

TUSSEN VERHULLINGS- EN ONTHULLINGSVERBODEN

BOERKINIVERBODEN IN (PRIVATE OF PUBLIEKE) ZWEMBADEN

Jogchum VRIELINK*
Hoofddocent KU Leuven en UCLouvain Saint-Louis Bruxelles

I. INLEIDING

1. Het is een genoegen om bij te dragen aan het *liber amicorum* van Matthias Storme. Matthias ontmoette ik toen we beiden aan (de toenmalige) UFSIA¹ werkten. Ik als beginnend assistent, tijdelijk aangeworven om een boekproject van de rechtsfaculteit te coördineren rond wat de Antidiscriminatiewet van 2003 zou worden. Matthias werkte ook mee aan het boek. Onze standpunten over (de wenselijkheid van) horizontale discriminatiewetgeving verschilden enigszins en we voerden er direct een kleine polemiek over in *De Juristenkrant* (mijn allereerste publicatie!). Matthias schreef overigens ‘preventief’ onder het pseudoniem Saihttam Emrots², daar hij meende te zullen moeten onderduiken wanneer de discriminatiewetgeving gestemd zou zijn, hetgeen onvermijdelijk tot een politiestaat zou leiden³.

Hij nodigde me nadien uit voor een lunch en we hebben altijd contact gehouden, ook toen ik aan de KU Leuven begon aan een doctoraat over de uitingsdelicten in de racismewetgeving. In dat doctoraatsproces was Matthias geregeld een klankbord. Ik herinner me zelfs dat hij het was die (tijdens een lunch in het ter ziele gegane Thai House tegenover De Valk) opperde dat ik, als

* Sommige onderdelen van deze bijdrage zijn gebaseerd op een (ongepubliceerd) advies (op vraag), van de auteur, aan de Vlaamse administratie (GKV).

¹ UFSIA fuseerde in 2003 met het RUCA en de UIA tot de UA Antwerpen.

² Zijn naam, achterstevoren, voor alle duidelijkheid.

³ Zie (ook voor de ruimere polemiek): S. SOTTIAUX, “Algemene discriminatiewet is goede zaak”, *Juristenkrant* 2002, nr. 56, 2-3; M.E. STORME, “Algemene discriminatiewet leidt onvermijdelijk naar politiestaat”, *Juristenkrant* 2002, nr. 57, 4; J. VRIELINK, “Van kinderen en badwater”, *Juristenkrant* 2002, nr. 58, 2; K. LEMMENS, “Nous sommes tous des juifs allemands”, *Juristenkrant* 2002, nr. 59, 2-3; M.E. STORME, “Antidiscriminatiewet”, *Juristenkrant* 2002, nr. 60, 2; L. WAELKENS, “Antidiscriminatie”, *Juristenkrant* 2003, nr. 61, 2.

ik dan toch deels een empirische invalshoek koos, zeker ook met verdachten en veroordeelden moest spreken, over de impact die de tussenkomst van het gerecht op hen had gehad (en zo geschiedde). Hij was bovendien niet enkel intellectueel betrokken en genereus, maar was ook op praktisch niveau altijd bereid om te helpen met het leggen van contacten met personen uit de ruime Vlaamse beweging die ooit het voorwerp van een klacht of proces waren geweest. Diverse mensen had ik nooit zonder hem kunnen bereiken.

Ook later, na mijn benoeming bij UCLouvain Saint-Louis, zagen we elkaar nog geregeld, waaronder in de raad van bestuur van Unia, het interfederale gelijkheidscentrum⁴.

2. Gezien onze historiek kon deze bijdrage moeilijk over iets anders gaan dan de discriminatieregelgeving; regelgeving die almaar belangrijker wordt, in privaatrechtelijke context (zie daar een soortement van link met het thema van deze bundel). Meer bepaald koos ik voor een van de vele ‘religieuze kledingrennen’ van de laatste jaren, daar ook religie een interessegebied is dat Matthias en ik delen. We schreven er zelfs samen over, toen Maarten Boudry ooit opperde om de godsdienstvrijheid af te schaffen⁵.

Omdat er over hoofddoeken en boerka’s al veel te veel geschreven is (ook door mij), koos ik voor de discussie rond de zogenaamde ‘boerkini’, een type zwemkledij dat in veel private en publieke zwembaden verboden is. De vraag die centraal staat, is of er – in Vlaanderen/België – eigenlijk wel juridisch verdedigbare gronden zijn voor dergelijke verboden.

II. BOERKINI

3. De boerkini is een lichaamsbedekkend badpak met (half)lange mouwen, lange pijpen en een geïntegreerde badmuts⁶, die veelal tevens de nek bedekt. Dit type van badpak laat – met andere woorden – (enkel) het gezicht, de voeten en handen onbedekt (en in sommige gevallen delen van de armen).

4. Het is vervaardigd uit een combinatie van lycra en polyester (net als andere badkledij). De naam is een samentrekking van ‘boerka’ en ‘bikini’. Dat laatste, namelijk de associatie met ‘boerka’, is waarom sommigen – waaronder Unia – verkiezen de term niet te gebruiken omdat die te beladen zou

⁴ Over Stormes benoeming in die raad van bestuur woedde destijds enige discussie, zie J. VRIELINK, “Operation Desert Storme”, *De Standaard* 29 oktober 2014.

⁵ J. VRIELINK en M.E. STORME, “Schaf onzichtbare roze eenhoorns af!”, *De Tijd* 16 augustus 2016.

⁶ Er zijn varianten op de markt waarbij dit laatste onderdeel ontbreekt en ook varianten waarbij de badmuts niet geïntegreerd is.

zijn. De instelling kiest om die reden voor ‘lichaamsbedekkend badpak’ of ‘lichaamsbedekkende zwemkleding’⁷.

Tegelijk was de naam de keuze van de (islamitische) Australische ontwerpster⁸, die het badpak in 2003 ontwikkelde en de namen ‘burkini’ en ‘burqini’ gaf (en als merken deponeerde); sindsdien werd de merknaam een soortnaam. Bovendien onderscheidt een ‘boerkini’ zich in bepaalde opzichten van (andere) lichaamsbedekkende badpakken, zoals hedendaagse wedstrijdpakken en duikpakken/wetsuits. Dat is ten eerste zo qua oorsprong en bedoelingen: waar duikpakken en wedstrijdpakken ontworpen werden voor maximale functionaliteit op het vlak van resp. bescherming/warmte en snelheid/minimale waterweerstand, werd de boerkini – aldus de ontwerpster – initieel ontwikkeld om moslima’s toe te laten om te participeren aan sportactiviteiten in overeenstemming met hun religieuze overtuiging⁹. Dat maakt ook dat de boerkini uiterlijk wat verschilt van andere lichaamsbedekkende zwemkledij: die is – enigszins afhankelijk van de variant¹⁰ – minder aansluitend en verhult de lichaamsvormen van de betrokkene meer dan een wetsuit of wedstrijdpakken.

5. In wat volgt ga ik uit van de verschijningsvorm van ofwel het originele merk dan wel exemplaren die *grosso modo* voldoen aan dezelfde materiaal- en vormkenmerken. Met andere woorden: de analyse geldt niet voor geïmproviseerde ‘boerkini’s’ die bijvoorbeeld gewoon bestaan uit een badpak met daar overheen een T-shirt en een legging, niet gemaakt van zwempakmateriaal. Voor dergelijke kledij kunnen er sowieso verbodsgronden (zoals hygiëne) bestaan.

III. NON-DISCRIMINATIE EN ANDERE GRONDRECHTELIJKE OVERWEGINGEN BIJ EEN VERBOD

6. Als (private of publieke) zwembaden of bevoegde overheden een verbod instellen op zwemmen in boerkini of in andere lichaamsbedekkende kledij, dan kunnen er zich diverse grondrechtenconflicten voordoen.

⁷ UNIA, *Juridisch advies gericht tot de verantwoordelijken van overheidszwembaden in Vlaanderen over lichaamsbedekkende zwemkleding*, Brussel, 10 juli 2017. Vgl. E. BREMS, S. OUALD CHAIB en K. VANHEES, “‘Burkini’ bans in Belgian municipal swimming pools: Banning as a default option”, *NQHR* 2018, nr. 4, 271.

⁸ Aheda Zanetti, met haar bedrijf Ahiida.

⁹ Door ruimere interesse van andere vrouwen “*globally of different faith and cultures*”, verwijst de website naar neutralere overwegingen als ‘*modesty*’ (kuisheid) en UV-bescherming.

¹⁰ Er bestaan diverse varianten van de boerkini: er zijn vrij ruim zittende varianten (*Modest Fit (Plus)*) en wat nauwer aansluitende varianten (de *Slim Fit* enerzijds en de *Sportz Fit* anderzijds). Verder bestaan er varianten voor kinderen en varianten waarbij de geïntegreerde badmuts ontbreekt en die vooral gemarket worden als UV-bescherming.

7. Zo rijst bij *publieke* zwembaden of andere verboden van overheidswege om te beginnen de vraag naar de verenigbaarheid van een verbod met de vrijheid van godsdienst, die onder meer wordt beschermd door artikel 19 Gw. en artikel 9 EVRM. De kwestie kan ook geformuleerd worden als een vraag onder de artikelen 10 en 11 Gw. en 14 EVRM naar mogelijke discriminatie op grond van godsdienst. Zelfs als het verbod – zoals geregeld (maar zeker niet altijd) het geval is – algemeen geformuleerd is en betrekking heeft op alle lichaamsbedekkende zwemkleding, dan is er nog altijd sprake van een materieel of indirect onderscheid (op basis van godsdienst én geslacht), dat mogelijk (indirecte) discriminatie uitmaakt, aangezien vooral moslima's nadelige gevolgen zullen ondervinden van zo'n verbod.

8. Voorts kan de vrijheid van meningsuiting een rol spelen (art. 19 Gw. en art. 10 EVRM), evenals het recht op bescherming van het privéleven. Voor zover bepaalde kleding – inclusief zwemkledij – (mede) bedoeld kan zijn als een statement, kan deze binnen het toepassingsgebied vallen van de vrijheid van meningsuiting, als zogenaamde *symbolic speech*. Bovendien kan het recht op bescherming van het privéleven in het geding komen (art. 22 Gw. en art. 8 EVRM). Zo oordeelde de (voormalige) Europese Commissie voor de Rechten van de Mens (ECRM) dat “*constraints imposed on a person's choice of mode of dress constitute an interference with the private life as ensured by Article 8 para. 1 of the Convention*”¹¹.

9. Verder is voor zowel *publieke als private zwembaden* (en hun bevoegde overheden) de horizontale discriminatieregelgeving relevant. Daaronder geldt dat een verbod (mede) op boerkini's, deels afhankelijk van de wijze waarop dat verbod geformuleerd is, een direct of (vaker) indirect onderscheid op basis van een reeks beschermde criteria kan opleveren, waaronder geloof en/of levensbeschouwing (voor personen die de zwemkledij vanuit religieuze overwegingen dragen, bv. bepaalde moslima's of joden), geslacht en/of genderexpressie (veruit de meeste personen die de boerkini dragen, zijn en/of identificeren zich als vrouwen), gezondheidstoestand, handicap of fysieke eigenschap (sommige personen met huidproblemen en -aandoeningen, brandwonden, misvormingen etc. willen of moeten hun lichaam (soms) grotendeels bedekken).

Zwembaden in Vlaanderen zijn in beginsel Vlaamse bevoegdheidsmaterie, zodat de horizontale discriminatiewetgeving die van toepassing is het Gelijkekansendecreet is. Dat decreet verbiedt discriminatie onder andere bij “het aanbod van, de toegang tot, de levering en het genot van goederen en diensten die publiekelijk beschikbaar zijn” (art. 20, 6°) en “de toegang tot en de deelname aan een economische, sociale, culturele of politieke activiteit die buiten de privésfeer worden aangeboden” (art. 20, 8°).

¹¹ ECRM 22 oktober 1998, *Kara t. VK*.

Elk (in)direct onderscheid op grond van geloof of levensbeschouwing, geslacht, gezondheidstoestand, fysieke kenmerken en handicap vormt op grond van dit decreet een (verboden) (in)directe discriminatie, tenzij het onderscheid objectief wordt gerechtvaardigd door een legitiem doel en de middelen voor het bereiken van dat doel passend en noodzakelijk zijn¹².

10. De analyse in verband met de mogelijke rechtvaardiging van een beperking van de artikelen 8, 9 10 en 14 EVRM is niet onvergelykbaar met de analyse volgens het Gelijkekansendecreet (GKD): ook daar gaat het om proportionaliteitstoetsen. Telkens zal behalve een wettelijke of minstens reglementaire basis ook een legitiem doel vereist zijn, evenals evenredigheid tussen middel en doel. Om herhaling van analoge argumentatie te voorkomen, zal daarom hieronder een enkele juridische analyse worden gepresenteerd, uitgaande van het horizontale discriminatieverbod en de toegelaten beperkingen daarop; temeer daar die analyse voor zowel *publieke* als *private* zwembaden geldt¹³.

IV. PRESENTATIE EN ANALYSE VAN (MOGELIJKE) ARGUMENTEN VOOR EEN VERBOD

11. In nogal wat zwembaden waren of zijn boerkini's of soms algemener lichaamsbedekkende badkledij verboden. Reeds in 2012 stelde het Vlaams Instituut voor Sportbeheer en Recreatiebeleid (ISB) vast dat in een ruime meerderheid van bevraagde (overheids)zwembaden in Vlaanderen en Brussel lichaamsbedekkende zwemkleding niet werd toegelaten¹⁴. Recenter was dat ook de conclusie van een onderzoek door het *Human Rights Centre* van de UGent¹⁵.

12. Voor die verboden worden diverse argumenten aangevoerd: veiligheid (a), hygiëne (b), gendergelijkheid (c); ecologische/economische argumenten (d); *laïcité*/neutraliteit (e) en overwegingen van sociale moraliteit/behoorlijkheid/aanstootgevendheid (f)¹⁶. Aan dat laatste punt kunnen eventueel overwegingen van '*vivre ensemble*' (het samen-leven) worden toegevoegd.

¹² Enkel in de veronderstelling van een direct geslachtsonderscheid is de toetsing enigszins afwijkend (zie art. 24 §2 GKD).

¹³ Zij het dat sommige argumenten voor een verbod (zoals (overheids)neutraliteit) niet op dezelfde wijze ingeroepen kunnen worden door resp. private en publieke zwembaden. Waar dat verschil kan spelen, geef ik het aan.

¹⁴ ISB, *Kengetallen overheidszwembaden, Vlaanderen en het Brussels Hoofdstedelijk Gewest, gegevens 2009-2012* (Brussel: ISB 2013), 44-45.

¹⁵ E. BREMS, S. OUALD CHAIB en K. VANHEES, "'Burkini' bans in Belgian municipal swimming pools: Banning as a default option", *NQHR* 2018, nr. 4, 275-276.

¹⁶ Zie o.m. UNIA, *Juridisch advies gericht tot de verantwoordelijken van overheidszwembaden in Vlaanderen over lichaamsbedekkende zwemkleding*; E. BREMS, S. OUALD CHAIB, K. VANHEES, *NQHR* 2018, nr. 4, 276.

Hoewel die overweging bij mijn weten nog niet (expliciet) werd aangevoerd, ligt dat argument dicht in de buurt van sociale aanstoot en moraliteit. In de praktijk komen de argumenten hygiëne en veiligheid het meest voor¹⁷.

A. VEILIGHEID

13. Het veiligheidsargument om boerkini's te verbieden, kan diverse aspecten omvatten. Soms wordt gesteld dat het dragen van een boerkini het zwemmen kan bemoeilijken, met een groter gevaar voor de *drager zelf* (o.a. een groter risico op verdrinking). Andere veiligheidsoverwegingen gaan uit van een gevaar voor *derden*. Daarbij kan het in de eerste plaats gaan om *redders*, die in de kleding verstrikt zouden kunnen raken of voor wie minstens eventuele reddingsacties bemoeilijkt worden door het niet-aansluitende karakter van de kledij en de verzwarende werking ervan. Eventueel kan het ook gaan om *andere* zwembadgebruikers (incl. kinderen die de drager van de geviseerde zwemkledij bij zich heeft).

14. Op zich kunnen veiligheidsoverwegingen zeker een grondslag zijn om bepaalde vormen van badkledij te verbieden in zwembaden. Gedacht kan worden aan te losse kleding of kledij die van het 'verkeerde' materiaal gemaakt is, waardoor het de bewegingen van de drager kan bemoeilijken en/of waardoor er gevaar ontstaat voor derden.

15. Het lijkt echter twijfelachtig of het argument plausibel ingeroepen kan worden ten aanzien van het dragen van een boerkini.

Op dat vlak kan ten eerste gewezen worden op een advies van het Agentschap Zorg en Gezondheid dat Unia inwon voor haar eigen advies inzake boerkini-verboden. Het Agentschap stelt dat er "bij het Agentschap tot op heden nog geen onveilige situaties gemeld zijn die in relatie staan met het dragen van een boerkini". In haar eigen advies verwijst Unia nog naar een bijkomend schrijven van het Agentschap, waarin wordt verduidelijkt dat "een lichaamsbedekkend badpak (...) geen obstakel [vormt] voor de veiligheid, noch voor de drager ervan, noch voor andere gebruikers van het zwembad"¹⁸.

Nu kan je ten aanzien van het advies van het Agentschap tegenwerpen dat er (louter) nóg geen problemen werden vastgesteld en dat dit wellicht te verklaren valt (of verklaard kan worden) door het feit dat het overgrote deel van de Belgische zwembaden bedekkende zwemkledij en de boerkini in het bijzonder verbieden (*supra*).

¹⁷ E. BREMS, S. OUALD CHAIB, K. VANHEES, *NQHR* 2018, nr. 4, 276.

¹⁸ UNIA, *Juridisch advies gericht tot de verantwoordelijken van overheidszwembaden in Vlaanderen over lichaamsbedekkende zwemkleding*.

Het blijft echter uiterst precair om uit dat gegeven, *a contrario*, de conclusie af te leiden dat het toelaten van boerkini's of andere bedekkende zwemkledij ook daadwerkelijk tot problemen zou leiden en dat boerkini's of andere bedekkende zwemkledij daarom onveilig zouden zijn. De boerkini werd specifiek ontworpen als zwempak en de veiligheidsgegevens die voorhanden zijn, wijzen nergens op problemen. Zo laten verschillende private zwembaden (zoals Plopsaqua, Aqualibi en Sunparks) en publieke zwembaden bedekkende zwemkledij toe, zonder dat in deze zwemcomplexen ooit onveilige situaties werden gemeld/aangekaart betreffende de boerkini. Hetzelfde geldt voor ervaringen in het buitenland, voor zover ik kon nagaan.

De conclusie lijkt dat er geen reëel aangetoond (en vermoedelijk zelfs geen aantoonbaar) verband is tussen het dragen van bedekkende zwemkledij en de doelstelling van het nastreven van veiligheid binnen zwemcomplexen. Bijgevolg lijkt een eventueel verbod niet direct pertinent om de vooropgestelde veiligheidsdoelstellingen te bereiken, zodat de maatregel in beginsel onevenredig en dus discriminerend lijkt vanuit dat doel.

B. HYGIËNE

16. Een tweede argument om boerkini's te verbieden, al dan niet tezamen met andere lichaamsbedekkende badkledij, is *hygiëne*. In de praktijk is dat het meest gebruikte argument, meer nog dan het zojuist besproken veiligheidsargument.

Het argument komt er in essentie op neer dat een boerkini of andere lichaamsbedekkende badkledij uit meer stof bestaat dan gewone badpakken, wat de kans zou verhogen op de introductie van zwembadvreemde en contaminerende stoffen die de waterkwaliteit (en de gezondheid van de zwemmers) negatief zouden (kunnen) beïnvloeden. Ook zou de bedekkende badkledij de zwemmer kunnen verhinderen om zich grondig en effectief te reinigen vooraleer het zwembad te betreden (of minstens de controleerbaarheid daarvan verminderen).

17. Ook hier kan gewezen worden op het advies dat Unia inwon bij het Agentschap Zorg en Gezondheid. In dat advies van 18 maart 2016 stelde het Agentschap op het punt van hygiëne het volgende:

“Het agentschap is van oordeel dat zwemkledij vooral proper moet zijn. Vanuit hygiënisch oogpunt mag zwemkleding ook alleen gebruikt worden om te zwemmen of te baden en moet deze regelmatig gewassen worden. Het toezicht op een correct hygiënisch gebruik van zwemkleding is voor de zwembadverantwoordelijke geen gemakkelijke opgave maar een boerkini verschilt daarin niet van andere specifiek op baden of zwemmen gerichte kledij. Boerkini's verbieden louter omwille van hygiënische

reden is bijgevolg niet gepast. Bij correct gebruik voldoen zij als zwemkleding aan de hygiënische eisen”.

Het Agentschap stelde vast dat regels met betrekking tot hygiëne voor boerini's in beginsel niet hoeven (en wellicht zelfs niet mogen) afwijken van degene die gelden voor andere zwemkledij en dat er geen (negatief) verband is tussen het dragen van de boerini en de hygiëne in het zwembad. Ook Unia vermeldt dit in haar advies van 2018, dat stelt dat een lichaamsbedekkend badpak uit badstof in beginsel geen negatieve invloed heeft op de waterkwaliteit (of toch niet meer dan andere zwemkledij)¹⁹.

18. Een argument dat eventueel aangevoerd kan worden tegen wat het Agentschap adviseerde, is dat bedekkende kledij het de zwembadexploitant en toezichthouders bemoeilijkt om na te gaan of de zwemmer om medische redenen de toegang tot het zwembad moet worden verboden: er bestaan bepaalde huidaandoeningen en huidinfecties waarmee mensen niet mogen zwemmen wegens het besmettingsgevaar²⁰.

De meeste van die aandoeningen (schimmelinfecties en dergelijke meer) betreffen evenwel de handen en voeten, die ook bij een boerini of andere bedekkende zwemkledij zichtbaar en controleerbaar blijven²¹.

Voor het overige lijkt het te gaan om een verschil in gradatie: hoewel boerini's en andere bedekkende zwemkledij minder visuele controle van de huid toelaten, is volledige controle sowieso onmogelijk, ongeacht welk type van zwemkledij de bader draagt. De vraag is dan ook of het verschil een eventueel verbod kan rechtvaardigen. Het advies van het Agentschap Zorg en Gezondheid gaat hier niet uitdrukkelijk op in, maar aangenomen mag worden dat als men dit als een probleem had gezien (dat een grondslag voor een verbod kan vormen), het Agentschap dat in het advies zou hebben aangegeven.

19. Tot slot kan eventueel worden beargumenteerd dat bedekkende zwemkledij zwemmers mogelijk beperkt (of zelfs verhindert) om zich grondig en effectief te reinigen vooraleer het zwembad te betreden. Voor het wassen of minstens douchen vooraleer te zwemmen geldt zelfs een regelgevende verplichting, te weten artikel 5.32.9.2.2 §7 van het Besluit van de Vlaamse regering van 1 juni 1995 houdende algemene en sectorale bepalingen inzake milieuhygiëne. Daarin wordt het volgende vermeld: “Elke bader moet een stortbad nemen alvorens de zwemhal te betreden”.

¹⁹ UNIA, *Juridisch advies gericht tot de verantwoordelijken van overheidszwembaden in Vlaanderen over lichaamsbedekkende zwemkleding*.

²⁰ Zie o.m. R. CALDERS en M. VAN POPPEL, “Zwembaden: het reglement van interne orde onder de loep”, *Vlaams Tijdschrift voor Sportbeheer* 2008, nr. 205, 93-98.

²¹ Zie R. CALDERS en M. VAN POPPEL, *Vlaams Tijdschrift voor Sportbeheer* 2008, nr. 205, 93-98.

Tegelijk moet worden opgemerkt dat er in de bewuste bepaling geen verwijzing wordt gemaakt naar de gedragen zwemkledij: de enige voorwaarde is dat *alle baders* een stortbad moeten nemen. Verder is het niet *a priori* duidelijk of en hoe het dragen van meer of minder bedekkende zwemkledij een daadwerkelijke invloed heeft op het reinigende effect van een dergelijk stortbad. Een dergelijk effect werd alleszins tot hiertoe niet aangetoond, zodat het moeilijk als grondslag voor een verbod lijkt te kunnen dienen. Bovendien is het ook nu in de praktijk zo dat niet alle zwemmers even grondig douchen alvorens het zwembad te betreden²². Voorts kan hier weer verwezen worden naar het feit dat diverse publieke en privaat uitgebate zwembaden de boerkini wel toestaan als zwemkledij, terwijl die door dezelfde regelgeving gebonden zijn.

20. Kortom, het lijkt erg twijfelachtig of er een (voldoende) verband is tussen enerzijds het dragen van bedekkende zwemkledij en anderzijds het nastreven van hygiëne in het zwembad om boerkini's en/of bedekkende zwemkledij in het algemeen te kunnen verbieden. Temeer daar er minder ingrijpende middelen voorhanden zijn die de noodzakelijkheid van een verbod in vraag stellen. Zo geeft Unia aan dat de eventueel bemoeilijkte visuele inspectie en de nood om grondig te douchen op andere manieren opgevangen kan worden, zoals advisering over het verplichte douchen²³.

C. GENDERGELIJKHEID

21. *Gendergelijkheid* wordt slechts door enkele zwembaden of autoriteiten ingeroepen om boerkini's (of andere lichaamsbedekkende badpakken)²⁴ te verbieden. Het onderliggende argument is dat boerkini's een vrouwonvriendelijk kledingstuk zijn en derhalve in strijd met normen inzake gendergelijkheid.

22. Op dit vlak kan ten eerste verwezen worden naar een advies van de (voormalige) Vlaamse Ombudsvrouw Gender (Genderkamer)²⁵, dat opgevraagd werd door Unia in het kader van haar advies, omdat die laatste instelling niet bevoegd is voor het criterium geslacht. Het advies van de Ombudsvrouw stelt ter zake dat “de gelijkheid tussen vrouwen en mannen niet gebruikt kan worden om een dergelijk kledingstuk te bestrijden”: “Dat het kledingstuk door sommigen als onvoldoende klassiek, te preuts of zelfs als vreemd gezien wordt, volstaat niet om een verbod te rechtvaardigen”. Kortom: een verbod kan volgens de Genderkamer niet gegrond worden op het principe van de gelijkheid tussen vrouwen en mannen.

²² En overigens vereist de reglementaire bepaling enkel dat er een stortbad genomen wordt; ze formuleert geen resultaatsverplichting dienaangaande (hoewel de achterliggende bedoeling natuurlijk duidelijk is).

²³ UNIA, *Juridisch advies gericht tot de verantwoordelijken van overheidszwembaden in Vlaanderen over lichaamsbedekkende zwemkleding*, 11-12.

²⁴ Maar vaak – gezien het argument – vooral of enkel boerkini's.

²⁵ Intussen opgegaan in het Vlaams Mensenrechteninstituut (VMRI).

Het argument kan nader uitgesplitst worden naar enerzijds de hypothese van dwang (om dergelijke zwemkledij te dragen) (ii) en anderzijds de hypothese van keuze (i).

§ 1. GENDERGELIJKHEID IN GEVAL VAN KEUZE

23. Het advies van de Genderkamer lijkt vooral uit te gaan van *vrijwilligheid*. Ook Unia stelt in dat verband dat ze “zeer veel belang [hecht] aan de autonomie en de beslissingsvrijheid van de betrokken vrouwen” en dat ook zij die gevrijwaard wenst te zien²⁶.

24. Als potentieel tegenargument kan verwezen worden naar rechtspraak van het Belgisch Grondwettelijk Hof inzake het verbod op gezichtsbedekking in het openbaar (het zogenaamde ‘boerkaverbod’). Dat verbod werd ook geschraagd door gendergelijkheid en overwegingen van non-discriminatie op grond van geslacht (en menselijke waardigheid van de vrouw in het bijzonder)²⁷. Daarbij gaf het Grondwettelijk Hof uitdrukkelijk aan dat ook wanneer het dragen van de gezichtssluier een “weloverwogen keuze van de vrouw” is, dat gendergelijkheid dan nog altijd een verbod verantwoordt, omdat enkel de vrouw verplicht is om het kledingstuk te dragen en omdat dit haar “een fundamenteel element van haar individualiteit [ontneemt]”²⁸.

Tegelijk schuilt voor het Grondwettelijk Hof dat ‘ontnemen van individualiteit’ net in het feit dat het *gezicht* van de betrokkene bedekt wordt²⁹. terwijl dat niet het geval is bij de boerkini. Het is dus om te beginnen de vraag of de redenering van het Hof hier ook toegepast kan worden.

Bovendien, en dat is (nog) belangrijker, is het arrest van het Grondwettelijk Hof op dit punt strijdig met rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM). Dat Hof aanvaardde, bij de beoordeling van de Franse en Belgische verboden op gezichtsbedekking, vrouwenrechten en menselijke waardigheid zelfs niet als legitieme doelen. Specifiek inzake vrouwen die uit vrije wil een gezichtssluier dragen, gaf het Hof aan dat een staat “*cannot invoke gender equality in order to ban a practice that is defended by women such as the applicant*”³⁰. Kortom: mensen kunnen en mogen niet tegen de legitieme uitoefening van hun eigen rechten worden ‘beschermd’³¹.

²⁶ UNIA, *Juridisch advies gericht tot de verantwoordelijken van overheidszwembaden in Vlaanderen over lichaamsbedekkende zwemkleding*, Brussel, 10 juli 2017, 10.

²⁷ GwH 6 december 2012, nr. 145/2012, B.4.3.

²⁸ *Ibid.*, B.23 (zie ook B.37.2). Zie kritisch: J. VRIELINK, “De Grondwet aan het gezicht onttrokken. Het Grondwettelijk Hof en het ‘boerkaverbod’”, *TBP* 2013, nr. 4, 250-260.

²⁹ GwH 6 december 2012, nr. 145/2012, B.23. Vgl. *ibid.*, B.37.2.

³⁰ EHRM 1 juli 2014, *SAS/Frankrijk*, §119.

³¹ Ook uit andere rechtspraak van het Hof volgt dat persoonlijke autonomie inhoudt dat mensen dingen kunnen doen waarvan anderen denken dat die schadelijk zijn voor henzelf, zie bv. EHRM 17 februari 2005, *K.A. en A.D/België*, §83.

Als dat al niet het geval kan zijn in verband met de gezichtssluier, dan lijkt het uitgesloten dat een dergelijk argument wel aanvaard zou (kunnen) worden bij (een immers minder bedekkende) boerkini, die het gezicht vrijlaat.

§ 2. GENDERGELIJKHEID IN GEVAL VAN DWANG

25. Biedt de hypothese van *dwang* meer aanknopingspunten voor een verbod? Het Grondwettelijk Hof vond, inzake de wet op gezichtsbedekking, van wel. Waar het gaat om dwang, zo stelde het Hof, kan je er sowieso van uitgaan dat “fundamentele waarden van een democratische samenleving” zich daartegen verzetten en een verbod op gezichtsbedekking rechtvaardigen; *prima facie* lijkt daar in geval van dwang *mutatis mutandis* eventueel ook een argument voor een verbod op de boerkini in gevonden te kunnen worden³².

26. Het Europees Hof ging op deze hypothese eerder impliciet in, omdat die voor de betrokken verzoeksters niet zo relevant was. Het Hof volstond ermee te zeggen dat “*a State Party which, in the name of gender equality, prohibits anyone from forcing women to conceal their face*” daarmee een legitiem doel nastreeft in de zin van artikel 8 (recht op privacy) en artikel 9 (godsdienstvrijheid). Daarmee is niet gezegd dat het Hof ook aanvaardt dat het een grondslag kan zijn voor een verbod op het *dragen* van de kleding. Uit het feit dat het EHRM vrouwenrechten in algemene zin (zelfs) niet als legitiem doel aanvaardt voor de grondrechteninperking die het boerkaverbod inhoudt, moet eerder afgeleid worden van niet³³.

Ook op dit punt lijkt het dus bij nader inzien twijfelachtig of er aan het arrest van het Grondwettelijk Hof, bij analogie, een argument ontleend kan worden.

27. Het advies van de Genderkamer stelt – hoewel het niet expliciet ingaat op de veronderstelling van dwang – *in algemene zin* dat gendergelijkheid geen grondslag kan bieden voor een verbod. Aangenomen lijkt dus te mogen worden dat dat ook geldt in de veronderstelling van dwang.

28. Er zijn bovendien grote praktische problemen gemoeid bij het vaststellen van eventuele dwang. Bij vrijwilligheid kan gendergelijkheid expliciet *geen* grondslag zijn voor een boerkiniverbod (*supra*). Zelfs als we er – hypothetisch – van zouden uitgaan dat het principieel toegelaten zou zijn om het dragen van boerkini's te verbieden in geval van *dwang*, dan is het in de praktijk in de regel onmogelijk om in de context van een zwembad te bepalen wie dergelijke kledij onder dwang draagt en wie dat doet uit vrije wil.

³² GwH 6 december 2012, nr. 145/2012, B.22.

³³ EHRM 1 juli 2014, *SAS/Frankrijk*, §119. Zie ook J. VRIELINK, “Boerkabattle: Grondwettelijk Hof vs. Europees Hof”, *Juristenkrant* 2014, nr. 295, 2.

29. Tot slot kunnen er principiële vragen worden gesteld bij het ‘aanpakken’ van eventuele gevallen van dwang, door middel van een verbod en daarmee bij de pertinentie van een verbod in het licht van het doel van vrouwenrechten en keuzevrijheid. Zoals Unia aangeeft:

“Unia ontkent niet dat in sommige gevallen dwang wordt uitgeoefend op vrouwen om zich op een bepaalde wijze te kleden. Wel menen we dat een verbod niet het meest aangewezen antwoord op deze situaties is. Integendeel: het achterliggende principe van een dergelijk verbod is ook een vorm van dwang (...)”.³⁴

Bovendien is – nog altijd in het kader van de pertinentie – de vraag wat men dan met die maatregel hoopt te bereiken: als een vrouw dermate onderdrukt wordt dat ze een boerkini moet dragen, dan wordt zij niet plots bevrijd door het verbod. Het is waarschijnlijker dat ze nadien helemaal niet meer zal mogen zwemmen. De maatregel lijkt in die zin de onderdrukte vrouw in haar rechten en mogelijkheden te treffen, hetgeen (opnieuw) niet bijdraagt aan vrouwenrechten.

D. ECOLOGISCHE/ECONOMISCHE ARGUMENTEN

30. Soms worden ook ecologische en economische argumenten naar voren geschoven om boerkini’s en/of andere lichaamsbedekkende badkledij te verbieden. Daarbij gaat het dan enerzijds om de claim dat meer stof meer water zou absorberen (zodat water verloren zou gaan en verspild zou worden en het zwembad vaker bijgevuld moet worden) (i) en anderzijds om het (beweerdelijke) feit dat het dragen van boerkini’s of andere lichaamsbedekkende badkledij zou nopen tot het toevoegen van meer chloor in het water (ii).

§ 1. ABSORPTIE

31. Het argument inzake de grotere *absorptie van water* lijkt alvast te dubieus om een verbod op te kunnen grondvesten.

Boerkini’s zijn ontworpen als zwemkledij en dus gemaakt van zwempakstof, zoals het Agentschap voor Zorg en Gezondheid aangeeft (*supra*). De fabrikant van de boerkini geeft dan ook duidelijk aan dat deze zwemkleding waterafstotend is. Opname van water is daardoor ook voor de boerkini zeer beperkt, hoewel die meer (bad)stof bevat dan veel andere zwemkledij.

Bovendien moet dienaangaande worden opgemerkt worden dat het Vlaams Reglement betreffende de Milieuvergunning (VLAREM II) voorschrijft dat

³⁴ UNIA, *Juridisch advies gericht tot de verantwoordelijken van overheidszwembaden in Vlaanderen over lichaamsbedekkende zwemkleding*, 10.

“per bader en per dag (...), behoudens toelating toegestaan door de milieuarth of milieugezondheidskundige van de afdeling, bevoegd voor het toezicht op de volksgezondheid, minimaal 30 liter vers water [wordt] toegevoegd” (art. 5.32.9.2.2. §5 VLAREM II). Unia stelt hierover in haar advies terecht dat het moeilijk is “in te zien hoe deze toevoeging van 30 liter water per bader per dag onvoldoende zou zijn om eventuele extra waterabsorptie door lichaamsbedekkende zwemkleding te compenseren”³⁵. Ook het Agentschap Zorg en Gezondheid heeft dit standpunt ingenomen.

§ 2. CHLOOR

32. Eveneens in verband met ecologie, maar in combinatie met hygiëne, wordt soms gesteld dat er – als er door het dragen van lichaamsbedekkende zwemkledij meer bacteriën in het water terechtkomen – meer chloor aan het water moet worden toegevoegd, wat een ecologische weerslag heeft (en eventueel een weerslag op de gezondheid van de zwemmers).

33. Dat veronderstelt echter ten eerste dat er een hygiëne-impact zou zijn door het dragen van boerkini’s, wat in het licht van het voorgaande niet direct duidelijk is (*supra* IV.B).

Wat het chloorgehalte betreft, dient te worden opgemerkt dat VLAREM II het Vlaams Agentschap voor Zorg en Gezondheid aanwijst als toezichthouder op het gehalte “trichlooraminen in de lucht” (art. 5.32.9.2.1. §9 VLAREM II). Bijgevolg lijkt het weinig waarschijnlijk dat, mocht het Vlaams Agentschap voor Zorg en Gezondheid enig verband hebben gevonden tussen het zwemmen in een bedekkend zwempak/boerkini en de hoeveelheid chloordampen in de lucht, het dit niet zou hebben vermeld in zijn advies aan Unia.

E. NEUTRALITEIT

34. Een volgend argument is (levensbeschouwelijke) neutraliteit. Zeker in de context van de overheid is dit argument gekend, zij het dat het vaker in andere overheidscontexten wordt gehanteerd, zoals bij loketten of in het onderwijs. Maar voor publieke *zwembaden* wordt soms eveneens aangehaald dat ze neutrale en onpartijdige openbare dienstverlening moeten waarborgen ten aanzien van burgers. Boerkini’s zouden hiermee dan, gezien het (deels) religieuze karakter ervan, op gespannen voet staan.

Ook voor private zwembaden zou men een soortgelijk argument kunnen formuleren, naar analogie van wat in *andere* private ondernemingen soms gebeurt. Meer en meer wordt neutraliteit immers ingeroepen door private

³⁵ UNIA, *Juridisch advies gericht tot de verantwoordelijken van overheidszwembaden in Vlaanderen over lichaamsbedekkende zwemkleding*, 11.

(commerciële) actoren. Het Hof van Justitie heeft dit intussen in een reeks zaken (onder voorwaarden) aanvaard³⁶. Het is dus niet uitgesloten dat private zwembaden dat eveneens zouden doen.

35. Kan neutraliteit in die gevallen ook als grondslag dienen om de boerini te verbieden aan zwemmers?

Dit lijkt in de huidige stand van de rechtspraak niet het geval: het neutraliteitsprincipe betekent – zowel in de publieke als in de recentere private toepassing ervan – dat de *dienstverlener* zich neutraal moet (of, waar het om private context gaat: mag) opstellen. Het gaat evenwel gewoonlijk niet om de *gebruikers/klanten*.

Dat uitgangspunt geldt zowel in de publieke als in de private context. Zo bevestigde de Raad van State, voor die eerstgenoemde context, in diens principearrest van 14 oktober 2014 dat er geen verplichting tot neutraliteit geldt voor de gebruikers van een publieke dienst, terwijl deze verplichting wel kan (maar niet *moet*) gelden voor de verstrekkers ervan³⁷. Wanneer deze overweging naar analogie wordt toegepast op de boerkinikwestie, lijken we te moeten concluderen dat er géén neutraliteitsplicht kan gelden voor de *gebruikers* van een publiek zwembad, maar enkel voor de publieke dienstverstrekkers, met name de beheerders van het zwembad. Dit is – opnieuw naar analogie – eventueel slechts anders wanneer de gebruikers zich zouden gedragen op een wijze die het aanbieden van neutrale dienstverlening onmogelijk zou maken (bv. door storend proselitisme of vormen van drukuitoefening)³⁸. Ook het EHRM oordeelde al dat “*in democratic societies, private citizens (...) are normally not under (...) a duty [of neutrality]*”, ook niet in de context van overheidsgebouwen of -dienstverlening³⁹.

36. In België⁴⁰ lijkt het – in de huidige stand van de rechtspraak – zelfs zo dat het neutraliteitsbeginsel eerder geschonden wordt door te *weigeren* om gebruikers met boerini's of andere lichaamsbedekkende zwempakken toe

³⁶ Zie HvJ 14 maart 2017, nr. C-157/15, *Achbita*; HvJ 14 maart 2017, nr. C-188/15, *Bougnaoui*; HvJ 15 juli 2021, nr. C-804/18 en C-341/19, *WABE en Müller*; HvJ 13 oktober 2022, nr. C-344/20, *LF*.

³⁷ RvS 14 oktober 2014, nr. 228.752, §23.4.

³⁸ Vgl. *mutatis mutandis* op dit punt wat de Raad van State oordeelde in verband met verboden op levensbeschouwelijke kentekens voor leerlingen. De Raad stelt dat de aangevoerde ‘neutraliteit’ – ter rechtvaardiging van het verbod – niet zomaar kan worden toegepast op leerlingen, omdat leerlingen geen ambtenaren zijn. Alleen als het gedrag van leerlingen het onmogelijk maakt voor de school om nog een neutrale schoolomgeving te waarborgen, kan er opgetreden worden. Dat kan het geval zijn wanneer er sprake is van actief en storend proselitisme of sociale druk op medeleerlingen.

³⁹ EHRM 5 december 2017, nr. 57792/15, *Hamidovic/Bosnie-Herzegovina*, §40.

⁴⁰ In, met name, Frankrijk is dit overigens anders. Zie *infra* vn. 49.

te laten (dus nog naast andere voornoemde rechten en beginselen zoals het discriminatieverbod en de godsdienstvrijheid: *supra*).

Dit wordt ook bevestigd door de uitspraken van de Gentse rechtbank van eerste aanleg en het hof van beroep, waarop ik nog uitvoeriger inga (*infra* V.A). De rechter geeft daarin aan dat het de taak van de overheid is om de wederzijdse tolerantie tussen verschillende bevolkingsgroepen te bevorderen. Dat principe wordt pas gerespecteerd door mensen “toe te laten middels het dragen van een aangepaste zwemkledij deel te nemen aan het zwemmen in de door de overheid voorziene zwembaden”⁴¹.

Dit uitgangspunt vindt ook steun in rechtspraak van de Raad van State. Zo oordeelde de Raad dat de plicht tot neutraliteit van de overheid niet kan of mag betekenen dat het pluralisme moet worden uitgeschakeld om religieuze spanningen weg te nemen, maar dat de overheid er net voor moet zorgen dat verschillende groepen elkaar leren tolereren⁴². Het EHRM oordeelde ook al dat “*the State’s duty of neutrality and impartiality*” niet compatibel is met “*any power on the State’s part to assess the legitimacy of religious beliefs or the ways in which those beliefs are expressed*”⁴³.

F. AANSTOOTGEVENDHEID EN ‘SAMEN-LEVEN’ (*LE VIVRE ENSEMBLE*)

37. Tot slot zijn er overwegingen van aanstoot en moraliteit die soms ingeroepen worden: andere gebruikers van het zwembad zouden boerkini’s als sociaal choquerend of aanstootgevend (kunnen) ervaren of maatschappelijke welvoegelijkheidsnormen zouden zich verzetten tegen het toelaten van dergelijke zwemkledij.

38. Unia geeft in haar advies aan dat wat de (potentiële) negatieve reacties van andere gebruikers van het zwembad betreft, “het belangrijk [is] om te benadrukken dat de legitieme doelstelling geen verband mag houden met discriminatoire motieven”:

“Gelet op de tekst en de geest van de antidiscriminatiewetgeving kunnen negatieve reacties van andere gebruikers dan ook niet ingeroepen worden als legitiem doel en kunnen ze dus geen onderscheid rechtvaardigen. Dit is bevestigd geweest door de rechtspraak”⁴⁴.

⁴¹ Rb. Gent 5 juli 2018, www.unia.be.

⁴² RvS 14 oktober 2014, nr. 228.748, 68; RvS 14 oktober 2014, nr. 228.752, 46; EHRM 1 juli 2014, nr. 43835/11, *S.A.S./Frankrijk*, §127. Zie voor een gelijkaardige redenering het arrest van het Grondwettelijk Hof dat binnen de context van deze procedure gewezen werd: GwH 15 maart 2011, nr. 40/2011, B.9.6.

⁴³ EHRM 1 juli 2014, nr. 43835/11, *S.A.S./Frankrijk*, §55.

⁴⁴ Daarbij verwijzend naar Antwerpen 17 november 1995; Voorz. Arbrb. Gent 26 maart 2007 en concl. Adv. Gen. POIARES MADURO van 12 maart 2008 in de zaak *Feryn* (§18).

In beginsel klopt dat: een (legitiem) doel mag niet discriminatoir zijn en ook discriminatoire vragen van andere gebruikers of klanten mogen niet de aanleiding zijn voor een eventueel verbod op religieuze kentekens of kledij⁴⁵.

39. Dat gezegd zijnde, werd een doel dat verwant is aan elementen van aanstoot en sociale moraliteit wel aanvaard door het EHRM als legitiem om het ‘boerkaverbod’ op te baseren. Bovendien achtte het Hof dat doel het enige in het licht waarvan het verbod ook evenredig was. Het ging om een argument waarnaar veelal verwezen wordt als het ‘*vivre ensemble*’ of ‘samen-leven’, waarbij het (beweerde) antisociale karakter van het dragen van gezichtssluiers centraal staat.

40. Tegelijk was hét centrale onderdeel van het argument ‘samen-leven’, in de context van het boerkaverbod, dat het ging om een gebrek aan contact met anderen door het feit dat het gezicht niet getoond werd. Het Hof overwoog, inzake de legitimiteit van het doel, bijvoorbeeld meer bepaald:

“The Court takes into account the respondent State’s point that the face plays an important role in social interaction. It can understand the view that individuals who are present in places open to all may not wish to see practices or attitudes developing there which would fundamentally call into question the possibility of open interpersonal relationships, which, by virtue of an established consensus, forms an indispensable element of community life within the society in question. The Court is therefore able to accept that the barrier raised against others by a veil concealing the face is perceived by the respondent State as breaching the right of others to live in a space of socialisation which makes living together easier”⁴⁶.

Dit element is afwezig bij de boerkini, die het gezicht geheel vrij laat. In het ruimere licht van andere rechtspraak van het Hof rond het publiekelijk dragen door gewone burgers van religieuze kledij (buiten specifieke contexten als scholen) – waaronder in de context van rechtbanken (zowel verdachte als burgerlijke partij)⁴⁷ en in het openbare leven in het algemeen⁴⁸ – lijkt een verbod op deze grond moeilijk denkbaar.

⁴⁵ Zie, wat betreft private context, o.a. HvJ 10 juli 2008, nr. C-54/07, *Feryn*; HvJ 14 maart 2017, nr. C-188/15, *Bouagnaoui*, §41-42. Aangaande de overheidscontext, zie HvJ 28 november 2023, nr. C-148/22, *Commune d’Ans*.

⁴⁶ EHRM 1 juli 2012, nr. 43835/11, *S.A.S./Frankrijk*, § 122.

⁴⁷ Zie resp. EHRM 5 december 2017, nr. 57792/15, *Hamidovic/Bosnie-Herzegovina*; EHRM 18 september 2018, nr. 3413/09, *Lachiri/België*.

⁴⁸ EHRM 23 februari 2010, *Ahmet Arslan e.a./Turkije*.

V. BOERKINIRECHTSPRAAK

41. De meeste argumenten die voor een verbod op de boerkini of andere lichaamsbedekkende zwemkledij (kunnen) worden aangevoerd, lijken dus bij nadere analyse geen eenduidige grond te bieden voor een dergelijk verbod. In het voorgaande kwam al aan bod dat dit ook de zienswijze lijkt te zijn die je kan afleiden uit het supranationale recht. Binnen België⁴⁹ zijn er vijf uitspraken, specifiek inzake zwembaden, bekend, waarvan drie het verbod discriminatoir achtten en twee het aanvaardden.

A. VERBOD VERWORPEN

42. In twee vonnissen van de Gentse rechtbank van eerste aanleg⁵⁰ – over publieke zwembaden in respectievelijk Merelbeke⁵¹ en Gent⁵² – werd in juli 2018 geconcludeerd dat, bij correct gebruik en mits het om correcte (zwem-) kledij zoals de boerkini gaat, lichaamsbedekkende zwemkledij aan hygiënische eisen voldoet en geen obstakel inhoudt voor de veiligheid, noch voor de drager ervan, noch voor andere gebruikers van het zwembad.

43. Beide uitspraken zijn sterk gelijklopend. Beperkte verschillen zijn vooral te verklaren door de formulering van de respectievelijke verboden. In het geval van het Gentse zwembad ging het om een gebod om “aangepaste [zwem]kledij te dragen” waarbij een draagster van een boerkini werd geweigerd. In het Merelbeekse geval betrof het een bepaling waarin de boerkini expliciet werd verboden, naast andere kledij⁵³. In het eerste geval kwam de rechtbank tot de slotsom van een indirecte discriminatie, in het tweede geval concludeerde men tot directe discriminatie. De rechtvaardigings-toets in beide gevallen betrof evenwel een analoge objectieve en redelijke rechtvaardigingstoets.

⁴⁹ De ruimte ontbreekt hier voor een ruimere rechtsvergelijking. Voor Nederland kan echter o.a. worden verwezen naar zaken van de (vroegere) Commissie Gelijke Behandeling en het huidige College voor de Rechten van de Mens (zie bv. CGB 4 oktober 2010, 2010-145; CGB 13 maart 2009, 2009-15). Aan de andere kant kan verwezen worden naar Frankrijk, waar de Raad van State verboden op stranden ongrondwettig achtte (Conseil d’Etat, ordonnance d.d. 26 août 2016, Ligue des droits de l’homme e.a. & Association de défense des droits de l’homme collectif contre l’islamophobie en France), maar nadien wel verboden in publieke zwembaden aanvaardde vanuit het neutraliteitsbeginsel (Conseil d’Etat, ordonnance d.d. 21 juin 2022, nr. 464648).

⁵⁰ Zie over de zaken in eerste aanleg M. SPINOY, “Het boerkiniverbod: discriminatierechtelijke troebele wateren”, *TJK* 2019, nr. 1, 118-125; T. VAN DIEST en E. CLOOTS, “Burkiniverbod in zwembaden is discriminatie, oordeelt Gentse rechter”, *TvMR* 2018, nr. 4, 13-14.

⁵¹ Rb. Gent 5 juli 2018, 17/3311/A, www.unia.be (hierna ‘Rb. Gent, Merelbeke’).

⁵² Rb. Gent 5 juli 2018, 17/3312/A, www.unia.be (hierna ‘Rb. Gent’).

⁵³ De bepaling in het intern reglement luidde als volgt: “9. Zwemkleding, zwem- en duikmateriaal. Onder zwemkleding wordt verstaan voor heren een aansluitende zwembroek, voor dames een badpak of bikini. In deze zwemkledij mogen geen zakken en/of ritsssluitingen [*sic*]. Enige andere vorm van kledij zoals ondergoed, bermuda’s, shorts, T-shirts, kledjes, rokjes, burkini’s enz. worden om hygiënische/ecologische redenen niet toegestaan”.

De rechtbank concludeerde in beide zaken om te beginnen, met de eisers, dat het “niet uitgesloten is dat” personen boerkini’s wensen “te dragen vanuit religieuze motieven” (iets wat door de verweerders betwist was)⁵⁴ en dat het voorts – in aansluiting bij vaste nationale en internationale rechtspraak – niet aan “een rechtbank toekomt zich uit te spreken over de legitimiteit van de wijze waarop een religieuze overtuiging wordt gemanifesteerd”: “eiseres hoeft dan ook niet aan te tonen dat zijn een bepaalde handeling stelt als een verplichting die haar godsdienst haar oplegt”⁵⁵. Kortom, door het verbod was er een indirecte (Gent) dan wel directe (Merelbeke) band met een religie(uze groep).

44. Aangaande ‘hygiëne’ als aangevoerde rechtvaardiging verwijzen de uitspraken naar het advies van 18 maart 2016 van het Agentschap Zorg en Gezondheid, waarin “heel duidelijk [wordt] gezegd dat het verbieden van burkini’s omwille van hygiënische redenen niet gepast is”⁵⁶. Voorts luidt het in het vonnis inzake het Merelbeekse zwembad aanvullend dat “de verweerders niet [aan]tonen (...) dat het weigeren om medische redenen of het onderzoek naar een grondige reiniging of nog het nagaan of geen andere kledij wordt gedragen moeilijker zou zijn voor de zwemmers met of zonder bedekkend badpak” en dat bovendien moet worden onderstreept “dat in realiteit geen van deze controles ook daadwerkelijk wordt uitgeoefend om reden dat de doelstelling van een goede hygiëne staat of valt met de wijze dat de gebruikers van het zwembad dagdagelijks met hun hygiëne omgaan”⁵⁷. Dat een gebruiker “al dan niet nog een onderbroek draagt”, zo luidt het, is eigenlijk nooit na te gaan. En tot slot kan “een minder ingrijpende maatregel genomen worden op vlak van hygiëne”⁵⁸.

Ook wat betreft het aspect veiligheid verwijzen beide uitspraken naar het advies van het Agentschap, dat op dit punt – zoals gezegd – stelt dat een “lichaamsbedekkend badpak geen obstakel vormt voor de veiligheid, noch voor de drager ervan, noch voor andere gebruikers van het zwembad”⁵⁹. De verweerder zou verder niet *in concreto* hebben aangeduid “waarin de onveiligheid dan wel zou bestaan”, terwijl anderzijds “het feit dat het Agentschap Zorg en Gezondheid aangeeft dat er van onveiligheid geen sprake is (...) van groot belang [is] aangezien zij als overheidsinstantie het best geplaatst is om te rapporteren indien zich in het verleden op dat vlak veiligheidsproblemen zouden gesteld hebben”⁶⁰. Ook verwijzen beide uitspraken

⁵⁴ Verweerders voerden o.a. aan dat eisers de exacte geloofsregels uit de islam/Koran niet vermeldde en dat het kledingstuk pas in 2006 werd ontwikkeld en derhalve niet islamitisch ‘kon’ zijn.

⁵⁵ Rb. Gent, Merelbeke, §4.7; Rb. Gent, §4.5.

⁵⁶ Rb. Gent, Merelbeke, §4.9; Rb. Gent, §4.8.

⁵⁷ Rb. Gent, Merelbeke, §4.9.

⁵⁸ *Ibid.*

⁵⁹ Rb. Gent, Merelbeke, §4.9. Vgl. (beknoper) Rb. Gent, §4.8.

⁶⁰ Rb. Gent, Merelbeke, §4.9. Vgl. Rb. Gent, §4.8.

naar het feit dat de boerkini in bepaalde pretparken met zwembaden wel toegelaten is (*cf. supra*) en dat “als er al sprake zou zijn van een veiligheidsrisico, dan zou dit eerder aan de orde zijn in deze pretparkzwembaden dan in een gewoon zwembad”⁶¹.

Tot slot komt in het vonnis over het Gentse zwembad ook de kwestie van neutraliteit en “benuttigingsgelijkheid” nog aanvullend aan bod, als doelstellingen voor het onderscheid. De rechtbank overwoog ter zake dat “deze principes net worden miskend door vrouwen met een bedekkend zwempak niet toe te laten”:

“Het is inderdaad net de taak van de overheid om de wederzijdse tolerantie tussen verschillende bevolkingsgroepen te bevorderen. De voormelde principes worden met name pas gerespecteerd door de eiseres toe te laten middels het dragen van een aangepaste zwemkledij deel te nemen aan het zwemmen in de door de overheid voorzien zwembaden”⁶².

45. (Enkel) in de Merelbeekse zaak ging het gemeentebedrijf in beroep. Het Gentse hof van beroep kwam op vrijwel alle punten tot dezelfde slotsom als de rechtbank van eerste aanleg⁶³. Om nodeloze herhaling van grotendeels gelijklopende argumenten te vermijden, stip ik slechts enkele verschilpunten aan.

Wat betreft de claim dat de boerkini geen “islamitisch voorschrift” kon zijn, omdat het een recente uitvinding is, geeft het hof aan dat deze analyse niet kan worden bijgetreden: het kledingstuk is, zo stelt het hof, is blijkens de website van de ontwerpster “wel degelijk ontwikkeld conform de islamitische voorschriften teneinde moslimmeisjes aan te moedigen om te zwemmen” en “ook godsdiensten evolueren evident mee met hun tijd”⁶⁴. Het hof wijst er ook op dat het zwembad in zijn communicatie zelf erkende dat het kledingstuk om religieuze redenen gedragen wordt (“Wij maken geen uitzondering voor religieuze of medische redenen”). En vooral: het hof acht het, in aansluiting bij rechtspraak van het EHRM, niet aan het gemeentebedrijf om de legitimiteit te beoordelen van geloofsuitingen.

Op het punt van neutraliteit onderstreept het hof, in aanvulling op de redenering in eerste aanleg, dat er “geen enkele verplichting tot neutraliteit [is] voor de gebruikers van een openbare dienst”⁶⁵. Inzake hygiëne en medische aandoeningen, die beweerdelijk moeilijker controleerbaar zouden zijn bij een boerkini, geeft het hof aan dat de belangrijkste aandoeningen ter zake

⁶¹ Rb. Gent, Merelbeke, §4.9; Rb. Gent, §4.8.

⁶² Rb. Gent 5 juli 2018, 17/3312/A, §4.7, www.unia.be.

⁶³ Gent 24 juni 2021, www.unia.be.

⁶⁴ Gent 24 juni 2021, §2.1.

⁶⁵ Gent 24 juni 2021, §2.6.

zich voordoen op de handen en voeten, die even controleerbaar zijn bij boerkini's als bij andere badkledij en dat, omgekeerd, andere 'gevoelige' locaties voor schimmelinfecties (zoals de intieme delen) ook oncontroleerbaar zijn bij andere badkledij en dat bovendien – bij wedstrijdzwemmers, triatleten en duikers – wel lange zwempakken worden toegelaten in Merelbeke⁶⁶. Alle bijkomende (en door het hof als onbewezen of incoherent beoordeelde) claims op het vlak van veiligheid wijst het hof eveneens af⁶⁷.

B. VERBOD AANVAARD

46. In een andere zaak, voor de Antwerpse rechtbank van eerste aanleg, inzake een lokaal Antwerps gemeentezwembad, was het verbod gebaseerd op artikel 416 van de lokale politiecodex, waarin de toegelaten zwemkledij in de zwembaden omschreven wordt “voor dames/meisjes” als “een badpak of bikini”, met de bijkomende vermelding dat de zwemkledij aansluitend moet zijn en specifiek uit stof bestemd voor zwemmen moet zijn gemaakt.

De vordering werd gevoerd op grond van indirecte discriminatie, gezien de neutrale aard van het (impliciete) verbod. De stad Antwerpen verdedigde het kledingvoorschrift op grond van “de waterkwaliteit, de hygiëne en de veiligheid van de baders”.

47. De rechtbank overweegt, in een beknopt vonnis, inzake hygiëne dat de kledingvoorschriften en aangepaste kledij – “namelijk aansluitend, proper en uit aangepaste stof” – noodzakelijk zijn “om vervuiling tegen te gaan en controle te kunnen houden op het naleven van de hygiënische voorschriften”. Inzake de boerkini's die de eisende partijen droegen stelt de rechtbank dat deze “niet aansluitend” is “maar bestaat uit verschillende lagen”. Voorts stelt de rechtbank dat de “tuniek niet aansluitend [is]” en “het lichaam [verhult] zodat er geen visuele controle mogelijk is van hetgeen eronder wordt gedragen”. Ook het nut van andere maatregelen in verband met de waterkwaliteit “zoals onder meer het douchen voor elke zwembeurt” zou door dergelijke kledij verminderen, zo stelt de rechtbank (zonder bijkomend bewijs of onderzoek).

De rechter benadrukt verder dat het (andersluidende) advies van het Agentschap Zorg en Gezondheid aangeeft dat er geen hygiëneproblemen zijn “*bij correct gebruik*” (mijn nadruk), en geeft aan dat controle op dat ‘correcte gebruik’ niet makkelijk is, zeker gezien de gelaagdheid van de kledij⁶⁸. Ook zou het onmogelijk zijn “de aard van de gebruikte stof en de eventuele onderkledij vast te stellen bij een kledij die bedekt wordt met een tuniek”.

⁶⁶ Gent 24 juni 2021, §2.7.1.

⁶⁷ Gent 24 juni 2021, §2.7.2.

⁶⁸ Dit lijkt in te druisen tegen de bedoeling van het Agentschap, dat net bedoelt aan te geven dat het geen (hygiëne- of veiligheids)problemen zag bij het dragen van de boerkini.

Qua veiligheid benadrukt de rechtbank – in navolging van de verweerders – de beweerdelijk loszittende aard van de boerkini, die – zo stelt de rechter – kan “vasthaken aan allerhande obstakels (o.m. trappen, leuningen, filterroosters ...) met mogelijk ernstige gevolgen” en ook zou “loszittende kledij het werk van de redders” bemoeilijken.

Zowel in het kader van de hygiëne als in het kader van de veiligheid acht de rechtbank daarmee het verbod gerechtvaardigd. Dat sommige recreatieparken de boerkini wel toelaten verandert daaraan voor de rechtbank niets, omdat die “doorgaans anders geconcipieerd [zijn] dan de sportinfrastructuur die verwerende partij ter beschikking stelt en ook het gebruik en het personeelsbestand is niet overal hetzelfde”.

48. De verzoekers gingen in beroep en het Antwerpse hof achtte het verbod eveneens toelaatbaar. Ook hier waren de overwegingen van de beroepsrechters grotendeels gelijklopend aan die van de rechtbank van eerste aanleg. Aanvullend benadrukt het hof, op het punt van hygiëne, dat de boerkini uit “veel meer stof” bestaat, wat met zich zou meebrengen dat ze “meer vervuillende stoffen kan bevatten”⁶⁹.

VI. CONCLUSIE

49. Is een boerkiniverbod uiteindelijk mogelijk? De daartoe mogelijk aan te voeren argumenten lijken bij nadere analyse geen bijzonder sterke, laat staan eenduidige grond te bieden (IV).

Als we daarentegen kijken naar de Belgische rechtspraak (recht is uiteindelijk maar wat het recht ‘doet’ en niet zozeer wat theoretische analyses daarover zouden (willen) voorspellen), dan is het beeld gemengd, met (vooralsnog) geen uitsluitel van de hoogste hoven. Er zijn diverse uitspraken voorhanden, specifiek inzake boerkiniverboden in zwembaden: drie daarvan (in twee afzonderlijke zaken) achtten het verbod discriminatoir en twee ervan (in een en dezelfde zaak) aanvaardden het als legitiem (V).

50. Je zou deze verdeeldheid kunnen zien als een illustratie van een van de bezwaren die de gevierde aanvoerde tegen horizontale discriminatiewetgeving. De proportionaliteitstoets die deze regelgeving omvat, zo argumenteerde collega Storme, is dermate ‘open’ dat je er uiteindelijk vrijwel elke uitkomst mee kán verdedigen: “Het discriminatieverbod is zo vaag en voor zoveel subjectieve interpretaties vatbaar, dat het de individuele rechter tot wetgever maakt”⁷⁰.

⁶⁹ Antwerpen 23 november 2020, § 4.2.4.

⁷⁰ M.E. STORME, “De fundamenteelste vrijheid: de vrijheid om te discrimineren”, *Vivat Academia* 2005, nr. 126, 3-27. Zoals uit de titel al blijkt, was de kritiek (ook) fundamenteeler

Dat is geen geheel onterechte kritiek (de vermensenrechtelijking van het (privaat)recht en de daarmee gepaard gaande ‘verproportionalisering’ ervan, is niet zonder problemen). Tegelijk lijkt in dit geval de aanpak in Gent wel verkieslijk, vanuit de logica van de discriminatiewetgeving en de volledigheid en coherentie van de redeneringen. Zo erkent het Antwerpse hof weliswaar dat de verweerder moet aantonen dat hij een rechtvaardiging heeft voor het vastgestelde onderscheid (het uitgangspunt van de regelgeving), maar – zoals Marie Spinoy elders al betoogde – blijkt “uit de verdere redenering van het hof (...) voornamelijk een afwijzing van wat de eisers voorlegden dan een nagaan of de verweerders dat bewijs van de eisers konden weerleggen”⁷¹. Expertises, adviezen en getuigenissen worden afgewezen zonder veel argumentatie of uitleg, op grond van eerder abstracte redeneringen van het hof en loutere verwijzing naar het afwijkende standpunt van de verweerder. Ook voorgestelde alternatieven vinden geen genade, wegens ‘moeilijk’ voor de verweerder, opnieuw zonder veel analyse. De aanpak in het Gentse arrest, waarin men minstens equivalente tegenargumenten van de verweerder eist, lijkt in dat opzicht logischer: “Het stond en staat het (...) Gemeentebedrijf (...) vrij andersluidende of meer recente adviezen of studies voor te leggen, wat ze niet doet”⁷².

51. Maar juridisch blijft de discussie voorlopig zonder definitieve beslechting. De toekomst zal ongetwijfeld uitwijzen in welke richting de hoogste rechtspraak zal gaan en wie weet zal ook het in 2023 opgericht Vlaams Mensenrechteninstituut nog in de kwestie moeten ‘duiken’.

in die zin dat Storme een ‘rechtvaardigingsplicht’ voor ongelijk behandelen, voor niet-overheidsactoren, als de negatie en afschaffing van de persoonlijke vrijheid zag.

⁷¹ M. SPINOY, “Boerkiniverbod in beroep: een slag in het water?”, *TJK* 2002, nr. 1, 97-104.

⁷² Gent 24 juni 2021, §2.7.1.