

DISCRIMINEERT DE NEDERLANDSE DISCRIMINATIEWET?

De Nederlandse gelijkebehandelingswetgeving getoetst aan de rechtspraak van het Belgische Grondwettelijk Hof

Jogchum Vrielink & Stefan Sottiaux *

Samenvatting | Bij wijze van gedachte-experiment wordt in deze bijdrage het Nederlandse conceptvoorstel Integratiewet gelijke behandeling getoetst aan de Belgische Grondwet: hoe zou het Belgische Grondwettelijk Hof de concept-Integratiewet beoordelen? De bijdrage staat eerst kort stil bij het Belgische systeem van constitutionele toetsing en de belangrijkste arresten van het Grondwettelijk Hof over de discriminatiewetten. Het tweede deel confronteert een drietal keuzes uit de concept-Integratiewet met die rechtspraak. Bijzondere aandacht wordt daarbij besteed aan de selectie van discriminatiegronden, het gedifferentieerde (materiële) toepassingsgebied van het voorstel en de wettelijke definitie van het begrip 'intimidatie'. De conclusie is op elk van deze drie punten eenduidig: de keuzes van het Nederlandse kabinet doorstaan een toetsing aan de Belgische Grondwet niet.

Trefwoorden | Integratiewet gelijke behandeling, rechtsvergelijking, Antidiscriminatiewetgeving België, Belgische Grondwet, Belgisch Grondwettelijk Hof, discriminatiegronden, intimidatie

1 Inleiding

Discrimineert de discriminatiewet? De vraag klinkt de Nederlandse lezer wellicht vreemd in de oren. Het is nochtans een thema dat de Belgische juridische wereld ruim zes jaar in de ban hield en allicht nooit helemaal van de constitutionele agenda zal verdwijnen. We danken het debat aan de critici van de horizontaal werkende discriminatiewetgeving. Het was op hun aansturen dat het Belgische Grondwettelijk Hof zich meermaals over de grondwettigheid van deze wetgeving moest buigen. Het discriminatierecht zoals dat vandaag in België geldt, is deels een antwoord op die rechtspraak.¹ Belangrijke kwesties zoals de lijst van discriminatiegronden, de definitie van het discriminatiebegrip en de reikwijdte van de uitingsdelicten zijn sterk beïnvloed – en soms zelfs bepaald – door de constitutionele rechter. Vaak gaat het om rechtspolitieke keuzes die binnen de Nederlandse constitutionele traditie tot het exclusieve terrein van de wetgever behoren.

Nederland heeft uiteraard geen grondwettelijk hof en het toetsingsverbod verhindert bovendien dat de gewone rechter wetten beoordeelt op hun grondwettigheid. De vraag is wel: voor hoe lang nog? De Nederlandse uitzonderingspositie aangaande constitutionele toetsing staat immers onder druk. Vanuit academische hoek wordt al langer gepleit voor een herziening van artikel 120 van de Grondwet.² Ondertussen is er het voorstel Halsema³ dat voorziet in de

■ Mr. J. Vrielink is postdoctoraal onderzoeker aan de Katholieke Universiteit Leuven en mr. S. Sottiaux is docent aan de Katholieke Universiteit Leuven.

1 Daarnaast blijven de Europese Richtlijnen uiteraard een belangrijke inspiratiebron. Tot slot behoorden ook het verhogen van de efficiëntie van het Belgische discriminatierecht en het harmoniseren ervan tot de doelstellingen van de wetwijzigingen uit 2007.

2 Voor een overzicht zie G. van der Schyff, 'Constitutional Review by the Judiciary in the Netherlands: A Bridge Too Far?', *German Law Journal* 2010 (11), p. 275.

3 Wet van 25 februari 2009, *Stb.* 12; tweede lezing: zie *Kamerstukken II* 2009/10, 32 334.

mogelijkheid van rechterlijke toetsing aan een aantal klassieke grondrechten, en ook de Staatscommissie Grondwet stelde voor om het toetsingsverbod te heroverwegen.⁴ Zal dit iets veranderen? Aangezien de rechter wetten kan toetsen aan verbindende verdragsbepalingen, heeft de wet sowieso al een belangrijk deel van haar onschendbaarheid verloren. Niettemin zijn velen van oordeel dat constitutionele toetsing een meerwaarde biedt. Een van de argumenten is dat grondwettigheidscontrole ervoor zorgt dat de Grondwet een prominentere plaats krijgt in het politieke en wetgevingsproces: het verplicht de wetgever meer aandacht te schenken aan de grondwettigheid van voorstellen en aan een coherente motivering ervan.⁵

Dat brengt ons bij het onderwerp van deze bijdrage: het wetsvoorstel tot integratie van de Nederlandse gelijke behandelingswetgeving (hierna: concept-Integratiewet). Als er iets opvalt voor wie de memorie van toelichting door een Belgische bril bekijkt, dan is het wel de complete afwezigheid van het grondwettigheidsvraagstuk: er wordt louter rekening gehouden met de eigen wetgevingsgeschiedenis enerzijds en de Europese richtlijnen anderzijds. Het contrast met de toelichting bij de wetsontwerpen die tot de huidige Belgische wetgeving hebben geleid kan nauwelijks groter zijn. Op tal van plaatsen tracht de wetgever daarin de gemaakte keuzes ook constitutioneelrechtelijk te verantwoorden en uitvoerig te motiveren, anticiperend op een toetsing door het Grondwettelijk Hof.

Vanuit die optiek leek het ons een interessant gedachte-experiment om ook het Nederlandse wetsvoorstel eens aan de Belgische Grondwet te toetsen: hoe zou het Belgische Grondwettelijk Hof de concept-Integratiewet beoordelen? Het is daarbij natuurlijk niet gezegd dat een Nederlandse rechter – mocht die hiertoe ooit bevoegd worden – tot dezelfde conclusies zou komen. Wat deze oefening wel toelaat is om een aantal vanzelfsprekendheden ter discussie te stellen en vooral het relatieve gebrek aan onderbouwing voor bepaalde keuzes te belichten. Dat we daarbij aan de hand van de casus van de gelijkebehandelingswetgeving de mogelijke effecten van constitutionele toetsing illustreren is mooi meegenomen.

Onze bijdrage bestaat uit twee delen. In het eerste deel staan we kort stil bij het Belgische systeem van constitutionele toetsing en de belangrijkste arresten van het Grondwettelijk Hof over de discriminatiewetten. Het tweede deel confronteert een drietal keuzes uit de concept-Integratiewet – of, in sommige gevallen, het vasthouden aan eerdere keuzes – met die rechtspraak.⁶

⁴ *Rapport Staatscommissie Grondwet*, Den Haag, november 2010, p. 6 en 43-49.

⁵ *Ibid.*, p. 46.

⁶ De opzet van deze bijdrage is dus beperkt. De focus op de Belgische rechtspraak betekent dat een aantal andere interessante thema's niet aan bod kan komen. We denken bijvoorbeeld aan diverse conceptuele kwesties (bijv. de vraag of de terminologische overschakeling van 'onderscheid' naar 'discriminatie' wel logisch coherent doorgevoerd is; en of de huidige, asymmetrische, formulering van positieve actie en de beperking ervan tot vrouwen, etnische minderheden, personen met een handicap en chronisch zieken wel aangewezen is); de (al dan niet) richtlijnconformiteit van het voorstel; en de toegankelijkheid van de regelgeving, die door de voorgestelde wijzigingen sterk beperkt wordt.

2 Grondwettelijk Hof en Belgische discriminatiewetten

Voor een goed begrip van wat volgt is het nuttig om het Belgische Grondwettelijk Hof kort voor te stellen, zowel in algemene zin als wat betreft zijn rechtspraak inzake de Belgische discriminatiewetgeving.

2.1 Het 'Antidiscriminatiehof'

Het Belgische Grondwettelijk Hof kan wetsbepalingen toetsen aan de grondwettelijke bevoegdheidsverdeling tussen de Staat, de gemeenschappen en de gewesten enerzijds en aan de grondrechten opgenomen in de Belgische Grondwet anderzijds. Het kan dat doen in het kader van twee procedures: het beroep tot schorsing en/of vernietiging en de prejudiciële vraag. Als het Hof in het eerste type procedure een schending van de Grondwet vaststelt, dan spreekt het ofwel de vernietiging uit of het legt een dwingende, grondwetsconforme interpretatie op die de ongrondwettigheid verhelpt. Wordt in het kader van het tweede type procedure een ongrondwettigheid vastgesteld, dan verklaart het Hof de norm ongrondwettig, waardoor de lagere rechter deze buiten toepassing moet laten. Ook bij de beantwoording van een prejudiciële vraag kan via de techniek van de grondwetsconforme interpretatie een ongrondwettigheidsverklaring worden vermeden.

In de rechtspraak van het Hof neemt het gelijkheidscontentieux een belangrijke plaats in. Sinds 1989 werden meer dan 1.800 zaken aanhangig gemaakt waarin de partijen een schending van het gelijkheidsbeginsel inriepen. Het Hof is dan ook omschreven als een 'Gelijkheidshof'⁷ of als een 'Antidiscriminatiehof'.⁸ De stelling van Oliver Wendell Holmes dat het discriminatieverbod het 'gebruikelijke laatste toevluchtsoord voor constitutionele argumentatie' is, gaat in België dus niet op.⁹ De verklaring hiervoor is deels historisch: vóór 2003 was de toetsingsbevoegdheid van het Hof min of meer beperkt tot het discriminatieverbod opgenomen in de artikelen 10 en 11 van de Grondwet.¹⁰ In die jaren ontwikkelde het een sterke traditie in dit domein.

De gelijkheidstoets die het Grondwettelijk Hof hanteert is ontleend aan het arrest van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens in de *Belgische Taalzaak*.¹¹ Het refrain is ondertussen bekend. Een ongelijke behandeling van vergelijkbare gevallen of een gelijke behandeling van onvergelijkbare gevallen is verboden, tenzij daarvoor een 'objectieve en redelijke' verantwoording bestaat.¹² Voor die verantwoording moet worden aangetoond dat de maatregel een legitiem

7 D. De Prins, 'Het Grondwettelijk Hof en de federale discriminatiewetten', in: C. Bayart, S. Sottiaux & S. Vandrooghenbroeck (red.), *Actuele topics discriminatierecht*, Brugge: Die Keure 2010.

8 P. Popelier, *Procederen voor het Grondwettelijk Hof*, Antwerpen: Intersentia 2008, p. 78.

9 Zie rechter Holmes in *Buck v. Bell*, 274 U.S. 200, 208 (1927).

10 Het relevante deel van artikel 10 van de Belgische GW luidt: 'Er is in de Staat geen onderscheid van standen. De Belgen zijn gelijk voor de wet [...] De gelijkheid van vrouwen en mannen is gewaarborgd'. Verder is artikel 11 als volgt geformuleerd: 'Het genot van de rechten en vrijheden aan de Belgen toegekend moet zonder discriminatie verzekerd worden. Te dien einde waarborgen de wet en het decreet inzonderheid de rechten en vrijheden van de ideologische en filosofische minderheden'.

11 EHRM 23 juli 1968, *Belgische Taalzaak*, Serie A, nr. 6, § 10.

12 Grondwettelijk Hof 13 juli 1989, nr. 21/89, B.4.5.b.

doel nastreeft, objectief, pertinent en noodzakelijk is en evenredig is ten aanzien van het nagestreefde doel.¹³ Het gaat, met andere woorden, om de klassieke evenredigheidstoets. Ondanks de ervaring die het Grondwettelijk Hof heeft opgedaan, is de test onderontwikkeld.¹⁴ Zo heeft het Hof nagelaten de verschillende stappen van de proportionaliteitstoets helder af te lijnen en verschaft het weinig duidelijkheid over de toetsingsintensiteit die het zal hanteren.

2.2 Het Grondwettelijk Hof en de discriminatiewetgeving

De discriminatiewetgeving is niet aan het oordeel van het Grondwettelijk Hof ontsnapt. Zowel de eerste algemene Antidiscriminatiewet van 2003 als diens drie opvolgers uit 2007 (de Antidiscriminatiewet, de Antiracismewet en de Genderwet) zijn bij het Hof aangevochten. De meeste middelen waren ontleend aan een schending van de grondwettelijke vrijheden (zoals de vrijheid van meningsuiting en vereniging) en het grondwettelijk discriminatieverbod.

In 2004 schrapte het Grondwettelijk Hof zonder enige schroom belangrijke delen van de Antidiscriminatiewet van 2003, waaronder sommige uitingsdelicten en de lijst van discriminatiegronden.¹⁵ Dat laatste had verstrekende gevolgen: het resultaat was immers een 'open lijst' van gronden waardoor het 'grondwettelijke' gelijkheidsbeginsel volledige doorwerking kreeg in de horizontale verhoudingen. Ook de wetgeving van 2007, die de situatie die was ontstaan na het arrest van 2004 deels moest rechtzetten, werd aan het kritische oordeel van het Hof onderworpen. In (voorlopig)¹⁶ zes arresten (met een totale omvang van maar liefst 347 pagina's) werden opnieuw enkele vernietigingen uitgesproken en, belangrijker, een aantal opmerkelijke grondwetsconforme interpretaties geformuleerd.¹⁷

3 Nederlandse discriminatiewetgeving 'getoetst'

In dit tweede deel van het artikel confronteren we drie elementen uit de concept-Integratiewet met de rechtspraak van het Belgische Grondwettelijk Hof over de Belgische discriminatiewetgeving. We hopen hiermee een beeld te schetsen van het type problemen dat zich vanuit het oogpunt van grondwettelijke beginselen, rechten en vrijheden kan stellen met de Nederlandse discriminatiewetgeving in haar huidige vorm.

13 Grondwettelijk Hof 18 november 1998, nr. 117/98, B.3.

14 Zie hierover S. Sottiaux, 'Het gelijkheidsbeginsel: langs oude paden en nieuwe wegen', *Rechtskundig Weekblad* 2008-2009, p. 690.

15 Grondwettelijk Hof 6 oktober 2004, nr. 157/2004. Voor een bespreking, zie J. Velaers, 'Het Arbitragehof en de antidiscriminatiewet', *Tijdschrift voor Bestuurswetenschappen en Publiekrecht (TBP)* 2004, nr. 10, p. 601-614.

16 Een laatste arrest wordt nog verwacht, maar daarvoor is het eerst wachten op het antwoord op een prejudiciële vraag bij het Hof van Justitie.

17 Zie Grondwettelijk Hof 12 februari 2009, nr. 17/2009; Grondwettelijk Hof 11 maart 2009, nr. 39/2009; Grondwettelijk Hof 11 maart 2009, nr. 40/2009; Grondwettelijk Hof 11 maart 2009, nr. 41/2009; Grondwettelijk Hof 2 april 2009, nr. 64/2009; Grondwettelijk Hof 18 juni 2009, nr. 103/2009. Voor een bespreking van de arresten zie J. Vrielink & D. De Prins, 'Die Wiederkehr des Gleichen. Het Grondwettelijk Hof en de (federale) discriminatiewetgeving', *Tijdschrift voor Bestuurswetenschappen en Publiekrecht (TBP)* 2009, nr. 10, p. 579-614.

3.1 Discriminatoire selectie van discriminatiegronden?

Zoals gezegd vernietigde het Grondwettelijk Hof de lijst van discriminatiegronden uit de allereerste Belgische Antidiscriminatiewet van 2003. De wet omvatte aanvankelijk een gesloten lijst met de volgende 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.

Deze opsomming werd destijds 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 ontzegt’,¹⁸ dat terwijl de wet uitdrukkelijk beoogde een ‘algemene’ discriminatiewet te zijn. Het Hof was evenmin overtuigd door de verantwoording voor de uitsluiting van de genoemde (en andere) gronden. In het parlement was gesteld dat het ontbreken van ‘politieke overtuiging’ gerechtvaardigd was om te voorkomen dat extremistische partijen op de wet zouden steunen om discriminatie juist mogelijk te maken of om kritiek op hun politieke standpunten te verbieden. ‘Taal’ was dan weer uitgesloten vanwege de politieke gevoeligheid van dat criterium in de Belgische context: men was bang dat de invoering van die grond ertoe zou leiden dat allerlei politiek onderhandelde taalcompromissen in vraag gesteld zouden worden.¹⁹ Volgens de grondwettelijke rechters waren deze argumenten strijdig met de algemene doelstelling van de wet en bovendien zonder voorwerp, omdat de wet zelf voldoende waarborgen bood om misbruiken te verhinderen.²⁰ Het gevolg van de tussenkomst van het Hof was dat de bepalingen uit de wet door de vernietiging van toepassing waren op *alle* discriminaties, ongeacht de grond waarop zij waren gebaseerd.²¹ Dit betekende een enorme uitbreiding van het oorspronkelijke personele toepassingsgebied van de wet.²² Tussen 2004 en 2007 was discriminatie in de horizontale verhoudingen op basis van elke denkbare grond verboden.

3.1.1 Discriminatiegronden in Belgische discriminatiewetten van 2007

Toen de Belgische discriminatiewetgeving in 2007 werd herzien, koos de wetgever opnieuw voor gesloten lijsten. Die lijsten omvatten alles bij elkaar de volgende selectie: nationaliteit, een zogenaamd ras, huidskleur, afkomst of nationale of etnische afstamming, geslacht, leeftijd, seksuele geaardheid, burgerlijke staat, geboorte, vermogen, geloof of levensbeschouwing, politieke

18 Grondwettelijk Hof 6 oktober 2004, nr. 157/2004, B.14.

19 Zie o.m.: *Parl.St.* Senaat 1999-00, nr. 2-12/1, 2-3; *Parl.St.* Kamer 2001-02, nr. 50-1407/5, 10.

20 Grondwettelijk Hof 6 oktober 2004, nr. 157/2004, B.12-14.

21 *Ibid.*, B.15. Althans op burgerrechtelijk vlak. Voor de strafbepalingen volgde het Hof niet dezelfde benadering, omdat het legaliteitsbeginsel hieraan in de weg stond. De enige optie zou dus volledige vernietiging zijn geweest, maar dat vond het Hof 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).

22 Voor het standpunt dat het Hof met deze verruimende lezing zijn bevoegdheden te buiten ging, zie S. Sottiaux, ‘Grondwetsconforme interpretatie, Garantie voor of aantasting van de scheiding der machten?’, in A. Alen & S. Sottiaux (red.), *Leuvense Staatsrechtelijke Standpunten II*, Brugge: die Keure 2010, p. 194 en 247.

overtuiging, taal, huidige of toekomstige gezondheidstoestand, een handicap, een fysieke of genetische eigenschap of sociale afkomst. Als nieuw selectiecriteria hanteerde de wetgever het principe dat 'alle belangrijke gronden' zouden worden opgenomen. Concreet betekende dit dat de lijst werd samengesteld door enerzijds de gronden uit de wet van 2003 als uitgangspunt te nemen en deze anderzijds aan te vullen met criteria die figureren in internationale mensenrechteninstrumenten.

Na de wetswijziging claimden verschillende partijen opnieuw dat de gesloten lijst(en) met discriminatiegronden zélf strijdig waren 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. Bij zijn toetsing van de wetten in 2009 ging het Hof niet over tot een algehele vernietiging van de discriminatiegronden. Het Hof aanvaardde in zijn arresten dat een wettelijke lijst van discriminatiegronden gesloten kan zijn en dat bepaalde kenmerken van de specifieke wettelijke bescherming kunnen worden uitgesloten. 'Het behoort', zo overwoog het Hof, 'immers tot de beoordelingsbevoegdheid van de wetgever om de discriminaties op gronden die hij het meest verwerpelijk acht nadrukkelijk te bestrijden'.²³ De principiële aanvaarding van een gesloten lijst was echter wel een aanvaarding onder voorbehoud: de wetgever moet zich – bij het in- of uitsluiten van een grond – wel nog altijd consequent houden aan zijn eigen selectiecriteria, waarbij dat selectiecriteria zelf ook redelijk moet zijn.

Zoals gezegd was in 2007 het criterium dat 'alle belangrijke' gronden opgenomen zouden worden. Het Hof acht dat criterium op zich niet onredelijk, maar concludeerde in een van de zaken niettemin dat de wetgever weer niet helemaal consequent was geweest in de toepassing ervan. Twee vakbonden hadden meer bepaald aangevoerd dat er een 'belangrijke' grond ontbrak in de opsomming: syndicale overtuiging of lidmaatschap van een vakorganisatie. De opneming van dat criterium was tijdens de voorbereidingen van de wet voorgesteld, maar verworpen.²⁴ Niet omdat men discriminatie op die grond onbelangrijk achtte: men onderstreepte juist het belang om niet te worden gediscrimineerd op die grond.²⁵ De wetgever vreesde echter dat de lijst door opneming van het bewuste criterium haar consistente (en grondwettige) karakter zou verliezen. Als criterium voor de 'belangrijkheid' van een grond had men immers de uitdrukkelijke vermelding in een internationaal mensenrechteninstrument gehanteerd, en dat was voor vakbondslidmaatschap en syndicale overtuiging niet het geval, aldus de regering.²⁶ Bovendien meende de regering dat er al (voldoende) bescherming bestond in het Belgisch recht tegen discriminatie op de bewuste grond.²⁷

Het Grondwettelijk Hof oordeelde niettemin dat het niet opnemen van het criterium discriminatoir was: door de uitsluiting werden slachtoffers van discriminatie op basis van syndicale overtuiging 'zonder redelijke verantwoording verschillend behandeld' in vergelijking met de

23 Grondwettelijk Hof 12 februari 2009, nr. 17/2009, B.14.5; Grondwettelijk Hof 11 maart 2009, nr. 41/2009, B.9; Grondwettelijk Hof 2 april 2009, nr. 64/2009, B.7.5.

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

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

26 *Ibid.*, p. 47-48.

27 *Ibid.* Daarbij werd verwezen naar CAO nr. 38, artikel 2 § 4 wet 19 maart 1991 en ook naar de (ontwerp) Antidiscriminatiewet zelf, en meer bepaald naar de gronden levensbeschouwing en politieke overtuiging.

slachtoffers van discriminatie op grond van de opgenomen gronden.²⁸ Anders dan in 2004 vernietigde het Hof echter niet de hele lijst. De opsomming werd vernietigd ‘alleen in zoverre zij onder de daarin vermelde discriminatiegronden niet syndicale overtuiging beogen’.²⁹ De techniek van de vernietiging werd met ander woorden gebruikt om de bestaande lijst uit te breiden. De vorm van rechtsherstel is een variant van de techniek van de grondwetsconforme interpretatie, te weten de verruimende lezing.³⁰ De (burgerlijke) rechter dient per direct de grond syndicale overtuiging in de lijst van discriminatiegronden in te lezen.³¹ In de tweede plaats impliceerde deze handelswijze een oproep aan de wetgever om syndicale overtuiging alsnog aan de lijst van beschermde kenmerken toe te voegen.³²

Belangrijk is verder dat deze actie van het Hof geen eenmalig incident betrof dat zich nooit kan herhalen. Het Grondwettelijk Hof legde in algemene termen vast onder welke voorwaarden nieuwe gronden tot de lijst van kenmerken in de discriminatiewetgeving kunnen worden toegelaten. Het Hof heeft met andere woorden een ‘openingsclausule’ toegevoegd aan de opsomming van gronden, bestaande uit drie voorwaarden.³³

Net als in 2004 steunde het Grondwettelijk Hof ter verantwoording van de vernietiging van de gesloten lijst in sterke mate op de bedoeling van de wetgever. Een eerste voorwaarde om te worden toegelaten tot de 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 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’.³⁴ Het Hof geeft vervolgens aan dat dit voor syndicale overtuiging het geval is, daarbij onder andere verwijzend naar artikel 11 EVRM, naar artikel 22, eerste lid, IVBPR en naar artikel 8, eerste lid, onder a, IVESCR.³⁵ De eerste voorwaarde van de openingsclausule is als zodanig vervuld. Opvallend 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 nondiscriminatiebepaling *stricto sensu* van die instrumenten. Daarbij gaat het immers respectievelijk om artikel 14 EVRM, artikel 26 IVBPR en artikel 2, tweede lid, IVESCR.³⁶ De bepalingen waarnaar het Hof wél verwijst en die een grondslag zouden bieden voor het criterium ‘syndicale overtuiging’, betreffen de vrijheid van vereniging en van vakverenigingen

28 Grondwettelijk Hof 2 april 2009, nr. 64/2009, B.8.15-16. Vgl. ook Grondwettelijk Hof 16 juli 2009, nr. 123/2009.

29 *Ibid.*, B.8.16.

30 Zie Sottiaux 2010 (*supra* noot 22), p. 247-249.

31 *Ibid.*, B.8.17. Strafrechters daarentegen mogen dit niet omdat zij gehouden zijn aan het strafrechtelijk legaliteitsbeginsel.

32 Een oproep waaraan de wetgever gehoor heeft gegeven d.m.v. de Wet van 30 december 2009 (BS 31 december 2009).

33 Zie hierover De Prins 2010 (*supra* noot 7).

34 Grondwettelijk Hof 2 april 2009, nr. 64/2009, B.8.4.

35 *Ibid.*, B.8.5.

36 Artikel 14 EVRM somt de volgende gronden 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 artikel 26 IVBPR en artikel 2, tweede lid IVESCR gaat het om ‘[...] ras, huidskleur, geslacht, taal, godsdienst, politieke of andere overtuiging, nationale of maatschappelijke afkomst, eigendom, geboorte of andere status’.

in het bijzonder. Het Hof neemt de wetgever dus bijzonder letterlijk: *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 als een discriminatiegrond kan worden geformuleerd, is aan de eerste voorwaarde voldaan.³⁷

De tweede voorwaarde die het Hof formuleert, houdt in dat het parlement een ‘belangrijke’ grond niet uitdrukkelijk – en met redelijke, inhoudelijke argumenten – gediskwalificeert heeft voor opname in de wettelijke lijst. 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.³⁸ Bij syndicale overtuiging was niet aan die tweede voorwaarde voldaan: de wetgever had zich juist even begaan verklaard met de bescherming van discriminatie op grond van syndicale overtuiging als met discriminatie op basis van uitdrukkelijk opgenomen gronden.

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 gelijkwaardig is aan de bescherming die de Antidiscriminatiewet van 2007 biedt.³⁹ Met ‘gelijkwaardig’ bedoelt het Hof *strikt* gelijkwaardig, getuige het feit dat het zelfs bij syndicale overtuiging – een grond waaraan de nodige bescherming wordt geboden in het Belgische recht (*supra* noot 26) – die voorwaarde niet vervuld achtte.⁴⁰

3.1.2 De discriminatiegronden in de Nederlandse wet

Wat zou de voorgaande lijdensweg van de Belgische wetgever op het vlak van de selectie van discriminatiegronden impliceren voor de lijst met discriminatiegronden uit de AWGB? Die wet zal – na de komende wijziging – de volgende gronden omvatten: godsdienst, levensovertuiging, politieke gezindheid, ras, geslacht, nationaliteit, hetero- of homoseksuele gerichtheid, burgerlijke staat, handicap, chronische ziekte en leeftijd.⁴¹

Hoewel in het huidige voorstel geen motivering meer gegeven wordt voor deze (immers al enige tijd bestaande) selectie, is de motivering ervoor te achterhalen door terug te kijken naar het moment waarop de bewuste gronden werden opgenomen. Laten we beginnen met de grondslag voor de selectie in de oorspronkelijke AWGB: die bestond destijds uit de gronden die in artikel 1 van de Nederlandse Grondwet uitdrukkelijk worden genoemd (godsdienst, levensovertuiging, politieke gezindheid, ras en geslacht). Daaraan werden de gronden hetero- of homoseksuele gerichtheid en burgerlijke staat toegevoegd, omdat die een nauwe verwantschap zouden vertonen met discriminatie naar geslacht.⁴² Nationaliteit werd als laatste grond toegevoegd aan de oorspronkelijke lijst om interpretatieproblemen te voorkomen met betrekking

37 Voor mogelijke implicaties hiervan, zie Vrielink & De Prins 2009 (*supra* noot 17), p. 596-597.

38 Grondwettelijk Hof 2 april 2009, nr. 64/2009, B.8.7.

39 *Ibid.*, B.8.13

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

41 Daarnaast geldt in horizontale relaties ook een verbod op discriminatie op ‘arbeidsduur’ en op ‘bepaalde tijd – onbepaalde tijd’, resp. op grond van de Wet onderscheid naar arbeidsduur (WOA) en de Wet onderscheid bepaalde tijd – onbepaalde tijd (WOBOT). Omdat die gronden niet in het wetsvoorstel geïntegreerd zijn blijven ze hier verder buiten beschouwing.

42 *Kamerstukken II* 1990/91, 22 014, nr. 3, p. 5.

tot rassendiscriminatie.⁴³ Meer in het algemeen zou de reden voor de opname van alle voorgaande gronden zijn dat het, aldus de regering, gaat om ‘gronden die voor [...] [Neder]land een grote relevantie hebben’.⁴⁴ Nadien zijn aan de opsomming nog de gronden ‘handicap’, ‘chronische ziekte’ en ‘leeftijd’ toegevoegd; die eerste en laatste in belangrijke mate om gehoor te geven aan Europese verplichtingen en ‘chronische ziekte’ vanwege de nauwe verwantschap met handicap.⁴⁵ Daarnaast werd inzake handicap ook verwezen naar empirisch onderzoek dat ‘laat zien dat mensen in diverse situaties op grond van hun handicap anders worden behandeld dan in het algemeen verwacht zou worden, wanneer zij die handicap niet zouden hebben’.⁴⁶

Het lijkt weinig twijfel dat het Belgische Grondwettelijk Hof deze gecombineerde motiveringen onvoldoende zou achten en de selectie zou vernietigen als zijnde discriminatoir. De argumentatie is weinig coherent en schippert tussen formele criteria (gronden uit de Grondwet en gronden uit de richtlijnen), analogiecriteria (nauwe verwantschap) en materiële criteria (gronden met een ‘grote relevantie’ voor de nationale context en/of op basis waarvan benadeling plaatsvindt). De keuze voor die criteria – en waarom nu eens het ene criterium en dan weer het andere wordt gehanteerd – wordt inhoudelijk niet of nauwelijks beargumenteerd; of althans onvoldoende gezien de strikte motiverings- en redelijkheidseisen die het Grondwettelijk Hof aan de dag legt op dit punt. Zeker wat betreft discriminatiegronden die *ook* aan deze criteria voldoen, maar die (impliciet) uitgesloten worden, bewaart de wetgever vaak het zwijgen.

Daarnaast lijken de gronden hetero- en homoseksuele gerichtheid – in het licht van de criteria van het Hof – bovendien *intern* discriminatoir.⁴⁷ De argumentatie voor deze formulering, die andere vormen van seksualiteitsbeleving uitsluit, was destijds dat het algemene begrip ‘seksuele gerichtheid’ te onbepaald zou zijn en dat niet alle vormen van seksuele gerichtheid geaccepteerd zijn.⁴⁸ Analooq aan de beoordeling van de uitsluiting van politieke overtuiging in de Belgische wet van 2003, wegens het maatschappelijk omstreden karakter van *sommige* politieke overtuigingen, kan men verwachten dat het Grondwettelijk Hof weinig oren zou hebben naar het tweede argument. Waarom ‘seksuele gerichtheid’ voorts meer onbepaald zou zijn dan – pakweg – ras of levensovertuiging is ook niet direct duidelijk.

Het voorgaande wil niet zeggen dat er geen redelijke en coherente argumenten *denkbaar* zouden zijn om de huidige selectie te verantwoorden. De Nederlandse wetgever heeft er echter vooralsnog weinig tot geen aandacht aan besteed, gerust in het feit dat er toch geen grondwettelijke toetsing kan plaatsvinden en dat niemand zijn soeverein gemaakte keuzes kan toetsen op inhoudelijke consistentie en redelijkheid.

43 *Kamerstukken II* 1992/93, 22 014, nr. 36.

44 *Ibid.*

45 Zie resp. *Kamerstukken II* 2001/02, 28 169, nr. 3, p. 1; *Kamerstukken II* 2001/02, 28 170, nr. 3, p. 1-2. Zie inzake het argument van de nauwe verwantschap van chronische ziekte met handicap onder meer *Kamerstukken II* 2001/02, 28 169, nr. 3, p. 9 (‘De gronden handicap of chronische ziekte hebben zoveel overeenkomsten en brengen zoveel vergelijkbare situaties met zich mee dat discriminatie op beide gronden onder dit wetsvoorstel zal vallen’).

46 Zie *Kamerstukken II* 2001/02, 28 169, nr. 3, p. 1 en 2, daarbij verwijzend naar M. Gras e.a., *Een schijn van kans. Twee empirische onderzoeken naar discriminatie op grond van handicap en etnische afkomst*, Arnhem: Gouda Quint 1996 en A.C. Hendriks, *Gehandicap(en)recht*, Den Haag: ISG/Sdu 1996.

47 En overigens evenmin richtlijnconform, maar dat gegeven vormt niet het onderwerp van deze bijdrage.

48 *Kamerstukken II* 1991/92, 22 014, nr. 5, p. 21.

3.2 Discriminerend toepassingsgebied van verbod?

Een van de meest opvallende elementen van de Nederlandse conceptwet is dat het (materiële) toepassingsgebied sterk verschilt per discriminatiegrond. Het discriminatieverbod in verband met sommige gronden (zoals ras en nationaliteit) is veel ruimer dan dat voor andere gronden (zoals handicap en leeftijd). Hoe zou het Belgische Grondwettelijk Hof hierover oordelen?

Laten we daarvoor eerst eens kijken naar de motivering van het differentiële toepassingsgebied. De memorie van toelichting schrijft deze situatie toe aan het feit dat het om een 'integratie met een technisch karakter gaat', die er 'in beginsel toe [leidt] dat de inhoudelijke verschillen in de materiële reikwijdte [...] tussen de verschillende wetten, samenhangend met het karakter van de gronden, zullen blijven bestaan'. De memorie vervolgt met het bagatelliseren hiervan: 'voor de integratie is dit geen onoverkomelijk bezwaar'.⁴⁹ Dat laatste moge vanuit technisch oogpunt zo zijn, maar het is bijzonder twijfelachtig of deze handelwijze ook een grondwettelijke toetsing zou overleven, gezien de aanzienlijke verschillen in rechtsbescherming die dit oplevert. In België was men er zelfs zo zeker van dat een verschillend toepassingsgebied onaanvaardbaar zou zijn vanuit grondwettelijk perspectief, dat men het niet eens geprobeerd heeft. De opstellers van de wet gaven aan dat eerdere discriminatiewetten onder andere 'op het vlak van [...] het toepassingsgebied [...] soms opmerkelijke en – moet het nog gezegd – onverklaarde verschillen' bevatten en dat die niet alleen weggewerkt werden uit 'louter esthetische en formele overwegingen', maar vooral ook omdat dit 'juridisch noodzakelijk [was] (...) op grond van de grondwettelijke vereisten inzake gelijkheid en non-discriminatie': 'het arrest 157/2004 van het Arbitragehof vereist respect voor het gelijkheidsbeginsel *a priori* tussen slachtoffers van discriminatie'.⁵⁰ Het uitgangspunt van de wetgever was dus dat een verschillend materieel toepassingsgebied van het discriminatieverbod per discriminatiegrond de wetgeving niet alleen ontoegankelijk zou maken,⁵¹ maar dat dit er ook vrijwel zeker voor zou zorgen dat de wetgeving discriminatoir zou worden geacht door het Grondwettelijk Hof.

In de afwezigheid van een nadere motivering voor de bestaande verschillen lijkt die laatste conclusie zich ook op te dringen als het Hof zich zou (kunnen) uitspreken over de Nederlandse situatie. Temeer gezien de Nederlandse wetgever het aanbrengen van een onderlinge rangorde tussen discriminatiegronden altijd principieel heeft afgewezen.⁵² *De facto* een dergelijke rangorde niettemin invoeren (en dat nu bovendien binnen één enkele wet), lijkt de uitnodiging bij uitstek voor het Grondwettelijk Hof om deze situatie ongrondwettig, want discriminatoir, te achten.

Het loutere feit dat de Europese richtlijnen bij sommige discriminatiegronden slechts nopen tot een beperkt toepassingsgebied (momenteel de belangrijkste feitelijke reden voor de differentiatie), ontslaat een wetgever immers niet van de plicht om te waarborgen dat de omzettingsregeling ook grondwetsconform is en dat eventuele verschillen dus steeds objectief en redelijk verantwoord zijn.

49 MvT concept-Integratiewet AWGB, p. 6 (zie daarvoor www.internetconsultatie.nl/integratiewetawgb, geraadpleegd 15 februari 2011).

50 *Parl.St.* Kamer 2006-07, 51-2722/1, 10.

51 Zie op dit punt overigens de reactie op het concept-wetsvoorstel door E-Quality (Reactie op concept wetsvoorstel integratiewet AWGB, september 2010, www.internetconsultatie.nl/integratiewetawgb (geraadpleegd 15 februari 2011), p. 1).

52 Zie bijv. *Kamerstukken II* 1991/92, 22 014, nr. 5, p. 24.

3.3 Intimidatie en de vrijheid van meningsuiting

Een laatste element waar we naar kijken vanuit de optiek van het Belgische Grondwettelijk Hof, is intimidatie. Dat concept is in het Europees recht initieel ontwikkeld voor de context van arbeidsbetrekkingen. De Europese Unie meende dat ongewenst intimiderend gedrag met een discriminerend karakter een belemmering vormde voor de gelijke kansen van minderheden op de arbeidsmarkt.⁵³ Het intimidatieverbod is dus ontstaan uit een bezorgdheid voor pesterijen en ander ongewenst gedrag gericht op een of meer concrete personen in arbeidsrelaties. Voor sommige discriminatiegronden werd op Europees niveau het intimidatieverbod bij de daadwerkelijke invoering ervan ook uitgebreid tot andere toepassingsgebieden, waaronder goederen en diensten.

In zowel Nederland als in België is het intimidatieverbod vervolgens in de implementatiewetgeving nog verder uitgebreid, zodat het geldt voor alle toepassingsgebieden van de wetgeving. De definitie in de Antidiscriminatiewet van 2003, en nadien ook in die van 2007, was overgenomen uit de Europese richtlijnen. Volgens beide wetten was er sprake van intimidatie ingeval 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'.⁵⁴ Bij de grondwettelijke toetsing van de wet van 2003 kwam dit element uit de wetgeving niet aan bod, maar in 2009 was dat – bij de toetsing van de wetten van 2007 – wel het geval. Verschillende verzoekers claimden toen meer bepaald dat het intimidatieverbod – mede gezien zijn ruime toepassingsgebied – een ongerechtvaardigde beperking opleverde van de vrijheid van meningsuiting en het rechtszekerheidsbeginsel.

In de praktijk had de intimidatiebepaling uit de Antidiscriminatiewet van 2003 namelijk al tot een (burgerrechtelijke) veroordeling geleid van een dvd-verhuurbedrijf en een *webagency* wegens een humoristisch bedoelde reclamecampagne. 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 9.500 'vrouwen'. Ruilen kon altijd: de 'vrouwen' waren "onbeperkt inwisselbaar". 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.

Het Instituut voor de Gelijkheid van Vrouwen en Mannen – een overheidsinstelling die instaat voor de handhaving van de genderwetgeving – vond dat de site en de filmpjes neerkwamen op 'intimidatie' op basis van geslacht. De voorstelling van vrouwen als inwisselbare koopwaar

53 Zie bijv. Resolutie 90/C 157/02 van de Raad van 29 mei 1990 betreffende de bescherming van de waardigheid van vrouwen en mannen op het werk (*PbEG* 1990, C 157/3) en aanbeveling 92/131/EEG van de Commissie van 27 november 1991 betreffende de bescherming van de waardigheid van vrouwen en mannen op het werk (*PbEG* 1992, L 49/1). Zie verder het rapport van de Europese Commissie (Directorate-General for Employment, Industrial Relations and Social Affairs), *Sexual harassment in the workplace in the European Union*, 1998, p. 5 en 87-88; C. Barnard, 'Gender Equality in the EU: A Balance Sheet', in: P. Alston (red.), *The EU and Human Rights*, Oxford: Oxford University Press 1999, p. 253-254.

54 Artikel 4, 10° Antiracismewet, artikel 4, 10° Antidiscriminatiewet en artikel 5, 9° Genderwet.

zou leiden tot een aantasting van hun waardigheid en tot een beledigende en kwetsende omgeving. De Brusselse rechtbank van koophandel ging daarin mee.⁵⁵

Het intimidatieverbod werd in die zaak dus gebruikt als een algemeen verbod om bepaalde bevolkingsgroepen, *in casu* vrouwen, te kwetsen of te beledigen. Zeker gezien de ruime selectie aan discriminatiegronden in de wetten van 2007 vreesden verschillende verzoekers daarom de potentieel vrijheidsbeksnoeiende effecten van het intimidatieverbod. Ook in de rechtsleer werd bijvoorbeeld de vrees geuit dat een dergelijke interpretatie van het intimidatieverbod op het vlak van religie bijvoorbeeld zou neerkomen op een blasfemieverbod.⁵⁶

Het Grondwettelijk Hof ging deels mee in deze kritiek en legde een grondwetsconforme interpretatie op van het intimidatieverbod, dit keer niet in de vorm van een verruimende doch wel een inperkende lezing. Het Hof gaf aan dat de definitie van 'intimidatie' ontleend is aan de richtlijnen en dat daarin uitdrukkelijk is opgenomen dat het begrip nader gedefinieerd kan worden 'in overeenstemming met de nationale wetgeving en praktijken van de lidstaten'.⁵⁷ Die mogelijkheid grijpt het Hof met beide handen aan.

Om te beginnen bakt 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.⁵⁸ Verder geven de constitutionele rechters aan dat het begrip 'intimidatie' in zijn gewone betekenis in België verwijst naar de idee van 'belaging', zijnde: '[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'.⁵⁹ 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 ongewenst gedrag door een persoon, gericht op een andere persoon, in het bijzonder in een *face-to-face*-context. Abstracte uitingen over groepen in het algemeen kunnen niet onder de notie intimidatie gebracht worden. Dit sluit dus toepassingen zoals die in de zaak *Rentawife* uit. Het Grondwettelijk Hof gaf de bepaling zo 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 niet van een abstracte groep.⁶⁰ Een tweede beperking vloeit voort uit een zekere ingesteldheid ('arglistig', 'om te destabiliseren') die de verbinding van de concepten intimidatie en belaging met zich mee brengt.⁶¹ De toepassing van het bewuste verbod moet – aldus het Hof – beperkt

55 Voorz. Kh. Brussel 26 september 2007, *Rechtskundig Weekblad* 2007-08, nr. 29, 1212-1219. Zie over deze zaak J. Vrielink & S. Sottiaux, 'Banning Sexism: How Harassment Law May Threaten Freedom of Expression and Undermine Antidiscrimination Policies', *IJDL* 2008, nr. 4, p. 263-271.

56 P. Vanden Heede, 'God voelt zich steeds beter thuis in onze parlementen', *Juristenkrant* 2009, nr. 186, p. 10-11.

57 Grondwettelijk Hof 12 februari 2009, nr. 17/2009, B.53.2; Grondwettelijk Hof 11 maart 2009, nr. 39/2009, B.25.2; Grondwettelijk Hof 11 maart 2009, nr. 40/2009, B.33.2. Zie artikel 2, derde lid, Rasrichtlijn en artikel 2, derde lid, Kaderrichtlijn.

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

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

60 Dit sluit ook aan bij de tekst van de bepaling, waarin sprake is van gedrag dat gericht is op 'de persoon'.

61 Grondwettelijk Hof 12 februari 2009, nr. 17/2009, B.53.4; Grondwettelijk Hof 11 maart 2009, nr. 39/2009, B.25.4; Grondwettelijk Hof 11 maart 2009, nr. 40/2009, B.33.4.

blijven tot die gevallen waarin de aangehaalde gevolgen ook bedoeling waren van het gewraakte gedrag.⁶² Dat geldt *a fortiori* bij de strafrechtelijke toepassing van het begrip, die in België ook mogelijk is. In die context mag ‘intimidatie’ niet ‘[...] 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’.⁶³ Het probleem dat zich in België voordeed met de formulering van het intimidatiebegrip lijkt zich – gezien de gehanteerde definitie – *prima facie* nog sterker te stellen in Nederland. In de concept-Integratiewet heeft men bewust de precisering weggelaten dat het moet gaan om *ongewenst* gedrag. De memorie van toelichting geeft op dit punt aan dat ‘de toevoeging “ongewenst” in de richtlijntekst [...] geen toegevoegde waarde [heeft] en [...] zelfs averechts [zou] kunnen werken, omdat deze toevoeging ertoe kan leiden dat aan een bepaald handelen of nalaten van een geïntimideerde persoon de conclusie wordt verbonden dat er, hoewel de gedraging op zich intimiderend was, deze niet als manifest “ongewenst” kan worden beschouwd’.⁶⁴ Het weglaten van de term ‘ongewenst’ laat echter tegelijkertijd nog gemakkelijker toe dat het intimidatieverbod – zoals in de toepassing van de Belgische wet van 2003 – een invulling krijgt die zich verwijdt van een *face-to-face*-context tussen concrete personen en die aanleiding kan geven tot meer algemene beperkingen op de vrijheid van meningsuiting. Het is dan ook zo goed als zeker dat het Grondwettelijk Hof de ongewenste aard van het gedrag dwingend zou ‘inlezen’ in de bepaling uit de Nederlandse wet, door middel van een restrictieve grondwetsconforme interpretatie. Naast de andere interpretatierichtlijnen die het ten aanzien van de Belgische wet al oplegde.

4 Conclusie

In deze bijdrage werden drie elementen uit de concept-Integratiewet getoetst aan de rechtspraak van het Belgische Grondwettelijk Hof: de selectie van discriminatiegronden, het gedifferentieerde (materiële) toepassingsgebied van het voorstel en de wettelijke definitie van het begrip ‘intimidatie’. De conclusie was op elk van deze drie punten eenduidig: de keuzes van het Nederlandse kabinet doorstaan een toetsing aan de Belgische Grondwet niet. Natuurlijk zeggen de ‘ongrondwettigheden’ die het gevolg zijn van een toepassing van criteria die ontleend zijn aan de Belgische rechtspraak niet veel over de (on)grondwettigheid vanuit Nederlands oogpunt. Daarenboven was het niet de bedoeling van deze bijdrage om de ‘superioriteit’ van het door de Belgische wetgever en rechter ontworpen model te verdedigen. Alleen al de wijze waarop het Grondwettelijk Hof het discriminatieverbod toepast in de besproken arresten is vanuit rechtspoliteik oogpunt minstens voor kritiek vatbaar.⁶⁵

Waarom dan toch deze denkoefening? Om te beginnen hopen we met deze bijdrage te laten zien dat een aantal van de basisopties uit het Nederlandse gelijkebehandelingsrecht minder vanzelfsprekend is dan zij op het eerste gezicht lijken. Wat het voorgaande eveneens illustreert,

⁶² *Ibid.*

⁶³ Grondwettelijk Hof 12 februari 2009, nr. 17/2009, B.53.4; Grondwettelijk Hof 11 maart 2009, nr. 39/2009, B.25.4; Grondwettelijk Hof 11 maart 2009, nr. 40/2009, B.33.4.

⁶⁴ MvT concept-Integratiewet AWGB, p. 16 (www.internetconsultatie.nl/integratiewetawgb, geraadpleegd 15 februari 2011).

⁶⁵ Zie voetnoten 13 en 21.

is dat een wetgever die zich getoetst weet op zijn eigen consistentie, coherentie en redelijkheid, meer zelfkritiek aan de dag zal leggen en de gemaakte keuzes beter zal motiveren. Hij kan het zich niet permitteren om blind te zijn voor eventuele onvolkomenheden op dit vlak.

Een laatste potentieel nut van ons gedachte-experiment is het volgende. De huidige Nederlandse aanpak – die veel oog heeft voor het Europees recht, maar weinig aandacht voor de eigen (constitutionele) traditie – leidt momenteel tot een wetgeving die nogal onoverzichtelijk en ‘on-Nederlands’ dreigt te worden. Het Nederlandse gelijkebehandelingsrecht kenmerkte zich altijd bij uitstek door zijn duidelijkheid en toegankelijkheid. De voorgenomen wijzigingen lijken dat in het gedrang te brengen. Wellicht kan meer aandacht voor de *eigen* grondwet en traditie als normatief kader het Nederlandse discriminatierecht een nieuwe *boost* geven die het kan redden uit het (Europese) moeras waarin het verzeild dreigt te raken.