen 10 en 11 van de Grondwet, artikel 14 van het Europees Verdrag voor de bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden, (...) artikel 13 van het Verdrag van Amsterdam en andere internationale instrumenten bevestigen dat principe. Onze visie op de rechten van de mens is helemaal gebaseerd op de gelijkheid in waardigheid en rechten. De grondwetsbepalingen en de internationale regels (...) sporen de wetgever er ook toe aan eenieder een efficiënte en doeltreffende bescherming te bieden tegen discriminatie” (*Parl.St.* Senaat 1999-2000, nr. 2/12/1, 1-2).

⁹⁶ GwH 12 februari 2009, nr. 17/2009, B.10.4.

⁹⁷ Zie: *ibid.*, B.17.2, B.18.2 en B.19.2.

⁹⁸ *Ibid.*

beert te waarborgen tot arbeid, wonen, onderwijs en zorg. De ‘wachters’ die de toegang tot deze goederen controleren, is het verboden om op basis van de beschermde groepskenmerken een discriminerend onderscheid te maken tussen kandidaten; en *alleen* hen is het verboden dit te doen.

41. Dit was anders onder de voormalige Belgische discriminatiewetgeving, die veel moralistischer van aard en opzet was. Zo werd op grond van de Antiracismewet iemand vervolgd die weigerde om zich te laten verzorgen door een (spoed)arts van Afrikaanse afkomst, daarbij roepend: “nee, die vuile ‘bounoul’ zal me niet aanraken”. De persoon in kwestie werd niet enkel veroordeeld voor die uitlatingen – op basis van het ‘aanzetten tot’⁹⁹ – maar ook voor discriminatie in het goederen- en dienstenverkeer.¹⁰⁰ De nieuwe wetten, toch in de dwingende interpretatie die het Grondwettelijk Hof daaraan geeft, maken komaf met deze eerdere situatie.¹⁰¹

Voor de duidelijkheid: daarmee is niet gezegd dat men moet of mag toegeven aan dergelijke discriminerende voorkeuren van klanten, werknemers of publiek. Veelal zal het ingaan op dergelijke vragen of eisen wél laakbaar zijn op grond van de discriminatiewetgeving.¹⁰² Ook kan het bewuste gedrag in hoofd van degene die het stelt, verboden of zelfs strafbaar zijn op andere gronden; dat is mogelijk het geval in het aangehaalde voorbeeld.¹⁰³ Op grond van de discriminatiewetgeving is het evenwel niet (meer) verboden.

42. Uit deze moderne kijk op de ‘natuurlijke’ grenzen aan het bereik van het discriminatieverbod, blijkt een

gespletenheid in de houding van het Belgisch Grondwettelijk Hof ten aanzien van discriminatierecht. Enerzijds beschouwt het Hof het wettelijke discriminatieverbod als de nadere horizontale uitwerking van een abstracte grondwettelijke norm. Doorgaans zijn rechtsstelsels waarin discriminatiewetgeving gezien wordt als de implementatie van een hoogstaande en quasimorele grondwettelijke norm, geneigd om die wetgeving ook een grote morele geladenheid mee te geven. In de praktijk uit dit zich dan in de keuze voor een hoofdzakelijk strafrechtelijk sanctieapparaat en in een breed personeel toepassingsgebied waarin eigenlijk geen ruimte is voor uitzonderingen: de wetgeving is van toepassing op zowel machtige actoren als op de anderen.¹⁰⁴ Rechtsstelsels waarvoor discriminatiewetgeving in de eerste plaats een praktisch instrument is om (ook) achtergestelde groepen toegang te verzekeren tot werk, wonen, onderwijs en zorg, gaan doorgaans anders te werk. Zij zullen eerder vertrouwen op laagdrempelige, civiele handhavingsmechanismes. Ook zullen zij vooral personen viseren die (in de regel) aanzienlijke macht hebben over de toegang tot schaarse economische, sociale en culturele goederen; voor personen en categorieën waarvoor dat niet of minder het geval is, is ruimte voor uitzonderingen.¹⁰⁵

43. We kunnen besluiten dat het Hof de *oorsprong* van het wettelijke discriminatieverbod legt in een hoogstand quasimoreel grondwettelijk principe (*l'Égalité*), maar tegelijkertijd aanneemt dat de *implementatie* daarvan in de concrete werkelijkheid van de horizontale verhoudingen een zekere pragmatiek verlangt. Die pragmatiek bestaat erin dat alleen categorieën van personen die zich in de regel in een machtspositie bevinden, aan de voorschriften van het discriminatieverbod onderhevig zijn.¹⁰⁶ Zodoende brengt het Hof een verzoening tot stand tussen een principiële en pragmatische opvatting van horizontaal werkend discriminatierecht.

⁹⁹ Een veroordeling die in het licht van de criteria van het Grondwettelijk Hof niet onproblematisch lijkt (*supra* nrs. 14-15 en *infra* nrs. 96-97).

¹⁰⁰ Toenmalig art. 2 Antiracismewet (huidig art. 24). Zie: Corr. Brussel 30 juni 1997, www.diversiteit.be.

¹⁰¹ Er kan ook gedacht worden aan de situatie waarin (moslim)mannen weigeren om hun vrouw te laten bijstaan door een mannelijke arts.

¹⁰² O. DE SCHUTTER, *Discriminations et marché du travail. Liberté et égalité dans les rapports d'emploi*, Brussel, PIE Peter Lang, 2001, 64-66; C. BAYART, *Discriminatie tegenover differentiatie. Arbeidsverhoudingen na de discriminatiewet*, Brussel, De Boeck & Larquier, 2004, 244; D. DE PRINS, S. SOTTIAUX en J. VRIELINK, *Handboek discriminatierecht*, Mechelen, Kluwer, 2005, nrs. 647, 852, 887, 897, 908, 1213. Zie voor relevante Belgische rechtspraak reeds: RvS 1 februari 1973, nr. 15.693; Corr. Hasselt 27 maart 1995, *T.Vreemd*. 1995, 398; Antwerpen 17 november 1995, *AJT* 1995-96, 418; Corr. Kortrijk 20 oktober 1999, www.diversiteit.be.

¹⁰³ Zo is het belemmeren van een arts bij de uitoefening van de geneeskunde “door feitelijkheden of geweld” correctioneel strafbaar o.b.v. art. 10 KB nr. 78. Ingeval het gedrag door derden wordt gesteld, zoals in de situatie waarin een man (uit religieuze overwegingen) medische hulp belemmert aan zijn vrouw, biedt ook ‘schuldig verzuim’ een rechtsgrond.

¹⁰⁴ Zie over deze aanpak, die vooral kenmerkend is voor de klassieke *civil law*-landen (Frankrijk in het bijzonder): D. SCHIEK, L. WADDINGTON en M. BELL (eds.), *Cases, Materials and Texts On National, Supranational and International Non-discrimination Law*, Oxford, Hart, 2007, 17-21.

¹⁰⁵ Dit is de zienswijze van de *common law*-landen en in zekere zin ook van Nederland en de Scandinavische landen (D. SCHIEK, L. WADDINGTON en M. BELL (eds.), *Cases, Materials and Texts On National, Supranational and International Non-discrimination Law*, Oxford, Hart, 2007, 14-17 en 21-24).

¹⁰⁶ Niet zozeer een kwestie van moreel juist of onjuist, maar van respect voor spelregels met een pragmatische doelstelling.

3.1.2. De gesloten lijst(en) van discriminatiegronden en het Grondwettelijk Hof

A. Algemeen

44. Zoals gezegd, voorzien de discriminatiewetten van 2007 in gesloten lijsten van ‘beschermde kenmerken’. Die lijsten, gemaakt met de bedoeling alle ‘belangrijke gronden’ op te nemen, omvatten al bij al de volgende selectie: nationaliteit, een zogenaamd ras, huidskleur, afkomst of nationale of etnische afstamming (Antiracismewet), geslacht (Genderwet), leeftijd, seksuele geaardheid, burgerlijke staat, geboorte, vermogen, geloof of levensbeschouwing, politieke overtuiging, taal, huidige of toekomstige gezondheidstoestand, een handicap, een fysieke of genetische eigenschap of sociale afkomst (Antidiscriminatiewet).¹⁰⁷

45. Verschillende verzoekende partijen voerden aan dat de gesloten lijst(en) van discriminatiegronden zélf strijdig zijn met het grondwettelijke discriminatieverbod. Het uitsluiten van sommige kenmerken van de wettelijke bescherming was volgens hen een verschil in behandeling dat niet objectief en redelijk verantwoord kon worden, zoals vereist door het grondwettelijke gelijkheidsbeginsel.

Het spreekt vanzelf dat het Hof gevoelig is voor dit argument. Niet alleen vanuit zijn oorsprong als ‘Gelijkheidshof’, maar ook omdat het de getoetste discriminatiewetten beschouwt als een nadere uitwerking van zijn vertrouwde toetsingsnorm. Bijna twintig jaar toetst het Hof al wetten en decreten aan het grondwettelijke gelijkheidsbeginsel: een gelijkheidsnorm met een volstrekt open lijst discriminatiegronden. Er bestaat waarschijnlijk geen tweede hof dat op een vergelijkbare ervaring en expertise kan bogen in de toepassing van het gelijkheidsbeginsel als het Belgisch Grondwettelijk Hof. Het is daarom niet verrassend dat het Hof met een bijzondere gestrengheid toeziet op een wettelijke uitwerking van het gelijkheidsbeginsel voor horizontale doeleinden. Zeker als de conceptuele uitwerking daarvan afwijkt van de concepten die het zelf hanteert bij de toepassing en toetsing van het gelijkheidsbeginsel. Ook is het waarschijnlijk dat het Hof onwillekeurig geneigd zal zijn om het wettelijke discriminatieverbod gestalte te geven naar beeld en gelijkenis van het grondwettelijke origineel, dat immers al zoveel goede diensten bewezen heeft.

B. Principiële aanvaarding van gesloten lijsten, ogenschijnlijke aanvaarding van de concrete lijst

46. Het Hof laat zich deze keer niet verleiden tot een algehele vernietiging van de discriminatiegronden:

¹⁰⁷ *Parl.St.* Kamer 2006-07, nr. 51-2722/1, 17.

het erkent in zijn arresten principieel dat een wettelijke lijst van discriminatiegronden gesloten kan zijn en dat bepaalde kenmerken van de specifieke wettelijke bescherming kunnen worden uitgesloten. Het Hof doet dit in de volgende bewoordingen:

“[W]anneer de wetgever, om zich te conformeren aan de verplichtingen van Europese richtlijnen, in een specifieke procedure voorziet die afwijkt van de gewone regels van het gerechtelijk recht, (...) *vermag hij (...) die afwijkende procedure voor te behouden* voor de discriminaties die door de voormelde richtlijnen worden beoogd, en daaraan discriminaties toe te voegen waarvoor hij dezelfde bescherming noodzakelijk acht. Het behoort immers tot de beoordelingsbevoegdheid van de wetgever om de discriminaties op gronden die hij het meest verwerpelijk acht nadrukkelijk te bestrijden”.¹⁰⁸

In zekere zin kon die aanvaardbaarheid van een gesloten reeks discriminatiegronden al gelezen worden tussen de regels van arrest 157/2004. In dat arrest werd immers de gesloten lijst uit de Antidiscriminatiewet van 2003 vernietigd met als reden dat de toenmalige wetgever zich uitdrukkelijk voorgenomen had om *alle* discriminaties te verbieden. Dat diezelfde wetgever vervolgens naliet om ‘taal’ en ‘politieke overtuiging’ op te nemen, was volgens het Hof onmogelijk verzoenbaar met het gelijkheidsbeginsel.¹⁰⁹

47. Toch viel bij de wetgever van 2007 nog enige ongerustheid te bespeuren over de vraag of het Grondwettelijk Hof een ‘coherente’ gesloten lijst, die beter overeenstemt met de geuite bedoelingen, wél zou accepteren.¹¹⁰ Die ongerustheid leek door de arresten 17/2009 en 41/2009 te worden weggenomen. Het Hof liet daarin immers tot tweemaal toe de lijst van discriminatiegronden intact, hoewel die aangevochten werd. Daarmee aanvaardde het Grondwettelijk Hof in beginsel ook de mogelijkheid van de – eertijds ogenschijnlijk verworpen – hiërarchie van discriminatiegronden. De geselecteerde wettelijke gronden, die een gunstig juridisch regime genieten, staan hoger op de beschermingsladder dan de niet-opgenomen gronden.

C. Een gesloten, maar geen uitsluitende lijst

48. Het Grondwettelijk Hof aanvaardt weliswaar principieel dat de discriminatiewetten gesloten lijsten kennen, maar het gaat om een aanvaarding onder voorbehoud. Zo maakt het Hof zeer duidelijk dat de limitatieve reeks beschermde kenmerken onder geen beding zo mag worden uitgelegd dat zij niet-opgenomen gronden van elke (andere) bescherming

¹⁰⁸ GwH 12 februari 2009, nr. 17/2009, B.14.5; GwH 11 maart 2009, nr. 41/2009, B.9; GwH 2 april 2009, nr. 64/2009, B.7.5 (onze cursivering).

¹⁰⁹ Arbitragehof 6 oktober 2004, nr. 157/2004, B.7-B.13.

¹¹⁰ Zie o.m.: *Parl.St.* Kamer 2006-07, nr. 51-2722/1, 13-20.

uitsluit. ‘Niet opgenomen’ betekent volgens het Hof nog niet ‘onbeschermd’. Van de gesloten wettelijke lijst gaat met andere woorden geen *a contrario* werking uit: “Zelfs wanneer het gaat om verhoudingen tussen privépersonen, zou de wetgever niet kunnen afwijken van het algemene discriminatieverbod dat uitdrukkelijk is gewaarborgd bij (...) grondwets- en verdragsbepalingen. *Het aannemen van een gesloten lijst zou dus in geen geval kunnen worden geïnterpreteerd in die zin dat discriminaties op gronden die niet in die lijst voorkomen, worden toegestaan*”.¹¹¹ Kortom, de wetgever kan wel prioriteit toekennen aan bepaalde gronden, maar hij kan ze niet van bescherming uitsluiten (zie ook *infra* nrs. 60-66).

D. Een gesloten, maar geen afgesloten lijst: gedeeltelijke, herhaalbare vernietiging

49. Nadat in twee eerdere arresten het principe van de gesloten lijst op zich standhield¹¹², volgde een uitspraak in de samengevoegde vorderingen van twee vakbonden.¹¹³ Zij vochten, net als in de twee eerdere zaken, het beginsel van de gesloten lijst aan. Opnieuw zonder resultaat. Daarnaast voerden ze echter ook aan dat er een concrete grond ontbrak in de opsomming: syndicale overtuiging of lidmaatschap van een vakorganisatie.¹¹⁴ De opname van een dergelijk criterium was tijdens de voorbereidingen van de wet verschillende keren voorgesteld, maar werd uiteindelijk verworpen door de meerderheid.¹¹⁵ Niet omdat men discriminatie op die grond onbelangrijk achtte, integendeel zelfs: men onderstreepte het belang om niet te worden gediscrimineerd op die grond.¹¹⁶ De wetgever

vreesde echter dat de lijst door opname van het bewuste criterium haar consistente karakter zou verliezen. Als criterium voor de ‘belangrijkheid’ van een grond (en dus voor opname ervan) had men immers gehanteerd dat het uitdrukkelijk vermeld moest zijn in internationale mensenrechteninstrumenten en dat was voor vakbondslidmaatschap en syndicale overtuiging niet het geval, aldus de Regering.¹¹⁷ Daarmee samenhangend meende de Regering bovendien dat er al (voldoende) bescherming bestond in het Belgisch recht tegen discriminatie op de bewuste grond.¹¹⁸

50. Voor het Grondwettelijk Hof trof het middel niet-temin doel. Het Hof achtte in arrest 64/2009 de uitsluiting discriminatoir. Door de uitsluiting werden slachtoffers van discriminatie op basis van syndicale overtuiging “zonder redelijke verantwoording verschillend behandeld” in vergelijking met de slachtoffers van discriminatie op grond van de opgenomen gronden.¹¹⁹ Anders dan in 2004 vernietigt het Hof echter niet de hele lijst, om die *de facto* te vervangen door een volstrekt open variant. Het beperkt juist de omvang van de vernietiging. De opsomming werd meer bepaald vernietigd “alleen in zoverre zij onder de daarin vermelde discriminatiegronden niet syndicale overtuiging beogen”.¹²⁰ Het gaat dus om een gedeeltelijke vernietiging; een vernietiging die in de praktijk twee zaken inhoudt. Ten eerste dat *burgerlijke* rechters voortaan verplicht zijn om syndicale overtuiging in de lijst van discriminatiegronden in te lezen.¹²¹ De civiele rechter moet de ongrondwettige lacune opvullen: het gaat immers om een lacune die “is gesitueerd in de aan het Hof voorgelegde teksten” en de vernietiging daarvan is “op voldoende nauwkeurige en volledige wijze” uitgedrukt¹²², zodat een dergelijke oplossing mogelijk is.¹²³ In de tweede plaats im-

¹¹¹ GwH 12 februari 2009, nr. 17/2009 B.14.4; GwH 11 maart 2009, nr. 41/2009, B.8; GwH 2 april 2009, nr. 64/2009, B.7.4 (onze cursivering).

¹¹² GwH 12 februari 2009, nr. 17/2009; GwH 11 maart 2009, nr. 41/2009.

¹¹³ De Centrale nationale des employés (nr. 4363) en het Nationaal verbond voor kaderpersoneel (nr. 4365).

¹¹⁴ Het Grondwettelijk Hof beschouwt ‘syndicale overtuiging’ als een verzamelgrond die ook het lidmaatschap van een vakorganisatie en de syndicale activiteit in zich draagt. Het Hof schrijft hierover: “Het lidmaatschap van of het behoren tot een vakorganisatie en de activiteit die in het kader van een dergelijke organisatie wordt gevoerd, moeten worden beschouwd als uitingen van de syndicale mening van de betrokken persoon. Het slachtoffer van een discriminatie op grond van zijn lidmaatschap van een vakorganisatie, van het feit dat hij daartoe behoort of van zijn syndicale activiteit is derhalve eveneens het slachtoffer van een discriminatie op grond van zijn syndicale overtuiging, zodat de drie aangehaalde discriminatiegronden vervat zijn in die van de syndicale overtuiging” (GwH 2 april 2009, nr. 64/2009, B.8.2).

¹¹⁵ Zie o.m.: *Parl.St.* Kamer 2006-07, nr. 51-2720/9, 34-35, 47-49, 102-103, 105 en 133; amendement nr. 12, *Parl.St.* Kamer 2006-07, nr. 51-2722/3, 9 (Genot); amendement nr. 15, *Parl.St.* Kamer 2006-07, nr. 51-2722/4, 3 (Van der Auwera en Lanjri); amendement 3, *Parl.St.* Senaat 2006-07, nr. 3-2364/2 (Vandenbergh).

¹¹⁶ *Parl.St.* Kamer 2006-07, nr. 51-2720/9, 47.

¹¹⁷ *Ibid.*, 47-48.

¹¹⁸ *Ibid.* Waarbij werd verwezen naar CAO nr. 38, art. 2, § 4 wet 19 maart 1991 en ook naar de Antidiscriminatiewet (ontwerp) zelf. Met betrekking tot die laatste gaf men aan dat er – gezien de opname van de gronden levensbeschouwing en politieke overtuiging – “geen twijfel over bestaat dat wanneer een werknemer gediscrimineerd zou worden op grond van zijn syndicale overtuiging, hij een aanspraak in het kader van wet zal hebben”.

¹¹⁹ GwH 2 april 2009, nr. 64/2009, B.8.15-16. Vgl. ook GwH 16 juli 2009, nr. 123/2009 (inzake het Vlaamse decreet van 10 juli 2008 houdende een kader voor het Vlaamse gelijkekansen- en gelijkebehandelingsbeleid).

¹²⁰ *Ibid.*, B.8.16.

¹²¹ *Ibid.*, B.8.17. Strafrechters daarentegen mogen dit in beginsel niet, omdat zij gehouden zijn aan het strafrechtelijk wettigheidsbeginsel (vgl. *supra* nr. 8).

¹²² *Ibid.*, B.8.17.

¹²³ Zie: GwH 31 juli 2008, nr. 111/2008. In dat arrest moest het Hof antwoorden op een reeks arresten waarin het Hof van Cassatie vroeg of art. 235ter en/of art. 416, tweede lid Sv. de artikelen 10 en 11 Gw. schenden, doordat zij niet voorzien in een onmiddellijk cassatieberoep bij een controle van een vertrouwelijk dossier. Hiertegen wierp de Ministerraad op dat het

pliceert de vernietiging van de gewraakte weglating een oproep aan de wetgever om syndicale overtuiging alsnog aan de lijst van beschermde kenmerken toe te voegen. Voor de strafrechtelijke bescherming van die nieuwe grond is die opname in de wet trouwens een noodzakelijke voorwaarde voor de rechterlijke toepassing ervan in het licht van het legaliteitsbeginsel.

51. De door het Hof gekozen terminologie – te weten: ‘gedeeltelijke vernietiging’ en ‘vernietiging van een lacune’ – is begrijpelijk vanuit het kader waarbinnen het Hof opereert.¹²⁴ Toch kan worden opgemerkt dat de aanduidingen die het Hof gebruikt, eigenlijk niet de lading dekken van wat het doet.¹²⁵ In werkelijkheid heeft het Hof een grond *toegevoegd* aan de – in eens niet meer helemaal gesloten – lijst van discriminatiegronden; het gaat dus om een ‘invoegende vernietiging’.¹²⁶ Net als in zijn arrest uit 2004 is het Hof even in de rol van de wetgever gekropen, al is het ditmaal minder ver gegaan dan toen. Slechts één grond werd nu toegevoegd, de grond over de weglating

van dewelke de verzoekers zich hadden beklagd: syndicale overtuiging.

Tegelijk is er meer aan de hand dan de toevoeging van een enkele grond. Het gaat niet om een eenmalig incident dat zich nooit kan herhalen. Het Grondwettelijk Hof heeft in algemene termen vastgelegd onder welke voorwaarden nieuwe gronden toegang kunnen winnen tot de lijst van kenmerken in de Antidiscriminatiewet van 2007 (en dus tot de ruimhartige wettelijke bescherming tegen discriminatie). Het heeft met andere woorden een ‘openingsclausule’ toegevoegd aan de opsomming van gronden in de Antidiscriminatiewet. De voorwaarden waaronder een nieuwe discriminatiegrond kan profiteren van de grondwettelijke openingsclausule om alsnog de lijst te halen, worden hierna uiteengezet.

52. Net als in 2004 steunt het Grondwettelijk Hof ter verantwoording van de vernietiging van de gesloten lijst in sterke mate op de bedoeling van de wetgever. Het Hof roept in herinnering dat de wetgever “geoordeeld [had] dat hij een gesloten lijst van discriminatiegronden vermocht aan te nemen, op voorwaarde dat geen enkel ‘belangrijk criterium’ [wordt] weggelaten. Een ‘belangrijk criterium’ stemt (...) overeen met de vermelding in een instrument voor de bescherming van de mensenrechten”.¹²⁷

53. Een eerste voorwaarde om te worden toegelaten tot het selecte groepje van wettelijk beschermde discriminatiegronden, is dus dat een grond ‘belangrijk’ is, wat concreet wil zeggen dat hij voorkomt in internationale verdragen voor de bescherming van de mensenrechten. Het Hof geeft aan dat zulks voor syndicale overtuiging duidelijk het geval is, daarbij onder andere verwijzend naar artikel 11 EVRM, artikel 22, eerste lid IVBPR en artikel 8, lid 1a IVESCR.¹²⁸ De eerste voorwaarde van de openingsclausule is als zodanig vervuld. Interessant daaraan is dat het Hof de voorwaarde van “vermelding in een instrument voor de bescherming van de mensenrechten” dus niet in die zin interpreteert dat een criterium vermeld moet zijn in de non-discriminatiebepaling *stricto sensu* van die instrumenten.¹²⁹ Daarbij gaat het immers respec-

→

Grondwettelijk Hof weliswaar een leemte in de wetgeving kan vaststellen, maar dat het die niet kan opvullen, zodat de vraag zinloos zou zijn. Het Grondwettelijk Hof stelde in reactie hierop dat het invullen van een dergelijke leemte wel degelijk mogelijk is, mits aan twee voorwaarden is voldaan. Ten eerste moet het gaan om een leemte die zich bevindt in de voorgelegde tekst. Het is dus niet mogelijk indien de wetgever, naast de bestaande tekst, een nieuwe regeling moet uitvaardigen voor een andere categorie van personen. Ten tweede moet de vaststelling van een ongrondwettigheid worden “uitgedrukt in voldoende precieze en volledige bewoordingen om toe te laten dat de in het geding zijnde bepaling wordt toegepast met inachtneming van de artikelen 10 en 11 van de Grondwet” (*ibid.*, B.10).

Tot voor kort aanvaardde het Hof van Cassatie deze mogelijkheid overigens niet (evenmin als de Raad van State). Rechters die zelf tot rechtsherstel overgingen, in geval van een lacune die als ongrondwettig werd beoordeeld door het Grondwettelijk Hof, gingen volgens die rechtspraak de perken van hun macht te buiten door zich in de plaats van de wetgever te stellen (zie o.m.: Cass. 10 juni 2005; Cass. 18 september 2003). Intussen laat het Hof van Cassatie hiervoor wel een opening: Cass. 17 januari 2008 en Cass. 3 november 2008. Zie hierover: P. POPELIJER, “Het Hof van Cassatie over lacunes in de wetgeving: toenadering tot het Grondwettelijk Hof”, *RW* 2008-09, nr. 28, 1186-1189.

¹²⁴ Art. 142 Gw. en art. 1 en 26 Bijz. Wet GwH gaan immers uit van de hypothese waarin een bepaling ongrondwettig is door wat ze bepaalt en niet zozeer door wat de wetgever op ongrondwettige wijze niet geregeld heeft (P. POPELIJER, *Procederen voor het Grondwettelijk Hof*, Antwerpen, Intersentia, 2008, 69-71).

¹²⁵ Wat betreft de term ‘gedeeltelijke vernietiging’ kan worden opgemerkt dat het Hof in werkelijkheid niets ‘vernietigt’: alles wat in de opsomming stond, blijft erin staan. Voor zover het gaat om de aanduiding ‘vernietiging van een lacune’ is de term ‘vernietiging’ strikt genomen oneigenlijk, omdat men (i.c.) iets ‘vernietigt’ dat in werkelijkheid onbestaand is.

¹²⁶ Voor andere voorbeelden van dergelijke ‘invoegende vernietigingen’, zie: GwH 1 september 2008, nr. 123/2008; GwH 16 juli 2009, nr. 123/2009.

¹²⁷ GwH 2 april 2009, nr. 64/2009, B.8.4. Cf. *supra* nr. 28.

¹²⁸ GwH 2 april 2009, nr. 64/2009, B.8.5. Verder verwijst het Hof naar art. 11 Verdrag nr. 87 van de IAO en art. 1 Verdrag nr. 98 betreffende de toepassing van de grondbeginselen van het recht van organisatie en collectief overleg.

¹²⁹ Die beperkende lezing lijkt nochtans wel eerder de bedoeling te zijn geweest van de wetgever. Zo gaf de bevoegde minister inzake het criterium vakbondlidmaatschap immers juist aan dat het niet uitdrukkelijk genoemd wordt “noch in het Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten, noch in het Internationaal Verdrag inzake economische, sociale en culturele rechten” (*Parl.St.* Kamer 2006-07, nr. 51-2720/9, 48). Die niet-vernoeming in de bewuste verdragen lijkt daarmee te slaan op de niet-vernoeming ervan in de non-

→

tievelijk om artikel 14 EVRM, artikel 26 IVBPR en artikel 2, lid 2 IVESCR.¹³⁰ De bepalingen waarnaar het Hof wél verwijst en die een grondslag zouden bieden voor het criterium ‘syndicale overtuiging’, betreffen de vrijheid van vereniging en die van vakverenigingen in het bijzonder. Het Hof lijkt de wetgever dus bijzonder letterlijk te nemen. Met andere woorden, eender welke ‘vermelding’ in een internationaal instrument volstaat: als iets – op gelijk welke wijze en waar dan ook – vernoemd wordt in een internationaal instrument en het kan worden geformuleerd als een discriminatiegrond, dan is aan de eerste voorwaarde voldaan.

54. De tweede voorwaarde die het Hof formuleert, houdt in dat het Parlement een ‘belangrijke’ grond niet uitdrukkelijk gediskwalificeerd heeft voor opname in de wettelijke lijst, op grond van inhoudelijke overwegingen. Heeft de wetgever dat wel gedaan – heeft hij met andere woorden uitdrukkelijk geoordeeld dat discriminaties op basis van een bepaalde ‘belangrijke’ grond minder ernstig zijn dan andere, of dat zij het bestrijden niet waard zijn – dan kan die grond in beginsel uitgesloten worden van de lijst. Bij syndicale overtuiging stelde het Hof immers de vraag of “[u]it de parlementaire voorbereiding blijkt (...) dat de wetgever zou hebben geoordeeld dat de discriminaties op grond van syndicale overtuiging minder ernstig waren dan andere discriminaties die hij wilde bestrijden, of dat die discriminaties niet eveneens dienden te worden bestreden”.¹³¹ Bij die grond bleek niet aan die voorwaarde te zijn voldaan: de wetgever had zich integendeel, zoals gezegd, even begaan verklaard met de bescherming van discriminatie op grond van syndicale overtuiging als met discriminatie op basis van uitdrukkelijk opgenomen gronden. De uitsluiting vond niet plaats op grond van inhoudelijke overwegingen, maar op formele gronden.

55. De derde voorwaarde voor de opname van een nieuwe grond in de lijst van beschermde kenmerken, is dat de bestaande wetgeving niet al voorziet in een rechtsbescherming tegen discriminatie die gelijk-

waardig is aan de bescherming die de Antidiscriminatiewet van 2007 biedt.¹³² Met ‘gelijkwaardig’ wordt *strikt* ‘gelijkwaardig’ bedoeld: slachtoffers van discriminatie op basis van de nieuwe grond moeten dus eigenlijk al represaillebescherming, de omkering van de bewijslast, de mogelijkheid tot het vorderen van een forfaitaire schadevergoeding, de mogelijkheid om een stakingsvordering in te stellen zoals in kort geding, de mogelijkheid een dwangsom te vorderen enz. kunnen genieten.¹³³ Aangezien alleen de Antidiscriminatiewetten van 10 mei 2007 dergelijke maatregelen voor de bescherming tegen discriminatie bevatten, zal deze voorwaarde in de praktijk nauwelijks een hinderpaal zijn.

Wat in het bijzonder ‘syndicale overtuiging’ betreft, merkt het Grondwettelijk Hof dan ook op dat er weliswaar al verschillende (strafrechtelijke) bepalingen bestaan die bescherming bieden tegen discriminatie op die specifieke grond, maar dat die “evenwel geen enkele van de maatregelen [bevatten] waarmee de wetgever de effectiviteit van de bestreden wet heeft willen waarborgen” en dat deze “in geen enkele bijzondere procedure [voorzien] en geen enkele maatregel [bieden] die gelijkwaardig is aan” die uit de discriminatiewetten van 2007.¹³⁴

56. Als een niet-opgenomen discriminatiegrond aan de drie bovenvermelde voorwaarden voldoet, is hij zonder redelijke verantwoording verschillend behandeld en zal het Grondwettelijk Hof desgevraagd de gesloten lijst uit de artikelen 3 en 4, 4° openen. Even maar: alleen om toegang te verlenen aan de grond die aan de test voldoet. Meteen daarna herwint de lijst zijn gesloten karakter. Althans, in afwachting van de eventuele promotie van nog een nieuwe grond. Technisch zal deze opname de vorm krijgen van een ongrondwettigverklaring of vernietiging van de artikelen 3 en 4, 4°, “doch alleen in zoverre zij onder de daarin vermelde discriminatiegronden niet” de bijkomende grond die aan de gestelde criteria voldoet, begen.

Burgers die gediscrimineerd worden op basis van een ‘belangrijke’ grond die niet in de wettelijke opsomming voorkomt, kunnen tijdens een discriminatierechtelijk proces voor een gewone rechter een prejudiciële vraag laten stellen aan het Grondwettelijk Hof. Zij kunnen meer bepaald vragen naar de grondwetsconformiteit van de niet-opname van het bewuste kenmerk. Oordeelt het Hof dat de lacune in strijd is met het gelijkheidsbeginsel, dan kan het overgaan tot een gedeeltelijke ongrondwettigverklaring, die in een later stadium aanleiding kan geven tot een gedeelte-

→ discriminatiebepaling in strikte zin. De vrijheid van vereniging en die van vakverenigingen i.h.b. komen immers wel voor in de bewuste verdragen, maar ‘syndicale overtuiging’ (of lidmaatschap van een vakvereniging o.i.d.) is inderdaad niet opgenomen in de non-discriminatieclausules ervan.

¹³⁰ Art. 14 EVRM somt de volgende gronden uitdrukkelijk op: “geslacht, ras, kleur, taal, godsdienst, politieke of andere mening, nationale of maatschappelijke afkomst, het behoren tot een nationale minderheid, vermogen, geboorte of andere status”. In art. 26 IVBPR en art. 2, lid 2 IVESCR gaat het om “ras, huidskleur, geslacht, taal, godsdienst, politieke of andere overtuiging, nationale of maatschappelijke afkomst, eigendom, geboorte of andere status”.

¹³¹ GwH 2 april 2009, nr. 64/2009, B.8.7.

¹³² *Ibid.*, B.8.13.

¹³³ *Ibid.*, B.8.10-B.8.12.

¹³⁴ *Ibid.*, B.8.7.-B.8.8, B.8.9 en B.8.13.

lijke vernietiging.¹³⁵ Die laatste komt, zoals gezegd, in de praktijk neer op een toevoeging van de bewuste grond aan de gesloten wettelijke lijst.

57. Heeft België na arrest 64/2009 een open lijst, een halfopen lijst of een gesloten lijst van discriminatiegronden?¹³⁶ Het antwoord is: ergens tussen een halfopen en gesloten stelsel in. Net als in een halfopen voorbeeldlijst (een opsomming van gronden met de toevoeging ‘en andere’), is er sprake van een opsomming van uitdrukkelijk vermelde gronden, die aangevuld kan worden met niet uitdrukkelijk opgenomen gronden. Het grote verschil is dat een slachtoffer van

¹³⁵ Een meer radicale oplossing zou erin bestaan dat rechtbanken en hoven zelf bepalen of een niet-opgenomen grond voldoet aan de criteria voor opname die het Grondwettelijk Hof vooropgesteld heeft. Al zijn de drie hoger opgesomde criteria voor opname duidelijk en nauwkeurig, toch lijkt het arrest de gewone rechter geen mandaat te geven om op eigen houtje te bepalen of een kenmerk wettelijke bescherming toekomt of niet. Het tegendeel lijkt het geval. Het arrest geeft de rechters namelijk een uitdrukkelijke opdracht mee die *alleen* betrekking heeft op de grond ‘syndicale overtuiging’. Het Hof schrijft dat het “in afwachting van een wetgevend optreden, aan de rechters bij wie burgerlijke vorderingen met betrekking tot een discriminatie op grond van de syndicale overtuiging zijn ingediend staat om de gedeeltelijk vernietigde bepalingen toe te passen met inachtneming van de artikelen 10 en 11 van de Grondwet” (*ibid.*, B.8.17 (onze cursivering)). Een lezing van het arrest die de rechterlijke toepassing van de Antidiscriminatiewet zou toelaten op *andere* niet-vermelde gronden dan syndicale overtuiging zou bovendien fundamenteel ingaan tegen het dispositief van de arresten 17/2009 en 41/2009 (en 64/2009 zelf). Daarin werd het beginsel aanvaard van de gesloten wettelijke lijst. Als echter de gewone rechter zelf mag beslissen of hij een grond toevoegt of niet (weliswaar op basis van de criteria van het Grondwettelijk Hof), verliest de opsomming van discriminatiegronden toenemend haar karakter van een *gesloten lijst* en beweegt zij steeds meer in de richting van een *exemplatieve lijst*. Ook om die reden is het aangewezen om de idee van een door de gewone rechter aanvullbare lijst van discriminatiegronden te verwerpen.

Ook de radicaal omgekeerde lezing van arrest 64/2009 moet verworpen worden, dat wil zeggen de lezing waarin *alleen* voor syndicale overtuiging een uitzondering gemaakt is op het principe van de gesloten lijst. In die logica zou de toevoeging van ‘syndicale overtuiging’ een unieke en niet voor herhaling vatbare gebeurtenis zijn. Toevoeging van andere gronden aan de lijst zou nooit kunnen. Die stelling zou ongerijmd zijn en onverenigbaar met het gelijkheidsbeginsel. Er lijkt immers geen reden te bestaan om het voorrecht van toevoeging aan de wettelijke lijst toe te kennen aan ‘syndicale overtuiging’ en niet aan andere gronden die aan dezelfde algemene voorwaarden voldoen. Het lijkt bovendien aannemelijk dat het Grondwettelijk Hof in die hypothese de uniciteit van de gebeurtenis zou hebben onderstreept, om analoge vragen inzake andere gronden *a priori* te vermijden. Ook het feit dat het Hof dit niet gedaan heeft, maar daarentegen algemene criteria hanteert, versterkt de idee dat herhaling principieel mogelijk is en tevens mogelijk geacht wordt door het Hof.

¹³⁶ Deze systematiek is ontleend aan J.H. GERARDS, “Gronden van discriminatie – de wenselijkheid van open en gesloten opsommingen”, in C. BAYART, S. SOTTIAUX en S. VAN DROOGHENBOECK (eds.), *De nieuwe federale discriminatiewetten. Les nouvelles lois luttant contre la discrimination*, Brugge, Die Keure, 2008, 131.

een discriminatie op een niet-opgenomen, ‘nieuwe’ grond deze in een halfopen stelsel zonder meer kan inroepen voor de hoven en rechtbanken. Wanneer we ons datzelfde slachtoffer voorstellen in het Belgische stelsel, is de situatie als volgt: hij kan het gunstregime van de Antidiscriminatiewet pas opeisen, nadat hij van het Grondwettelijk Hof een antwoord gekregen heeft op een prejudiciële vraag aangaande de grondwettigheid van de ‘weglating’ van de bewuste discriminatiegrond uit de Antidiscriminatiewet van 10 mei 2007. Met een beeld kan het voorgaande als volgt voorgesteld worden: het nieuwe stelsel laat voor nieuwe gronden de deur op een kier.¹³⁷ In een halfopen stelsel staat hij wagenwijd open. In een gesloten stelsel is hij onherroepelijk dicht.

E. Bijkomende gronden?

58. De bespreking van de mogelijkheid om de lijst te heropenen, bleef tamelijk abstract. Wat betekent het voorgaande concreet? Welke gronden zijn zoal kandidaat om bijkomend ingelezen te worden door het Grondwettelijk Hof, op basis van de aangegeven criteria? Om te beginnen kan o.i. worden gedacht aan de diverse discriminatiegronden die in internationale verdragen zijn opgenomen, maar die niet uitdrukkelijk terugkomen in de lijst uit de Belgische discriminatiewetten. Zonder uitputtend te willen zijn, gaat het daarbij bijvoorbeeld om: (andere) overtuiging, maatschappelijke afkomst, het behoren tot een nationale minderheid, status en eigendom.¹³⁸ Die gronden voldoen aan het eerste criterium: ze worden vermeld in internationale instrumenten. Verschillende ervan overlappen weliswaar deels met criteria die opgenomen zijn in de huidige lijst, maar dat gold feitelijk ook voor syndicale overtuiging. In de mate dat de gronden niet *geheel* overlappen met criteria uit de huidige lijst, is het verder onmiskenbaar dat de bescherming tegen discriminatie op basis ervan beperkter is dan die voor de gronden uit de verschillende discriminatiewetten; aan het tweede criterium van het Grondwettelijk Hof lijkt in die gevallen dus eveneens voldaan. Ten slotte werden sommige van de genoemde criteria uitdrukkelijk afgewezen door de wetgever, maar – net als bij syndicale overtuiging – gebeurde dat veelal niet op inhoudelijke gronden. Al bij al kunnen sommige van de genoemde criteria dus ook voldoen aan de derde voorwaarde.

59. Zoals aangegeven, is het voor het Grondwettelijk Hof niet vereist dat de ‘vermelding in een internationaal instrument’ een vermelding moet zijn als discriminatiegrond in de non-discriminatieclausules uit die instrumenten. Dat opent extra mogelijkheden voor

¹³⁷ Waarbij enkel die gronden door de ‘kier’ kunnen passeren die voldoen aan specifieke vereisten.

¹³⁸ Gekeken werd naar het EVRM en het IVBPR.

bijkomende gronden. Als uit de vrijheid van vakvereniging de discriminatiegrond ‘syndicale overtuiging’ kan worden gedestilleerd, dan lijkt het mogelijk om aan andere rechten en vrijheden die figureren in internationale mensenrechtenverdragen, eveneens discriminatiegronden te ontlelen. Te denken valt aan discriminatiegronden die aan de (algemene) vrijheid van vereniging, de vrijheid van geweten of aan de expressievrijheid worden ontleend. Criteria die respectievelijk geformuleerd kunnen worden als ‘verenigingslidmaatschap’, ‘geweten’ en ‘mening’. Gronden gebaseerd op sociale, economische en culturele rechten, zijn eveneens denkbaar. Daarbij is bijvoorbeeld de ‘gewezen gezondheidstoestand’ een voor de hand liggende kandidaat, daar het in tegenstelling tot de ‘huidige en toekomstige gezondheidstoestand’ niet werd opgenomen in de lijst.

Interessant is verder de vraag hoe direct de band moet zijn tussen de (discriminatie)grond en de grondslag ervoor die ‘vermeld’ wordt in een internationaal verdrag. Kan bijvoorbeeld op internationaal gewaarborgde rechten en vrijheden – zoals die van geweten, privacy, meningsuiting en zelfbeschikking – een grond als ‘leefstijl’ worden gebaseerd?¹³⁹ En in het verlengde daarvan: geldt hetzelfde voor tatoeages¹⁴⁰ en kledingstijlen?¹⁴¹ Hoe ver men hierin kan gaan en

wat realistisch of onrealistisch is, zal de prejudiciële praktijk van het Grondwettelijk Hof moeten uitwijzen.

3.1.3. Het grondwettelijk discriminatieverbod in horizontale verhoudingen

60. Het werd hoger al aangestipt: het Grondwettelijk Hof beschouwt de bescherming tegen discriminatie, geboden door de discriminatiewetten van 10 mei 2007 als een verbijzondering van een hogere en meer algemene bescherming van het gelijkheidsbeginsel. De wetgever mag volgens het Hof voorrang verlenen aan bepaalde discriminatievormen door een gesloten lijst van discriminatiegronden, maar hij kan de niet-prioritaire gronden nooit van de grondwettelijke basisbescherming uitsluiten. Waarover gaat het precies bij dat laatste? Het Hof spit dit in de arresten verder uit.

61. Eerst en vooral: met het bedoelde grondwettelijke discriminatieverbod wordt verwezen naar het verbod dat we aantreffen in “de artikelen 10 en 11 van de Grondwet, al dan niet in samenhang gelezen met artikel 14 van het Europees Verdrag voor de rechten van de mens en met artikel 26 van het Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten”.¹⁴² Dat discriminatieverbod acht het Hof integraal toepasselijk in de horizontale relaties. Zijn domein strekt zich met andere woorden uit tot buiten de grenzen van de traditionele werkingssfeer van de mensenrechten (de verticale relatie tussen overheid en burger) tot in de verhouding tussen de burgers onderling. In een verhelderende passage schrijft het Hof in dit verband het volgende: “zelfs wanneer het gaat om verhoudin-

¹³⁹ Zie over leefstijldiscriminatie (*lifestyle discrimination*) o.m.: S. SUGARMAN, “‘Lifestyle’ Discrimination in Employment”, *Berkeley Journal of Employment & Labor Law* 2003, 101-162; M. HILL en J. WRIGHT, *Employee Lifestyle and Off-duty Conduct Regulation*, Washington, Bureau of National Affairs, 1993; M. MELLO en M. ROSENTHAL, “Wellness Programs and Lifestyle Discrimination. The Legal Limits”, *Health Law, Ethics and Human Rights* 2008, nr. 2, 192-199.

¹⁴⁰ Tatoeages kunnen in beginsel ook al gezien worden als een ‘fysiek kenmerk’. Het CGKR, dat instaat voor de handhaving van die grond, definieert dat criterium echter als “kenmerken die aangeboren zijn of buiten de wil van de persoon tot stand gekomen (bv. geboortevlek, brandwonden, chirurgisch letsel, verminkingen e.d.)” (CGKR, “Andere discriminatiegronden”, www.diversiteit.be). Kortom: “tatoeages, piercings, kapsels of andere dergelijke kenmerken [worden] niet beschouwd als fysieke kenmerken” (ibid.). Deze restrictieve interpretatie van het begrip lijkt niet noodzakelijk voort te vloeien uit de tekst van de wet en evenmin uit de (afwezige) rechtspraak of uit de parlementaire voorbereidingen. Er kan overigens op gewezen worden dat onderscheid op deze grond geen marginaal fenomeen betreft: in 2008 werden alleen al bij het leger 24 kandidaten geweigerd wegens een tatoeage (Vr. en Antw. Kamer 2008-09, 15 juni 2009, 227-228 (vr. nr. 71 De Bue)). Een dergelijke kandidaat, die was geweigerd wegens een kleine tatoeage in haar nek, werd reeds door de Raad van State in het gelijk gesteld, wegens schending van de motiveringsplicht (RvS 20 april 2009, nr. 192.415).

¹⁴¹ Zo kan gedacht worden aan een geval dat zich voordeed nadat in Dendermonde op 23 januari 2009 in een kinderdagverblijf een bloedbad was aangericht door een persoon gekleed in het zwart, waarbij de media aanvankelijk berichtten dat hij zijn gezicht zwart-wit geschminkt had (wat achteraf onjuist bleek). Toen zich twee weken nadien een stagiair aandiende bij een kleuterschool met een T-shirt van de band Kiss (wiens leden zwarte kleding dragen en zwart-wit geschminkte gezichten hebben), werd hij naar huis gestuurd en mocht niet meer te-

→

rugkomen. Als reactie gaf het CGKR aan dat ‘kledingwijze’ niet beschermd wordt door de discriminatiewetgeving en dat zulks terecht is, omdat dat het om een (makkelijk) ‘veranderlijk’ kenmerk gaat: “Kledij kun je makkelijk veranderen, je huidskleur, handicap of geslacht niet. Ook een religie verander je niet zo makkelijk als een T-shirt. Vandaar dat kleding niet is opgenomen in de antidiscriminatiewet” (EST, “Geen discriminatie op basis van kledij”, *De Standaard*, 8 februari 2009). Het belang van onveranderlijkheid komt echter niet voor in de criteria die het Grondwettelijk Hof hanteert, noch in degene die de wetgever inspireerde tot de huidige selectie. Het uitgangspunt dat discriminatie toegelaten zou zijn op grond van factoren waarover mensen controle hebben, is in de rechtsleer ook bekritiseerd, omdat het “te weinig waarde [hecht] aan de individuele autonomie” (E. BREMS, “Nieuwe discriminatiegronden in de wet bestrijding discriminatie”, in M. DE VOS en E. BREMS (eds.), *Wet Bestrijding Discriminatie in de praktijk*, Antwerpen, Intersentia, 2004, 38). Bovendien kan erop worden gewezen dat een dergelijke filosofie risico’s oplevert voor andere discriminatiegronden, zoals taal, religie, politieke overtuiging en seksuele geaardheid. Voor zover elementen die met die gronden verband houden ‘veranderlijk’ zijn, zoals concreet gedrag en uitingen, zou hieraan immers evenmin bescherming toekomen in het aangegeven uitgangspunt.

¹⁴² GwH 12 februari 2009, nr. 17/2009, B.14.2.

gen tussen privépersonen, zou de wetgever niet kunnen afwijken van het algemene discriminatieverbod dat uitdrukkelijk is gewaarborgd bij de (...) vermelde grondwets- en verdragsbepalingen”.¹⁴³

Dat het algemene gelijkheidsbeginsel integraal van toepassing is in de verhouding tussen particulieren, impliceert dat ook diens open lijsten horizontaal doorwerken. Dat betekent op zijn beurt dat discriminaties *altijd* verboden zijn, ongeacht de specifieke grond die gehanteerd werd. Het Hof bevestigt dit laatste trouwens uitdrukkelijk: “Elke ongelijke behandeling in de verhoudingen tussen burgers waarvoor geen verantwoording kan worden gegeven, maakt (...) een discriminatie uit en derhalve een foutief gedrag, dat tot een burgerrechtelijke sanctie, met name een schadevergoeding, aanleiding kan geven”.¹⁴⁴

62. Dat het gelijkheidsbeginsel ook in de horizontale relaties doorwerkt, hangt volgens het Hof samen met het feit dat het gelijkheidsbeginsel “geen louter beginsel van behoorlijke wetgeving en behoorlijk bestuur is”, maar “één van de grondslagen van een democratische rechtsstaat”.¹⁴⁵ De geciteerde passage kan als volgt geïnterpreteerd worden: het gelijkheidsbeginsel moet als basisprincipe van de democratische rechtsstaat daadwerkelijk gewaarborgd zijn en dat niet alleen tegen inbreuken door de overheid, maar ook tegen schendingen uitgaande van private burgers. Een democratische rechtsstaat moet niet alleen het gelijkheidsbeginsel eerbiedigen, maar het ook doen eerbiedigen door de medeburgers.¹⁴⁶

63. Bij gebrek aan bijzondere wetten die het grondwettelijke gelijkheidsbeginsel *ten volle* horizontale werking verlenen (de discriminatiewetten verbieden immers slechts een *selectie* van discriminaties) dienen dan ook andere wegen gevonden te worden om de volledige doorwerking van het gelijkheidsbeginsel in de verhouding tussen particulieren te realiseren. Het Grondwettelijk Hof vertrouwt op dit punt op privaatrechtelijke inschakelingsmechanismen, die dienen te worden toegepast door de gewone hoven en recht-

banken.¹⁴⁷ Het Hof schrijft in dit verband het volgende:

“Het feit dat een discriminatiegrond niet in de lijst is opgenomen (...) betekent niet dat de slachtoffers van een discriminatie op een dergelijke grond van elke rechtsbescherming zijn uitgesloten. Elke ongelijke behandeling in de verhoudingen tussen burgers waarvoor geen verantwoording kan worden gegeven, maakt immers een discriminatie uit en derhalve een *foutief gedrag, dat tot een burgerrechtelijke sanctie, met name een schadevergoeding, aanleiding kan geven*. Bovendien kan de rechter een *discriminerend contractueel beding op grond van de artikelen 6, 1131 en 1133 van het Burgerlijk Wetboek nietig verklaren* omdat het indruist tegen de openbare orde. Die sancties zijn weliswaar niet identiek aan de specifieke beschermingsmaatregelen waarin de bestreden wetten voorzien, maar dat verschil in aard van de sancties is niet onevenredig en volstaat derhalve niet om tot een discriminatie te besluiten”.¹⁴⁸

64. Deze passage kan op het eerste gezicht verwondering wekken. Is het niet aan de hoven en rechtbanken zelf (en dus in laatste instantie aan het Hof van Cassatie) om de inhoud van open privaatrechtelijke concepten zoals zorgvuldigheid, openbare orde en goede trouw vast te leggen? Komt het wel aan het Grondwettelijk Hof toe om een grondrecht onrechtstreeks horizontale werking te verlenen, met gebruikmaking van de diensten van de privaatrechtelijke rechtscolleges? Is het niet vreemd dat dit zou gebeuren naar aanleiding van een vordering om de discriminatiewetten van 10 mei 2007 te toetsen aan de Grondwet?

Het antwoord op deze vragen moet gezocht worden in het feit dat de hoger geciteerde passage uit de arresten van het Grondwettelijk Hof het gelijkheidsbeginsel niet zozeer horizontale werking *verleent*, doch die veeleer *vaststelt*. Het gaat om een declaratieve uitspraak. Het behoort immers tot vaste Cassatierechtspraak dat een schending van het discriminatieverbod een onrechtmatige daad kan zijn in de zin van artikel 1382 BW, en ook in de rechtsleer was de indirecte horizontale werking van het gelijkheidsbeginsel via open privaatrechtelijke concepten ruim geaccepteerd.¹⁴⁹ De passus over de doorwerking van het

¹⁴³ *Ibid.*, B.14.4. Vgl. GwH 11 maart 2009, nr. 41/2009, B.8; GwH 2 april 2009, nr. 64/2009, B.7.4.

¹⁴⁴ GwH 11 maart 2009, nr. 41/2009, B.11; GwH 2 april 2009, nr. 64/2009, B.7.7; GwH 12 februari 2009, nr. 17/2009, B.14.7 (onze cursivering). Met het horizontaal werkende discriminatieverbod correspondeert volgens het Hof de volgende rechtsplicht: “de verplichting om niet op discriminerende wijze afbreuk te doen aan rechten van anderen” (*ibid.*, B.10.3).

¹⁴⁵ *Ibid.*, B.10.3.

¹⁴⁶ J. VELAERS, “De horizontale werking van het discriminatieverbod in de antidiscriminatiewet, enkele constitutionele beschouwingen”, in J. VELAERS en J. VRIELINK (eds.), *De horizontale werking van het gelijkheidsbeginsel en de nieuwe antidiscriminatiewet*, Antwerpen, Maklu, 2003, nr. 6.

¹⁴⁷ D. DE PRINS, S. SOTTIAUX en J. VRIELINK, *Handboek discriminatierecht*, Mechelen, Kluwer, 2005, 279.

¹⁴⁸ GwH 12 februari 2009, nr. 17/2009, B.14.7; GwH 11 maart 2009, nr. 41/2009, B.11; GwH 2 april 2009, nr. 64/2009, B.7.7 (onze cursivering).

¹⁴⁹ Zie o.a. J. VELAERS, “De horizontale werking van het discriminatieverbod in de antidiscriminatiewet, enkele constitutionele beschouwingen”, in J. VELAERS en J. VRIELINK (eds.), *De horizontale werking van het gelijkheidsbeginsel en de nieuwe antidiscriminatiewet*, Antwerpen, Maklu, 2003, nr. 12; K. RIMANQUE en P. PEETERS, “De toepasselijkheid van grondrechten in de betrekkingen tussen private personen. Algemene probleemstelling”, in K. RIMANQUE (ed.), *De*

gelijkheidsbeginsel in het burgerlijk recht mag dan ook niet gelezen worden als een door het Grondwettelijk Hof voorgeschreven bindende interpretatie van de artikelen 6, 1131, 1133 en 1382 BW. Het Hof wil hier alleen duidelijk maken dat de horizontale doorwerking van het gelijkheidsbeginsel in particuliere verhoudingen een noodzakelijke voorwaarde is voor de grondwetsconformiteit van de discriminatiewetten. Zonder die doorwerking bleven immers bepaalde discriminaties onbeschermd. Dat zou voor het Hof onaanvaardbaar zijn.

65. Hoven en rechtbanken die via open privaatrechtelijke concepten het discriminatieverbod laten doorwerken in private verhoudingen zijn wel gebonden aan de concrete betekenis die het Grondwettelijk Hof aan het gelijkheidsbeginsel verleent. Dat gelijkheidsbeginsel heeft in de interpretatie van het Hof een bijzonder ruim toepassingsgebied, maar wordt wel beperkt door enkele criteria die ook gelden voor het toepassingsgebied van de wetten zelf (cf. *supra* nr. 40). Het Hof gaf immers in algemene termen aan dat “het bepalende criterium voor de onderwerping aan het verbod van discriminatie (...) de machtspositie [is], in feite of in rechte, die een persoon in het rechtsverkeer inneemt en die hem in de gelegenheid stelt om op discriminerende wijze afbreuk te doen aan rechten van anderen”.¹⁵⁰

66. Uit de aangehaalde passus blijkt dat het toepassingsgebied van het horizontaal doorwerkende discriminatieverbod beperkt wordt door bepaalde personele factoren (net als de wetten), maar dat de omschrijving van de materiële domeinen van het dagelijkse leven waarvoor het van toepassing is veel ruimer is (in tegenstelling tot de wetten, die zich tot duidelijke domeinen beperken). Het bewuste verbod is materieel gezien meer bepaald toepasselijk op het *rechtsverkeer* van burgers onderling; dat impliceert dat niet-juridische relaties buiten het toepassingsgebied van het discriminatieverbod vallen (1). Verder is het op het personele vlak enkel van toepassing op personen die, in feite of in rechte, een machtspositie innemen ten opzichte van een ander (2) die hen ook daadwerkelijk in de gelegenheid stelt om te discrimineren (3). De burgerlijke rechter kan met andere woorden personen die zich niet in een machtspositie bevinden, niet betichten van een onrechtmatige daad of het sluiten van een onrechtmatige overeenkomst met verwijzing naar het grondwettelijke discrimina-

→

toepasselijkheid van de grondrechten in private verhoudingen, Antwerpen, Kluwer Rechtswetenschappen, 1982, 26; D. DE PRINS, S. SOTTIAUX en J. VRIELINK, *Handboek discriminatierecht*, Mechelen, Kluwer, 2005, 279.

¹⁵⁰ GwH 12 februari 2009, nr. 17/2009, B.10.4. Vgl.: GwH 11 maart 2009, nr. 40/2009, B.90.2.

tieverbod. Door dit trio van voorwaarden vrijwaart het Hof de private verhoudingen van een te verregaande juridisering, zonder daarbij het recht op non-discriminatie uit het oog te verliezen.

3.2. Uitingsdelicten en het strafrechtelijk luik

67. In dit onderdeel komt aan bod hoe het Grondwettelijk Hof is omgesprongen met de uitingsdelicten uit de discriminatiewetten en het strafrechtelijke luik in het algemeen. Het blijkt dat het Hof hierbij trouw blijft aan zijn strenge opvattingen in verband met de vrijheden en het legaliteitsbeginsel. Bij bepalingen die het al eerder toetste en die nu terugkeren in de drie wetten, laat het zich leiden door dezelfde principes als in het arrest uit 2004. In het volgende komt eerst het strafrechtelijk discriminatiebegrip aan bod (3.2.1.) en vervolgens wordt vooral stilgestaan bij de uitingsdelicten uit de wetten (3.2.2.) en algemene grondwettelijke regels in relatie tot de toepassing daarvan (3.2.3.).

3.2.1. Discriminatie

A. Algemeen

68. De conceptuele harmonisatie die was doorgevoerd in de discriminatiewetten, had een zekere impact op de reikwijdte van verschillende strafbaarstellingen die het constitutieve bestanddeel ‘discriminatie’ omvatten.¹⁵¹ Dat laatstgenoemde begrip werd in de nieuwe wetten namelijk ‘veelzijdiger’ gedefinieerd dan voordien. Binnen het strafrechtelijke luik van de wetten moest die (verzamel)term sinds de wijziging worden begrepen als elke vorm van ‘opzettelijke directe discriminatie’, ‘opzettelijke indirecte discriminatie’, ‘opdracht tot discrimineren’ en ‘intimidatie’ op grond van de beschermde criteria. In de Genderwet hoort daar verder ook nog ‘seksuele intimidatie’ bij en in de Antidiscriminatiewet gaat het bijkomend om ‘de weigering tot het maken van redelijke aanpassingen voor een persoon met een handicap’.

Net als in het arrest uit 2004 beperkte het Hof de strekking van deze centrale onderdelen van de strafrechtelijke discriminatieverboden. Het doet dat in belangrijke mate op grond van het wettigheids- en legaliteitsbeginsel.

B. Opzettelijke directe en indirecte discriminatie

69. Dat directe en indirecte discriminatie ‘opzettelijk’ moesten zijn, was een tegemoetkoming aan het arrest van het Arbitragehof uit 2004. Wat betreft die eerste discriminatievorm, dus opzettelijke directe discrimi-

¹⁵¹ Dat is meer bepaald het geval voor het ‘aanzetten tot discriminatie’ (art. 20 Antiracismewet; art. 22 Antidiscriminatiewet en art. 27 Genderwet) en het ‘medewerking verlenen aan of behoren tot een groep of vereniging die kennelijk en herhaaldelijk discriminatie verkondigt’ (art. 22 Antiracismewet).

natie, gaat het er – zo verduidelijkt het Grondwettelijk Hof – niet alleen om of een direct onderscheid (of aanzet daartoe) niet objectief en redelijk is te verantwoorden. Er zou, zelfs in die veronderstelling, alleen sprake zijn van de vereiste opzettelijkheid, als echt “wordt aangetoond dat de beklaagde willens en wetens heeft gehandeld”.¹⁵² Het volstaat niet dat een beklaagde “niet in staat is een objectieve en redelijke verantwoording te geven voor het door hem gemaakte onderscheid”:

“Aangetoond dient allereerst te worden dat de beklaagde door dat onderscheid opzettelijk iemand ongunstig heeft willen behandelen op basis van een van de ‘beschermde criteria’, in de wetenschap dat hiervoor geen redelijke verantwoording bestaat”.¹⁵³

Het gesloten systeem voor de (meeste) rasgerelateerde gronden, impliceert in strafzaken dus bijvoorbeeld niet dat een direct onderscheid dat niet gerechtvaardigd is op basis van de beperkte uitzonderingsmogelijkheden die daarvoor gelden, daarom ook sanctioneerbaar is. Dat is alleen het geval als aangetoond wordt dat men zich bewust was van het feit dat de betrokken behandeling een discriminatie opleverde en men dat desalniettemin bewust wilde.

70. Voor ‘opzettelijke indirecte discriminatie’ geldt iets vergelijkbaars. In 2004 vernietigde het Arbitragehof de strafbaarstelling van indirecte discriminatie nog (cf. *supra* nr. 15). In de nieuwe formulering, met het bijkomende uitdrukkelijke vereiste van opzettelijkheid, achtte het Grondwettelijk Hof dat nu niet meer nodig. Wel gaf het Hof aan het begrip alsnog een veel restrictievere interpretatie dan die welke de wetgever voor ogen had. Die laatste had gesteld dat strafbare indirecte discriminatie betrekking had “op een resultaat dat zich daadwerkelijk voordoet of waarvan men denkt dat het zich waarschijnlijk zal voordoen in functie van de gewone ervaring” en dat daarmee “‘anticipeerbaar’ is en dus ‘opzettelijk’ wordt begaan door de dader”.¹⁵⁴ Opzet werd daarbij dus begrepen als (redelijke) *voorzienbaarheid*: iemand zou strafbaar zijn als hij had kunnen of moeten weten dat iets een indirecte discriminatie zou opleveren. Het Grondwettelijk Hof gaat een stuk verder en stelt dat het opzet aantoonbaar moet zijn en ook echt *aangetoond* moet worden:

“Er dient ook te worden aangetoond dat de auteur van die bepaling, maatstaf of handelwijze op het ogenblik dat hij ze heeft gesteld of aangenomen, wist dat die categorie van personen hierdoor zou worden benadeeld zonder dat hiervoor een redelijke verant-

woording bestond en dat hij dat nadeel ook heeft gewild. Met toepassing van de algemene strafrechtelijke beginselen is het aan de vervolgende partij om hiervan het bewijs te leveren, waarbij elke twijfel in het voordeel is van de beklaagde”.¹⁵⁵

Niet alleen moet er dus geen objectieve en redelijke verantwoording bestaan voor de bewuste handelwijze (die gesteld wordt of waartoe aangezet wordt), maar daarvan moet de dader zich ook (aantoonbaar) bewust zijn én hij diende het onderscheid ook te maken met de (aantoonbare) bedoeling om de groep negatief te treffen die erdoor benadeeld werd. Het lijkt onwaarschijnlijk dat men in de praktijk vaak aan die bewijslast zal kunnen voldoen.¹⁵⁶ De strafbaarstelling van indirecte discriminatie – hoewel zij dit keer formeel de toets overleeft – heeft dan ook nog nauwelijks praktische relevantie.

C. Opdracht geven tot discriminatie, intimidatie, (seksuele intimidatie) en weigering van redelijke aanpassingen

71. Ook aan ‘opdracht geven tot discrimineren’, ‘intimidatie’ (en ‘seksuele intimidatie’) en de ‘weigering tot het maken van redelijke aanpassingen voor een persoon met een handicap’ geeft het Hof restrictieve interpretaties. Voor deze begrippen vereiste de wetgever, in tegenstelling tot bij directe en indirecte discriminatie, niet (uitdrukkelijk) dat het moest gaan om opzettelijke vormen ervan. Dat kan op het eerste gezicht voor zaken als het ‘opdracht geven tot discrimineren’ of ‘intimidatie’ onnodig lijken, omdat ze in het dagelijks taalgebruik al opzettelijkheid of zelfs kwaadwilligheid impliceren. In het licht van de wettelijke definities van deze begrippen is dat echter niet even vanzelfsprekend. Het is dan ook geenszins overbodig dat het Grondwettelijk Hof alsnog vereist dat het bij deze bestanddelen eveneens moet gaan om opzettelijke verschijningsvormen ervan vooraleer zij strafbaar kunnen worden geacht.

72. Het ‘opdracht geven tot discriminatie’, zo geeft het Hof aan, dient om “te verhinderen dat men door het gebruik van tussenpersonen tracht te ontsnappen aan het verbod op discriminatie”.¹⁵⁷ Dit blijkt uit de parlementaire voorbereidingen, waar onder meer ver-

¹⁵² GwH 12 februari 2009, nr. 17/2009, B.45.4; GwH 11 maart 2009, nr. 39/2009, B.12.4; GwH 11 maart 2009, nr. 40/2009, B.23.5.

¹⁵³ *Ibid.*

¹⁵⁴ *Parl.St.* Kamer 2006-07, nr. 51-2722/1, 30. Zie ook *supra* nr. 15.

¹⁵⁵ GwH 12 februari 2009, nr. 17/2009, B.51.6; GwH 11 maart 2009, nr. 39/2009, B.21.4; GwH 11 maart 2009, nr. 40/2009, B.29.4.

¹⁵⁶ In meer dan 25 jaar toepassingspraktijk van de Antiracismewet (waarin in de definitie van discriminatie ook het equivalent vervat was van indirecte discriminatie) werd al nooit toepassing gemaakt van die discriminatievorm. Dat terwijl er toen zelfs nog geen sprake was van de restrictieve(re) interpretatie die het Hof nu oplegt.

¹⁵⁷ GwH 12 februari 2009, nr. 17/2009, B.52.2; GwH 11 maart 2009, nr. 39/2009, B.24.2; GwH 11 maart 2009, nr. 40/2009, B.32.2.

wezen werd naar een makelaar die discriminerend handelt in uitdrukkelijke opdracht van de eigenaar.¹⁵⁸ Er dient dus opnieuw sprake te zijn van een persoonlijke machtsverhouding in een formele setting: als een derde de makelaar zou aanraden om te discrimineren, is er van ‘opdracht geven tot’ geen sprake. Het Hof leest eveneens in de voorbereidingen dat er “bij de persoon die opdracht geeft tot discrimineren, opzet is vereist”.¹⁵⁹ Het volstaat dus niet dat iemand een opdracht geeft tot een onderscheid dat achteraf de juridische rechtvaardigingstoets niet blijkt te doorstaan. De opdrachtgever in kwestie dient “te weten dat het onderscheid dat een andere persoon in zijn opdracht maakt, niet objectief en redelijk is verantwoord” en hij moet dat onderscheid – of liever: die opzettelijke discriminatie – niettemin moedwillig bevelen. Daarbij rust de “bewijslast van dat opzettelijk element (...) op de eiser”.¹⁶⁰ Het gaat al bij al dus eigenlijk om het ‘opzettelijk opdracht geven tot opzettelijke discriminatie door een persoon die in de formele (rechts)positie is om daarin gevolgd te worden’.

73. Inzake intimidatie en seksuele intimidatie schenkt het Hof, in reactie op aangevoerde middelen, vooral aandacht aan het eerste begrip. De meeste overwegingen lijken echter evenzeer op te gaan voor seksuele intimidatie.¹⁶¹ Intimidatie houdt volgens de wetten in dat er sprake is van “ongewenst gedrag dat met een van de beschermde criteria verband houdt, en tot doel of gevolg heeft dat de waardigheid van de persoon wordt aangetast en een bedreigende, vijandige, beledigende, vernederende of kwetsende omgeving wordt gecreëerd”.¹⁶² Het Hof geeft om te beginnen aan dat die voorwaarden cumulatief zijn; iets wat de tekst van de bepaling ook suggereert. Opdat er sprake is van intimidatie moet het gedrag ten eerste verband te houden met een van de ‘beschermde criteria’, ten tweede moet het tot doel of gevolg hebben dat de waardigheid van de persoon wordt aangetast en ten derde moet het gedrag een bedreigende, vijandige, beledigende, vernederende of kwetsende omgeving creëren.¹⁶³

74. Het Hof geeft verder aan dat de definitie van ‘intimidatie’ ontleend is aan het gemeenschapsrecht en dat in de bewuste regelgeving uitdrukkelijk is opgenomen dat het beginsel nader gedefinieerd kan worden “in overeenstemming met de nationale wetgeving en praktijken van de lidstaten”.¹⁶⁴ Die mogelijkheid grijpt het Hof aan. Ten eerste bakent het Hof de betekenis van het begrip ‘aantasting van de persoonlijke waardigheid’ af, door het te begrijpen in de zin van Belgische regelgeving en rechtspraak.¹⁶⁵ Verder geven de rechters aan dat het begrip ‘intimidatie’ in zijn gewone betekenis in België verwijst naar het idee van ‘belaging’:

“[H]et onrechtmatige gedrag, met name door vernederingen en bedreigingen, dat een persoon arglistig en herhaaldelijk aanneemt ten aanzien van een andere persoon, om die te destabiliseren”.¹⁶⁶

75. Door die basisbetekenis centraal te stellen, perkt het Hof de reikwijdte van het concept sterk in. Ten eerste doordat het hiermee de *directe* en *individuele* aard van intimidatie centraal stelt: het moet gaan om gedrag dat gericht is op een concrete persoon, in het bijzonder in een *face to face* context. Abstracte uitingen over of gedrag ten aanzien van groepen in het algemeen kunnen er alleszins niet ondergebracht wor-

¹⁵⁸ Parl.St. Kamer, 2006-07, nr. 51-2720/9, 42.

¹⁵⁹ GwH 12 februari 2009, nr. 17/2009, B.52.3; GwH 11 maart 2009, nr. 39/2009, B.24.3; GwH 11 maart 2009, nr. 40/2009, B.32.3.

¹⁶⁰ *Ibid.*

¹⁶¹ Waar dat niet het geval lijkt, geven we dat aan in voetnoot.

¹⁶² Art. 4, 10^o Antiracismewet, art. 4, 10^o Antidiscriminatiewet en art. 5, 9^o Genderwet. Bij seksuele intimidatie gaat het om “enige vorm van ongewenst verbaal, non-verbaal of fysiek gedrag met een seksuele connotatie voordoet met als doel of gevolg dat de waardigheid van een persoon wordt aangetast, in het bijzonder wanneer een bedreigende, vijandige, beledigende, vernederende of kwetsende situatie wordt gecreëerd” (art. 5, 10^o Genderwet).

¹⁶³ Voor seksuele intimidatie geldt daarentegen dat (enkel) die laatste voorwaarde illustratief is (zie voorgaande voetnoot).

¹⁶⁴ GwH 12 februari 2009, nr. 17/2009, B.53.2; GwH 11 maart 2009, nr. 39/2009, B.25.2; GwH 11 maart 2009, nr. 40/2009, B.33.2. Zie art. 2, lid 3 Rasrichtlijn en art. 2, lid 3 Kaderrichtlijn. Het Hof gaat niet in op het feit dat de bepalingen die de grondslag vormen voor intimidatie op grond van geslacht en seksuele intimidatie die mogelijkheid niet uitdrukkelijk bieden (t.w. art. 2, lid 3 en art. 2, lid 2, vierde streepje richtlijn 76/207). In sommige literatuur wordt daarom geconcludeerd dat lidstaten zich i.v.m. geslachtsgebonden intimidatie en seksuele intimidatie niet kunnen beroepen op een soepele(r) nationale uitleg van de bescherming van de richtlijn (zie bv.: L. WADDINGTON en M. BELL, “More Equal than Others: Distinguishing European Union Equality Directives”, *C.M.L.Rev.* 2001, 595-596). Het is niet zeker of deze *a contrario*-lezing gewettigd is. Hoe dan ook acht het Grondwettelijk Hof de intimidatiebepaling (ook i.v.m. geslacht) *enkel* onder voorbehoud van de geboden interpretatie grondwettig. Daarbij kan worden opgemerkt dat zelfs indien zou blijken dat die lezing strijdig is met richtlijn 76/207, dit enkel geldt voor het toepassingsgebied daarvan (arbeidsrelaties en geslacht) en uitsluitend voor het burgerrechtelijke luik (daar de richtlijn het gebruik van strafbepalingen niet oplegt).

¹⁶⁵ Het Hof verwees dienaangaande meer bepaald naar de Grondwet (art. 23), gewone wetgeving (o.m. art. 136quater, 433quinquies en 433decies Sw.; art. 2 wet 2 juni 1998 houdende oprichting van een Informatie- en Adviescentrum inzake de schadelijke sektarische organisaties; art. 5 basiswet van 12 januari 2005 betreffende het gevangeniswezen en de rechtspositie van de gedetineerden) en rechtspraak (Cass. 23 maart 2004, *Arr.Cass.* 2004, nr. 165 en Cass. 8 november 2005, *Arr.Cass.* 2005, nr. 576).

¹⁶⁶ GwH 12 februari 2009, nr. 17/2009, B.53.2; GwH 11 maart 2009, nr. 39/2009, B.25.2; GwH 11 maart 2009, nr. 40/2009, B.33.2.

den.¹⁶⁷ Dat is geen onbelangrijke verduidelijking. In de praktijk had een soortgelijke bepaling uit de Antidiscriminatiewet van 2003 al tot een (burgerrechtelijke) veroordeling geleid van een dvd-verhuurbedrijf en een webagency wegens een humoristisch bedoelde reclamecampagne waarbij een analogie werd gemaakt tussen vrouwen en dvd's.¹⁶⁸ Het intimidatieverbod werd in die zaak gebruikt als een algemeen verbod om bepaalde bevolkingsgroepen, *in casu* vrouwen, te kwetsen of beledigen. Daar was het begrip, dat zoals gezegd afkomstig is uit de Europese richtlijnen, nochtans niet voor ontwikkeld. Het werd ontworpen om individuele intimidaties (in arbeidssituaties) tegen te gaan. In België heeft men het verbod uitgebreid tot het *hele* toepassingsgebied van de Antidiscriminatiewet, zodat de onduidelijkheid kon ontstaan die aanleiding gaf tot deze rechtspraak.¹⁶⁹ Het Grondwettelijk Hof geeft de bepaling echter een invulling die opnieuw aansluit bij de grondslag ervan: het moet gaan om een aantasting van de waardigheid van een of meer *concrete personen* in een sociale context en dus niet van een abstracte groep. Dit sluit ook aan bij de tekst van de bepaling, waarin immers sprake is van gedrag dat gericht is op 'de persoon'.¹⁷⁰

Een tweede beperking vloeit voort uit de kwaadwilligheid ('arglistig', 'om te destabiliseren') die de vergelijking van intimidatie met belaging met zich brengt. In de strafrechtelijke toepassing waar het hier om gaat, geldt dit *a fortiori*: het Hof geeft aan dat 'intimidatie', in de aangegeven "zin van 'belaging'", niet "zou kunnen worden bestraft indien het als gevolg heeft dat een bedreigende, vijandige, beledigende, vernederende of kwetsende omgeving zou worden gecreëerd, (...) indien zulks niet de bedoeling was".¹⁷¹ Toepassing moet beperkt blijven tot die gevallen waarin de aangehaalde gevolgen ook de daadwerkelijke, aantoonbare bedoeling waren van het ge-

wraakte gedrag.¹⁷² Enkel onder voorbehoud van die interpretaties acht het Hof het begrip "bestaanbaar met het strafrechtelijke wettigheidsbeginsel".¹⁷³

76. Resteert tot slot nog de omschrijving van de weigering om redelijke aanpassingen te maken die in de Antidiscriminatiewet onderdeel uitmaakt van het strafrechtelijke discriminatiebegrip. Redelijke aanpassingen worden in de wet omschreven als "passende maatregelen die in een concrete situatie en naar gelang van de behoefte worden genomen om een persoon met een handicap in staat te stellen toegang te hebben tot, deel te nemen aan en vooruit te komen in de aangelegenheden waarop de (...) wet van toepassing is, tenzij die maatregelen een onevenredige belasting vormen voor de persoon die de maatregelen moet nemen. Wanneer die belasting in voldoende mate wordt gecompenseerd door bestaande maatregelen in het kader van het gevoerde overheidsbeleid inzake personen met een handicap, mag zij niet als onevenredig worden beschouwd" (art. 4, 12° Antidiscriminatiewet).

77. Het Hof geeft aan dat, net als bij toepassing van het burgerlijk luik van de wet, dus eerst moet worden nagegaan of een aanpassing voor degene die de maatregel moet nemen, "al dan niet onevenredig is ten aanzien van het doel, dat erin bestaat een persoon met een handicap in staat te stellen toegang te hebben tot, deel te nemen aan en vooruit te komen in de aangelegenheden waarop die wet van toepassing is".¹⁷⁴ Verder moet de aanwezigheid van compenserende overheidsmaatregelen worden nagegaan. Het Hof preciseert daarbij dat er "enkel sprake [kan] zijn van compensatie wanneer de door de overheid genomen maatregel opweegt tegen de belasting voor de persoon die de maatregelen moet nemen (...)", waarbij het Hof er bovendien op wijst dat dit niet mag betekenen dat "maatregelen die een louter incitatief karakter hebben, (...) alsnog bindend (...) worden". Met dat laatste lijkt het Hof te willen vermijden dat voor personen op wie de redelijke aanpassingsplicht rust, compenserende (subsidie)maatregelen zonder verplichtend karakter alsnog verplicht zouden worden via de omweg van 'redelijke aanpassingen' (en op straffe van een burgerrechtelijke of zelfs strafrechtelijke veroordeling).

78. Specifiek voor het strafrechtelijke begrip van de *weigering* om redelijke aanpassingen door te voeren, geeft het Hof – net als bij de andere begrippen – aan

¹⁶⁷ Zie reeds in die zin: J. VRIELINK en S. SOTTIAUX, "Banning Sexism: How Harassment Law May Threaten Freedom of Expression and Undermine Antidiscrimination Policies", *IJDL* 2008, nr. 4, 263-271; J. VRIELINK en S. SOTTIAUX, "De zaak Rent-a-Wife: Vrouwe Justitia en seksisme", *RW* 2007-08, nr. 29, 1216-1219.

¹⁶⁸ In de campagne, die vorm kreeg via www.rentawife.be, konden mannen zagezegd een of meerdere vrouwen huren (als 'analogie' voor dvd's). Via de site kon de klant kiezen uit een aanbod van meer dan 9500 'vrouwen'. Ruilen kon altijd: de 'vrouwen' waren "onbeperkt inwisselbaar". De filmpjes op de site lieten zien hoe dit concreet in zijn werk ging: een vrouw werd daarin door een man 'Barbie-gewijs' vastgebonden en verpakt in een doos. De postbode pikt de dame op en levert meteen een nieuwe.

¹⁶⁹ Vgl.: P. VANDEN HEEDÉ, "God voelt zich steeds beter thuis in onze parlementen", *Juristenkrant* 2009, nr. 186, 10-11.

¹⁷⁰ Hetzelfde geldt overigens voor seksuele intimidatie, waarbij sprake is van 'een persoon'.

¹⁷¹ GwH 12 februari 2009, nr. 17/2009, B.53.4; GwH 11 maart 2009, nr. 39/2009, B.25.4; GwH 11 maart 2009, nr. 40/2009, B.33.4.

¹⁷² *Ibid.*

¹⁷³ *Ibid.*

¹⁷⁴ GwH 12 februari 2009, nr. 17/2009, B.54.1. Die toets verschilt, aldus het Hof, "niet wezenlijk van de evenredigheidstoetsing" uit de algemene rechtvaardigingstoets (*ibid.*, B.54.2).

dat hiervoor “een opzet is vereist”. Het leidt dit zowel af uit de parlementaire voorbereidingen als uit het woord ‘weigering’ zelf. Het mag dus niet louter gaan om een weigering van een maatregel die geen onevenredige belasting blijkt in te houden: er moet “worden aangetoond dat de beklaagde, op het ogenblik dat hij heeft geweigerd die maatregel te nemen, wist dat die maatregel geen onredelijke belasting zou uitmaken” en dat hij desalniettemin bewust weigerde. Enkel “onder die voorwaarden, [is] het begrip ‘de weigering tot het maken van redelijke aanpassingen voor een persoon met een handicap’ (...) verenigbaar (...) met het strafrechtelijke wettigheidsbeginsel”, aldus het Grondwettelijk Hof.¹⁷⁵

3.2.2. *Uitingsdelicten*

79. In het volgende komt aan bod hoe het Hof omgegaan is met de directe en indirecte uitingsdelicten uit de discriminatiewetten. Het is hier dat het zich weer van zijn strengste kant laat zien. Concreet blijft er van de strafbaarstellingen van het ‘verspreiden van denkbeelden’ (A) en het ‘medewerking verlenen aan’ (B) relatief weinig over als zelfstandige strafbaarstellingen; beide zijn na toetsing door het Hof in belangrijke mate te herleiden tot het ‘aanzetten tot’. Bij de lezing van die laatstgenoemde bepaling sluit het Hof dan weer aan bij de restrictieve lezing uit zijn arrest uit 2004 (C).

A. *De facto*-vernietiging van het verspreidingsverbod (art. 21 Antiracismewet)

80. Naast het herinvoeren van oude bepalingen bij de ‘repenalisering’, hield een vervanging zoals gezegd een aanmerkelijke verruiming in van een eerdere strafbaarstelling: voortaan zou het ‘verspreiden van ideeën gegrond op rassenhaat en rassuperioriteit’ strafbaar zijn.¹⁷⁶ Dat zat als volgt: in het voorontwerp van wet had de Regering het strafrechtelijk verbod op het ‘publiciteit geven aan een voornemen tot discriminatie, haat, geweld en segregatie’ – dat in de oude Antiracismewet stond – niet heropgenomen. Dit was een van de elementen geweest die het Arbitragehof had vernietigd uit de Antidiscriminatiewet (cf. *supra* nr. 13). Vernietiging zou dan ook onvermijdelijk geweest zijn als het gelijkkluidende artikel heropgenomen zou zijn in de Antiracismewet. Om dit te voorkomen, schrapte men het artikel preventief, wat direct aansloot bij de aanvankelijk voorgenomen depenaliser-

ing.¹⁷⁷ Tijdens raadplegingen van het middenveld en *stakeholders* bleek dat sommige minderheidsgroeperingen en het CGKR zich ook op dit punt verzetten. Zij zagen de ontwikkeling als een stap terug in de bescherming tegen racistische uitlatingen en hun mogelijkheden om daartegen op te treden.¹⁷⁸ Vandaar dat een vervanging werd gezocht en de nieuwe bepaling was daar het resultaat van.¹⁷⁹ De argumentatie die de Regering bood voor de nieuwe bepaling, was dat ze behoorde tot het minimumpakket dat vereist zou zijn door het IVUR.¹⁸⁰

81. De bepaling werd zowel binnen als buiten het Parlement fel betwist en nadien vochten ook verschillende verzoekers haar aan wegens strijdigheid met de vrijheid van meningsuiting.¹⁸¹ Veelbetekenend was dat de gespannen relatie tussen dit verspreidingsverbod en de expressievrijheid niet alleen de ‘gebruikelijke’ tegenstanders van de juridische strijd tegen discriminatie was opgevallen, maar ook de Vlaamse Liga voor Mensenrechten, een organisatie die juist regelmatig de toepassing van Antiracismewet heeft gevorderd ter beperking van de vrijheid van meningsuiting.

82. Bij toetsing van het bewuste artikel wijst het Hof er om te beginnen op dat de bepaling weliswaar ontleend is aan artikel 4a IVUR, maar dat er “bij de beoordeling van het bestreden artikel (...) evenwel tevens rekening [dient] te worden gehouden met de (...) ‘toelichtende verklaring’ bij het voormelde artikel 4, die België heeft afgelegd bij de neerlegging van de bekrachtigingsoorkonde”. Die toelichtende verklaring, zo stelt het Hof, houdt in dat de Belgische Staat zich weliswaar “gebonden acht door de verplichtingen die voortvloeien uit artikel 4 van het Verdrag”, maar enkel “in zoverre die verplichtingen worden geïnterpreteerd in die zin dat ze bestaanbaar zijn met, onder meer, de vrijheid van meningsuiting gewaar-

¹⁷⁵ Zie GwH 12 februari 2009, nr. 17/2009, B.54.1-5; GwH 11 maart 2009, nr. 39/2009, B.26.1-5.

¹⁷⁶ Art. 21 Antiracismewet luidt meer bepaald als volgt: “Met gevangenisstraf van een maand tot een jaar en met een geldboete van vijftig euro tot duizend euro of met een van die straffen alleen wordt gestraft, hij die in de in artikel 444 van het Strafwetboek bedoelde omstandigheden, denkbeelden die zijn gegrond op rassuperioriteit of rassenhaat, verspreidt”.

¹⁷⁷ *Parl.St.* Kamer 2006-07, nr. 51-2720/1, 32-34; *Parl.St.* Kamer 2006-07, nr. 51-2720/9, 51.

¹⁷⁸ *Parl.St.* Kamer 2006-07, nr. 51-2720/1, 158-159.

¹⁷⁹ Zie uitvoerig over deze aanpassing: J. VRIELINK, “Strafbare ideeën: geen goed idee”, *Samenleving en Politiek* 2007, nr. 3, 4-10; P. VANDERNOOT, “La Constitution belge et la diffusion d’‘idéés’ racistes: mieux vaut prévenir que guérir”, in X, *Liber Amicorum P. Martens. L’humanisme dans la résolution des conflits. Utopie ou réalité?*, Brussel, Larcier, 2007, 521-568; E. CLOOTS, “Het verspreidingsverbod in de nieuwe Antiracismewet en de vrijheid van meningsuiting: heiligt het doel alle middelen?”, *RW* 2007-08, nr. 27, 1098-1112.

¹⁸⁰ *Parl.St.* Kamer, 2006-07, nr. 51-2720/1, 34 en 61; *Parl.St.* Senaat 2006-07, nr. 3-2362/3, 18. Zie kritisch: J. VRIELINK, “Strafbare ideeën: geen goed idee”, *Samenleving en Politiek* 2007, nr. 3, 4-10; E. CLOOTS, “Het verspreidingsverbod in de nieuwe Antiracismewet en de vrijheid van meningsuiting: heiligt het doel alle middelen?”, *RW* 2008, nr. 27, 1098-1112.

¹⁸¹ Art. 21 was het voorwerp van 3 onderscheiden vernietigingsberoepen (rolnrs. 4359, 4312 en 4355).

borgd bij artikel 19 van de Grondwet en de vrijheid van drukpers gewaarborgd bij artikel 25 van de Grondwet”.¹⁸² Door die verklaring blijft het grondwettelijke beschermingsregime dus onverkort van kracht. Het Hof onderstreept daarbij ook nog eens dat “uitzonderingen op de vrijheid van meningsuiting op strikte wijze [dienen] te worden geïnterpreteerd”, aangezien die vrijheid “een van de pijlers is van een democratische samenleving”.¹⁸³

83. Bij de concrete toetsing van de bepaling en het vaststellen van de juiste inhoud van het materiële en morele element van de strafbaarstelling sluit het Hof nauw aan bij de invulling die het gaf aan het ‘aanzetten tot’. Zozeer zelfs dat de zelfstandige betekenis van het ‘verspreiden van denkbeelden’ er sterk door wordt gereduceerd en er eigenlijk gesproken kan worden van een *de facto*-vernietiging ervan. Zo is er voor de toepassing van de bepaling een bijzonder opzet vereist, dat nauw gerelateerd is aan dat van het ‘aanzetten tot’:

“[E]r is slechts sprake van een misdrijf als bewezen is dat de verspreiding van de betrokken ideeën tot doel heeft de haat ten aanzien van een groep mensen aan te wakkeren en de totstandkoming van een voor hen discriminerend of op segregatie gericht beleid te rechtvaardigen”.¹⁸⁴

Het bestaan van het misdrijf, zo stelt het Hof, kan dus niet aangenomen worden “op het moment dat enkel de materiële elementen ervan aanwezig zijn”.¹⁸⁵ Ook het specifieke moreel element moet worden aangetoond.

84. De inhoudelijke, materiële vereisten die aan uitingen worden gesteld opdat zij onder de bepaling gebracht kunnen worden, komen – na toetsing door het

Grondwettelijk Hof – eveneens in de buurt van degene die gelden voor het verbod op het ‘aanzetten tot’. Een zeer beperkt onderscheid blijft, althans op papier, evenwel bestaan. Meer bepaald heeft het verbod op het ‘verspreiden van denkbeelden’ tegelijk betrekking op een veel engere en op een iets ruimere klasse van uitingen, dan de bepaling inzake ‘aanzetten tot’.

Om met dat eerste te beginnen: het Hof citeert passages uit de parlementaire debatten die suggereren dat de geviseerde expressies inhoudelijk de vorm moeten hebben van een “‘pseudowetenschappelijk’ discours over rassuperioriteit”, onderscheiden van “objectief wetenschappelijk onderzoek”.¹⁸⁶ Het moet dus om te beginnen gaan om teksten en uiteenzettingen in verband met ‘rassenleer’. Dit blijkt overigens ook uit het feit dat de bepaling zelf uitsluitend gebruik maakt van de termen ‘rassuperioriteit’ en ‘ras-senhaat’ zonder verwijzing naar de andere discriminatiegronden uit de wet; dit in tegenstelling tot bij de andere uitingsdelicten.¹⁸⁷ Het moet dus gaan om wat veelal ‘biologisch racisme’ wordt genoemd: denkbeelden die uitgaan van de idee dat er verschillende menselijke ‘rassen’ zijn, die ingedeeld kunnen worden volgens superioriteit en inferioriteit en waaraan haatdragende implicaties worden verbonden.¹⁸⁸ Voorts dienen de door de bepaling geviseerde teksten en uitingen weliswaar een zekere intellectualistische pretentie te hebben – naast de term ‘pseudowetenschappelijk’ bevestigt ook de term ‘denkbeelden’¹⁸⁹ dat – maar zij moeten, getoetst aan wetenschappelijke vereisten, duidelijk niet standhouden. Het gaat in die zin dus om een zeer beperkte klasse van uitingen; aanzienlijk beperkter dan degene waarop het ‘aanzetten tot’ betrekking heeft. Het meest voor de hand liggende typevoorbeeld dat voor de geest komt, zijn teksten van (neo)nazistische groepen zoals Blood & Honour of BBET.

Op een ander punt is het zo dat de bepaling na toetsing door het Hof weliswaar het ‘aanzetten tot’ benadert, maar net iets *ruimer* blijft. Het gaat daarbij om de intensiteit of het karakter van die expressies. De betrokken uitingen hoeven niet aan te zetten tot

¹⁸² GwH 12 februari 2009, nr. 17/2009, B.70.3; GwH 11 maart 2009, nr. 40/2009, B.67.2. Er kan overigens op gewezen worden dat hiermee ook definitief de vermeende internationaalrechtelijke noodzaak is weerlegd van de grondwetsherziening van 7 mei 1999 (BS 29 mei 1999). Bij die grondwetswijziging werd art. 150 Gw., op het punt van drukpersmisdrijven, aangepast zodat persmisdrijven “die door racisme of xenofobie ingegeven zijn” aan de bevoegdheid van het hof van assisen werden onttrokken, omdat het door die regeling vrijwel nooit tot vervolging kwam. Door de wijziging werden (enkel) racistische drukpersmisdrijven onder de bevoegdheid van de correctionele rechtbank gebracht. Een van de (juridische) argumenten hiervoor was dat het IVUR hiertoe zou verplichten (zie o.m.: *Parl.St.* Kamer 1998-99, nr. 1936/1, 4-5; *Parl.St.* Kamer 1998-99, nr. 1936/2, *passim*). De redenering van het Hof impliceert duidelijk dat dit niet het geval was, in het licht van de interpretatieve verklaring die België aflegde bij het ratificeren van het verdrag.

¹⁸³ GwH 12 februari 2009, nr. 17/2009, B.73; GwH 11 maart 2009, nr. 40/2009, B.68.2.

¹⁸⁴ GwH 12 februari 2009, nr. 17/2009, B.74.4; GwH 11 maart 2009, nr. 40/2009, B.70.1.

¹⁸⁵ GwH 12 februari 2009, nr. 17/2009, B.74.5; GwH 11 maart 2009, nr. 40/2009, B.70.2.

¹⁸⁶ GwH 12 februari 2009, nr. 17/2009, B.74.3; GwH 11 maart 2009, nr. 40/2009, B.69. Onder verwijzing naar: *Parl.St.* Kamer 2006-07, nr. 51-2710/9, 63; *Parl.St.* Senaat 2006-07, nr. 3-2362/3, 32.

¹⁸⁷ In zowel het ‘aanzetten tot’ (uit alle wetten) als in het ‘medewerking verlenen aan’ (uit de Antiracismewet) wordt steeds uitdrukkelijk verwezen naar alle (in de wet relevante) beschermde criteria.

¹⁸⁸ Zie bv.: G. KLEINPENNING en L. HAGENDOORN, “Forms of Racism and the Cumulative Dimension of Ethnic Attitudes”, *Social Psychology Quarterly* 1993, nr. 1, 21-36.

¹⁸⁹ Het woord ‘denkbeelden’ heeft immers een sterke intellectuele of intellectualistische connotatie. *Van Dale* geeft de volgende betekenissen aan de term: “wat door het denken wordt voortgebracht” (idee); “voorstelling van de geest, naar vorm of inhoud” (begrip, idee, notie); “mening omtrent een zaak”; “voorstelling die men verwezenlijken wil” (plan, idee).

haatdragend of gewelddadig *gedrag*. Het volstaat dat zij “een minachtende of haatdragende strekking hebben (...) en zij moeten de fundamentele minderwaardigheid van een groep uitdrukken”.¹⁹⁰ Hierin zie je duidelijk de voorwaarden van ‘rassenhaat’ en ‘rassuperioriteit’ weerspiegeld; voorwaarden die overigens – in tegenstelling tot wat de tekst van de bepaling doet vermoeden – cumulatief zijn volgens het Hof: de uitingen moeten *zowel* minachtend en haatdragend zijn *als* uitdrukking geven aan de fundamentele inferioriteit van een groep. Interessant is verder dat het Hof aangeeft dat het voorgaande impliceert dat “uitingen van wetenschap en kunst buiten het verbod” geplaatst worden. In artikel 21 Antiracismewet moet dus een inherente wetenschaps- en kunstexceptie gelezen worden.¹⁹¹

85. Daarmee is de kous echter nog niet af. Ook aan het begrip ‘verspreiden’ geeft het Hof een invulling die de strafbaarstelling inperkt. Om te beginnen moet het gaan om verspreiding op grote schaal, in de zin van het geven van ‘algemene bekendheid’ aan de betrokken denkbeelden. Uit de term ‘verspreiden’ zou naar het oordeel van het Hof volgen dat “er slechts sprake is van dat misdrijf wanneer aan de desbetreffende denkbeelden algemene bekendheid werd gegeven”: “De gangbare betekenis van die term is immers ‘alom bekendmaken’”.¹⁹² Dat pas aan de verspreidingsvoorwaarde voldaan is wanneer een uiting alom bekendgemaakt is, is niet zonder praktisch belang: het per e-mail versturen aan een groep kennissen voldoet zo bijvoorbeeld niet aan de verspreidingsvoorwaarde, in tegenstelling tot hetgeen het geval is bij het ‘aanzetten tot’.¹⁹³

Verder moet ‘verspreiding’ niet begrepen worden als een “daad van degene die er zich, door een louter materiële handeling, toe beperkt andermans ideeën die berusten op rassuperioriteit of rassenhaat bij een ruimer publiek te verspreiden”, maar enkel “de daad die erin bestaat (...) dergelijke ideeën uit te brengen, te uiten of voor te staan als intellectueel auteur”.¹⁹⁴ Met andere woorden: de verspreider moet dus tegelijk

kunnen worden gezien als de auteur of producent van de gewraakte teksten of uitingen. Voor personen die andermans ideeën of teksten – gedacht kan worden aan gekopieerde onderdelen uit *Mein Kampf* – verspreiden is de bepaling in beginsel niet in hoofdzaak gemaakt.¹⁹⁵

86. Al bij al is het dus zo dat het ‘verspreiden van denkbeelden’ gegrond op rassenhaat en rassuperioriteit’ na toetsing door het Grondwettelijk Hof enkel nog betrekking heeft op teksten en uit(eenzett)ingen (1) waarin een ‘pseudo-intellectueel’ en ‘klassiek’ rassendiscours wordt gepropageerd dat (2) inhoudelijk een minachtende en haatdragende strekking heeft, (3) dat op grote schaal verspreid werd door de klaagde, (4) waarvan die laatste in beginsel bovendien de (intellectuele) auteur is en (5) waarbij zijn bedoelingen aantoonbaar zijn gelegen in het aanzetten tot haat en het tot stand brengen van een discriminerend beleid.

87. Belangrijk is tot slot dat het Hof aangeeft dat juist deze zeer beperkte betekenis en de strenge voorwaarden waaraan de bestraffing van het verspreiden van denkbeelden is onderworpen, maakt dat de strafbaarstelling niet als discriminatoir kan worden beschouwd, ook al geldt zij niet voor de andere discriminatiegronden. De ongelijke restrictie op de expressievrijheid werd beperkt tot het strikt noodzakelijke:

“In dat perspectief kan de eerbiediging van het beginsel van gelijkheid en niet-discriminatie niet ertoe leiden dat de uitoefening van die vrijheden tevens zou moeten worden beperkt met betrekking tot denkbeelden die zijn gegrond op een superioriteit van of haat tegen dragers van andere menselijke kenmerken of overtuiging”.¹⁹⁶

Gezien de minieme ruimte die de bepaling zo ressteert als zelfstandige strafbaarstelling kan, zoals gezegd, worden gesproken van een *de facto* vernietiging van het verspreidingsverbod. Het Hof wilde duidelijk niet zover gaan om de bepaling, die vrijwel letterlijk werd gekopieerd uit het IVUR, daadwerkelijk te vernietigen. Maar in de interpretatie die het eraan geeft, blijft er in de praktijk nauwelijks iets van over.

88. Althans, dat laatste is het geval als de interpretaties die het Grondwettelijk Hof aan de bepaling geeft, nauwgezet worden toegepast. Uit de eerste rechtspraak op grond van de bepaling blijkt echter dat dit

¹⁹⁰ GwH 12 februari 2009, nr. 17/2009, B.74.5; GwH 11 maart 2009, nr. 40/2009, B.70.2.

¹⁹¹ *Ibid.* Tegelijk blijkt uit de formulering van het Hof dat de betrokken uitzonderingen niet onbegrensd zijn. Een (geclaimd) wetenschappelijk of artistiek karakter van een uiting vormt in die zin niet zozeer een vrijbrief voor anderszins onrechtmatige uitlatingen. Het is eerder zo dat de evt. ‘wetenschappelijke’ of ‘kunstzinnige’ (en dus beschermde) aard van uitlatingen mede *afgeleid* kan worden uit het ontbreken van een “minachtende of haatdragende strekking”.

¹⁹² GwH 12 februari 2009, nr. 17/2009, B.74.4; GwH 11 maart 2009, nr. 40/2009, B.70.1.

¹⁹³ Zie bv.: Corr. Antwerpen 16 december 2005, www.diversiteit.be.

¹⁹⁴ GwH 12 februari 2009, nr. 17/2009, B.76.2; GwH 11 maart 2009, nr. 40/2009, B.70.1. Het Hof citeert dit – met instemming – uit de parlementaire voorbereidingen.

¹⁹⁵ Als zij toch vervolgd worden, kan dat aldus het Hof “slechts (...) binnen de perken van het in artikel 25, tweede lid, van de Grondwet bedoelde beginsel van de getrapte aansprakelijkheid (...) en op voorwaarde dat er bij hen sprake is van het reeds vermelde bijzonder opzet” (GwH 11 maart 2009, nr. 40/2009, B.70.1).

¹⁹⁶ GwH 12 februari 2009, nr. 17/2009, B.77.2; GwH 11 maart 2009, nr. 40/2009, B.74.2.

niet noodzakelijk gebeurt, net zo min als bij de toepassing van het ‘aanzetten tot’ (cf. *supra* nr. 22).¹⁹⁷ In een vonnis van 4 maart 2009 paste de Correctionele Rechtbank van Kortrijk artikel 21 Antiracismewet toe. De relevante tenlastelegging hield in dat de betrokkene “denkbeelden die zijn gegrond op rassuperioriteit of rassenhaat (...) [had] verspreid nl. door het aanbrengen van een Keltisch kruis en een hakenkruis op de zijgevel van een woning”.¹⁹⁸ Afgaande op het voorgaande betrof het niet meteen het type zaak waarvoor de bepaling bedoeld is, zeker niet in de opvatting van het Grondwettelijk Hof.¹⁹⁹ Van een pseudo-intellectueel rassendiscours dat op grote schaal verspreid werd, was hier geen sprake. De rechter oordeelde niettemin, zonder argumentatie, dat “[d]e tenlasteleggingen (...) zijn bewezen in hoofde van beklagde”.²⁰⁰ Op enigerlei opzetvereiste werd evenmin ingegaan, laat staan op de door het Hof vereiste bedoeling om aan te zetten tot haat en een discriminerend beleid tot stand te brengen.²⁰¹

¹⁹⁷ In de rechtsleer werd voor de totstandkoming van art. 21 Antiracismewet al gewezen op dit risico dat een restrictieve, grondwetsconforme interpretatie – i.t.t. een vernietiging – met zich zou brengen. Zie: E. CLOOTS, “Het verspreidingsverbod in de nieuwe Antiracismewet en de vrijheid van meningsuiting: heiligt het doel alle middelen?”, *RW* 2007-08, nr. 27, 1109.

¹⁹⁸ Corr. Kortrijk 4 maart 2009, onuitg. Daarnaast werd de beklagde inbreuk op art. 534bis Sw. (zonder toestemming aanbrengen van graffiti op roerende of onroerende goederen) ten laste gelegd voor dezelfde feiten en inbreuk op art. 545 Sw. (vernietiging van landelijke of stedelijke afsluitingen) wegens het feit dat hij een lege gasfles door een raam van een moskee had gegoooid.

¹⁹⁹ Dat zou vanzelfsprekend niet betekenen dat de beklagde in dit geval vrijuit zou gaan. Sowieso was hij onder meer vervolgbaar o.g.v. art. 534bis Sw. (zonder toestemming aanbrengen van graffiti op roerende of onroerende goederen), eventueel met toepassing van de verzwarende omstandigheden – eveneens ingevoegd (of eigenlijk gewijzigd) door de discriminatiewetten van 2007 – uit art. 534quater, indien de drijfveren voor het aanbrengen van de graffiti bestonden “in de haat tegen, het misprijzen van of de vijandigheid tegen een persoon wegens diens zogenaamd ras, zijn huidskleur, zijn afkomst, zijn nationale of etnische afstamming, zijn nationaliteit (...)”. Ook vervolging o.g.v. art. 20 Antiracismewet (aanzetten tot) zou, opnieuw afhankelijk van de aantoonbare bedoelingen van de beklagde, niet uitgesloten zijn geweest.

²⁰⁰ Corr. Kortrijk 4 maart 2009, onuitg. De straf was 8 maanden gevangenisstraf met (5 jaar) uitstel en een geldboete van 1100 euro. Aan de burgerlijke partij – de persoon wiens woning de beklagde beschadigd had – werd een (materiële) schadevergoeding toegekend van 534,40 euro en een rechtsplegingsvergoeding van 125 euro.

²⁰¹ In de media werd destijds aangegeven dat de beklagde aan “de rechter vertelde er bepaalde meningen op na te houden als het over allochtonen gaat” (Djw, “Man veroordeeld wegens racisme”, *Het Nieuwsblad*, 5 maart 2009). Ook zou hij “wegens racistische praat uit een café gezet” zijn, waarna hij “weerwraak [nam] door de gevel van een woning te bekladden met graffiti” (ibid.). De beklagde zou deze versie van de feiten overigens hebben ontkend (Djw, “Jongeman gooit gasfles door raam van moskee”, *De Standaard*, 13 februari 2009).

Het vonnis viel echter bijzonder kort na het eerste arrest van het Grondwettelijk Hof inzake de federale discriminatiewetten van 12 februari 2009. De tussenliggende periode was minder dan een maand. Het bijkomende arrest, waarin artikel 21 van de Antiracismewet opnieuw aan bod kwam, werd zelfs pas enkele dagen ná het vonnis van de Kortrijkse rechtbank gegeven. In het licht daarvan is de kans zeer reëel dat de zienswijze van het Grondwettelijk Hof nog niet bekend was bij de betrokken advocaten en rechter op het moment dat respectievelijk de conclusies werden neergelegd en het vonnis werd geschreven. Sowieso kan de rechtspraak vooralsnog geremedieerd worden in hoger beroep of in cassatieberoep. Als het gestelde voorbeeld evenwel bevestigd wordt of zelfs navolging krijgt, zodat soortgelijke ongrondwettige toepassingen zich systematisch blijven voordoen, net als bij het ‘aanzetten tot’ het geval is, dan lijkt wetgevend ingrijpen noodzakelijk.²⁰² De wetgever zou dan bijvoorbeeld de vereisten van het Grondwettelijk Hof – waaronder het bijzonder opzet en de restrictieve betekenis van de term ‘verspreiden’ – uitdrukkelijk kunnen inschrijven in artikel 21 van de wet.²⁰³

²⁰² De kans bestaat dat het Hof van Cassatie in deze materie niet op dezelfde lijn zal zitten als het Grondwettelijk Hof. De andere uitingsdelicten uit de Antiracismewet – meer bepaald, het ‘aanzetten tot’ en het ‘medewerking verlenen aan’ – krijgen in de rechtspraak van het eerstgenoemde hof immers ook een ruimere draagwijdte dan die welke het Grondwettelijk Hof grondwetsconform acht (zie *supra* nr. 15 en *infra* nrs. 93 en 98-99). In dergelijke gevallen, waarin een interpretatieconflict tussen de rechterlijke macht en het Grondwettelijk Hof leidt tot het aanslepen van ongrondwettige rechtspraak, lijkt het aangewezen dat de wetgever optreedt. Het Grondwettelijk Hof laat er immers geen twijfel over bestaan dat de lezing die het biedt van artikel 21 Antiracismewet de enige is die het grondwettig acht. Indien evenwel blijkt dat de rechtspraak deze interpretatie niet volgt, maar systematisch kiest voor een andere lezing, dan lijkt het minstens gepast als de wetgever inspringt teneinde verdere kennelijk ongrondwettige toepassingen van de regelgeving die hij heeft uitgevaardigd te vermijden. Eventueel kan men zelfs beargumenteren dat hiertoe een verplichting bestaat, o.b.v. de overheidsaansprakelijkheid voor fouten en nalaten van de wetgever voortvloeiend uit het zorgvuldigheidsbeginsel. Zie hierover: W. VERRIJDT, “De uitvoering van arresten van het Grondwettelijk Hof door de ‘normaal zorgvuldige wetgever’”, in A. ALEN en S. SOTTIAUX (eds.), *Leuvense Staatsrechtelijke Standpunten 2: Scheiding der Machten*, Brugge, die Keure, 2010, te verschijnen.

²⁰³ Vgl. *infra* nr. 99 inzake art. 20 Antiracismewet (‘aanzetten tot’). Het is overigens de vraag of het niet verkieslijk is dat desgevallend de bepaling in haar geheel uit de Antiracismewet zou worden gelicht. De eisen en interpretaties van het Grondwettelijk Hof zijn immers dermate technisch en complex, dat een codificatie ervan niet evident is. Zelfs na een poging om de bewuste vereisten in de wet op te nemen, lijkt het dan ook onvermijdelijk dat een aanzienlijk risico op foutieve toepassingen en aanhoudende rechtsonzekerheid zal resteren. De wetgever zal moeten nagaan of die risico’s afdoende gecompenseerd worden door het nut en het belang van de bepaling. Die afweging zal moeten plaatsvinden in het licht van de zeer beperkte juridische meerwaarde die de strafbaarstelling biedt

→

B. De *facto*-vernietiging ‘medewerking verlenen aan of behoren tot’ (art. 22 Antiracismewet)

89. Een tweede uitingsdelict, zij het van indirecte aard, waaraan het Grondwettelijk Hof een sterk restrictieve interpretatie gaf, is het ‘medewerking verlenen aan of behoren tot een groep of vereniging die kennelijk en herhaaldelijk discriminatie verkondigt’. Het gaat hier om een zogenaamd ‘indirect uitingsdelict’, in die zin dat het personen viseert die op een of andere manier steun of medewerking verlenen aan uitingsdelicten. Een soortgelijke bepaling zat al in de Antiracismewet sinds de totstandkoming ervan.²⁰⁴ Het bekendste toepassingsgeval ervan was de zaak tegen drie aan het toenmalige Vlaams Blok gelieerde vzw’s²⁰⁵, maar door de jaren heen had zich ook rond deze strafbepaling een aanzienlijke jurisprudentie ontwikkeld.²⁰⁶

90. Net als bij het ‘verspreiden van denkbeelden’ heeft ook het ‘behoren tot of medewerking verlenen aan een groep of vereniging die kennelijk en herhaaldelijk discriminatie verkondigt’ door de toetsing door het Grondwettelijk Hof aan zelfstandige betekenis ingeboet. Daarbij is opnieuw de strafbaarstelling van het ‘aanzetten tot’ richtinggevend. Zo interpreteert het Hof de term ‘verkondigen’ uit het nieuwe artikel 22

Antiracismewet als het ‘aanzetten tot’ uit artikel 20.²⁰⁷ Het Grondwettelijk Hof geeft daarbij weliswaar aan dat dit ook bevestigd werd in de oorspronkelijke voorbereidingen van de wet en in de rechtspraak²⁰⁸, maar de lezing van het Hof wijkt daar toch enigszins van af. Zowel de rechtspraak als de wetgever van 1981 was eerder van mening dat de term ‘verkondigen’ terugsloeg op *alle* uitingsdelicten uit de wet, destijds opgenomen in artikel 1.²⁰⁹ Die interpretatie zou hebben betekend dat na de wetwijziging van 2007 ook de medewerking aan of het lidmaatschap van een groep die ‘denkbeelden gegrond op rassenhaat en rassuperioriteit verspreidt’ onder de bepaling zou zijn gevallen.²¹⁰ In die zin kan de interpretatie die het Grondwettelijk Hof geeft aan het ‘verkondigen’ (als uitsluitend ‘aanzetten tot’), beschouwd worden als een inperking van de strafbaarstelling. Er moet dus bewezen worden dat de groep of vereniging met het vereiste bijzonder opzet aanzet tot haatdragend, gewelddadig of discriminerend gedrag:

“[E]r [kan] slechts sprake zijn van een ‘aanzetten tot’ indien de betrokken groep of vereniging doet blijken van een bijzonder opzet”.²¹¹

91. Het lijkt in de meeste gevallen niet eenvoudig om een bijzonder opzet aan te tonen in hoofde van de groep of vereniging, als die niet zelf betrokken wordt bij de procedure. Bovendien rijst de vraag of van een beklaagde die ‘medewerking verleende’ aan de bewuste groep of vereniging, altijd verwacht mag worden dat hij een tegensprekelijk debat kan voeren over intenties die worden toegeschreven aan die groep en niet aan hem, maar die indirect desalniettemin resulteren in strafbaarheid van zijn persoon.²¹² Tenzij een ‘medewerker’ of lid de vereniging of groep verregaand ‘verpersoonlijkt’ of wanneer de door hem gestelde daden een intrinsiek verband houden met de verwezenlijking van de (racistische) doelstelling van de groep of vereniging – eisen die de wet nochtans niet uitdrukkelijk stelt – lijkt dit moeilijk verenigbaar met het beginsel van de tegenspraak, het vermoeden van onschuld en het persoonlijk karakter van de straf.

→

bij een correcte, grondwetsconforme toepassing ervan (*supra* nrs. 82-87).

²⁰⁴ Aan de bepaling werd een wijziging doorgevoerd bij de omvorming van de Antiracismewet. De aanpassing betrof het *type daden* dat een groep diende te stellen, opdat het ertoe behoren of er medewerking aan verlenen strafbaar zou zijn. Voordien ging het daarbij ofwel om het ‘*bedrijven* van discriminatie of segregatie’ dan wel om het ‘*verkondigen* van discriminatie of segregatie’. Na de wijziging ging het alleen nog om medewerking aan groepen die discriminatie of segregatie *verkondigen*. Groepen die daadwerkelijk discriminatie *bedrijven* waren niet langer opgenomen in de strafbaarstelling. De achtergrond van die wijziging is als volgt. Zoals gezegd, waren in het oorspronkelijke ontwerp van de (herziene) Antiracismewet discriminerende daden (door gewone burgers) niet langer strafbaar. In lijn daarmee achtte men het aangewezen om ook in het artikel inzake het ‘behoren tot of medewerking verlenen aan’ alleen nog groepen te viseren die discriminatie ‘verkondigden’. Men vond het inconsequent om nog wel het behoren tot of medewerking verlenen aan groepen die discriminatie *bedrijven* strafbaar te stellen, terwijl het bedrijven van discriminatie zelf niet langer strafbaar zou zijn. Toen de depenalisering werd teruggedraaid, vergat men art. 22 aan te passen.

²⁰⁵ Zie: Corr. Brussel 29 juni 2001; Brussel 26 februari 2003; Cass. 18 november 2003; Gent 21 april 2004; Cass. 9 november 2004 (allemaal op: www.diversiteit.be). Zie o.m.: D. VOORHOOF, “Het Vlaams Blok-arrest: de antiracismewet is geen loutere symboolwet!”, *TvMR* 2004, nr. 2, 9-11; J. VRIELINK, S. SOTTIAUX en D. DE PRINS, “Het Vlaams Blok-arrest, artikel 150 van de Grondwet en de interpretatie van de antiracismewet”, *T.Vreemd* 2004, nr. 2, 89-112.

²⁰⁶ Zie: D. DE PRINS, S. SOTTIAUX en J. VRIELINK, *Handboek discriminatierecht*, Mechelen, Kluwer, 2005, nrs. 979-1004.

²⁰⁷ GwH 12 februari 2009, nr. 17/2009, B.79.5; GwH 11 maart 2009, nr. 40/2009, B.42.2.

²⁰⁸ GwH 12 februari 2009, nr. 17/2009, B.79.4; GwH 11 maart 2009, nr. 40/2009, B.42.4.

²⁰⁹ Zie hierover: D. DE PRINS, S. SOTTIAUX en J. VRIELINK, *Handboek discriminatierecht*, Mechelen, Kluwer, 2005, nrs. 958-960. Ook sommige citaten die het Grondwettelijk Hof aanhaalt uit de voorbereidingen, wijzen in deze richting.

²¹⁰ Zo werd (toenmalig) art. 2bis (discriminatie in arbeidsbetrekkingen), dat pas in 1994 werd geïntroduceerd, door de rechtspraak ook ‘ingeleden’ in het bestanddeel ‘bedrijven van discriminatie’. Zie: Gent 21 april 2004, www.diversiteit.be.

²¹¹ GwH 11 maart 2009, nr. 40/2009, B.78.1.

²¹² Hoe dan ook zullen hiertoe in de meeste gevallen voortaan minstens getuigen moeten worden gehoord.

92. Het Grondwettelijk Hof lijkt in deze problemen te voorzien. Dit zou althans verklaren waarom het nóg verder lijkt te gaan in de inperking van de strafbaarstelling. Het Hof stelt herhaaldelijk dat de groep of vereniging waartoe een persoon behoort of waaraan hij zijn medewerking verleent, “zelf strafbaar moet zijn wegens het aanzetten tot discriminatie of segregatie” voordat een “persoon op grond van de bestreden bepaling strafbaar kan worden gesteld”.²¹³ Letterlijk genomen, beperkt het Hof hiermee sterk het type groep of vereniging dat in aanmerking kan komen, daar alleen groepen en verenigingen die beschikken over rechtspersoonlijkheid strikt genomen ‘strafbaar’ kunnen zijn. Voor feitelijke verenigingen en groeperingen – waaronder in België de meeste politieke partijen – is dat niet het geval, omdat zij (als collectief) strafrechtelijk onverantwoordelijk zijn. Hoewel dit een verrekende conclusie is, bevestigt het Hof dit uitdrukkelijk in een andere passage, stellende:

“Aangezien is vereist dat de groep of vereniging zich schuldig maakt aan het misdrijf van aanzetten tot discriminatie of segregatie opdat iemand die behoort tot die groep of er zijn medewerking aan verleent, strafbaar kan zijn op grond van de bestreden bepaling, kan het behoren tot of medewerking verlenen aan een discriminerende overheid niet worden gestraft in zoverre die overheid niet strafrechtelijk kan worden vervolgd”.²¹⁴

Deze passage kan moeilijk anders begrepen worden dan dat het Hof wel degelijk aangeeft dat de groep of vereniging waaraan medewerking wordt verleend, zelf daadwerkelijk strafrechtelijk vervolgd moet kunnen worden en strafbaar moet kunnen zijn, opdat zulks eveneens geldt voor personen die ‘medewerking verlenen’ aan de groep of vereniging. Feitelijke groepen en verenigingen komen in die hypothese niet langer in aanmerking voor de kwalificatie van ‘groep’ of ‘vereniging’ in de zin van het artikel.

93. Alleen de medewerking aan of het behoren tot groepen met rechtspersoonlijkheid lijkt voortaan dus te kunnen worden vervolgd. Dat zou een oplossing

bieden voor het hoger beschreven schuld- en bewijsprobleem dat rijst in verband met artikel 22 Antiracismewet. Het Hof geeft immers zelf in het vervolg van arrest 17/2009 aan dat artikel 5 Strafwetboek – in gevallen waarin een misdrijf “tegelijkertijd door een natuurlijke persoon en een rechtspersoon is gepleegd” – z.i. voorziet in een strafuitsluitingsgrond “voor wie van hen beiden de minst zware fout heeft begaan”.²¹⁵ Deze elementen tezamen vermijden de problemen die boven werden aangekaart: alleen medewerking aan vervolgbare rechtspersonen is voortaan strafbaar op basis van de bepaling, en als blijkt dat niet de vervolgde ‘medewerker’ de zwaarste fout heeft begaan, maar de rechtspersoon waaraan medewerking werd verleend, dan kan die eerstgenoemde zich beroepen op de strafuitsluitingsgrond uit artikel 5 Strafwetboek.

Het neveneffect hiervan is wel dat een groot deel van de rechtspraak rond deze bepaling ongrondwettig moet worden geacht.²¹⁶ Slechts uitzonderlijk was het bij eerdere toepassingsgevallen zo dat de betrokken groep of vereniging waaraan medewerking werd verleend, zelf vervolgd kon worden: meestal ging het om feitelijke verenigingen.²¹⁷ Ook ontnemt het de werkelijke zelfstandigheid aan de strafbaarstelling van het ‘medewerking verlenen aan’. Sterker dan voordien het geval was, hangt de bepaling in de interpretatie van het Grondwettelijk Hof onlosmakelijk samen met het ‘aanzetten tot’: slechts in de mate dat de groep ook daadwerkelijk vervolgd kan worden voor het ‘aanzetten tot’ (met een bijzonder opzet), kan ook medewerking eraan of lidmaatschap ervan strafbaar zijn. Bovendien komen alleen nog die gevallen in aanmerking voor vervolging op grond van artikel 22 Antiracismewet, waarin de vervolgde natuurlijke persoon en de rechtspersoon beide (evenveel) schuld treft, zodat geen beroep gedaan kan worden op artikel 5 Sw. Enerzijds is dankzij het laatstgenoemde artikel de natuurlijke persoon naar het oordeel van het Hof namelijk niet strafbaar als de vereniging de zwaarste fout heeft begaan: hij kan zich dan op de strafuitsluitingsgrond beroepen. Anderzijds zou de natuurlijke persoon op basis van artikel 22 Antiracismewet echter *evenmin* strafbaar zijn als hijzelf aan-

²¹³ GwH 12 februari 2009, nr. 17/2009, B.79.5 (onze cursivering). Zie in dezelfde zin: GwH 12 februari 2009, nr. 17/2009, B.88.2. Op de laatstgenoemde locatie antwoordt het Hof dit bovendien op het middel waarin de verzoekers zich erover beklaagden dat “het niet eens een voorwaarde is dat de vereniging zich zelf bezondigt aan strafbaar gedrag, waardoor de strafbare leden of medewerkers zouden worden gediscrimineerd ten aanzien van de vereniging waarvan zij lid zijn of waaraan zij hun medewerking verlenen” (*ibid.*, B.88.1). Het Hof stelt – met terugverwijzing – dat het wel degelijk zo is dat “de groep of vereniging waartoe een persoon behoort of waaraan hij zijn medewerking verleent, zelf strafbaar [moet] zijn wegens het aanzetten tot discriminatie of segregatie op een van de in de Antiracismewet vermelde gronden, opdat die persoon op grond van de bestreden bepaling strafbaar kan worden gesteld”.

²¹⁴ GwH 12 februari 2009, nr. 17/2009, B.81.1.

²¹⁵ *Ibid.*, 87.3. Het relevante deel van dat artikel luidt: “Wanneer de rechtspersoon verantwoordelijk gesteld wordt uitsluitend wegens het optreden van een geïdentificeerde natuurlijke persoon, kan enkel degene die de zwaarste fout heeft begaan worden veroordeeld. Indien de geïdentificeerde natuurlijke persoon de fout wetens en willens heeft gepleegd kan hij samen met de verantwoordelijke rechtspersoon worden veroordeeld”.

²¹⁶ Dit uiteraard slechts op een principieel en theoretisch vlak: de meeste (ons bekende) veroordelingen zijn immers in kracht van gewijsde gegaan, zodat de uitspraak van het Hof niets verandert aan die beslissingen.

²¹⁷ Voor een overzicht, zie: D. DE PRINS, S. SOTTIAUX en J. VRIELINK, *Handboek discriminatierecht*, Mechelen, Kluwer, 2005, nrs. 979-1004.

toonbaar de grootste fout heeft begaan en de vereniging zich daardoor kan beroepen op artikel 5 Sw.: paradoxaal genoeg vervalt in dat geval immers de door het Hof gestelde voorwaarde dat de vereniging *strafbaar* moet zijn vooraleer de natuurlijke persoon dat ook kan zijn wegens zijn medewerking aan of behoren tot die vereniging. Als de vereniging met toepassing van de strafuitsluitingsgrond uit artikel 5 Sw. niet strafbaar blijkt, kan in beginsel de natuurlijke persoon dat dus ook niet zijn op basis van de gestelde criteria.²¹⁸

94. Wat betreft het moreel element dat vereist is bij degene die vervolgd wordt op basis van het ‘medewerking verlenen’, geeft het Hof aan dat het weliswaar gaat om een algemeen opzet, maar dat de beklaagde niettemin met zekerheid weet moet hebben van de strafbare gedragingen van de groep.²¹⁹ Meer bepaald zou dat het geval moeten zijn doordat de bepaling enkel toegepast kan worden in relatie tot groepen en verenigingen waarvan de racistische propaganda geen enkele twijfel laat bestaan over de strafbaarheid ervan, iets waarvoor het vereiste ‘kennelijk en herhaaldelijk’ borg staat:

“In zoverre de bedoelde vereniging of groep herhaaldelijk aanzet tot een direct of een indirect onderscheid op grond van nationaliteit, een zogenaamd ras, huidskleur, afkomst of nationale of etnische afstamming, kan van het in de bestreden bepaling omschreven misdrijf bijgevolg slechts sprake zijn, wanneer het voor de beklaagde onmiddellijk duidelijk is dat dit onderscheid (...), niet kan worden gerechtvaardigd overeenkomstig de bepalingen van de Antiracismewet (...).”²²⁰

Het ‘aanzetten tot’ moet een dermate ‘kennelijk en herhaaldelijk’ karakter hebben dat er geen misverstand kan bestaan over de strafbaarheid en bekendheid ervan. In dergelijke overduidelijke gevallen zou “niet staande [kunnen] worden gehouden dat de beklaagde niet op de hoogte hoeft te zijn van de strafbare gedragingen van de groep of vereniging opdat de bestreden bepaling kan worden toegepast”.²²¹ Het moet “voor de persoon die behoort tot of zijn medewerking verleent aan de bedoelde groep of vereniging, zonder meer duidelijk [zijn] (...) dat die groep of vereniging zich meerdere malen schuldig heeft gemaakt aan het aanzetten tot discriminatie of segregatie (...).”²²²

Bovendien is vereist dat de “betrokken persoon ‘wetens en willens’ behoort tot een dergelijke groep of vereniging, dan wel zijn medewerking eraan verleent”.²²³ In het licht daarvan zou het dus niet zo zijn dat het “niet is vereist dat de medewerking of het lidmaatschap is ingegeven door de drang om mee te werken aan het verkondigen van de discriminatie of segregatie, opdat de bestreden bepaling kan worden toegepast”.²²⁴

“Het is bijgevolg uitgesloten dat personen die te goeder trouw behoren tot of hun medewerking verlenen aan een dergelijke groep of vereniging worden getroffen door de bestreden maatregel”.²²⁵

95. Hoe dan ook blijft altijd de strafuitsluitingsgrond uit artikel 5 Sw. beschikbaar in gevallen waarin niet de beklaagde maar de rechtspersoon waaraan medewerking wordt verleend of waartoe hij behoort, de zwaarste fout heeft begaan, hetgeen *a fortiori* waarborgt dat personen die te goeder trouw zijn, niet door de strafbaarstelling geviséerd kunnen worden.

C. Bevestiging restrictieve lezing ‘aanzetten tot’ (art. 20 Antiracismewet, art. 27 Genderwet en art. 22 Antidiscriminatiewet)

96. Het enige uitingsdelict dat in het licht van het voorgaande volledig op zichzelf blijft staan in de Antiracismewet, is het ‘aanzetten tot discriminatie, haat of geweld’. Het misdrijf komt ook voor in de twee andere discriminatiewetten van 2007. Bij de totstandkoming ervan was het opvallend geweest dat men bij deze strafbaarstelling afweek van het voornemen om de voorbehouden die het Arbitragehof in 2004 formuleerde, letterlijk op te nemen in de tekst van de wet. Waar de idee was geweest dat het noodzakelijk was voor een juiste toepassing van de wetten om de diverse grondwetsconforme interpretaties van het Hof expliciet te integreren in de relevante bepalingen, werd dat uiteindelijk niet gedaan bij het ‘aanzetten tot’. Dit terwijl, zoals gezegd, juist bij deze bepaling het door de Regering vastgestelde probleem speelde (*supra* nr. 22). Ook hier hield dit verband met druk van de genoemde *stakeholders* die hoopten dat het Grondwettelijk Hof zou terugkomen van zijn eerdere analyse.

97. Dit gebeurde niet. Het Hof herneemt bij zijn toetsing van het ‘aanzetten tot’ in letterlijke bewoordingen de restrictieve interpretatie die het in 2004 aan dit

²¹⁸ Althans o.b.v. art. 22 Antiracismewet: vervolging o.g.v. art. 20 zal dan uiteraard veelal wel mogelijk zijn.

²¹⁹ GwH 12 februari 2009, nr. 17/2009, 82.5; GwH 11 maart 2009, nr. 40/2009, B.42.4 en B.79.2.

²²⁰ GwH 12 februari 2009, nr. 17/2009, 82.5; GwH 11 maart 2009, nr. 40/2009, B.43.4.

²²¹ GwH 12 februari 2009, nr. 17/2009, 82.5.

²²² GwH 11 maart 2009, nr. 40/2009, B.43.2. Vgl. GwH 12 februari 2009, nr. 17/2009, 83.7; GwH 11 maart 2009, nr. 40/2009, B.44.3.

²²³ GwH 12 februari 2009, nr. 17/2009, 83.7. Zie ook: *ibid.*, 89.2.

²²⁴ *Ibid.*, 82.7.

²²⁵ GwH 11 maart 2009, nr. 40/2009, B.79.2. Vgl.: GwH 12 februari 2009, nr. 17/2009, 82.2.

misdrijf gaf.²²⁶ De strekking hiervan werd hoger al weergegeven (*supra* nrs. 14-15). Wat hier wel onderstreept kan worden, is dat het Hof geen onderscheid maakt tussen de verschillende gronden: het is dus niet zo dat er voor ‘aanzetten tot’ op grond van ras of etniciteit andere criteria kunnen worden gebruikt dan bijvoorbeeld voor ‘aanzetten tot’ op grond van burgerlijke staat of seksuele geaardheid. Alle constitutionele elementen dienen in alle gevallen even restrictief te worden getoetst. Zo moet het bijzonder opzet altijd worden aangetoond en moet het steeds gaan om actief aanzetten “om iets te doen”, namelijk het stellen van “discriminerend, haatdragend of gewelddadig gedrag”.²²⁷ Het uiten van seksistische, homofobe of racistische scheldwoorden bij een ruzie of het doen van een discriminerend voorstel volstaan op zich niet om te besluiten tot een inbreuk op deze bepaling(en).

98. Hiermee resteert wel het vastgestelde probleem dat de gewone rechtspraak het Grondwettelijk Hof niet altijd volgt in zijn interpretaties op dit punt (*supra* nr. 22).²²⁸ De eerste uitspraken sinds de arresten van het Grondwettelijk Hof duiden er niet op dat er in deze situatie snel verandering zal komen. Net als in de periode tussen 2004 en 2009 passen de meeste rechters de door het Hof gestelde criteria nog steeds niet toe.²²⁹ Daarbij kan bijvoorbeeld worden verwezen naar de veroordeling van een (voormalig) provincieraadslid voor de Vlaamse liberalen.²³⁰ De persoon werd veroordeeld voor uitspraken die hij deed in de zomer van 2003, toen er zich in provinciale domeinen (o.m. van Diest en Huizingen) incidenten voordeden met jongeren van allochtone origine. In een reactie hierop stelde de beklaagde in de media dat men allochtone jongeren enkele dagen de toegang zou moe-

ten weigeren tot de provinciale domeinen. Hij zei onder meer:

“Ik vind het vreselijk jammer voor de vreemdelingen die zich wel correct gedragen, en ik wijs erop dat de meerderheid tot deze laatste behoren, maar blijkbaar is het moeilijk zo niet onmogelijk om het kaf van het koren te scheiden. Wie niet horen wil, moet voelen en ik pleit voor een kordaat optreden en de toegang gedurende enkele dagen volledig te weigeren aan allochtone jongeren” (persmededeling, 11 augustus 2003).

De correctionele rechter overwoog dat in de mededelingen werd “aangespoord om de toegang te verbieden tot de recreatiedomeinen van een bepaald gedeelte van de bevolking met name de allochtone jongeren” en dat dit neerkwam op strafbaar ‘aanzetten tot’, daar hiermee de indruk werd gewekt “dat enkel de allochtone jongeren de bron van het probleem zijn”.²³¹ Tot toetsing van de verschillende constitutionele elementen van het misdrijf zoals het Grondwettelijk Hof daar invulling aan gaf, ging de rechter niet over. Het bijzonder opzet komt bijvoorbeeld niet aan bod. Het doen van een niet-rechtvaardigbaar, discriminatoir voorstel volstond.²³²

99. Hoewel dit probleem zich op termijn, tegen dat de arresten van het Grondwettelijk Hof meer algemene bekendheid verwerven, wellicht deels zal corrigeren, lijkt het desalniettemin aangewezen dat de wetgever alsnog de verschillende verplichte elementen zou toevoegen in de wet zelf: het moreel element in het bijzonder. Temeer daar uit sommige zaken blijkt dat wetenschap van de arresten niet noodzakelijk volstaat om een juiste toepassing te garanderen van de grondwetsconforme interpretaties die erin besloten liggen. Wettelijke opname van (onder meer) het bijzonder opzet kan helpen om bijkomende onjuiste of niet naar behoren gemotiveerde toepassingen van de strafbaarstelling te vermijden.²³³ Bovendien zijn het rechtszekerheids- en legaliteitsbeginsel gediend bij een dergelijke explicitering.²³⁴

²²⁶ Vgl. B.67.2-B.67.4 en B.57-B.59 van resp. arresten 17/2009 en 40/2009, met B.49-B.51 van arrest 157/2004.

²²⁷ GwH 12 februari 2009, nr. 17/2009, B.67.2 en B.67.3; GwH 11 maart 2009, nr. 40/2009, B.57 en B.58.

²²⁸ Vgl. eveneens *supra* nr. 88.

²²⁹ Zie bv.: Corr. Brugge 18 mei 2009, onuitg.; Corr. Antwerpen 29 mei 2009, onuitg.; Corr. Charleroi 15 juni 2009, onuitg. Van een restrictieve lezing, in lijn met minstens de *materiële* bestanddelen zoals het Grondwettelijk Hof die lijkt te hanteren, was sprake in: Corr. Brussel 3 juni 2009, onuitg. Het ging daarbij om een zaak waarin een (voormalig) ambtenaar over een cliënt zou hebben gezegd: “s’il s’agit de la personne de haute taille et de couleur, je vais le tuer”. Na verontwaardigde reacties van collega’s zou hij daaraan hebben toegevoegd: “Si c’est lui... le génocide du Rwanda n’est pas terminé”. De rechter overwoog ter zake: “Que les propos rapportés par les parties civiles, pour déplacés, injurieux et même choquants qu’il soient, ne contiennent pas en soi d’exhortation adressée à autrui de continuer le massacre atroce commis au Rwanda à partir d’avril 1994; Attendu enfin, que les propos du prévenu, à supposer la version de celui-ci établie, pour déplacés et également choquants qu’ils soient, et le prévenu est le premier à en avoir convenu, une fois sa colère apaisée, ne rentrent pas dans le cadre des propos réprimés par la Loi” (*ibid.*).

²³⁰ Corr. Antwerpen 29 mei 2009, onuitg.

²³¹ *Ibid.*

²³² Ook in deze zaak geldt dat hiermee niet is gezegd dat de veroordeling wegens ‘aanzetten tot’ onterecht was in deze zaak (cf. *supra* nr. 22). Het gaat er vooral om dat de rechtbank in haar motivering voorbijging aan de restrictieve uitlegging van het betrokken uitingsdelict door het Grondwettelijk Hof.

²³³ Een ander element dat men uitdrukkelijk kan opnemen in de wettekst, is het feit dat om het aanzetten tot haatdragend, discriminerend of gewelddadig *gedrag* dient te gaan.

²³⁴ Zoals CLOOTS terecht aangeeft, is het ontbreken van een uitdrukkelijk bijzonder opzetvereiste “op zijn zachtst gezegd problematisch in het licht van het wettigheidsbeginsel in strafzaken” (E. CLOOTS, “Het verspreidingsverbod in de nieuwe Antiracismewet en de vrijheid van meningsuiting: heiligt het doel alle middelen?”, *RW* 2007-08, nr. 27, 1105).

3.2.3. Preventieve maatregelen en cascade

100. Belangrijk is ten slotte ook het feit dat het Hof twee grondwettelijke beschermingsmechanismen in verband met de expressievrijheid (her)bevestigt in de context van discriminatoire uitingsdelicten: het verbod op preventieve maatregelen (A) en het cascadebeginsel uit artikel 25, tweede lid Gw. (B).

A. Preventieve maatregelen

101. Het Grondwettelijk Hof geeft, net als in 2004, aan dat de vrijheden van meningsuiting, vereniging en drukpers geen enkele preventieve beperking toestaan. Daarbij onderstreept het opnieuw dat dit verbod niet alleen voortvloeit uit de artikelen waarin het uitdrukkelijk wordt genoemd, zoals de vrijheid van vereniging en de persvrijheid, maar ook uit de grondwettelijke vrijheden waarvoor dat niet het geval is, waaronder de vrijheid van meningsuiting: “artikel 19 van de Grondwet verbiedt dat de vrijheid van meningsuiting aan preventieve beperkingen wordt onderworpen”. Het is op basis van het artikel slechts toegestaan “dat misdrijven die ter gelegenheid van het gebruikmaken van die vrijheid worden gepleegd, worden bestraft”.²³⁵ Dat laatste veronderstelt bovendien dat alleen een bevoegde rechter dit misdrijf, dit misbruik van de vrijheid, kan en mag vaststellen: enkel de (straf)rechter is immers gemachtigd om (straf)wetten toe te passen.²³⁶

Met andere woorden: alleen repressieve maatregelen, achteraf én opgelegd door een bevoegde rechter, zijn toegelaten. Dit betekent dat er aan de expressies die gevisieerd worden door de uitingsdelicten uit de wet eerst “materieel verspreiding is gegeven”²³⁷, alvorens een rechter *a posteriori* kan besluiten dat er sprake was van misbruik van de expressievrijheid.

B. Cascadebeginsel

102. Van belang is ten slotte dat het Hof voor alle uitingsdelicten uit de wetten de nadruk legt op het onverkorte belang van het cascadebeginsel of de trapsgewijze aansprakelijkheid uit artikel 25, tweede lid Gw. Die grondwetsbepaling luidt: “Wanneer de schrijver bekend is en zijn woonplaats in België heeft, kan de uitgever, de drukker of de verspreider niet worden vervolgd”. Het principe zorgt ervoor dat er in beginsel altijd maar één enkele persoon verantwoordelijk is voor een persmisdrijf en dat medeplichtig-

heid uitgesloten is. De verantwoordelijkheid kent hierbij een vaste volgorde: de ‘cascade’ of ‘trap’ bestaat erin dat een verantwoordelijke vervangen wordt door een andere als hij eventueel ontbreekt in de keten. De eerste verantwoordelijke is de auteur, als hij tenminste bekend is en in België gevestigd.²³⁸ Als de auteur niet bekend is of hij heeft zijn woonplaats niet in België, dan daalt men bij toepassing van het artikel de ‘trap’ af en is in tweede instantie de uitgever aansprakelijk. De drukker komt in aanmerking voor vervolging als ook de uitgever onbekend is of zijn woonplaats niet in België heeft. Ten slotte is op de vierde plaats en onder analoge voorwaarden de verspreider aansprakelijk.

103. Het Grondwettelijk Hof ziet de aansprakelijkheidsregel als “een essentieel element van de grondwettelijke bescherming van de persvrijheid” en herneemt de omschrijving die het er in eerdere rechtspraak aan gaf.²³⁹ Zo (her)bevestigt het Hof om te beginnen de toepasselijkheid van het beginsel in zowel strafrechtelijke als burgerrechtelijke procedures. Het geeft aan dat de bepaling aan uitgevers, drukkers en verspreiders “het voorrecht [verleent] om zich aan elke, zowel strafrechtelijke als burgerrechtelijke aansprakelijkheid te kunnen onttrekken wanneer de schrijver bekend is en zijn woonplaats in België heeft”.²⁴⁰ Het Hof verwijst voorts uitdrukkelijk naar de bedoelingen van de grondwetgever en sluit zich daarbij aan. Meer bepaald stellende dat de “Grondwetgever van 1831 [wilde] breken met de vroegere regeling waarbij collectieve beroepen werden toegestaan en waarin tegelijkertijd de aansprakelijkheid van de schrijver, de uitgever, de drukker en de verspreider in het geding werd gebracht”.²⁴¹

“Met de regeling van de getrapte aansprakelijkheid heeft de Grondwetgever een mechanisme ingevoerd van opeenvolgende en afzonderlijke aansprakelijkheid teneinde te vermijden dat de schrijver druk ondergaat die de uitgever, de drukker of verspreider op hem zouden dreigen uit te oefenen, indien zij zou-

²³⁵ GwH 12 februari 2009, nr. 17/2009, B.61.2 (zie ook B.62). Vgl. GwH 11 maart 2009, nr. 40/2009, B.49.2.

²³⁶ J. VELAERS, *De beperkingen van de vrijheid van meningsuiting*, Antwerpen, Maklu, 1991, 139; P. LEMMENS, *Vrijheid van meningsuiting. Een grondrecht ingebed in plichten en verantwoordelijkheden*, Deventer, Kluwer, 2005, 49-50.

²³⁷ GwH 12 februari 2009, nr. 17/2009, B.76.2 (inzake art. 21 Antiracismewet).

²³⁸ Dat tweede element, inzake de woonplaats, laat zich verklaren door de mogelijkheid voor het gerecht om de persoon in kwestie ook daadwerkelijk te vatten, hetgeen aan het begin van de 19^{de} eeuw in beginsel slechts mogelijk was voor zover de persoon zich op het grondgebied bevond. Zoals SCHUERMANS stelt, gaat het erom dat “la société peut l’attendre” (H. SCHUERMANS, *Code de la presse ou Commentaire du décret du 20 juillet 1831 et des lois complémentaires de ce décret*, Brussel, Larcier, 1881, 358). In het licht daarvan kan overigens de vraag worden opgeworpen of het vereiste van het hebben van een ‘woonplaats in België’, in de huidige tijd niet evolutief geïnterpreteerd zou moeten worden als het hebben van een ‘woonplaats binnen de EU’ (aangezien tegenwoordig ook personen uit andere EU-landen vervolgd kunnen worden).

²³⁹ GwH 12 februari 2009, nr. 17/2009, B.68.2. Vgl. reeds: Arbitragehof 22 maart 2006, nr. 47/2006, B.2.

²⁴⁰ GwH 12 februari 2009, nr. 17/2009, B.68.3.

²⁴¹ *Ibid.*, B.68.2.

den kunnen worden vervolgd, zelfs wanneer de schrijver bekend is en zijn woonplaats in België heeft”.²⁴²

104. Concreet in relatie tot de uitingsdelicten uit de discriminatiewetten geeft het Hof om te beginnen aan dat er voor wat betreft het ‘aanzetten tot’ en het ‘medewerking verlenen aan’ geen indicaties zijn dat de wetgever afbreuk wilde doen aan de grondwettelijke waarborg zoals die hierboven werd omschreven.²⁴³ Bij het ‘verspreiden van denkbeelden’ is dat anders, meer bepaald door het hanteren van de term ‘verspreiden’. Het Hof ziet zich daarbij dan ook genoodzaakt om het voorbehoud uitdrukkelijk te maken: ook die bepaling moet dus “in die zin worden geïnterpreteerd dat zij strafvervolgning enkel toestaat mits de getrapte aansprakelijkheid (...) in acht wordt genomen”.²⁴⁴ Kortom: als de schrijver van een tekst bekend is en in België woont, dan kunnen dus de uitgevers, drukkers en verspreiders niet worden vervolgd wegens het ‘verspreiden van denkbeelden’, ‘aanzetten tot haat’ of ‘medewerking verlenen aan’.

105. Deze interpretaties van het Grondwettelijk Hof lijken wellicht niet revolutionair. Toch wijken ze af van bepaalde rechtspraak die zich door de jaren heen rond de Antiracismewet had gevormd. Daarin werd het cascadebeginsel met enige regelmaat buiten spel gezet, zowel bij toepassing van het ‘aanzetten tot’ als bij het ‘medewerking verlenen aan’. Wat dat eerste betreft, werden bijvoorbeeld wel verspreiders of uitgevers van publicaties veroordeeld, terwijl nochtans de auteurs gekend waren en in België woonachtig. Dat was bijvoorbeeld zo bij een veroordeling van twee leden van het FN (o.m.) wegens de verspreiding van verschillende folders en tijdschriften, terwijl die in veel gevallen niet van hun hand waren en waarvan de voorafgaande verantwoordelijken zich in België bevonden.²⁴⁵ Verder werden verschillende categorie-

en uit de cascade al eens tegelijk veroordeeld, voor dezelfde persmisdrijven. Daarbij kan verwezen worden naar een zaak tegen drie leden van het Front Nouveau de Belgique (FNB). De betrokkenen werden veroordeeld voor een folder waarvan de inhoud naar het oordeel van zowel de Correctionele Rechtbank van Verviers als het Hof van Beroep in Luik aanzette tot haat. De eerste twee beklaagden zouden de auteurs geweest zijn van de teksten, terwijl de derde de verantwoordelijke uitgever was. Zowel in eerste aanleg als in beroep werden alle drie de beklaagden veroordeeld. De eerste twee “comme auteurs du tract litigieux” en de laatste “comme éditeur responsable de celui-ci”.²⁴⁶ Dit gebeurde vaker. Bijvoorbeeld ook in een zaak tegen een persoon die zelf een tijdschrift uitgaf en deels ook schreef. De betrokkene werd daarbij niet alleen vervolgd en veroordeeld voor zijn eigen teksten, maar ook voor bijdragen die geschreven werden door anderen die meewerkten aan de publicatie. De rechter achtte dit gegeven echter niet relevant, aangezien de betrokkene “als verantwoordelijke uitgever er toch voor gezorgd heeft dat ze verspreid werden en dienst hebben gedaan als instrument tot het aanzetten van rassenhaat en discriminatie”.²⁴⁷ Nogal wat rechtbanken en hoven leken met andere woorden uit de hoedanigheid van uitgever (of verspreider) af te leiden dat die een controlefunctie had en als zodanig medeverantwoordelijkheid draagt voor de verschenen tekst: een redenering die onverenigbaar is met het cascadebeginsel dat juist dient om dergelijke medeaansprakelijkheid of aansprakelijkheidsdeelneming uit te sluiten; iets wat het Grondwettelijk Hof nu dus uitdrukkelijk bevestigt.²⁴⁸

106. Bij het ‘medewerking verlenen aan’ was de omzeiling van het cascadebeginsel zelfs uitdrukkelijk aanvaard door het Hof van Cassatie. Dat Hof accepteerde in het Vlaams Blok-proces namelijk het standpunt van het Gentse Hof van Beroep dat het verbod

²⁴² *Ibid.*, B.68.

²⁴³ Tegelijk geeft het Hof aan dat het m.b.t. deze bepalingen (uiteraard) wil dat het beginsel op dezelfde wijze gerespecteerd wordt. Dat blijkt o.a. uit het samen vernoemen van de bewuste artikelen, waarbij in het ene geval wel en in het andere geval geen uitdrukkelijk voorbehoud werd geformuleerd. Zo stelt het Hof bij het ‘medewerking verlenen aan’: “zoals reeds ten aanzien van de artikelen 20 en 21 van de Antiracismewet werd vastgesteld, blijkt te dezen niet dat de wetgever aan die grondwettelijke waarborg afbreuk heeft gedaan” (*ibid.*, B.84.2).

²⁴⁴ GwH 12 februari 2009, nr. 17/2009, B.76.2.

²⁴⁵ Corr. Brussel 4 juni 2003, www.diversiteit.be; Brussel 18 april 2006, www.diversiteit.be. De veroordeling had ook deels betrekking op uitingen op internet. Hoewel het Hof van Cassatie niet lijkt te aanvaarden dat uitingen die verspreid worden via audiovisuele media, persmisdrijven kunnen uitmaken (zie m.n.: Cass. 9 december 1981, *Arr.Cass.* 1981-82, 495-496), was dit i.c. wel het geval voor de rechter in eerste aanleg. Hij verwees inzake de correctionalisering van racistische druk-

→

persmisdrijven naar “des actes racistes et/ou xénophobes diffusés par différents supports médiatiques” (onze cursivering). Alvast in zijn eigen logica miskende de correctionele rechter dus ook op dat vlak het cascadebeginsel: voor zover men ervan uitgaat dat feiten op internet drukpersmisdrijven uitmaken, is bij implicatie immers de getrapte aansprakelijkheid van toepassing. In beroep meed het Brusselse Hof deze kwalificatie, zodat dezelfde kritiek hem niet treft.

²⁴⁶ Corr. Verviers 24 maart 2006, www.diversiteit.be; Luik 22 december 2006, www.diversiteit.be.

²⁴⁷ Corr. Dendermonde 6 oktober 2003, onuitg.

²⁴⁸ Alleen als de uitgever op basis van aantoonbare feiten bv. ook als auteur van de bijdrage kan worden aangemerkt, lijkt hij in het geval dat de auteurs bekend zijn, aansprakelijk te kunnen worden gesteld (maar dus niet in zijn hoedanigheid van uitgever). Het is niet uitgesloten dat zulks het geval was in de bewuste zaak, maar dat blijkt noch uit het vonnis, noch uit het arrest, zodat de uitspraken zelfs in die hypothese minstens niet naar recht verantwoord lijken.

op ‘medewerking verlenen aan’ “niet de uitdrukking van een gedachte” viseert, maar slechts het “wetens en willens verlenen van medewerking aan een vereniging of groep”.²⁴⁹ Ook als die ‘medewerking’ de vorm aanneemt van het uitgeven, drukken of verspreiden van teksten, zou de betrokkene daarom niettemin in aanmerking komen voor vervolging, zonder dat dit een probleem oplevert voor artikel 25, tweede lid Gw., omdat het niet gaat om een drukpersmisdrijf: voor het ‘medewerking verlenen aan’ “is de inhoud van de publicatie met andere woorden in beginsel volstrekt irrelevant”.²⁵⁰

Deze interpretatie laat toe dat het cascadebeginsel volledig wordt uitgehold. Zolang strafbaarstellingen zich immers ‘bepersen’ tot het strafbaar stellen van medewerking aan (rechts)personen of groepen die drukpersmisdrijven plegen, zouden zij nooit aanleiding kunnen geven tot toepassing van artikel 25, tweede lid Gw. Dit is bij uitstek wat de grondwetgever wilde vermijden. Na de arresten uit 2009 van het Grondwettelijk Hof lijkt deze lezing dan ook terecht niet langer als grondwettig te kunnen worden beschouwd.²⁵¹ Het Hof erkent namelijk wel degelijk, in tegenstelling tot het Hof van Cassatie, dat het “behoren tot en zijn medewerking verlenen aan een groep of een vereniging de uitdrukking van een bepaalde mening kunnen vormen”.²⁵² In de mate dat dit het geval is, genieten verdachten van het ‘medewerking verlenen aan’ – waarbij die medewerking dus de vorm aanneemt van het uitgeven, drukken of verspreiden van teksten – voortaan weer onverkort de bescherming die geboden wordt door het cascadebeginsel.

4. BESLUIT

107. In zijn arrest uit 2004 inzake de (eerste) Antidiscriminatiewet gebruikte het Arbitragehof de moker.

²⁴⁹ Gent 21 april 2004, www.diversiteit.be. Voor het cassatiearrest, zie: Cass. 9 november 2004, www.diversiteit.be. Vgl.: Cass. 21 oktober 1981, *Arr.Cass.* 1981-82, 271.

²⁵⁰ Gent 21 april 2004, www.diversiteit.be.

²⁵¹ Zie reeds J. VELAERS, die het volgende stelde i.r.t. de lezing die het Hof van Cassatie maakte van het ‘medewerking verlenen aan’ in het Vlaams Blok-proces: “wanneer de auteur bekend is, mag je de drukker, de uitgever en de verspreider niet vervolgen. (...) Dat beginsel wordt hier genegeerd en dat lijkt mij betwistbaar. Het Hof van Cassatie stelde wel dat medewerking verlenen aan het Vlaams Blok een ‘zelfstandig misdrijf’ was. Maar de medewerking van de vzw’s die de vorming en de propaganda voor het Vlaams Blok organiseerden, bestond precies in het verspreiden van de ideeën van het Vlaams Blok. De redenering van het Hof van Cassatie overtuigt me dus niet. Eigenlijk had het hierover een prejudiciële vraag moeten stellen aan het Arbitragehof” (geciteerd in: J. DE WIT en B. HULSELMANS, “Vrije meningsuiting heeft grenzen”, *GvA*, 11 januari 2005, 10). Zie inzake dat laatste punt: F. MEERSSCHAUT, “De ondraaglijke lichtheid van de Grondwet”, *TBP* 2005, 48-51.

²⁵² GwH 11 maart 2009, nr. 40/2009, B.79.1.

De arresten uit 2009 over de aangepaste discriminatiewetten geven blijk van een subtieler en meer verfijnd gereedschap. In tegenstelling tot wat sommige commentaren deden vermoeden, betekent dat evenwel niet dat de wetten nu op alle punten probleemloos de toets van het Hof doorstaan, noch dat de arresten in deze ronde minder verregaand zouden zijn. Uit het voorgaande blijkt juist dat het Grondwettelijk Hof onverkort trouw is gebleven aan zijn eerdere uitgangspunten. Het heeft in de arresten andermaal belangrijke rechten en beginselen van de rechtsstatelijke democratie hooggehouden: het discriminatieverbod, de expressievrijheid en het strafrechtelijk legaliteitsbeginsel in het bijzonder.

108. Als dit heeft geleid tot minder daadwerkelijke vernietigingen dan in 2004, dan is dit te danken aan het feit dat de wetgever bij het opstellen van de wetten uit 2007 veel zorgvuldiger en consistentier optrad dan in 2003. De inspanningen die hierbij geleverd werden, hebben gezorgd voor wetten die voldeden aan de eisen van de Europese discriminatierichtlijnen en die tegelijk grotendeels de vereisten respecteerden die het Arbitragehof in 2004 had geformuleerd. Eisen die onderling niet altijd even eenvoudig verzoenbaar waren. De belangrijkste instrumenten waarin de wetgever voorzag om de Europese verplichtingen concreet vorm en tanden te geven – te weten: de burgerrechtelijke maatregelen ter verhoging van de efficiëntie van de rechtsbescherming van discriminatieslachtoffers, zoals de forfaitaire schadevergoeding – bleven in de toetsing door het Grondwettelijk Hof ook probleemloos overeind.

109. Voor zover de wetgeving niet zo goed werd onthaald, valt op dat het Hof – net als de vorige keer – de wetgever in belangrijke mate op zijn woord heeft genomen. Het doet dit om te beginnen bij de discriminatiegronden, door de criteria die de wetgever hanteert te veralgemenen en zodoende de gesloten lijst alsnog ‘op een kier’ te zetten. Het doet dit in zekere zin ook bij het strafrechtelijk luik en de uitingsdelicten. De wetgever had zich immers aanvankelijk voorgenomen om te komen tot een depenalisering (*supra* nrs. 32-34). Die ingreep sloot aan bij de logica van de andere opties, zoals die voor de nieuwe burgerrechtelijke elementen en bescherming. Het Hof lijkt het terugdraaien van die initiële keuze te zien als een ondermijning van het samenhangende geheel van de wetten. Dat, naast de vrijheidslievendheid van het Hof, verklaart dat er in de praktijk maar weinig overblijft van de bewuste strafbaarstellingen. Het Grondwettelijk Hof vernietigt ze weliswaar niet, maar de strafbeoordelingen die enkel in de Antiracismewet figureren, kunnen rekenen op een dermate strenge behandeling dat daarmee de depenalisering ook voor die wet *de facto* alsnog grotendeels gerealiseerd wordt. In aan-

sluiting bij de keuze die de wetgever in de rest van de wetten gemaakt heeft – te weten, om te gaan voor pragmatische regels die niet bedoeld zijn om te stigmatiseren en moraliseren, maar om de maatschappelijke participatie van eenieder daadwerkelijk te waarborgen – blijkt het Hof daarbij bovendien het strengst voor juist die strafbepalingen die het meest afwijken van die bedoeling: de bijkomende uitingsdelicten.

110. Nu de discriminatiewetten van 10 mei 2007 het politieke én grondwettelijke forum gepasseerd zijn en

dus hun (voorlopig) definitieve juridische vorm gekregen hebben, resteert een efficiënte en grondwetsconforme wettelijke regeling. Het zal aan het CGKR, het IGVM, de verenigingen die bevoegd zijn om in rechte op te treden, individuele eisers en de (voorzitters van) de hoven en rechtbanken zijn om dit wettelijke instrumentarium daadwerkelijk te gebruiken. Zo zal de dode, of toch enigszins comateuze letter, die het discriminatierecht tot nu toe grotendeels bleef, alsnog tot leven kunnen worden gewekt.

Rechten en verantwoordelijkheden

Nieuwe initiatieven in het Verenigd Koninkrijk en Nederland

Carla M. Zoethout

*Universitair hoofddocent staatsrecht
aan de Universiteit van Amsterdam*

“At all times, but especially in turbulent times of rapid and radical change, people need to feel secure. They need to know that their rights and freedoms will be protected, whatever happens in the world around them, and that others, including governments, will behave responsibly towards them.”¹ Met deze plechtstatige woorden opent het discussiestuk van de Britse Regering ‘Rights and Responsibilities: developing our constitutional framework’, van maart 2009. De regeringsnota staat niet op zichzelf, maar maakt deel uit van een serie hervormingsvoorstellen voor de Britse constitutie zoals die de afgelopen 10 jaar zijn geïntroduceerd. Daaronder zijn onder meer begrepen: de onafhankelijkheid van de ‘Bank of England’; ‘devolution’; de ‘Human Rights Act 1998’; een eerste fase in de hervorming van het House of Lords; de wijziging van het ambt van Lord Chancellor en de instelling van een hooggerechtshof van het Verenigd Koninkrijk.² ‘Rights and Responsibilities’ is een voorlopige regeringsnota, bedoeld om een ‘nationale conversatie’ te entameren over rechten en verantwoordelijkheden in het Verenigd Koninkrijk.

Opmerkelijk is dat ook de Nederlandse Regering recentelijk soortgelijke initiatieven heeft ontwikkeld om bij te dragen tot ‘een vitale samenleving en een gezonde democratie’.³ Het streven is op korte termijn te komen tot een Handvest ‘Verantwoordelijk burgerschap’. Daartoe is een startdocument opgesteld, waarover een maatschappelijk debat zal worden georganiseerd.⁴ Naast deze initiatieven is bovendien voor

het eerst sinds jaren weer een Staatscommissie voor de Grondwet ingesteld. De opdracht aan de Commissie is ruim. Zo dient de commissie zich onder meer te buigen over ‘de toegankelijkheid en betekenis van de Grondwet voor de burgers’ en over ‘de eventuele toevoeging van een preambule aan de Grondwet’.⁵ De Commissie krijgt een jaar de tijd. Gezien de opdracht zouden de voorstellen heel verstrekkend kunnen zijn.

Er is dan ook alle reden de ontwikkelingen in beide landen nadere aandacht te geven. Terwijl de Britse Regering zich aanvankelijk richtte op het concept van ‘Britishness’⁶ en de Nederlandse Regering een debat wilde initiëren over ‘normen en waarden’ in de Nederlandse samenleving ter bevordering van de sociale cohesie, lijkt de aandacht nu verlegd naar (rechten en) verantwoordelijkheden van burgers tegenover elkaar, tegenover de samenleving en tegenover de Staat. In zekere zin lijken de initiatieven een verlate reactie op het debat over een nieuwe publieke moraal dat de ‘chattering classes’ in de jaren negentig bezighield⁷, deels geïnspireerd door de ideologische

→

eens worden geëxpliciteerd. De code is bedoeld bij te dragen aan het vertrouwen van burgers in de overheid. Die komt niet in de plaats van bestaande wetten en regels, maar doet een moreel beroep op de overheid, www.minbzk.nl/onderwerpen/openbaar-bestuur/goed-openbaar/code-goed-openbaar.

⁵ Voor de opdracht aan de Staatscommissie, zie: www.staatscommissiegrondwet.nl/staatscommissie-grondwet/opdracht-en-installatiebesluit.

⁶ In de Green Paper ‘The Governance of Britain’ uit 2007 sprak de Regering nog van de noodzaak van het versterken van ‘citizenship and national identity’: <http://www.official-documents.gov.uk/document/cm71/7170/7170.pdf>. Vgl. tevens: *Being British, The Search for the Values That Bind the Nation*, edited by Matthew d’Ancona, Introduction by Gordon Brown, Edinburgh, Londen, Mainstream Publishing, 2009.

⁷ Vgl. o.a. *Het debat over de moraal*, speciale publicatie van het dagblad *Trouw*, 1996; *Publieke verantwoordelijkheid*, onder redactie van K. GROENVELD en P.G.C. VAN SCHIE, Assen 1998; E. VAN THIJN, *Ons kostelijkste cultuurbezit, Over tolerantie, non-discriminatie en diversiteit*, oratie Cleveringa-leerstoel Leiden, 1997; P.B. CLITEUR e.a., *Cultuur, politiek en christelijke traditie, Welke plaats is er voor het christelijke verhaal in onze samenleving?*, Baarn, 1996; B. VAN STOKKOM (red.), *Voorbij de ideologie, Zingeving en politiek na Fukuyama’s ‘Einde van de geschiedenis’*, Baarn, 1991.

¹ ‘Rights and Responsibilities: developing our constitutional framework’, presented to Parliament, maart 2009, www.justice.gov.uk/publications/docs/rights-responsibilities.pdf.

² De bedoeling is dat het Hooggerechtshof in oktober 2009 zijn werkzaamheden zal beginnen. A. LE SUEUR, ‘Gordon Brown’s new constitutional settlement’, *Public Law*, Spring 2008, p. 21.

³ Aldus minister G. TER HORST in een begeleidende brief aan de Tweede Kamer, bij het Handvest Verantwoordelijk Burgerschap, 26 mei 2009.

⁴ <http://www.minbzk.nl/120234/toespraak-minister>. Tot en met oktober 2009 (het Handvest is van juni 2009) worden hierover regionale conferenties georganiseerd. Tevens is een ‘Code voor goed openbaar bestuur’ in het leven geroepen, waarin de beginselen van behoorlijk bestuur voor overheidsorganen nog

→

stroming van de communitaristen.⁸ De Britse nota 'Rights and responsibilities' is overigens veel verstrekkender dan het toekomstige 'Handvest Verantwoordelijk Burgerschap'. Om die reden zal vooral dat document hier aan een nadere analyse worden onderworpen.

Maar op voorhand roept de 'Green Paper' al een aantal vragen op. In de eerste plaats: *waarom* wordt die gelanceerd? Waarom nu? Geldt de Human Rights Act 1998 (HRA) dan niet als een 'bill of rights for Britain'? Waarom zijn er zo kort na de invoering van die wet alweer nieuwe plannen voor een mensenrechtencatalogus? In de tweede plaats zijn de redenen die worden aangevoerd voor het initiatief opmerkelijk. Anders dan bij de plannen van de Conservatives, wordt in dit voorstel niet één keer verwezen naar de problemen die de HRA 1998 in de praktijk met zich bracht bij de bestrijding van terrorisme.⁹ De 'key constitutional question' waar het in deze Green Paper om gaat, schrijft de Regering, is de relatie tussen burger en Staat, en hoe die het beste kan worden omschreven om fundamentele vrijheden te beschermen en wederzijdse verantwoordelijkheid te stimuleren, "as this country is going through profound changes".¹⁰ Een derde punt dat onmiddellijk opvalt, is dat gesproken wordt van 'rights and responsibilities'. Hoewel verantwoordelijkheden sterk verweven zijn in de Britse sociale en morele structuur, zijn verantwoordelijkhe-

den altijd "a poor cousin to rights" gebleven, aldus de Regering. Is de tijd inderdaad rijp voor een catalogus van plichten of verantwoordelijkheden, als pendant van de rechten?¹¹

In dit artikel wil ik om te beginnen de achtergrond van de nota 'Rights and Responsibilities' belichten. Vervolgens wil ik ingaan op de mogelijke inhoud van de declaratie van rechten en verantwoordelijkheden. Op welke bepalingen heeft de Regering het oog en wat zou de status van deze verklaring moeten zijn? Daarna zal ik het voorstel tot een 'Bill of Rights and Responsibilities' nader analyseren, mede in het licht van het toekomstige Handvest Verantwoordelijk burgerschap en de opdracht aan de nieuwe Staatscommissie Grondwet. Ik sluit af met enkele concluderende opmerkingen.

'RIGHTS AND RESPONSIBILITIES' IN RELATIE TOT ANDERE CONSTITUTIONELE HERVORMINGEN

Het is van belang de nieuwe voorstellen te zien in het licht van eerdere hervormingen van de Britse constitutie in brede zin. Het begin hiervan ligt bij het aantreden van New Labour in 1997. Toen deze partij na achttien jaar conservatieve regeringen aan de macht kwam, wilde de Regering in elk geval een aantal grote hervormingen realiseren: decentralisatie van de macht van Westminster ten gunste van Schotland, Wales en Noord-Ierland, hervorming van het House of Lords en het incorporeren van het EVRM in het Britse stelsel door middel van de Human Rights Act 1998.

De Human Rights Act 1998 was – op het eerste gezicht – de meest ingrijpende maatregel van New Labour. Britse burgers werd hierdoor de mogelijkheid geboden zich tegenover de nationale rechters rechtstreeks te beroepen op de individuele mensenrechten uit de Conventie. Voortaan waren rechters verplicht *alle* bestaande en toekomstige regelgeving zoveel mogelijk te interpreteren in overeenstemming met de Conventie.¹² Ten aanzien van Acts of Parliament

⁸ Een van de belangrijkste protagonisten van het communitarisme is Amitai ETZIONI. In zijn *The Spirit of Community, The Reinvention of American Society* (New York, Londen, etc., Simon & Schuster, 1993), geeft ETZIONI een overzicht van de belangrijkste ideeën van de communitaristen, waarbij hij vooral de vanzelfsprekendheid van het denken in termen van 'rechten' kritiseert. Belangrijke vertegenwoordigers zijn verder: Charles TAYLOR, Robert BELLAH, Michael WALZER, Michael SANDEL en Alisdair MCINTYRE.

⁹ Ik doel onder meer op het feit dat de zogenaamde 'control orders', een vorm van huisarrest zonder rechterlijke tussenkomst, op basis van de 'Prevention of Terrorism Act 2005', door de Britse rechter in juni 2006 (voor de tweede keer in drie maanden) in strijd met de HRA 1998 werden verklaard. De zes mannen die de 'control orders' opgelegd kregen, moesten 18 uur binnenshuis blijven (vijf van hen op adressen die ver van hun huis verwijderd lagen). De mogelijkheid bezoekers te ontvangen, werd sterk beperkt, evenals hun toegang tot internet en de telefoon. Zie hierover: *The Financial Times*, 29 juni 2006. In april 2006 had het High Court de 'control orders' al in strijd met het recht op een eerlijk proces verklaard. Opmerkelijk genoeg waren deze bestuurlijke maatregelen in het leven geroepen nadat de Law Lords in 2004 hadden verklaard dat de detentie voor onbepaalde tijd van buitenlandse verdachten van terroristische misdrijven in strijd was met de rechten van het EVRM. Zie tevens: C.M. ZOETHOUT, 'A Bill of Rights for Britain? Alweer? Over terrorismebestrijding, mensenrechten en publieke veiligheid in het Verenigd Koninkrijk', *Nederlands Juristenblad* 2006, jrg. 81, nr. 44, p. 2531-2535.

¹⁰ 'Rights and Responsibilities', p. 3. Met die 'profound changes' blijkt de Regering (p. 4) te doelen op buitengewone economische, sociale, technologische en demografische veranderingen van de Britse samenleving.

¹¹ Interessant om in dit verband te vermelden, is dat in 1998, toen de Universele Verklaring van de Rechten van de Mens 50 jaar bestond, een groep van voormalige regeringsleiders (de zgn. 'InterAction Council'), het initiatief nam een Verklaring van Plichten op te stellen als spiegelbeeld van de Universele Verklaring van de Rechten van de Mens. De opstellers hoopten en verwachtten dat de plichtenverklaring, net als de verklaring van de fundamentele rechten, een morele standaard zou gaan vormen voor de wereldgemeenschap als geheel. H. SCHMIDT, 'Zeit, von den Pflichten zu sprechen. Ein gewaltsamer Zusammenprall der Kulturen kann vermieden werden', in *Die Zeit*, nr. 41, 3 oktober 1997, p. 16-24. Het initiatief werd destijds met grote scepsis ontvangen en heeft maar weinig aandacht gekregen.

¹² Section 3, Human Rights Act. Wanneer dat niet mogelijk blijkt, zijn rechters, voor zover het om lagere regelgeving gaat,



(‘primary legislation’) geldt echter een bijzondere procedure¹³, die in wezen het centrale aspect van de wet vormt. Uitdrukkelijk genoemde, hogere rechters worden bevoegd verklaard een zogenaamde ‘declaration of incompatibility’ uit te vaardigen wanneer het niet mogelijk blijkt de wet overeenkomstig de bepalingen van de Conventie uit te leggen.¹⁴ Het is vervolgens aan de Regering en het Parlement om uit te maken hoe zij willen reageren op de ‘declaration’. Juist in dat opzicht is de HRA 1998 principieel verschillend van andere vormen van rechterlijke toetsing. De ‘sovereignty of Parliament’, de kern van de Britse constitutie, is in feite overleefd gebleven – het laatste woord is aan het Parlement.

De nieuwe regeringsnota over rechten en verantwoordelijkheden is het vervolg op een discussiestuk dat in juli 2007 werd gepubliceerd, waarin werd gesproken van een ‘Bill of Rights and Duties’. Eerder al was door de Conservatives een pleidooi gehouden om de Human Rights Act 1998 zelfs in te trekken en hiervoor in de plaats een nieuwe, ‘homegrown’ Bill of Rights te introduceren. Maar de vraag is: waarom eigenlijk?

De Human Rights Act 1998

De oorspronkelijke bedoeling achter de Human Rights Act was om de Europese Conventie in het Britse systeem te incorporeren en daarna met een Britse mensenrechtencatalogus te komen. Maar al snel nadat Labour in 1997 aan de macht kwam, werd duidelijk dat er niet meer zoveel animo bestond om de tweede fase van het proces af te ronden. De HRA zelf werd door de toenmalige minister van ‘Home Affairs’, Jack Straw, in 2000 geproclameerd als “the first Bill of Rights this country has seen for centuries”. Toch heeft de Human Rights Act voor velen niet het karakter van het definitieve document voor de mensenrechtenbescherming in het Verenigd Koninkrijk. Een aantal redenen kan hiervoor worden aangegeven.

Zo is in de eerste plaats de Human Rights Act nooit daadwerkelijk beschouwd als een document waarin gemeenschappelijke waarden en beginselen tot uitdrukking worden gebracht.¹⁵ De publieke steun

voor een ‘bill of rights’ heeft gedurende de afgelopen 15 jaar altijd rond 80% gelegen.¹⁶ Deels kan dit wellicht worden verklaard door het feit dat aan de invoering van de HRA 1998 geen publieke consultatie voorafging, zoals met dergelijke wetten gebruikelijk is. Bovendien was er aanvankelijk geen Mensenrechtencommissie die de functie en het doel van de wet zou kunnen toelichten.¹⁷

Daar kwam nog eens bij dat de Regering er zelf weinig toe bijdroeg om de wet bij het Britse publiek ingang te doen vinden. Naarmate duidelijker werd dat de HRA weleens veel betekenis zou kunnen krijgen, was de Regering meer en meer geneigd het belang van de wet te relativiseren, aldus KLUG. Maar daarmee werd de deur voor de tabloids wijd opengezet: “Once the inevitable reality dawned that the HRA, as a ‘higher law’ was far more potent than the ‘bringing rights home’ narrative suggested, the tabloid press had a field day, inventing stories based on cases that never happened or had little to do with the Act itself (...)”.

Maar er is nog een reden waarom de Human Rights Act 1998 nooit brede steun onder de bevolking zou genieten. Minder dan een jaar nadat de wet was aangenomen, vonden de gebeurtenissen van 9/11 plaats. Het politieke landschap zou diepgaand veranderen “at a time when the Act was still finding its feet”, schrijft WILDBORE.¹⁸ Toen de rechterlijke macht vervolgens wetgeving waarbij vreemdelingen voor onbepaalde tijd konden worden vastgehouden, in strijd met de HRA verklaarde¹⁹, leidde dit tot grote verontwaardiging bij zowel Labour als de Conservatives.²⁰

→ bevoegd ze onverbindend of zelfs buiten toepassing te verklaren.

¹³ De bijzondere positie van ‘Acts of Parliament’ onder de Human Rights Act is in wezen vergelijkbaar met de positie van wetten in formele zin onder artikel 120 Gw., waarvoor immers een toetsingsverbod geldt, dat een uitzondering vormt ten opzichte van de regel dat lagere wetgeving aan hogere wetgeving mag worden getoetst.

¹⁴ Section 4, sub (4) en section 4, sub (5), Human Rights Act.

¹⁵ H. WILDBORE, ‘Does Britain need a Bill of Rights?’, *Politics Review*, Vol. 17 (4), april 2008, www.docstoc.com/docs/3562550/Does-Britain-need-a-Bill-of-Rights; F. KLUG, *A Bill of Rights: Do we need one or do we already have one?*,

→ Irvine Human Rights Lecture 2007, University of Durham, Human Rights Centre, *Public Law*, Winter 2007, p. 701-719.

¹⁶ Aldus F. KLUG, directeur van de ‘Human Rights Futures Project’ en als hoogleraar verbonden aan de London School of Economics; F. KLUG, *A Bill of Rights: Do we need one or do we already have one?*, p. 713.

¹⁷ Inmiddels is overigens wel de Equality and Human Rights Commission geïnstalleerd.

¹⁸ H. WILDBORE, ‘Does Britain need a Bill of Rights?’, *Politics Review*, april 2008.

¹⁹ Opinions of the Lords of Appeal for judgment in de zaak ‘A and others v. Secretary of State for the Home Department & X and Another v. Secretary of State for the Home Department’, [2004] UKHL 56.

²⁰ Desondanks blijft het frappant hoezeer het perspectief van velen op de Human Rights Act – die in 1998 met zoveel fanfare werd geïntroduceerd²⁰ – in zo korte tijd veranderde. Op de Labour conferentie van 27 september 2005, stelde BLAIR in een speech: “We are trying to fight 21st century crime (...) with 19th century methods, as if we still lived in the time of Dickens. The whole of our system starts from the proposition that its duty is to protect the innocent from being wrongly convicted. Don’t misunderstand me. That must be the duty of any criminal justice system. But surely our primary duty should be to allow law-abiding people to live in safety. It means a complete change of thinking. It doesn’t mean abandoning human

De Conservatives – toch al geen warme voorstanders van de Human Rights Act – vatten zelfs het plan op voor een ‘homegrown bill of rights’ die de Human Rights Act zou moeten vervangen (en waarschijnlijk minder vergaande bescherming zal bieden).²¹ In juni 2006 hield David CAMERON, leider van de Conservative Party, een lezing over ‘A Modern British Bill of Rights’.²² CAMERON stelt daarin onomwonden dat “[T]he Human Rights Act has a damaging impact on our ability to protect our society against terrorism”. Het zou daarom hoogste tijd zijn voor een nieuwe, zelfontworpen ‘bill of rights’.

Opvallend is dat de Green Paper op geen enkele manier verwijst naar de problemen die de HRA 1998 in de praktijk met zich bracht. ‘Rights and Responsibilities’ laat deze wet ongemoeid en richt zich op andere waarden.

RIGHTS AND RESPONSIBILITIES NADER BESCHOUWD

Het voorstel om ‘rechten’ te expliciteren

Het voorstel van de Regering is er onder meer op gericht in de ‘Bill of Rights and Responsibilities’ een aantal zogenaamde ‘welzijnsaanspraken’ te formuleren, die nu verspreid liggen over ‘het juridische en politieke landschap van het Verenigd Koninkrijk’. Wat vervolgens opvalt, is de enorme diversiteit van de normen die worden voorgesteld. Voor zover dit het strafrechtssysteem betreft, wordt gesuggereerd de rechten van slachtoffers van criminaliteit en de rechten van getuigen op te nemen. Verder worden het beginsel van gelijkheid en de beginselen van behoorlijk bestuur genoemd.²³ Min of meer terloops komt de Regering dan met het (naar Britse maatstaven zeker) verrassende voorstel om de sociale en economische rechten die nu al besloten liggen in het Britse systeem, constitutionele status te verlenen. Maar het blijft nogal schimmig wat de Regering hier eigenlijk

mee voorheeft: “It might be possible to distil the values which frame our welfare system in order to reflect, in one coherent document, certain social and economic guarantees and the responsibilities and conduct expected of individuals”.²⁴

De ‘verantwoordelijkheden’

De Green Paper van maart 2009 behandelt in hoofdstuk 2 eerst de verantwoordelijkheden, dus voor het hoofdstuk over de rechten, zonder dat dit nader wordt verklaard. Onder het kopje ‘Individual responsibility – a time-honoured concept for healthy and vibrant societies’, wordt – zeer kort – een aantal filosofen besproken die zich over het begrip hebben gebogen. Zo erkende Thomas PAINE al het wederkerige karakter van rechten en plichten:

*“A Declaration of Rights is by reciprocity, a Declaration of Duties, also. Whatever is my right as a man, is also the right of another, and it becomes my duty to guarantee, as well as to possess”.*²⁵

Ook in het internationale recht wordt dit tweeledige karakter erkend. Zo stelt het EVRM in artikel 10, tweede lid, dat de uitoefening van het recht van de vrijheid van meningsuiting plichten en verantwoordelijkheden met zich brengt. Artikel 1 van de Universele Verklaring van de Rechten van de Mens verklaart dat: “All humans are born free and equal in dignity and rights. They are endowed with reason and conscience and should act towards another in a spirit of brotherhood”. In artikel 29, lid 1 UVRM wordt zelfs uitdrukkelijk van ‘plichten’ gesproken: “Everyone has duties to the community in which alone the free and full development of his personality is possible”. Buiten het recht bestaan eveneens morele gedragscodes, gebaseerd op religie en levensovertuiging, onze persoonlijke principes, culturele en etnische achtergrond, en waarden die we als leden van de samenleving delen. De vraag rijst dan ook waar dit initiatief tot het expliciteren van deze verantwoordelijkheden vandaan komt?

Volgens de Regering hebben de sociale en economische omstandigheden geleid tot een sterk gewijzigde publieke attitude aan het eind van de twintigste, begin eenentwintigste eeuw. In de hedendaagse samenleving zijn mensen meer geneigd zichzelf en anderen te zien als consumenten dan als burgers, en te denken in termen van rechten en niet zozeer van plichten of verantwoordelijkheden. De Regering wil pogen daarin verandering aan te brengen. “(...) any Bill of Rights and Responsibilities should seek to articulate what we owe, as much as what we expect.”

→ rights. It means deciding who comes first. Aangehaald bij: D. FELDMAN, ‘Human Rights, Terrorism and Risk: The Roles of Politicians and Judges’, *Public Law*, Summer 2006, p. 367. Een bijzonder kritische benadering van de mensenrechtenbescherming in het Verenigd Koninkrijk geeft M. PHILLIPS, in *Londonistan, How Britain is Creating a Terror State Within*, Londen, 2006, hoofdstuk 2, ‘The Human Rights Jihad’, p. 57-79.

²¹ Hoe de ‘Conservatives’ zich dit voorstellen is vooralsnog onduidelijk. De vraag is immers hoe een catalogus met minder vergaande waarborgen een uiteindelijke toets door het Europese Hof voor de Rechten van de Mens zal kunnen doorstaan.

²² D. CAMERON, *Balancing Freedom and Security – A Modern British Bill of Rights*, Lecture, Center for Policy Studies, 26 juni 2006, p. 8.

²³ Kort gezegd, komen die erop neer dat besluiten afkomstig van het bestuur rechtmatig moeten zijn, rationeel en procedureel correct.

²⁴ ‘Rights and Responsibilities’, p. 43.

²⁵ T. PAINE, *The Rights of Man*, 1791, ‘Being an Answer to Mr. Burke’s Attack on the French Revolution’, in T. PAINE, *Collected Writings*, New York, The Library of America, 1995, p. 509.

Verantwoordelijkheden en rechten zijn in een gezonde democratie in gelijke mate nodig. Duidelijker tot uitdrukking brengen wat de rechten en verplichtingen van de burger in de samenleving zijn, zou moeten bijdragen tot “a stronger sense of shared citizenship among all those who live in the UK”.²⁶

Om welke plichten gaat het dan eigenlijk? In zekere zin legt het recht veel verplichtingen op, al gebeurt dat vaak ‘in a patchwork way’, zonder dat expliciet in termen van verantwoordelijkheden wordt gesproken. Niettemin formuleert de Regering een aantal ‘key responsibilities’, die iedereen heeft ten opzichte van de samenleving. Dan valt overigens onmiddellijk op dat het deels om specifiek Britse verantwoordelijkheden gaat. Achtereenvolgens worden genoemd: het met respect behandelen van de National Health Service (sic!) en van werknemers in andere publieke sectoren; het waarborgen en bevorderen van het welzijn van kinderen die aan onze zorg zijn toevertrouwd; het zich verantwoordelijk gedragen ten aanzien van het milieu; het gebruik maken van zijn stemrecht en deelnemen aan het jurysysteem; het melden van misdaad en verlenen van medewerking aan het opsporingsapparaat en meer algemene verplichtingen als het betalen van belasting en het gehoorzamen van de wet. De Regering meent dat een toegankelijk document dat het belang van rechten en verantwoordelijkheden uitdraagt, ertoe kan bijdragen een veilige en bloeiende samenleving te creëren.

Het rechtskarakter van de verklaring

Veel hangt natuurlijk af van de status die aan de ‘Bill of Rights and Responsibilities’ wordt toegekend. Verschillende opties zijn denkbaar. (1) Zo is er in de eerste plaats de mogelijkheid van een *verklaring* van rechten en verantwoordelijkheden. Die zou niet kunnen worden ingeroepen voor de rechter, maar zou niettemin de functie kunnen hebben van een gedragscode en referentiekader voor burgerschapsvorming. (2) Een tweede mogelijkheid om een ‘Bill of Rights and Responsibilities’ in het leven te roepen zonder een toenemend aantal rechtszaken te bevorderen (stelt de Regering), is door de verklaring als *leidraad voor rechters en overheidsorganen* te beschouwen. Een verklaring van ‘general interpretive principles’, waarmee rechters rekening moeten houden bij de toetsing van overheidsbesluiten. Te denken valt aan het proportionaliteitsbeginsel en de noodzaak individuele belangen af te wegen tegen het algemeen belang en de rechten van anderen, aan beginselen als waardigheid en respect, of aan de fundamentele beginselen die ten grondslag liggen aan de welvaartsstaat.²⁷ (3) Een derde optie is die waarin de ‘Bill of

Rights and Responsibilities’ *juridisch afdwingbaar* zou zijn. Maar dat lijkt de Regering niet wenselijk. Voor het realiseren van rechten niet, omdat dit niet het beste mechanisme lijkt om sociale en economische rechten voor de hele samenleving te realiseren.²⁸ Voor plichten niet omdat het opleggen van nieuwe straffen²⁹ nauwelijks bevorderlijk lijkt voor het creëren van verantwoord burgerschap, respect en tolerantie, noch om participatie aan het democratisch proces te stimuleren.

EEN VOORLOPIGE ANALYSE VAN ‘RIGHTS AND RESPONSIBILITIES’, MEDE IN HET LICHT VAN DE NEDERLANDSE INITIATIEVEN EN ERVARINGEN

De Britse Regering lijkt met ‘Rights and Responsibilities’ wel heel veel verschillende doeleinden na te streven en een amalgaam aan verschillende aanspraken en verplichtingen te willen opnemen in (zo lijkt het vooralsnog) één document. Een paar onderdelen zullen uit het voorstel worden gelicht.

(1) Om te beginnen de rechten. De Regering stelt nadrukkelijk dat de bestaande burger- en politieke rechten al in de HRA zijn geformuleerd en dus niet opnieuw behoeven te worden geëxpliciteerd. Maar voor zover het gaat om de categorie sociale en economische rechten, is de Regering niet van plan nieuwe rechten te creëren, maar om bestaande welzijnsaanspraken opnieuw te expliciteren.³⁰ Om welke welzijnsaanspraken gaat het dan? De Regering verwijst vervolgens naar (a) de rechten van slachtoffers en van getuigen. Weliswaar is er een Code of Practice for Victims of Crime, maar door deze rechten vast te leggen in een ‘Bill of Rights and Responsibilities’ zou duidelijk kunnen worden gemaakt dat de belangen van slachtoffers van misdaad een prominente plaats in de juridische procedure toekomt. Verder wil de Regering in de verklaring opnemen (b) “an accessible and straightforward statement of equality to embody its central place in UK society”.³¹ Bovendien zouden (c)

→
tionaire bevoegdheid door de overheid (‘Rights and Responsibilities’, p. 55).

²⁸ Blijft de vraag wat dan de rol van rechters zou moeten zijn wanneer rechten constitutioneel zouden worden verankerd. Zouden rechters rechtstreeks aan deze rechten mogen toetsen en daarmee bevoegdheden moeten krijgen die direct effect hebben voor de verdeling van (schaarse) middelen? De Green Paper is daarover zeer kort en zeer beslist: “The Government is satisfied that there is no case for extending the UK courts’ jurisdiction over such areas” (‘Rights and Responsibilities’, p. 57).

²⁹ De Regering doelt hier op het feit dat op overtreding van sommige verplichtingen (bv. de verplichting belasting te betalen) al straf staat.

³⁰ ‘Rights and Responsibilities’, p. 32.

³¹ ‘Rights and Responsibilities’, p. 38.

²⁶ ‘Rights and responsibilities’, p. 17.

²⁷ Op die manier zou de burger kunnen worden geïnformeerd over de rechtsontwikkeling en over de uitoefening van discre-

beginselen van behoorlijk bestuur tot slot (d) bestaande zorgverplichtingen als die van de gezondheidszorg, onderwijs, huisvesting en werkgelegenheid een plaats in de verklaring moeten krijgen.

Het is zeer de vraag of de 'Bill of Rights and Responsibilities' met de voorstellen van de Regering niet te divers wordt. Die lijkt zo een verzameling te worden van:

- bestaande rechten en verantwoordelijkheden van de burger;
- gedragscodes (hoe met een slachtoffer van misdaad om te gaan in een juridische procedure);
- verworvenheden van de welvaartsstaat;
- een prominent rechtsstatelijk beginsel (de gelijkheid van de burger voor de wet of de overheidsplicht gelijke gevallen gelijk te behandelen) en
- beginselen die de overheid zelf in acht te nemen heeft jegens de burger.

Is het streven naar één document waarin deze waarden zijn neergelegd, wel een realistische optie?

Wat dat betreft zou de Nederlandse benadering weleens vruchtbaarder kunnen uitwerken. Hier wordt het streven naar grotere sociale cohesie in de samenleving onder meer gezocht in het neerleggen van waarden in een handvest, een gedragscode (een voor burgers en een voor de overheid), waarvan het evident is dat die geen juridische implicaties zal hebben. Het streven naar een 'Bill of Rights and Responsibilities' suggereert in elk geval een belangrijker status dan deze documenten.

(2) In het verlengde hiervan wil ik iets opmerken over de sociale en economische 'rechten' ('welfare entitlements') die de Britse Regering een plaats zou willen geven in de verklaring. Veelzeggend in dit verband is datgene wat wordt opgemerkt over het rechtskarakter van het document. Volgens de Regering moeten rechters niet de bevoegdheid krijgen, de schaarse middelen die de politiek ter beschikking staan, te verdelen. Met andere woorden: de concrete invulling van de sociaaleconomische rechten is een zaak van het Parlement. Dit betekent dat de sociaaleconomische rechten waarover in de 'Bill' wordt gesproken, dan ook waarschijnlijk net als in Nederland als beleidsdoelstellingen van de overheid worden geformuleerd, zonder dat hieruit voor de burger concrete aanspraken voortvloeien. Het is daarom zeer de vraag of het 'rechtendiscours' hier wel adequaat is. De Regering gaat immers van tevoren al nadrukkelijk uit van het gegeven dat de bepalingen niet rechtens afdwingbaar zullen zijn. De benadering van deze bepalingen in de Indiase constitutie, waarin wordt gesproken van 'directive principles of state policy' in plaats van sociale grondrechten, lijkt hier meer op haar plaats.

(3) Een derde opmerking betreft de verantwoordelijkheden die de Britse Regering een duidelijker positie in het Britse recht wil geven. In de geschiede-

nis van de mensenrechtenverklaringen heeft altijd een zekere terughoudendheid bestaan ten aanzien van het expliciteren van plichten in verklaringen. Verantwoordelijkheden zijn weliswaar altijd gezien als onlosmakelijk verbonden met rechten, maar niettemin met een zekere argwaan bezien. De Duitse jurist René MARCIC verklaarde in 1971 de geringe belangstelling voor grondplichten als volgt:

"Das Recht wird als eine Ordnung verstanden, in der die Rechte, die Ansprüche, den Hauptakzent tragen, mag die Pflicht logisch den Vorrang genießen. Die Moral wird indes als ein System von Pflichten gedeutet, wo der Gedanke des Anspruches untergeht".³²

MARCIC's uitspraak gaat ten dele nog altijd op en maakt ook het probleem duidelijk van het opstellen van een 'bill of rights and responsibilities'. Rechten (als aanspraken) behoren uit de aard der zaak tot het rechtssysteem, maar plichten vooral tot het rijk van de moraal. Ook hier dient zich opnieuw de vraag aan of het wel mogelijk en wenselijk is beide in één document op te nemen.

Wellicht was het verstandig geweest als de Regering zich van tevoren al had gebogen over de aard van het op te stellen document. Vernon BOGDANOR c.s. maken in dit verband een interessant onderscheid tussen 'a lawyers' constitution' en 'a peoples' constitution',³³ een onderscheid waarover ook de Nederlandse Staatscommissie zich zal moeten uitspreken. Bij de opdracht zich te buigen over de toegankelijkheid van de Grondwet dient zich immers onmiddellijk de vraag aan hoe dit te bewerkstelligen zonder de juridische implicaties van de grondwettelijke bepalingen te kort te doen. Vaak wordt gesteld dat een gecodificeerde constitutie een educatieve functie zou kunnen vervullen en het gevoel van 'citizenship and national identity' kan versterken. De constitutie zou in dat geval relatief kort moeten zijn, zoals die van de Verenigde Staten, een voorbeeld van 'a peoples' constitution'. Maar de noodzaak tot juridische helderheid duidt eerder op een constitutie die meer gedetailleerde bepalingen bevat – een 'lawyers' constitution' (die op zijn

³² Met deze woorden leidde MARCIC in 1968 zijn interpretatie in van de artikelen 29 en 30 (de verklaring mag niet worden uitgelegd in strijd met haar doelstelling) van de Universele Verklaring in: 'Pflichten und Grenzen der Rechte', *Journal der Internationalen Juristenkommission* 1968, II, p. 65 et seq. (66), aangehaald door O. LUCHTERHANDT, *Grundpflichten als Verfassungsproblem in Deutschland, Geschichtliche Entwicklung und Grundpflichten unter dem Grundgesetz*, Berlijn, 1988, p. 22.

³³ V. BOGDANOR, T. KHAITAN en S. VOGENAUER, 'Should Britain Have a Written Constitution?', *The Political Quarterly*, Vol. 78, nr. 4, oktober-december 2007, p. 503-504. Overigens bevat dit stuk een interessant concept van 'The Constitution of the United Kingdom, as of 1 January 2007', een ontwerp gemaakt door een constitutionele conventie van een groep studenten.

beurt weer weinig educatief zal zijn).³⁴ De spanningsverhouding tussen constitutionele zekerheid en politieke educatie die een grondwet zou kunnen bieden, is misschien niet helemaal oplosbaar. Niettemin is het van belang dat de Britse Regering zich van dit probleem bewust is, voordat nadere stappen worden ondernomen.

TOT SLOT

Terug naar het Britse initiatief een ‘nationale conversatie’ over rechten en plichten tot stand te brengen. Zoals gezegd, wordt ook in Nederland een nationale discussie nagestreefd en is het de bedoeling de aanzetten tot een Handvest Burgerschap de komende maanden te gaan bespreken.³⁵ Maar het grote verschil is wel dat wij in tegenstelling tot het Verenigd Koninkrijk al een geschreven grondwet hebben, waarin rechten (klassieke en sociale) zijn neergelegd. De keuze om daarnaast te denken aan het bespreken van

waarden in de samenleving, ter bevordering van de sociale samenhang, ligt daarom erg voor de hand. Bij eerdere initiatieven van de Britse Regering om een ‘British statement of values’ te ontwikkelen, werd de mogelijkheid geopperd een constitutionele conventie ‘of the great and the good’ in het leven te roepen. Maar Gordon BROWN wees deze suggestie al snel van de hand. Anthony KING, auteur van een intrigerende studie over *The British Constitution*³⁶ wees er vervolgens fijntjes op dat “well-considered and durable constitutions do actually emerge from gatherings of the great and the good – and from nowhere else”, daarbij doelend op de besprekingen in Philadelphia in 1787 die zouden leiden tot de Amerikaanse Constitutie.³⁷ De Britse Regering zou er goed aan doen zich eerst nog eens te bezinnen op de diversiteit van de waarden en de wijze waarop zij uitdrukking zouden moeten krijgen in een ‘bill of rights’, een handvest of een grondwet voor het Verenigd Koninkrijk.

³⁴ BOGDANOR, KHAITAN, VOGENAUER, idem.

³⁵ Overigens laat ik commentaar op de inhoud (als hoofdelementen worden genoemd ‘respect’, betrokkenheid bij elkaar’, ‘gerichtheid op de toekomst’ en ‘inzet voor de samenleving’) in dit kader buiten beschouwing.

³⁶ A. KING, *The British Constitution*, Oxford, New York, Oxford University Press, 2007.

³⁷ ‘Constitutional Fiddling’, *Prospect Magazine*, september 2007, aangehaald door LE SUEUR, ‘Gordon Brown’s New Constitutional Settlement’, p. 24.

Hof van Cassatie

Frank Meersschaut

RUIMTELIJKE ORDENING EN STEDEN- BOUW

*Planschadevergoeding (art. 37 Stedenbouwwet 1962)
– Voorwaarden – Daad die minwaarde tot uiting
brengt – Vaststelling – Dagvaarding*

Artikel 37, eerste lid, Stedenbouwwet 1962 bepaalt dat schadevergoeding al naar het geval verschuldigd is door het Rijk, de vereniging van gemeenten of de gemeente, wanneer het bouw- of verkavelingsverbod volgend uit een plan dat bindende kracht heeft verkregen, een einde maakt aan het gebruik waarvoor een goed dient of normaal bestemd is de dag voorafgaand aan de inwerkingtreding van dat plan. Het derde lid van dit artikel bepaalt dat het recht op schadevergoeding ontstaat ofwel bij overdracht van het goed ofwel bij de weigering van een bouw- of verkavelingsvergunning of nog bij het afleveren van een negatief stedenbouwkundig attest. Artikel 38, tweede lid, van die wet bepaalt dat de vorderingen vervallen één jaar na de dag waarop het recht op schadevergoeding ontstaat overeenkomstig artikel 37, derde lid, en dat indien geen vergunning wordt aangevraagd, de termijn tien jaren is te rekenen van de datum van inwerkingtreding van het plan, onverminderd de termijn van vijftien jaren gesteld voor vorderingen tot vergoeding als bedoeld in het laatste lid van artikel 35. Uit die bepalingen volgt dat het recht op schadevergoeding slechts ontstaat vanaf het ogenblik dat een daad wordt gesteld die de minderwaarde tot uiting brengt en dat wanneer dergelijke daad niet wordt gesteld, het recht op vergoeding vervalt tien jaar na de inwerkingtreding van het plan.

Krachtens artikel 12, tweede lid, Ger.W. opent de inleidende vordering het rechtsgeding. Krachtens artikel 700 van hetzelfde wetboek, worden hoofdvorderingen bij dagvaarding voor de rechter gebracht, onverminderd de bijzondere regels inzake vrijwillige verschijning en rechtspleging op verzoekschrift. Krachtens artikel 716, eerste lid, van hetzelfde wetboek, worden de zaken op de algemene rol ingeschreven uiterlijk de dag voor de zitting waarvoor de dagvaarding is gedaan. Artikel 717 van dit wetboek bepaalt dat indien de zaak niet is ingeschreven op de algemene rol voor de zitting die aangegeven is in de

dagvaarding, deze van gener waarde is. Uit de samenhang van die artikelen volgt dat, wanneer de rechtsingang bij dagvaarding geschiedt, de zaak bij de rechter aanhangig is gemaakt op de datum van de betekening van de dagvaarding, voor zover de zaak op de algemene rol is ingeschreven vóór de in de dagvaarding aangewezen datum van de zitting. Aldus is, voor een vordering tot het verkrijgen van planschadevergoeding in de zin van artikel 37, eerste lid, Stedenbouwwet 1962, de datum van de betekening van de dagvaarding bepalend om uit te maken of op het ogenblik van de dagvaarding het in artikel 37, derde lid, van die wet bepaalde feit dat het recht op schade-regeling doet ontstaan, reeds voorhanden is.

Het arrest oordeelt, zonder daaromtrent te worden bekritiseerd dat de eigenaars, binnen tien jaar, te rekenen van de datum van de inwerkingtreding van het gewestplan, een stedenbouwkundig attest hebben aangevraagd en ook gedagvaard in schadevergoeding; dat de dagvaarding van waarde is, niet op de datum van inschrijving op de rol, maar op datum van haar betekening op 3 oktober 2003; dat de vordering tot schadevergoeding niet kan worden aangenomen, zolang aan de eisers geen bouw- of verkavelingsvergunning is geweigerd of zij geen negatief stedenbouwkundig attest hebben verkregen. Door daaropvolgend te oordelen dat de eisers hun dagvaarding hebben laten inschrijven op de algemene rol daags voor de inleidingszitting, maar ook nadat zij kennis hadden kunnen nemen van het negatief attest en dat in de gegeven omstandigheden de huidige vordering bij wijze van dagvaarding en inschrijving op de algemene rol werd ingesteld nadat een negatief stedenbouwkundig attest werd verkregen en vooraleer de vordering vervallen was, op die grond de vordering van de verweerders ontvankelijk te verklaren en het op dit punt ingestelde hoger beroep ongegrond te verklaren, miskent het arrest de artikelen 12, tweede lid, 700, 716 en 717 Ger.W. en artikel 37, eerste en derde lid, Stedenbouwwet 1962 (Cass., 6 december 2007, C.06.0185.N).

Planschadevergoeding (art. 35 Decreet Ruimtelijke ordening 1996) – Uitblijven van vergoeding – Verschuldigde rente – Berekening

Krachtens artikel 35 Decreet Ruimtelijke ordening 1996 is al naar het geval schadevergoeding verschuldigd door het Vlaamse Gewest, de vereniging van gemeenten of de gemeente, wanneer het bouw- of verkavelingsverbod volgend uit een plan dat bindende kracht heeft verkregen, een einde maakt aan het gebruik waarvoor een goed dient of normaal bestemd is de dag voorafgaand aan de inwerkingtreding. Krachtens het derde lid van voormeld artikel, ontstaat het recht op schadevergoeding ofwel bij de overdracht van het goed ofwel bij de weigering van een bouw- of verkavelingsvergunning of nog bij het afleveren van een negatief stedenbouwkundig attest. Hieruit volgt dat de rente verschuldigd wegens het uitblijven van de vergoeding ten vroegste verschuldigd is vanaf het ontstaan van voormeld recht op schadevergoeding, onder meer bij het afleveren van een negatief stedenbouwkundig attest (Cass., 31 maart 2008, C.07.0102.N).

Vergunningenbeleid – Vergunningenregister (art. 96 Decreet Ruimtelijke ordening 1999) – Constructies van vóór Stedenbouwwet 1992 – Weerlegbaar vermoeden van vergunning – Afwezigheid van vermelding in vergunningenregister – Gevolgen

Overeenkomstig artikel 96, §4, tweede lid, Decreet Ruimtelijke ordening 1999 krijgen constructies, waarvan door enig bewijsmateriaal wordt aangetoond dat ze gebouwd zijn na de inwerkingtreding van de wet van 29 maart 1962 houdende organisatie van de ruimtelijke ordening en van de stedenbouw, maar die dateren van voor de allereerste, definitieve vaststelling van het gewestplan waarbinnen zij gelegen zijn, in het vergunningenregister de vermelding dat er een vermoeden bestaat dat de constructie als vergund moet worden beschouwd, indien de overheid niet kan aantonen door enig bewijsmateriaal, behoudens getuigenverklaringen, zoals door middel van een goedgekeurd bouwplan, een proces-verbaal of een bezwaarschrift, dat de constructie in overtreding werd opgericht. Uit deze bepaling volgt dat voor de in die wetsbepaling vermelde constructies een weerlegbaar vermoeden van vergunning voorhanden is, met mogelijkheid van tegenbewijs door de overheid, die hiertoe alle middelen, behoudens getuigenbewijs, kan aanwenden. Uit deze bepaling volgt niet dat de afwezigheid van vermelding in het gemeentelijk register van bouwaanvragen en bouwvergunningen daterend van voor het vergunningenregister ingevoerd door artikel 96, §1, van voormeld decreet in geen geval als bewijs in aanmerking kan worden genomen.

De appelrechters stellen vast dat de verweerder een e-mailbericht voorlegt gericht aan de gemeente Nijlen op 8 april 2004 en een brief van de gemeente Nijlen van 9 april 2004; dat deze gemeente (minstens) sedert 1962 registers van bouwaanvragen en bouw-

vergunningen bijhoudt; dat bij de gemeente geen bouwdoos bekend is voor het kwestieus perceel van de eiseres. De appelrechters oordelen vervolgens dat de decreetgever een grote mate van vrijheid in de bewijsvoering aan de overheid heeft gelaten, gezien het in essentie om pure feiten gaat. Zij geven hiermee te kennen te dezen de gemeentelijke registers van bouwaanvragen en -vergunningen als tegenbewijs in aanmerking te kunnen nemen. Zij oordelen dat uit de voormelde vaststellingen dient te worden afgeleid dat het vakantieverblijf zonder bouwvergunning werd opgetrokken. Het onderdeel dat er van uitgaat dat de afwezigheid van vermelding in voormelde gemeentelijke registers nooit als tegenbewijs in aanmerking kan worden genomen, faalt naar recht (Cass., 8 november 2007, C.06.0624.N).

Strafsancties (art. 146 Decreet Ruimtelijke ordening 1999) – 1. Instandhouding van onwettige bouwwerken – Voortdurend misdrijf – Verjaring – 2. Aanvraag van regularisatievergunning – Gevolgen

1. Het misdrijf van instandhouding van onwettig opgerichte bouwwerken duurt voort. De verjaring van de strafvordering neemt geen aanvang zolang aan de toestand die ontstaan is door de onwettig uitgevoerde werken, geen einde wordt gesteld onder meer door een herstel in de vorige toestand of door het verkrijgen van een regelmatige vergunning. Het onderdeel dat aanvoert dat alleen artikel 2262bis BW toepasselijk is, faalt naar recht (Cass., 13 november 2007, P.07.0961.N).

2. De omstandigheid dat door het eventueel verkrijgen van een regularisatievergunning in de toekomst geen inbreuk meer zou bestaan noch een strijdigheid van belangen, neemt niet weg dat het misdrijf bestaat en de rechter vermag de straf te bepalen zonder rekening te houden met een nog niet verkregen regularisatievergunning. De beweerdte tegenstrijdigheid bestaat niet. Geen enkele wettelijke bepaling schrijft voor dat het stedenbouwmisdrijf waarvoor de eisers worden vervolgd, niet kan worden gestraft zolang niet is beslist over een regularisatieaanvraag (Cass., 13 november 2007, P.07.0798.N).

Strafsancties (art. 146 Decreet Ruimtelijke ordening 1999) – Strafbare instandhouding – Mogelijkheid van depenalisering – Voorwaarden – Vereiste dat het goed niet is gelegen in ruimtelijk kwetsbaar gebied – Draagwijdte

Artikel 146, derde lid, Decreet Ruimtelijke ordening 1999, in zijn versie na het vernietigingsarrest nr. 14/2005 van 19 januari 2005 van het Grondwettelijk Hof, bepaalt: “De strafsanctie voor het instandhouden van inbreuken, bedoeld in het eerste lid, 1°, 2°, 3°, 6°

en 7°, geldt niet voor zover de handelingen, werken, wijzigingen of het strijdige gebruik niet gelegen zijn in de ruimtelijk kwetsbare gebieden, [...]”.

De appelrechters overwogen dat voormeld artikel niet met zoveel woorden bepaalt op welk ogenblik er sprake moet zijn van een kwetsbaar gebied. Volgens hen telt de bestemming van het goed op het ogenblik waarop de initiële bouwovertreiding werd begaan. Zij wijzen op de strekking van andere innovaties van het decreet van 4 juni 2003, zoals het vermoeden dat constructies die zijn opgericht voor de allereerste definitieve vaststelling van het betrokken gewestplan geacht worden vergund te zijn (artikel 96, § 4, tweede lid, Decreet Ruimtelijke ordening 1999). Voormeld artikel 146, derde lid, is bijgevolg volgens de appelrechters ook toepasselijk zodra het gebied niet als ruimtelijk kwetsbaar werd beschouwd toen de werken werden uitgevoerd, ook al verkreeg het nadien wel dit statuut. Ze oordelen dat overeenkomstig artikel 2, tweede lid, Sw., deze mildere strafbepaling de vroegere strafbaarheid van de gedragingen van verweester opheft.

Uit de parlementaire werkzaamheden blijkt dat het de bedoeling was om het misdrijf van instandhouding van wederrechtelijk opgerichte bouwwerken op te heffen in bepaalde gevallen, onder meer voor zover de handelingen, werken, wijzigingen of het strijdige gebruik niet gelegen waren in de ruimtelijk kwetsbare gebieden. Nergens blijkt evenwel dat de decreetgever voor de strafbaarheid van het instandhouden in ruimtelijk kwetsbaar gebied vereist dat eerst ook de handelingen, werken, wijzigingen of het strijdige gebruik zouden zijn gepleegd in ruimtelijk kwetsbaar gebied. Dit blijkt evenmin, voor constructies opgericht vóór het decreet van 4 juni 2003, uit het bij artikel 96, § 4, tweede lid, Decreet Ruimtelijke ordening 1999 bepaalde vermoeden van vergunning voor constructies gebouwd na de inwerkingtreding van de Stedenbouwwet 1962 maar vóór de allereerste, definitieve vaststelling van het gewestplan waarbinnen zij gelegen zijn, daar de overheid dit vermoeden, luidens dezelfde bepaling, kan weerleggen “door enig bewijsmateriaal, behoudens getuigenverklaringen, zoals door middel van een goedgekeurd bouwplan, een proces-verbaal of een bezwaarschrift”.

Voor de strafbare instandhouding vereist artikel 146, derde lid, Decreet Ruimtelijke ordening 1999 uitsluitend dat op het ogenblik van de instandhouding, de wederrechtelijke werken voortaan gelegen zijn in ruimtelijk kwetsbaar gebied. Deze strafbepaling ontnemt aan het vóór of na de wetwijziging van 4 juni 2003 voortdurend gepleegde misdrijf van instandhouding, niet zijn strafbaar karakter, zolang deze instandhouding betrekking heeft op goederen gelegen in een ruimtelijk kwetsbaar gebied. Het middel is gegrond (Cass., 26 februari 2008, P.07.1552.N).

Handhavingsmaatregelen – Herstelmaatregelen (art. 149 e.v. Decreet Ruimtelijke ordening 1999) – Vordering tot herstel in de vorige toestand – Aard van de vordering – 1. Straf in de zin van art. 6.1 EVRM en 14.1 IVBPR – Gevolg – 2. Internrechtelijke kwalificatie – Verjaring

1. De vaststelling dat een herstel in de oorspronkelijke staat een straf is in de zin van de artikelen 6.1 EVRM en 14.1 IVBPR, brengt enkel mee dat de waarborgen van die bepalingen moeten worden in acht genomen. Het heeft niet tot gevolg dat die maatregel in de Belgische wetgeving van strafrechtelijke aard is zodat de algemene bepalingen van het Belgisch strafrecht en strafprocesrecht erop toepassing moeten vinden. Het blijft bijgevolg voor de strafrechter mogelijk dit herstel te bevelen teneinde de gevolgen van het misdrijf te doen ophouden, ook wanneer hij vaststelt dat de strafvordering is vervallen wegens opheffing van de strafbaarheid of wegens verjaring. De omstandigheid dat de herstelmaatregel van de afbraak een ‘straf’ is in de zin van de artikelen 6.1 EVRM en 14.1 IVBPR, brengt enkel mee dat de waarborgen van die bepalingen moeten worden in acht genomen, maar niet dat die maatregel in de Belgische wetgeving van strafrechtelijke aard is zodat de strafrechter daarover met volheid van rechtsmacht zou moeten kunnen oordelen (Cass., 4 november 2008, P.08.0081.N).

2. De vordering van de stedenbouwkundige inspecteur tot herstel in de vorige toestand is een burgerlijke rechtsvordering volgend uit een misdrijf, zodat deze vordering, overeenkomstig artikel 26 VT Sv. niet verjaart vóór de strafvordering. Wanneer de vordering tot herstel van de plaats in de vorige staat voor de strafrechter tijdig is ingesteld, loopt de verjaring ervan niet meer totdat een in kracht van gewijsde gegane beslissing het geding beëindigd heeft (Cass., 13 november 2007, P.07.0961.N).

Het beschouwen van het herstel in de oorspronkelijke staat als een straf in de zin van artikel 6 EVRM brengt enkel met zich mee dat de in die bepaling vervatte waarborgen moeten worden in acht genomen. Het brengt niet met zich mee dat die maatregel van strafrechtelijke aard is zodat de algemene bepalingen van het Belgische strafrecht en strafprocesrecht terzake toepassing moeten vinden. De eiseres werd te dezen wegens het door haar begane bouw misdrijf definitief tot straf veroordeeld bij het arrest van het Hof van Beroep te Gent, correctionele kamer, van 29 januari 2007. De omstandigheid dat achteraf de redelijke termijn voor de beoordeling van de herstellenvordering is overschreden, heeft niet tot gevolg dat de rechter geen volledig herstel meer kan bevelen (Cass., 28 oktober 2008, P.08.0880.N).

Handhavingsmaatregelen – Herstelmaatregelen (art. 68 Decreet Ruimtelijke ordening 1996 en art. 149 e.v. Decreet Ruimtelijke ordening 1999) – Vordering tot herstel in de vorige toestand – Rechterlijke toetsing – Omvang

De decreetgever heeft de vordering tot het nemen van de herstelmaatregelen ingevoerd met het oog op de vrijwaring van een goede ruimtelijke ordening. Hij acht het van essentieel belang dat de beoordeling wordt overgelaten aan een overheid die oordeelt op grond van het algemeen belang. Daarom kunnen de herstelmaatregelen slechts worden bevolen op vordering van de gemachtigde ambtenaar, de stedenbouwkundige inspecteur of het college van burgemeester en schepenen. Hun optreden steunt op hun wettelijke opdracht om het algemeen stedenbouwkundig belang te behartigen.

Zowel artikel 68, § 1, eerste lid, Decreet Ruimtelijke ordening 1996 als artikel 149 Decreet Ruimtelijke ordening 1999 geven het bestuur de bevoegdheid een herstelbeleid te voeren: het bestuur beslist of het al dan niet een herstelmaatregel zal vorderen; indien het beslist een herstelmaatregel te vorderen, beschikt het over de keuze tussen drie mogelijke herstelmaatregelen binnen de grenzen en de modaliteiten die nader bij de voormelde artikelen 68 en 149 zijn bepaald. Deze wettelijk bepaalde keuzemogelijkheid houdt een appreciatie- en beleidsbevoegdheid in voor het bestuur. De rechter moet die krachtens het beginsel der scheiding der machten, zoals vervat in de artikelen 36, 37 en 40 GW eerbiedigen. Niet een vordering tot bestraffing maakt het voorwerp uit van het bij de rechter aanhangige geschilpunt, wel de aanwending van deze appreciatie- en beleidsmacht door het bestuur teneinde een bij hem hangend belangenconflict tussen een particulier grondrecht enerzijds, en andere, in een democratische rechtsstaat als essentieel beschouwde waarden anderzijds, op te lossen.

Krachtens artikel 159 GW moet de rechter nagaan of de beslissing van de stedenbouwkundige inspecteur om een bepaalde herstelmaatregel te vorderen, uitsluitend met het oog op de goede ruimtelijke ordening, zoals onder meer bepaald in artikel 4 Decreet Ruimtelijke ordening 1999, is genomen. Hij moet de vordering die steunt op motieven die vreemd zijn aan de ruimtelijke ordening of op een opvatting van een goede ruimtelijke ordening die kennelijk onredelijk is, zonder gevolg laten. Wanneer de wettigheid van de vordering tot herstel van de plaats in de oorspronkelijke toestand wordt aangevochten, gaat de rechter bovendien in het bijzonder na of deze vordering niet kennelijk onredelijk is. Hij kan niet zelf de redelijke herstelmaatregel bepalen maar enkel oordelen of het bestuur in redelijkheid is kunnen komen tot de beslissing een bepaalde wijze van herstel te vorderen. Rekening houdend met de appreciatie- en be-

leidsbevoegdheid van het bestuur kan de rechter die beslissing slechts marginaal toetsen. Aldus wijst hij de herstellvordering slechts af indien zij kennelijk onredelijk is. Het begrip 'kennelijke onredelijkheid' is daarbij niet het criterium op basis waarvan de gevorderde herstelmaatregel wordt beoordeeld. Het brengt daarentegen de wijze tot uitdrukking waarop de rechter de bestuurlijke beslissing op zijn redelijkheid beoordeelt, namelijk met de terughoudendheid die de discretionaire bevoegdheid van het bestuur vereist.

In stedenbouwzaken moet de rechtspleging die tot het bevelen van het herstel leidt, in haar geheel, dit is het optreden van het vorderende bestuur in combinatie met de beoordeling van dit optreden door de rechter, aan de voorwaarden van artikel 6.1 EVRM worden getoetst. De beklaagde die het voorwerp uitmaakt van een herstellvordering, kan voor de gemachtigde ambtenaar alle elementen naar voor brengen waarvan hij meent dat zij pertinent kunnen zijn. Uit de wetgeving volgt niet en het wordt evenmin aangevoerd dat ingevolge de toepasselijke rechtspleging, het bestuur niet onafhankelijk of onpartijdig zou oordelen, of nog dat de beklaagde niet eerlijk zou worden behandeld. Voor de strafrechter kan de beklaagde de gevorderde maatregel betwisten wegens willekeur, onredelijkheid, gebrek aan bewijskrachtige gegevens, het gronden van de beslissing op gegevens die geen verband houden met de zaak of nog het verwaarlozen van pertinente gegevens. Wanneer de rechter, bij de uitoefening van zijn wettigheidstoezicht, oordeelt dat de bestuurlijke overheden niet met de vereiste onpartijdigheid een keuze hebben gemaakt tussen de verschillende, in artikel 149, § 1, Decreet Ruimtelijke ordening 1999 bedoelde wijzen van herstel, kan hij de door die overheden ingestelde vordering verwerpen zonder die vordering verder nog op haar interne en externe wettigheid te moeten toetsen. Dit alles doet evenwel aan de voormelde verplichting tot terughoudendheid van de rechter bij de beoordeling van de appreciatiebevoegdheid van het bestuur niets af. Voormelde rechtspleging voldoet aan de waarborgen van artikel 6.1 EVRM en 14.1 IVBPR en vereist niet dat de strafrechter op alle punten, zowel in feite als in rechte, de beslissing van het bestuur moet kunnen beoordelen en overeenkomstig zijn eigen appreciatie hervormen.

De omstandigheid dat de herstelmaatregel van afbraak verband houdt met burgerlijke rechten en verplichtingen in de zin van de artikelen 6.1 EVRM en 14.1 IVBPR, neemt niet weg dat hij het resultaat is van een bestuurlijke appreciatie die gericht is op het behoud van een maatschappelijk essentieel geachte waarde. De rechter moet krachtens het beginsel der scheiding der machten dit bestuurlijk beleid eerbiedigen en mag dit slechts marginaal toetsen. Binnen de ruimte die de wet toelaat, komt het aldus aan het bestuur toe de hem meest passend lijkende herstelmaat-

regel te kiezen na afweging tussen, enerzijds, de vereisten van de goede plaatselijke ruimtelijke ordening zoals bepaald in artikel 4 Decreet Ruimtelijke ordening 1999, anderzijds, de nadelige financiële gevolgen die de ene of andere maatregel voor de betrokkene zal meebrengen. De rechter vermag enkel te oordelen of het bestuur bij zijn keuze wel of niet de wettigheid heeft geëerbiedigd (Cass., 4 november 2008, P.08.0081.N).

Handhavingsmaatregelen – Herstelmaatregelen (art. 149 e.v. Decreet Ruimtelijke ordening 1999) – Vordering tot herstel in de vorige toestand – Rechterlijke toetsing – Omvang – Vaststelling van onevenredige last – Voorwaarden

Met toepassing van artikel 149, § 1, eerste lid, Decreet Ruimtelijke ordening 1999 gaat de rechter na of de beslissing van de stedenbouwkundig inspecteur om een bepaalde herstelmaatregel te vorderen, uitsluitend met het oog op de goede ruimtelijke ordening is genomen. Hij moet de vordering die steunt op motieven die vreemd zijn aan de ruimtelijke ordening of op een opvatting van een goede ruimtelijke ordening die kennelijk onredelijk is, zonder gevolg laten. Wanneer de wettigheid van de vordering tot herstel van de plaats in de oorspronkelijke toestand wordt aangevochten, gaat de rechter bovendien in het bijzonder na of deze vordering niet kennelijk onredelijk is. Hij moet afwegen of geen andere herstelmaatregel noodzakelijk is, dit onder meer op grond van de aard van de overtreding, de omvang en de aantasting van de goede ruimtelijke ordening en het voordeel dat voor de ruimtelijke ordening ontstaat door het herstel van de plaats in de oorspronkelijke toestand tegenover de last die daaruit voor de overtreder voortvloeit. Artikel 149, § 1, eerste lid, Decreet Ruimtelijke ordening 1999 laat evenwel niet toe dat de rechter op grond van de enkele vaststelling dat de gevorderde maatregel leidt tot een onevenredige last voor de overtreder in vergelijking tot het voordeel voor de ruimtelijke ordening, zou oordelen dat geen herstel van de aantasting van de goede ruimtelijke ordening noodzakelijk is. Om het gevorderde herstel van de plaats in de oorspronkelijke toestand te kunnen afwijzen, moet de rechter vaststellen dat ook met een minder ingrijpende maatregel de goede ruimtelijke ordening kan worden hersteld.

Te dezen oordelen de appelrechters op grond van een aantal gegevens dat de herstellenvordering tot verwijdering van het zwembad steunt op een opvatting van de goede ruimtelijke ordening die kennelijk onredelijk is, namelijk: de gunstige adviezen van het schepencollege van de gemeente Destelbergen en van de afdelingen land van de administratie milieu-, natuur, land- en waterbeheer van het departement Leefmilieu en Infrastructuur van het ministerie van de

Vlaamse Gemeenschap, naar aanleiding van een aanvraag tot het regulariseren van de uitbreiding van het zwembad; de feitelijke vaststellingen die door de eerste rechter werden verricht naar aanleiding van een plaatsbezoek; de door de verweerders overgemaakte fotoreportage van de inplanting van het zwembad en de omgeving, en luchtfoto's. Naar het oordeel van de appelrechters brengen deze gegevens, samen beschouwd, mee "dat zo de uitvoering van het gevorderd herstel al enig voordeel voor de goede ordening van de ruimte zou meebrengen, dit voordeel duidelijk niet zou opwegen tegen de last die er voor de (verweerders) ongetwijfeld uit zou voortvloeien". Afgezien van de vaststaande overtreding van de toepasselijke stedenbouwkundige en planologische voorschriften waarvoor de verweerders werden veroordeeld, sluiten de appelrechters aldus een mogelijke aantasting van de goede ruimtelijke ordening door het niet verwijderen van het zwembad niet uit. Zij stellen evenwel de mogelijkheid van een minder ingrijpende en wettelijk toegelaten maatregel dan het gevorderde herstel in de oorspronkelijke toestand, voor het herstel van deze aantasting niet vast. Zij verantwoorden aldus hun beslissing dat deze vordering kennelijk onredelijk is, niet naar recht. Het onderdeel is gegrond (Cass., 18 maart 2008, P.07.1509.N; zie eveneens Cass., 15 juni 2004, P.04.0237.N, *Arr.Cass.*, 2004, nr. 323 met conclusie adv.-gen. De Swaef; Cass., 12 okt. 2004, P.04.0476.N, *Arr.Cass.*, 2004, nr. 473; Cass., 3 nov. 2004, P.04.0730.F, *Arr.Cass.*, 2004, nr. 526; Cass., 3 juni 2005, C.04.0029.N, *Arr.Cass.*, 2005, nr. 313).

Handhavingsmaatregelen – Herstelmaatregelen (art. 149 e.v. Decreet Ruimtelijke ordening 1999) – Vordering tot herstel in de vorige toestand – Machtiging tot ambtshalve uitvoering – Bestemmelingen

Artikel 153, eerste lid, Decreet Ruimtelijke ordening 1999 bepaalt: "Voor het geval dat de plaats niet binnen de door de rechtbank gestelde termijn in de vorige staat wordt hersteld, dat het strijdige gebruik niet binnen de termijn wordt gestaakt of dat de bouw- of aanpassingswerken niet binnen deze termijn worden uitgevoerd, beveelt het vonnis van de rechter, bedoeld in de artikelen 149 en 151, dat de stedenbouwkundig inspecteur, het College van Burgemeester en Schepenen en eventueel de burgerlijke partij, ambtshalve in de uitvoering ervan kunnen voorzien". Deze ambtshalve door de rechter te verlenen machtiging aan het bestuur vindt zijn grondslag, niet in de vordering van het bestuur die het herstel vordert, maar in de publiekrechtelijke verhouding die wegens het misdrijf ontstaat tussen de overtreder enerzijds, de stedenbouwkundig inspecteur en het College van Burgemeester en Schepenen die tot taak hebben het herstel te benaastigen anderzijds. Uit die bepaling volgt dat de rechter verplicht is de machtiging tot ambtshalve uit-

voering zowel aan de stedenbouwkundig inspecteur als aan het College van Burgemeester en Schepenen te verlenen, ongeacht wie van beiden de herstellvordering inleidde (Cass., 28 oktober 2008, P.08.0851.N).

Handhavingsmaatregelen – Herstelmaatregelen (art. 149 e.v. Decreet Ruimtelijke ordening 1999) – Vordering tot herstel in de vorige toestand – Motieven – Dwingende vereisten van brandveiligheid

De artikelen 54, 1° en 55, § 1, en § 2, Decreet Ruimtelijke ordening 1999 bieden de mogelijkheid, respectievelijk aan de Vlaamse Regering, de provincieraad en de gemeenteraad om stedenbouwkundige verordeningen vast te stellen die de nodige stedenbouwkundige voorschriften kunnen bevatten om onder meer te zorgen voor “de gezondheid, de instandhouding, de stevigheid, de fraaiheid en de esthetische waarde van de bouwwerken, de installaties en hun omgeving, en ook hun veiligheid, met name de beveiliging tegen brand en overstroming”. Daar een stedenbouwvergunning kan worden geweigerd of voorwaardelijk worden verleend, alleen reeds op grond van dwingende vereisten van brandveiligheid, is het aldus niet uit te sluiten dat ook de herstellvordering alleen op grond van brandveiligheid wordt gemotiveerd. Het bestreden arrest dat oordeelt dat de vordering strekkende tot herstel in de oorspronkelijke toestand genomen is op grond van brandveiligheidsmotieven, kon hieruit dan ook niet wettig afleiden dat de herstellvordering “niet genomen is op motieven die een goede ruimtelijke ordening aanbelangen”. Het middel is gegrond (Cass., 28 oktober 2008, P.08.0858.N).

Handhavingsmaatregelen – Herstelmaatregelen (art. 149 Decreet Ruimtelijke ordening 1999) – 1. Betaling van een meerwaardesom – Effect van een regularisatievergunning – 2. Cumulatieve toepassing van herstelmaatregelen – Toelaatbaarheid

1. Artikel 149, § 5, tweede lid, Decreet Ruimtelijke ordening 1999 bepaalt: “Bij een veroordeling tot de betaling van een geldsom gelijk aan de meerwaarde kan de veroordeelde zich op geldige wijze kwijten door binnen een jaar na de uitspraak de plaats te herstellen in de oorspronkelijke toestand of het strijdige gebruik te staken.” Het bevelen van de betaling van een meerwaardesom houdt in dat voor een goede ruimtelijke ordening de meer ingrijpende maatregel van herstel in de oorspronkelijke staat niet noodzakelijk is. Bijgevolg beveelt de rechter niet deze vorm van herstel. Hij laat enkel het initiatief ervan over aan de veroordeelde, evenwel volgens de modaliteiten bepaald in voormeld artikel 149, § 5, namelijk een herstel in de oorspronkelijke toestand, zonder rekening te houden met afgeleverde bouwvergunningen. Het is de overtreder die in voorkomend geval kiest

voor het herstel in de vorige staat als alternatief voor de betaling van de meerwaardesom. Dit geschiedt volgens de voorwaarden van de wet, zonder dat hij zich op de vergunning die hij niet naleefde, kan beroepen.

2. De verschillen in aard en doelstelling van de maatregelen bedoeld in artikel 149, § 1, Decreet Ruimtelijke ordening 1999 kunnen toelaten dat zij gelijktijdig worden toegepast om het volledig herstel te verzekeren. De appelrechters bevelen de uitvoering van aanpassingswerken in verband met de verschijningsvorm van de schuur, meer de betaling van 7000 euro wegens zijn verkregen meerwaarde als nieuwbouw, met het herstel in de oorspronkelijke toestand als wettelijk alternatief voor de eisers. Te dezen beoogt de cumulatieve oplegging van een meerwaardesom en van aanpassingswerken aldus de verdwijning van verschillende gevolgen van het stedenbouwmisdrijf, namelijk de onterechte verrijking ten gevolge van de nieuwbouw enerzijds, de inpassing van het bouwwerk in het bestemmingsgebied anderzijds, waarbij de aanpassingswerken niet in de plaats kunnen komen van de betaling van de meerwaarde. De beslissing van de appelrechters om de aanpassingswerken op te leggen samen met meerwaarde en niet als een alternatief voor deze meerwaarde is naar recht verantwoord. De appelrechters bevelen niet het herstel in de oorspronkelijke toestand, maar laten de keuze hiervan over aan de eisers overeenkomstig de modaliteiten die de wet toelaat (Cass., 25 november 2008, P.08.0884.N).

Handhavingsmaatregelen – Herstelmaatregelen (art. 149 e.v. Decreet Ruimtelijke ordening 1999) – Herstellvordering – Beslissing tot voorlegging aan de Hoge Raad voor Herstelbeleid – Aard van de beslissing

De beslissing die, in toepassing van artikel 198bis Decreet Ruimtelijke ordening 1999 de herstellvordering voorlegt aan de Hoge Raad voor het Herstelbeleid, is geen eindbeslissing (Cass., 13 november 2007, P.07.0798.N).

Ruimtelijke ordening en stedenbouw – Handhavingsmaatregelen – Herstelmaatregelen (art. 149 e.v. Decreet Ruimtelijke ordening 1999) – Vordering tot herstel in de vorige toestand – Relatie tot vorderingsrecht inzake bescherming leefmilieu (Wet van 12 januari 1993) – Bevelen van staking van handelingen die schade berokken aan het milieu

Krachtens artikel 1, eerste lid, van de wet van 12 januari 1993 betreffende een vorderingsrecht inzake bescherming van het leefmilieu, stelt de voorzitter van de rechtbank van eerste aanleg het bestaan vast van een zelfs onder het strafrecht vallende handeling, die een kennelijke inbreuk is of een ernstige dreiging

vormt voor een inbreuk op één of meer bepalingen van wetten, ordonnances, verordeningen of besluiten betreffende de bescherming van het leefmilieu. Uit het doel van die wet om niet alleen de aantasting van de natuur te voorkomen, maar ook een leefbare omgeving te verzekeren aan de bevolking, volgt dat een goede ordening van de ruimte deel uitmaakt van het te beschermen leefmilieu in de zin van die wet. Het decreet van 18 mei 1999 houdende de organisatie van de ruimtelijke ordening dient aldus beschouwd te worden als een “wet betreffende de bescherming van het leefmilieu” in de zin van artikel 1 van de wet van 12 januari 1993 betreffende een vorderingsrecht inzake bescherming van het leefmilieu.

Na vastgesteld te hebben dat de vordering beoogt de afbraak te bevelen van wederrechtelijk opgetrokken gebouwen in overtreding met voormeld decreet van 18 mei 1999, oordelen de appelrechters: voor zover de inbreuken op het decreet zelf geen overtreding uitmaken van de milieureglementering, dient de vordering van de eiseres ongegrond te worden verklaard; een vordering tot staking in aangelegenheden van ruimtelijke ordening en stedenbouw kan enkel indien de aangevochten overtreding van het decreet ook een kennelijke inbreuk is of een ernstige dreiging vormt op een bepaling inzake de bescherming van het leefmilieu; wat de vordering betreft tot afbraak van gebouwen en verharding, de verwijdering van steenpuin en het herstel van het landbouwkarakter, kan niet worden gesproken van een inbreuk op de milieuwetgeving. Door aldus op grond van die redenen zonder meer de inbreuken inzake ruimtelijke ordening en stedenbouw uit het toepassingsveld van de wet van 2 januari 1993 uit te sluiten schenden de appelrechters de in het onderdeel aangehaalde wetsbepaling. Het onderdeel is gegrond.

Krachtens artikel 1, tweede lid, van voormelde wet van 12 januari 1993, kan de rechter de staking bevelen van handelingen waarvan de uitvoering reeds is begonnen of maatregelen opleggen ter preventie van de uitvoering ervan of ter voorkoming van schade aan het leefmilieu. Die bepaling verhindert niet dat de rechter zou bevelen dat uitgevoerde werken ongedaan worden gemaakt als een dergelijk bevel nodig is om verdere schade aan het leefmilieu te voorkomen. De appelrechters die oordelen dat de voorzitter als stakingsrechter in milieuzaken slechts kan optreden ten einde maatregelen te nemen ter preventie van de uitvoering of ter voorkoming van schade aan het leefmilieu en de mogelijkheid van afbraak van de in strijd met de bouwvergunning opgetrokken panden zonder meer uitsluiten, verantwoorden hun beslissing niet naar recht. Het onderdeel is gegrond (Cass., 31 maart 2008, C.07.0157.N met conclusie adv.-gen. Mortier).

Handhavingsmaatregelen – Staking van in overtreding verrichte werken of handeling (art. 154 Decreet

Ruimtelijke ordening 1999) – Stakingsbevel – Bevoegde ambtenaren – Aard van de maatregel

Artikel 154, eerste lid, Decreet Ruimtelijke ordening 1999 bepaalt dat de in het artikel 148 van dit decreet bedoelde ambtenaren, agenten of officieren van de gerechtelijke politie, ter plaatse de onmiddellijke staking van het werk, van de handelingen of van het gebruik, mondeling kunnen bevelen wanneer zij vaststellen dat het werk de handelingen of de wijzigingen een inbreuk vormen zoals bedoeld in artikel 146 van hetzelfde decreet. Dat bevel is een preventieve maatregel (Cass., 16 januari 2009, C.06.0480.N; zie reeds voordien Cass., 18 mei 2007, C.06.0567.N, Arr.Cass., 2007, nr. 260).

Handhavingsmaatregelen – Staking van in overtreding verrichte werken of handeling (art. 154 Decreet Ruimtelijke ordening 1999) – Stakingsbevel – Vordering tot opheffing – 1. Bevoegde rechter – 2. Bevoegdheid van de rechter

1. Krachtens artikel 154, laatste lid, Decreet Ruimtelijke ordening 1999 kan de betrokkene in kort geding de opheffing van de maatregel vorderen tegen het Vlaamse Gewest. De vordering wordt gebracht voor de voorzitter van de rechtbank van eerste aanleg in het ambtsgebied waarvan het werk en de handelingen werden uitgevoerd. Boek II, titel VI van het Gerechtelijk Wetboek is van toepassing op de inleiding en de behandeling van de vordering. Uit voormelde bepaling volgt dat de voorzitter van de rechtbank van eerste aanleg inzake de gevorderde opheffing van het stakingsbevel ten gronde beslist. Het onderdeel dat ervan uitgaat dat de beoordelingsbevoegdheid van de voorzitter op grond van voormeld artikel deze is van artikel 584 Ger.W. faalt naar recht (Cass., 8 november 2007, C.06.0624.N; zie ook Cass., 16 januari 2009, C.06.0480.N.).

2. Het zesde lid van voormeld artikel 154 bepaalt: “De betrokkene kan in kort geding de opheffing van de maatregel vorderen tegen het Vlaamse Gewest. De vordering wordt gebracht voor de voorzitter van de rechtbank van eerste aanleg in het ambtsgebied waarvan het werk en de handelingen werden uitgevoerd”. De rechter beslist ten gronde over de vordering tot opheffing en toetst hierbij het bevel op zijn externe en interne wettigheid, en mag hierbij nagaan of het bevel een preventieve aard heeft dan wel berust op een machtsoverschrijding. Het onderdeel berust op de onjuiste stelling dat de rechter die vaststelt dat een gebouw dat werd opgetrokken of afgewerkt in strijd met een eerder stakingsbevel de voormelde toetsing niet mag doen en inzonderheid niet mag oordelen of het stakingsbevel niet kennelijk onredelijk was (Cass., 16 januari 2009, C.06.0480.N.).

Raad van State

Jens Debièvre

Jurgen Neuts

ARREST nr. 179.254 – 1 februari 2008 – VIIe K Inzake: Tijdelijke vereniging Electrabel- Ondernemingen Jan De Nul – nv Electrabel Se- anergy t/ Belgische Staat

Zetel: de hh. Hellin, Lust en Brewaeyts (verslaggever)
Auditoraat: de h. Clement (eensluidend advies)

*Milieurecht (Vl.) – Zeewater – Bescherming mariene
milieu – Natuurbehoud*

De verzoekende partijen zijn vennootschappen wier activiteit bestaat uit het oprichten en uitbaten van windturbines in zeegebieden en uit het produceren, transporteren, omvormen en distribueren van elektriciteit afkomstig uit windturbines in de zeegebieden. Artikel 10, 1°, van het bestreden besluit verbiedt in de speciale zones voor natuurbehoud activiteiten van burgerlijke bouwkunde, zodat het oprichten van windturbines in dergelijke zones onmogelijk wordt gemaakt. De verzoekende partijen hebben belang bij het bestrijden van een reglementair besluit dat de mogelijkheid om hun commerciële activiteiten uit te oefenen ernstig inperkt. Noch de afloop van het beroep van de verzoekende partijen tegen het ministerieel besluit van 25 juli 2005 tot intrekking van de bouwvergunning en de exploitatievergunning voor de Vlakte van de Raan (zaak nr. A 166.306/VII- 34.634), noch het lot van de domeinconcessie van 27 maart 2002 zijn terzake relevant.

Zoals reeds in het arrest nr. 147.047 van 30 juni 2005, dat hoger werd vermeld onder punt 1.4., werd aangenomen, bestaat er geen juridische verplichting bestaat om de Vlakte van de Raan als speciale beschermingszone af te bakenen op grond van de Habitatrichtlijn. Dit betekent evenwel niet dat de verwerende partij dit gebied niet mag beschermen. Een correcte toepassing van de Richtlijn 79/409/EEG brengt mee dat indien een gebied duidelijk veel meer in aanmerking komt om van speciale beschermingsstatus te genieten, bijvoorbeeld omwille van het aantal vogels, de zeldzaamheid van de vogels of de ecologische kenmerken van het gebied, men dit gebied en niet een ander dat veel minder in aanmerking komt voor bescherming zal moeten afbakenen. De aanwijzing van een beschermingsgebied moet steunen op

wetenschappelijke criteria die voor het betrokken gebied concreet moeten worden getoetst.

Ten dezen stelt de verwerende partij dat zij zich heeft laten leiden door de omstandigheden dat de Nederlandse overheid zich voorneemt om de kustzee voor Nederland, met inbegrip van het Nederlandse deel van de Vlakte van de Raan, als habitatgebied te beschermen en dat de Vlaamse minister voor Leefmilieu vraagt om voor het Belgische deel van de Vlakte van de Raan hetzelfde te doen in het licht van het op 11 maart 2005 afgesloten Derde Memorandum van Overeenstemming tussen Vlaanderen en Nederland.

Uit de gegevens van de zaak blijkt echter een opvallend verschil in de gevolgde werkwijze voor het aanduiden in het bestreden besluit van de drie speciale beschermingszones en de speciale zone voor natuurbehoud “Trapegeer Stroombank Gebied” enerzijds en de speciale zone voor natuurbehoud “Vlakte van de Raan” anderzijds.

De aanwijzing van de vier eerste zones wordt in de aanhef van het bestreden besluit verantwoord door een opsomming van wetenschappelijke criteria zoals het aantal vogels, de zeldzaamheid van de vogels of de ecologische kenmerken van het gebied. De aangehaalde gegevens gaan klaarblijkelijk terug op de wetenschappelijke adviezen van de Beheerseenheid van het Mathematisch Model van de Noordzee (BMM), het Instituut voor Natuurbehoud en het Onderzoekscentrum voor Zeevisserij en het Departement mariene ecologie van de Universiteit Gent, waarnaar eveneens in de aanhef wordt verwezen. Voor de aanwijzing van de “Vlakte van de Raan” in de aanhef van bestreden besluit wordt als enige specifieke verantwoording het volgende overwogen :

“Overwegende de aanduiding van de Vlakte van de Raan als speciale zone voor natuurbehoud in het voorstel van de Projectdirectie Ontwikkelingsschets Schelde-estuarium in haar scenario 2010 en het grensoverschrijdend karakter van deze zandbank”.

Als recente wetenschappelijke gegevens voor de aanduiding van de Vlakte van de Raan verwijst de verwerende partij in haar memorie van antwoord naar het rapport “Gebieden met bijzondere ecologische waarden op het Nederlands Continentaal Plat” dat in april 2005 in opdracht van het Nederlands ministerie van Landbouw, Natuur en Voedselkwaliteit en het

Nederlands ministerie van Verkeer en Waterstaat is opgemaakt.

Het blijkt niet – en de verwerende partij beweert zelfs niet – dat in deze studie het Belgische deel van de Vlake van de Raan werd onderzocht. In de Nederlandse studie wordt verwezen naar het voorstel in de enkele maanden eerder opgemaakte ontwikkelingschets 2010 voor het Schelde-estuarium om de Vlake van de Raan als speciale beschermingszone aan te wijzen in het kader van de Habitatrichtlijn. Er zijn echter doorslaggevende verschillen in de beide situaties.

In de studie werd er van uitgegaan dat België op het Belgische deel van de Vlake van de Raan een windmolenpark zou bouwen. De Nederlandse regelgeving maakt het echter mogelijk om binnen een beschermingszone van de Habitatrichtlijn een windmolenpark op te richten om “dwingende redenen van groot openbaar belang”. Het bestreden besluit maakt dit evenwel niet mogelijk binnen de speciale zones voor natuurbehoud. In de Nederlandse studie wordt ook voorgesteld om het gehele zeegedeelte dat aansluit bij het Schelde-estuarium te beschermen, terwijl in artikel 8, 2°, van het bestreden besluit een gebied wordt afgebakend van slechts 19,17 km². Om deze redenen kan de voormelde studie niet beschouwd worden als de wetenschappelijke verantwoording voor de aanduiding van het Belgische deel van de Vlake van de Raan als speciale zone voor natuurbe-

houd.

Van de studies die de verwerende partij nu bij haar laatste memorie neerlegt blijkt niet dat het bestreden besluit erop gebaseerd zou zijn, te meer daar het rapport “De Vlake van de Raan van onder het stof gehaald” dateert van 13 oktober 2006, dit is één jaar na het bestreden besluit.

Indien de redenering die de verwerende partij in haar laatste memorie ontwikkelt wordt gevolgd, namelijk dat de afbakening in artikel 8, 2°, van het bestreden besluit afdoende wordt verantwoord door de samenhang met het in Nederland beschermde habitatgebied, dan zou ook in België het gehele zeegedeelte dat aansluit bij het Schelde-estuarium beschermd moeten worden. Artikel 8, 2°, van het bestreden besluit vat de Vlake van de Raan evenwel binnen zeer nauwe grenzen waarvoor tot op vandaag geen verantwoording op grond van wetenschappelijke criteria voorligt.

De verwerende partij geeft niet aan op welke wetenschappelijke criteria de afbakening van artikel 8, 2°, van het bestreden besluit gesteund werd. In het kader van een beroep tot nietigverklaring moet, noch mag de Raad van State afzien – zoals in de memorie van antwoord door de verwerende partij gevraagd – van de vernietiging van de aangevochten bepaling op grond van “belangenafweging of het algemeen belang”.

(Vernietiging)

Afdeling Wetgeving van de Raad van State

Jan Smets

Greet Verberckmoes

ADVIES NR. 44.521/AV – 20 mei 2008 *Parl. St., Senaat, 2007-2008, nr. 351/2*

Zetel: de hh. Andersen, eerste voorzitter van de Raad van State, Van Damme en Kreins, kamervoorzitters, Baert, Smets, Vander-noot, Jaumotte, mevr. Baguet, de hh. Seutin en Van Vaerenbergh, staatsraden, Cousy, Velaers, Rigaux, Bosly, Keutgen en de Leval, assessoren

Auditoraat: de hh. Wimmer en Steen, auditeurs

Advies over een voorstel van wet “houdende toe-passing van de scheiding van de Staat en de religi-euze of niet-confessionele levensbeschouwelijke or-ganisaties of gemeenschappen” (uittreksel)

1. Bevoegdheidsverdeling Staat, Gemeenschappen en Gewesten – Algemeen – Implementatie grondrechten

2. BUPO-verdrag, art. 18 / EVRM, art. 9 / Grondwet, artt. 19, 20 en 21 – Godsdienstvrijheid – Verhouding Kerk – Staat

3. Grondwet – Artikel 167 – Buitenlandse betrekkin-gen – bevoegdheid Koning

4. Openbaar ambt – Neutraliteit – Uiterlijke tekens

BUPO-verdrag, artt. 18 en 19 / EVRM, artt. 9 en 10 / Grondwet, art. 19 – Beperkingen aan vrijheid van godsdienst en meningsuiting

5. Grondwet, artt. 19 en 20 / EVRM, art. 9 – Belem-mering uitoefening eredienst – Strafbaarstelling

(...)

DE STREKKING VAN HET WETSVOOR- STEL

Het wetsvoorstel, dat volgens de toelichting “ertoe (strekt) de algemene principes gesteld in de artike-len 19, 20 en 21 van de Grondwet te verduidelijken”, bevat een reeks regels om de neutraliteit te garande-ren van de Staat in ruime zin, van de organen en het personeel van de Staat ten aanzien van de religieuze

en levensbeschouwelijke gemeenschappen en hun opvattingen.

Waarin de bedoeling van die bepalingen meer precies bestaat, zal uiteengezet worden ter gelegenheid van het onderzoek van de bijzondere opmerkin-gen over het voorstel.

ALGEMENE OPMERKING: DE BEVOEGD- HEID VAN DE FEDERALE OVERHEID

1. Het wetsvoorstel zou gelden voor alle openbare diensten, voor alle organen en personeelsleden ervan, alsook voor alle goederen die door hen beheerd wor-den.

Zoals uit de toelichting van het wetsvoorstel blijkt, heeft het tot doel de vrijheden vervat in de arti-kelen 19 tot 21 van de Grondwet te concretiseren en de naleving te garanderen van de beginselen van ge-lijkheid en niet-discriminatie die inzonderheid veran-kerd zijn in de artikelen 10 en 11 van de Grondwet¹ en, meer in het bijzonder wat de religieuze en niet-confessionele levensbeschouwingen betreft, in arti-kel 9 van het Europees Verdrag voor de rechten van de mens en artikel 18 van het Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten, alsook in andere internationale instrumenten.

Sommige van de regels die in het voorstel naar voren worden geschoven, kunnen tot gevolg hebben dat de vrijheid van mening, de vrijheid van eredienst, de gewetensvrijheid en de godsdienstvrijheid die in-zonderheid bij de voormelde bepalingen gegaran-deerd zijn, beperkt worden.

¹ Voor de gevolgen van deze bepalingen en van andere grond-wetsbepalingen, vooral van de artikelen 10, 11 en 181 van de Grondwet, voor de regeling die in België geldt voor de be-trekkingen tussen de Staat en de religieuze en levensbeschou-welijke gemeenschappen en de opvattingen van die gemeen-schappen (vooral voor de verschillende regeling die in België en in Frankrijk voor die kwesties geldt), zie M. Leroy, “L’État belge, État laïc”, *En hommage à Francis Delpérée – Itinéraires d’un constitutionnaliste*, Brussel-Parijs, Bruylant-LDGJ, 2007, blz. 833 tot 845, R. Torfs, “Church and State in France, Belgium and the Netherlands: Unexpected Similarities and Hidden Differences”, *Buy L. Rev.*, 1996, blz. 946.

2. Evenwel heeft zowel het Grondwettelijk Hof als de afdeling wetgeving van de Raad van State geoordeeld dat het aan elke wetgever staat om, binnen de eigen bevoegdheidssfeer, de grondrechten bepaald in hogere rechtsregels te concretiseren of daarop aanvaardbare beperkingen te stellen.²

Daaruit volgt dat de federale overheid de godsdienstvrijheid en de vrijheid van meningsuiting alleen kan beperken in aangelegenheden die onder haar bevoegdheid ressorteren, zodat ze, onder voorbehoud van de bijzondere opmerkingen die hierna uiteengezet

worden, het voorstel alleen kan aannemen als ze het tot die aangelegenheden beperkt.

3. Bijgevolg staat het in beginsel aan de gemeenschappen en de gewesten om zulke regels vast te stellen in de aangelegenheden waarvoor ze bevoegd zijn.³

Dat geldt inzonderheid voor het personeel van de deelentiteiten⁴, het onderwijzend personeel⁵ en het personeel van de instellingen van openbaar nut die tot de bevoegdheid van de deelentiteiten behoren^{6,7},

² Grondwettelijk Hof, nr. 54/96, 3 oktober 1996, B.9; nr. 124/99, 25 november 1999, B.4.4; nr. 124/2000, 29 november 2000, B.4.2; Raad van State, advies 25.131/VR van 18 november 1996 en 13 mei 1997 over een voorstel dat geleid heeft tot het decreet van 17 maart 1998 houdende regeling van het recht op vrije nieuwsgaring en de uitzending van korte berichtgeving door de omroepen (*Gedr. St.*, VI. Parl., 1995, nr. 82/2); advies 28.197/1, gegeven op 16 februari 1999 over een voorontwerp dat geleid heeft tot de wet van 7 mei 1999 op de gelijke behandeling van mannen en vrouwen ten aanzien van de arbeidsvoorwaarden, de toegang tot het arbeidsproces en de promotiekansen, de toegang tot een zelfstandig beroep en de aanvullende regelingen voor sociale zekerheid (*Gedr. St.*, Kamer, 1998-99, nr. 2057/1 en 2058/1); advies 30.462/2, gegeven op 16 november 2000 over het voorontwerp dat geleid heeft tot de wet van 25 februari 2003 ter bestrijding van discriminatie en tot wijziging van de wet van 15 februari 1993 tot oprichting van een Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding (*Gedr. St.*, Senaat, 1998-99, nr. 1341/1); advies 38.278/AV, gegeven op 16 mei 2006 over een voorstel van decreet houdende wijziging en aanvulling van het decreet van 28 februari 2003 betreffende het Vlaamse inburgeringsbeleid met een hoofdstuk VIII houdende het verbieden van het dragen van gelaatsverhullende gewaden, doorgaans aangeduid als «boerka» (*Gedr. St.*, VI. Parl., 2004-05, nr. 159/2, blz. 5 tot 13); advies 40.469/VR, gegeven op 22 juni 2006 over een voorontwerp van wet houdende toelating van de assistentiehonden tot de voor het publiek toegankelijke plaatsen en over een samenwerkingsakkoord tussen de Federale Staat, de Vlaamse Gemeenschap, het Waals Gewest, de Franse Gemeenschap, de Duitstalige Gemeenschap, de Gemeenschappelijke Gemeenschapscommissie en de Franse Gemeenschapscommissie betreffende de toegang van assistentiehonden tot de voor het publiek toegankelijke plaatsen; advies 40.620/VR en 40.621/VR, dat op dezelfde datum is gegeven over een voorontwerp dat geleid heeft tot het decreet van het Waals Gewest van 23 november 2006 betreffende de toegankelijkheid van de voor het publiek bestemde inrichtingen en installaties voor gehandicapte personen met een geleidehond (*Gedr. St.*, W. Parl., 2005-06, nr. 441/1) en over een voorontwerp van decreet «relatif à l'accessibilité aux personnes handicapées accompagnées de chiens d'assistance des établissements et installations destinés au public dans les matières réglées en vertu de l'article 138 de la Constitution»; advies 40.689/AV, 40.690/AV en 40.691/AV, gegeven op 11 juli 2006 over ontwerpen die geleid hebben tot de wet van 10 mei 2007 tot wijziging van de wet van 30 juli 1981 tot bestraffing van bepaalde door racisme of xenofobie ingegeven daden (*Gedr. St.*, Kamer, 2006-07, nr. 2720/1, blz. 79 tot 108), de wet van 10 mei 2007 ter bestrijding van discriminatie tussen vrouwen en mannen (*Gedr. St.*, Kamer, 2006-07, nr. 2721/1, blz. 84 tot 113) en de wet van 10 mei 2007 ter bestrijding van bepaalde vormen van discriminatie (*Gedr. St.*, Kamer, 2006-07, nr. 2722/1, blz. 97 tot 126).

³ Wanneer in dit advies sprake is van de gemeenschappen en de gewesten, kunnen ook de Franse Gemeenschapscommissie en de Gemeenschappelijke Gemeenschapscommissie beschouwd worden als daarmee bedoeld in het licht van de opdrachten van bevoegdheid die voortvloeien uit de artikelen 135 en 138 van de Grondwet en van de wetteksten en teksten van decreet die aangenomen zijn op grondslag van die bepalingen, te weten voornamelijk de artikelen 60, vierde lid, en 63 van de bijzondere wet van 12 januari 1989 met betrekking tot de Brusselse instellingen, alsook het artikel 3 dat gemeenschappelijk is aan decreet nr. II van de Franse Gemeenschap van 19 juli 1993 tot toekenning van de uitoefening van sommige bevoegdheden van de Franse Gemeenschap aan het Waalse Gewest en de Franse Gemeenschapscommissie en aan decreet nr. III van de Franse Gemeenschapscommissie van 22 juli 1993 met hetzelfde opschrift. Zo ook wordt, wanneer melding wordt gemaakt van de bepalingen waarbij aan de gemeenschappen en de gewesten bevoegdheden worden opgedragen, die voornamelijk voorkomen in de bijzondere wet van 8 augustus 1980 tot hervorming der instellingen, eveneens verwezen, binnen de grenzen van de artikelen 127, § 2, en 128, § 2, van de Grondwet, naar de voormelde bepalingen van de voornoemde bijzondere wet van 12 januari 1989 en van de voornoemde decreten van 19 en 22 juli 1993, alsook, wat het Franse taalgebied betreft, naar artikel 3 van decreet nr. II van het Waals Gewest van 22 juli 1993 betreffende de overheveling van sommige bevoegdheden van de Franse Gemeenschap naar het Waalse Gewest en de Franse Gemeenschapscommissie, en, wat het Duitse taalgebied betreft, naar de decreten houdende overdracht van bevoegdheid van het Waals Gewest naar de Duitstalige Gemeenschap, uitgevaardigd op grond van artikel 139 van de Grondwet.

⁴ Artikel 87 van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 tot hervorming der instellingen.

⁵ Artikelen 127, § 1, eerste lid, 2°, en 130, § 1, eerste lid, 3°, van de Grondwet.

⁶ Artikel 9 van de voormelde bijzondere wet van 8 augustus 1980.

⁷ Er dient evenwel rekening te worden gehouden met het feit dat de Koning, in het kader van Zijn bevoegdheden inzake ambtenarenrecht en bij wijze van «algemene principes van het administratief en geldelijk statuut van het Rijkspersoneel, welke van rechtswege van toepassing zullen zijn op het personeel van de Gemeenschappen en de Gewesten, evenals op het personeel van de publiekrechtelijke rechtspersonen die afhangen van de Gemeenschappen en de Gewesten, met uitzondering van het personeel bedoeld in artikel 17 van de Grondwet», principes tot het aanwijzen waarvan Hij gemachtigd is op grond van artikel 87, § 4, van de voornoemde bijzondere wet van 8 augustus 1980, regels kan vaststellen die betrekking hebben op de rechten en plichten van de betrokken personeelsleden; die regels kunnen, zoals in de artikelen 3 tot 8 van het koninklijk besluit van 22 december 2000 tot bepaling van de algemene principes, een onderdeel bevatten waarbij de rechten en vrijheden van die personen op aanvaardbare wijze worden beperkt of geconcretiseerd. De besluiten die door de



alsook voor de goederen die door de deeltentiteiten worden beheerd.⁸

Voorts zijn de gewesten in beginsel bevoegd voor het personeel van de lokale besturen en de goederen die door hen worden beheerd.⁹

Daaruit volgt dat de werkingssfeer van het wetsvoorstel aldus moet worden herzien dat niet voorbijgegaan wordt aan de verdeling van de bevoegdheid tussen de federale overheid en de deeltentiteiten.

Zo bijvoorbeeld dienen in artikel 6, tweede lid, de woorden “of die geïntegreerd zijn in monumenten of geklasseerde landschappen” te vervallen, omdat de gewesten bevoegd zijn voor monumenten en landschappen.¹⁰ Wat betreft de musea waarvan in diezelfde bepaling sprake is, oefent de federale overheid haar bevoegdheden alleen uit op het grondgebied van het tweetalige gebied Brussel-Hoofdstad in de biculturele aangelegenheden.¹¹ In tegenstelling tot de indruk die in de toelichting van het wetsvoorstel wordt gewekt, kan het wetsvoorstel overigens niet gelden voor begraafplaatsen, aangezien alleen de gewesten bevoegd zijn voor begraafplaatsen en lijkbezorging.¹²

4. Het is onder dat voorbehoud dat dit advies gegeven wordt.

BIJZONDERE OPMERKINGEN

Artikel 2

1. Artikel 2 van het voorstel bepaalt:

“Religieuze voorschriften kunnen het volwaardige genieten en uitoefenen van de burgerrechten en politieke rechten niet in de weg staan. Ze kunnen evenmin een reden opleveren om deze rechten niet te moeten eerbiedigen.

Geen religieus voorschrift kan worden aangevoerd als rechtvaardigingsgrond, noch ter verschoning van het plegen van een strafrechtelijke inbreuk”.

2. Uit de toelichting bij deze bepaling blijkt dat de indieners uitsluitend beogen aan te geven dat, bij een conflict tussen juridische regels en religieuze voorschriften, de statelijke regels voorrang hebben. In die zin begrepen, kunnen de bedoelingen van de indieners van het voorstel worden bijgetreden. Elke natuurlijke persoon of rechtspersoon is immers verplicht de wet-

ten van dwingend recht na te leven. In beginsel kan hij er zich niet om louter religieuze motieven aan onttrekken.

Zoals ze onderzocht is, kan de voorliggende bepaling op zich worden aanvaard.

Door de zeer algemene draagwijdte die het voorgestelde lijkt te hebben, rijzen er desalniettemin enkele vragen.

3. In de eerste plaats, dient eraan herinnerd te worden dat zowel de internationale als de nationale rechtsorde ruimte laten voor de beleving van de godsdienstvrijheid.¹³ Voorzover de naleving van “religieuze voorschriften” binnen de beschermingssfeer van artikel 9 van het Europees Verdrag voor de rechten van de mens, artikel 18 van het Internationaal Verdrag voor burgerrechten en politieke rechten en artikel 19 van de Grondwet valt¹⁴, gaat het m.a.w. niet alleen om een conflict tussen louter religieuze voorschriften en juridische regels. Het gaat dan ook om de verhouding tussen de wet enerzijds en de Grondwet en het internationaal recht anderzijds. Mochten rechtsbepalingen de vrijheid van mening, de vrijheid van gedachte, de gewetensvrijheid en de godsdienstvrijheid beperken op een wijze die onverenigbaar is met artikel 9 van

¹³ Zo bepaalt artikel 9 van het Europees Verdrag voor de rechten van de mens dat eenieder het recht heeft op vrijheid van gedachte, geweten en godsdienst. Dit recht omvat o.m. het recht om hetzij alleen, hetzij met anderen ofwel in het openbaar als in zijn particuliere leven zijn godsdienst of overtuiging te belijden door de eredienst, door het onderwijzen ervan, door de praktische toepassing ervan en het onderhouden van de geboden. Die vrijheid is niet absoluut. Ze kan aan beperkingen worden onderworpen voor zover deze bij de wet zijn voorzien en nodig zijn in een democratische samenleving voor de openbare orde, gezondheid of zedelijkheid of de bescherming van de rechten en vrijheden van anderen. Artikel 18 van het Internationaal Verdrag voor burgerrechten en politieke rechten houdt een gelijkaardige bepaling in. Ook artikel 19 van de Grondwet waarborgt de “vrijheid van eredienst en de vrije openbare uitoefening ervan” “behoudens bestraffing van de misdrijven die ter gelegenheid van het gebruik maken van die vrijheden worden gepleegd”. Uit het arrest van het Grondwettelijk Hof nr. 31/2000, van 21 maart 2000, blijkt dat artikel 19 van de Grondwet dient te worden samengelezen met artikel 9 van het Europees Verdrag voor de rechten van de mens (Grondwettelijk Hof, nr. 31/2000, 21 maart 2000, B.2.9).

¹⁴ In de rechtspraak van de Europese Commissie en van het Europees Hof voor de rechten van de mens wordt een onderscheid gemaakt tussen daden die de “uitdrukkelijke expressie” zijn van een godsdienst of levensbeschouwing en deze die er slechts door zijn “beïnvloed of gemotiveerd” (ECRM, nr. 7050/75, *Arrowsmith t. Verenigd Koninkrijk*, 12 oktober 1978, *D&R*, 19, p. 49, § 71, over het uitdelen door een pacifiste van pamfletten tegen de militaire aanwezigheid van het Verenigd Koninkrijk in Noord-Ierland; EHRM, *Bruno t. Zweden*, 28 augustus 2001; *Lundberg t. Zweden*, 28 augustus 2001, waarin het Hof oordeelde dat het betalen van een belasting niet kan worden beschouwd als het “belijden” van een godsdienst; *Pichon en Sajous t. Frankrijk*, 2 oktober 2001, i.v.m. de weigering van twee apothekers om contraceptiepillen te verkopen, wel ingegeven door de religieuze overtuiging, doch geen rechtstreekse uitdrukking ervan).

→

regeringen van de gemeenschappen of gewesten uitgevaardigd worden inzake het statuut van de ambtenaren moeten dit juridisch kader respecteren.

⁸ Artikel 12 van de voornoemde bijzondere wet van 8 augustus 1980.

⁹ Artikel 6, § 1, VIII, 1°, van de voornoemde bijzondere wet van 8 augustus 1980.

¹⁰ Artikel 6, § 1, I, 7°, van de voornoemde bijzondere wet van 8 augustus 1980.

¹¹ Artikel 127, § 2, van de Grondwet.

¹² Artikel 6, § 1, VIII, 7°, van de voornoemde bijzondere wet van 8 augustus 1980.

het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens, artikel 18 van het Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten en artikel 19 van de Grondwet, dan zou de voorliggende bepaling niet geïnterpreteerd mogen worden als een machtiging om zulke rechtsbepalingen te laten gelden.

4. De vraag rijst ook in welke mate de indieners van het voorstel beogen een wijziging aan te brengen in de werkingssfeer van artikel 71 van het Strafwetboek. Dat artikel bepaalt dat er geen misdrijf is “wanneer de beschuldigde of de beklaagde op het ogenblik van het feit in staat van krankzinnigheid was of wanneer hij gedwongen werd door een macht die hij niet heeft kunnen weerstaan.” Dit artikel laat het thans aan de appreciatie van de strafrechter over om, rekening houdend met alle concrete omstandigheden van de zaak, te oordelen of er sprake is van een “macht waaraan de dader niet heeft kunnen weerstaan”¹⁵, zonder dat het daarbij *a priori* wordt uitgesloten dat ooit ook motieven van religieuze aard worden in aanmerking genomen. Indien het de bedoeling is de werkingssfeer van het artikel 71 van het Strafwetboek te beperken, rijst de vraag naar de verantwoording van deze beperking in het licht van het discriminatieverbod, aangezien slechts het beroep op religieuze motieven wordt uitgesloten en niet het beroep op bv. levensbeschouwelijke of culturele motieven.

5. Tenslotte rijst de vraag welke de verhouding is tussen artikel 2 van het wetsvoorstel en artikel 350, tweede lid, 6°, eerste lid, van het Strafwetboek, waarin is bepaald dat geen geneesheer, geen verpleger of verpleegster, geen lid van het paramedisch personeel kan gedwongen worden medewerking te verlenen aan een zwangerschapsafbreking, artikel 14, tweede en derde lid, van de wet van 28 mei 2002 betreffende de euthanasie, waarin is bepaald dat geen arts kan worden gedwongen euthanasie toe te passen en dat geen andere persoon kan worden gedwongen mee te werken aan het toepassen van euthanasie, en gelijkaardige bepalingen die beogen de gewetensvrijheid van bv. het medisch, verplegend en paramedisch personeel te waarborgen. Alhoewel er in de toelichting bij het voorstel geen aanwijzingen zijn dat het de bedoeling is deze bepalingen impliciet te wijzigen, is het, gelet op de algemene formulering van artikel 2, nodig terzake duidelijkheid te verschaffen, teneinde het gewetensvrijheid van de betrokkenen te waarborgen.

Artikel 3

1. Artikel 3 bepaalt:

¹⁵ Zie C. Van den Wijngaert, *Strafrecht, strafprocesrecht & Internationaal strafrecht, in hoofdlijnen*, vijfde herwerkte uitgave, 2003, Maklu, p. 280 e.v.

“Publiekrechtelijke rechtspersonen mogen noch rechtstreeks, noch onrechtstreeks, officiële plechtigheden organiseren of eraan deelnemen, als deze naar een religieuze of niet-confessionele levensbeschouwing verwijzen, in het bijzonder wegens het tijdstip of de plaats.”

Doordat de bepaling in het algemeen geredigeerd is, is ze van toepassing op alle plechtigheden die kunnen worden georganiseerd door overheden die onder de bevoegdheid van de federale overheid vallen.

(...)

3. Publiekrechtelijke rechtspersonen zijn juridische ficties en kunnen dus niet aan officiële plechtigheden deelnemen.

De indieners van het wetsvoorstel kunnen hier alleen maar de natuurlijke personen hebben bedoeld die deze rechtspersonen vertegenwoordigen, dit wil zeggen hun organen.

De vraag rijst evenwel welke regels van toepassing zouden zijn op personen die in de hoedanigheid van organen van deze rechtspersonen functies uitoefenen, maar die strikt privé deelnemen aan de plechtigheden waarvan in de onderzochte bepaling sprake is.

Enerzijds houdt de vrijheid van godsdienst van deze personen in dat ze het recht hebben om een religieuze plechtigheid bij te wonen; anderzijds zou het gekunsteld kunnen lijken ter zake een onderscheid te maken naargelang de personen die zulke plechtigheden bijwonen, georganiseerd door openbare overheden en waarbij verwezen wordt naar een religieuze of niet-confessionele levensbeschouwing, dit officieel of privé zouden doen, daar deze plechtigheden hoe dan ook voortaan onwettig zouden zijn, ook al is deze onwettigheid niet strafrechtelijk.

De wetgever zou duidelijker moeten aangeven of hij voornemens is ook te verbieden dat personen die een openbare functie uitoefenen strikt privé deelnemen. Indien zulks het geval is, zou hij deze beperking van hun godsdienstvrijheid moeten rechtvaardigen.

4. Fundamenteler nog, de aandacht moet erop worden gevestigd dat zoals de onderzochte bepaling geredigeerd is, ze de organen van de Belgische Staat zou beletten officiële plechtigheden bij te wonen georganiseerd door vreemde Staten of door de organen van deze Staten, ongeacht het niveau (federaal, gewestelijk, provinciaal, gemeentelijk niveau, enz.), die “naar een religieuze of niet-confessionele levensbeschouwing verwijzen, in het bijzonder wegens het tijdstip of de plaats”, zoals dit vrij vaak het geval is, inzonderheid in de staten waar geen systeem van scheiding tussen de Staat en de religieuze en niet-confessionele levensbeschouwingen bestaat, van welke scheiding het wetsvoorstel de afspiegeling is. Dit zou zowel gelden voor in het buitenland georganiseerde officiële

plechtigheden als, in voorkomend geval, voor officiële plechtigheden in België zelf.¹⁶

Indien dit het geval zou zijn, zou dit de overheden van het land beslist in grote moeilijkheden brengen wegens de noodzaak, inzonderheid bepaald bij artikel 167 van de Grondwet, om te zorgen voor de internationale betrekkingen van het Rijk met andere Staten. Aangezien dit niet de bedoeling kan zijn, zou de tekst moeten worden herzien om zich te beperken tot het verbod op het bijwonen van door Belgische autoriteiten georganiseerde plechtigheden.

Artikel 4

1. Artikel 4 bepaalt:

“De protocollisten van de publieke overheden en de reglementering die eruit voortspuit, verlenen van rechtswege voorrang aan de gestelde lichamen en aan de burgerlijke overheden. Desgevallend kennen zij aan de vertegenwoordigers van de confessionele of niet-confessionele levensbeschouwelijke gemeenschappen dezelfde rangorde toe. De titel van deken van het diplomatiek korps, de bij de Koning geaccrediteerde korpsverster, wordt toegekend aan de diplomaat met het grootst aantal dienstjaren in de functie.”

2. Krachtens artikel 167, § 1, eerste lid, van de Grondwet heeft de Koning de leiding van de buitenlandse betrekkingen. Hieruit volgt dat het Hem toekomt te besluiten vreemde staten te erkennen en er diplomatieke betrekkingen mee te onderhouden. Het staat dus eveneens aan Hem de orde van voorrang van de hoofden van diplomatieke zendingen te bepalen.

De derde zin van de onderzochte bepaling, die betrekking heeft op de toekenning van de titel van deken van het diplomatiek korps, de bij de Koning geaccrediteerde korpschef, maakt inbreuk op een prerogatief van het Staatshoofd en moet dus vervallen.

Artikel 5

1. Artikel 5 van het voorstel bepaalt:

“De overheidsbeambten onthouden zich in de uitoefening van hun functies van elke uiterlijke manifestatie van een niet-confessionele of religieuze levensbeschouwing of van een voorkeur voor een gemeenschap of partij”.

2. Uit de toelichting blijkt dat de indieners van het voorstel aldus het neutraliteitsbeginsel met betrekking tot de beambten en aangestelden van de overheden beogen te bevestigen.¹⁷

¹⁶ Dit zou bijvoorbeeld het geval kunnen zijn indien de ambassade van een vreemde Staat waar een officiële godsdienst is, in België een godsdienstoefening zou organiseren naar aanleiding van het overlijden van het staatshoofd van die Staat.

¹⁷ In dezelfde toelichting staat:

“Onder beambten of aangestelden van de overheden moet uiteraard worden verstaan eenieder die in dienst is van een overheid zowel in de organieke als in de functionele zin, overeenkomstig een statutaire of contractuele band, maar ook eenieder die de facto of de jure een opdracht van openbare dienst uitoefent of houder is van enig onderdeel van de openbare macht.”



De neutraliteit van de overheid is inderdaad een constitutioneel beginsel dat weliswaar niet als zodanig in de Grondwet zelf is opgenomen doch dat ten nauwste samenhangt met het discriminatieverbod in het algemeen en het beginsel van benuttingsgelijkheid van de openbare dienst in het bijzonder. In een democratische rechtsstaat dient de overheid neutraal te zijn¹⁸, omdat zij de overheid is van en voor alle burgers en omdat zij deze in beginsel gelijk dient te behandelen zonder te discrimineren op grond van hun religie, hun levensbeschouwing of hun voorkeur voor een gemeenschap of partij. Om die reden mag dan ook van de overheidsbeambten worden verwacht dat ook zij zich in de uitoefening van hun functie t.a.v. de burgers strikt houden aan deze neutraliteit en aan het beginsel van de benuttingsgelijkheid.¹⁹

3. Het voorstel beoogt echter niet alleen de neutraliteit in de uitoefening van de functie zelf op te leggen doch ook de neutraliteit in de “uiterlijke manifestaties” van de betrokken overheidsbeambten. Daarmee wordt wellicht vooral bedoeld dat de betrokken overheidsbeambten geen kleding mogen dragen of tekens mogen vertonen waaruit hun voorkeur blijkt voor een bepaalde niet-confessionele of religieuze levensbeschouwing of voor een gemeenschap of een partij. Het voorstel impliceert dat de vrijheid van de overheidsbeambten om door “uiterlijke manifestaties” hun voorkeur te uiten wordt beperkt.

Om die reden dient te worden nagegaan of voldaan is aan de voorwaarden die in de Grondwet en in



Die laatste verduidelijking ontbreekt in het dispositief, waar alleen sprake is van “overheidsbeambten”. Zoals de bepaling thans geformuleerd is, kan ze dus, de navolgende opmerkingen uitgezonderd, alleen toepassing vinden op de openbare overheid in de organieke betekenis van de term. Als ze zou worden gewijzigd om eveneens te gelden voor privaatrechtelijke instellingen, dan zou ze een soortgelijke opmerking behoeven als die welke verderop aangaande artikel 6 van het voorstel onder nr. 2 wordt gemaakt.

¹⁸ In die zin bv. advies 44.351/1/2/3/4 gegeven op 21 april 2008 over een voorontwerp van wet houdende diverse bepalingen (I), opmerking over artikel 40 van het voorontwerp (*Gedr. St.*, Kamer, 2007-08, nr. 52-1200/1, blz. 249).

¹⁹ Over het in aanmerking nemen van het neutraliteitsbeginsel in de door de Staat uitgeoefende functies, zie de rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens, inzonderheid: EHRM, Dahlab t. Zwitserland (besliss.), 15 februari 2001; Grote Kamer, Folgero e.a. t. Noorwegen, 29 juni 2007, § 84; Kurtulmus (besliss.), 24 januari 2006. In het arrest Folgero e.a. t. Noorwegen, gewezen in een zaak betreffende de verplichting om de religieuze en levensbeschouwelijke opvattingen in acht te nemen in het kader van het recht op onderwijs gewaarborgd door artikel 2 van Protocol nr. 1 bij het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens, bevestigt het Hof dat de plicht van de Staat, namelijk “respecter les convictions, tant religieuses que philosophiques, des parents [...]”, est d’application large car il vaut [...] aussi dans l’exercice de l’ensemble des «fonctions» assumées par l’Etat” (EHRM, Folgero e.a. t. Noorwegen, 29 juni 2007, § 84).

de internationale verdragen zijn gesteld aan de beperking van de vrijheid van meningsuiting enerzijds en de vrijheid van godsdienst en levensbeschouwing anderzijds. Deze beperkingsvoorwaarden zijn bepaald in artikel 19 van de Grondwet, in de artikelen 9, lid 2, en 10, lid 2, van het Europees Verdrag voor de rechten van de mens en in de artikelen 18, lid 3, en 19, lid 3, van het Internationaal Verdrag voor burgerrechten en politieke rechten. Uit deze bepalingen volgt dat de beperkingen aan de vrijheid van godsdienst en levensbeschouwing en aan de vrijheid van meningsuiting bij wet dienen te zijn voorzien, dat ze nodig dienen te zijn een democratische samenleving en dat ze in het belang dienen te zijn van één van de rechtsgoederen die uitdrukkelijk in die bepalingen is genoemd.²⁰

Uit de rechtspraak van het Europees Hof voor de rechten van de mens blijkt dat het Hof het belang van het religieus en levensbeschouwelijk pluralisme in een democratische samenleving benadrukt. De in artikel 9 van het Europees Verdrag voor de rechten van de mens gewaarborgde vrijheid van godsdienst en levensbeschouwing impliceert ook het recht om die godsdienst of levensbeschouwing te manifesteren. Het Hof stelt:

“Si la liberté religieuse relève d’abord du for intérieur, elle implique de surcroît, notamment, celle de manifester sa religion. Le témoignage, en paroles et en actes, se trouve lié à l’existence de convictions religieuses”.²¹

Het Hof acht het dan ook steeds nodig na te gaan of er werkelijk een “dwingende sociale behoefte”, “un besoin social impérieux”, een “pressing social need”, bestaat aan een beperking en of daarbij ook het evenredigheidsbeginsel wordt geëerbiedigd.

In zijn rechtspraak over het verbod om een hoofddoek te dragen, heeft het Hof steeds *in concreto* een afweging gemaakt van enerzijds de doelstelling die met het verbod wordt nagestreefd en anderzijds de weerslag die dit verbod op de vrijheid van godsdienst heeft.

Zo diende het Hof in zijn beslissing van 15 februari 2001 in de zaak Dahlab t. Zwitserland te oordelen over een verbod dat aan een onderwijzeres

in het basisonderwijs was opgelegd om de hoofddoek te dragen op school. Met het verbod beoogde de overheid de levensbeschouwelijke neutraliteit van de school en de rechten van de kinderen en hun ouders te handhaven. Het Hof oordeelde dat het verbod kon worden verantwoord en hield daarbij o.m. rekening met de lage leeftijd (4 tot 8 jaar) van de kinderen. Het Hof stelde:

“Partant, mettant en balance le droit de l’instituteur de manifester sa religion et la protection de l’élève à travers la sauvegarde de la paix religieuse, la Cour estime que dans les circonstances données et vu surtout le bas âge des enfants dont la requérante avait la charge en tant que représentante de l’Etat, les autorités genevoises n’ont pas outrepassé leur marge d’appréciation et que donc la mesure qu’elles ont prise n’était pas déraisonnable.”

Het was met andere woorden in het licht van de concrete omstandigheden dat het Hof oordeelde dat de Zwitserse overheid kon menen dat het hoofddoekverbod en het er op volgend ontslag van de leerkracht nodig waren ter bescherming van de “rechten van anderen”, de “openbare veiligheid” en de “openbare orde”.

Ook in de arresten van het Hof van 29 juni 2004 en van de Grote Kamer van het Hof van 10 november 2005 in de zaak Sahin t. Turkije, over het verbod voor studenten om de hoofddoek te dragen op de universiteit, vinden we een gelijkaardige afweging van de in het geding zijnde rechten, belangen en waarden terug, waarbij de specifieke politieke en religieuze context in Turkije van doorslaggevend belang was.²² Het Hof hield er met name rekening mee dat de neutraliteit van de Turkse Staat slechts een relatief recente verworvenheid is en dat er in Turkije extremistische groepen actief zijn die hun religieuze symbolen en hun religieus gefundeerde opvatting over de samenleving willen opleggen aan heel de samenleving. Het Hof aanvaardde dat in die omstandigheden de Staat van oordeel kan zijn dat een hoofddoekverbod nodig is, om te verhinderen dat religieuze fundamentalisten druk uitoefenen op anders- of niet-gelovige studenten of op islamitische studenten die de hoofddoek niet wensen te dragen.²³

²⁰ Wat de vrijheid van godsdienst en levensbeschouwing betreft gaat het om “de openbare veiligheid, de openbare orde, de gezondheid of zedelijkheid of de bescherming van de rechten en vrijheden van anderen” (artikel 9, lid 2, van het Europees Verdrag voor de rechten van de mens). Wat de vrijheid van meningsuiting betreft worden uitdrukkelijk genoemd: “s lands veiligheid, de bescherming van de openbare orde en het voorkomen van strafbare feiten, de bescherming van de gezondheid of de goede zeden, de bescherming van de goede naam of de rechten van anderen, de verspreiding van vertrouwelijke mededelingen te voorkomen of om het gezag en de onpartijdigheid van de rechterlijke macht te waarborgen” (artikel 10, lid 2, van het Europees Verdrag voor de rechten van de mens).

²¹ EHRM, Dahlab t. Zwitserland (besliss.), 15 februari 2001, nr. 42393/98.

²² “Vu le contexte décrit ci-dessus, c’est le principe de laïcité, tel qu’interprété par la Cour Constitutionnelle qui est la considération primordiale ayant motivé l’interdiction du port d’insignes religieux dans les universités. Dans un tel contexte, où les valeurs de pluralisme, de respect des droits d’autrui et, en particulier, d’égalité des hommes et des femmes devant la loi sont enseignées et appliquées dans la pratique, on peut comprendre que les autorités compétentes considèrent comme contraire à ces valeurs d’accepter le port d’insignes religieux y compris, comme en l’espèce, que les étudiantes se couvrent la tête d’un foulard islamique dans les locaux universitaires” (§ 110) (onze cursiveringen). Zie dezelfde passage in EHRM, Grote Kamer, Leyla Sahin t. Turkije, 10 november 2005, § 116.

²³ EHRM, Leyla Sahin t. Turkije, 29 juni 2004; EHRM, Grote Kamer, Leyla Sahin t. Turkije, 10 november 2005; zie ook

Tenslotte diende het Hof in zijn beslissing van 24 januari 2006 in de zaak Kurtulmus t. Turkije²⁴ te oordelen over het verbod opgelegd aan de docenten van het officieel en neutraal universitair onderwijs om de hoofddoek te dragen. Het Hof stelde enerzijds dat de Staat gelegitimeerd is om overheidsbeambten omwille van hun statuut te onderwerpen aan een verplichting tot discretie in de openbare uiting van religieuze overtuigen, doch voegde er anderzijds meteen aan toe dat ook de overheidsbeambten van de bescherming van artikel 9 van het Europees Verdrag voor de rechten van de mens genieten. Het komt er dus op aan, zoals het Hof stelt, te “rechercher si un juste équilibre a été respecté entre le droit fondamental de l’individu à la liberté de religion et l’intérêt légitime d’un État démocratique à veiller à ce que sa fonction publique œuvre aux fins énoncées à l’article 9 §2 [de la Convention]”.²⁵ Het Hof stelt in deze beslissing ook, zoals het al had gedaan in het arrest in de eerder vermelde zaak Leyla Sahin²⁶, dat, “lorsque se trouvent en jeu des questions sur les rapports entre l’État et les religions, sur lesquelles de profondes divergences peuvent raisonnablement exister dans une société démocratique, il y a lieu d’accorder une importance particulière au rôle du décideur national”. Dit laatste betekent echter niet dat deze nationale instantie, het weze zelfs de wetgever, ter zake over een algehele marge voor appreciatie beschikt. Uit het arrest blijkt immers dat deze om zijn optreden te verantwoorden niet alleen het bestaan moet aantonen van “de profondes divergences [pouvant] raisonnablement exister dans une société démocratique” “sur les rapports entre l’État et les religions”, maar dat daarenboven, zoals ook reeds bleek uit de rechtspraak van het Hof in de eerder vermelde zaken Dahlab t. Zwitserland en Leyla Sahin t. Turkije, bij het zoeken van een evenwicht tussen het recht van het individu en het belang van de Staat, rekening dient te worden gehouden met de omstandigheden van elke zaak. Zoals in het arrest in de zaak Leyla Sahin, legde het Hof in casu opnieuw, in haar beslissing Kurtulmus, de nadruk op de rol die het beginsel van de laïcité als “principe fondateur” speelt in de Turkse Staat. Tevens wees het op de loyaliteit die van

ambtenaren kan worden verwacht aan de basisbeginselen waarop de Staat rust en legde het meer bepaald de nadruk op het belang van de neutraliteit van het openbaar onderwijs. In de beslissing beklemtoont het Hof verder dat er in de Staten verschillende reglementeringen inzake het dragen van de hoofddoek kunnen bestaan en binnen de nationale marge voor appreciatie kunnen vallen.²⁷

Uit de rechtspraak van het Hof blijkt m.a.w. dat, ook al wordt er een zekere rol toegekend aan de nationale instantie die ter zake over de bevoegdheid beschikt, het niet gaat om een afweging *in abstracto*, doch wel om een afweging *in concreto*, waarbij rekening dient te worden gehouden met de specifieke omstandigheden waarin het hoofddoekverbod wordt uitgevaardigd, zoals bv. het ambt waarvoor het hoofddoekverbod geldt en met de constitutionele, politieke en religieuze context van de samenleving waarin het wordt uitgevaardigd.

Die noodzakelijk concrete benadering van een rechtscollage als het Europees Hof voor de rechten van de mens, betekent niet dat het de wetgever verboden zou zijn zich in die aangelegenheden te mengen, maar de regels die hij ter zake zou uitvaardigen moeten gemotiveerd kunnen worden met inachtneming van de zonet in herinnering gebrachte beginselen, willen ze de grondwettigheidsaanspraak en de aanspraak aan het verdragsrecht kunnen doorstaan. Bovendien lijkt uit de rechtspraak van het Europees Hof²⁸ te volgen dat het evenwicht dat er moet zijn tussen vrijheid van

→

reeds ECRM, nr. 16.278/90, Karaduman t. Turkije, 3 mei 1993.

²⁴ EHRM, Kurtulmus t. Turkije, 24 januari 2006 (besliss.). Zie ook later de beslissingen van 3 april 2007 van het Europees Hof in de zaken Karaduman t. Turkije, Tandogan t. Turkije, Caglayan t. Turkije en Yilmaz t. Turkije, telkens over het verbod de hoofddoek te dragen in het officieel onderwijs, waarbij het Hof enerzijds wees op het belang van het respect van de neutraliteit in het officieel onderwijs en anderzijds op de marge voor appreciatie die aan de Staten is gelaten.

²⁵ EHRM, Kurtulmus c. Turkije, 24 januari 2006.

²⁶ EHRM, Grote Kamer, Leyla Sahin t. Turkije, 10 november 2005, § 109.

²⁷ Zie over deze marge voor appreciatie en over de verschillen die er inzake de reglementering van de hoofddoeken in de verschillende Staten bestaan: A. Nieuwenhuis, “European Court of Human Rights: State and Religion, Schools and Scarves. An Analysis of the Margin of Appreciation as Used in the Case of Leyla Sahin v. Turkey”, *Eur. Const. L. Rev.*, 2005, 495. Er dient te worden benadrukt dat de beoordelingsmarge die het Europees Hof voor de Rechten van de Mens aan de staten lijkt te laten inzake de relatie tussen de Staat en de godsdiensten en de levensbeschouwelijke opvattingen, moet worden gezien binnen het bestek van de subsidiaire toetsing die dit Europees Hof verricht ten aanzien van de interne praktijken en dat ze in het interne recht dus niet noodzakelijkerwijs betekent dat, in het kader van de preventieve toetsing verricht door de afdeling wetgeving van de Raad van State en van de toetsing die eventueel *a posteriori* verricht wordt door het Grondwettelijk Hof, geen striktere eis wordt gesteld wat betreft naleving van de grondwettelijke beginselen verbonden aan de vrijheid van denken, meningsuiting en godsdienst. Evenzo komt het beginsel van neutraliteit van de Staat hoofdzakelijk voor in de rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens in verband met het recht op onderwijs en is het niet zeker dat het dezelfde betekenis heeft voor de andere functies van de Staat, en dit des te minder daar dit beginsel, zoals hierboven uiteengezet, verenigbaar moet zijn met de vereisten van godsdienstvrijheid en gewetensvrijheid.

²⁸ Zie inzonderheid EHRM, Grote Kamer, Leyla Sahin t. Turkije, 10 november 2005, § 109, wat betreft een algemeen voorschrift uitgevaardigd door het universiteitsbestuur betreffende het dragen van een kledingstuk of een voorwerp van religieuze signatuur.

godsdienst en de dwingende omstandigheden die verklaren waarom de Staat gegronde redenen tot inmeniging heeft, zoals genoemd in de leden 2 van de artikelen 9 en 10 van het Europees Verdrag voor de rechten van de mens, alleen door desbetreffende wetgeving mag worden geregeld, wanneer het – niet misschien, maar daadwerkelijk en beslist – gaat om moeilijkheden wegens bijvoorbeeld het in gevaar komen van de neutraliteit van de Staat in ruime zin en van zijn organen.²⁹

4. In dit licht dient de verantwoording te worden onderzocht die in de toelichting bij het wetsvoorstel wordt geboden voor de verplichting voor overheidsbeambten om zich in de uitoefening van hun functies van elke uiterlijke manifestatie van een niet-confessionele of religieuze levensbeschouwing of van een voorkeur voor een gemeenschap of partij te onthouden.

Die toelichting luidt als volgt:

“Deze bepaling strekt ertoe voor eens en voor altijd het neutraliteitsbeginsel te bevestigen met betrekking tot de beambten en aangestelden van de overheden. Daaruit volgt dat deze laatsten in de uitoefening van hun functies op geen enkele manier hun religieuze of levensbeschouwelijke overtuigingen kenbaar mogen maken.”

Door de neutraliteit niet alleen voor te schrijven voor de wijze waarop de overheidsbeambten hun functie uitoefenen, doch ook voor hun “uiterlijke verschijningsvorm” beogen de indieners van het voorstel klaarblijkelijk het vertrouwen van de burgers in de neutraliteit van het openbaar ambt te bevorderen, vanuit de bezorgdheid dat de perceptie zou kunnen ontstaan dat een overheidsbeampte die niet neutraal is gekleed, ook niet neutraal zal functioneren. Dat geldt ook voor elk ander uiterlijk vertonen van een niet-confessionele of religieuze levensbeschouwing of van een voorkeur voor een gemeenschap of partij.

Doordat artikel 5 van het wetsvoorstel een algemeen toepassingsgebied heeft zal het van toepassing zijn op alle “overheidsbeambten”, ook op deze die geen functies uitoefenen waarbij de neutraliteit van de overheid in het geding kan zijn of waarbij er daarover een verkeerde perceptie zou kunnen ontstaan. Zo zal het artikel 5 zowel gelden voor bv. de gezagsfuncties bij de overheid als voor functies die op louter uitvoerende taken betrekking hebben. Het zal daarenboven zowel gelden voor functies waarbij de overheidsbeambten in contact komen met het publiek, als voor deze waarbij een dergelijk contact niet bestaat.

Alleen wat dat laatste betreft, poogt de toelichting bij het voorstel een bijkomende verantwoording te bieden. Met name wordt gesteld:

“Deze neutraliteitsplicht geldt in de eerste plaats ten aanzien van het publiek. De vraag is dan ook gerezen of die verplichting ook rust op beambten die niet in contact komen met het publiek. Vaak wordt hierop negatief geantwoord met verwijzing naar het – op zich wel juiste – argument dat beperkingen van de vrije meningsuiting restrictief moeten worden geïnterpreteerd in de zin dat ze noodzakelijk moeten zijn om een wettige doelstelling te bereiken. Dat is ongetwijfeld zo, maar men moet ook beseffen dat de beambten onderling niet noodzakelijk op gelijke voet staan en dat wat geldt voor de betrekkingen tussen beambten en burgers ook geldt voor de betrekkingen tussen beambten van verschillende hiërarchische niveaus. De neutraliteitsplicht geldt dus niet alleen voor beambten die in aanraking komen met het publiek, maar ook voor hiërarchisch meerderen te aanzien van hun ondergeschikten. Er moet dus geen onderscheid worden gemaakt naar gelang men al dan niet in contact komt met het publiek”.

In het licht van de hiervoor in herinnering gebrachte rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens, waaruit blijkt dat een afweging *in concreto* vereist is om te kunnen oordelen of er een “dwingende sociale behoefte” bestaat enerzijds en of de beperking “evenredig” is aan het nagestreefde doel anderzijds, komt het de Raad van State voor dat de indieners van het voorstel onvoldoende het zeer algemene toepassingsgebied van artikel 5 verantwoorden. Met name wordt in de toelichting onvoldoende verantwoord dat een zelfde strikte neutraliteit in de uiterlijke verschijningsvorm vereist is voor elke overheidsbeampte, ongeacht de aard van zijn functie en ongeacht de omstandigheid dat hij deze al dan niet in contact met publiek uitoefent. In het licht van het evenredigheidsbeginsel is een dergelijke verantwoording des te meer vereist daar de in artikel 5 opgenomen verplichting kan leiden tot het uitsluiten van burgers van het openbaar ambt, om de enkele reden dat zij een grondrecht uitoefenen, zonder dat afdoende is aangetoond dat deze uitoefening een gevaar oplevert voor “de openbare veiligheid, [...] de openbare orde, de gezondheid of zedelijkheid of [...] de bescherming van de rechten en vrijheden van anderen” (artikel 9, lid 2, van het Europees Verdrag voor de rechten van de mens) of voor “s lands veiligheid, de openbare veiligheid, de bescherming van de openbare orde en het voorkomen van strafbare feiten, de bescherming van de gezondheid of de goede zeden, de bescherming van de goede naam of de rechten van anderen, om de verspreiding van vertrouwelijke mededelingen te voorkomen of om het gezag en de onpartijdigheid van de rechterlijke macht te waarborgen” (artikel 10, lid 2, van het Europees Verdrag voor de rechten van de mens).³⁰

²⁹ Dat zou bijvoorbeeld het geval zijn wanneer, in bepaalde gevallen van de maatschappij, een tendens van religieus proselitisme zou ontstaan waardoor die neutraliteit in het gedrang komt. Er moet evenwel benadrukt worden dat zulks daadwerkelijk moet vaststaan en het niet mag gaan om gewone veronderstellingen.

³⁰ Bij de in de toelichting geboden verantwoording rijst trouwens de vraag wat bedoeld wordt met de zinsnede “dat wat geldt voor de betrekkingen tussen beambten en burgers ook geldt voor de betrekkingen tussen beambten van verschillende hiër-
→

De verantwoording moet ook beantwoorden aan de vereisten van het gelijkheids- en niet-discriminatiebeginsel.³¹

Artikel 6

1. Artikel 6 bepaalt:

“Geen roerend of onroerend goed met een openbare bestemming mag tekens of voorwerpen dragen of ermee versierd zijn die kenmerkend zijn voor een religieuze of niet-confessionele levensbeschouwing.

Deze bepaling slaat niet op de tekens of voorwerpen tentoongesteld in musea of op tentoonstellingen of die geïntegreerd zijn in monumenten of geklasseerde landschappen”.

2. Uit de toelichting blijkt dat dit artikel 6 niet alleen op de openbare dienst in de organieke zin van toepassing is, doch ook op de openbare dienst in functionele zin. Er wordt immers gesteld:

“Artikel [6] van het onderhavig voorstel heeft zowel betrekking op de organieke openbare dienst als op de openbare dienst in de materiële betekenis van de term. Daaruit volgt dat de privaatrechtelijke instellingen evenzeer door het voorschrift van artikel [6] gebonden zijn, voor zover en in de mate dat zij een taak van algemeen belang uitvoeren. Men moet evenwel de openbare diensten die uit hun aard religieus of levensbeschouwelijk zijn, uitsluiten van de toepassing van artikel [6]. Dat is bijvoorbeeld precies het geval voor de erediensten.”

Het is niet duidelijk wat de indieners van het voorstel bedoelen met de woorden “uit hun aard religieus of levensbeschouwelijk zijn”. In dat verband weze vermeld dat ook bv. onderwijs-, gezondheids- en welzijnsinstellingen op een religieuze of levensbeschouwelijke grondslag kunnen zijn geënt. De omstandigheid dat aan sommige van die instellingen een godsdienstig of levensbeschouwelijk engagement ten grondslag ligt, is nooit in strijd bevonden met de Belgische Grondwet. Deze moet integendeel zo worden

→

rarchische niveaus”? Beogen de indieners van het voorstel een mogelijk “proselytisch effect” tussen ambtenaren uit te sluiten? In dat geval is het zeer de vraag of men in de Belgische samenleving *in abstracto* van een dergelijk proselytisch effect mag uitgaan; dat het dragen van een hoofddoek in bepaalde omstandigheden een proselytisch effect kan hebben, is reeds door de rechter *in concreto* vastgesteld (zie bv. Antwerpen, 14 juni 2005, *R.W.*, 2006-07, p. 136; *C.D.P.K.* 2006, p. 438; *N.j.W.*, 2006, p. 169; *T. Vreemd.*, 2006, p. 174; *T.O.R.B.*, 2005-06, p. 225.). Of beogen de indieners van het voorstel opnieuw de perceptie van een gebrek aan neutraliteit tegen te gaan? In dat geval rijzen opnieuw de hiervoor reeds genoemde bezwaren dat een afweging *in abstracto* niet volstaat, doch dat een afweging *in concreto*, die rekening houdt met de specifieke omstandigheden, vereist is. Hoe dan ook, de geboden verantwoording heeft slechts betrekking op de verhouding tussen hiërarchisch meerderen en hun ondergeschikten, terwijl artikel 5 een algemene draagwijdte heeft.

³¹ In de mate dat het ogenschijnlijk neutrale criterium “uiterlijke manifestatie van een niet-confessionele of religieuze levensbeschouwing of van een voorkeur voor een gemeenschap of partij” een bijzonder benadelend effect heeft voor een bepaalde groep van gelovigen, moet de kwestie onderzocht worden in het licht van het verbod op indirecte discriminatie.

uitgelegd dat ze zulke initiatieven toestaat; in sommige gevallen, zoals voor het onderwijs, wordt dit zelfs uitdrukkelijk in de Grondwet vastgelegd.³² Voorzover de voorliggende bepaling van toepassing zou zijn op zulke privaatrechtelijke instellingen, is ze niet verenigbaar met de grondwettelijke beginselen die het evenwicht regelen dat in acht genomen moeten worden tussen de neutraliteit van de Staat en de vrijheid van mening en godsdienst.

Artikel 7

1. Artikel 7 strekt tot opheffing van de artikelen 142 tot 146 van het Strafwetboek.³³

2. Zoals aangegeven wordt in de opschriften van boek 2, titel II, en van het hoofdstuk I daarvan, van het Strafwetboek, dat de artikelen 142 tot 146 omvat, hebben die bepalingen betrekking op “misdaden en wanbedrijven die door de grondwet gewaarborgde rechten schenden”, en meer in het bijzonder op “wanbedrijven betreffende de vrije uitoefening van de erediensten”.

De artikelen 142 tot 146 van het Strafwetboek stellen feiten strafbaar die ertoe strekken afbreuk te doen aan de vrije uitoefening van een eredienst of de organisatie van plechtigheden van een eredienst, rechten die gewaarborgd worden door de artikelen 19 en 20 van de Grondwet.

De toelichting bij het wetsvoorstel bepaalt,

“Wij stellen voor deze bepalingen op te heffen overwegende dat de algemene bepalingen van het Strafwetboek toelaten gedragingen te bestraffen zoals smaad door feiten, gebaren, bedreigingen of nog door anarchie, oproer of geweld die de openbare orde verstoren en vanuit maatschappelijk oogpunt schadelijk zijn.

Dit uitgangspunt vindt zijn rechtvaardiging in de wens geen bijzondere behandeling aan de erediensten en aan hun bedienaren voor te behouden terwijl de noodzaak om dergelijke gedragingen te sanctioneren blijft.”

Welnu, artikel 9 van het Europees Verdrag voor de rechten van de mens bevat echter een positieve verplichting voor de staten om ervoor te zorgen dat er daadwerkelijk sprake is van vrijheid van gedachte, geweten en godsdienst³⁴, wat kan betekenen dat maat-

³² Artikel 24, § 1, van de Grondwet.

³³ Uit wetgevingstechnisch oogpunt heeft het geen zin te schrijven dat de artikelen 142 tot 146 “van Hoofdstuk II Titel II” van het Strafwetboek worden opgeheven. Bovendien is dat niet juist, aangezien hoofdstuk II bij artikel 11 van de wet van 19 december 2003 betreffende terroristische misdrijven vernummerd is tot hoofdstuk I.

³⁴ EHRM, inzonderheid Grote Kamer, Cha’are Shalom ve Tsedek t. Frankrijk, 27 juni 2000, § 76; Grote Kamer, Layla Sahin t. Turkije, 10 november 2005, §§ 106 en 107; 97 leden van de gemeente van Jehova’s getuigen van Gldani en vier anderen t. Georgië, 3 mei 2007, §§ 132 en 133. Zie ook, met betrekking tot het recht op onderwijs en de verplichting voor de Staat het recht van de ouders te eerbiedigen om te zorgen voor de opvoeding en het onderwijs dat overeenstemt met hun godsdienstige en levensbeschouwelijke overtuigingen, EHRM, Grote

→

regelen worden genomen om de openbare orde, de godsdienstvrede en de verdraagzaamheid in een democratische samenleving te waarborgen.³⁵ Er kan niet worden uitgesloten dat die maatregelen strafrechtelijke maatregelen zijn³⁶, maar er moet wel gezorgd worden voor een billijk evenwicht tussen het algemeen belang en de belangen van het individu.^{37 38} Bij die beoordeling behoort er rekening mee te worden gehouden dat, volgens de rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens,

“telle que la protège l'article 9 [de la Convention], la liberté de pensée, de conscience et de religion représente l'une des assises d'une «société démocratique» au sens de la Convention. Cette liberté figure, dans sa dimension religieuse, parmi les éléments les plus essentiels de l'identité des croyants et de leur conception de la vie, mais elle est aussi un bien précieux pour les athées, les agnostiques, les sceptiques ou les in-

différents. Il y va du pluralisme – chèrement conquis au cours des siècles – qui ne saurait être dissocié de pareille société. Cette liberté implique, notamment, celle d'adhérer ou non à une religion et celle de la pratiquer ou de ne pas la pratiquer”.³⁹

Het volstaat dus niet te constateren dat het Strafwetboek algemene bepalingen bevat op basis waarvan bepaalde gedragingen “die vanuit maatschappelijk oogpunt schadelijk zijn” kunnen worden bestraft. Integendeel, er behoort concreet te worden aangetoond dat die algemene bepalingen van het Strafwetboek ten opzichte van de zonet gememoreerde beginselen voldoende zijn wil de Staat de positieve verplichtingen die hij heeft om te verhinderen dat afbreuk wordt gedaan aan de vrije uitoefening van de eredienst en de organisatie van plechtigheden van een eredienst, afdoende en daadwerkelijk kunnen nakomen.

(...)

→ Kamer, Folgero e.a. t. Noorwegen, 29 juni 2007, § 84; Hasan en Eylem Zengin t. Turkije, 9 oktober 2007, § 49.

³⁵ EHRM, Refah Partisi e.a. t. Turkije, 13 februari 2003, § 91; 97 leden van de gemeente van Jehova's getuigen van Gldani en 4 anderen t. Georgië, 3 mei 2007, § 132.

³⁶ Zie bijvoorbeeld, inzake positieve verplichtingen die ertoe strekken de eerbiediging van artikel 8 van het Europees Verdrag voor de rechten van de mens te waarborgen, EHRM, X. en Y. t. Nederland, 26 maart 1985, §§ 24 tot 27; wat betreft artikel 9 van het Verdrag, EHRM, Öllinger t. Oostenrijk, 29 juni 2006, §§ 32 e.v.

³⁷ Vaste rechtspraak sedert het arrest-Rees tegen het Verenigd Koninkrijk van 17 oktober 1986, van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens, waarbij het begrip evenredigheid wordt ingevoerd in de toetsing van de nakoming van de positieve verplichtingen door de staten (F. Sudre, “Les «obligations positives» dans la jurisprudence européenne des droits de l'homme”, *Rev. trim. dr. h.*, 1995, blz. 318, nr. 29); zie recentelijk EHRM., Öllinger tegen Oostenrijk, 29 juni 2006, inzonderheid de §§ 34 en 42, waarbij het gaat om concurrerende grondrechten, met inbegrip van artikel 9 van het Verdrag.

³⁸ Zie, wat die vraagstukken betreft, inzonderheid J. Ringelheim, *Diversité culturelle et droits de l'homme*, Brussel, Bruylant, 2006, blz. 416 tot 418.

³⁹ EHRM, inzonderheid Grote Kamer, Layla Sahin t. Turkije, 10 november 2005, § 104; Kurtulmus (besliss.), 24 januari 2006; Agga t. Griekenland (nr. 3), 13 juli 2006, § 26; Agga t. Griekenland (nr. 4), 13 juli 2006, § 26.