

HANDBOEK DISCRIMINATIERECHT

HANDBOEK DISCRIMINATIERECHT

Dajo De Prins

Stefan Sottiaux

Jogchum Vrielink



KLUWER

D 2005 2664 005
ISBN 90 4650 077 2

Verantwoordelijke uitgever: Daniel Lefebvre
Raghenno Business Park
Motstraat 30
2800 Mechelen
Tel.: 0800-14500
Fax: 0800-17529
e-mail: info@kluwer.be
www.kluwer.be

© 2005, Wolters Kluwer België

Behoudens de uitdrukkelijke bij wet bepaalde uitzonderingen mag niets uit deze uitgave verveelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand of openbaar gemaakt worden, op welke wijze ook, zonder de uitdrukkelijke voorafgaande en schriftelijke toestemming van de uitgever.

Beknopte inhoudsopgave

LIJST VAN AFKORTINGEN	XXVII
VOORWOORD	XXXI
INLEIDING.	XXXV
BEGRIPPENKADER DISCRIMINATIERECHT	1
DEEL I. EUROPEES VERDRAG VOOR DE RECHTEN VAN DE MENS	11
DEEL II. EUROPEES RECHT	51
DEEL III. GRONDWET	235
DEEL IV. ANTIRACISMEWET	291
DEEL V. NEGATIONISMEWET	413
DEEL VI. ANTIDISCRIMINATIEWET	441
ZAKENREGISTER	573
PERSONENREGISTER	589

Inhoudsopgave

LIJST VAN AFKORTINGEN	XXVII
VOORWOORD	XXXI
INLEIDING	XXXV
BEGRIPPENKADER DISCRIMINATIERECHT	1
Inleiding	1
Hoofdstuk 1. Basisbegrippen	1
§ 1. Gelijkheidsbeginsel – discriminatieverbod	1
§ 2. Gelijkheid voor de wet – gelijkheid in de wet	2
§ 3. Formele gelijkheid – materiële gelijkheid	2
§ 4. Onderscheid – discriminatie	3
§ 5. Direct onderscheid – indirect onderscheid	3
§ 6. Positieve discriminatie – positieve actie	4
Hoofdstuk 2. Structuur discriminatieverbod	4
§ 1. Discriminatiegrond – differentiatiegrond	4
§ 2. Open systeem – gesloten systeem	5
Hoofdstuk 3. Rechterlijke toetsing discriminatieverbod	5
§ 1. Toetsingsmodel	5
§ 2. Toetsingsingang	5
A. Algemeen	5
B. Vergelijkbaarheidstoets	6
C. Benadelingstoets	7
§ 3. Rechtvaardigingstoets	7
A. Algemeen	7
B. Doeltoets	8
C. Pertinentietoets	8
D. Proportionaliteitstoets	9
Selecte bibliografie	10
DEEL I. EUROPEES VERDRAG VOOR DE RECHTEN VAN DE MENS.	11
Hoofdstuk 1. Achtergronden en ontstaansgeschiedenis	11
Afdeling 1. Artikel 14.	11
Afdeling 2. Artikel 1, protocol nr. 12	12

Hoofdstuk 2. Inhoud discriminatieverbod	14
Afdeling 1. Artikel 14.	14
§ 1. Terminologie	14
§ 2. Definitie	15
A. Formeel onderscheid	15
B. Materieel onderscheid	16
C. Indirect onderscheid	17
§ 3. Toetsingsmodel.	18
A. Toetsingsingang: vergelijkbaarheidstoets	18
B. Rechtvaardigingstoets	20
1. Doeltoets	20
a. Doel van algemeen belang	20
b. Actueel doel	21
c. Vaststelling doel	21
2. Objectiviteitstoets	22
3. Pertinentietoets	22
4. Proportionaliteitstoets	23
a. Algemeen	23
b. Betrokken belangen	25
c. Verdachte gronden	26
i. Algemeen	26
ii. Geslacht	28
iii. Wettige of onwettige geboorte	30
iv. Godsdienst	30
v. Nationaliteit	31
vi. Seksuele geaardheid	32
vii. Burgerlijke staat	33
viii. Ras	33
d. Europese consensus	35
e. Maatschappelijke positie groep	36
§ 4. Discriminatiegronden	37
§ 5. Open/gesloten systeem.	38
§ 6. Positieve actie	38
Afdeling 2. Artikel 1, protocol nr. 12.	39
§ 1. Definitie en toetsingsmodel	39
§ 2. Discriminatiegronden	39
§ 3. Positieve actie	40
Hoofdstuk 3. Werkingssfeer discriminatieverbod	40
Afdeling 1. Accessoir karakter artikel 14	40
Afdeling 2. Algemene draagwijdte artikel 1, protocol nr. 12	44
Afdeling 3. Discriminatieverbod, positieve verplichtingen en horizontale verhoudingen	45
§ 1. Artikel 14	45
§ 2. Artikel 1, protocol nr. 12	45
Selecte bibliografie	48

DEEL II. EUROPEES RECHT	51
Hoofdstuk 1. Achtergronden en ontstaansgeschiedenis	51
Afdeling 1. Basiskennmerken discriminatieverbod	51
Afdeling 2. Oorsprong discriminatieverbod	53
§ 1. Algemeen	53
§ 2. Nationaliteitsdiscriminatie	53
§ 3. Geslachtsdiscriminatie	55
Afdeling 3. Constitutionalisering verbod nationaliteits- en geslachtsdiscriminatie	55
§ 1. Algemeen	55
§ 2. Nationaliteitsdiscriminatie	56
§ 3. Geslachtsdiscriminatie	57
Afdeling 4. Uitbreiding geslachtsdiscriminatieverbod	58
Afdeling 5. Andere discriminatiegronden <i>ante</i> artikel 13 EG-Verdrag	61
Afdeling 6. Artikel 13 EG-Verdrag	64
Afdeling 7. Ras- en Kaderrichtlijn	65
Afdeling 8. Handvest van de grondrechten	67
Hoofdstuk 2. Gemeenschappelijke regels Europees discriminatierecht	68
Afdeling 1. Algemeen	68
Afdeling 2. Bevoegdheid voor discriminatiebestrijding	68
§ 1. Rechtstreeks werkende discriminatieverboden	68
§ 2. Discriminatieverboden in afgeleid Europees recht	69
A. Noodzaak verdragsrechtelijke rechtsgrond	69
B. Rechtsgronden voor bestrijding discriminatie	70
1. Algemeen	70
2. Artikelen 94 en 308 EG-Verdrag	71
3. Artikel 12 lid 2 (en art. 40, 44 en 52) EG-Verdrag	72
4. Artikelen 137-139 EG-Verdrag	72
5. Artikel 141 lid 3 EG-Verdrag	73
6. Titel IV EG-Verdrag en artikel 29 EU-Verdrag	74
7. Artikel 13 EG-Verdrag	74
a. Algemeen	74
b. Fundamenteel recht Unieburger	75
c. Geen rechtstreekse werking	76
d. Procedure besluitvorming	76
e. Discriminatiegronden	77
f. “Onverminderd andere bepalingen”	77
g. “Binnen de EG-bevoegdheidsgrenzen”	78
Afdeling 3. Inhoud discriminatieverbod	80

§ 1. Terminologie	80
§ 2. Definitie	82
A. Formeel en materieel onderscheid	82
B. Direct en indirect onderscheid	82
1. Definities	82
2. Ratio	84
3. Praktisch belang	85
C. Causaliteit	86
§ 3. Toetsingsmodel.	88
A. Algemeen	88
B. Toetsingsingang	89
1. Algemeen	89
2. Toetsingsingang bij direct onderscheid	89
a. Algemeen	89
b. Ongunstige behandeling	89
c. Vergelijkbaarheid	90
i. Algemeen	90
ii. Inhoud	91
iii. Vergelijkbaarheidstoets als rechtvaardigingstoets	92
d. Causaliteit.	93
3. Toetsingsingang bij indirect onderscheid.	94
a. Algemeen	94
b. Ogenschijnlijk neutrale bepaling, maatstaf of handelwijze.	94
c. Benadeling	95
i. Alternatief/complement vergelijkbaarheidseis?	95
ii. Inhoud	96
4. Besluit	98
C. Rechtvaardigingstoets	98
1. Doeltoets	98
2. Pertinentietoets	99
3. Proportionaliteitstoets	100
D. Toetsingsintensiteit	101
E. Open/gesloten systeem.	103
F. Positieve actie	104
1. Relevante verdrags- en wetteksten	104
2. Algemene gelding jurisprudentie geslacht	106
3. Geen discriminatie wél feitelijke kansengelijkheid	106
4. Criteria wettigheid positieve actie	107
a. Rigide en flexibele quota	108
b. Andere vormen positieve actie.	111
Afdeling 4. Bewijs en bewijslastverdeling.	112
§ 1. Beginzelen bewijslastverdeling	112
§ 2. Bewijslast indirect onderscheid.	113
A. Vestiging vermoeden indirecte discriminatie	113
B. Weerlegging vermoeden indirecte discriminatie?	115
§ 3. Bewijslast direct onderscheid	116
A. Vestiging vermoeden directe discriminatie.	116
B. Weerlegging vermoeden directe discriminatie?	119
Afdeling 5. Werkingssfeer.	120

§ 1. Inleiding	120
§ 2. <i>Ratione personae</i>	121
A. Relatie particulieren onderling	121
B. Relatie lidstaten-particulieren	121
C. Relatie Gemeenschap-particulieren	121
§ 3. <i>Ratione materiae</i>	122
Hoofdstuk 3. Specifieke discriminatieverboden	122
Afdeling 1. Verbod nationaliteitsdiscriminatie	122
§ 1. Algemeen.	122
§ 2. Relevante verdrags- en wetteksten.	123
§ 3. Inhoud discriminatieverbod	124
A. Algemeen	124
B. Discriminatieverbod inzake vrij verkeer.	125
1. Algemeen	125
a. Ruime bescherming	125
b. Differentiatiegebod.	126
c. Verbod niet-discriminerende maatregelen	126
2. Goederen	127
a. Algemeen	127
b. Direct onderscheid	128
i. Vaststelling	128
ii. Rechtvaardiging	129
c. Indirect onderscheid	130
i. Vaststelling	130
ii. Rechtvaardiging	131
3. Personen	133
a. Algemeen	133
b. Direct onderscheid	134
i. Vaststelling	134
ii. Rechtvaardiging	134
c. Indirect onderscheid	136
i. Vaststelling	136
ii. Rechtvaardiging	137
C. Discriminatieverbod artikel 12 EG-Verdrag	139
1. Algemeen	139
2. Direct onderscheid	139
3. Indirect onderscheid	140
D. Discriminatieverbod artikel 90 EG-Verdrag	141
1. Algemeen	141
2. Vergelijkbaarheid.	141
3. Direct onderscheid	142
4. Indirect onderscheid	142
§ 4. Werkingssfeer	143
A. Algemeen	143
B. Onbeschermdde categorieën.	144
1. Onderdanen derdelanden.	144
2. Eigen onderdanen (omgekeerde discriminatie).	145
C. Beschermdde categorieën.	146
1. Algemeen	146

2. Marktdeelnemers	146
3. Perifere marktdeelnemers	149
a. Studenten	149
b. Toeristen	150
4. Niet-actieve Unieburgers.	151
a. Algemeen	151
b. Zaak <i>Martinez Sala</i>	151
c. Zaak <i>Bickel en Franz</i>	153
d. De zaak <i>Grzelczyk</i>	156
D. Verticale en horizontale werking.	156
Afdeling 2. Verbod geslachtsdiscriminatie.	158
§ 1. Relevante verdrags- en wetteksten.	158
A. Verdragsbepalingen.	158
B. Secundaire wetgeving	159
C. Recente ontwikkelingen.	161
§ 2. Inhoud: drie deelverboden	161
A. Algemeen	161
B. Beloning	162
1. Algemeen	162
2. Direct onderscheid	163
a. Vaststelling	163
b. Rechtvaardiging.	165
3. Indirect onderscheid.	166
a. Vaststelling	166
b. Rechtvaardiging	170
i. Algemeen	170
ii. Rechtvaardigingstest voor werkgevers	170
iii. Rechtvaardigingstest voor wetgever	172
4. Werkingssfeer	173
C. Gelijke behandeling.	174
1. Algemeen	174
2. Richtlijn 76/207 (werknemers).	174
a. Algemeen	174
b. Direct onderscheid	175
i. Vaststelling.	175
ii. Vaststelling bij zwangerschap, moederschap, trans- seksualiteit	175
iii. Rechtvaardiging.	177
c. Indirect onderscheid	182
i. Vaststelling	182
ii. Rechtvaardiging.	183
d. Opdracht tot discrimineren	183
e. Intimidatie	184
f. Seksuele intimidatie	185
g. Handhaving.	186
i. Compensatie en reparatie	186
ii. Rechtsbescherming in een procedure	186
iii. Rechtshandhaving door verenigingen	187
iv. Bescherming tegen represaillemaatregelen.	187

v. Oprichting organen ter bevordering (geslachts)gelijkheid	187
vi. Sancties	188
h. Werkingssfeer	188
i. <i>Ratione personae</i>	188
ii. <i>Ratione materiae</i>	189
3. Richtlijn 86/613 (zelfstandigen).	190
D. Sociale zekerheid	191
1. Algemeen	191
2. Richtlijn 79/7 (overheidsregelingen van sociale zekerheid) . .	192
a. Direct onderscheid	192
i. Vaststelling	192
ii. Rechtvaardiging	192
b. Indirect onderscheid	193
i. Vaststelling	193
ii. Rechtvaardiging	194
c. Werkingssfeer	196
i. <i>Ratione personae</i>	196
ii. <i>Ratione materiae</i>	198
3. Richtlijn 86/378 (bedrijfsregelingen van sociale zekerheid). .	199
§ 3. Bewijs van geslachtsdiscriminatie	200
Afdeling 3. Verbod rassendiscriminatie	200
§ 1. Relevante verdrags- en wetteksten.	200
§ 2. Inhoud van het discriminatieverbod.	202
A. Begrip “ras”	202
B. Vaststelling direct en indirect onderscheid	202
C. Rechtvaardiging direct onderscheid (wezenlijke en bepalende beroepsvereisten)	203
D. Rechtvaardiging indirect onderscheid	204
E. Intimidatie en opdracht tot discrimineren	204
§ 3. Handhaving	205
A. Bewijslastverdeling	205
B. Bescherming tegen represaillemaatregelen	205
C. Handhaving door individuen en belangenverenigingen.	206
D. Organen voor de bevordering van gelijke behandeling.	206
E. Sancties	206
§ 4. Werkingssfeer.	207
A. <i>Ratione personae</i>	207
B. <i>Ratione materiae</i>	207
§ 5. Recente ontwikkelingen	208
Afdeling 4. Verbod discriminatie op grond van godsdienst of overtuiging, handicap, leeftijd en seksuele geaardheid	209
§ 1. Relevante verdrags- en wetteksten.	209
§ 2. Inhoud discriminatieverbod	210
A. Directe discriminatie, indirecte discriminatie en plicht tot redelijke aanpassingen	210
B. Rechtvaardiging direct onderscheid	211
1. Wezenlijke en bepalende beroepsvereisten	211
2. Open rechtvaardigingsgrond voor alle onderscheidsvormen? .	212

3. Specifieke rechtvaardigingsgrond voor direct leeftijdsonder- scheid.	213
4. Rechtvaardiging direct onderscheid op basis van geloof en overtuiging	213
C. Rechtvaardiging indirect onderscheid	214
1. Objectieve en redelijke rechtvaardiging	214
2. Specifieke rechtvaardigingsgrond voor indirect onderscheid op grond van handicap	215
§ 3. Handhaving	216
§ 4. Werkingssfeer.	216
 Afdeling 5. Discriminatieverbod als beschermingsmiddel tegen optreden Europese instellingen	217
§ 1. Algemeen	217
§ 2. Bescherming door artikelen 12, 141 en 13 EG-Verdrag	218
§ 3. Bescherming artikel 34 lid 2 EG-Verdrag (landbouw)	219
A. Algemeen	219
B. Inhoud.	220
1. Geen indirect onderscheid.	220
2. Geen vast toetsingsmodel	220
3. Vergelijkbaarheidstoets.	221
4. Rechtvaardigingstoets.	221
5. Artikel 34 lid 2 als verbod van willekeur	221
§ 4. Bescherming door algemeen gelijkheidsbeginsel.	222
A. Algemeen	222
B. Inhoud.	224
1. Algemeen	224
2. Algemeen gelijkheidsbeginsel in economisch recht	225
3. Algemeen gelijkheidsbeginsel in ambtenarenrecht	226
4. Algemeen gelijkheidsbeginsel als toets voor andere commu- nautaire rechtshandelingen	231
 Selecte bibliografie	233
 DEEL III. GRONDWET	235
 Hoofdstuk 1. Achtergronden en ontstaansgeschiedenis	235
 Afdeling 1. Artikel 10	235
§ 1. Er is in de Staat geen onderscheid van standen.	235
§ 2. De Belgen zijn gelijk voor de wet.	235
§ 3. Alleen de Belgen zijn tot de burgerlijke en militaire bedieningen benoembaar, behoudens de uitzonderingen die voor bijzondere ge- vallen door een wet kunnen worden gesteld.	237
§ 4. De gelijkheid van vrouwen en mannen is gewaarborgd	238
 Afdeling 2. Artikel 11	242
 Afdeling 3. Artikel 11 <i>bis</i>	244

Hoofdstuk 2. Inhoud discriminatieverbod	245
Afdeling 1. Algemeen.	245
Afdeling 2. Ontwikkeling discriminatieverbod	246
Afdeling 3. Definitie discriminatieverbod	248
§ 1. Formeel onderscheid	248
§ 2. Materieel onderscheid	249
Afdeling 4. Toetsingsmodel discriminatieverbod	250
§ 1. Toetsingsingang: vergelijkbaarheidstoets	251
A. Algemeen	251
B. Verandering van regels in de tijd	254
C. Regels die uitgaan van verschillende normstellers	254
§ 2. Rechtvaardigingstoets	255
A. Doeltoets	255
1. Doel van algemeen belang	255
2. Actueel doel	257
3. Vaststelling doel	257
B. Objectiviteitstoets	258
1. Algemeen	258
2. Algemeen en onpersoonlijk onderscheid	259
3. Wettig onderscheid	259
4. Kwantitatief onderscheid.	260
C. Pertinentietoets	260
1. Doeltreffend onderscheid	260
2. Passend onderscheid	262
D. Proportionaliteitstoets	264
1. Algemeen	264
2. Marginale toetsing	264
3. Strenge toetsing bij inmenging grondrechten en basisbegin- selen	265
Afdeling 5. Open/gesloten systeem	266
§ 1. Algemeen	266
§ 2. Geslacht.	267
Afdeling 6. Positieve actie	269
§ 1. Algemeen.	269
§ 2. Rechtspraak Arbitragehof	270
A. Arrest nr. 65/93	270
B. Arrest nr. 9/94	271
§ 3. Artikel 11 <i>bis</i>	273
Afdeling 7. Verhouding tot andere discriminatieverboden	274
Hoofdstuk 3. Werkingssfeer discriminatieverbod	275
Afdeling 1. Algemene draagwijdte	275
Afdeling 2. Ook van toepassing op groepen van personen.	276

Afdeling 3. Ook van toepassing op vreemdelingen	276
§ 1. Artikel 191	276
§ 2. Benoembaarheid vreemdelingen in de burgerlijke en militaire bedieningen	277
Afdeling 4. Grondwettelijk gelijkheidsbeginsel en horizontale verhoudingen	278
Hoofdstuk 4. Bijzondere toepassingen grondwettelijk discriminatieverbod	280
Afdeling 1. Artikel 24 § 4	280
§ 1. Algemeen.	280
§ 2. Draagwijdte begrippen artikel 24 § 4	281
§ 3. Verantwoord onderscheid inzake onderwijs	282
Afdeling 2. Artikel 172	284
§ 1. Algemeen.	284
§ 2. Bijzondere kenmerken fiscaal discriminatieverbod	286
A. Financieel of budgettair doel van belastingen	286
B. Ruime beoordelingsvrijheid overheid inzake belastingen	287
C. Passende afbakening in fiscale zaken	288
Selecte bibliografie	289
DEEL IV. ANTIRACISMEWET	291
Hoofdstuk 1. Achtergronden en ontstaansgeschiedenis	291
Afdeling 1. Totstandkoming	291
§ 1. Verworpen voorstellen.	291
§ 2. Internationaalrechtelijke impuls: V.N.-Rassendiscriminatieverdrag	292
§ 3. Oorspronkelijke wet	295
Afdeling 2. Doorgevoerde wijzigingen	296
§ 1. Gebrekkige werking: statistieken en verklaringen	296
§ 2. Eerste wijziging: Wet 15 februari 1993	297
§ 3. Tweede wijziging: Wet 12 april 1994	297
§ 4. Derde wijziging: Wet 7 mei 1999	299
§ 5. Vierde wijziging: Wet 20 januari 2003	299
§ 6. Grondwetsherziening van 7 mei 1999: “correctionalisering” (druk-)persmisdrijf	300
Hoofdstuk 2. Inhoud discriminatieverbod	302
Afdeling 1. Definitie (art. 1 lid 1)	302
Afdeling 2. Open/gesloten systeem.	304
§ 1. Algemeen.	304
§ 2. Terughoudende toetsing.	305
Afdeling 3. Bijzondere verschijningsvorm: opdracht geven tot discriminatie (art. 1 lid 2)	306

Afdeling 4. Positieve actie.	307
Afdeling 5. Discriminatiegronden (art. 1 lid 3)	307
§ 1. Zogenaamd ras	308
§ 2. Huidskleur	309
§ 3. Afkomst	309
§ 4. Nationale of etnische afstamming	310
A. Nationale afstamming – nationaliteit	310
B. Etnische afstamming: geen taal of godsdienst.	312
§ 5. Exhaustief: geen andere gronden.	314
Hoofdstuk 3. Strafbare feiten, werkingssfeer en sancties	314
Afdeling 1. Meningsuitingen (art. 1 lid 3)	315
§ 1. Werkingssfeer: artikel 444 Sw.	316
A. Mondelinge openbaarmakingen.	317
1. In openbare bijeenkomsten of plaatsen (art. 444 lid 2 Sw.) . .	317
2. In tegenwoordigheid van verscheidene personen, in een plaats die niet-openbaar is, maar toegankelijk voor een aantal personen die het recht hebben er te vergaderen of ze te bezoeken (art. 444 lid 3 Sw.)	317
3. In om het even welke plaats, in tegenwoordigheid van de beledigde en voor getuigen (art. 444 lid 4 Sw.)	318
B. Schriftelijke openbaarmakingen	318
1. Door geschriften, al dan niet gedrukt, door prenten of zinnebeelden, die aangeplakt, verspreid of verkocht, te koop geboden of openlijk tentoongesteld worden (art. 444 lid 5 Sw.)	319
2. Door geschriften, die niet-openbaar gemaakt, maar aan verscheidene personen toegestuurd of meegedeeld worden (art. 444 lid 6 Sw.)	319
C. Overige media	320
D. (Druk)persmisdrijf.	320
§ 2. “Aanzetten tot” (art. 1 lid 3, 1 ^o en 2 ^o)	321
A. Algemeen	321
1. “Aanzetten tot”, moreel element en context.	321
a. “Aanzetten tot”	321
b. Moreel element	323
c. Context.	325
d. Checklist.	326
2. Discriminatie, (segregatie), haat of geweld	327
a. Aanzetten tot houdingen of aanzetten tot daden.	327
b. Discriminatie.	328
c. Haat en geweld	329
d. Segregatie	329
3. Jegens een persoon (art. 1 lid 3, 1 ^o) of jegens een groep, een gemeenschap of de leden ervan (art. 1 lid 3, 2 ^o)	330
4. Wegens zogenaamd ras, huidskleur, afkomst of nationale of etnische afstamming.	330
B. Rechtspraak	331
1. Openbaar: algemeen.	332
2. Politiek.	335
3. Hitlergroet.	338

4. Horeca	339
5. Verkeer.	340
6. Hooliganisme	341
7. Internet.	341
8. Feesten	342
9. Ambtenaren en politie	342
§ 3. “Publiciteit geven aan een voornemen tot” (art. 1 lid 3, 3 ^o en 4 ^o) .	344
A. Algemeen	344
1. “Publiciteit geven aan een voornemen tot”, moreel element en context	344
2. Discriminatie, haat, geweld (of segregatie), jegens een persoon (art. 1 lid 3, 3 ^o) of jegens een groep, een gemeenschap of de leden ervan (art. 1 lid 3, 4 ^o) wegens zogenaamd ras, huidskleur, afkomst of nationale of etnische afstamming	345
B. Rechtspraak	345
1. Uitingen met geweld of bedreigingen	346
2. Uitingen zonder geweld	347
3. Huisvesting	348
§ 4. Sanctie (art. 1 lid 3)	348
Afdeling 2. Discriminatoire handelingen	348
§ 1. Goederen- en dienstenverkeer (art. 2)	349
A. Algemeen	349
B. Werkingssfeer	351
C. Sanctie	353
D. Rechtspraak	353
1. Discotheken en dancings.	353
2. Horeca	357
3. Huisvesting	359
4. Overige.	359
§ 2. Arbeidssfeer (art. 2bis)	360
A. Algemeen	360
B. Werkingssfeer	361
C. Rechtspraak	362
D. Sancties	363
1. Algemeen	363
2. Burgerrechtelijke aansprakelijkheid en herstel	363
§ 3. Ambtsuitoefening door een ambtenaar (art. 4)	364
A. Algemeen	364
1. Normadressaten	364
2. Discriminatie bedrijven of uitoefening van rechten op willekeurige wijze ontzeggen	365
a. Uitoefening van rechten op willekeurige wijze ontzeggen.	365
b. Discriminatie bedrijven.	366
c. Meningsuitingen?	366
3. Van een persoon of groep wegens de discriminatiegronden	367
B. Sanctie	367
C. Toepassingen	367
1. Rechterlijke macht	367
2. Politie	368
3. Leger	369
D. Verschoningsgronden en fraude (art. 4 lid 3 t.e.m. 5)	370

1. Bevel van meerdere	370
2. Fraude en bedrieglijk gebruik	370
a. Bij verrassing verkregen handtekening	370
b. Sanctie	371
Afdeling 3. Behoren tot of medewerking verlenen aan bepaalde groepen of verenigingen (art. 3)	371
§ 1. Algemeen.	371
A. Groep of vereniging	372
B. Kennelijk en herhaaldelijk verkondigen of bedrijven van discriminatie of segregatie	373
1. Verkondigen of bedrijven van discriminatie of segregatie	373
a. Verkondigen of bedrijven	373
b. Van discriminatie en segregatie	375
2. Kennelijk en herhaaldelijk	376
a. Algemeen	376
b. Niet: uitsluitend of hoofdzakelijk	377
C. “Behoren tot” of “medewerking verlenen aan” en het moreel element	378
D. Wegens de discriminatiegronden?	381
§ 2. Sanctie.	382
§ 3. Toepassingen	383
A. Verenigingen en groepen algemeen.	383
B. Politieke partijen.	385
1. P.F.N. (en AGIR).	385
2. Vlaams Blok	387
3. Front National	391
4. R.E.F. en Bloc Wallon	392
5. Burger(initiatief)	393
Hoofdstuk 4. (Bijkomende) sancties en handhaving.	394
Afdeling 1. Bijkomende sancties en algemene strafrechtelijke regels	394
§ 1. Bijkomende sancties: ontzetting uit rechten (art. 5bis).	394
§ 2. Algemene strafrechtelijke regels: Boek I Sw. (art. 6).	396
A. Plaats misdrijf	396
B. Immuniteten	397
C. Bijkomende straffen en andere veroordelingen	398
D. Poging.	399
E. Samenloop en opslorping	400
F. Deelneming	400
G. Verzachtende omstandigheden	400
H. Verval van de strafvordering	401
Afdeling 2. Handhaving	401
§ 1. Arbeidsinspectie (art. 5ter).	401
§ 2. Optreden in rechte en (overige) bevoegdheden C.G.K.R.	403
A. Optreden in rechte: “collectieve actie” (art. 5)	403
1. Algemeen	403
2. Rechtspersonen	405
3. Bevoegdheid	406
a. Algemeen	406

b. Optreden namens individuele slachtoffers – optreden in eigen naam	407
B. (Overige) bevoegdheden C.G.K.R.	409
1. Algemeen	409
2. Opdrachten, taken en bevoegdheden	410
Selecte bibliografie	412
DEEL V. NEGATIONISMEWET	413
Hoofdstuk 1. Achtergronden en ontstaansgeschiedenis	413
Afdeling 1. Totstandkoming	413
§ 1. Oorspronkelijk(e) voorstel(len)	413
§ 2. Achtergronden en doelstellingen wet	415
§ 3. Oorspronkelijke wet	417
Afdeling 2. Grondwettelijke toetsing, doorgevoerde wijzigingen en toekomstige ontwikkelingen	417
§ 1. Grondwettelijke toetsing	417
§ 2. Doorgevoerde wijzigingen	421
A. Wijziging: Wet 7 mei 1999	421
B. Grondwetsherziening van 7 mei 1999: “correctionalisering” (druk)persmisdrijf	421
§ 3. Toekomstige ontwikkelingen	421
Hoofdstuk 2. Strafbare feiten, werkingssfeer en sancties (art. 1)	423
Afdeling 1. Algemeen.	423
Afdeling 2. Werkingssfeer (art. 444 Sw.)	423
§ 1. Algemeen.	423
§ 2. (Druk)persmisdrijf.	423
Afdeling 3. Ontkennen, schromelijk minimaliseren, pogen te rechtvaardigen of goedkeuren van de genocide die tijdens de Tweede Wereldoorlog door het Duitse nationaal-socialistische regime is gepleegd	425
§ 1. Ontkennen, schromelijk minimaliseren, pogen te rechtvaardigen of goedkeuren.	425
A. Algemeen	425
B. Ontkennen en goedkeuren	426
C. Schromelijk minimaliseren en pogen te rechtvaardigen	426
§ 2. Van de genocide die tijdens de Tweede Wereldoorlog door het Duitse nationaal-socialistische regime is gepleegd.	427
A. Genocide (art. 1 lid 2).	427
B. Gepleegd door het Duitse nationaal-socialistische regime tijdens de Tweede Wereldoorlog.	428
§ 3. Moreel element.	429
Afdeling 4. Sanctie (art. 1 lid 1)	430
Afdeling 5. Toepassingen	431

§ 1. <i>Ante Negationismewet</i>	431
§ 2. <i>Negationismewet</i>	432
A. <i>Final Conflict</i>	432
B. <i>“I love Hitler”</i>	434
C. <i>Negationisme en internet</i>	434
D. <i>Vrij Historisch Onderzoek</i>	435
Hoofdstuk 3. (Bijkomende) sancties en handhaving	436
Afdeling 1. <i>Bijkomende sancties</i>	436
§ 1. <i>Ontzetting uit rechten (art. 1 lid 3)</i>	436
§ 2. <i>Bekendmaking vonnis (art. 2)</i>	436
§ 3. <i>Algemene strafrechtelijke regels (art. 6)</i>	437
Afdeling 2. <i>Handhaving: optreden in rechte (art. 4) en (overige) bevoegdheden C.G.K.R.</i>	437
Selecte bibliografie	439
DEEL VI. ANTIDISCRIMINATIEWET	441
Hoofdstuk 1. Achtergronden en ontstaansgeschiedenis	441
Afdeling 1. <i>Verworpen voorstellen</i>	441
Afdeling 2. <i>Impulsen en doelstellingen</i>	443
Afdeling 3. <i>Grondwettelijke toetsing</i>	445
Hoofdstuk 2. Algemene bepalingen	448
Afdeling 1. <i>Inhoud discriminatieverbod</i>	448
§ 1. <i>Discriminatiegronden (art. 2 § 1 en § 2)</i>	448
A. <i>Burgerrechtelijk luik – strafrechtelijk luik</i>	448
1. <i>Burgerrechtelijk luik: geen opsomming van gronden</i>	448
a. <i>Algemeen</i>	448
b. <i>Gevolgen</i>	452
2. <i>Strafrechtelijk luik</i>	454
B. <i>Zogenaamd ras, huidskleur, afkomst, en nationale of etnische afstamming</i>	454
C. <i>Geslacht</i>	455
D. <i>Seksuele geaardheid</i>	456
E. <i>Burgerlijke staat</i>	457
F. <i>Geboorte</i>	458
G. <i>Fortuin</i>	459
H. <i>Leeftijd</i>	460
I. <i>Geloof of levensbeschouwing</i>	460
J. <i>Huidige of toekomstige gezondheidstoestand</i>	461
K. <i>Handicap of fysieke eigenschap</i>	463
1. <i>Handicap</i>	463
2. <i>Fysieke eigenschap</i>	465
§ 2. <i>Definitie</i>	465

A. Directe discriminatie (art. 2 § 1).	466
1. Algemeen	466
2. Verschil in behandeling	466
3. Vergelijking en vergelijkbaarheidstoets	468
4. Vernietigd: causaliteitsvereiste	468
a. Voormalige situatie	468
b. Huidige situatie	470
B. Indirecte discriminatie (art. 2 § 2).	470
1. Algemeen	470
2. Ogenscheinlijk neutrale bepaling, maatstaf of handelwijze.	471
3. Schadelijke weerslag	471
a. Vergelijking	471
b. Vergelijkbaarheidstoets/benadelingstoets	472
c. Vaststelling schadelijke weerslag	472
i. Traditioneel: statistische vergelijking	472
ii. Ras- en Kaderrichtlijn en Antidiscriminatiewet: geen statistische vergelijking meer nodig	473
§ 3. Open/gesloten systeem	473
A. De objectieve en redelijke rechtvaardigingstoets (art. 2 § 1 en § 2)	473
B. Arbeidsrelaties: wezenlijke en bepalende beroepsvereisten (art. 2 § 5).	476
1. Algemeen	476
a. Strekking uitzondering	476
i. Limitatieve of exemplatieve lezing	476
ii. Enkel aanwerving of arbeidsbetrekkingen algemeen	478
iii. Religieuze organisaties vervat?	479
b. Inhoud uitzondering	480
i. Algemeen	480
ii. Toetsingsintensiteit: gronden uit richtlijnen – overige kenmerken	481
C. Richtlijnconformiteit van het uitzonderingsregime	482
1. Algemeen: Kaderrichtlijn en Rasrichtlijn	482
2. Bijzondere implicaties: direct onderscheid op grond van leeftijd en handicap	482
§ 4. Andere grondrechten (art. 3)	485
A. Algemeen	485
B. Toetsingskader	487
1. Concrete bestandsopname	487
2. Vaststelling van de geloofwaardigheid van de grondrechten-aanspraak: de coherentie- en consistentietest	487
3. Nastreven van praktische concordantie: criterium van “vergelijkende doeltreffendheid” en criterium van “afhankelijkheid”	488
4. Belang van beperkingsclausules	488
§ 5. Positieve actie (art. 4)	489
A. Algemeen: restrictieve interpretatie	489
B. Concreet	490
C. Enkel mogelijk voor lidstaten?	491
§ 6. Bijzondere verschijningsvormen van discriminatie	492
A. Redelijke aanpassingen (art. 2 § 3)	492
1. Algemeen	492
2. Redelijkheidstest	494
3. Verhouding met klassieke discriminatie op grond van handicap	496

4. Federale bevoegdheidsverdeling.	498
a. Algemeen	498
b. Decretaal niveau	499
B. Pesterijen (art. 2 § 6).	500
C. Opdracht geven tot discriminatie (art. 2 § 7)	502
Afdeling 2. Werkingssfeer en afbakeningen.	503
§ 1. Werkingssfeer.	503
A. Het leveren of het ter beschikking stellen van goederen en diensten aan het publiek (art. 2 § 4, 1 ^{ste} streepje)	503
B. Arbeidsrelaties (art. 2 § 4, 2 ^{de} en 3 ^{de} streepje)	504
1. Algemeen	504
2. Onduidelijkheden van en (mogelijke) beperkingen op de werkingssfeer in arbeidsrelaties	508
a. Onduidelijkheden.	508
i. Adviesorganen en onderwijs tijdens of voorafgaand aan een arbeidsverhouding	508
ii. Lidmaatschap werkgevers- of werknemersorganisaties	509
b. Federale bevoegdheidsverdeling: onderwijs.	509
C. De vermelding in een officieel stuk of in een proces-verbaal (art. 2 § 4, 4 ^{de} streepje).	510
D. De toegang tot en de deelname aan, alsook elke andere uitoefening van een economische, sociale, culturele of politieke activiteit toegankelijk voor het publiek (art. 2 § 4, 6 ^{de} streepje).	510
E. Vernietigd: het verspreiden, het publiceren of het openbaar maken van een tekst, een bericht, een teken of enig andere drager van discriminerende uitlatingen (voormalig art. 2 § 4, 5 ^{de} streepje).	513
§ 2. Afbakening werkingssfeer in relatie tot gerelateerde wetgeving	516
A. Wet gelijkheid man – vrouw (art. 5)	516
B. Antiracismewet.	518
1. Algemeen	518
2. Wederzijdse beïnvloeding	518
C. Overige bijzondere discriminatieverboden	519
D. Normen die onderscheid organiseren.	520
1. Algemeen	520
2. <i>Lex inferior</i>	520
3. Gelijkwaardige normen.	520
a. Geen conflict met Europees recht	520
b. Wel conflict met Europees recht	521
Hoofdstuk 3. Strafbepalingen	522
Afdeling 1. Federale bevoegdheidsverdeling	522
Afdeling 2. Strafbare feiten	523
§ 1. “Aanzetten tot” (art. 6 § 1).	523
A. Algemeen	523
1. Causaliteitsvereiste: discriminatiegronden	523
a. Algemeen	523
b. Uitsluitingen	523
2. Discriminatie als strafrechtelijk begrip	524
3. Interpretatie overige elementen door Arbitragehof	526

a. Algemeen	526
b. Uitingen – daden	526
B. (Druk)persmisdrijf.	527
C. Sanctie	528
§ 2. Verzwarende omstandigheden bij misdrijven: verwerpelijke (discriminatoire) beweegreden (art. 7 t.e.m. 14)	529
§ 3. Vernietigde strafbepalingen	532
A. Openlijk zijn voornemen te kennen geven tot discriminatie, haat of geweld (voormalig art. 6 § 1, 2 ^{de} streepje).	532
B. Discriminatie door openbare macht (voormalig art. 6 § 2).	533
Afdeling 3. Bijkomende straffen en algemene strafrechtelijke regels	535
§ 1. Ontzetting uit rechten (art. 15)	535
§ 2. Toepasselijkheid algemene strafrechtelijke regels (art. 16)	535
Hoofdstuk 4. Burgerrechtelijke bepalingen	535
Afdeling 1. Nietige bedingen (art. 18)	535
§ 1. Algemeen.	535
§ 2. Aard van de nietigheid	536
§ 3. Gevolgen	536
Afdeling 2. Vordering tot staking.	537
§ 1. Algemeen	537
A. Strekking	537
B. Beperkingen toepassingsgebied.	538
§ 2. Voorwerp vordering en mogelijk rechtsherstel	540
§ 3. Procedure (art. 22)	542
A. Zoals in kort geding	542
B. Procedureverloop	543
1. Gedinginleidend stuk	543
2. Kennisgeving en wachttermijnen	544
3. Uitspraak en mededeling.	545
4. Opheffing stakingsbevel	545
§ 4. Bijzondere bewijsregelen en verdeling van de bewijslast (art. 19 § 3 en § 4).	545
A. Verdeling van de bewijslast	545
1. Praktijktests.	547
a. Algemeen	547
b. Concreet	548
i. Beoordelingsmarge en uitvoeringsbesluit.	548
ii. Rol gerechtsdeurwaarder.	549
2. Statistische gegevens	550
a. Algemeen	550
b. Problemen.	552
B. (Voldoende) bewijs door middel van praktijktest?.	552
C. Toepasselijkheid bewijsregelen.	554
1. Toepasselijk in vordering tot staking/in burgerrechtelijk luik algemeen	554
2. Toepasselijkheid in strafzaken	555
§ 5. Drukkingsmiddelen	555
A. Publicatie en/of aanplakking (art. 19 § 2)	555

B. Dwangsom (art. 20)	556
§ 6. Uitzondering op voorrang strafvordering (art. 22 lid 5 en 6)	557
Afdeling 3. Schadevergoedingen en (represaille)ontslagbescherming	559
§ 1. Schadevergoeding bij discriminatie	559
A. Algemeen	559
B. Bevoegdheidsbepalingen	560
§ 2. (Represaille)ontslagbescherming en schadevergoeding (art. 21)	561
A. Algemeen	561
B. Bewijslast en termijnen	562
C. Procedure en schadevergoedingen bij handelen van werkgever in strijd met de wet.	563
Hoofdstuk 5. Handhavingsorganen.	564
Afdeling 1. Arbeidsinspectie (art. 17)	564
Afdeling 2. Optreden in rechte en de (overige) bevoegdheden van het C.G.K.R. en het Instituut voor de gelijkheid van vrouwen en mannen	564
§ 1. Optreden in rechte (art. 31)	564
A. Algemeen	564
B. Instituut voor de gelijkheid van vrouwen en mannen.	565
§ 2. Overige bevoegdheden van het C.G.K.R. en het Instituut voor de gelijkheid van vrouwen en mannen	565
A. Overige bevoegdheden C.G.K.R.	565
B. Overige bevoegdheden Instituut voor de gelijkheid van vrouwen en mannen	566
Hoofdstuk 6. Klachten en toepassingen	567
Afdeling 1. Klachten en gerechtelijke stappen	567
Afdeling 2. Toepassingen	568
§ 1. Huur: discriminatie homokoppel	568
§ 2. Redelijke aanpassingen	569
§ 3. Hoofddoeken	569
§ 4. Antiracismewet/Antidiscriminatiewet: de “zaak RULOF”	570
Selecte bibliografie	572
ZAKENREGISTER.	573
PERSONENREGISTER	589

Lijst van afkortingen

<i>Antidiscriminatiewet</i>	Wet 25 februari 2003 ter bestrijding van discriminatie en tot wijziging van de Wet van 15 februari 1993 tot oprichting van een Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding
<i>Antiracismewet</i>	Wet 30 juli 1981 tot bestraffing van bepaalde door racisme of xenofobie ingegeven daden
<i>Bewijslastrichtlijn</i>	Zie Richtlijn 97/80
<i>C.G.K.R.</i>	Centrum voor Gelijkheid van Kansen en voor Racismebestrijding
<i>E.V.R.M.</i>	Verdrag 4 november 1950 tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden
<i>EEG-Verdrag</i>	Verdrag 25 maart 1957 tot oprichting van de Europese Economische Gemeenschap
<i>EG-Verdrag</i>	Verdrag 25 maart 1957 tot oprichting van de Europese Gemeenschap
<i>EU-Verdrag</i>	Verdrag 7 februari 1992 tot oprichting van de Europese Unie
<i>I.V.B.P.R.</i>	Internationaal Verdrag 19 december 1966 inzake burgerrechten en politieke rechten
<i>Kaderrichtlijn</i>	Zie Richtlijn 2000/78
<i>Liga</i>	Liga voor Mensenrechten
<i>M.R.A.X.</i>	Mouvement contre le Racisme, l'Antisémitisme et la Xénophobie
<i>Negationismewet</i>	Wet 23 maart 1995 tot bestraffing van het ontkennen, minimaliseren, rechtvaardigen of goedkeuren van de genocide die tijdens de Tweede Wereldoorlog door het Duitse nationaal-socialistische regime is gepleegd

<i>Rasrichtlijn</i>	Zie Richtlijn 2000/43
<i>Richtlijn 75/117</i>	Richtlijn 75/117/EEG van de Raad van 10 februari 1975 betreffende het nader tot elkaar brengen van de wetgevingen der lidstaten inzake de toepassing van het beginsel van gelijke beloning voor mannelijke en vrouwelijke werknemers
<i>Richtlijn 76/207</i>	Richtlijn 76/207/EEG van de Raad van 9 februari 1976 betreffende de tenuitvoerlegging van het beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen ten aanzien van de toegang tot het arbeidsproces, de beroepsopleiding en de promotiekansen en ten aanzien van de arbeidsvoorwaarden (zoals gewijzigd door Richtlijn 2002/73)
<i>Richtlijn 79/7</i>	Richtlijn 79/7/EEG van de Raad van 19 december 1978 betreffende de tenuitvoerlegging van het beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen op het gebied van de sociale zekerheid
<i>Richtlijn 86/378</i>	Richtlijn 86/378/EEG van de Raad van 11 december 1986 betreffende de tenuitvoerlegging van het beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen in ondernemings- en sectorale regelingen inzake sociale zekerheid
<i>Richtlijn 92/85</i>	Richtlijn 92/85/EEG van de Raad van 19 oktober 1992 inzake de tenuitvoerlegging van maatregelen ter bevordering van veiligheid en gezondheid van werkneemsters tijdens de zwangerschap, na de bevalling en tijdens de lactatie
<i>Richtlijn 96/34</i>	Richtlijn 96/34/EG van de Raad van 3 juni 1996 betreffende de door de UNICE, het CEEP en het EVV gesloten raamovereenkomst inzake ouderschapsverlof
<i>Richtlijn 97/80</i>	Richtlijn 97/80/EG van de Raad van 15 december 1997 inzake de bewijslast in gevallen van discriminatie op grond van geslacht

<i>Richtlijn 97/81</i>	Richtlijn 97/81/EG van de Raad van 15 december 1997 betreffende de door UNICE, het CEEP en het EVV gesloten raamovereenkomst inzake deeltijdwerk
<i>Richtlijn 2000/43</i>	Richtlijn 2000/43/EG van de Raad van 29 juni 2000 houdende toepassing van het beginsel van gelijke behandeling van personen ongeacht ras of etnische afstamming
<i>Richtlijn 2000/78</i>	Richtlijn 2000/78/EG van de Raad van 27 november 2000 tot instelling van een algemeen kader voor gelijke behandeling in arbeid en beroep
<i>Richtlijn 2002/73</i>	Richtlijn 2002/73/EG van het Europees Parlement en de Raad van 23 september 2002 tot wijziging van Richtlijn 76/207/EEG van de Raad betreffende de tenuitvoerlegging van het beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen ten aanzien van de toegang tot het arbeidsproces, de beroepsopleiding en de promotiekansen, en ten aanzien van de arbeidsvoorwaarden
<i>Richtlijn gelijke behandeling man-vrouw</i>	Zie Richtlijn 76/207
<i>V.N.-rassendiscriminatieverdrag</i>	Internationaal Verdrag 7 maart 1966 inzake de uitbanning van alle vormen van rassendiscriminatie
<i>Verordening 1612/68</i>	Verordening (EEG) nr. 1612/68 van de Raad van 15 oktober 1968 betreffende het vrije verkeer van werknemers binnen de Gemeenschap
<i>Wet gelijkheid man – vrouw</i>	Wet 7 mei 1999 op de gelijke behandeling van mannen en vrouwen

Voorwoord

Het discriminatieverbod is geen beginsel als alle anderen. Eigenlijk komt het neer op een verbod mensen willekeurig te behandelen. Het is dus een wezenlijk aspect van het recht zelf. Steeds meer doordringt het dan ook de hele rechtsorde. Aanvankelijk waren het vooral de nationale grondwetten en de internationale verdragen die de publieke overheden aan het gelijkheidsbeginsel onderwierpen. Sinds de jaren tachtig van de vorige eeuw werden steeds meer wetten uitgevaardigd om racisme en xenofobie te bestrijden en het discriminatieverbod ook in private relaties te laten doorwerken. Chronologisch zijn elkaar opgevolgd: de Wet van 30 juli 1981 tot bestraffing van bepaalde door racisme en xenofobie ingegeven daden, de zgn. Antiracismewet; de Wet van 23 maart 1995 tot bestraffing van het ontkennen, minimaliseren, rechtvaardigen of goedkeuren van de genocide die tijdens de tweede wereldoorlog door de Duitse nationaal-socialistische regime is gepleegd, de zgn. Negationismewet; de Wet van 7 mei 1999 op de gelijke behandeling van mannen en vrouwen en *last but not least*, de Wet van 25 februari 2003 ter bestrijding van discriminatie en tot wijziging van de wet van 15 februari 1993 tot oprichting van een Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding, de zgn. Antidiscriminatiewet.

Het gelijkheidsbeginsel en het discriminatieverbod worden steeds meer dé richtlijn bij uitstek voor overheden en burgers, de ultieme toetssteen om de rechtmatigheid van hun handelen te beoordelen. Velen baart dit zorgen. Het discriminatieverbod is immers een open norm. Niet elke ongelijke behandeling wordt verboden, doch alleen de ongelijke behandeling die niet “objectief en redelijk verantwoord” is. Het beginsel mist *an sich* juridische scherppte. Het is eigenlijk meer een denkkader, een stramien voor belangenafweging, een methode om de redelijkheid van het publieke en het private handelen te beoordelen. De eigenlijke draagwijdte van het discriminatieverbod is vooral te vinden in de rechtspraak. De casuïstiek over het gelijkheidsbeginsel is in weinig jaren uitgroeid tot een volumineus pakket aan vonnissen en arresten, die men kan terugvinden op de websites van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens, het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen, het Arbitragehof, het Hof van Cassatie, de Raad van State en het Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding. De open norm die het discriminatieverbod inhoudt, wordt door rechters nader ingevuld en krijgt aldus vastere contouren. Het ontsluiten van die rechtspraak en van de kritische commentaren erop in de rechtsleer, draagt niet alleen bij tot de theorievorming over de betekenis van het discriminatieverbod, doch is ook onontbeerlijk voor een meer rechtszekere toepassing ervan in de praktijk.

Voor ons land ontbrak tot op heden een basiswerk dat het discriminatierecht in kaart bracht. Die lacune is vandaag opgevuld. Dajo De Prins, Stefan Sottiaux en

Jogchum Vrielink beoogden een Handboek Discriminatierecht te schrijven. Door hun ambitie om het thema zo grondig mogelijk te beschrijven, is het een omvangrijk volume geworden. Na een verhelderende analyse van de basisbegrippen van het discriminatierecht, besteden ze ruime aandacht aan het Europese kader, zowel dat van de Raad van Europa, als het in kwaliteit én kwantiteit steeds belangrijker recht van de Europese Unie. Daarna volgt een diepgaande bespreking van drie belangrijke wetten uit het interne Belgische discriminatierecht. De auteurs bieden een accurate beschrijving van de regelgeving, de rechtspraak en de rechtsleer. Ze informeren de lezers over de achtergronden, de ontstaansgeschiedenis, de jurisprudentiële toepassing en de doctrinaire discussies m.b.t. verschillende aspecten van het discriminatieverbod. Voortaan beschikken we over een helder geschreven, coherent opgebouwde en minutieuze analyse van het discriminatierecht zoals dat besloten ligt in het Europese Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden, het EU-recht, de Belgische Grondwet en natuurlijk ook in de specifieke interne wetten, de Antiracismewet, de Negationismewet en de Antidiscriminatiewet. De “Wet gelijkheid man – vrouw” komt – en dat is wel jammer – slechts zijdelings even aan bod. De auteurs laten echter verstaan dat deze wet in een volgende editie ook uitgebreid besproken zal worden. Een groot aantal thema’s wordt verder behandeld: van de criteria voor negatieve discriminatie tot de criteria voor positieve actie; van de specifieke Europese richtlijnen tot het recente artikel 11*bis* van de Grondwet over de gelijkheid van mannen en vrouwen; van het aanzetten tot discriminatie, haat en geweld op basis van het ras tot de gelijke behandeling van vreemdelingen op grond van artikel 191 van de Grondwet; van de “correctionalisering” van drukpersmisdrijven tot de “redelijke aanpassingen” voor gehandicapten...

De auteurs willen vooral informeren. Ze stellen zich terughoudend en neutraal op t.a.v. de vele twistpunten die er ook in het discriminatierecht bestaan. Die houding laat hen toe verdeeldheid in de rechtspraak aan de oppervlakte te brengen, zonder daarover een eigen mening op te dringen. Naar rechtsleer wordt verwezen, zonder dat inhoudelijk met de geciteerde auteurs in discussie wordt gegaan. Die formule heeft haar verdiensten. De lezer krijgt een overzichtelijk beeld van de gevoerde discussies, van de argumenten *pro* en *contra*. Hij kan ze met elkaar vergelijken en zelf tot een oordeel komen. De auteurs hebben de actualiteit tot begin oktober 2004 bijgehouden. Ze slaagden er zelfs op de valreep in twee recente, uitermate belangrijke uitspraken te integreren: het arrest van het Arbitragehof van 6 oktober 2004 waarin een aantal bepalingen van de Antidiscriminatiewet wordt vernietigd, en het arrest van het Hof van Cassatie van 9 november 2004 over de veroordeling van het Vlaams Blok.

Het boek illustreert hoe de strijd tegen racisme en discriminatie in weinig jaren enorme proporties heeft aangenomen. Niet ten onrechte zou men van een juridische hyperactiviteit kunnen gewagen: de wetten en jurisprudentiële evoluties volgen elkaar aan een hoog tempo op. Er is bovendien sprake van een toenemende professionalisering: naast het Centrum voor Gelijkheid van Kansen en voor Racismebe-

strijding, zijn vele organisaties dagdagelijks begaan met de toepassing van het discriminatierecht. Die professionalisering is terwille van de efficiëntie nodig, maar houdt ook het risico in dat er overspannen verwachtingen worden gesteld in het discriminatieverbod en dat het gelijkheidsdenken een te eenzijdige klemtoon krijgt ten nadele van andere fundamentele waarden uit het rechtssysteem. Hoe dan ook, in enkele jaren tijd is het discriminatierecht in die mate uitgedijd, dat niet alleen specialisten ermee te maken krijgen; integendeel, steeds meer juristen worden er, in de verschillende takken van het recht, mee geconfronteerd. Voor al die juristen zal het boek van DE PRINS, SOTTIAUX en VRIELINK een welgekomen en gedegen gids door het discriminatierecht zijn.

Marie-Claire FOGLETS en Jan VELAERS

31 december 2004

Inleiding

Dit boek is geen thesis. Als handboek probeert het een zo volledig mogelijk overzicht te bieden van het discriminatierecht. Er zijn weinig rechtsgebieden waarbinnen zoveel onenigheid bestaat over de inhoud en draagwijdte van de toepasselijke regels. Het is niet de bedoeling van dit werk om in deze discussies te treden. Het opzet is integendeel om de diverse standpunten te presenteren en toe te lichten. Daarom kan het boek als leidraad dienen voor onderzoekers, studenten, juristen en al wie in de praktijk met discriminatierecht in aanraking komt.

Het boek biedt een helder en praktisch hanteerbaar kader van de centrale begrippen uit het discriminatierecht. Aan de hand van dit kader worden de volgende domeinen uitgewerkt: het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens, het recht van de Europese Unie, de Grondwet, de Antiracismewet, de Negationismewet en de Antidiscriminatiewet.

Gezien de zeer grote omvang van het besproken gebied, konden wij niet elk rechtsinstrument bespreken. Een aantal internationale verdragen die in de Belgische rechtspraak nauwelijks afgedwongen worden, is buiten beschouwing gelaten. Hetzelfde geldt voor bepaalde decretale en specifieke (arbeidsrechtelijke) instrumenten die weinig toepassing vinden. Voor deze categorieën verwijzen wij naar de literatuur ter zake.

De materie is bijgehouden tot 1 oktober 2004. Wel werden de arresten van het Arbitragehof over de Antidiscriminatiewet en dat van het Hof van Cassatie inzake het Vlaams Blok verwerkt.

Dit boek was niet tot stand gekomen zonder de gewaardeerde hulp van vele vrienden, familieleden en collega's. Onze bijzondere dank gaat uit naar Danny BALLEET, Paul BORGHS, Raymond COPPENS, Dirk DE MEIRLEIR, Marie-Claire FOBLETS, Kristin HENRARD, Laurent JADOUL, Koen LENAERTS, Johan MEEUSEN, Adriaan OVERBEEKE, Matthias STORME, Caroline VAN DE HEYNING, Catherine VAN DE HEYNING, Gerhard VAN DER SCHYFF, Marco VAN HAEGENBORGH, Laurence VAN LIEDEKERKE, Jan VELAERS en Dirk VOORHOOF.

Antwerpen, 5 november 2004

Dajo DE PRINS
Stefan SOTTIAUX
Jogchum VRIELINK

Begrippenkader discriminatierecht

INLEIDING

1. In dit hoofdstuk wordt het begrippenkader voor dit boek geschetst. Over de inhoud van de meeste van deze begrippen bestaat geen eensgezindheid. De betekenis die hieraan in de rechtspraak en de juridische en filosofische literatuur wordt toegekend, is niet altijd gelijklopend. Het is niet de bedoeling om aan deze doctrinaire discussie deel te nemen, wel om hieruit een voor de praktijk hanteerbaar kader af te leiden dat aansluit bij hetgeen gemeenschappelijk is aan de verschillende standpunten. Wij volstaan hier met een louter theoretische omschrijving aan de hand van de basisliteratuur. In elk van de volgende hoofdstukken zal worden teruggevallen op deze definities, die vervolgens uitgediept worden in het licht van de besproken rechtsmaterie.

HOOFDSTUK 1. BASISBEGRIPPEN

§ 1. Gelijkheidsbeginsel – discriminatieverbod

2. Het gelijkheidsbeginsel is een ingewikkeld juridisch concept. De meeste auteurs vertrekken vanuit de klassieke omschrijving van ARISTOTELES. Deze valt uiteen in drie componenten: (1) gelijke gevallen moeten gelijk worden behandeld; (2) ongelijke gevallen ongelijk; (3) in de mate van hun ongelijkheid. Deze formulering laat open wat gelijke gevallen zijn, en wat een gelijke behandeling inhoudt. Eigenlijk vervangt zij de ene vraag door een andere: zij schrijft voor dat gelijke gevallen gelijk moeten worden behandeld, maar als we ons afvragen wat dan wel gelijke gevallen zijn, lijkt het antwoord te zijn: “gevallen die gelijk moeten worden behandeld”. In de beroemde woorden van WESTEN is het gelijkheidsbeginsel op zich een inhoudsloos concept: “Equality is an empty vessel, with no substantive moral content of its own”. De formule wordt dus pas bruikbaar als we bepalen wat gelijke gevallen zijn en wat de gelijke behandeling van die gevallen precies inhoudt.

3. In de werkelijkheid bestaan gelijke gevallen niet. Identiteit tussen verschillende gevallen is een ontologische onmogelijkheid. Zo verschillen bijvoorbeeld twee exemplaren van hetzelfde boek minstens door de ruimte die zij in het universum innemen. Situaties vertonen altijd gelijkenissen en verschillen. Hun kwalificatie als gelijk of verschillend impliceert daarom steeds een keuze van welke feitelijke elementen in een concrete situatie relevant zijn, en een abstractie van als irrelevant beschouwde

factoren. Die keuze veronderstelt een inhoudelijke maatstaf, die afhankelijk is van plaats en tijd. Zo was bijvoorbeeld geslacht tot voor kort in de meeste levensgebieden een relevant onderscheidingscriterium, terwijl dat vandaag in beginsel niet meer het geval is.

4. Keerzijde van het gelijkheidsbeginsel is het discriminatieverbod: wie gelijke gevallen ongelijk behandelt of ongelijke gevallen gelijk, discrimineert en schendt dus het discriminatieverbod. Wat het gelijkheidsbeginsel formuleert als een gebod drukt het discriminatieverbod uit in verbodsvorm. Sommige auteurs beschouwen het gelijkheidsbeginsel als ruimer dan het discriminatieverbod – in zijn gebodsvorm zou het ook een positieve verplichting inhouden voor de overheid om feitelijke gelijkheid te creëren.

§ 2. Gelijkheid voor de wet – gelijkheid in de wet

5. Het onderscheid tussen gelijkheid voor en in (of door) de wet werd geïntroduceerd door Kelsen. Gelijkheid voor de wet heeft betrekking op de wettoepassing door de rechter en het bestuur: de wet moet op gelijke wijze worden toegepast op elkeen die binnen haar toepassingsgebied valt. Gelijkheid voor de wet houdt dus geen verband met de inhoudelijke onderscheiden die gemaakt worden in de wet. In dit opzicht is het gelijkheidsbeginsel slechts een bevestiging van het rechtszekerheidsbeginsel. Gelijkheid in de wet daarentegen ziet op de in de rechtsregel gehanteerde classificaties. In deze betekenis richt het gelijkheidsbeginsel zich dus niet tot de wettoepasser, maar tot de normsteller.

§ 3. Formele gelijkheid – materiële gelijkheid

6. In de politieke filosofie wordt de tegenstelling tussen formele en materiële gelijkheid gebruikt om het verschil aan te duiden tussen rechtsgelijkheid en “echte” gelijkheid. Wat “echte” gelijkheid is, wordt in de filosofische literatuur op uiteenlopende wijze ingevuld, gaande van gelijkheid van kansen tot gelijkheid van uitkomst. In de rechtsleer heeft dit begrippenpaar een specifiekere betekenis die aanleunt bij de filosofische. Hier verwijst het formeel gelijkheidsbeginsel naar de eerste component van de Aristotelische gelijkheidsdefinitie die gebiedt gelijke gevallen gelijk te behandelen. In zijn materiële betekenis verwijst het gelijkheidsbeginsel naar de verplichting om ongelijke gevallen ongelijk te behandelen (tweede component van de Aristotelische formule). Dit aspect is duidelijk gericht op “echte” gelijkheid. Het verplicht de overheid om rekening te houden met de gevolgen van haar handelen. In deze zin zal een identieke behandeling van rolstoelgebruikers en niet-rolstoelgebruikers in de werksfeer een schending van het gelijkheidsbeginsel uitmaken. In zijn tweede betekenis verplicht dit beginsel de staat of particulieren er immers toe om de feitelijk verschillende situatie waarin rolstoelgebruikers zich bevinden op het vlak van mobiliteit, in rekening te brengen bij het opstellen van regels of in hun handelen.

Het gelijkheidsbeginsel noopt hier dus tot een ongelijke (gunstige) behandeling van rolstoelpatiënten. Hoever de positieve verplichting om feitelijke verschillen tussen groepen te accommoderen reikt, is voorwerp van discussie.

7. Het gelijkheidsbeginsel houdt bijgevolg zowel een gelijkebehandelingsgebod in (formeel aspect), alsook een differentiatiegebod (materieel aspect). Omgekeerd geformuleerd omvat het een verbod van discriminerende ongelijke behandelingen (formele component), én een verbod van discriminerende gelijke behandelingen (materiële component).

§ 4. Onderscheid – discriminatie

8. Er moet een onderscheid worden gemaakt tussen de begrippen (on)gelijke behandeling of onderscheid (of gebrek aan onderscheid), enerzijds, en discriminatie, anderzijds. Het begrip (on)gelijke behandeling is neutraal en zegt niets over het verboden of toegelaten karakter van een maatregel. De term discriminatie daarentegen wordt gehanteerd om een ontoelaatbaar (gebrek aan) onderscheid aan te duiden. De vraag of een (on)gelijke behandeling al dan niet aanvaardbaar is, hangt af van de keuzes van de wetgever en de uitkomst van de rechterlijke toetsing aan het discriminatieverbod (*cf. infra* nrs. 15-27).

§ 5. Direct onderscheid – indirect onderscheid

9. Direct onderscheid is rechtstreeks gebaseerd op een uitdrukkelijk in een wet of verdrag vermelde differentiatiegrond (bv. ras of geslacht) (*cf. infra* nr. 13), terwijl bij indirect onderscheid een onderscheidingsmaatstaf wordt gebruikt die ogenschijnlijk neutraal is, maar het effect heeft van een onderscheid op basis van datzelfde criterium. Het concept indirect onderscheid voegt met andere woorden aan de expliciet in een wet of verdrag opgenomen criteria, de “criteria met gelijke werking” toe. Het begrip is vooral nuttig in de context van een discriminatieverbod dat slechts een limitatief aantal onderscheidingsgronden vermeldt. Als een discriminatieverbod algemeen is – en dus een ongerechtvaardigd onderscheid op eender welke grond verbiedt – kan elk differentiatiecriterium *rechtstreeks* worden aangevochten. Ook wanneer de rechter bepaalde differentiatiegronden als “verdacht” kwalificeert, om ze vervolgens aan een strengere toetsing te onderwerpen, kan het begrip indirect onderscheid van pas zijn. In dit geval stelt het de rechter in staat om onderscheidingscriteria die hetzelfde effect sorteren als een verdacht onderscheid aan een strenge toetsing te onderwerpen.

10. Een verbod van indirecte discriminatie verplicht de rechter om het discriminerende effect te onderzoeken van een behandeling die in termen van een uitdrukkelijk verboden criterium neutraal (of gelijk) is. Hij moet, met andere woorden, nagaan welke gevolgen die “neutrale” (of gelijke) behandeling heeft voor de echte gelijkheid

van een beschermde groep. Indirecte discriminatie of “impact discriminatie” is een weerspiegeling van de materiële gelijkheidsidee: zij verbiedt de gelijke behandeling van ongelijke gevallen.

11. De bedoeling van het verbod van indirecte discriminatie is tweevoudig. In de eerste plaats wil het verhinderen dat normstellers of individuen (bv. werkgevers) een specifiek discriminatieverbod omzeilen door gebruik te maken van een ogenschijnlijk neutraal criterium (bv. een ongelijke behandeling van deeltijdwerknemers komt vaak neer op een ongelijke behandeling van vrouwen). Deze vorm van bedoeld indirect onderscheid noemt men ook “verkapte discriminatie”. In de tweede plaats bindt het verbod van indirecte discriminatie de strijd aan met maatregelen die onbedoeld discriminerend werken, en vaak verband houden met de wijze waarop wij traditioneel onze maatschappij organiseren. Deze vorm van indirecte discriminatie wordt “institutionele discriminatie” genoemd.

§ 6. Positieve discriminatie – positieve actie

12. Positieve actie bestaat erin dat moedwillig een juridische ongelijkheid wordt gecreëerd, met de bedoeling de feitelijke gelijkheid van achtergestelde groepen te bereiken. Onder bepaalde voorwaarden worden dergelijke maatregelen door rechtspraak en rechtsleer als geoorloofd beschouwd. Sommige auteurs verwijzen naar positieve actie met behulp van de term “positieve discriminatie”. Omdat het begrip discriminatie alleen gebruikt wordt om een verboden onderscheid (of gebrek aan onderscheid) aan te duiden, en positieve actie in bepaalde gevallen geoorloofd is, zullen wij in wat volgt steeds spreken van positieve actie.

HOOFDSTUK 2. STRUCTUUR DISCRIMINATIEVERBOD

§ 1. Discriminatiegrond – differentiatiegrond

13. Het begrip “discriminatie- of differentiatiegrond” verwijst naar het criterium waarop een (on)gelijke behandeling is gebaseerd; het criterium aan de hand waarvan (on)gelijke lasten of voordelen worden toegekend. Sommige wet- of verdragsteksten verbieden discriminatie op grond van bepaalde, expliciet genoemde, gronden. Andere discriminatieverboden zijn algemeen: zij verbieden een onverantwoord onderscheid op eender welke grond. Daarnaast wordt in bepaalde wetgeving en rechtspraak gewerkt met zogenoemde “verdachte” discriminatiegronden, waarvoor een strengere rechtvaardigingsplicht geldt.

§ 2. Open systeem – gesloten systeem

14. Het discriminatieverbod kan een open of een gesloten structuur hebben. Een open systeem bepaalt niet welke (on)gelijkheden discriminatoir zijn, maar laat de beslissing of een (on)gelijkheid al dan niet is verantwoord, over aan het oordeel van de rechter. In een gesloten systeem, daarentegen, geeft de normsteller zelf aan welke onderscheiden ontoelaatbaar zijn. De verantwoordingsmogelijkheden worden hier dus bij voorbaat door de wetgever vastgelegd. Kenmerkend voor een open systeem is dat het de discriminatiegronden meestal niet uitdrukkelijk of alleszins niet limitatief vermeldt. Een gesloten systeem wordt daarentegen gekenmerkt door een beperkende opsomming van discriminatiegronden. Onderscheid op een van deze gronden is verboden, tenzij hiervoor in de wet expliciet een uitzondering is voorzien.

HOOFDSTUK 3. RECHTERLIJKE TOETSING DISCRIMINATIEVERBOD

§ 1. Toetsingsmodel

15. Het toetsingsmodel is een concrete juridische vertaling van het gelijkheidsbeginsel. Hiermee toetst de rechter of een betwiste behandeling al dan niet discriminatoir is. Evenzeer als het gelijkheidsbeginsel zelf, heeft het geen eigen inhoud, maar behoeft het verdere invulling. Het toetsingsmodel dat in de rechtspraak van alle in dit boek besproken hoven en rechtbanken wordt gebruikt, verloopt doorgaans in twee fasen. De eerste fase is die van de toetsingsingang. De tweede fase behelst de rechtvaardigingstoets.

§ 2. Toetsingsingang

A. Algemeen

16. De toetsingsingang is de fase waarin wordt onderzocht of een klager op het eerste gezicht aanspraak kan maken op een andere (gelijke/ongelijke) behandeling dan degene waarvan hij het voorwerp was. Het gaat om een shiftingsfase, waarbij vastgesteld wordt of een betwiste (on)gelijke behandeling rechtvaardiging behoeft of niet. Komt de discriminatiegrief *prima facie* ongeloofwaardig over dan wordt hij al in deze fase afgewezen, komt hij geloofwaardig over, dan treedt de tweede fase in werking. De twee belangrijkste vormen waarin deze toetsingsingang voorkomt zijn de vergelijkbaarheids- en de benadelingstoets.

B. Vergelijkbaarheidstoets

17. De klassieke toetsingsingang is de vergelijkbaarheidstoets. Daarbij gaat de rechter na of degene die zich over een ongelijke behandeling beklaagt zich in een vergelijkbare situatie bevond als een gunstiger behandelde categorie personen, danwel of een eiser die een gelijke behandeling aan de kaak stelt zich in een onvergelijkbare situatie bevond in relatie tot een comparator. Is hieraan niet voldaan, dan kan de klager immers geen aanspraak maken op een andere behandeling dan degene die hem te beurt viel. De vergelijkbaarheidstoets werkt dus schiftend: bevinden categorieën van personen die verschillend worden behandeld zich in een onvergelijkbare situatie (of bevinden personen die gelijk behandeld werden zich in vergelijkbare situaties) dan wordt de discriminatievordering afgewezen, en wordt de betwiste behandeling niet onderworpen aan een rechtvaardigingstoets. Algemeen wordt aanvaard dat in deze fase de bewijslast op de klager rust.

18. Om tot *vergelijkbaarheid* te besluiten hoeven de bewuste situaties niet identiek te zijn. Dat is overigens theoretisch niet mogelijk: alle situaties vertonen noodzakelijk gelijkenissen en verschillen. Daarom is het voldoende dat zij op relevante gebieden in hoofdzaak vergelijkbaar zijn. Hetzelfde geldt voor een besluit tot *onvergelijkbaarheid* van situaties: het is voldoende dat de in het geding zijnde situaties op pertinente gebieden verschillen. Vanzelfsprekend kan de (on)vergelijkbaarheid van situaties niet louter uit de feitelijke gegevens worden afgeleid. Om te bepalen of een situatie verschillend dan wel gelijk is, moet de rechter een keuze maken: hij moet abstractie maken van bepaalde verschillen/gelijkenissen in het licht van de door hem gekozen vergelijkbaarheidsmaatstaf. Deze maatstaf zal doorgaans de aard en het doel van de norm (of private handelwijze) zijn die ter discussie staat. De vraag is dan of het gemaakte onderscheid (of de betwiste gelijke behandeling) relevant is in het licht van de doelstelling van de aangevochten regeling of handeling. Zo kunnen mannen en vrouwen onvergelijkbaar zijn in het licht van een rechtsregel die het zwangerschapsverlof regelt en vergelijkbaar in het licht van een wet die over het ziekteverlof handelt. Categorieën van personen kunnen in het licht van het ene normdoel wel vergelijkbaar zijn, in het licht van het andere niet.

19. In tegenstelling tot wat het geval is bij de rechtvaardigingstoets (*cf. infra* nrs. 23-27), lijkt de rechter naar aanleiding van de vergelijkbaarheidstoets geen vast toetsingsstramien te volgen. Zo blijkt uit de rechtspraak bijvoorbeeld dat de toetsingsmaatstaf voor de vergelijkbaarheid niet altijd geëxpliciteerd wordt, en de rechter soms zonder verdere motivering tot de (on)vergelijkbaarheid van situaties besluit. Zo verwordt de hier besproken toetsingsingang soms tot een middel voor de rechter om een omstandige motivering van zijn verwerpingsbeslissing uit de weg te gaan.

20. In de literatuur wordt er veelvuldig op gewezen dat de vergelijkbaarheidstoets en de rechtvaardigingstoets in wezen op hetzelfde neerkomen, en dat het dus mogelijk is om een van beide achterwege te laten. Daarbij pleiten sommigen voor het behoud

van de vergelijkbaarheidstoets, anderen voor een loutere rechtvaardigingstoets. Feit is dat in de rechtspraak de vergelijkbaarheidstoets regelmatig wordt overgeslagen en dat onmiddellijk de tweede fase wordt ingezet. Sommige hoven vervangen de vergelijkbaarheidstoets dan weer door een andere toetsingsingang zoals de benadelingstoets.

C. Benadelingstoets

21. Zoals al werd vermeld bestaat de bedoeling van de toetsingsingang erin om te achterhalen of de eiser reden tot klagen heeft – niet om te bepalen of er sprake is van discriminatie. Een alternatief voor de klassieke vergelijkbaarheidstoets is de benadelingstoets. Hierbij moet de klager enkel bewijzen dat hij in vergelijking met een andere persoon of groep personen minder gunstig is behandeld. Is dat volgens de rechter het geval, dan is het aan de verweerder om in de tweede fase de verantwoordelijkheid van het betwiste onderscheid aan te tonen.

22. Net als de vergelijkbaarheidstoets maakt de benadelingstoets het voor de eiser mogelijk om zich over zowel materieel als formeel onderscheid te beklagen. Of zijn benadeling uit een gelijke behandeling van verschillende situaties dan wel uit een ongelijke behandeling van vergelijkbare situaties voortkomt speelt immers geen rol. Het grote voordeel van de benadelingstoets bestaat erin dat zij het voor de klager eenvoudiger maakt om de geloofwaardigheid van zijn grief aan te tonen. Het lastige bewijs van (on)vergelijkbaarheid van situaties valt immers weg. Een mogelijk bezwaar tegen deze toetsingsingang bestaat erin dat de bewijslast vrij gemakkelijk naar de verweerder zal verschuiven.

§ 3. Rechtvaardigingstoets

A. Algemeen

23. De vaststelling van een ongelijke behandeling van vergelijkbare gevallen, van een gelijke behandeling van onvergelijkbare gevallen, of van een benadeling, volstaat niet om van discriminatie te kunnen spreken. Het gelijkheidsbeginsel is pas geschonden wanneer het gemaakte onderscheid (of het ontbreken ervan) inhoudelijk niet kan worden verantwoord. De inhoudelijke beoordeling vormt de tweede fase van de rechterlijke toetsing: de rechtvaardigingstoets. Uit de verschillende hoofdstukken van dit boek zal blijken dat de rechtvaardiging niet in elke jurisdictie op dezelfde wijze verloopt. De volgende drie stappen komen echter steeds op meer of minder expliciete wijze aan bod: (1) de doeltoets; (2) de pertinentietoets en (3) de proportionaliteitstoets (in strikte zin). De pertinentietoets en de proportionaliteitstoets in strikte zin hebben beide betrekking op de relatie tussen middel en doel en vormen samen de proportionaliteitstoets in ruime zin. Wanneer aan een van de drie vermelde criteria niet is voldaan, is de bestreden maatregel onverantwoord, en is het discriminatieverbod geschonden.

B. Doeltoets

24. In een eerste stap onderzoekt de rechter het doel van de bestreden (on)gelijke behandeling. Een onderscheid (of het gebrek aan onderscheid) kan enkel worden verantwoord wanneer het een “rechtmatig” of “geoorloofd”, of nog, een “wettig” doel nastreeft. Algemeen wordt aangenomen dat elk doel dat zijn grondslag vindt in het algemeen belang, rechtmatig is. Aangezien de beoordeling van het doel van een beleidsmaatregel in de eerste plaats een opportuniteitskwestie is, zal de rechter zich in deze fase veelal terughoudend opstellen. De vaststelling van een ongeoorloofd doel is bijgevolg zeldzaam. Het bepalen van het doel van de bestreden maatregel is ook van belang voor de uitvoering van de volgende twee stappen van de rechtvaardigingstoets.

C. Pertinentietoets

25. De pertinentietoets heeft betrekking op de relatie tussen het doel van de bestreden maatregel en het hiertoe gebruikte middel (in dat opzicht maakt hij deel uit van de proportionaliteitstoets in ruime zin). Het middel verwijst zowel naar de ongelijke verdeling van lasten of voordelen alsook naar het criterium dat daartoe wordt aangewend. Met de pertinentietoets wordt *in de eerste plaats* nagegaan of het door de normsteller gekozen middel toelaat om het doel ervan te bereiken. Indien dit het geval is, spreekt men van een effectief of doeltreffend onderscheid (of gebrek aan onderscheid). Een (on)gelijkheid die daarentegen niet bijdraagt tot het realiseren van een doel van algemeen belang heeft een loutere belangen aantasting tot gevolg, en is bijgevolg niet verantwoord.

26. Een tweede aspect van de pertinentietoets bestaat erin dat het criterium van onderscheid passend moet zijn. Dit betekent ten eerste dat de afbakening van een categorie van personen die zwaardere lasten moet dragen of meer voordelen geniet dan andere categorieën, moet gebeuren aan de hand van een onderscheidingscriterium dat voor de doelstelling van dat onderscheid relevant is. Hiermee wordt bedoeld dat het criterium inhoudelijk niet volledig los mag staan van het doel van de genomen maatregel. Zo is bijvoorbeeld de kleur van een auto irrelevant voor het heffen van een milieutaks, terwijl het benzineverbruik dat niet is. Passend betekent ten tweede dat het differentiatiecriterium voldoende nauwkeurig afgemeten is. De gekozen classificatie mag niet te ruim, noch te eng zijn gedefinieerd in het licht van het doel van de maatregel. Een criterium dat te ruim bemeten is, noemen we *overinclusief* (bv. een maatregel die ter bevordering van de verkeersveiligheid alle mannen onder zeventwintig jaar het recht op een rijbewijs ontzegt), een criterium dat te eng gedefinieerd is *onderinclusief* (bv. een maatregel die ter bevordering van de religieuze verdraagzaamheid alleen het beledigen van de christelijke geloofsovertuiging strafbaar stelt). De classificatie uit het eerste voorbeeld is te breed omschreven omdat zij geen rekening houdt met mannelijke chauffeurs die geen gevaar betekenen voor de verkeersveiligheid. In het tweede voorbeeld is de classificatie imperfect

omdat zij niet alle uitingen die religieuze intolerantie in de hand werken verbiedt. Een volmaakte afbakening van categorieën van personen is in de praktijk onmogelijk wat betekent dat een voldoende mate van nauwkeurigheid kan volstaan. De uitkomst van de pertinentietoets is mede afhankelijk van de intensiteit waarmee de rechter de toetsing uitvoert.

D. Proportionaliteitstoets

27. De proportionaliteitstoets in strikte zin houdt eveneens verband met de middel-doel relatie. In deze laatste fase van het toetsingsproces onderzoekt de rechter of er een evenwichtige verhouding bestaat tussen het aangewende middel – *in casu* de (on)gelijke behandeling – en het daarmee beoogde doel. De rechter zal een afweging maken tussen, enerzijds, de persoonlijke belangen aantasting die het gevolg is van de (on)gelijke behandeling en, anderzijds, het privaat of publiek belang van het nagestreefde doel. De intensiteit of strengheid waarmee deze afweging gebeurt kan variëren. Zij is afhankelijk van factoren zoals de aard van de aangetaste belangen en de gehanteerde differentiatiecriteria. In veel gevallen toetst de rechter slechts “marginaal”; hij gaat dan na of de verhouding tussen doel en middel niet (kennelijk) onredelijk of willekeurig is. In bepaalde situaties zijn de eisen die aan de relatie tussen doel en middel worden gesteld strenger. Het is dan niet voldoende dat er een redelijk verband bestaat tussen de (on)gelijke behandeling en het nagestreefde doel; vereist is, bijvoorbeeld, dat het onderscheid (of het gebrek aan onderscheid) noodzakelijk is om het gestelde doel te bereiken. Bij een hoge toetsingsintensiteit kan het voorhanden zijn van minder belastende alternatieven om het doel van de bestreden maatregel te bereiken, een middel zijn om de disproportionaliteit van een onderscheid aan te tonen.

SELECTE BIBLIOGRAFIE

- BAYEFSKY, A.F., “The Principle of Equality or Non-Discrimination in International Law”, *H.R.L.J.* 1990, 1-34.
- BOSSUYT, M., *L’interdiction de la discrimination dans le droit international des droits de l’homme*, Brussel, Bruylant, 1976.
- GERARDS, J., *Rechterlijke toetsing aan het gelijkheidsbeginsel*, Den Haag, SDU, 2002.
- INGBER, L. en PERELMAN, Ch. (eds.), *L’égalité*, Brussel, Bruylant, 1971-1982, 8 delen.
- LOENEN, T. en RODRIGUES, P.R. (eds.), *Non-Discrimination Law: Comparative Perspectives*, Den Haag/Londen/Boston, Kluwer Law International, 1999.
- MCKEAN, W., *Equality and Discrimination under International Law*, Oxford, Clarendon Press, 1983.
- VIERDAG, E., *The Concept of Discrimination in International Law*, Den Haag, Martinus Nijhoff, 1973.
- WESTEN, P., “The Empty Idea of Equality”, *Harvard Law Review* 1982, vol. 95, 537-590.

Deel I

Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens

HOOFDSTUK 1. ACHTERGRONDEN EN ONTSTAANSGESCHIEDENIS

Afdeling 1. Artikel 14

28. Het verbod van discriminatie is neergelegd in artikel 14 van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens.¹

Het genot van de rechten en vrijheden, welke in dit Verdrag zijn vermeld, is verzekerd zonder enig onderscheid op welke grond ook, zoals geslacht, ras, kleur, taal, godsdienst, politieke of andere overtuiging, nationale of maatschappelijke afkomst, het behoren tot een nationale minderheid, vermogen, geboorte of andere status.

29. Bij de lezing van deze bepaling valt onmiddellijk op dat het geen allesomvattend gelijkheidsbeginsel afkondigt, maar enkel welbepaalde vormen van discriminatie verbiedt, meer bepaald discriminatie in het “genot van de rechten en vrijheden die in het Verdrag zijn vermeld”. De klager zal daarom steeds een koppeling dienen te maken met een van de materiële verdragsbepalingen (*cf. infra* nrs. 89-95). Men heeft dit het “parasitaire” karakter van artikel 14 genoemd.² Hiermee onderscheidt het zich van onder meer artikel 26 van het Internationaal Verdrag inzake Burgerrechten en Politieke Rechten, dat in algemene termen de gelijkheid voor en door de wet proclameert.³

30. De voorbereidende werkzaamheden bevatten weinig indicaties over hoe artikel 14 is totstandgekomen en waarom voor de huidige formulering is gekozen. Aanvankelijk was de voorbereiding van het ontwerpverdrag toevertrouwd aan een Comité van deskundigen dat was ingesteld door het Comité van Ministers van de Raad van Europa. Omdat binnen het Comité over tal van punten geen consensus bestond, formuleerde het uiteenlopende voorstellen in de vorm van alternatieve

1 Verdrag 4 november 1950 tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden, *B.S.* 19 augustus 1955, *err.* *B.S.* 19 juni 1961.

2 D.J. HARRIS, M. O'BOYLE en C. WARBRICK, *Law of the European Convention on Human Rights*, London/Dublin/Edinburgh, Butterworths, 1995, 463.

3 Art. 26 luidt als volgt: “Allen zijn gelijk voor de wet en hebben zonder discriminatie aanspraak op gelijke bescherming door de wet. In dit verband verbiedt de wet discriminatie van welke aard ook en garandeert een ieder gelijke en doelmatige bescherming tegen discriminatie op welke grond ook, zoals ras, huidskleur, geslacht, taal, godsdienst, politieke of andere overtuiging, nationale of maatschappelijke afkomst, eigendom, geboorte of andere status.” (Internationaal Verdrag 19 december 1966 inzake burgerrechten en politieke rechten, *B.S.* 6 juli 1983).

ontwerpen. In de oorspronkelijke versie van ontwerp “A” kwam een artikel 14 voor dat in zijn eerste paragraaf, naar analogie met artikel 7 van de Universele Verklaring van de Rechten van de Mens, bepaalde dat “[a]llen gelijk zijn voor de wet”. In de loop van de werkzaamheden is deze bepaling echter uit het ontwerp verdwenen, zonder dat daar ooit een duidelijke verantwoording voor is gegeven.⁴ In de rechtsleer is gesteld dat de oorzaak voor de weglating moet worden gezocht in de vrees dat het beginsel van gelijkheid voor de wet kon leiden tot “gevaarlijke juridische constructies”.⁵ Voorts is aangevoerd dat de ontwerpers van het verdrag wensten te vermijden dat de instanties in Straatsburg zouden worden overspoeld met klachten gegrond op een vermeende foutieve feitenappreciatie of een incorrecte toepassing van nationale wetgeving.⁶

Afdeling 2. Artikel 1, protocol nr. 12

31. De beperkte draagwijdte van artikel 14 E.V.R.M. had tot gevolg dat tal van discriminaties aan Europese controle ontsnapten. Sinds de jaren '60 van de vorige eeuw gingen binnen de instellingen van de Raad van Europa daarom stemmen op om, door middel van een additioneel protocol, de gelijkheids- en non-discriminatie waarborgen van het verdrag te versterken.⁷ Het heeft echter tot 2000 geduurd voor deze initiatieven tot enig resultaat leidden. Op 26 juni van dat jaar werd binnen de Raad van Europa het twaalfde protocol aangenomen.⁸ Artikel 1 van het twaalfde protocol bevat een algemeen discriminatieverbod, losgekoppeld van de andere rechten en vrijheden van het verdrag:

4 M. BOSSUYT, “Article 14”, in L.E. PETTITI, E. DECAUX en P.H. IMBERT (eds.), *La Convention européenne des droits de l'homme. Commentaire article par article*, Parijs, Economica, 1995, 474; M. MELCHIOR, “Le principe de non-discrimination dans la Convention européenne des droits de l'homme”, in A. ALEN en P. LEMMENS (eds.), *Gelijkheid en non-discriminatie. Égalité et non-discrimination*, Antwerpen, Kluwer rechtswetenschappen, 1991, 8.

5 J. VELU en R. ERGEC, *La Convention européenne des droits de l'homme*, Brussel, Bruylant, 1990, 108.

6 *Ibid.*

7 Voor een overzicht van de initiatieven kan worden verwezen naar M. MELCHIOR, *l.c.*, 8-12.

8 Protocol nr. 12 staat open voor ondertekening sinds 4 november 2000. Overeenkomstig art. 5 treedt het in werking na tien ratificaties: “1. This Protocol shall enter into force on the first day of the month following the expiration of a period of three months after the date on which ten member States of the Council of Europe have expressed their consent to be bound by the Protocol in accordance with the provisions of Article 4. 2. In respect of any member State which subsequently expresses its consent to be bound by it, the Protocol shall enter into force on the first day of the month following the expiration of a period of three months after the date of the deposit of the instrument of ratification, acceptance or approval”. Voor een commentaar zie o.a. G. GOEDERTIER, “Het Twaalfde Protocol E.V.R.M.: het non-discriminatiebeginsel losgekoppeld van de in het E.V.R.M. opgenomen rechten en vrijheden”, in X, *Mensenrechten, Jaarboek 2000-2001 van het Interuniversitair Centrum Mensenrechten*, Antwerpen, Maklu, 2002, 71-94; G. GONZALEZ, “Le Protocole additionnel n° 12 à la Convention européenne des droits de l'homme portant interdiction générale de discriminer”, *R.F.D.A.* 2002, 113-123; K. KERDEL, “Meer Gelijkheid in de bescherming tegen discriminatie. Protocol 12 bij het EVRM”, *Nemesis* 2001, 37; G. MOON, “The Draft Discrimination Protocol of the European Convention on Human Rights: A Progress Report”, *E.H.R.L.R.* 2000, 49; B. RENAULD, “Le 12ème Protocole à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales: L'égalité en marche”, *Rev. dr. étr.* 2001, 341-355 en J. SCHOKKENBROEK, “Renforcement de la protection européenne contre la discrimination: le nouveau Protocole n° 12 à la Convention européenne des droits de l'homme”, *Actualité et Droit International* oktober 2001, via <http://www.ridi.org/adi>.

1. The enjoyment of any right set forth by law shall be secured without discrimination on any grounds such as sex, race, colour, language, religion, political or other opinion, national or social origin, association with a national minority, property, birth or other status.

2. No one shall be discriminated against by any public authority on any ground such as those mentioned in paragraph 1.

32. Een belangrijke aanloop voor het protocol was het zevende Internationaal Colloquium over het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens, georganiseerd in 1990. Daar werd in de eerste plaats vastgesteld dat het gelijkheidsbeginsel en het discriminatieverbod fundamentele elementen zijn van de internationale mensenrechtencatalogus. In de tweede plaats werd echter erkend dat er weinig ruimte rest voor een verdere uitbreiding van het toepassingsgebied van artikel 14 via de rechtspraak.⁹ Twee kort daaropvolgende impulsen voor de totstandkoming van het twaalfde protocol vormden de aanbevelingen van het *Steering Committee for Equality between Women and Men* en de *European Commission against Racism and Intolerance*. Beide, binnen de Raad van Europa opererende instellingen, formuleerden een aantal voorstellen voor het verruimen van het discriminatieverbod met betrekking tot hun specifieke werkterreinen; enerzijds, de gelijkheid tussen man en vrouw, en, anderzijds, de strijd tegen rassendiscriminatie. Het *Steering Committee for Human Rights* van de Raad van Europa wees de door deze organen voorgestane sectoriële benadering, met een afzonderlijk protocol per discriminatiegrond, echter af, onder meer omdat het op gespannen voet zou staan met het principe van de universaliteit van mensenrechten.¹⁰ Het Comité van Ministers trad dit standpunt bij, en opteerde voor een algemene verruiming van het discriminatieverbod, niet beperkt tot bepaalde gronden. Het belastte het *Steering Committee for Human Rights* met het ontwerpen van een nieuw protocol dat, na consultatie van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens¹¹ en de Parlementaire Vergadering van de Raad van Europa¹², werd aangenomen door het Comité van Ministers.

9 Voor de ontstaansgeschiedenis van protocol nr. 12 zie het "Explanatory Report": <http://conventions.coe.int/Treaty/en/Reports/Html/177.htm>.

10 Explanatory Report, § 5 en 7.

11 Gepubliceerd als Doc. 8608 (2000) van de Parlementaire Vergadering.

12 Gepubliceerd als Doc. 8614 (2000) van de Parlementaire Vergadering.

HOOFDSTUK 2. INHOUD DISCRIMATIEVERBOD

Afdeling 1. Artikel 14

§ 1. Terminologie

33. Relevant voor de inhoud van het discriminatieverbod in artikel 14 E.V.R.M. is de gehanteerde terminologie. De officiële Franse en Engelse tekst van deze bepaling verschillen in dat opzicht van elkaar. De Franse versie bepaalt dat het genot van de rechten en vrijheden moet worden verzekerd “sans distinction aucune”, terwijl in het Engels de uitdrukking “without discrimination” wordt gebruikt. De voorbereidende werken bieden geen verklaring voor deze woordkeuze. Volgens BOSSUYT hadden beide begrippen in de ogen van de opstellers van het verdrag dezelfde betekenis.¹³

34. Wat oorspronkelijk een louter stijlverschil was werd echter al snel gezien als een probleem over de inhoudelijke draagwijdte van het discriminatieverbod.¹⁴ De letterlijke betekenis van de Franse versie impliceert immers dat elk onderscheid in het genot van de rechten en vrijheden verboden is. Dergelijke ruime interpretatie zou tot onredelijke resultaten leiden die daarenboven botsen met de interne logica van het gelijkheidsbeginsel, namelijk dat een juridisch onderscheid soms juist noodzakelijk is ten einde meer feitelijke gelijkheid te bekomen.¹⁵ Dit werd door het Europees Hof voor de Rechten van de Mens met zoveel woorden erkend in zijn arrest van 23 juli 1968 in de *Belgische taalzaak*, het eerste arrest dat over artikel 14 is geweest.¹⁶ Aangezien artikel 14 niet elk verschil in behandeling verbiedt, dient volgens het Hof de voorkeur te worden gegeven aan de meer restrictieve Engelse versie.

In spite of the very general wording of the French version (“sans distinction aucune”), Article 14 does not forbid every difference in treatment in the exercise of the rights and freedoms recognised. This version must be read in the light of the more restrictive text of the English version (“without discrimination”). In addition, and in particular, one would reach absurd results were one to give Article 14 an interpretation as wide as that which the French version seems to imply. One would, in effect, be led to judge as contrary to the Convention every one of the many legal or administrative provisions which do not secure to everyone complete equality of treatment in the enjoyment of the rights and freedoms recognised. The competent national authorities are frequently confronted with situations and problems which, on account of differences inherent therein, call for different legal solutions; moreover, certain legal inequalities tend only to

13 M. BOSSUYT, “Article 14”, *l.c.*, 476.

14 *Ibid.*

15 Zie J. VERHOEVEN, “L’affaire relative à certains aspects du régime linguistique de l’enseignement en Belgique”, *Rev. b. dr. Int.* 1970, 372.

16 E.H.R.M., arrest Belgische taalzaak van 23 juli 1968, *Publ. Eur. Court H.R.*, Serie A, nr. 6. Zie o.a. J. LAPAFFE, “L’arrêt de Strasbourg du 23 juillet 1968”, *J.T.* 1967, 381-385; E. SUY, “Het arrest van Straatsburg over de taalregeling in het Belgisch onderwijs”, *T.B.P.* 1969, 240-247 en J. VERHOEVEN, *l.c.*, 367-382.

correct factual inequalities. The extensive interpretation mentioned above cannot consequently be accepted.¹⁷

§ 2. Definitie

A. Formeel onderscheid

35. Het Europees Verdrag verbiedt niet elk onderscheid in het genot van de rechten en vrijheden, maar enkel “discriminatie”, zijnde een arbitrair of ongeoorloofd onderscheid. De vraag rijst wanneer een ongelijke behandeling arbitrair of ongeoorloofd is. Ook deze kwestie werd beslecht in de *Belgische taalzaak*.

It is important, then, to look for the criteria which enable a determination to be made as to whether or not a given difference in treatment, concerning of course the exercise of one of the rights and freedoms set forth, contravenes Article 14. On this question the Court, following the principles which may be extracted from the legal practice of a large number of democratic States, holds that the principle of equality of treatment is violated if the distinction has no objective and reasonable justification. The existence of such a justification must be assessed in relation to the aim and effects of the measure under consideration, regard being had to the principles which normally prevail in democratic societies. A difference of treatment in the exercise of a right laid down in the Convention must not only pursue a legitimate aim: Article 14 is likewise violated when it is clearly established that there is no reasonable relationship of proportionality between the means employed and the aim sought to be realised.¹⁸

36. Volgens het Europees Hof wordt het gelijkheidsbeginsel geschonden “als er voor het gemaakte onderscheid geen objectieve en redelijke verantwoording bestaat. Het bestaan van dergelijke verantwoording moet worden beoordeeld in verband met het doel en de gevolgen van de betreffende maatregel, en rekening houdend met de in een democratische samenleving heersende principes. Een onderscheid (...) moet niet alleen een legitiem doel nastreven: artikel 14 wordt eveneens geschonden als duidelijk vaststaat dat de aangewende middelen redelijkerwijs gesproken niet evenredig zijn met het beoogde doel”. Met deze overweging was het Hof in Straatsburg het eerste internationaal gerechtshof dat het begrip discriminatie zo nauwkeurig heeft ontleed.¹⁹ De gehanteerde definitie is in de rechtsleer positief onthaald omdat zij de theoretische principes van het discriminatieverbod duidelijk heeft gearticuleerd.²⁰ Hoe het Hof tot de verschillende elementen ervan is gekomen, valt moeilijk te achterhalen. Volgens het arrest volgt de omschrijving uit “de rechtspraak van een groot aantal democratische staten”. Ondertussen behoort de definitie van de *Belgische taalzaak* tot de vaste rechtspraak inzake artikel 14.

17 E.H.R.M., arrest Belgische taalzaak van 23 juli 1968, *Publ. Eur. Court H.R.*, Serie A, nr. 6, Sectie 1 B, § 10.

18 *Ibid.*

19 E. SUY, *l.c.*, 242.

20 J. VERHOEVEN, *l.c.*, 372.

According to the Court's established case-law, a difference in treatment is discriminatory for the purposes of Article 14 if it "has no objective and reasonable justification", that is if it does not pursue a "legitimate aim" or if there is not a "reasonable relationship of proportionality between the means employed and the aim sought to be realised".²¹

B. Materieel onderscheid

37. De reikwijdte van artikel 14 E.V.R.M. is niet beperkt tot de onderscheiden behandeling van gelijke gevallen, maar behelst ook de tweede component van de Aristotelische gelijkheidsnorm: ongelijke gevallen dienen ongelijk te worden behandeld, in de mate van hun ongelijkheid. Het Hof heeft dit aspect van het discriminatieverbod voor de eerste keer bevestigd in de zaak *Thlimmenos t. Griekenland*.

The Court has so far considered that the right under Article 14 not to be discriminated against in the enjoyment of the rights guaranteed under the Convention is violated when States treat differently persons in analogous situations without providing an objective and reasonable justification. However, the Court considers that this is not the only facet of the prohibition of discrimination in Article 14. The right not to be discriminated against in the enjoyment of the rights guaranteed under the Convention is also violated when States without an objective and reasonable justification fail to treat differently persons whose situations are significantly different.²²

38. Artikel 14 is, met andere woorden, geschonden wanneer personen die zich in een "wezenlijk verschillende" ("significantly different") situatie bevinden, gelijk worden behandeld, zonder dat daarvoor een objectieve en redelijke verantwoording bestaat.²³ Dit betekent dat op Staten bij het uitvaardigen van algemene regels een positieve verplichting kan rusten om rekening te houden met feitelijke verschillen tussen personen of groepen die binnen de reikwijdte van het verdrag vallen.²⁴ Hierdoor zou het Hof opschuiven naar een meer materiële invulling van het discriminatieverbod.²⁵ In het arrest *Nachova and Others t. Bulgarije* stelde het Hof zelfs dat Staten de positieve verplichting hebben om bij het onderzoek van geweldplegingen door overheidsagenten een onderscheid te maken tussen "gewone" vormen van geweld en racistisch gemotiveerd geweld:

A failure to make a distinction in the way in which situations that are essentially different are handled may constitute unjustified treatment irreconcilable with Article 14 of the Convention. In order to maintain public confidence in their law enforcement machinery, contracting States must ensure that in the investigation of the incidents

21 E.H.R.M., arrest *S.L. t. Oostenrijk* van 9 januari 2003, § 36.

22 E.H.R.M., arrest *Thlimmenos t. Griekenland* van 6 april 2000, *Reports* 2000-IV, § 44. Zie ook de arresten *Beard t. Verenigd Koninkrijk*, *Chapman t. Verenigd Koninkrijk*, *Coster t. Verenigd Koninkrijk*, *Jane Smith t. Verenigd Koninkrijk* en *Lee t. Verenigd Koninkrijk*, allen van 18 januari 2001, in het bijzonder § 129.

23 Deze omschrijving komt overeen met die van het Arbitragehof. *Cf.* deel III, nr. 634.

24 E. BREMS, "Enkele nieuwe perspectieven in verband met discriminatie en godsdienstvrijheid", in *X, Mensenrechten, Jaarboek 2000-2001 van het Interuniversitair Centrum Mensenrechten*, Antwerpen, Maklu, 2002, 192.

25 T. LOENEN en A. HENDRIKS, "Noot onder Hof Mensenrechten, *Thlimmenos v. Griekenland*", *N.J.C.M.-Bulletin* 2000, 1100.

involving the use of force a distinction is made both in their legal systems and in practice between cases of excessive use of force and of racist killing.²⁶

C. Indirect onderscheid

39. In beginsel is het concept indirecte discriminatie van weinig nut voor de toepassing van artikel 14 E.V.R.M. Aangezien de lijst van discriminatiegronden niet limitatief is kan elk differentiatiecriterium *rechtstreeks* worden aangevochten.²⁷ Het begrip indirect onderscheid kan echter ook van pas komen wanneer onderscheid op grond van bepaalde (“verdachte”) criteria aan een strengere rechtvaardigings-toets wordt onderworpen, zoals het geval is in de rechtspraak over artikel 14 (*cf. infra* nrs. 60-75). Een strikte toetsing kan immers evenzeer aangewezen zijn voor onderscheid dat op een niet verdacht, neutraal criterium berust maar resulteert in indirect onderscheid op een verdachte grond.²⁸

40. Het Europees Hof lijkt zich evenwel terughoudend op te stellen bij de toepassing van het concept indirect onderscheid.²⁹ Uit een aantal arresten tegen het Verenigd Koninkrijk waarin het onevenredig aantal slachtoffers van de katholieke gemeenschap bij het optreden van de veiligheidsdiensten aan de orde was, blijkt dat de bewijslast voor indirect onderscheid bijzonder hoog ligt. Statistische gegevens volstaan op zich niet.

Where a general policy or measure has disproportionately prejudicial effects on a particular group, it is not excluded that this may be considered as discriminatory notwithstanding that it is not specifically aimed or directed at that group. However, even though statistically it appears that the majority of people shot by the security forces were from the Catholic or nationalist community, the Court does not consider that statistics can in themselves disclose a practice which could be classified as discriminatory within the meaning of Article 14. There is no evidence before the Court which would entitle it to conclude that any of those killings, save the four which resulted in convictions, involved the unlawful or excessive use of force by members of the security forces.³⁰

26 E.H.R.M., arrest Nachova and Others t. Bulgarije van 26 februari 2004, § 158 (deze zaak is momenteel hangende voor de Grote Kamer).

27 Zie A.W. HERINGA, “Discriminatieverbod”, in A.W. HERINGA, J. VAN DER VELDE en J.G.C. SCHOKKENBROEK, *Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens. Rechtspraak en Commentaar*, Den Haag, Koninklijke Vermande, 1998, losbl., 3.14, 4.

28 Zie J. GERARDS, “Gelijke behandeling en het EVRM. Artikel 14 EVRM: van krachteloze waarborg naar ‘norm met tanden’?”, *N.J.C.M.-Bulletin* 2004, 2, 180-182.

29 *Ibid.*, 181 en A.W. HERINGA, “Discriminatieverbod”, *I.c.*, 4. Zie ook E.H.R.M., arrest Abdulaziz, Cabalez and Balkandali t. Verenigd Koninkrijk van 28 mei 1985, *Publ. Eur. Court H.R.*, Serie A, nr. 94, § 85.

30 E.H.R.M., arrest Hugh Jordan t. Verenigd Koninkrijk van 4 mei 2001, § 154. Zie ook E.H.R.M., arrest McKerr t. Verenigd Koninkrijk van 4 mei 2001, *Reports* 2001-III; E.H.R.M., arrest Kelly and other t. Verenigd Koninkrijk van 4 mei 2001; E.H.R.M., arrest Shanaghan t. Verenigd Koninkrijk van 4 mei 2001 en E.H.R.M., arrest McShane t. Verenigd Koninkrijk van 28 mei 2002. Zie ook E.H.R.M., arrest Nachova and Others t. Bulgarije van 26 februari 2004, § 167 (deze zaak is momenteel hangende voor de Grote Kamer).

§ 3. Toetsingsmodel

41. Overeenkomstig het vast model van de *Belgische taalzaak* valt de toetsing aan het discriminatieverbod uiteen in twee stappen: (1) de legitimiteit van het doel en (2) de evenredigheid tussen het doel en het middel. Uit de rechtspraak over artikel 14 E.V.R.M. blijkt echter dat het Hof in het kader van het onderzoek naar de “objectieve en redelijke verantwoording” van een maatregel ook kijkt naar andere (verwante) toetsingsmaatstaven, zoals de pertinentie van het criterium van onderscheid. Voorts maakt het Hof in een aantal arresten toepassing van de vergelijkbaarheids-toets als toetsingsingang. De benadering van het Hof in Straatsburg is, al bij al, eerder casuïstisch: bepaalde fasen van de toetsing worden soms samen behandeld of blijven geheel buiten beschouwing.³¹

A. Toetsingsingang: vergelijkbaarheidstoets

42. De toetsingsingang is een schiftingsfase waarin wordt onderzocht of een betwiste (on)gelijke behandeling al dan niet rechtvaardiging behoeft. De toetsingsingang die het Europees Hof toepast in de rechtspraak over artikel 14 E.V.R.M. is de vergelijkbaarheidstoets. Daarbij gaat het Hof na of degene die zich over een ongelijke behandeling beklaagt zich in een vergelijkbare situatie bevindt als een gunstiger behandelde categorie personen, dan wel of een eiser die een gelijke behandeling aanvecht zich in een onvergelijkbare situatie bevindt in relatie tot een comparator.

43. In de formulering van het toetsingsmodel in de *Belgische taalzaak* blijft de vergelijkbaarheidstoets achterwege. Het is pas in latere zaken dat het Hof de vergelijkbaarheid als een voorwaarde voor verder onderzoek is gaan toepassen.³² Sinds het arrest *Marckx* gaat het Hof uitdrukkelijk na of de personen of groepen van personen zich in “vergelijkbare” (“similar”) of “analoge” (“analogous”) situaties, of, bij materieel onderscheid, in “wezenlijk verschillende” (“significantly different”) situaties bevinden.

Article 14 safeguards individuals, placed in similar situations, from any discrimination in the enjoyment of the rights and freedoms set forth in those other provisions.³³

31 Zie o.a. A.W. HERINGA, “Discriminatieverbod”, *I.c.*, 6 en J. GERARDS, *Rechterlijke toetsing aan het gelijkheidsbeginsel*, Den Haag, SDU, 2002, 120-126.

32 GERARDS toont aan dat de vergelijkbaarheidstoets al in een aantal vroege arresten zichtbaar is, maar toen nog opging in de rechtvaardigingstoets. Een voorbeeld hiervan is de zaak *Engel and Others*, waarin het Hof zich boog over een ongelijke behandeling van militairen van verschillende rang bij de uitvoering van disciplinaire straffen. Het Hof overwoog dat: “[t]he hierarchical structure inherent in armies entails differentiation according to rank. Corresponding to the various ranks are differing responsibilities which in their turn justify certain inequalities of treatment in the disciplinary sphere” (E.H.R.M., arrest *Engel and Others* t. Nederland van 23 november 1976, *Publ. Eur. Court H.R.*, Serie A, nr. 22, § 72). Deze overweging illustreert dat de onvergelijkbaarheid van categorieën hier gebruikt wordt om het verschil in behandeling te rechtvaardigen (zie J. GERARDS, *Rechterlijke toetsing aan het gelijkheidsbeginsel*, 121-122).

33 E.H.R.M., arrest *Marckx* t. België van 13 juni 1979, *Publ. Eur. Court H.R.*, Serie A, nr. 31, § 32. Zie bv. ook E.H.R.M., arrest *Lithgow and Others* t. Verenigd Koninkrijk van 8 juli 1986, *Publ. Eur. Court H.R.*, Serie A, nr. 102, § 177: “[Article 14] safeguards persons (including legal persons) who are ‘placed in analogous situations’ against discriminatory differences of treatment”.

44. Aangenomen wordt dat in deze fase de bewijslast op de klagende partij rust.³⁴ In veel zaken besteedt het Europees Hof echter geen (expliciete) aandacht aan de vergelijkbaarheidstoets.³⁵ Wanneer het dat wel doet, wordt de beslissing inzake al dan niet vergelijkbaarheid vaak uiterst summier gemotiveerd. In de rechtsleer is hierop kritiek geuit.³⁶ Aangezien tussen situaties of categorieën altijd bepaalde verschillen en overeenkomsten bestaan, dient het Hof, aldus GERARDS, steeds aan te geven welke verschillen het in een concreet geval voor de vergelijking relevant acht, en waarin die relevantie ligt.³⁷

45. Onder meer de volgende categorieën werden door het Hof niet-vergelijkbaar bevonden: godsdienstonderwijs en seksuele voorlichting met betrekking tot het verplicht bijwonen van de lessen³⁸; advocaten en andere beroepsgroepen in het raam van de verplichting om *pro deo* werk te verrichten³⁹; Belgen en niet-Belgen voor wat de toelaatbaarheid van een uitzettingen wegens criminele activiteiten betreft⁴⁰; binnenlandse en buitenlandse kranten met betrekking tot een publicatieverbod⁴¹ en politieke en commerciële reclameboodschappen met het oog op een uitzendverbod.⁴²

34 Zie hierover G. MAES, *De afdwingbaarheid van sociale grondrechten*, Antwerpen, Intersentia, 2003, 148. De auteur verwijst naar E.H.R.M., arrest Fredin t. Zweden, *Publ. Eur. Court H.R.*, Serie A, nr. 192, § 60: "For a claim of violation of this Article to succeed, it has therefore to be established, inter alia, that the situation of the alleged victim can be considered similar to that of persons who have been better treated".

35 GERARDS ziet verschillende oorzaken voor het ontbreken van de vergelijkbaarheidstoets. Zo zou uit de rechtspraak blijken dat het Hof de vergelijkbaarheid veronderstelt bij verdachte classificaties. Voorts wijst zij er op dat de weglating van deze fase soms kan worden verklaard door het feit dat bij de beoordeling van de vergelijkbaarheid dezelfde argumenten een rol spelen als bij de beoordeling van de andere toetsingscriteria (J. GERARDS, *Rechterlijke toetsing aan het gelijkheidsbeginsel*, 127). Ook HERINGA benadrukt dat de vraag naar de vergelijkbaarheid niet altijd kan worden gescheiden van de vraag naar de redelijke en objectieve verantwoording (A.W. HERINGA, "Discriminatieverbod", *l.c.*, 8). Het Hof heeft dit overigens in verschillende arresten bevestigd. Zo vond het Hof het in de zaak *Rasmussen* niet nodig om in te gaan op het argument van de regering dat de echtgenoot en de echtgenote niet vergelijkbaar zijn: "The Court does not consider that it has to resolve this issue, especially as the positions and interests referred to are also of relevance in determining whether the difference of treatment was justified. It will proceed on the assumption that the difference was made between persons placed in analogous situations" (E.H.R.M., arrest *Rasmussen* t. Denemarken van 28 november 1984, *Publ. Eur. Court H.R.*, Serie A, nr. 87, § 37).

36 J. GERARDS, *Rechterlijke toetsing aan het gelijkheidsbeginsel*, 126-129.

37 De auteur schrijft: "Het vaststellen van een vergelijkbaarheidsmaatstaf is daarbij noodzakelijk, waarbij geldt dat de keuze voor de maatstaf zelf voldoende gerechtvaardigd moet zijn" (J. GERARDS, *Rechterlijke toetsing aan het gelijkheidsbeginsel*, 127).

38 E.H.R.M., arrest *Kjeldsen, Busk Madsen and Pedersen* t. Denemarken van 7 december 1976, *Publ. Eur. Court H.R.*, Serie A, nr. 23, § 56: "Above all, the Court, like the Commission, finds that there is a difference in kind between religious instruction and the sex education concerned in this case. The former of necessity disseminates tenets and not mere knowledge; the Court has already concluded that the same does not apply to the latter. Accordingly, the distinction objected to by the applicants is founded on dissimilar factual circumstances and is consistent with the requirements of Article 14".

39 E.H.R.M., arrest *Van der Mussele* t. België van 23 november 1983, *Publ. Eur. Court H.R.*, Serie A, nr. 70, § 46.

40 E.H.R.M., arrest *Moustaquim* t. België van 18 februari 1991, *Publ. Eur. Court H.R.*, Serie A, nr. 193, § 49.

41 E.H.R.M., arrest *Observer and Guardian* t. Verenigd Koninkrijk van 26 november 1991, *Publ. Eur. Court H.R.*, Serie A, nr. 216, § 73.

42 E.H.R.M., arrest *VGT Verein* t. Tierfabriken van 28 juni 2001, *Reports* 2001-VI, § 87.

B. Rechtvaardigingstoets

46. Het bewijs van een ongelijke behandeling van vergelijkbare gevallen of van een gelijke behandeling van onvergelijkbare gevallen volstaat niet om van discriminatie te kunnen spreken. In een tweede fase gaat het Europees Hof na of de (on)gelijke behandeling kan worden verantwoord.

1. DOELTOETS

a. Doel van algemeen belang

47. Een onderscheid kan enkel worden verantwoord wanneer het een rechtmatig doel (“legitimate aim”) nastreeft. In tegenstelling tot de rechten opgenomen in de artikelen 8 tot 11 van de conventie, bevat artikel 14 E.V.R.M. geen uitdrukkelijke opsomming van legitieme overheidsdoelstellingen. Het Hof in Straatsburg kan dan ook zelfstandig nagaan of het aangevoerde oogmerk gerechtvaardigd is. Volgens de formule van de *Belgische taalzaak* houdt het daarbij rekening “met de in een democratische samenleving heersende principes”.⁴³ In de literatuur is onderstreept dat het Hof zich in deze fase terughoudend dient op te stellen, en geen opportunitoetsoordeel mag vellen over het beleid van de Staten.⁴⁴ In de praktijk aanvaardt het Hof veruit elke door de Staat aangevoerde doelstelling van algemeen belang.

48. Enkele voorbeelden uit de rechtspraak van gerechtvaardigde overheidsdoelstellingen zijn: het bewaren van de discipline in het leger⁴⁵; de bescherming van het traditionele gezinsleven⁴⁶; de bescherming van de binnenlandse arbeidsmarkt⁴⁷; de openbare orde⁴⁸ en de gezondheid en de rechten van het kind.⁴⁹ Een zeldzame illustratie van een geval waarin volgens het Hof elk legitiem doel ontbrak, is de zaak *Darby t. Zweden*.⁵⁰ Het betrof de ongelijke behandeling van officieel en niet officieel als inwoners geregistreerde vreemdelingen met betrekking tot een vrijstelling van een

43 Volgens GERARDS is dit vereiste te abstract om een zinvol aanknopingspunt voor toetsing te kunnen bieden. Zij pleit voor een concreter uitgewerkt criterium. Zie J. GERARDS, *Rechterlijke toetsing aan het gelijkheidsbeginsel*, 141. Zie ook J. VELU en R. ERGEC, *o.c.*, 121.

44 Zie o.a. O. M. ARNARDÓTTIR, *Equality and Non-Discrimination under the European Convention on Human Rights*, Den Haag/Londen/New York, Martinus Nijhoff Publishers, 2003, 43. Volgens de auteur is aan de doeltest voldaan wanneer vaststaat dat de nationale autoriteiten niet hebben gehandeld met een discriminatoir doel.

45 E.H.R.M., arrest Engel and Others. t. Nederland van 23 november 1976, *Publ. Eur. Court H.R.*, Serie A, nr. 22, § 72.

46 E.H.R.M., arrest Marckx t. België van 13 juni 1979, *Publ. Eur. Court H.R.*, Serie A, nr. 31, § 40.

47 E.H.R.M., arrest Abdulaziz, Cabalez and Balkandali t. Verenigd Koninkrijk van 28 mei 1985, *Publ. Eur. Court H.R.*, Serie A, nr. 94, § 78.

48 E.H.R.M., arrest Spadea and Scalabrino t. Italië van 28 september 1995, *Publ. Eur. Court H.R.*, Serie A, nr. 315-B, § 31.

49 E.H.R.M., arrest Salgueiro da Silva Mouta t. Portugal van 21 december 1999, *Reports 1999-IX*, § 30.

50 E.H.R.M., arrest Darby t. Zweden van 23 oktober 1990, *Publ. Eur. Court H.R.*, Serie A, nr. 187, § 33.

belasting voor erediensden. De regering liet na om voor het onderscheid, dat blijkbaar was ingegeven door praktische overwegingen, een legitiem doel aan te wijzen, waardoor de schending van artikel 14 vaststond.

49. In het arrest *L. & V. t. het Verenigd Koninkrijk* maakte het Hof duidelijk dat een doelstelling die is ingegeven door louter vooroordelen ten aanzien van een bepaalde groep, een onderscheid nooit kan rechtvaardigen.⁵¹ Aan de orde was de ongelijke behandeling van mannelijke homoseksuelen, vrouwelijke homoseksuelen en heteroseksuelen met betrekking tot de leeftijd voor de toelaatbaarheid van seksuele betrekkingen.

To the extent that Article 209 of the Criminal Code embodied a predisposed bias on the part of a heterosexual majority against a homosexual minority, these negative attitudes cannot of themselves be considered by the Court to amount to sufficient justification for the differential treatment any more than similar negative attitudes towards those of a different race, origin or colour.⁵²

b. Actueel doel

50. Om legitiem te zijn dient het doel van een onderscheid voldoende actueel te zijn.⁵³ De mogelijkheid bestaat dat een maatregel die bij zijn totstandkoming een geoorloofd doel nastreefde, door de gewijzigde maatschappelijke omstandigheden gevolgen sorteert die niet langer acceptabel zijn. Deze hypothese deed zich voor in het arrest *Wessels-Bergervoet t. Nederland*.⁵⁴ Het Hof was in deze zaak van oordeel dat de achterstelling van vrouwen bij het toekennen van pensioenen in strijd was met artikel 14, omdat zij nog een restant was van de tijd waarin de meeste kostwinners mannen waren.

Furthermore, when examining whether a difference in treatment can be regarded as justified, the Court does not only have regard to its aim at the time the relevant provisions were enacted, but also to its effects in the concrete case concerned. (...) [T]he inequality in treatment inherent in the former legal rules materialised in 1989 when, given the prevailing social attitudes at that time, the aim pursued by the legal provisions concerned could no longer be upheld.⁵⁵

c. Vaststelling doel

51. Het onderzoek in deze fase van het toetsingsproces is niet noodzakelijk beperkt tot de door de verdediging aangevoerde argumenten. De mogelijkheid bestaat immers dat de Staat met de gestelde doelstellingen andere, moeilijker te rechtvaar-

51 E.H.R.M., arrest *L. & V. t. Verenigd Koninkrijk* van 9 januari 2003.

52 *Ibid.*, § 52.

53 Zie hieromtrent J. GERARDS, "Gelijke behandeling en het EVRM. Artikel 14 EVRM: van krachteloze waarborg naar 'norm met tanden'", *i.c.*, 194.

54 E.H.R.M., arrest *Wessels-Bergervoet t. Nederland* van 4 juni 2002, *Reports* 2002-IV.

55 *Ibid.*, § 52.

digen doelstellingen, tracht te verhullen.⁵⁶ Dat het Europees Hof zich van dit gevaar bewust is, blijkt uit het feit dat het in sommige gevallen, na het onderzoek van de door de regering aangevoerde rechtvaardiging, overweegt dat “the Court has no reason to think that the Government had other and illintentioned designs”.⁵⁷ Uit de rechtspraak volgt evenwel dat het Hof in dit verband geen bijzonder actieve rol speelt, tenzij de verzoekende partijen de officiële doelstelling uitdrukkelijk hebben betwist.⁵⁸

2. OBJECTIVITEITSTOETS

52. Overeenkomstig de definitie van het discriminatiebegrip in de *Belgische taalzaak* moet voor een onderscheid een “objectieve en redelijke verantwoording” worden gegeven. Algemeen wordt aangenomen dat het vereiste van objectiviteit betrekking heeft op het differentiatiecriterium; dit is het criterium aan de hand waarvan ongelijke lasten of voordelen worden toegekend. Een objectief differentiatiecriterium wordt in de literatuur omschreven als een criterium dat berust op feitelijke en vanzelfsprekende vaststellingen, die niet afhangen van enige subjectieve appreciatie. Er zijn weinig toepassingen van deze toetsingsmaatstaf in de rechtspraak over artikel 14 E.V.R.M. In de zaak *Buchen t. Tsjechië* onderstreepte het Hof dat een onderscheid niet mag berusten op een puur subjectief criterium.

La Cour estime que l'effort et l'initiative personnels déployés lors de la recherche d'un emploi sont des critères par définition subjectifs qui ne peuvent servir de justification à une différence de traitement parmi des personnes placées dans des situations analogues.⁵⁹

3. PERTINENTIETOETS

53. In het begrippenkader is aangeduid dat met de pertinentietoets twee zaken worden onderzocht (*cf. supra* nrs. 25-26). Ten eerste wordt nagegaan of het onderscheid het mogelijk maakt om het nagestreefde doel te bereiken (doeltreffendheid), ten tweede of het gehanteerde differentiatiecriterium passend is. Beide vereisten, die ook als een onderdeel van het proportionaliteitsonderzoek kunnen worden beschouwd, komen niet uitdrukkelijk als afzonderlijke toetsingsmaatstaven voor in de rechtspraak van het Hof te Straatsburg. Wel is er een aantal arresten waarin het Hof, bij het onderzoek naar de objectieve en redelijke verantwoording van een maatregel, in meer of minder expliciete bewoordingen de pertinentie ervan onderzoekt. Een van die arresten is *Abdulaziz, Cabalez and Balkandali t. Verenigd Konink-*

56 Zie R. CLAYTON en H. TOMLINSON, *The Law of Human Rights*, Oxford, OUP, 2000, 1244; J. GERARDS, *Rechterlijke toetsing aan het gelijkheidsbeginsel*, 138 en D.J. HARRIS, M. O'BOYLE en C. WARBRICK, *o.c.*, 479.

57 Zie bv. E.H.R.M., arrest National Union of Belgian Police t. België van 27 oktober 1975, *Publ. Eur. Court H.R.*, Serie A, nr. 19, § 48.

58 J. GERARDS, *Rechterlijke toetsing aan het gelijkheidsbeginsel*, 138-139.

59 E.H.R.M., arrest Buchen t. Tsjechië van 26 november 2002, § 75.

rijk.⁶⁰ In het geding was een regeling waardoor het voor in het Verenigd Koninkrijk gevestigde buitenlandse mannen gemakkelijker was om gezinshereniging te bekomen dan voor vrouwen die zich in dezelfde situatie bevonden. Naar het oordeel van het Hof droeg het onderscheid op grond van geslacht niet bij tot de doelstelling van de maatregel die er in bestond de openbare rust te waarborgen.

The Court accepts that the 1980 Rules also had, as the Government stated, the aim of advancing public tranquillity. However, it is not persuaded that this aim was served by the distinction drawn in those rules between husbands and wives.⁶¹

4. PROPORTIONALITEITSTOETS

a. Algemeen

54. Overeenkomstig een vaste rechtspraak moet een onderscheid niet alleen een legitiem doel nastreven; artikel 14 is eveneens geschonden als duidelijk vaststaat dat de aangewende middelen redelijkerwijs gesproken niet evenredig zijn met het beoogde doel (“when it is clearly established that there is no reasonable relationship of proportionality between the means employed and the aim sought to be realised”). Er dient, met andere woorden, een “redelijke verhouding van proportionaliteit” te bestaan tussen het gemaakte onderscheid – en het belang dat daardoor wordt aangetast – en het doel van de ongelijke behandeling.

55. Uit de rechtspraak blijkt dat er variaties bestaan in de strengheid waarmee het Europees Hof de evenredigheid toetst.⁶² In beginsel gebeurt de evenredigheidstoets marginaal. Overeenkomstig de terugkerende omschrijving moet immers “duidelijk vaststaan” dat er geen “redelijke” mate van proportionaliteit is tussen middel en doel. Een gevolg van deze terughoudendheid is dat het voorhanden zijn van minder belastende alternatieven om het oogmerk van een differentiërende maatregel te bereiken, op zich niet volstaat om een schending van artikel 14 E.V.R.M. vast te stellen.⁶³ Een interessante casus in dit verband is *Rasmussen t. Denemarken*.⁶⁴ Aan de orde was een onderscheid tussen de vader en de moeder voor wat betreft de termijn voor het instellen van een procedure voor ontkenning van het vader/moederschap. Met het oog op de rechtszekerheid en de belangen van het kind, diende de vader de procedure in te stellen binnen de vijf jaar na de geboorte, terwijl voor de moeder een dergelijke tijdslimiet niet gold. De dagende partijen argumenteerden dat genoemde

60 E.H.R.M., arrest Abdulaziz, Cabalez and Balkandali t. Verenigd Koninkrijk van 28 mei 1985, *Publ. Eur. Court H.R.*, Serie A, nr. 94.

61 *Ibid.*, § 81.

62 Zie hierover o.a. O.M. ARNARDÓTTIR, *o.c.*, 92-172; J. GERARDS, *Rechterlijke toetsing aan het gelijkheidsbeginsel*, 165-207; A.W. HERINGA, “Discriminatieverbod”, *l.c.*, 9-13 en J. SCHOKKENBROEK, “The Prohibition of Discrimination in Article 14 of the Convention and the Margin of Appreciation”, *H.R.L.J.* 1998, 20-23.

63 Zie o.a. J. GERARDS, *Rechterlijke toetsing aan het gelijkheidsbeginsel*, 156-159 en D.J. HARRIS, M. O’BOYLE en C. WARBRICK, *o.c.*, 483.

64 E.H.R.M., arrest Rasmussen t. Denemarken van 28 november 1984, *Publ. Eur. Court H.R.*, Serie A, nr. 87.

doelstellingen ook konden worden bereikt door de in de rechtspraak ontwikkelde *doctrine of acknowledgement*. Op basis van deze leer verviel het recht op ontkenning van het ouderschap zodra een van de echtgenoten na de geboorte uitdrukkelijk of stilzwijgend het ouderschap had erkend. Het Hof erkende de relevantie van dit alternatief, maar besloot niettemin dat artikel 14 niet was geschonden.

It is true that an equivalent result might have been obtained through the “doctrine of acknowledgement”, but, for the reasons already indicated, the competent authorities were entitled to think that as regards the husband the aim sought to be realised would be most satisfactorily achieved by the enactment of a statutory rule, whereas as regards the mother it was sufficient to leave the matter to be decided by the courts on a case-by-case basis. Accordingly, having regard to their margin of appreciation, the authorities also did not transgress the principle of proportionality.⁶⁵

56. In bepaalde situaties zijn de eisen die het Europees Hof aan de verhouding tussen doel en middel stelt echter strenger. Bij een striktere toetsing dient het onderscheid niet alleen geschikt (“suited”) maar tevens noodzakelijk (“necessary”) te zijn om het gestelde doel te bereiken. Dit werd voor het eerst met zoveel woorden gezegd in het arrest *Karner t. Oostenrijk*, dat betrekking had op een onderscheid tussen hetero- en homoseksuele koppels in het huurrecht.

In cases in which the margin of appreciation afforded to member States is narrow, as the position where there is a difference in treatment based on sex or sexual orientation, the principle of proportionality does not merely require that the measure chosen is in principle suited for realising the aim sought. It must also be shown that it was necessary to exclude persons living in a homosexual relationship from the scope of application of Section 14 of the Rent Act in order to achieve that aim. The Court cannot see that the Government has advanced any arguments that would allow of such a conclusion.⁶⁶

57. Zoals het citaat al doet vermoeden, is de centrale factor bij het bepalen van de intensiteit van het onderzoek, de zogenoemde marge van appreciatie (“margin of appreciation”) die het Hof aan de Staten toekent. Deze leer vertrekt, enerzijds, vanuit het principe van de subsidiariteit en, anderzijds, vanuit de vaststelling dat de nationale autoriteiten, vanwege hun onmiddellijke betrokkenheid bij de lokale situatie, beter geplaatst zijn om de noodzaak van een maatregel te beoordelen. Reeds in de *Belgische taalzaak* werd het belang van de marge van appreciatie voor de toepassing van artikel 14 E.V.R.M. duidelijk.

In attempting to find out in a given case, whether or not there has been an arbitrary distinction, the Court cannot disregard those legal and factual features which characterise the life of the society in the State which, as a Contracting Party, has to answer for the measure in dispute. In so doing it cannot assume the role of the competent national authorities, for it would thereby lose sight of the subsidiary nature of the international machinery of collective enforcement established by the Convention. The national authorities remain free to choose the measures which they consider appropriate in those

⁶⁵ *Ibid.*, § 41.

⁶⁶ E.H.R.M., arrest *Karner t. Oostenrijk* van 24 juli 2003, § 41.

matters which are governed by the Convention. Review by the Court concerns only the conformity of these measures with the requirements of the Convention.⁶⁷

58. Hoewel het arrest in de *Belgische taalzaak* nog niet uitdrukkelijk refereert aan de marge van appreciatie, is dat in latere arresten over artikel 14 vaak wel het geval.⁶⁸ In bepaalde zaken is de marge van appreciatie groot, waardoor het Hof slechts marginaal toetst; in andere gevallen is de marge beperkt, wat een strenger onderzoek van de doel-middelverhouding impliceert. Uit hetgeen volgt blijkt dat de ruimte die het Hof aan de Staten laat, afhangt van verschillende variabelen.

The Court has pointed out in several judgments that the Contracting States enjoy a certain “margin of appreciation” in assessing whether and to what extent differences in otherwise similar situations justify a different treatment in law. The scope of the margin of appreciation will vary according to the circumstances, the subject-matter and its background.⁶⁹

b. Betrokken belangen

59. De aard van de in het geding zijnde belangen is een eerste factor die relevant is voor het bepalen van de toetsingsintensiteit.⁷⁰ Op bepaalde gebieden laat het Europees Hof de nationale instanties een ruime appreciatiemarge bij de beoordeling van de redelijkheid van de belangenafweging die aan een onderscheid ten grondslag ligt. Het meest voor de hand liggende voorbeeld is het domein van het eigendomsrecht. Bij de toepassing van artikel 1, protocol nr. 1 E.V.R.M. stelt het Hof zich terughoudend op. Deze ruime marge van appreciatie wordt doorgetrokken naar klachten gebaseerd op artikel 14.⁷¹ Wanneer onderscheid wordt gemaakt op grond van “eigendom” zal het Hof slechts zeer marginaal toetsen. Eén van de talrijke voorbeelden hiervan is *James and Others t. het Verenigd Koninkrijk*.⁷² De zaak had betrekking op een vermeende schending van het eigendomsrecht in artikel 1, protocol nr. 1 E.V.R.M. door een wet die aan bepaalde pachters het recht gaf om, na verloop van de pachttermijn, de eigendom tegen een wettelijk vastgestelde prijs over te nemen. Volgens de klagers was de verplichte afstand tegen prijzen lager dan de marktwaarde in strijd met onder meer het discriminatieverbod. Het Hof is dit standpunt niet bijgetreden.

67 E.H.R.M., arrest Belgische taalzaak van 23 juli 1968, *Publ. Eur. Court H.R.*, Serie A, nr. 6, Sectie 1 B, § 10.

68 De eerste zaak betreffende art. 14 waarin het Hof verwijst naar de marge van appreciatie is E.H.R.M., arrest Swedish Engine Drivers' Union t. Sweden, *Publ. Eur. Court H.R.*, Serie A, nr. 20, § 47.

69 E.H.R.M., arrest Rasmussen t. Denemarken van 28 november 1984, *Publ. Eur. Court H.R.*, Serie A, nr. 87, § 40.

70 Zie uitgebreid O.M. ARNARDÓTTIR, *o.c.*, 159-172.

71 J. SCHOKKENBROEK, *l.c.*, 22.

72 E.H.R.M., arrest James and Others t. Verenigd Koninkrijk van 21 februari 1986, *Publ. Eur. Court H.R.*, Serie A, nr. 98. Zie bv. ook E.H.R.M., arrest Lithgow and Others t. Verenigd Koninkrijk van 8 juli 1986, *Publ. Eur. Court H.R.*, Serie A, nr. 102 en E.H.R.M., arrest Spadea and Scalabrino t. Italië van 28 september 1995, *Publ. Eur. Court H.R.*, Serie A, nr. 315-B.

The second head of complaint must also be examined in the light of the Court's finding under Article 1 of Protocol No. 1 that the United Kingdom Parliament was entitled to consider the scheme embodied in the leasehold reform legislation as a reasonable and appropriate means for achieving the legitimate aim pursued. As the Commission pointed out, the distinctions drawn under the 1967 and 1974 Acts as to the availability of the right of enfranchisement and as to the levels of compensation have an objective basis in the rateable value of the property. The introduction of the rateable-value limits and the institution of two levels of compensation reflect Parliament's desire to exclude from the benefits of enfranchisement the small percentage of better-off tenants not considered to be in need of economic protection and to provide more favourable terms of purchase for the vast majority of tenants, most likely to suffer hardship under the existing system. In view of the legitimate objectives being pursued in the public interest and having regard to the respondent State's margin of appreciation, that policy of different treatment cannot be considered as unreasonable or as imposing a disproportionate burden on the applicants. The provisions in the legislation entailing progressively disadvantageous treatment for the landlord the lower the value of the property must be deemed to have a reasonable and objective justification and, consequently, are not discriminatory.⁷³

c. Verdachte gronden

i. Algemeen

60. Een belangrijke aanleiding voor intensievere toetsing vormt de vaststelling dat een onderscheid is gemaakt op grond van bepaalde, door het Europees Hof als “verdacht” gekwalificeerde gronden. Hoewel het Hof de term “verdachte classificatie”⁷⁴ zelf niet gebruikt, blijkt uit de rechtspraak dat een ongelijke behandeling op basis van deze criteria aan een bijzonder strenge rechtvaardigingstoets wordt onderworpen.

61. Het eerste geval waarin het Hof deze strengere toetst hanteerde, is de hoger reeds genoemde zaak *Abdulaziz, Cabalez and Balkandali t. Verenigd Koninkrijk* (cf. *supra* nr. 53).⁷⁵ Aan de orde was een Britse regeling waardoor het voor mannelijke immigranten gemakkelijker was om gezinshereniging te bekomen dan voor vrouwen die in dezelfde toestand verkeerden. De strengere voorwaarden voor de toegang van mannelijke vreemdelingen was er o.a. op gericht de nationale arbeidsmarkt te beschermen. Volgens het Hof was dit een legitiem doel. Bij de beoordeling van het evenredigheidsverband stelde het Hof echter dat een dergelijk onderscheid op grond

⁷³ *Ibid.*, § 77.

⁷⁴ Het concept “suspect classifications” speelt een belangrijke rol in de interpretatie van het gelijkheidsbeginsel in de Grondwet van de Verenigde Staten van Amerika.

⁷⁵ E.H.R.M., arrest *Abdulaziz, Cabalez and Balkandali t. Verenigd Koninkrijk* van 28 mei 1985, *Publ. Eur. Court H.R.*, Serie A, nr. 94. Zie o.a. P. LEMMENS, “Immigratiebeleid, gezinsleven en discriminatieverbod”, *R.W.* 1985-86, 1650-1655.

van geslacht enkel kan worden verantwoord op grond van “bijzonder gewichtige redenen” (“very weighty reasons”).⁷⁶

As to the present matter, it can be said that the advancement of the equality of the sexes is today a major goal in the member States of the Council of Europe. This means that very weighty reasons would have to be advanced before a difference of treatment on the ground of sex could be regarded as compatible with the Convention.⁷⁷

62. Naast de grond geslacht erkent het Europees Hof momenteel de volgende verdachte classificaties: wettige of onwettige geboorte, godsdienst, nationaliteit en seksuele geaardheid. Het is niet volkomen duidelijk op basis waarvan het Hof beslist om een grond al dan niet als verdacht aan te merken. Uit de rechtspraak blijkt dat een doorslaggevend argument het bestaan is van een zekere consensus (“common ground”) tussen de verdragsstaten over het verwerpelijke karakter van het onderscheid.⁷⁸ Hoewel het bestaan van internationale verdragen op zich niet volstaat, kan het een sterke indicatie zijn.⁷⁹ GERARDS betreurt dat een meer fundamentele rechtvaardiging ontbreekt, zoals bijvoorbeeld de omstandigheid dat een onderscheid is gebaseerd op onveranderlijke persoonskenmerken, vooroordelen, stereotypen of dat het irrelevant is voor het dagelijks functioneren.⁸⁰ Door het onderzoek toe te spitsen op het vaststellen van een consensus, vermijdt het Hof een meer controversiële motivering, met als nadeel echter dat het zelden een voortrekkersrol zal spelen.

63. Een op een verdachte classificatie gebaseerd onderscheid is niet automatisch onverantwoord. Ook ten aanzien van deze gronden blijft het toetsingsmodel in principe ongewijzigd.⁸¹ Een analyse van de rechtspraak toont echter aan dat wanneer het Hof toepassing maakt van de “bijzonder gewichtige redenen”-standaard, het onderscheid de proportionaliteitstoets doorgaans niet doorstaat.⁸² In de meeste gevallen zal het Hof slechts zeer summier ingaan op de evenredigheid, en volstaan met de vaststelling dat er geen objectieve en redelijke rechtvaardiging voor het onderscheid aanwezig is. Het doet dit met de volgende overweging:

76 Het Hof achtte dergelijke gewichtige redenen niet aanwezig. Het argument dat mannen een grotere belasting voor de arbeidsmarkt zouden vormen, was onvoldoende zwaarwegend om het onderscheid te verantwoorden: “In any event, the Court is not convinced that the difference that may nevertheless exist between the respective impact of men and of women on the domestic labour market is sufficiently important to justify the difference of treatment, complained of by the applicants, as to the possibility for a person settled in the United Kingdom to be joined by, as the case may be, his wife or her husband” (E.H.R.M., arrest Abdulaziz, Cabalez and Balkandali t. Verenigd Koninkrijk van 28 mei 1985, *Publ. Eur. Court H.R.*, Serie A, nr. 94. Zie o.a. P. LEMMENS, “Immigratiebeleid, gezinsleven en discriminatieverbod”, *R.W.* 1985-86, 1650-1655, § 79).

77 *Ibid.*, § 78.

78 Zie ook J. GERARDS, *Rechterlijke toetsing aan het gelijkheidsbeginsel*, 197-198; D.J. HARRIS, M. O’BOYLE en C. WARBRICK, *o.c.*, 482 en J. SCHÖKKENBRÖCK, *l.c.*, 21.

79 Zie R. CLAYTON en H. TOMLINSON, *o.c.*, 1243 en D.J. HARRIS, M. O’BOYLE en C. WARBRICK, *o.c.*, 482. Zie bv. E.H.R.M., arrest Inze t. Oostenrijk van 28 oktober 1987, *Publ. Eur. Court H.R.*, Serie A, nr. 126, § 41.

80 J. GERARDS, *Rechterlijke toetsing aan het gelijkheidsbeginsel*, 207.

81 A.W. HERINGA, “Discriminatieverbod”, *l.c.*, 12.

82 Zie uitgebreid J. GERARDS, *Rechterlijke toetsing aan het gelijkheidsbeginsel*, 198.

The Court has already held that very weighty reasons need to be put forward before a difference in treatment on the ground of (...) [één van de verdachte classificaties] can be regarded as compatible with the Convention. (...) The Court discerns no such reasons in the instant case. There has accordingly been a violation of Article 14 (...) of the Convention.⁸³

64. Hoger werd al aangegeven dat het bestaan van alternatieve middelen om hetzelfde doel te bereiken, op zich niet volstaat om het disproportionele karakter van een onderscheid aan te tonen (*cf. supra* nr. 55). In bepaalde rechtspraak inzake verdachte classificaties, waar een intensiever onderzoek wordt doorgevoerd, heeft het Hof echter een schending van het discriminatieverbod vastgesteld omdat minder belastende middelen voorhanden waren. In de literatuur is er evenwel op gewezen dat het Hof een dergelijk oordeel enkel zal vellen wanneer het bestaan van alternatieven duidelijk uit de feiten of de argumenten van de partijen naar voren komt.⁸⁴ Een illustratie hiervan is het arrest *Inze t. Oostenrijk*.⁸⁵ Deze zaak betrof de ongelijke behandeling van wettig en onwettig geboren erfgenamen bij de vererving van grote boerderijen. Een ophanden zijnde wetswijziging toonde volgens het Hof aan dat de gestelde doelstelling ook op andere wijze kon worden gerealiseerd.

In future, the attribution of a hereditary farm is to be based on objective circumstances, notably training for running farms and the fact of having been brought up on the particular property. The Court wishes to make it clear that these proposed amendments cannot in themselves be taken as demonstrating that the previous rules were contrary to the Convention. They do however show that the aim of the legislation in question could also have been achieved by applying criteria other than that based on birth in or out of wedlock.⁸⁶

ii. Geslacht⁸⁷

65. Het geslacht is de eerste grond waarop het Hof de “very weighty reasons”-test van toepassing verklaarde. Na het in 1985 gewezen mijlpaalarrest *Abdulaziz, Cabalez and Balkandali t. Verenigd Koninkrijk*, volgden nog tal van arresten waarin discriminatie op grond van geslacht werd vastgesteld.⁸⁸ Uit een terugkerende overweging

83 Zie bv. E.H.R.M., arrest Sahin t. Duitsland van 8 juli 2003, § 94.

84 J. GERARDS, *Rechterlijke toetsing aan het gelijkheidsbeginsel*, 158.

85 E.H.R.M., arrest Inze t. Oostenrijk van 28 oktober 1987, *Publ. Eur. Court H.R.*, Serie A, nr. 126.

86 *Ibid.*, § 44.

87 Over art. 14 E.V.R.M. en de discriminatiegrond geslacht zie uitgebreid: M. BUQUICCHIO-DE BOER, “Sexual Discrimination and the European Convention on Human Rights”, *H.R.L.J.* 1985, 1-17; C. PETTITI, “La discrimination en raison du sexe au sens de l’article 14 de la Convention européenne des droits de l’homme dans la jurisprudence de la Cour européenne”, *Rev. trim. D.H.* 1995, 87-95 en H. SURREL, “Les juges européens confrontés à l’interprétation des différences de traitement fondées sur le sexe”, *Rev. trim. D.H.* 2004, nr. 57, 141-174.

88 Zie o.a. E.H.R.M., arrest Schuler-Zraggen t. Zwitserland van 24 juni 1993, *Publ. Eur. Court H.R.*, Serie A, nr. 263; *R.W.* 1993-94, 878, noot C. BERX en *Soc. Kron.* 1998, 515, noot J. JACQMAIN (discriminatie inzake invaliditeitsuitkering); E.H.R.M., arrest Burghartz t. Zwitserland van 22 februari 1994, *Publ. Eur. Court H.R.*, Serie A, nr. 280-B (discriminatie inzake toelating tot gebruik van de familienaam van de partner); E.H.R.M., arrest Karlheinz Schmidt t. Duitsland van 18 juli 1994, *Publ. Eur. Court H.R.*, Serie A, nr. 291-B (discriminatie inzake burgerdienst bij de brandweer); E.H.R.M., arrest Van Raalte t. Nederland van 21 februari 1997, *Reports* 1997-I;

→

blijkt dat de verhoogde toetsingsintensiteit is ingegeven door het feit dat het bevorderen van de gelijkheid tussen de geslachten een belangrijk streefdoel is van de Staten die lid zijn van de Raad van Europa. In de zaak *Van Raalte t. Nederland* hanteerde het Hof een enigszins afwijkende terminologie.⁸⁹ Het stelde dat niet alleen “very weighty reasons” maar tevens “compelling reasons” nodig zijn om een ongelijke behandeling op grond van geslacht te verantwoorden. In de rechtsleer wordt echter betwijfeld of deze strengere formulering ook werkelijk als een verscherping van de toetsingsmaatstaf was bedoeld.⁹⁰

While Contracting States enjoy a certain margin of appreciation under the Convention as regards the introduction of exemptions to such contributory obligations, Article 14 requires that any such measure, in principle, applies even-handedly to both men and women unless compelling reasons have been adduced to justify a difference in treatment.⁹¹

66. Het gebruik van het differentiatie criterium geslacht hoeft echter niet noodzakelijk tot een schending van artikel 14 E.V.R.M. te leiden. Dit werd geïllustreerd in het arrest *Petrovic t. Oostenrijk*.⁹² Het Hof te Straatsburg boog zich in deze zaak over de Oostenrijkse regeling inzake ouderschapsverlof. Hoewel zowel de vader als de moeder dergelijk verlof konden opnemen, was enkel voor de moeder een vervangingsinkomen voorzien. Aangezien het hier duidelijk ging om onderscheid op grond van geslacht, maakte het Hof toepassing van de “bijzonder gewichtige redenen”-standaard. Niettemin kon, aldus het Hof, van discriminatie geen sprake zijn. De reden daarvoor was dat er geen Europese consensus bestond en dat het merendeel van de verdragsstaten geen uitkering voor de vader voorzag.⁹³

→ *N.J.C.M.-Bulletin* 1997, 475, noot A. WOLTJER en *Soc. Kron.* 1997, 577, noot J. JACQMAIN (discriminatie inzake de betaling van bijdragen voor het kinderbijslagstelsel); E.H.R.M., arrest *Wessels-Bergervoet t. Nederland* van 4 juni 2002, *Reports* 2002-IV (discriminatie inzake pensioen) en E.H.R.M., arrest *Willis t. Verenigd Koninkrijk* van 11 juni 2002, *Reports* 2002-IV (discriminatie inzake weduwepensioen).

89 E.H.R.M., arrest *Van Raalte t. Nederland* van 21 februari 1997, *Reports* 1997-I. Zie ook S. PRISO ESSAWE, “Les droits sociaux et l’égalité de traitement dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l’homme. À propos des arrêts *Van Raalte c. les Pays-Bas* et *Petrovic c. l’Autriche*”, *Rev. trim. D.H.* 1998, 721-736 en T. LOENEN, “Gelijke behandeling na *Van Raalte*: geen revolutie in de sociale zekerheid”, in R.A. LAWSON en E. MYJER (eds.), *50 jaar Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens: 1950-2000*, Leiden, speciaal nummer *N.J.C.M.-Bulletin*, 307-312.

90 J. GERARDS, *Rechterlijke toetsing aan het gelijkheidsbeginsel*, 201; A.W. HERINGA, “Discriminatieverbod”, *l.c.*, 11-12 en A.W. HERINGA en A. WOLTJER, “Gelijke behandeling in het sociale zekerheidsrecht: “Straatsburg” scherpt de eisen aan!”, *N.J.B.* 1997, 37, 1713. Deze laatste auteurs merken op dat de “compelling reasons” test geïnspireerd lijkt te zijn door de Amerikaanse “compelling interest” standaard voor “suspect classifications”.

91 E.H.R.M., arrest *Van Raalte t. Nederland* van 21 februari 1997, *Reports* 1997-I, § 42.

92 E.H.R.M., arrest *Petrovic t. Oostenrijk* van 27 maart 1998, *Reports* 1998-II, *Soc. Kron.* 1998, 480, noot J. JACQMAIN.

93 Volgens GERARDS toont deze uitspraak de beperkingen van het consensus-argument aan. Het verhindert dat het Europees Hof een voortrekkersrol speelt door in te gaan tegen stereotype opvattingen (*in casu* de opvatting dat na de geboorte de vrouw thuis blijft en de man uit werken gaat). J. GERARDS, *Rechterlijke toetsing aan het gelijkheidsbeginsel*, 201-202. Zie ook de dissenting opinion van rechters BERNHARDT en SPIELMANN: “We do not see any (...) weighty reasons here. It is in reality the traditional distribution of family responsibilities between mothers and fathers that gave rise to the Austrian legislation under which only mothers were entitled to parental leave allowance. The discrimination against fathers perpetuates this traditional distribution of roles and can also have negative consequences for the mother; if she continues her professional activity and

→

It is true that the advancement of the equality of the sexes is today a major goal in the member States of the Council of Europe and very weighty reasons would be needed for such a difference in treatment to be regarded as compatible with the Convention. However, the Contracting States enjoy a certain margin of appreciation in assessing whether and to what extent differences in otherwise similar situations justify a different treatment in law. The scope of the margin of appreciation will vary according to the circumstances, the subject matter and its background; in this respect, one of the relevant factors may be the existence or non-existence of common ground between the laws of the Contracting States. It is clear that at the material time, that is at the end of the 1980s, there was no common standard in this field, as the majority of the Contracting States did not provide for parental leave allowances to be paid to fathers.⁹⁴

iii. Wettige of onwettige geboorte

67. Uit het arrest *Marckx t. België* bleek al dat het Europees Hof een onderscheid op grond van onwettige geboorte strikt zou beoordelen.⁹⁵ Het is pas in het reeds vermelde arrest *Inze t. Oostenrijk* (cf. *supra* nr. 64) dat voor het eerst expliciet toepassing werd gemaakt van de “very weighty reasons” doctrine in deze context. Latere arresten bevestigden dat het Hof de classificatie wettigheid/onwettigheid als verdacht beschouwt.⁹⁶

The question of equality between children born in and children born out of wedlock as regards their civil rights is today given importance in the member States of the Council of Europe. This is shown by the 1975 European Convention on the Legal Status of Children born out of Wedlock, which is presently in force in respect of nine member States of the Council of Europe. (...) Very weighty reasons would accordingly have to be advanced before a difference of treatment on the ground of birth out of wedlock could be regarded as compatible with the Convention.⁹⁷

iv. Godsdienst

68. Hoewel het Hof te Straatsburg de “very weighty reasons”-test nog niet met zoveel woorden heeft gebruikt ten aanzien van onderscheid op grond van godsdienstige overtuiging, kan uit de rechtspraak worden afgeleid dat het hier om een

→ agrees that the father stay at home, the family loses the parental leave allowance to which it would be entitled if she stayed at home”.

⁹⁴ E.H.R.M., arrest Petrovic t. Oostenrijk van 27 maart 1998, *Reports* 1998-II, § 37-39.

⁹⁵ Het Hof wees in deze zaak al op de zich ontwikkelende rechtsopvattingen met betrekking tot de juridische positie van onwettige kinderen: “In the instant case, the Court cannot but be struck by the fact that the domestic law of the great majority of the member States of the Council of Europe has evolved and is continuing to evolve, in company with the relevant international instruments, towards full juridical recognition of the maxim *mater semper certa est*” (E.H.R.M., arrest *Marckx t. België* van 13 juni 1979, *Publ. Eur. Court H.R.*, Serie A, nr. 31, § 41).

⁹⁶ Bv. E.H.R.M., arrest Mazurek t. Frankrijk van 1 februari 2000, *Reports* 2000-II, *R.W.* 2002-03 en *Rev. trim dr. fam.* 2000, 390, noot Y. LELEU (discriminatie inzake erfrecht); E.H.R.M., arrest Camp and Bourimi t. Nederland van 3 oktober 2000, *Reports* 2000-X (discriminatie inzake erfrecht) en E.H.R.M., arrest Sahin t. Duitsland van 8 juli 2003 (discriminatie inzake omgangsrecht).

⁹⁷ E.H.R.M., arrest *Inze t. Oostenrijk* van 28 oktober 1987, *Publ. Eur. Court H.R.*, Serie A, nr. 126, § 41.

verdacht criterium gaat. In het arrest *Hoffmann t. Oostenrijk* was het Hof van oordeel dat “a distinction based essentially on a difference in religion is not acceptable”.⁹⁸ Het Hof lijkt hier iedere rechtvaardiging uit te sluiten.⁹⁹ In de rechtsleer is beklemtoond dat dit wellicht niet de draagwijdte van het arrest is, maar wel dat het Hof hiermee aangeeft dat onderscheid op grond van godsdienst streng zal worden beoordeeld.¹⁰⁰

69. Een ander belangrijk arrest in verband met het differentiatiecriterium “godsdienst” is *Thlimmenos t. Griekenland*.¹⁰¹ Hoger is al aangegeven dat het Hof in deze zaak een schending van artikel 14 E.V.R.M. vaststelde wegens een materieel onderscheid (de gelijke behandeling van ongelijke gevallen). De klagende partij was een Jehova’s getuige die een benoeming als accountant had mislopen vanwege zijn strafblad. De uitsluiting van personen die een veroordeling hebben opgelopen voor de functie van accountant, was onder meer ingegeven door het feit dat het plegen van een misdrijf de eerlijkheid en morele integriteit aantast. Volgens het Hof kon deze doelstelling het *in casu* niet-gemaakte onderscheid niet rechtvaardigen. De klagende partij was immers veroordeeld voor dienstweigering op religieuze gronden, wat elke morele verdorvenheid uitsloot.¹⁰² Griekenland had de betrokkene daarom ten onrechte over dezelfde kam geschoren met andere daders van criminele feiten.¹⁰³ Het Hof maakte in deze zaak geen vermelding van de “very weighty reasons”-test. Een verklaring hiervoor kan zijn dat het bij een materieel onderscheid een grotere beoordelingsvrijheid wenst toe te kennen aan de Staten.¹⁰⁴

v. Nationaliteit

70. In het arrest *Gaygusuz t. Oostenrijk* classificeerde het Europees Hof de grond “nationaliteit” als een verdacht onderscheidingscriterium.¹⁰⁵ Latere arresten beves-

98 E.H.R.M., arrest Hoffmann t. Oostenrijk van 23 juni 1993, *Publ. Eur. Court H.R.*, Serie A, nr. 255-C, § 36. Het Hof stelde in deze zaak een schending van art. 14 E.V.R.M. vast wegens het feit dat het ouderlijk gezag aan de vader en niet aan de moeder was toegekend, omdat deze laatste tot de religieuze gemeenschap van de getuigen van Jehovah behoorde. Zie o.a. de noten van J. DE BLOIS, “Opvoedingsvrijheid voor godsdienstige minderheden”, *N.J.C.M.-Bulletin* 1994, 710-715; J. MORANGE, “Liberté religieuse et garde d’enfants”, *Rev. trim. D.H.* 1994, 414-428 en N. DANDOY, “L’incidence de la religion dans les décisions relatives à l’autorité parentale”, *T. Vred.* 2002, 5, 248-252.

99 A.W. HERINGA, “Discriminatieverbod”, *l.c.*, 12.

100 J. GERARDS, *Rechterlijke toetsing aan het gelijkheidsbeginsel*, 204.

101 E.H.R.M., arrest Thlimmenos t. Griekenland van 6 april 2000, *Reports* 2000-IV.

102 *Ibid.*, § 47: “However, the Court also considers that, unlike other convictions for serious criminal offences, a conviction for refusing on religious or philosophical grounds to wear the military uniform cannot imply any dishonesty or moral turpitude likely to undermine the offender’s ability to exercise this profession. Excluding the applicant on the ground that he was an unfit person was not, therefore, justified”.

103 LOENEN en HENDRIKS wijzen er op dat het Hof hier niet echt ingaat op de rechtvaardigings-toets, maar louter op basis van de onvergelykbaarheid (in het licht van de beoogde doelstelling) tot een schending van art. 14 E.V.R.M. besluit. Zie T. LOENEN en A. HENDRIKS, “Noot onder Hof Mensenrechten, Thlimmenos v. Griekenland”, *l.c.*, 1103-1104.

104 J. GERARDS, *Rechterlijke toetsing aan het gelijkheidsbeginsel*, 205.

105 E.H.R.M., arrest Gaygusuz t. Oostenrijk van 16 september 1996, *Reports* 1996-IV. Zie o.a. de noot van K. GROENENDIJK, “Onderscheid naar nationaliteit is verdacht”, *N.J.C.M.-Bulletin* 1997, 461-474.

tigen dit.¹⁰⁶ In de zaak *Gaygusuz* stelde het Hof een discriminatie vast tussen nationale onderdanen en vreemdelingen inzake de toekenning van een voorschot op het pensioen na een periode van arbeidsongeschiktheid. Het overwoog als volgt:

[V]ery weighty reasons would have to be put forward before the Court could regard a difference of treatment based exclusively on the ground of nationality as compatible with the Convention.¹⁰⁷

71. De toepassing van de “very weighty reasons”-test op de grond nationaliteit werd in de rechtsleer als een verrassing onthaald.¹⁰⁸ In vroegere arresten liet het Hof terzake immers een zekere ruimte aan de Staten.¹⁰⁹ Het Hof geeft ook geen enkele motivering waarom nationaliteit een verdacht criterium is.¹¹⁰ In de literatuur is aangevoerd dat met betrekking tot de grond nationaliteit daarom rekening moet worden gehouden met het rechtsgebied waarin het bestreden onderscheid is gemaakt.¹¹¹ Op terreinen waar de overheid noodzakelijkerwijze een beleidsmarge heeft (bv. immigratiepolitiek) zou een ongelijke behandeling op grond van nationaliteit minder streng dienen te worden benaderd.

vi. Seksuele geaardheid

72. De instellingen in Straatsburg hebben de ongelijke behandeling van andersseksuelen lang onderzocht op basis van het recht op privacy in artikel 8 E.V.R.M.¹¹² Het is pas in 1999, in het arrest *Salgueiro da Silva Mouta t. Portugal*, dat het Hof “seksuele geaardheid” als een afzonderlijke discriminatiegrond heeft erkend.¹¹³ Deze uitspraak, waarin het Hof de weigering om het ouderlijk gezag over een minderjarig kind toe te kennen aan een homoseksuele vader discriminatoir bevond, leek elk mogelijk onderscheid op grond van seksuele geaardheid uit te sluiten.¹¹⁴ Uit latere arresten blijkt evenwel dat ook aangaande het differentiatiecriterium seksuele

106 Zie bv. E.H.R.M., arrest Koua Poirrez t. Frankrijk van 30 september 2003, § 46 (discriminatie inzake een invaliditeitsuitkering).

107 *Ibid.*, § 42.

108 Zie A.W. HERINGA, “Discriminatieverbod”, *l.c.*, 12.

109 Bv. E.H.R.M., arrest Moustaquim t. België van 18 februari 1991, *Publ. Eur. Court H.R.*, Serie A, nr. 193.

110 Het verwees bv. niet naar enige Europese consensus terzake. Zie J. GERARDS, *Rechterlijke toetsing aan het gelijkheidsbeginsel*, 203.

111 *Ibid.*, 203 en A.W. HERINGA, “Discriminatieverbod”, *l.c.*, 12.

112 Zie uitgebreid S. SOTTIAUX, “Recente ontwikkelingen in de Europese rechtspraak inzake seksuele betrekkingen: een gemiste kans?”, *T.B.P.* 2000-01, 375-383.

113 E.H.R.M., arrest *Salgueiro da Silva Mouta t. Portugal* van 21 december 1999, *Reports 1999-IX*. Dit arrest is door verschillende auteurs becommentarieerd. Zie o.a. C.J. FORDER, “Seksuele geaardheid door het Hof aangemerkt als verboden discriminatiegrond”, *N.J.C.M.-Bulletin* 2000, 880-890; S. VAN GARSSE, “Homoseksualiteit, Gezinsleven en Discriminatie”, *A.J.T.* 2000, 681-685; D. VAN GRUNDERBEECK, “Hetero of holebi géén ratio decidendi”, *E.J.* 2000, 110-116 en D. VAN GRUNDERBEECK, “Schending van art. 14 juncto art. 8 E.V.R.M., *T. Vred.* 2002, 5, 257-260.

114 Net zoals het dat deed in de zaak *Hoffman* voor de grond godsdienst (*cf. supra* nr. 68). Het Hof overwoog: “The Court is therefore forced to find, in the light of the foregoing, that the Court of Appeal made a distinction based on considerations regarding the applicant’s sexual orientation, a distinction which is not acceptable under the Convention” (E.H.R.M., arrest *Salgueiro da Silva Mouta t. Portugal* van 21 december 1999, *Reports 1999-IX*, § 36).

geaardheid, toepassing wordt gemaakt van de “very weighty reasons”-formule. Dit was voor het eerst uitdrukkelijk het geval in de zaak *L. & V. t. het Verenigd Koninkrijk*, en werd in latere arresten bevestigd.¹¹⁵ Opnieuw ontbreekt in de rechtspraak een verantwoording voor de bijzondere positie van dit criterium.

The applicants complained about a difference in treatment based on their sexual orientation. In this connection, the Court reiterates that sexual orientation is a concept covered by Article 14. Just like differences based on sex, differences based on sexual orientation require particularly serious reasons by way of justification.¹¹⁶

vii. Burgerlijke staat

73. Een eerste uitspraak waarin het Hof de grond “burgerlijke staat” als verdacht lijkt te kwalificeren is *Wessels-Bergervoet t. Nederland*.¹¹⁷ Hierin overwoog het Hof dat “zeer krachtige redenen naar voren moeten worden gebracht om een onderscheid in behandeling uitsluitend gebaseerd op geslacht en burgerlijke staat te rechtvaardigen”.¹¹⁸ De klaagster in deze zaak was een getrouwde vrouw. Zij werd benadeeld bij de berekening van haar pensioen ten aanzien van getrouwde mannen in dezelfde positie. Naast onderscheid op grond van burgerlijke staat, was er dus ook onderscheid op grond van geslacht, wat de keuze voor een strengere toetsing hier zou kunnen verklaren.¹¹⁹ In het arrest *Sahin t. Duitsland* werd een onderscheid op grond van “burgerlijke staat” echter opnieuw als een verdacht onderscheidingscriterium aangemerkt.¹²⁰

viii. Ras¹²¹

74. Het Hof heeft de grond “ras” nog niet met zoveel woorden in de categorie van verdachte gronden ondergebracht. Aangezien een ongelijke behandeling op grond

115 Zie o.a. E.H.R.M., arrest *L. & V. t. Verenigd Koninkrijk* van 9 januari 2003 (discriminatie inzake de in aanmerking te nemen leeftijd voor de instemming met mannelijke homoseksuele, vrouwelijke homoseksuele en heteroseksuele seksuele relaties) en E.H.R.M., arrest *Karner t. Oostenrijk* van 24 oktober 2003, *T.B.P.* 2004, 222-227, noot G. MAES (discriminatie inzake huurrecht). Zie ook P. FRUMER, “La discrimination fondée sur l’orientation sexuelle dans les relations de partenariat ou de cohabitation: une question d’intérêt général devant la Cour européenne des droits de l’homme”, *Rev. trim. D.H.* 2004, 59, 662-687 en A. HENDRIKS, “Huurbescherming ook voor homoseksuele partners”, *N.J.C.M.-bulletin* 2004, 88 e.v. Eerder had het Europees Hof al in de context van art. 8 E.V.R.M. opgemerkt dat enkel bijzonder ernstige redenen een inmenging in het privé-leven op basis van seksuele geaardheid kunnen verantwoorden. Zie o.a. E.H.R.M., *Smith en Grady t. Verenigd Koninkrijk* van 27 september 1999, *Reports* 1999-VI, § 90.

116 E.H.R.M., arrest *L. & V. t. Verenigd Koninkrijk* van 9 januari 2003, § 45.

117 E.H.R.M., arrest *Wessels-Bergervoet t. Nederland* van 4 juni 2002, *Reports* 2002-IV (discriminatie inzake pensioen).

118 *Ibid.*, § 49.

119 J. GERARDS, “Gelijke behandeling en het EVRM. Artikel 14 EVRM: van krachteloze waarborg naar ‘norm met tanden’?”, *l.c.*, 185, noot 35.

120 E.H.R.M., *Sahin t. Duitsland* van 8 juli 2003, § 94.

121 Over art. 14 E.V.R.M. en de discriminatiegrond ras zie o.a. R. DE GOUTTES, “Les principes de non-discrimination raciale dans la Convention des Nations Unies de 1965 et dans la Convention européenne des droits de l’homme”, in *Liber Amicorum Marc-André Eissen*, Brussel, Bruylant, 1995, 187-197 en C. PICHERAL, “Discrimination raciale et Convention européenne des droits de l’homme (L’apport de la jurisprudence)”, *Rev. trim. D.H.* 2001, 517-539.

van ras bijna nooit verantwoord is, wordt algemeen aangenomen dat het Hof hier voor een strikte toetsing zal kiezen.¹²² Dat raciaal onderscheid zeer streng dient te worden beoordeeld, volgt ook uit de rechtspraak waarin wordt gesteld dat ongelijke behandeling op grond van ras in bepaalde omstandigheden een “vernederende behandeling” in de zin van artikel 3 E.V.R.M. uitmaakt.¹²³ Deze zienswijze werd voor het eerst verwoord door de Europese Commissie in de zaak van de Oost-Afrikaanse Aziaten¹²⁴ en bevestigd door het Europees Hof in *Cyprus t. Turkije*:

The Court further recalls that the Commission, in its decision in the above-mentioned East African Asians case, observed, with respect to an allegation of racial discrimination, that a special importance should be attached to discrimination based on race and that publicly to single out a group of persons for differential treatment on the basis of race might, in certain circumstances, constitute a special affront to human dignity. In the Commission’s opinion, differential treatment of a group of persons on the basis of race might therefore be capable of constituting degrading treatment when differential treatment on some other ground would raise no such question.¹²⁵

75. Het is belangrijk om discriminatie op grond van ras te onderscheiden van discriminatie op grond van nationaliteit. In *Abdulaziz, Cabalez and Balkandali t. Verenigd Koninkrijk* voerden de klagers aan dat de Britse immigratiewetgeving (indirecte) discriminatie op basis van ras inhield.¹²⁶ Een minderheid van de Europese Commissie onderschreef dit standpunt, en was van mening dat zowel het effect als het doel van de regels het verminderen van “gekleurde immigranten was”.¹²⁷ Het Hof oordeelde echter dat niet de etnische oorsprong van de vreemdelingen, maar bezorgdheden over de bescherming van de nationale arbeidsmarkt aan de immigratiewetgeving ten grondslag lagen.

As the Court has already accepted, the main and essential purpose of the 1980 Rules was to curtail “primary immigration” in order to protect the labour market at a time of high unemployment. This means that their reinforcement of the restrictions on immigration was grounded not on objections regarding the origin of the non-nationals wanting to enter the country but on the need to stem the flow of immigrants at the relevant time.

That the mass immigration against which the rules were directed consisted mainly of would-be immigrants from the New Commonwealth and Pakistan, and that as a result

122 J. GERARDS, “Gelijke behandeling en het EVRM. Artikel 14 EVRM: van krachteloze waarborg naar ‘norm met tanden’?”, *I.c.*, 185; D.J. HARRIS, M. O’BOYLE en C. WARBRICK, *o.c.*, 481 en A.W. HERINGA, “Discriminatieverbod”, *I.c.*, 13. In E.H.R.M., arrest Nachova and Others t. Bulgarije van 26 februari 2004, § 155 overwoog het Hof dat “(...) the prohibition of discrimination in general, and of racial and ethnic discrimination in particular, under Article 14 reflect basic values of the democratic societies that make up the Council of Europe” (deze zaak is momenteel hangende voor de Grote Kamer).

123 Zie ook J. VELU en R. ERGEC, *o.c.*, 126.

124 E.C.R.M. 10 oktober 1970, *Rec.* nr. 36, 117. Zie hieromtrent M. BOSSUYT, “Het discriminatieverbod van de Europese Conventie van de rechten van de mens in de rechtspraak van de Commissie na het Belgische taalarrst”, *R.B.D.I.* 1972, 523-527.

125 E.H.R.M., arrest Cyprus t. Turkije van 10 mei 2001, *Reports* 2001-IV, § 306.

126 E.H.R.M., arrest Abdulaziz, Cabalez and Balkandali t. Verenigd Koninkrijk van 28 mei 1985, *Publ. Eur. Court H.R.*, Serie A, nr. 94.

127 *Ibid.*, § 84.

they affected at the material time fewer white people than others, is not a sufficient reason to consider them as racist in character: it is an effect which derives not from the content of the 1980 Rules but from the fact that, among those wishing to immigrate, some ethnic groups outnumbered others.¹²⁸

d. Europese consensus

76. Het Europees Hof houdt bij het bepalen van de toetsingsintensiteit rekening met het al dan niet bestaan van een Europese consensus.¹²⁹ Wanneer het Hof vaststelt dat binnen de landen van de Raad van Europa een zekere eensgezindheid heerst over de onaanvaardbaarheid van het bestreden onderscheid, laat het weinig appreciatieruimte aan de Staten. Wanneer dergelijke consensus afwezig is, stelt het zich terughoudend op. Twee voorbeelden die betrekking hebben op de grond seksuele geaardheid kunnen dit illustreren. In het al genoemde arrest *L. & V. t. het Verenigd Koninkrijk* voerde het Hof een streng proportionaliteitsonderzoek uit, omdat, bovenop het feit dat seksuele geaardheid een verdacht criterium is, vandaag in de meeste Europese landen de leeftijd voor instemming met hetero- en homoseksueel geslachtsverkeer gelijk is.¹³⁰

What is decisive is whether there was an objective and reasonable justification why young men in the fourteen-to eighteen-year age bracket needed protection against any sexual relationship with adult men, while young women in the same age bracket did not need such protection against relations with either adult men or women. In this connection the Court reiterates that the scope of the margin of appreciation left to the Contracting State will vary according to the circumstances, the subject matter and its background; in this respect, one of the relevant factors may be the existence or non-existence of common ground between the laws of the Contracting States. In the present case the applicants pointed out, and this has not been contested by the Government, that there is an ever growing European consensus to apply equal ages of consent for heterosexual, lesbian and homosexual relations.¹³¹

77. In *Fretté t. Frankrijk* liet het Europees Hof daarentegen een ruime beoordelingsvrijheid aan de nationale autoriteiten.¹³² Het moest in deze zaak antwoorden op de vraag of het niet-toestaan van een éénouderadoptie door een alleenstaande homoseksuele man in strijd is met het discriminatieverbod. Gezien het ontbreken van een gemeenschappelijke Europese basis inzake adoptie door homoseksuelen en het feit dat het recht hier nog in een overgangsfase is, was het Hof van mening dat het zich terughoudend moest opstellen.¹³³

128 *Ibid.*, § 85.

129 Zie o.a. R. CLAYTON en H. TOMLINSON, *o.c.*, 1243; D.J. HARRIS, M. O'BOYLE en C. WARBRICK, *o.c.*, 482 en A.W. HERINGA, "Discriminatieverbod", *l.c.*, 9.

130 E.H.R.M., arrest *L. & V. t. Verenigd Koninkrijk* van 9 januari 2003.

131 *Ibid.*, § 49-50

132 E.H.R.M., arrest *Fretté t. Frankrijk* van 26 februari 2002, Reports 2002-I, *J.L.M.B.* 2002, 752, noot P. MARTENS en *T.B.P.* 2003, 46, noot G. MAES.

133 De Franse praktijk was volgens het Hof niet in strijd met art. 14 E.V.R.M. Het was van oordeel dat, gezien de wetenschappelijke verdeeldheid aangaande de eventuele gevolgen van adoptie door homoseksuelen voor het kind, de nationale autoriteiten "legitimately and reasonably" konden

It is indisputable that there is no common ground on the question. Although most of the Contracting States do not expressly prohibit homosexuals from adopting where single persons may adopt, it is not possible to find in the legal and social orders of the Contracting States uniform principles on these social issues on which opinions within a democratic society may reasonably differ widely. The Court considers it quite natural that the national authorities, whose duty it is in a democratic society also to consider, within the limits of their jurisdiction, the interests of society as a whole, should enjoy a wide margin of appreciation when they are asked to make rulings on such matters. By reason of their direct and continuous contact with the vital forces of their countries, the national authorities are in principle better placed than an international court to evaluate local needs and conditions. Since the delicate issues raised in the case, therefore, touch on areas where there is little common ground amongst the member States of the Council of Europe and, generally speaking, the law appears to be in a transitional stage, a wide margin of appreciation must be left to the authorities of each State. This margin of appreciation should not, however, be interpreted as granting the State arbitrary power, and the authorities' decision remains subject to review by the Court for conformity with the requirements of Article 14 of the Convention.¹³⁴

e. Maatschappelijke positie groep

78. Uit een aantal arresten wordt afgeleid dat het Hof te Straatsburg voor het vastleggen van de toetsingsintensiteit nagaat of de verzoekende partij al dan niet behoort een kwetsbare groep.¹³⁵ Klagers die zich in een maatschappelijk bevoorrechte positie bevinden zullen meer moeilijkheden kennen om het Hof te overtuigen dan leden van een kwetsbare groep. Zo werd in de zaak *James and Others t. Verenigd Koninkrijk* rekening gehouden met het feit dat vreemdelingen zich in bepaalde omstandigheden in een zwakkere positie bevinden dan nationale onderdanen.

Especially as regards a taking of property effected in the context of a social reform, there may well be good grounds for drawing a distinction between nationals and non-nationals as far as compensation is concerned. To begin with, non-nationals are more vulnerable to domestic legislation: unlike nationals, they will generally have played no part in the election or designation of its authors nor have been consulted on its adoption.¹³⁶

→ oordelen dat adoptie moest worden geweigerd. Het proportionaliteitsbeginsel was derhalve niet geschonden (*Ibid.*, § 42).

134 *Ibid.*, § 41. De "common ground" benadering was voorwerp van kritiek in de dissenting opinion van rechters BRATZA, FUHRMANN en TULKENS: "[T]he reference in the present judgment to the lack of 'common ground' in the contracting States or 'uniform principles' on adoption by homosexuals, which paves the way for States to be given total discretion, seems to us to be irrelevant, at variance with the Court's case-law relating to Article 14 of the Convention and, when couched in such general terms, liable to take the protection of fundamental rights backwards".

135 Zie O.M. ARNARDÓTTIR, *o.c.*, 164-168 en A.W. HERINGA, "Discriminatieverbod", *I.c.*, 10.

136 E.H.R.M., arrest *James and Others t. Verenigd Koninkrijk* van 21 februari 1986, *Publ. Eur. Court H.R.*, Serie A, nr. 98, § 63.

§ 4. Discriminatiegronden

79. Artikel 14 E.V.R.M. verbiedt discriminatie “op welke grond ook, zoals geslacht, ras, kleur, taal, godsdienst, politieke of andere overtuiging, nationale of maatschappelijke afkomst, het behoren tot een nationale minderheid, vermogen, geboorte of andere status”. Uit de bewoordingen “op welke grond ook” en “enige andere status” blijkt dat het om een indicatieve lijst gaat en niet om een limitatieve opsomming van verboden differentiatiecriteria. Dit principe is door de Europese instanties meermaals beklemd toond.¹³⁷

The list set out in that provision is illustrative and not exhaustive, as is shown by the words “any ground such as” (in French “notamment”).¹³⁸

80. In het arrest *Kjeldsen Madsen and Pedesen t. Denemarken* maakte het Hof duidelijk dat de term “status” in artikel 14 E.V.R.M. verwijst naar een “persoonlijk kenmerk” (“a personal characteristic by which persons or groups of persons are distinguishable from each other”).¹³⁹ In principe ziet artikel 14 daarom enkel op discriminaties gebaseerd op persoons- of groepsgebonden eigenschappen. Het Hof past dit vereiste echter niet altijd even consequent toe. In bepaalde rechtspraak lijkt er afstand van te worden genomen¹⁴⁰, terwijl in andere arresten het beroep wordt verworpen omdat het bestreden onderscheid is gebaseerd op onpersoonlijke gronden.¹⁴¹ In de doctrine is voorgesteld om deze voorwaarde te laten vallen, onder meer omdat het moeilijk zou zijn om een grens te trekken tussen persoonlijke eigenschappen en andere differentiatiegronden.¹⁴²

81. Het Hof heeft in zijn rechtspraak verschillende discriminatiegronden aan de lijst van artikel 14 toegevoegd. Enkele van de vele voorbeelden zijn militaire rang¹⁴³, wettige en onwettige geboorte¹⁴⁴, burgerlijke staat¹⁴⁵ en seksuele geaardheid.¹⁴⁶

¹³⁷ Het niet-exhaustieve karakter van de lijst in art. 14 werd al bevestigd in het verslag van de Europese Commissie in de Belgische taalzaak. E.H.R.M., arrest Belgische taalzaak van 23 juli 1968, *Publ. Eur. Court H.R.*, Serie B, vol. I, p. 441. Zie hierover M. BOSSUYT, *L'interdiction de la discrimination dans le droit international des droits de l'homme*, Brussel, Bruylant, 1976, 57.

¹³⁸ Zie voor het eerst E.H.R.M., arrest Engel and Others t. Nederland van 8 juni 1976, *Publ. Eur. Court H.R.*, Serie A, nr. 22, § 72.

¹³⁹ E.H.R.M., arrest Kjeldsen Madsen and Pedesen t. Denemarken van 7 december 1976, *Publ. Eur. Court H.R.*, Serie A, nr. 23, § 56.

¹⁴⁰ Bv. E.H.R.M., arrest National & Provincial Building Society, the Leeds Permanent Building Society and the Yorkshire Building Society t. Verenigd Koninkrijk van 23 oktober 1997, *Reports* 1997-VII.

¹⁴¹ Bv. E.H.R.M., arrest Magee t. Verenigd Koninkrijk van 6 juni 2000, *Reports* 2000, VI.

¹⁴² J. GERARDS, “Gelijke behandeling en het EVRM. Artikel 14 EVRM: van krachteloze waarborg naar ‘norm met tanden’?”, *l.c.*, 183.

¹⁴³ E.H.R.M., arrest Engel and Others t. Nederland van 8 juni 1976, *Publ. Eur. Court H.R.*, Serie A, nr. 22, § 72.

¹⁴⁴ E.H.R.M., arrest Wessels-Bergervoet t. Nederland van 4 juni 2002, *Reports* 2002-IV, § 49.

¹⁴⁵ E.H.R.M., arrest Marckx t. België van 13 juni 1979, *Publ. Eur. Court H.R.*, Serie A, nr. 31, § 41.

¹⁴⁶ E.H.R.M., arrest Salgueiro da Silva Mouta t. Portugal van 21 december 1999, *Reports* 1999-IX, § 28.

Sommige van de niet-uitdrukkelijk genoemde gronden zijn door het Hof zelfs als verdacht gekwalificeerd, waardoor een onderscheid op grond ervan aan een streng onderzoek is onderworpen.

§ 5. Open/gesloten systeem

82. Het systeem van artikel 14 E.V.R.M. is een open systeem. Het noemt weliswaar een aantal discriminatiegronden, waarvan sommige in de rechtspraak als “verdacht” zijn gekwalificeerd, maar het gaat in geen van de gevallen om *a priori* ontoelaatbare differentiatiecriteria. Volgens BOSSUYT is het open systeem een logisch gevolg van de niet-exhaustieve opsomming van de discriminatiegronden.¹⁴⁷ Het niet-limitatieve karakter van de lijst duidt er immers op dat de vaststelling dat een onderscheid is gebaseerd op een van de genoemde criteria, maar één van de elementen kan zijn voor de beoordeling van de vraag of er al dan niet sprake is van discriminatie. In de vorige paragraaf is er op gewezen dat in bepaalde rechtspraak over een aantal verdachte criteria, het Hof elke rechtvaardiging lijkt uit te sluiten (*cf. supra* nrs. 68-72). De rechtsleer neemt echter aan dat deze arresten niet die draagwijdte hebben.

§ 6. Positieve actie¹⁴⁸

83. Artikel 14 E.V.R.M. laat ruimte voor maatregelen van positieve actie. Algemeen wordt aangenomen dat het bewust creëren van een onderscheid met als doel voor bepaalde groepen meer gelijkheid te bekomen door feitelijke achterstelling weg te werken, verenigbaar is met artikel 14, op voorwaarde dat daarvoor een objectieve en redelijke verantwoording bestaat.¹⁴⁹ Een maatregel van positieve actie dient, met andere woorden, aan dezelfde voorwaarden te voldoen als andere juridische ongelijkheden. Hoewel het Europees Hof zich tot op heden nog niet uitdrukkelijk in deze zin heeft uitgesproken¹⁵⁰, heeft het de mogelijke legitimiteit van positieve actie reeds erkend in de *Belgische taalzaak*.

The competent national authorities are frequently confronted with situations and problems which, on account of differences inherent therein, call for different legal solutions; moreover, certain legal inequalities tend only to correct factual inequalities.¹⁵¹

147 Zie M. BOSSUYT, *L'interdiction de la discrimination dans le droit international des droits de l'homme*, 62-63.

148 Zie in het algemeen over positieve actie en art. 14 E.V.R.M.: J.-F. FLAUSS, “Discrimination positive et Convention Européenne des droits de l'homme”, in *Pouvoir et Liberté. Etudes offertes à Jacques Mougeon*, Brussel, Bruylant, 1998, 415-437.

149 Zie o.a. O. M. ARNARDÓTTIR, *o.c.*, 105 en D.J. HARRIS, M. O'BOYLE en C. WARBRICK, *o.c.*, 485.

150 In de zaak *DG and DW Lindsay t. Verenigd Koninkrijk*, 11 november 1986, *D.R.* nr. 49, 190-191 was de Europese Commissie van oordeel dat een belastingvoordeel voor getrouwde vrouwen gerechtvaardigd was als maatregel van positieve actie om getrouwde vrouwen aan te moedigen om te gaan werken.

151 E.H.R.M., arrest Belgische taalzaak van 23 juli 1968, *Publ. Eur. Court H.R.*, Serie A, nr. 6, Sectie 1 B, § 10.

Afdeling 2. Artikel 1, protocol nr. 12

§ 1. Definitie en toetsingsmodel

84. De term “discriminatie” in het twaalfde protocol heeft dezelfde betekenis als in artikel 14 E.V.R.M. Dit was de uitdrukkelijke bedoeling van de auteurs van het protocol. In de verklarende nota werd zelfs afgestapt van de verschillende terminologie in de Franse en de Engelse versie van artikel 14.

The meaning of the term “discrimination” in Article 1 is intended to be identical to that in Article 14 of the Convention. The wording of the French text of Article 1 (“sans discrimination aucune”) differs slightly from that of Article 14 (“sans distinction aucune”). No difference of meaning is intended; on the contrary, this is a terminological adaptation intended to reflect better the concept of discrimination within the meaning of Article 14 by bringing the French text into line with the English.¹⁵²

85. Ook het toetsingskader van het twaalfde protocol is bijgevolg identiek aan dat van artikel 14. Zoals in de verklarende nota wordt aangegeven, is niet elk onderscheid discriminatoir. Het discriminatieverbod in het twaalfde protocol is pas geschonden als er voor het gemaakte onderscheid of verschil in behandeling geen objectieve en redelijke verantwoording bestaat.¹⁵³ Het volstaat dan ook om dien-aangaande te verwijzen naar de in de vorige afdeling besproken rechtspraak van het Europees Hof (*cf. supra* nrs. 41 e.v.)¹⁵⁴

§ 2. Discriminatiegronden

86. De eerste paragraaf van artikel 1 van het twaalfde protocol verbiedt discriminatie in het genot van elk juridisch recht “op welke grond ook, zoals geslacht, ras, kleur, taal, godsdienst, politieke of andere overtuiging, nationale of maatschappelijke afkomst, het behoren tot een nationale minderheid, vermogen, geboorte of andere status”. Het betreft hier dezelfde lijst differentiatiecriteria als in artikel 14 E.V.R.M. De auteurs van het protocol hebben er voor geopteerd om geen “nieuwe gronden” uitdrukkelijk in het verdrag op te nemen, niet omdat zij zich niet bewust waren van het belang van deze gronden (zoals seksuele geaardheid¹⁵⁵ of leeftijd), maar wel omdat zij vreesden dat de erkenning ervan tot ongewenste *a contrario* redeneringen zou kunnen leiden.¹⁵⁶ Daarenboven werd een uitbreiding niet nodig geacht, gelet op het niet-exhaustieve karakter van de opsomming in artikel 14.

¹⁵² Explanatory Report, § 18-19.

¹⁵³ *Ibid.* Volgens de verklarende nota was het daarom niet nodig om een beperkingsclausule in het protocol op te nemen; de beperking ligt immers reeds besloten in het begrip “discriminatie” zelf. Zie ook G. GOEDERTIER, “Het Twaalfde Protocol E.V.R.M.: het non-discriminatiebeginsel losgekoppeld van de in het E.V.R.M. opgenomen rechten en vrijheden”, *l.c.*, 74.

¹⁵⁴ Niet alleen in de verklarende nota maar ook in het advies van het Europees Hof over het twaalfde protocol wordt verwezen naar de vaste rechtspraak inzake art. 14. (Doc. 8608 (2000), § 5).

¹⁵⁵ De Parlementaire Vergadering had nochthans aangedrongen op het opnemen van de grond seksuele geaardheid in het twaalfde protocol (Doc. 8614 (2000), § 21).

¹⁵⁶ Explanatory Report, § 20.

Volgens verschillende commentatoren is dit een gemiste kans om een duidelijk maatschappelijk signaal uit te zenden en een indicatie te geven van de Europese consensus inzake het verdacht karakter van deze gronden.¹⁵⁷

§ 3. Positieve actie

87. De preambule bij het twaalfde protocol herbevestigt dat het discriminatieverbod niet uitsluit dat de Staten maatregelen nemen om “werkelijke” gelijkheid te bekomen, op voorwaarde dat zij objectief en redelijk verantwoord zijn.¹⁵⁸ Hiermee sluit het protocol dus opnieuw aan bij de algemene opvattingen aangaande artikel 14 E.V.R.M.

The fact that there are certain groups or categories of persons who are disadvantaged, or the existence of *de facto* inequalities, may constitute justifications for adopting measures providing for specific advantages in order to promote equality, provided that the proportionality principle is respected (...).¹⁵⁹

88. In de verklarende nota luidt het dat de verdragsstaten niet verplicht kunnen worden om maatregelen van positieve actie te nemen. Een dergelijke verplichting werd moeilijk verenigbaar geacht met de aard van het verdrag. In bepaalde rechtsleer is betreurd dat het twaalfde protocol geen aansluiting heeft gezocht bij de internationale mensenrechtenverdragen die wel een dergelijke verplichting inhouden.¹⁶⁰

However, the present Protocol does not impose any obligation to adopt such measures. Such a programmatic obligation would sit ill with the whole nature of the Convention and its control system which are based on the collective guarantee of individual rights which are formulated in terms sufficiently specific to be justiciable.¹⁶¹

HOOFDSTUK 3. WERKINGSSFEER DISCRIMINATIEVERBOD

Afdeling 1. Accessoir karakter artikel 14

89. Hoger werd al belicht dat artikel 14 E.V.R.M. geen algemeen gelijkheidsbeginsel afkondigt, maar enkel ziet op discriminatie in “het genot van de rechten en vrijheden” welke in het verdrag of een van de aanvullende protocollen zijn gewaarborgd. Er bestond geruime tijd onduidelijkheid over het verband tussen artikel 14 en

¹⁵⁷ Zie o.a. O. M. ARNARDÓTTIR, *o.c.*, 35 en U. O'HARE, “Enhancing European Equality Rights: A new Regional Framework”, *Maastricht Journal of European and Comparative Law* 2001, 138.

¹⁵⁸ “Reaffirming that the principle of non-discrimination does not prevent States Parties from taking measures in order to promote full and effective equality, provided that there is an objective and reasonable justification for those measures”.

¹⁵⁹ Explanatory Report, § 16.

¹⁶⁰ U. O'HARE, *l.c.*, 140.

¹⁶¹ Explanatory Report, § 16.

de andere rechten en vrijheden. Meer bepaald rees de vraag of een beroep op het discriminatieverbod enkel mogelijk is wanneer ook een schending van een materiële verdragsbepaling kan worden vastgesteld.¹⁶² Het Europees Hof heeft deze vraag negatief beantwoord in de *Belgische taalzaak*. Het Hof maakte in dit arrest duidelijk dat hoewel artikel 14 geen “zelfstandig” karakter bezit, het wel een “autonome” functie heeft.¹⁶³

While it is true that this guarantee has no independent existence in the sense that under the terms of Article 14 it relates solely to “rights and freedoms set forth in the Convention”, a measure which in itself is in conformity with the requirements of the Article enshrining the right or freedom in question may however infringe this Article when read in conjunction with Article 14 for the reason that it is of a discriminatory nature.

Thus, persons subject to the jurisdiction of a Contracting State cannot draw from Article 2 of the Protocol the right to obtain from the public authorities the creation of a particular kind of educational establishment; nevertheless, a State which had set up such an establishment could not, in laying down entrance requirements, take discriminatory measures within the meaning of Article 14.

To recall a further example, cited in the course of the proceedings, Article 6 of the Convention does not compel States to institute a system of appeal courts. A State which does set up such courts consequently goes beyond its obligations under Article 6. However it would violate that Article, read in conjunction with Article 14, were it to debar certain persons from these remedies without a legitimate reason while making them available to others in respect of the same type of actions.¹⁶⁴

90. Het autonome karakter van artikel 14 impliceert dat een schending van het discriminatieverbod mogelijk is zonder dat er sprake hoeft te zijn van een inbreuk op een materiële verdragsbepaling. In de hierboven aangehaalde passages uit het arrest in de *Belgische taalzaak* geeft het Hof hiervan twee voorbeelden. Een andere mooie illustratie is het arrest *Abdulaziz, Cabales and Balkandali t. Verenigd Koninkrijk*.¹⁶⁵ Het Hof sprak zich in deze zaak uit over een Britse regeling die het voor een buitenlandse man eenvoudiger maakte om toestemming voor gezinshereniging te bekomen dan voor een buitenlandse vrouw. Het Hof stelde dat deze regeling artikel 8 E.V.R.M. op zichzelf niet schond, omdat het recht op eerbiediging van het gezins-

162 De Europese Commissie sprak zich meermaals uit in die zin. Zo overwoog het in een beslissing van 8 maart 1960: “Whereas (...) this Article, by its express terms, forbids discrimination only with regard to the enjoyment of the right and freedoms guaranteed in the Convention; and whereas the Commission has already held above that such right is not violated in the present case; whereas it follows that Article 14 of the Convention has no application in the circumstances of the present case” (E.C.R.M. nr. 60/808, 8 maart 1962, *Yearbook of the Convention on Human Rights* 1962, 5, 108). Voor een analyse van en verwijzingen naar andere beslissingen zie M. EISSEN, “L'autonomie de l'article 14 de la Convention européenne des droits de l'homme dans la jurisprudence de la Commission”, in *Mélanges offerts à Polus Modinos*, Parijs, Editions Pedone, 1968, 122-145.

163 Zie hierover o.a. M. BOSSUYT, “Article 14”, *l.c.*, 478-481 en J. VELU en R. ERGEC, *La Convention européenne des droits de l'homme*, Brussel, Bruylant, 1990, 112-117.

164 E.H.R.M., arrest Belgische taalzaak van 23 juli 1968, *Publ. Eur. Court H.R.*, Serie A, nr. 6, § 9.

165 E.H.R.M., arrest Abdulaziz, Cabales and Balkandali t. United Kingdom van 28 mei 1985, *Publ. Eur. Court H.R.*, Serie A, nr. 94.

leven niet het recht inhoudt om te leven in een land naar keuze. Aangezien de Britse overheid het recht op gezinshereniging evenwel had erkend voor mannen, schond het artikel 14 wanneer het deze mogelijkheid op arbitraire wijze aan vrouwen ontzegde.

The notion of discrimination within the meaning of Article 14 includes in general cases where a person or group is treated, without proper justification, less favourably than another, even though the more favourable treatment is not called for by the Convention.¹⁶⁶

91. Met andere woorden, wanneer de nationale autoriteiten een bescherming garanderen die verdergaat dan strikt vereist is door het verdrag, dient dit te gebeuren op niet-discriminatoire wijze. Een tweede hypothese van een “autonome” schending van artikel 14 doet zich voor wanneer een op zichzelf toegelaten beperking van een verdragsrecht op een discriminatoire wijze wordt geïmplementeerd.¹⁶⁷ Ook in dat geval zal het materiële recht niet afzonderlijk zijn geschonden, doch wel in combinatie met artikel 14.

92. Het accessoire karakter van artikel 14 vereist dat het aangevochten onderscheid inhoudelijk binnen de “invloedssfeer” van een materiële verdragsbepaling valt (“within the ambit” of “sous l’empire”). Deze begrippen kwamen voor het eerst voor in het arrest *Van der Mussele t. België*.¹⁶⁸ De thans gevestigde omschrijving luidt als volgt:

Article 14 complements the other substantive provisions of the Convention and the Protocols. It has no independent existence since it has effect solely in relation to “the enjoyment of the rights and freedoms” safeguarded by those provisions. Although the application of Article 14 does not necessarily presuppose a breach of those provisions – and to this extent it has an autonomous meaning –, there can be no room for its application unless the facts at issue fall within the ambit of one or more of the latter.¹⁶⁹

93. In de rechtsleer is aangegeven dat het begrip “invloedssfeer” ruimer is dan het begrip “toepassingsgebied”. GOEDERTIER schrijft: “Het is niet nodig dat de feiten onder het toepassingsgebied van het betrokken artikel vallen, maar wel dat er een link met het beschermde recht kan worden gelegd”.¹⁷⁰ Dit kan opnieuw worden

166 *Ibid.*, § 82.

167 Zie bv. de beslissing van de Europese Commissie in de zaak *Grandrath v. Oostenrijk*: “For example, in each of Articles 8 to 11, a certain right is guaranteed by paragraph (1), but the Contracting Parties are, under paragraph (2), allowed, subject to specific conditions, to restrict that right. When using this power to restrict a right guaranteed by the Convention, the Contracting Parties are bound by the provision of Article 14. Consequently, if a restriction which is in itself permissible under paragraph (2) of one of the above Articles, is imposed in a discriminatory manner, there would be a violation of Article 14 in conjunction with the other Article concerned” (E.C.R.M. nr. 2299/64, 14 december 1966, *Yearbook of the Convention on Human Rights* 1967, 10, § 38).

168 E.H.R.M., arrest *Van der Mussele t. België* van 23 november 1983, *Publ. Eur. Court H.R.*, Serie A, nr. 70, § 43. In vroegere arresten sprak het Hof van een “verband” tussen de feiten en een materiële verdragsbepaling. Bv. E.H.R.M., *Schmidt en Dahlström t. Zweden* van 6 februari 1976, *Publ. Eur. Court H.R.*, Serie A, nr. 21, § 39.

169 E.H.R.M., arrest *Rasmussen t. Denemarken* van 28 november 1984, *Publ. Eur. Court H.R.*, Serie A, nr. 87, § 29.

170 G. GOEDERTIER, “Artikel 14. Verbod van discriminatie”, *l.c.*, 139.

geïllustreerd aan de hand van het arrest *Abdulaziz, Cabales and Balkandali t. Verenigd Koninkrijk*.¹⁷¹ Hoewel de feiten in deze zaak – de toelating van vreemde echtgenoten tot het grondgebied – niet binnen het toepassingsgebied van het recht op eerbiediging van het gezinsleven vielen, was er wel een voldoende verband met artikel 8 E.V.R.M. om een schending van artikel 14 vast te stellen.

94. Het accessoire karakter betekent een aanzienlijke beperking van de praktische relevantie van artikel 14. Het verplicht de klager om een band aan te tonen tussen de bestreden ongelijkheid en een van de rechten in het verdrag of de aanvullende protocollen. Allerhande discriminaties houden evenwel verband met economische en sociale rechten die buiten de invloedssfeer van het verdrag vallen. Hieraan wordt in de rechtspraak van de Straatsburgse instanties enigszins verholpen door het toepassingsgebied van de substantiële verdragsbepalingen ruim op te vatten.¹⁷² Immers, wanneer de feiten binnen het toepassingsgebied van een materieel recht vallen, vallen ze noodzakelijkerwijze ook binnen de invloedssfeer van dat recht.¹⁷³ Zo wordt op basis van het eigendomsrecht beschermd in artikel 1, eerste protocol E.V.R.M., het discriminatieverbod tevens toegepast in sociale en fiscale materies.¹⁷⁴ Zodra een patrimoniaal recht in het geding is, vallen geschillen omtrent die materies, middels artikel 1, eerste protocol, tevens onder het toepassingsgebied van artikel 14.¹⁷⁵ Het resultaat van deze jurisprudentiële evolutie is een ruime verzelfstandiging van de werking van artikel 14.¹⁷⁶ Niettemin zijn er situaties waar geen beroep kan worden gedaan op het discriminatieverbod wegens het ontbreken van een voldoende verband met een materiële verdragsbepaling. Een voorbeeld is het arrest *Botta t. Italië* waarin het Hof van oordeel was dat het recht van gehandicapte personen op toegang tot het strand en de zee niet binnen de invloedssfeer van artikel 8 E.V.R.M. viel, en er derhalve ook geen beroep kon worden gedaan op artikel 14.¹⁷⁷

95. Een ander gevolg van het complementaire karakter van artikel 14 is dat wanneer reeds een schending van een ander verdragsrecht is vastgesteld, het Hof niet snel geneigd zal zijn nog te onderzoeken of ook het discriminatieverbod is geschonden. Het zal dit enkel doen wanneer de gelijkheidsproblematiek een fundamenteel aspect

171 E.H.R.M., arrest *Abdulaziz, Cabales and Balkandali t. United Kingdom* van 28 mei 1985, *Publ. Eur. Court H.R.*, Serie A, nr. 94.

172 Ook in de rechtsleer is gepleit voor een soepele interpretatie van het begrip “invloedssfeer”. Zie R. CLAYTON en H. TOMLINSON, *l.c.*, 1236 en R. WINTERMUTE, “‘Within the Ambit’: How Big Is the ‘Gap’ in Article 14 European Convention on Human Rights?”, *E.H.R.L.R.* 2004, 4, 366-382. De laatste auteur argumenteert dat art. 14 E.V.R.M. kan worden ingeroepen zodra het differentiatie criterium in de invloedssfeer valt van een van de andere rechten. Zo valt bv. de discriminatiegrond seksuele geaardheid binnen de invloedssfeer van het recht op privacy in art. 8 E.V.R.M., en zou art. 14 E.V.R.M. bijgevolg elke vorm van discriminatie op grond van seksuele geaardheid verbieden (althans in de verticale verhoudingen).

173 G. GOEDERTIER, “Artikel 14. Verbod van discriminatie”, *l.c.*, 141.

174 Bv. E.H.R.M., arrest *Gaygusuz t. Oostenrijk* van 16 september 1996, *Reports* 1996-IV (inzake sociale uitkeringen) en E.H.R.M., arrest *Van Raalte t. Nederland* van 21 februari 1997, *Reports* 1997-I (inzake betaling van een belasting en een sociale premie).

175 Zie o.a. G. MAES, *o.c.*, 158 en S. PRISO ESSAWE, *l.c.*, 732.

176 G. MAES, *o.c.*, 158.

177 E.H.R.M., arrest *Botta t. Italië* van 24 februari 1998, *Reports* 1998-I, § 39.

van de zaak is (“when a clear inequality of treatment in the enjoyment of the right in question is a fundamental aspect of the case”).¹⁷⁸ In de andere gevallen acht het Hof het niet nodig om nog een afzonderlijke toetsing aan artikel 14 door te voeren, bijvoorbeeld omdat dit de klager niets meer oplevert.¹⁷⁹

Afdeling 2. Algemene draagwijdte artikel 1, protocol nr. 12

96. De beperkte werkingssfeer van artikel 14 E.V.R.M. is een van de redenen waarom het twaalfde protocol is totstandgekomen. Het toepassingsgebied van het protocol is dan ook veel ruimer dan “het genot van de rechten en vrijheden, welke in het verdrag zijn erkend”. Paragraaf 1 van artikel 1 verbiedt discriminatie in het genot van “elk juridisch beschermd recht” (“any right set forth by law”), terwijl de tweede paragraaf ziet op elk discriminerend optreden door het openbaar gezag. Naar luid van de verklarende nota dienen beide bepalingen als complementair te worden beschouwd.¹⁸⁰ Hun draagwijdte is in de verklarende nota in vier punten uitgewerkt. Discriminatie is verboden:

- i. in the enjoyment of any right specifically granted to an individual under national law;
- ii. in the enjoyment of a right which may be inferred from a clear obligation of a public authority under national law, that is, where a public authority is under an obligation under national law to behave in a particular manner;
- iii. by a public authority in the exercise of discretionary power (for example, granting certain subsidies);
- iv. by any other act or omission by a public authority (for example, the behaviour of law enforcement officers when controlling a riot).¹⁸¹

97. De notie “elk juridisch beschermd recht” moet dus ruim worden opgevat en omvat zowel rechten die in wetgeving als in rechtspraak zijn erkend.¹⁸² Het kan ook rechten omvatten die voortvloeien uit internationaal recht.¹⁸³

178 Dit principe werd gevestigd in E.H.R.M., arrest Airey t. Ierland van 9 oktober 1979, *Publ. Eur. Court H.R.*, Serie A, nr. 32, § 30.

179 Zie voor een analyse van de argumentatie van het Hof dienaangaande: A.W. HERINGA, “Discriminatieverbod”, *l.c.*, 2-4.

180 Explanatory Report, § 23.

181 Explanatory Report, § 22.

182 G. MOON, *l.c.*, 51.

183 Dit betekent volgens de verklarende nota niet dat het Europees Hof de bevoegdheid krijgt om toe te zien op de naleving van het internationaal recht. Zie Explanatory Report, § 29.

Afdeling 3. Discriminatieverbod, positieve verplichtingen en horizontale verhoudingen

§ 1. Artikel 14

98. Het is niet helemaal duidelijk in welke mate artikel 14 E.V.R.M. voor de Staten positieve verplichtingen inhoudt om discriminatie aan te pakken.¹⁸⁴ In de rechtsleer is vastgesteld dat er een tendens bestaat om het vraagstuk van de positieve verplichtingen te behandelen onder de materiële verdragsbepalingen.¹⁸⁵ Zo werd in *Airey t. Ierland* de stelling van de klagende partij dat zij recht had op maatregelen van positieve actie om haar recht op toegang tot de rechter op gelijke wijze te kunnen uitoefenen als personen die zich een advocaat kunnen veroorloven, beslecht op basis van artikel 6 E.V.R.M.¹⁸⁶ Aangezien het recht op een eerlijk proces reeds het bestaan van een positieve verplichting impliceerde, werd een afzonderlijk onderzoek op grond van artikel 14 niet nodig geacht.¹⁸⁷ Het Hof in Straatsburg heeft tot op heden nog maar zelden positieve verplichtingen uit artikel 14 E.V.R.M. afgeleid. Een verklaring hiervoor zou kunnen worden gevonden in de soms ruime marge van appreciatie die het Hof in de context van artikel 14 aan de Staten laat.¹⁸⁸ Volgens sommige auteurs houdt het verbod van materiële discriminatie (de gelijke behandeling van ongelijke gevallen) positieve verplichtingen voor de overheid in, namelijk om feitelijke verschillen in rekening te brengen.¹⁸⁹ Een illustratie hiervan is de zaak *Nachova and Others t. Bulgarije* (cf. *supra* nr. 38).

99. HARRIS, O'BOYLE en WARBRICK betogen dat op de staat in het raam van artikel 14 E.V.R.M. de positieve verplichting kan rusten om discriminatie in de private verhoudingen (strafrechtelijk) te bestrijden, bijvoorbeeld discriminatie bij de toelating tot het lidmaatschap van een vereniging.¹⁹⁰ De inhoud van dergelijke verplichting hangt, aldus de auteurs, af van tal van factoren, waaronder de aard van het differentiatie criterium, de impact van het verschil in behandeling op het individu, de aard van de verenging, enz.

§ 2. Artikel 1, protocol nr. 12

100. In de verklarende nota bij het twaalfde protocol wordt een genuanceerd standpunt ingenomen inzake de mogelijke positieve maatregelen die zouden voortvloeien uit artikel 1.

184 Zie hieromtrent G. GOEDERTIER, "Het Twaalfde Protocol E.V.R.M.: het non-discriminatiebeginsel losgekoppeld van de in het E.V.R.M. opgenomen rechten en vrijheden", *l.c.*, 84-87.

185 D.J. HARRIS, M. O'BOYLE en C. WARBRICK, *o.c.*, 483.

186 Zie E.H.R.M., arrest *Airey t. Ierland* van 9 oktober 1979, *Publ. Eur. Court H.R.*, Serie A, nr. 32.

187 *Ibid.*, § 30.

188 G. GOEDERTIER, "Artikel 14. Verbod van discriminatie", *l.c.*, 148.

189 O. M. ARNARDÓTTIR, *o.c.*, 101. Anders: G. GOEDERTIER, "Het Twaalfde Protocol E.V.R.M.: het non-discriminatiebeginsel losgekoppeld van de in het E.V.R.M. opgenomen rechten en vrijheden", *l.c.*, 85, voetnoot 308.

190 D.J. HARRIS, M. O'BOYLE en C. WARBRICK, *o.c.*, 484-485.

The wording of Article 1 reflects a balanced approach to possible positive obligations of the Parties under this provision. This concerns the question to what extent Article 1 obliges the Parties to take measures to prevent discrimination, even where discrimination occurs in relations between private persons (so-called “indirect horizontal effects”). The same question arises as regards measures to remedy instances of discrimination. While such positive obligations cannot be excluded altogether, the prime objective of Article 1 is to embody a negative obligation for the Parties: the obligation not to discriminate against individuals.¹⁹¹

101. Aan de ene kant beklemtonen de auteurs van het protocol dat artikel 1 ziet op discriminatie door het openbaar gezag, en niet de bedoeling heeft om positieve verplichtingen voor de Staten in het leven te roepen om discriminaties in de horizontale verhoudingen te bestrijden.¹⁹² Een dergelijke programmatische benadering werd moeilijk verenigbaar geacht met de aard van de conventie, welke in de eerste plaats individueel afdwingbare rechten wil garanderen. Daarenboven zijn dat soort bepalingen al terug te vinden in de internationale verdragen die betrekking hebben op specifieke discriminatiegronden. In dit verband stelt de verklarende nota dat het twaalfde protocol niet mag worden uitgelegd op een wijze die afbreuk doet aan internationale of nationale regelgeving die in een verdergaande bescherming tegen discriminatie voorziet.¹⁹³

102. Aan de andere kant sluit de verklarende nota niet uit dat het twaalfde protocol bepaalde positieve verplichtingen met zich meebrengt. Dit zou het geval kunnen zijn wanneer er een “duidelijke lacune” in de nationale antidiscriminatiewetgeving voorkomt. Meer bepaald zou het op “manifeste en ernstige” wijze ontbreken van bescherming tegen discriminatie in de private verhoudingen, de verantwoordelijkheid van de Staat op grond van artikel 1 in het gedrang kunnen brengen.¹⁹⁴ Het zou dan wel moeten gaan om relaties tussen particulieren die betrekking hebben op het publieke leven, waarvoor de Staat een zekere verantwoordelijkheid draagt. De verklarende nota geeft als voorbeelden hiervan de toegang tot arbeid, restaurants of private dienstverlening naar het publiek. Een positieve verplichting tot het regelen van zuivere privé-relaties kan echter niet in het twaalfde protocol worden gelezen, aangezien dit op gespannen voet zou staan met het recht op privacy in artikel 8 E.V.R.M.¹⁹⁵

103. Al bij al, zo besluit de verklarende nota, zullen de positieve verplichtingen die uit het twaalfde protocol kunnen worden afgeleid eerder beperkt zijn.¹⁹⁶ Het zal

191 Explanatory Report, § 24.

192 *Ibid.*, § 25.

193 *Ibid.*

194 *Ibid.*, § 26.

195 *Ibid.*, § 28.

196 *Ibid.*, § 27.

uiteindelijk het Europees Hof zijn dat zal oordelen in welke omstandigheden de Staten de positieve verplichting hebben om maatregelen te nemen. De mogelijkheid bestaat dat het zich daarbij laat inspireren door de voornaamste motieven voor de totstandkoming van het protocol, met name het bekomen van de gelijkheid tussen man en vrouw en de strijd tegen racisme.¹⁹⁷

¹⁹⁷ G. GOEDERTIER, “Het Twaalfde Protocol E.V.R.M.: het non-discriminatiebeginsel losgekoppeld van de in het E.V.R.M. opgenomen rechten en vrijheden”, *l.c.*, 87.

SELECTE BIBLIOGRAFIE

- ARNARDÓTTIR, O.M., *Equality and Non-Discrimination under the European Convention on Human Rights*, Den Haag/Londen/New York, Martinus Nijhoff Publishers, 2003.
- BOSSUYT, M., “Het discriminatieverbod van de Europese Conventie van de rechten van de mens in de rechtspraak van de Commissie na het Belgische taal-arrest”, *R.B.D.I.* 1972, 503-528.
- BOSSUYT, M., “Article 14”, in PETTITI, L.E., DECAUX, E. en IMBERT, P.H. (eds.), *La Convention européenne des droits de l’homme. Commentaire article par article*, Parijs, Economica, 1995, 475-488.
- CLAYTON, R. en TOMLINSON, H., *The Law of Human Rights*, Oxford, Oxford University Press, 2000, 1233-1250.
- EISSEN, M., “L’autonomie de l’article 14 de la Convention européenne des droits de l’homme dans la jurisprudence de la Commission”, in *Mélanges offerts à Polus Modinos*, Parijs, Editions Pedone, 1968, 122-145.
- GERARDS, J., *Rechterlijke toetsing aan het gelijkheidsbeginsel*, Den Haag, Sdu, 2002, 103-219.
- GERARDS, J., “Gelijke behandeling en het EVRM. Artikel 14 EVRM: van krachteloze waarborg naar ‘norm met tanden’?”, *N.J.C.M.-Bulletin* 2004, 176-198.
- GOEDERTIER, G., “Artikel 14. Verbod van discriminatie”, in VANDE LANOTTE, J. en HAECK, Y., *Handboek EVRM*, deel II, Antwerpen, Intersentia, 2004, 128-188.
- GOEDERTIER, G., “Het Twaalfde Protocol E.V.R.M.: het non-discriminatiebeginsel losgekoppeld van de in het E.V.R.M. opgenomen rechten en vrijheden”, in X, *Mensenrechten, Jaarboek 2000-2001 van het Interuniversitair Centrum Mensenrechten*, Antwerpen, Maklu, 2002, 71-94.
- GUGGENHEIM, P., “Quelques remarques au sujet de l’article 14 de la Convention européenne des droits de l’homme”, in *René Cassin amicorum discipulorumque liber*, vol. I, Parijs, Pedone, 1969, 95-100.
- HARRIS, D.J., O’BOYLE, M. en WARBRICK, C., *Law of the European Convention on Human Rights*, London/Dublin/Edinburgh, Butterworths, 1995, 462-488.
- HERINGA, A.W., “Artikel 14 E.V.R.M.: een achtergestelde waarborg?”, in HERINGA, A.W. en MYJER, E. (eds.), *45 Jaar Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens. Speciaal nummer N.J.C.M.-Bulletin*, Leiden, Nederlands Juristen Comité voor de Mensenrechten, 1996, 219-227.
- HERINGA, A.W., “Discriminatieverbod”, in HERINGA, A.W., VAN DER VELDE, J. en SCHOKKENBROEK, J.G.C., *Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens. Rechtspraak en Commentaar*, Den Haag, Koninklijke Vermande, 1998, losbl., 3.14.
- LAMBERT, P., “Vers une évolution de l’interprétation de l’article 14 de la Convention Européenne des droits de l’homme?”, *Rev. trim. D.H.* 1998, 497-505.
- LIVINGSTONE, S., “Article 14 and the Prevention of Discrimination in the European Convention of Human Rights”, *E.H.R.L.R.* 1997, 25-34.

- MELCHIOR, M., “Le principe de non-discrimination dans la Convention européenne des droits de l’homme”, in ALEN, A. en LEMMENS, P. (eds.), *Gelijkheid en non-discriminatie. Égalité et non-discrimination*, Antwerpen, Kluwer rechtswetenschappen, 1991, 3-31.
- MOON, G., “The Draft Discrimination Protocol of the European Convention on Human Rights: A Progress Report”, *E.H.R.L.R.* 2000, 49-53.
- PARTSCH, K.J., “Discrimination”, in MACDONALD, R.St.J., MATSCHER, F. en PETZOLD, H. (eds.), *The European System for the Protection of Human Rights*, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1993, 571-592.
- SCHOKKENBROEK, J., “The Prohibition of Discrimination in Article 14 of the Convention and the Margin of Appreciation”, *H.R.L.J.* 1998, 20-23.
- VELU, J. en ERGEC, R., *La Convention européenne des droits de l’homme*, Brussel, Bruylant, 1990, 106-133.
- WINTEMUTE, R., “‘Within the Ambit’: How Big Is the ‘Gap’ in Article 14 European Convention on Human Rights?”, *E.H.R.L.R.* 2004, 366-382.

Deel II

Europees recht

HOOFDSTUK 1. ACHTERGRONDEN EN ONTSTAANSGESCHIEDENIS

Afdeling 1. Basiskenmerken discriminatieverbod

104. Om een eerste indruk te krijgen van het communautaire discriminatieverbod is het nuttig het te plaatsen tegenover het algemeen gelijkheidsbeginsel opgenomen in de Grondwet en een aantal mensenrechtenverdragen. Zo komen onmiddellijk een aantal wezenskenmerken van het Europeesrechtelijke gelijkheidsbeginsel aan het licht.¹

105. Een eerste kenmerk waarmee het communautaire discriminatieverbod zich onderscheidt van het algemeen gelijkheidsbeginsel bestaat erin dat het Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap enkel discriminatie verbiedt op bepaalde gronden.² Het Verdrag van Rome besteedde in hoofdzaak aandacht aan het verbod van nationaliteits- en geslachtsdiscriminatie. Tijdens een lange jurisprudentiële en legislatieve ontwikkeling is het aantal gronden op basis waarvan discriminatie verboden is sterk uitgebreid (ras of etnische afstamming, godsdienst of overtuiging, handicap, leeftijd en seksuele geaardheid werden toegevoegd).

¹ Voor enkele algemene overzichtsartikelen over het Europeesrechtelijk gelijkheidsbeginsel zie bv. G. DE BURCA, "The Role of Equality in European Community Law", in A. DASHWOOD en S. O'LEARY (eds.), *The Principle of Equal Treatment in E.C. Law*, London, Sweet & Maxwell, 1997, 13-34; P. FOUBERT, "Het discriminatieverbod in de arbeidsrelatie – Een overzicht van de relevante Europeesrechtelijke bepalingen", *Oriëntatie* 2002, 196-210; K. LENAERTS, "Gelijkheid en non-discriminatie in het Europees Gemeenschapsrecht", in A. ALEN en P. LEMMENS (eds.), *Gelijkheid en non-discriminatie*, Antwerpen, Kluwer, 1991, 48-84; K. LENAERTS, "L'égalité de traitement en droit communautaire: un principe unique aux apparences multiples", *Cahiers de droit européen* 1991, 3-41; K. LENAERTS en D. ARTS, "La personne et le principe d'égalité en droit communautaire et dans la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales", in *La personne humaine, sujet de droit (Quatrièmes Journées René Savatier)*, Paris, Presses Universitaires de France, 1994, 101-134; G. MORE "The Principle of Equal Treatment", in P. CRAIG en G. DE BURCA (eds.), *The Evolution of EU Law*, Oxford, Oxford University Press, 1999, 517-553; C.W.A. TIMMERMANS, "Verboden discriminatie of (geboden) differentiatie. Het discriminatieverbod als open ruimte voor een creatieve rechtsvinding in het Europese Gemeenschapsrecht", *Tijdschrift voor Europees en economisch recht* 1982, 427-455; J. WOUTERS, "The Principle of Non-Discrimination in European Community Law", *EC Tax Review* 1999, 98-106.

² Zie bv. J.H. GERARDS, *Rechterlijke toetsing aan het gelijkheidsbeginsel: een rechtsvergelijkend onderzoek naar een algemeen toetsingsmodel*, Den Haag, SDU, 2002, 222. Als beschermingsinstrument tegen het optreden van de instellingen heeft het gelijkheidsbeginsel in beginsel wel een algemeen karakter. Cf. *infra* nrs. 575-603.

106. Een volgende, nauw met het vorige samenhangende, kenmerk van het communautaire gelijkheidsbeginsel is dat het niet in één algemene bepaling opgenomen is, maar verspreid is over *verschillende rechtsbronnen*. Al in het oorspronkelijke Verdrag van 1957 waren er meerdere artikelen die telkens een element van het discriminatieverbod bevatten. Vandaag is het daarenboven uitgewerkt en aangevuld in talrijke richtlijnen en verordeningen, waardoor het nog sterker gefragmenteerd is.³ Vaak bevat elke aparte rechtsbron inhoudelijke eigenheden (bv. qua rechtvaardigingsmogelijkheden) evenals een karakteristiek toepassingsgebied, waardoor er sprake is van verschillende *specifieke discriminatieverboden*.⁴ Zij zullen dan ook afzonderlijk besproken worden.⁵

107. Een derde kenmerk waarmee het Europese antidiscriminatierecht zich aftekent van het algemene gelijkheidsbeginsel is dat het een minder verreikende *materiële werkingssfeer* heeft: het kan alleen gelden binnen de grenzen van de bevoegdheden die de lidstaten afgestaan hebben aan de Unie. En – zoals bekend – houden die bevoegdheden in de eerste plaats verband met de creatie van een geïntegreerde Europese markt. In tegenstelling tot het gelijkheidsbeginsel als mensenrecht geldt het EG-discriminatieverbod dus *niet* in alle gebieden van het dagelijkse leven.⁶ Hier moet wel aan toegevoegd worden dat de bevoegdheidssfeer van de Gemeenschap stelselmatig uitdijt, waardoor het Europees gelijkheidsbeginsel in toenemende mate ook gelding krijgt in deelgebieden van het leven die met de eenmaking en werking van de Europese markt weinig uitstaans hebben.

108. Tegenover de net vermelde beperkte materiële werkingssfeer van het EG-discriminatieverbod, staat een uitzonderlijk ruim *personeel toepassingsgebied*: het verbod moet niet alleen in acht genomen worden door de Europese overheid zelf, maar geldt ook in de verhouding tussen lidstaten en hun onderdanen en in de relatie tussen particulieren onderling. Zo verplicht het Europees recht lidstaten en Gemeenschapsburgers om, onder andere in de sfeer van arbeid en beroep, hun onderdanen respectievelijk medeburgers niet ongelijk te behandelen op basis van de criteria geslacht, ras of etnische afstamming, geloof of overtuiging, handicap, seksuele geaardheid en EU-nationaliteit.

3 Alleen al op het vlak van geslachtsdiscriminatie bestaat een dermate grote hoeveelheid aan uiteenlopende bepalingen van secundair recht dat de Commissie het nodig achtte om een initiatief te nemen tot “vereenvoudiging en verbetering” van de bestaande regelgeving. Zie de *Options Paper* van de Commissie “Simplification and improvement of legislation in the area of equal treatment between men and women”, www.europa.eu.int/comm/employment_social/equ_opp/news_en.html.

4 Het Hof laat echter niet na te beklemtonen dat al deze discriminatieverboden een gemeenschappelijke bron hebben in het “algemeen gelijkheidsbeginsel”. Zie bv. H.v.J. 19 oktober 1977, *Ruckdeschel*, 117/76, *Jur.* 1977, 1753, r.o. 7.

5 Over de voordelen van specifieke discriminatieverboden in vergelijking tot een algemeen verbod, zie P. FOUBERT, “Het discriminatieverbod in de arbeidsrelatie – Een overzicht van de relevante Europeesrechtelijke bepalingen”, *Oriëntatie* 2002, nr. 8/9, 196-198.

6 De meesten onder hen gelden zelfs niet op alle gebieden waarop de Gemeenschap bevoegd is. Zo bv. het verbod van geslachtsdiscriminatie dat alleen in de sfeer van arbeid en beroep werking heeft. Het verbod van nationaliteitsdiscriminatie (art. 12 EG-Verdrag) daarentegen geldt “binnen de werkingssfeer van dit verdrag”.

Afdeling 2. Oorsprong discriminatieverbod

§ 1. Algemeen

109. Het Gemeenschapsverdrag bevat talrijke verwijzingen naar het gelijkheidsbeginsel. Zo verbiedt artikel 12 EG-Verdrag (oud art. 6) elke discriminatie op grond van nationaliteit “binnen de werkingssfeer van dit verdrag” – een verbod dat in het verdrag gespecificeerd wordt voor goederen (art. 28 EG-Verdrag, oud art. 30), werknemers (art. 39 EG-Verdrag, oud art. 48), zelfstandigen (art. 43 EG-Verdrag, oud art. 52), diensten (art. 49-50, EG-Verdrag, oude art. 59-60) en kapitaal (art. 59-60 en 294 EG-Verdrag, oude art. 73b-73g en 221).⁷ Artikel 141 EG-Verdrag (oud art. 119), verlangt respect voor “het beginsel van gelijke beloning van mannelijke en vrouwelijke werknemers voor gelijke arbeid”. Ten slotte bevat het verdrag een specifiek discriminatieverbod met betrekking tot de landbouw- en transportsector (art. 34 lid 2 en 75 EG-Verdrag, oude art. 40 en 79), aangaande binnenlandse belastingen (art. 90 EG-Verdrag, oud art. 95) en kartelrecht (art. 81 lid 1 d en 82 c EG-Verdrag, oude art. 77 en 78).⁸

110. Zoals de titel van het oorspronkelijke verdrag – Verdrag tot oprichting van de Europese *Economische* Gemeenschap – al aangeeft, had de voorloper van de huidige Gemeenschap in de eerste plaats een economische roeping. De vermelde discriminatieverboden strekten er aanvankelijk niet toe de waardigheid en gelijkheid van de Europese burger met meer waarborgen te omkleden, wel om de economische doelstelling van de Gemeenschap, de eenmaking van de nationale Europese markten, te bevorderen.⁹

§ 2. Nationaliteitsdiscriminatie

111. Het verbod van nationaliteitsdiscriminatie speelde een centrale rol in de totstandkoming van de Europese markt zonder binnengrenzen. Het verschaftte elke gemeenschapsonderdaan het recht om in een vreemde lidstaat ongehinderd economische activiteiten te ontplooiën. Elke nationale rechtsregel die werknemers, zelfstandigen of tijdelijke dienstenverstrekkers uit vreemde lidstaten ongelijk behan-

7 Het verbod om economische agenten uit vreemde lidstaten te discrimineren op grond van hun nationaliteit is alleen wat werknemers betreft uitdrukkelijk in het verdrag vermeld. Wat de overige categorieën economische agenten aanbelangt, is het discriminatieverbod een voortvloeisel uit de rechtspraak van het Europees Hof van Justitie. Zie C. HILSON, “Discrimination in Community Free Movement Law”, *E.L.Rev.* 1999, 445-446.

8 Voor een compleet overzicht van de belangrijkste discriminatieverboden zie J. WOUTERS, *l.c.*, *EC Tax Review* 1999, 99-100. Zie ook G. DE BÚRCA, “The Role of Equality in European community Law”, in A. DASHWOOD en S. O’LEARY (eds.), *The Principle of Equal Treatment in E.C. Law*, London, Sweet & Maxwell, 1997, 15 en P. FOUBERT, “Het discriminatieverbod in de arbeidsrelatie – Een overzicht van de relevante Europeesrechtelijke bepalingen”, *l.c.*, 196-210.

9 Voor een bespreking van de politieke doelstellingen die schuil gaan achter de instelling van een gemeenschappelijke markt, zie o.a. P. CRAIG en G. DE BÚRCA, *EU Law, Text, Cases and Materials*, Oxford, Oxford University Press, 2003, 5-10 en M. MAHLMANN, “Gerechtigheidsvragen im Gemeinschaftsrecht”, in U. RUST, *Die Gleichbehandlungsrichtlinien der EU und ihre Umsetzung in Deutschland*, Bremen, Loeckner Protokolle 40/03, 2003, 47.

delde, kon voor een plaatselijke rechter worden aangevochten.¹⁰ Als de rechter de strijdigheid van de bestreden regel met het hoger Europees recht vaststelde (eventueel na een prejudiciële vraag aan het Europees Hof van Justitie), was hij ertoe verplicht hem buiten toepassing te laten.¹¹ Zo fungeerde het verbod van nationaliteitsdiscriminatie als een breekijzer waarmee de nationale regulatieve barrières voor het vrij verkeer van werknemers, zelfstandigen en dienstenverleners beslecht werden.¹² MORE schrijft in dit verband:

The principle of equal treatment and its corollary of non-discrimination have been the keys to the breaking down of protectionist barriers between member state markets and to the creation of a unified market. (...) The rule of non-discrimination has been used by individual litigants, the Commission and the ECJ to eliminate practices and policies of the individual Member States, which have in some way protected the home market from the entry of imported goods/services/labour from other parts of the common market.¹³

112. De inhoud en draagwijdte van het verbod van nationaliteitsdiscriminatie werd aanvankelijk volledig bepaald door zijn functie als “markt-eenmaker”.¹⁴ Het beschermde burgers van lidstaten niet als zodanig, maar alleen in hun hoedanigheid van migrerende werknemer, zelfstandige, dienstenverstrekker of dienstenontvanger.¹⁵ De bescherming van het communautaire gelijkheidsbeginsel gold zodoende voor een beduidend kleinere categorie burgers dan het *mensenrecht* op gelijke behandeling (bv. in art. 14 E.V.R.M. of art. 11 I.V.B.P.R.): (1) niet-actieve EG-onderdanen, (2) onderdanen afkomstig uit derdelanden¹⁶ en (3) eigen onderdanen konden geen aanspraak maken op communautaire protectie tegen nationaliteitsdiscriminatie.¹⁷ Het recht op gelijke behandeling ongeacht nationale afkomst was kortom een voorrecht van de marktburger, “a pure right to access to other markets”.¹⁸ Het werd niet beschermd vanwege zijn intrinsieke morele waarde, maar omdat het nuttig was voor het realiseren van de nieuwe economische orde die de oprichters van de Gemeenschap voor ogen stond.¹⁹

10 Op grond van de rechtstreekse werking van het Europees recht. Zie bv. K. LENAERTS en P. VAN NUFFEL, *Europees recht in hoofdlijnen*, Antwerpen, Maklu, 2003, 619-622.

11 Op grond van de voorrang of primauteit van het Europees recht. *Ibid.*, 596-606.

12 Het verbod van nationaliteitsdiscriminatie fungeerde met andere woorden als een integratiemechanisme. Zie J.H. GERARDS, *o.c.*, 222.

13 Zie G. MORE, *l.c.*, 522.

14 Over de zogenoemde “market-unifying role of equal treatment” zie *ibid.*, 521-530.

15 DE BURCA schrijft in dit verband: “In this sense, the principle of non-discrimination is a tool which is appropriated to further the aims of the Community and, accordingly, it is shaped by the Community’s goals” (G. DE BURCA, *l.c.*, 24). MAHLMANN schrijft in vergelijkbare zin: “Das Verbot wurde dabei wesentlich als auf die Verwirklichung des Binnenmarktes ausgerichtet interpretiert” (M. MAHLMANN, *l.c.*, 49).

16 Hoewel de onderdanen van derdelanden, veel meer nog dan burgers van de EU, behoefte hebben aan bescherming tegen discriminatie. Zie G. MORE, *l.c.*, 530. Zie ook S. DOUGLAS SCOTT, *Constitutional Law of the European Union*, London, Longman, 2002, 489.

17 “Omgekeerde discriminatie” (discriminatie in het nadeel van eigen onderdanen in vergelijking met onderdanen van een vreemde lidstaat) is alleen geoorloofd in zuiver interne situaties. In een aan het gemeenschapsrecht onderworpen situatie daarentegen kunnen onderdanen zich wel tegen hun eigen staat beroepen op het verbod van nationaliteitsdiscriminatie (*cf. infra*, nrs. 356-358).

18 Zie G. MORE, *l.c.*, 536.

19 Voor een beschrijving van die instrumentele rol van het gelijkheidsbeginsel zie G. DE BURCA, *l.c.*, 24-29.

§ 3. Geslachtsdiscriminatie

113. Net als het verbod van nationaliteitsdiscriminatie, had ook het recht op gelijke beloning ongeacht geslacht in de eerste plaats een economische *ratio*.²⁰ Artikel 141 EG-Verdrag (oud art. 119) werd opgenomen in het verdrag op aandringen van Frankrijk. De Franse Regering vreesde dat zonder een algemene plicht tot uitbetaling van een gelijk loon voor mannen en vrouwen, de concurrentiepositie van de Franse industrie gevaar zou lopen. In Frankrijk was immers sociale wetgeving van kracht die bedrijven (en de overheid) ertoe verplichtte mannen en vrouwen gelijk te belonen voor gelijke arbeid. De Franse economie kon zo – in tegenstelling tot verschillende andere lidstaten – geen gebruik maken van goedkope vrouwelijke arbeidskrachten om de productiekosten te drukken. Niet de bekommernis om gelijke rechten voor vrouwen, wel de zorg van Frankrijk om haar concurrentiepositie op de eengemaakte markt, gaf dus aanleiding tot de invoering van artikel 141.²¹ Doelstelling van artikel 141 was te zorgen voor gelijke kosten voor vrouwelijke arbeid op alle nationale markten, en niet het bereiken van een grotere gelijkheid van mannen en vrouwen in arbeid en beroep.²²

Afdeling 3. Constitutionalisering verbod nationaliteits- en geslachtsdiscriminatie

§ 1. Algemeen

114. De ontwikkeling die het verbod van nationaliteits- en geslachtsdiscriminatie doormaakten kan omschreven worden met de aan MORE ontleende term “constitutionalisering”.²³ Hiermee verwijst zij naar een dubbele ontwikkeling. Enerzijds naar de evolutie van de verdragsbepalingen inzake discriminatie tot individuele, voor een rechter afdwingbare rechten (subjectivering). Anderzijds naar het feit dat de communautaire discriminatieverboden geleidelijk hun karakter van marktrechten ontstijgen en zich ontwikkelen in de richting van fundamentele rechten van de Europese burger.²⁴ GERARDS schrijft in dit verband dat op sommige gebieden “het gelijkheidsbeginsel een meer constitutioneel karakter gekregen heeft en primair tot functie heeft de belangen van het individu te beschermen”.²⁵ DE BÚRCA

20 Zie in dit verband o.a. C. BARNARD, “The Economic Objectives of Article 119”, in T.K. HARVEY en D. O’KEEFFE, *Sex Equality law in the European Union*, Chistester, John Wiley & Sons, 1996, 321-334.

21 In de woorden van DE BÚRCA was de bedoeling van art. 141 EG-Verdrag “to level the playing field”. Zie G. DE BÚRCA, *l.c.*, 27.

22 Een dissidente stem in de literatuur komt van HOSKYNS. Zij betoogt dat art. 141 EG-Verdrag (oud art. 119) niet alleen om economische redenen in het verdrag gevoegd is, maar ook als een onrechtstreeks gevolg van vrouwelijk activisme vóór, tijdens en na WO II. Inspiratiebronnen voor deze bepaling zouden het art. 100 van het IAO-Verdrag en de Franse gelijkebehandelingswetgeving geweest zijn, twee documenten die onder druk van vrouwelijke werknemers (vooral in Frankrijk) totstandkwamen. Zie C. HOSKYNS, *Integrating Gender*, London, Verso, 1996, 196.

23 G. MORE, *l.c.*, 533-536

24 G. MORE, *l.c.*, 533-536. Dit impliceert niet alleen dat het recht op gelijke behandeling voortaan om andere (niet-economische, maar fundamenteel ethische) redenen beschermd wordt, maar ook dat het in toenemende mate gelding kan vinden buiten de sfeer van het economische (bv. in de sociale zekerheid of op het vlak van onderwijs). Zie ook J.H. GERARDS, *o.c.* 223.

25 J.H. GERARDS, *o.c.*, 224-225.

beschrijft de functieverandering van het communautaire gelijkheidsbeginsel als de overgang van een instrumentele of strategische naar een “autonome” benadering.²⁶ BELL spreekt van “a process of transition from a free movement right to a fundamental right”.²⁷

§ 2. Nationaliteitsdiscriminatie

115. Zoals gezegd had het recht op gelijke behandeling ongeacht nationale afkomst aanvankelijk een sterk economisch karakter: alleen EG-onderdanen die als werknemer, zelfstandige of dienstenverstrekker in een vreemde lidstaat actief waren konden hierop aanspraak maken. Categorieën burgers zoals studenten, toeristen, gepensioneerden, bijstandstrekkers of zorgbehoevenden genoten geen communautair recht op gelijke behandeling vanwege een gastlidstaat. Het was immers de bedoeling van de Europese *Economische* Gemeenschap om nationale economieën te integreren, niet om alle Europese burgers ten aanzien van elke lidstaat en op alle vlakken een recht op gelijke behandeling toe te kennen om zo een Europees burgerschap in het leven te roepen.

116. De instellingen van de Gemeenschap – het Europees Hof van Justitie voorop – hebben het recht op gelijke behandeling van de migrerende “marktburger” geleidelijk uitgebreid tot een recht dat toekomt aan alle Europese burgers. Het Hof zorgde eerst voor een bijzonder ruime interpretatie van de begrippen “werknemer” en “verstrekker of ontvanger van diensten”, waardoor verschillende categorieën personen die niet of nauwelijks deelnemen aan het intracommunautair economisch verkeer onder het toepassingsgebied van het gelijkebehandelingsgebod vielen (*cf. infra* nrs. 360-372). Met de invoering in het EG-Verdrag van het Unieburgerschap (en de operationalisering van die rechtsfiguur in de rechtspraak van het Hof)²⁸ ontwikkelde het verbod van nationaliteitsdiscriminatie zich nog meer tot een recht van elke Europese burger: iedere burger van een lidstaat die wettig in een vreemde lidstaat verblijft kan voortaan aanspraak maken op een even gunstige behandeling als eigen onderdanen van die lidstaat (*cf. infra*, nrs. 381-383). Het recht op gelijke behandeling ongeacht nationale afkomst is niet langer een marktrecht, maar een burgerrecht.²⁹ Het kan (nog) geen mensenrecht genoemd worden omdat eigen onderdanen³⁰, noch derdelanders zich met een beroep op het communautaire recht tegen nationaliteitsdiscriminatie kunnen verzetten.³¹

26 G. DE BÚRCA, *l.c.*, 30-31.

27 M. BELL, *Anti-Discrimination Law and the European Union*, Oxford, Oxford University Press, 2002, 39.

28 *Cf. infra*, nrs. 373-383.

29 G. MORE, *l.c.*, 536-540.

30 Met uitzondering van eigen onderdanen die zich in een situatie bevinden die onderworpen is aan het gemeenschapsrecht *cf. infra* nrs. 356-358.

31 Zie *ibid.*, 36-39 en G. DE BÚRCA, *l.c.*, 27.

§ 3. Geslachtsdiscriminatie

117. Gedurende bijna twintig jaar leidde artikel 141 EG-Verdrag een slapend bestaan.³² Sommige lidstaten hadden de in die bepaling vervatte verplichting (de verplichting om vóór 1 januari 1962 te zorgen voor een gelijk loon voor mannen en vrouwen die gelijke arbeid verrichten)³³ al volbracht voor de inwerkingtreding van het verdrag. Andere landen hadden in de tweede helft van de jaren zeventig nog geen enkele maatregel getroffen ter implementatie van het communautaire beginsel van gelijk loon ongeacht het geslacht. Die landen gingen er doorgaans vanuit dat artikel 141 een louter “regulerende” bepaling was (die lidstaten verplichtte de vrije markt te reguleren)³⁴ en niet een bepaling die een individueel recht toekende aan hun burgers.

118. De uitspraak van het Europees Hof van Justitie in de tweede zaak *Defrenne* (1976) bracht duidelijkheid in dit verband. In de vermelde zaak oordeelde het Hof dat aan artikel 141 EG-Verdrag rechtstreekse werking toekomt (al in het eerste arrest *Defrenne* had het Hof impliciet deze rechtstreekse werking erkend)³⁵ en dat individuen voortaan hun recht op gelijk loon zelf voor de nationale rechter konden afdwingen.³⁶ In diezelfde uitspraak maakte het Hof komaf met de opvatting dat artikel 141 alleen strekt tot het wegwerken van concurrentievervalsingen tussen ondernemingen die in verschillende lidstaten gevestigd zijn.³⁷ Het bewuste artikel dient volgens het Hof zowel het net vermelde economische doel alsook een aantal van de sociale doelstellingen van het verdrag (verbetering van de levensomstandigheden en arbeidsvoorwaarden, sociale vooruitgang), en vormt zodoende een van de fundamenteën van de Gemeenschap.³⁸

119. BELL ziet in deze nieuwe benadering van het verbod van beloningsdiscriminatie een teken van de overgang van een *markt-integratie model* van sociale politiek – waarin alleen sociale politiek gevoerd wordt voor zover dit de eenmaking of de goede werking van de markt bevordert – naar een model van autonome sociale politiek, het *sociale-politiek model*.³⁹ De rechten van vrouwen worden beschermd, niet omdat

32 Meer bepaald van bij de inwerkingtreding van het verdrag op 1 januari 1958 tot de uitspraak van het Hof in de zaak *Defrenne II* op 8 april 1976. Die laatste uitspraak verleende art. 141 EG-Verdrag (oud art. 119) rechtstreekse werking. Zie H.v.J. 8 april 1976, *Defrenne*, 43/75, *Jur.* 1976, 445. Enige uitzondering op de “slaap” van art. 141 was de uitvaardiging van Richtlijn 75/117 (Richtlijn 75/117/EEG van de Raad van 10 februari 1975 betreffende het nader tot elkaar brengen van de wetgeving der lidstaten inzake de toepassing van het beginsel van gelijke beloning voor mannelijke en vrouwelijke werknemers, *PB*. 1975, *L.* 45/19). Deze harmonisatierichtlijn was gebaseerd op art. 94 EG-Verdrag (oud art. 100) en strekte ertoe de inhoud van art. 141 te verduidelijken.

33 Voor de nieuwe lidstaten was die ultieme datum 1 januari 1973. Over de datum waarop het beginsel van gelijk loon geïmplementeerd hoorde te zijn in het recht van de lidstaten zie H.v.J. 8 april 1976, *Defrenne*, 43/75, *Jur.* 1976, 445, r.o. 42-65.

34 *Ibid.*, r.o. 36. Zie ook G. MORE, *l.c.*, 541.

35 H.v.J. 25 mei 1971, *Defrenne*, 80/70, *Jur.* 1971, 445.

36 H.v.J. 8 april 1976, *Defrenne*, 43/75, *Jur.* 1976, 445, r.o. 40.

37 Zie P. CRAIG en G. DE BURCA, *o.c.*, 847.

38 H.v.J. 8 april 1976, *Defrenne*, 43/75, *Jur.* 1976, 445, r.o. 8-12.

39 Zie M. BELL, *o.c.*, 6-31, 45 en 51-53.

dat de eerlijke concurrentie ten goede komt, maar om de sociale positie van de vrouw in de arbeidssfeer te verbeteren.⁴⁰

120. In *Schröder* gingen de Luxemburgse rechters nog een stap verder en oordeelden dat het recht op gelijke behandeling van mannen en vrouwen *ex* artikel 141 EG-Verdrag niet alleen een economische en sociale dimensie heeft, maar bovendien “een van de fundamentele rechten van de mens is, waarvan het Hof de eerbiediging heeft te verzekeren”.⁴¹ Het oordeelde zelfs dat het economische doel van artikel 141 ondergeschikt is aan zijn sociaal-mensenrechtelijke doelstelling.⁴²

Afdeling 4. Uitbreiding geslachtsdiscriminatieverbod

121. Het zojuist beschreven verbod van geslachtsdiscriminatie uit artikel 141 EG-Verdrag had slechts een beperkte beschermende waarde, zolang discriminatie op grond van geslacht mogelijk bleef met betrekking tot andere arbeidsvoorwaarden dan beloning.⁴³ Volgens BELL beschikte de Commissie dankzij de jurisprudentie waarin het Hof de gelijke beloningsverplichting uit artikel 141 tot een individueel (grond)recht verhief, over een sterk mandaat om ook aangaande andere arbeidsvoorwaarden dan beloning wetgevende initiatieven te nemen.

122. Dit was ook wat gebeurde: de Commissie diende bij de Raad een voorstel in voor een richtlijn die in vrijwel alle aspecten van de arbeidsrelatie de gelijke behandeling van mannen en vrouwen voorschreef. Dat voorstel gaf op 9 februari 1976 aanleiding tot Richtlijn 76/207 van de Raad “betreffende de tenuitvoerlegging van het beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen ten aanzien van de toegang tot het arbeidsproces, de beroepsopleiding, de promotiekansen en ten aanzien van de arbeidsvoorwaarden”.⁴⁴ Omdat het verdrag geen bevoegdheid bevatte om maatregelen te treffen ter bestrijding van geslachtsdiscriminatie, werd de richtlijn gebaseerd op artikel 235 EG-Verdrag [huidig art. 308].⁴⁵ Die bepaling

40 Zie in dit verband D. CUYPERS (ed.), “There will never be equality in the servant’s hall. Gelijkheid in het arbeidsrecht”, in D. CUYPERS, *Gelijkheid in het arbeidsrecht. Gelijkheid zonder grenzen?*, Antwerpen, Intersentia, 2003, 313-314.

41 H.v.J. 10 februari 2000, *Schröder*, C-50/96, *Jur.* 2000, I-743.

42 *Ibid.* P. CRAIG en G. DE BÚRCA wijzen erop dat uit de uitspraak van het Hof afgeleid kan worden dat de voorrang van de mensenrechtelijke dimensie van het gelijkheidsbeginsel niet alleen geldt voor art. 141 EG-Verdrag, maar voor alle aspecten van het communautaire discriminatieverbod. Zie P. CRAIG en G. DE BÚRCA, *o.c.*, 848.

43 FOUBERT noemt het geslachtsdiscriminatierecht, zolang het enkel en alleen zag op beloningsdiscriminaties, “een lege doos”. Zie P. FOUBERT, “Het discriminatieverbod in de arbeidsrelatie – Een overzicht van de relevante Europeesrechtelijke bepalingen”, *l.c.*, 202.

44 Richtlijn 76/207 EEG van de Raad betreffende de tenuitvoerlegging van het beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen ten aanzien van de toegang tot het arbeidsproces, de beroepsopleiding, de promotiekansen en ten aanzien van de arbeidsvoorwaarden, *PB* 1976, *L.* 39/40. Gewijzigd door Richtlijn 2002/73/EG van het Europees Parlement en de Raad van 23 september 2002 tot wijziging van Richtlijn 76/207/EEG van de Raad betreffende de tenuitvoerlegging van het beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen ten aanzien van de toegang tot het arbeidsproces, de beroepsopleiding en de promotiekansen, en ten aanzien van de arbeidsvoorwaarden, *PB* 2002, *L.* 269/15.

45 De Wijzigingsrichtlijn 2002/73 was gebaseerd op het nieuwe art. 141 lid 3 EG-Verdrag.

maakt een gemeenschapsoptreden waarvoor geen bevoegdheid voorzien is mogelijk, wanneer dat optreden noodzakelijk is om een van de doelstellingen uit het verdrag te verwezenlijken.

123. Deze zogenoemde Richtlijn gelijke behandeling man-vrouw is het startschot voor de vorming van een uitgebreid communautair geslachtsdiscriminatierecht. Zo heeft de Europese wetgever het beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen ook van toepassing gemaakt op de zelfstandigen⁴⁶ en op de sector van de sociale zekerheid⁴⁷, heeft hij voorzien in een bijzondere bescherming van zwangere werkneemsters⁴⁸, van werknemers die pas ouder geworden zijn⁴⁹ en van deeltijdwerknemers, en is ten slotte de bewijslast op een voor slachtoffers van discriminatie gunstige wijze verdeeld.⁵⁰

124. Omdat het verdrag geen bijzondere bevoegdheid bevatte voor het creëren van een communautair geslachtsdiscriminatierecht, heeft de Raad gebruik gemaakt van de algemene bevoegdheidsbepalingen uit de artikelen 308 EG-Verdrag (oud art. 235) en 94 EG-Verdrag (oud art. 100)⁵¹ en van de sociale artikelen 138 EG-Verdrag (oud art. 118a) en 137 EG-Verdrag (het oude Sociale Protocol). Pas met het Verdrag van Amsterdam (1997) is in het verdrag een specifieke bevoegdheid opgenomen voor het aannemen van maatregelen ter bestrijding van geslachtsdiscriminatie “in werkgelegenheid en beroep met inbegrip van het beginsel van gelijke beloning voor gelijke of gelijkwaardige arbeid” (art. 141 lid 3 EG-Verdrag) en “binnen de grenzen van de door dit verdrag aan de Gemeenschap verleende bevoegdheden” (art. 13 EG-Verdrag).⁵²

125. Twee verdere verdragswijzigingen wijzen erop dat het Europees geslachtsdiscriminatierecht een volgende fase ingegaan is: artikel 141 lid 4 EG-Verdrag dat positieve actie ter verwezenlijking van een volledige feitelijke gelijkheid tussen

46 Richtlijn 86/613/EEG van de Raad van 11 december 1986 betreffende de toepassing van het beginsel van gelijke behandeling van zelfstandig werkzame mannen en vrouwen, de landbouwsector daarbij inbegrepen, en tot bescherming van het moederschap, *PB*. 1986, *L*. 359/56.

47 Richtlijn 79/7/EEG van de Raad van 19 december 1978 betreffende de geleidelijke tenuitvoerlegging van het beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen op het gebied van de sociale zekerheid, *PB*. 1979, *L*. 6/24 en Richtlijn 86/378 EEG van de Raad van 24 juli 1986 betreffende de tenuitvoerlegging van het beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen in ondernemings- en sectoriële regelingen inzake sociale zekerheid, *PB*. 1986, *L*. 225/40. Gewijzigd door Richtlijn 96/97/EG van de Raad van 20 december 1996 tot wijziging van Richtlijn 86/378/EEG betreffende de tenuitvoerlegging van het beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen in ondernemings- en sectoriële regelingen in sociale zekerheid, *PB*. 1997, *L*. 046.

48 Richtlijn 92/85/EEG van de Raad van 19 oktober 1992 inzake de tenuitvoerlegging van maatregelen ter bevordering van veiligheid en gezondheid van werkneemsters tijdens de zwangerschap, na de bevalling en tijdens de lactatie, *PB*. 1992, *L*. 348.

49 Richtlijn 96/34/EG van de Raad van 3 juni 1996 betreffende de door de UNICE, het CEEP en het EVV gesloten raamovereenkomst inzake ouderschapsverlof, *PB*. 1996, *L*. 145.

50 Richtlijn 97/80/EG van de Raad van 15 december 1997 inzake de bewijslast in gevallen van discriminatie op grond van geslacht, *PB*. 1998, *L*. 014.

51 Voor Richtlijn 86/378 en 86/613 heeft de Raad deze beide bevoegdheidsbepalingen gecombineerd.

52 Op basis van art. 13 EG-Verdrag kunnen dus maatregelen getroffen worden die de sfeer van arbeid en beroep te buiten gaan, iets wat niet kan op grond van art. 141 lid 3 EG-Verdrag. De vereiste wetgevingsprocedure voor op art. 13 gefundeerde maatregelen is zowel veeleisender (unanimiteit in de raad) als minder democratisch (geringe rol Europees Parlement).

mannen en vrouwen uitdrukkelijk toestaat, en artikel 3 lid 2 EG-Verdrag dat bepaalt dat de Gemeenschap er bij elk optreden naar moet streven “de ongelijkheden tussen mannen en vrouwen op te heffen en de gelijkheid van mannen en vrouwen te bevorderen”. Het gaat hier om het zogenoemd gelijkebehandelingsrecht van de vierde generatie.⁵³ Dit is erop gericht “positieve verplichtingen [op te leggen] aan die instanties en organisaties die in staat zijn daadwerkelijk bij te dragen aan structurele veranderingen die noodzakelijk zijn om ongelijkheden tussen de seksen te bestrijden”.⁵⁴

126. Het fundamentele karakter van het verbod van geslachtsdiscriminatie in het communautaire rechtstelsel werd geconsacreerd door de invoeging (door het Verdrag van Amsterdam) van een nieuwe gemeenschapsdoelstelling in artikel 2 EG-Verdrag: “de gelijkheid van mannen en vrouwen”.

127. *Verklaringen* voor het feit dat het geslachtsdiscriminatierecht kon uitgroeien tot “a separate citadel in the fortress of Community law”⁵⁵, zonder dat hiervoor een specifieke bevoegdheid was voorzien in het verdrag⁵⁶, zijn in de literatuur *legio*. Een eerste belangrijk element van verklaring is volgens BELL dat het verbod van geslachtsdiscriminatie bijdraagt tot zowel de economische⁵⁷ als de sociale⁵⁸ doelstellingen van de Gemeenschap.⁵⁹ Zoals bekend is een communautair optreden alleen verantwoord wanneer het de verwezenlijking van één of verschillende van de doelen van de Gemeenschap dient.

128. Het loutere feit dat een communautair verbod van geslachtsdiscriminatie een bijdrage kan leveren tot de sociale en economische verdragsdoelen verklaart nog niet afdoende waarom deze tak van het sociaal beleid van de Gemeenschap zo succesvol was. HOSKYNs voert hiervoor drie bijkomende verklaringselementen aan: de toe-

53 De drie eerste generaties betreffen achtereenvolgens (1) het wegwerken van *formele* juridische ongelijkheden; (2) het verbieden van directe en indirecte discriminaties in deelgebieden van het dagelijks leven en (3) de uitbreiding van normstelling en toepassingsgebied van de de regels van de tweede generatie en het zorgen voor een effectieve sancties. Zie R. HOLTMAAT en E. CREMERS, “Europa en Gelijke Behandeling. Nieuwe Herzieningsrichtlijn m/v. Notitie met betrekking tot Options Paper ‘Vereenvoudiging en verbetering van wetgeving op het gebied van gelijke behandeling van mannen en vrouwen’ van de Europese Commissie”, in opdracht van Clara Wichmann Instituut en E-Quality, 2003, www.gelijkebehandeling.nl en www.equality.nl, 6. Deze indeling in generaties is ontleend aan S. FREDMAN, *Discrimination Law*, Clarendon Law Series, Oxford, Oxford University Press, 2002, 6 en 196.

54 *Ibid.*

55 LORD WEDDERBURN, *Labour Law and Freedom: Further Essays in Labour Law*, London, Lawrence and Wishart, 1995, 225.

56 Tot in 1999 het Verdrag van Amsterdam in werking trad, en daarmee ook het nieuwe art. 141 lid 3 EG-Verdrag. Op dat ogenblik had het Europese geslachtsdiscriminatierecht echter al bijna volledig vorm gekregen.

57 Zo wordt er doorgaans van uitgegaan dat een Europawijde bescherming tegen geslachtsdiscriminatie bijdraagt tot de bereidheid van individuen om zich naar een vreemde lidstaat te begeven (de afwezigheid van dergelijke bescherming zou althans een belangrijke belemmering voor het vrij verkeer van personen kunnen betekenen).

58 Zo draagt de bescherming van de vrouw tegen discriminatie bij tot de sociale doelstellingen “de gestage verbetering van de levensomstandigheden en de arbeidsvoorwaarden” en tot “een adequate sociale bescherming”. Zie art. 137 EG-Verdrag.

59 M. BELL, *o.c.*, 50.

genomen mobilisatie van vrouwen in de jaren zeventig, de economische noodzaak om vrouwen te integreren in de arbeidsmarkt, en het feit dat voor de bestrijding van geslachtsdiscriminatie al een aanknopingspunt in het verdrag bestond (art. 141 EG-Verdrag).⁶⁰

129. Doorgaand op dat laatste punt, wijst BELL erop dat de activistische wijze waarop het Hof artikel 141 EG-Verdrag interpreteerde (als een fundamenteel sociaal recht van het individu) bijgedragen heeft tot de ontwikkeling van het Europees discriminatieverbod. De rechtspraak waarin het Hof het recht op gelijke behandeling van mannen en vrouwen tot een fundamenteel beginsel van de Gemeenschap maakte, gaf de wetgevende instellingen volgens deze auteur een sterke impuls om wetgevingsinitiatieven te nemen op het vlak van de gelijke behandeling van mannen en vrouwen – ook buiten de sfeer van het recht op gelijke beloning.⁶¹

130. Dezelfde auteur wijst verder op een aantal zuiver *politieke* omstandigheden die meehelpen om de spectaculaire groei van het geslachtsdiscriminatierecht te verklaren: in de jaren zeventig (en opnieuw in de jaren negentig) werd de Europese Gemeenschap geconfronteerd met een sterke afname van haar populaire legitimiteit. De communautaire wetgever wilde het tij keren door de Gemeenschap een meer sociaal gezicht te geven en koos de strijd tegen geslachtsdiscriminatie als strijdthema. Men redeneerde dat de bescherming van de rechten van de vrouw uitzonderlijk geschikt was om het draagvlak van het Europese project te vergroten omdat zij niet slechts een kleine minderheid ten goede kwam (zoals bv. bij ras of seksuele geaardheid het geval zou zijn), maar ruim de helft van de Europese bevolking.⁶² ELLIS betoogt dat de keuze voor de gelijke behandeling van mannen en vrouwen als sociaal thema ook ingegeven was door de opvatting dat het daarbij ging om een relatief “onschuldige” tak van het discriminatierecht.⁶³ Over het recht van vrouwen op gelijke behandeling in de beroepssfeer bestond een brede maatschappelijke consensus, terwijl de bestrijding van discriminatie op grond van bijvoorbeeld seksuele geaardheid of leeftijd veel controversiëler was.

131. Een laatste politiek gegeven dat volgens BELL van grote invloed was op de vooruitgang van de bescherming tegen geslachtsdiscriminatie in de jaren zeventig en negentig is dat in die periode onder de lidstaten van de Gemeenschap een grote meerderheid van linkse regeringen aan de macht was.⁶⁴

Afdeling 5. Andere discriminatiegronden *ante* artikel 13 EG-Verdrag

132. De bloei van het communautaire nationaliteits- en geslachtsdiscriminatieverbod ging niet gepaard met een vergelijkbare ontwikkeling van de andere takken van

60 C. HOSKYNYS, *Integrating Gender*, London, Verso, 1996, 196.

61 *Ibid.*, 45.

62 *Ibid.*, 43.

63 E. ELLIS, *European Community Sexual Equality Law*, Oxford, Oxford University Press, 1991, 40.

64 M. BELL, *o.c.*, 48.

het discriminatierecht. Wat discriminatie op grond van ras, handicap en leeftijd aangaat, kwamen de Europese instellingen aanvankelijk niet verder dan de uitvaardiging van een aantal *soft-law* maatregelen en de organisatie van programma's ter stimulering van gelijke behandeling.⁶⁵ Discriminatie op basis van seksuele geaardheid was zelfs niet het voorwerp van dergelijke niet-afdwingbare regelingen.⁶⁶

133. Wel hanteerde de Commissie een tijdlang een antidiscriminatie-strategie waarbij het antidiscriminatie-clausules inlaste in voorstellen voor wetgeving. In de Televisierichtlijn van 1989 nam de Raad een dergelijke clausule ook daadwerkelijk op.⁶⁷ De bedoelde richtlijn verplicht lidstaten ertoe te waarborgen dat uitzendingen geen aanzet tot haat op grond van ras, geslacht, godsdienst of nationaliteit bevatten.⁶⁸ De strategie van de Commissie had echter slechts deze ene keer succes. Alle volgende commissievoorstellen om in richtlijnen een bindende non-discriminatiebepaling te voegen, werden door de Raad afgewezen.⁶⁹ Wel is het zo dat in recente wetteksten in verband met buitenlandse betrekkingen en ontwikkelingshulp steevast een verwijzing staat naar de ondersteuning van antidiscriminatie.⁷⁰

134. Op het vlak van rassendiscriminatie is er verder artikel 29 EU-Verdrag. Daarin wordt bepaald dat het een doel van de Unie is om een ruimte van vrijheid, veiligheid en rechtvaardigheid met een hoog niveau van zekerheid te scheppen, en dat de Unie daartoe zal streven naar "de ontwikkeling van gezamenlijk optreden van de lidstaten op het gebied van politieke en justitiële samenwerking in strafzaken en door voorkoming en bestrijding van racisme en vreemdelingenhaat". Al in 1996 kwam de Unie op die rechtsbasis (oud art. K. 3) tot een bindend gezamenlijk optreden, in verband met de verspreiding van racistische propaganda, aanzet tot discriminatie, negotisme en racistische organisaties.⁷¹

135. Verschillende auteurs hebben erop gewezen dat de bevoegdheidsbepalingen die gebruikt zijn om het geslachtsdiscriminatierecht uit te bouwen (huidige art. 308, 94, 137 en 138 EG-Verdrag)⁷² nochtans eveneens geschikt waren voor de ontwikkeling van een communautair verbod van discriminatie op andere gronden dan geslacht. Immers, ook de bestrijding van discriminatie op basis van bijvoorbeeld ras, religie of

65 M. MAHLMANN, *l.c.*, 51.

66 Dit hangt samen met (1) de idee dat homoseksualiteit op de werkvloer verborgen gehouden kan worden en bijgevolg minder bescherming behoeft; (2) het feit dat homoseksualiteit in de meeste lidstaten niet of pas zeer laat beschermd is tegen discriminatie en vooral met (3) het feit dat er geen sterke markt-*ratio* bestaat voor het verbieden van discriminatie op grond van seksuele geaardheid. Zie M. BELL, *o.c.*, 103; P. CRAIG en G. DE BÚRCA, *l.c.*, 844 en M. MAHLMANN, *l.c.*, 51.

67 Richtlijn 89/552, *PB*. 1989, L. 298/23. Zie M. BELL, *o.c.*, 64 en G. DE BÚRCA, *l.c.*, 27-28.

68 Zie art. 12 en 22 van de richtlijn.

69 Voor een overzicht zie M. BELL, *o.c.*, 96-97 en M. MAHLMANN, *l.c.*, 51, vn. 37.

70 Zie bv. Verordening 975/1999 (voorafgaande overweging 21).

71 Zie Gezamenlijk Optreden (96/443/BJZ) ter bestrijding van racisme en vreemdelingenhaat, *PB*. 1996, L. 185/5. Zie ook M. BELL, *o.c.*, 68.

72 De geschiktheid van deze artikelen voor de uitbouw van het geslachtsdiscriminatierecht is trouwens niet onbetwist. Zie S. DOUGLAS SCOTT, *o.c.*, 333, vn. 94.

handicap kan bijdragen tot de economische⁷³ en sociale⁷⁴ doelstellingen van de Gemeenschap.

[I]t has been argued that articles 100 and 235 [huidige art. 94 en 308], which formed the legal basis for much of the sex discrimination legislation, could equally well have supported parallel legislation prohibiting other forms of discrimination which could hinder the mobility of workers, or prevent their integration into a host Member State.⁷⁵

136. De verklaring voor het achterwege blijven van communautaire wetgeving inzake discriminatie op gronden als ras, geloof, handicap, leeftijd en seksuele geaardheid zijn goeddeels het spiegelbeeld van de redenen die hoger vermeld werden voor de bloei van het geslachtsdiscriminatierecht: een eerste belangrijke factor was zeker de afwezigheid van een specifiek aanknopingspunt in het EG-Verdrag. Zowel de Commissie als de Raad leken ervan uit te gaan dat de bestaande bevoegdheden niet konden volstaan voor antidiscriminatieregels op andere gronden dan geslacht en nationaliteit.⁷⁶ Bovendien waren maatregelen op het vlak van andere gronden dan geslacht zowel controversiëler alsook politiek minder interessant om de populariteit en legitimiteit van de EU te vergroten (*cf. supra* nrs. 127-131).

137. Toch bestond in het Europees recht al sinds de jaren zeventig een *algemeen discriminatieverbod*. Het Europees Hof van Justitie had namelijk het gelijkheidsbeginsel al in die periode verheven tot een algemeen beginsel van het EG-recht. Dit impliceert dat het voor de Gemeenschap zelf (evenals voor de lidstaten die optreden in het kader van hun gemeenschapsverplichtingen) al verboden was om te discrimineren op *eender welke grond*. Maakt de Gemeenschap toch een arbitrair onderscheid (bv. in haar ambtenarenstatuut), dan is de maatregel die dit onderscheid bevat vatbaar voor vernietiging door het Hof onder artikel 230 EG-Verdrag.⁷⁷

73 BELL citeert in dit verband DUMETT die schrijft dat discriminatie op twee manieren het vrij verkeer van personen (en diensten) schade kan berokkenen: “(1) in the single market, unjust discrimination will interfere with the free movement of persons and services by preventing persons likely to suffer from obtaining the jobs, housing or services they seek (...) (2) variations between national levels of protection will discourage persons likely to suffer from discrimination from moving to those states where protection is small or non-existent. Zie A. DUMETT, “The Starting Line: a Proposal for a Draft Council Directive Concerning the Elimination of Racial Discrimination”, *New Community* 1994, 530-532 zoals geciteerd in M. BELL, *o.c.*, 65. Het tweede argument kan echter ook in tegenovergestelde zin gebruikt worden: het bestaan van een verschillend beschermingsniveau in verschillende lidstaten kan immers het personenverkeer van landen met een lage naar lidstaten met een hoge beschermingsgraad *aanmoedigen*. Een tweede in art. 2 EG-Verdrag opgenomen economische doelstelling, waartoe een *mixed workforce* (die zonder vooroordelen samengesteld is uit de meest competente mensen, ongeacht de vraag of zij deel uitmaken van een bepaald(e) geslacht, ras, geloofsgemeenschap enz.) zou bijdragen is “een hoge graad van concurrentievermogen”. Zie bv. M. BELL, *o.c.*, 119.

74 Zie de art. 2 en 136-137 EG-Verdrag. Zie ook M. BELL, “The New Article 13: A Sound Basis for European Anti-Discrimination Law?”, *Maastricht Journal of European and Comparative Law* 1999, 6.

75 G. DE BÚRCA, *l.c.*, 31. Zie ook Witboek van de Commissie inzake sociale politiek van 1994, meer bepaald hfdst. VI, § 27(COM(94) 333 def.).

76 Over de twijfels van de Raad en de Commissie over de bevoegdheid van de Gemeenschap in verband met de discriminatiegrond “ras” zie M. BELL, *o.c.*, 59-72.

77 Behalve wanneer zij optreden in het kader van hun gemeenschapsverplichtingen.

138. Het zojuist beschreven algemene discriminatieverbod doet geen afbreuk aan het feit dat tussen de verschillende discriminatiegronden een afgetekende onderlinge hiërarchie bestond (BELL spreekt van een *hierarchy of equality*)⁷⁸ waarbij nationaliteit en geslacht eenzaam aan de top stonden. Hier kwam pas verandering in na de invoering van een nieuwe bevoegdheid voor discriminatiebestrijding in het verdrag: artikel 13 EG-Verdrag.

Afdeling 6. Artikel 13 EG-Verdrag

139. Het ontstaan van artikel 13 EG-Verdrag is het resultaat van wat in de Engelstalige literatuur *multi-layered politics* genoemd wordt: een complexe interactie tussen verschillende instellingen van de Gemeenschap en lobbygroepen die de civiele maatschappij vertegenwoordigen.⁷⁹ De aanzet tot de invoering van artikel 13 vormden problemen die verschillende Europese landen in de jaren negentig ondervonden met racisme en racistische politieke partijen.⁸⁰ Als gevolg van die problemen groeide bij het Europees Parlement en bij verschillende antiracistische verenigingen de overtuiging dat Europese maatregelen ter bestrijding van discriminatie van nut zouden kunnen zijn. In 1991 verenigden verschillende organisaties die antiracisme als doelstelling hadden zich in een sterke lobbygroep, de *Starting Line Group* (SLG). Die presenteerde al in 1992 een voorstel voor een Rasrichtlijn aan de Commissie. Die weigerde echter het voorstel in een officieel wetgevend initiatief te laten overgaan, omdat zij ervan overtuigd was dat de bestaande verdragscompetenties ontoereikend waren.⁸¹

140. Daarop besloot de SLG het geweer van schouder te veranderen, en te ijveren voor een nieuwe verdragsbevoegdheid voor de bestrijding van rassendiscriminatie. Het Europees Parlement en de Commissie⁸² verleenden officieel hun steun aan dit initiatief. Ook talrijke NGO's schaarden zich achter de plannen van de SLG. De Europese Raad, die voor verdragswijzigingen instaat, bleef echter verdeeld over de kwestie, en richtte in mei 1994 een consultatieve Commissie op inzake racisme en xenofobie – de zogenoemde *Commissie Kahn*. In de lente legde deze aan de Europese Raad haar rapport voor. Verwijzend naar het succes van het communautaire geslachtsdiscriminatierecht, pleitte zij voor een nieuwe verdragsbepaling die de Gemeenschap de bevoegdheid zou verlenen om maatregelen te treffen tegen discriminatie op grond van ras, religie en etnische of nationale afkomst.⁸³

78 Zie M. BELL, *o.c.*, 32.

79 G. MORE, *l.c.*, 544 en 547.

80 M. MAHLMANN, *l.c.*, 51

81 M. BELL, *o.c.*, 68.

82 Zie de Mededeling van de Commissie over racisme, xenofobie en antisemitisme op p. 18 (COM(95) 653, def.).

83 M. BELL, *o.c.*, 68.

141. Tijdens de Europese Raad van Dublin in 1996 waren de lidstaten het erover eens dat een verdragsbevoegdheid voor de bestrijding van discriminatie nodig was, maar er bleef onenigheid bestaan over de gronden die opgenomen moesten worden. Vooral “handicap” en “seksuele oriëntatie” gaven aanleiding tot discussie. Wel werd een eerste ontwerp van artikel 13 EG-Verdrag gepresenteerd.⁸⁴ In 1997, tijdens de Europese Raad van Amsterdam werd de uiteindelijke tekst van artikel 13 goedgekeurd.⁸⁵ Omdat het ging om een bepaling die de Raad alleen de *bevoegdheid* gaf om maatregelen te treffen ter bestrijding van discriminatie op grond van geslacht, ras of etnische afstamming, godsdienst of overtuiging, handicap, leeftijd of seksuele geaardheid, toonden de SLG, de Commissie Kahn en het Europees Parlement zich ontgoocheld. Alle drie hadden zij immers gepleit voor een antidiscriminatiebepaling waaraan de burger *rechtstreeks* rechten kon ontlelen. Ook het unanimititeitsvereiste in de Raad en de beperkte rol van het parlement die vereist waren voor de totstandkoming van antidiscriminatiewetgeving werd aan de kaak gesteld.⁸⁶ Ondanks deze kritiek zou het Europees discriminatierecht na het Verdrag van Amsterdam in een stroomversnelling terechtkomen.⁸⁷

Afdeling 7. Ras- en Kaderrichtlijn

142. Al op 25 november 1999 lanceerde de Commissie twee voorstellen voor Antidiscriminatie-richtlijnen met artikel 13 EG-Verdrag als grondslag: een “Rasrichtlijn” en een “Kaderrichtlijn”. Het eerste voorstel zag op de bestrijding van rassendiscriminatie in verschillende gebieden van het dagelijkse leven, terwijl het andere voorstel een algemeen kader wilde scheppen voor het bekampen van discriminatie op het vlak van arbeid en beroep. Uit de toelichting bij beide voorstellen blijkt duidelijk dat de Commissie de richtlijnen niet alleen beschouwt als een bijdrage tot de integratie van de Europese markt, maar ook als elementen van een Europees mensenrechtenbeleid.⁸⁸

143. Het unanimititeitsvereiste dat artikel 13 EG-Verdrag stelt voor de aanname van antidiscriminatiemaatregelen, bleek alvast geen grote hinderpaal voor het voorstel

⁸⁴ Conference of the representatives of the governments of the Member States, *European Union Today and Tomorrow – adapting the European Union for the benefit of its people and preparing it for the future* (1996), CONF/2500/96, 5.12.96.

⁸⁵ Een en ander had te maken met de verkiezing, enkele maanden eerder van een pro-Europese labour regering in het Verenigd Koninkrijk. Zie M. BELL, *o.c.*, 72.

⁸⁶ M. BELL, “The New Article 13: A Sound Basis for European Anti-Discrimination Law?”, *l.c.*, 8.

⁸⁷ Het Verdrag van Amsterdam voerde in verband met discriminatie niet alleen een nieuw art. 13 EG-Verdrag, maar ook, telkens ten gunste van de bestrijding van geslachtsdiscriminatie, een nieuw art. 141 lid 3 en 4 EG-Verdrag en gewijzigde art. 2 en 3 EG-Verdrag in. Zie ook M. BELL, “Equality and Diversity: Antidiscrimination Law after Amsterdam”, in J. SHAW (ed.), *Social Law and Policy in an Evolving European Union*, Oxford, Hart Publishing, 2000.

⁸⁸ Commissie, “Voorstel van Richtlijn voor het totstandbrengen van een algemeen kader voor gelijke behandeling in werkgelegenheid en beroep”, (COM (99) 565, def.) en Commissie, “Voorstel van Richtlijn voor de implementering van het beginsel van gelijke behandeling ongeacht ras of etnische afkomst”, (COM (99) 566, def.). Zie ook M. BELL, *o.c.*, 113 en M. MAHLMANN, *l.c.*, 54.

van de Rasrichtlijn.⁸⁹ Slechts een aantal maanden na de indiening van het voorstel volgde al de uitvaardiging van “Richtlijn 2000/43 van de Raad van 29 juni 2000 houdende toepassing van het beginsel van gelijke behandeling van personen ongeacht ras of etnische afstamming”.⁹⁰ Enkele maanden later volgde al “Richtlijn 2000/78 van de Raad van 27 november 2000 tot instelling van een algemeen kader voor gelijke behandeling in arbeid en beroep”.⁹¹ Dat beide richtlijnen zo gezwind totstandkwamen had alles te maken met de verkiezingsoverwinning van de extreem-rechtse politicus Jorg Haider tijdens de Oostenrijkse verkiezingen van het jaar 2000.⁹² Naar aanleiding van de toetreding van zijn partij de FPÖ tot de Oostenrijkse Regering en de publieke verontwaardiging daarover, ontstond een sterk politiek momentum voor de totstandbrenging van een Rasrichtlijn: het Portugese voorzitterschap wilde op de gebeurtenissen reageren door zo snel mogelijk een dergelijke richtlijn in de Raad laten te stemmen.⁹³

144. Voor de Raad hier echter toe kon overgaan, moest – conform de procedure voorzien in artikel 13 EG-Verdrag – een advies over het voorstel gevraagd worden aan het Europees Parlement. Als het parlement bij die adviesverlening niet uitzonderlijk snel te werk ging, zou de richtlijn er niet voor het einde van het Portuges voorzitterschap komen. Deze situatie verschaftte het Europees Parlement een sterke onderhandelingspositie: het verklaarde zich bereid tot een versnelde adviesverlening, op voorwaarde dat de richtlijn op verschillende punten aangepast zou worden ten gunste van slachtoffers van rassendiscriminatie.⁹⁴

145. “Richtlijn 2000/78 van de Raad van 27 november 2000 tot instelling van een algemeen kader voor gelijke behandeling in arbeid en beroep”⁹⁵, die pas enkele maanden later in de Raad gestemd werd, kon nog drijven op hetzelfde politiek elan. Bij de totstandkoming ervan maakten de lidstaten wel meer gebruik van hun veto-recht in de Raad om belangrijke afzwakkingen van het voorstel af te dwingen. Desalniettemin werden verschillende van de ruime definities uit de Rasrichtlijn overgenomen.⁹⁶

89 Over de onderhandelingen die aanleiding gaven tot de uitvaardiging van Richtlijn 2000/43, zie A. TYSON, “The Negotiation of European Community Directive on Racial Discrimination”, *European Journal of Migration and Law* 2001, 199-229.

90 Richtlijn 2000/43/EG van de Raad van 29 juni 2000 houdende toepassing van het beginsel van gelijke behandeling van personen ongeacht ras of etnische afstamming, *PB*. 2000, *L*. 180/22.

91 Richtlijn 2000/78/EG van de Raad van 27 november 2000 tot instelling van een algemeen kader voor gelijke behandeling in arbeid en beroep, *PB*. 2000, *L*. 303/16.

92 T. JONES, “The Race Directive: Redefining Protection from Discrimination in EU Law”, *E.H.L.R.* 2003, 516.

93 M. BELL, *o.c.*, 74.

94 Zo wist het parlement een uitbreiding van de werkingssfeer tot de levensgebieden “gezondheidszorg” en “huisvesting” af te dwingen en forceerde het eveneens de opname van “de opdracht tot discrimineren” als een door de richtlijn verboden handeling. Zie *ibid*.

95 *PB*. 2000, *L*. 303/16.

96 M. BELL, *o.c.*, 112-114 en 126.

146. WADDINGTON en BELL wijzen erop dat de nieuwe richtlijnen de bescherming tegen discriminatie van de verschillende minderheidsgroepen weliswaar op een substantieel hoger niveau brengt, maar dat een onderlinge hiërarchie tussen de verschillende discriminatiegronden blijft bestaan. Voortaan is ras de best beschermde discriminatiegrond, gevolgd door geslacht en nationaliteit, met aan de staart de in de Kaderrichtlijn opgenomen gronden: “Although rhetorical commitments have been made to the equal treatment of all grounds, a clear hierarchy of equality continues to exist – indeed, if anything has been reinforced”.⁹⁷

Afdeling 8. Handvest van de grondrechten

147. Een laatste, potentieel zeer belangrijke, ontwikkeling in het communautaire antidiscriminatierecht is de plechtige afkondiging te Nice van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie door de voorzitters van het Europees Parlement, de Raad en de Commissie.⁹⁸ Artikel 21 van dat handvest verbiedt discriminatie op liefst 21 gronden, een opsomming die bovendien *niet*-limitatief is.⁹⁹ Hoewel het handvest vooralsnog nog geen bindende kracht heeft, speelt het al een rol in de rechtspraak van het Gerecht van Eerste Aanleg¹⁰⁰ in de conclusies van de Advocaten-Generaal¹⁰¹ en in de praktijk van de Europese Ombudsman.¹⁰² Als de door de lidstaten in het kader van de Intergouvernementele Conferentie van december 2000 ondertekende Europese Grondwet geratificeerd wordt door de lidstaten, zal artikel 21 van het handvest een centrale rol gaan spelen in de bescherming van de Europese burger tegen discriminaties uitgaande van de instellingen en van lidstaten die optreden in het kader van hun gemeenschapsverplichtingen (*cf. infra* nrs. 594-595).

97 L. WADDINGTON en M. BELL, “More Equal than others: Distinguishing European Union Equality Directives”, *C.M.L.Rev.* 2001, 610.

98 Handvest van de grondrechten van de Europese Unie van 7 december 2000, *PB.* 2000, C. 346/1.

99 Meer bepaald “geslacht, ras, kleur, etnische of sociale afkomst, genetische kenmerken, taal, godsdienst of overtuigingen, politieke of andere denkbeelden, het behoren tot een nationale minderheid, vermogen, geboorte, een handicap, leeftijd of seksuele gerichtheid”.

100 H.v.J. *max. mobil.*, T-54/99, 31 januari 2002, *Jur.* 2002, II-313, r.o. 48 en 57 en H.v.J. 3 mei 2002, *Jégo-Quéréc*, T-177/01, *Jur.* 2002, II-2365. Zie ook P. CRAIG en G. DE BURCA, *o.c.*, 362.

101 Zie bv. de conclusie van Advocaat-Generaal STIX-HACKL bij H.v.J. 18 maart 2004, *Omega*, C-36/02, *Jur.* 2004 (nog niet gepubliceerd), nr. 91. Zie ook de goedkeurende verwijzing van het Hof naar deze conclusie in r.o. 34 van het zojuist geciteerde arrest.

102 Zie *ibid.* en K. LENAERTS en P. VAN NUFFEL, *o.c.*, 636, (vn. 208).

HOOFDSTUK 2. GEMEENSCHAPPELIJKE REGELS EUROPEES DISCRIMINATIERECHT

Afdeling 1. Algemeen

148. Zoals hoger al vermeld werd, biedt het Europees discriminatierecht een sterk versplinterde aanblik, en kent het vaak verschillende regels per specifieke verschijningsvorm van het discriminatieverbod.¹⁰³ Tegelijkertijd delen alle individuele discriminatieverboden bepaalde uitgangspunten en beginselen, en hebben zij ook een groot aantal regels en juridische technieken gemeenschappelijk. In wat volgt worden de gemeenschappelijke regels van het Europees discriminatierecht besproken.

Afdeling 2. Bevoegdheid voor discriminatiebestrijding

§ 1. *Rechtstreeks werkende discriminatieverboden*

149. Het Europees recht bevat een groot aantal verschillende bepalingen, waarvan elkeen een welomschreven soort discriminatie verbiedt. De meeste Europese discriminatieverboden zijn vervat in secundaire wetgeving, doorgaans in richtlijnen. Sommige onder hen gelden rechtstreeks op basis van bepalingen uit het EG-Verdrag. Hierbij moet gedacht worden aan het verbod op nationaliteitsdiscriminatie uit artikel 12 EG-Verdrag (verder uitgewerkt in art. 39, 43, 49-50 EG-Verdrag) en het verbod te discrimineren op basis van geslacht bij de beloning van arbeid (art. 41 EG-Verdrag). De zojuist vermelde bepalingen zijn volgens de rechtspraak van het Hof “voldoende duidelijk en niet afhankelijk van een discretionaire uitvoeringsmaatregel”, wat betekent dat zij *rechtstreekse werking* hebben in de rechtstelsels van de lidstaten.¹⁰⁴ Onderdanen van lidstaten kunnen zich voor een nationale rechter rechtstreeks op deze verdragsbepalingen beroepen om een discriminatie op grond van nationaliteit of geslacht (voor zover het over beloning voor arbeid gaat) aan te vechten.

150. Alle andere aspecten van het communautair gelijkheidsbeginsel worden beschermd in secundair gemeenschapsrecht. Dergelijke maatregelen van afgeleid Europees recht moeten steun vinden in een rechtsgrond in het verdrag. Zo wil het beginsel van toegewezen bevoegdheden of attributiebeginsel.

¹⁰³ Zo zijn er bv. grote verschillen tussen de regels die het verbod van geslachts-, nationaliteits-, en rassendiscriminatie beheersen. Alle aspecten van het Europees gelijkheidsbeginsel die hier afzonderlijk worden besproken kennen eigen regels.

¹⁰⁴ M.b.t. art. 12 EG-Verdrag (oud art. 6) zie H.v.J. 5 februari 1963, *Van Gend & Loos*, 26/62, *Jur.* 1963, (I) 21-25; m.b.t. art. 141 EG-Verdrag (oud art. 119) zie H.v.J. 8 april 1976, *Defrenne*, 43/75, *Jur.* 1976, 445.

§ 2. Discriminatieverboden in afgeleid Europees recht

A. Noodzaak verdragsrechtelijke rechtsgrond

151. De Europese Gemeenschap is een doelgebonden instelling met beperkte bevoegdheden. Zij heeft welomschreven taken of doelstellingen (art. 2 EG-Verdrag) en beschikt slechts over de middelen of bevoegdheden die de lidstaten haar in het EG-Verdrag toegewezen of “geattribueerd” hebben.¹⁰⁵ Dit beginsel van toegewezen bevoegdheden – ook *attributiebeginsel* genoemd – wordt in artikel 5 EG-Verdrag als volgt verwoord:

De Gemeenschap handelt binnen de grenzen van de haar door dit Verdrag verleende bevoegdheden en doelstellingen.

152. Een specifieke veruitwendiging van het attributiebeginsel vinden we verder terug in artikel 253 EG-Verdrag, waarin bepaald is dat verordeningen, richtlijnen en beschikkingen “met redenen omkleed” moeten zijn. Het Europees Hof van Justitie heeft deze bepaling geïnterpreteerd als een verplichting voor de instellingen om elk optreden te verantwoorden met verwijzing naar een precieze rechtsgrond in het verdrag.¹⁰⁶ Voor een gemeenschapsoptreden dat noodzakelijk is om een van de doelstellingen uit het verdrag te verwezenlijken, maar waarvoor geen uitdrukkelijke (of impliciete) verdragsbevoegdheid bestaat, voorziet het verdrag in artikel 308 EG-Verdrag in een algemeen aanvullende bevoegdheid.¹⁰⁷

153. Een rechtsgrond bepaalt niet alleen (1) wat de inhoud van een gemeenschapsbevoegdheid is¹⁰⁸, maar legt ook vast (2) welk soort normen de instellingen kunnen aannemen¹⁰⁹ en (3) welke besluitvormingsprocedure gevolgd moet worden.¹¹⁰ Dat laatste kan van groot praktisch belang zijn, aangezien bepaalde wetgevingsprocedures unanimititeit in de Raad vereisen, terwijl andere met een gekwalificeerde meerderheid genoeg nemen. Ook de invloed van het rechtstreeks verkozen Europees Parlement is afhankelijk van de in de rechtsgrond voorgeschreven wetgevingsprocedure.¹¹¹ Het moge meer in het algemeen duidelijk zijn dat de rechtsgrond bepalend

105 Zie bv. P.J.G. KAPTEYN, L.A. GEELHOED, K.J.M. MORTELMANS en C.W.A. TIMMERMANS, *Het recht van de Europese Unie en van de Europese Gemeenschappen*, Deventer, Kluwer, 2003, 115-116 en K. LENAERTS en P. VAN NUFFEL, *o.c.*, 111-114.

106 Zie bv. H.v.J. 26 maart 1987, *Commissie/Raad*, 45/86, *Jur.* 1987, 1493. Een gemeenschapsoptreden moet vanzelfsprekend ook steeds in overeenstemming zijn met een of meerdere doelstellingen uit het verdrag. Zie P.J.G. KAPTEYN, L.A. GEELHOED, K.J.M. MORTELMANS en C.W.A. TIMMERMANS, *o.c.*, 96-97.

107 K. LENAERTS en P. VAN NUFFEL, *o.c.*, 118-119.

108 Zo bepaalt bv. art. 141 lid 3 EG-Verdrag dat de Gemeenschap bevoegd is voor de bestrijding van geslachtsdiscriminatie in arbeid en beroep.

109 Bv. een richtlijn, verordening of niet-bindende aanbeveling.

110 Bv. de “samenwerkingsprocedure” of de “medebeslissingsprocedure”.

111 K. LENAERTS en P. VAN NUFFEL, *o.c.*, 111-114.

is voor inhoud, vorm, totstandkomingswijze en democratische legitimiteit¹¹² van secundair (discriminatie)recht.¹¹³

154. Het Hof ziet erop toe dat de instellingen het attributiebeginsel in acht nemen. De Luxemburgse rechters kunnen een communautaire rechtshandeling vernietigen wanneer die onvoldoende steun vindt in een rechtsgrond in het verdrag, en zodoende de constitutionele bevoegdheidsafbakening tussen Gemeenschap en lidstaten overtreedt. Een recent voorbeeld (15 oktober 2000) van een uitspraak waarin het Hof een gemeenschapsoptreden onwettig verklaarde wegens bevoegdheidsoverschrijding is het arrest inzake de Tabaksrichtlijn.¹¹⁴ In de rechtsleer wordt ervan uitgegaan dat het Hof met dat arrest aankondigt dat het de aanwezigheid van een bevoegdheidsgrond in het verdrag (in tegenstelling tot wat voorheen het geval was)¹¹⁵ streng zal controleren.¹¹⁶

155. Niet alleen de afwezigheid van een verdragsbevoegdheid, maar ook de keuze voor een *verkeerde* rechtsgrond kan aanleiding geven tot een annuleringsarrest door het Hof. Zo verlangt het Europees Hof van Justitie dat wanneer de Commissie de keuze heeft tussen verschillende rechtsgronden om een bepaalde aangelegenheid te regelen, zij kiest voor de rechtsgrond die de grootste rol aan het rechtstreeks verkozen Europees Parlement toekent.¹¹⁷ Verder schrijft het Hof voor dat de keuze van een rechtsgrond berust “op objectieve gegevens die voor rechterlijke toetsing vatbaar zijn”.¹¹⁸

B. Rechtsgronden voor bestrijding discriminatie

1. ALGEMEEN

156. In verband met het communautair discriminatierecht rijst nu de vraag naar de rechtsgronden die het verdrag voorziet voor de bestrijding van discriminatie. Daarbij

112 Hier dient wel bij opgemerkt te worden dat in de EU-verdragen een bijzonder concept van democratische legitimiteit vervat zit, waarbij niet alleen de positie van het Europees Parlement relevant is.

113 CRAIG en DE BÚRCA drukken het belang van de rechtsgrond voor een antidiscriminatiemaatregel als volgt uit: “It is evident that the type of legal basis used for Community action and the type of legislative instrument used, normally influence the nature and content of the measure. In other words the legal nature of the measure adopted, whether a soft legal instrument, a Directive or another harder legislative measure adopted under one of the consultation, co-operation, or co-decision procedures, or following the agreement of the social partners under article 139 (ex article 118b), is very likely to affect the substantive nature of the measure which emerges”. Zie P. CRAIG en G. DE BÚRCA, *o.c.*, 844.

114 H.v.J. 6 oktober 2000, *Duitsland/Europees Parlement en Raad*, C-376/98, *Jur.* 2000, I-8419.

115 In het verleden had het Hof namelijk de neiging de bevoegdheidsopdrachten uit het verdrag, door het aanvaarden van impliciete bevoegdheden, ruim uit te leggen. In combinatie met de mogelijkheid tot aanvullende bevoegdheden (art. 308 EG-Verdrag) zorgde de (voor de instellingen) milde rechtspraak van het Hof ervoor dat “het beginsel van attributie in de praktijk weinig beperkingen aan het optreden van de Gemeenschap heeft gesteld”. Zie K. LENAERTS en P. VAN NUFFEL, *o.c.*, 112 en P.J.G. KAPTEYN, L.A. GEELHOED, K.J.M. MORTELMANS en C.W.A. TIMMERMANS, *o.c.*, 114.

116 M. BELL, *o.c.*, 123.

117 H.v.J. 11 juni 1991, *Commissie/Raad*, C-300/89, *Jur.* 1991, I-2867.

118 H.v.J. 26 maart 1987, *Commissie/Raad*, 45/86, *Jur.* 1987, 1493, r.o. 11.

moet steeds nagegaan worden (1) welke materiële bevoegdheid een dergelijke rechtsgrond toekent aan de instellingen van de Gemeenschap – wat voor soort discriminatie kan verboden worden, in welke domeinen van het dagelijkse leven, wie is begunstigd? – en (2) in welke beslissingsprocedure zij voorziet – unanimititeit of gekwalificeerde meerderheid in Raad, rol van het Europees Parlement.

2. ARTIKELEN 94 EN 308 EG-VERDRAG

157. De artikelen 94 (oud art. 100) en 308 EG-Verdrag (oud art. 235) zijn de eerste bepalingen waarop de Gemeenschap antidiscriminatiemaatregelen steunde. Artikel 94 verleent de Raad de bevoegdheid om wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen van de lidstaten die rechtstreeks van invloed zijn op de werking van de gemeenschappelijke markt met behulp van richtlijnen te harmoniseren. Artikel 308 voorziet in een aanvullende bevoegdheidsgrond voor de realisering van gemeenschapsdoelstellingen waarvoor geen uitdrukkelijke (of impliciete) verdragsbevoegdheid aanwezig is. Het betreft inhoudelijk zeer algemene gemeenschapsbevoegdheden, die bovendien beide unanimititeit in de Raad vereisen en het Europees Parlement een louter adviserende rol toekennen.

158. De meeste geslachtsdiscriminatie-richtlijnen kwamen tot stand vóór daartoe in het verdrag in specifieke bevoegdheden voorzien was, waardoor zij op een van de twee vermelde algemene rechtsgrondslagen gegrondvest moesten worden. Zo was Richtlijn 75/117¹¹⁹ gebaseerd op artikel 94 EG-Verdrag, steunden Richtlijnen 76/207¹²⁰ en 79/7¹²¹ op artikel 308 en stelde Richtlijn 86/378¹²² op beide vermelde rechtsgronden tegelijkertijd. De keuze voor wisselende rechtsgronden illustreert de onzekerheid die bestond over de juiste verdragsbasis voor het communautaire discriminatierecht.¹²³ Toen het Verdrag van Amsterdam de artikelen 136-138, 141 lid 3 en 13 invoegde in het EG-Verdrag was dit probleem meteen van de baan. De vermelde bepalingen verlenen de Gemeenschap immers specifieke bevoegdheden voor de bestrijding van discriminatie.¹²⁴

119 Richtlijn 75/117 EEG van de Raad van 10 februari 1975 betreffende het nader tot elkaar brengen van de wetgevingen der lidstaten inzake de toepassing van het beginsel van gelijke beloning voor mannelijke en vrouwelijke werknemers, *PB*. 1975, *L*. 45.

120 Richtlijn 76/207 EEG van de Raad van 9 februari 1976 betreffende de tenuitvoerlegging van het beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen ten aanzien van de toegang tot het arbeidsproces, de beroepsopleiding en de promotiekansen en ten aanzien van de arbeidsvoorwaarden, *PB*. 1976, *L*. 39.

121 Richtlijn 79/7 EEG van de Raad van 19 december 1978 betreffende de tenuitvoerlegging van het beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen op het gebied van de sociale zekerheid, *PB*. 1979, *L*. 6.

122 Richtlijn 86/378 EEG van de Raad van 11 december 1986 betreffende de tenuitvoerlegging van het beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen in ondernemings- en sectorale regelingen inzake sociale zekerheid, *PB*. 1986 *L*. 359 (gewijzigd door Richtlijn 96/97/EG die op zijn beurt gestoeld was op art. 94 EG-Verdrag).

123 Zie P. CRAIG en G. DE BÚRCA, *o.c.*, 885-886 en S. DOUGLAS SCOTT, *o.c.*, 333, vn. 94. Met uitzondering van secundaire normering op het vlak van nationaliteitsdiscriminatie waarvoor wel een solide verdragsbevoegdheid bestond, meer bepaald in art. 12 lid 2 EG-Verdrag.

124 Art. 94 EG-Verdrag geldt slechts in zoverre “geen specifieke bevoegdheden elders in het verdrag gegeven zijn”. Inzake de bescherming van werknemers tegen discriminatie zijn specifieke bevoegdheden gegeven in de art. 137 en 141 EG-Verdrag en verliest dus art. 94 EG-Verdrag zijn betekenis.

3. ARTIKEL 12 LID 2 (EN ART. 40, 44 EN 52) EG-VERDRAG

159. Wat het verbod van nationaliteitsdiscriminatie betreft, voorziet artikel 12 lid 2 EG-Verdrag in de mogelijkheid tot aannahme van afgeleid recht.¹²⁵ Meer specifiek inzake het verbod om werknemers, zelfstandigen en dienstenverstrekkers te discrimineren vanwege hun nationale afkomst, vinden we rechtsgronden in de artikelen 40, 44 en 52 EG-Verdrag. Zo werd Verordening 1612/68 betreffende het vrij verkeer van werknemers – die onder andere een verbod van nationaliteitsdiscriminatie behelst – aangenomen op grond van artikel 40 (oud art. 49).

4. ARTIKELEN 137-139 EG-VERDRAG

160. De sociale titel van het EG-Verdrag bevat sinds de inwerkingtreding van het Verdrag van Amsterdam verschillende artikelen die als rechtsgrond kunnen dienen voor de bestrijding van discriminatie in arbeid en beroep. Zo verleent artikel 137 EG-Verdrag de Gemeenschap de bevoegdheid om richtlijnen met minimumstandaarden uit te vaardigen op onder meer de volgende gebieden: (1) de verbetering van het arbeidsmilieu om de veiligheid en de gezondheid van de werknemers te beschermen; (2) de arbeidsvoorwaarden; (3) de integratie van werknemers die van de arbeidsmarkt zijn uitgesloten en (4) de gelijkheid van mannen en vrouwen wat hun kansen op de arbeidsmarkt en de behandeling op het werk betreft. Behalve inzake de grond geslacht (zie (4)) wordt de bestrijding van discriminatie op de werkplaats niet uitdrukkelijk vermeld als een van de werkterreinen van de Europese sociale politiek.¹²⁶ In de rechtsleer is nochtans opgemerkt dat maatregelen ter bestrijding van discriminatie in de arbeidssfeer als “verbetering van het arbeidsmilieu” aangemerkt kunnen worden (zie (1)), ongeacht de grond waarop discriminatie plaatsvindt.¹²⁷ Deze stelling vindt steun in de ruime interpretatie die het Hof aan de term “arbeidsmilieu” gegeven heeft.¹²⁸ Antidiscriminatiemaatregelen zouden bovendien gekwalificeerd kunnen worden als maatregelen op het vlak van de arbeidsvoorwaarden (zie (2)) en de integratie van uitgesloten werknemers (zie (3)).¹²⁹

161. De richtlijnen die – volgens de medebeslissingsprocedure – onder artikel 137 EG-Verdrag aangenomen kunnen worden, dienen ter ondersteuning van en aanvulling op het sociaal beleid van de lidstaten.¹³⁰ Zij zijn onderworpen aan een aantal voorwaarden en beperkingen die hen een eigen karakter geven: het gaat volgens de

→ Zie P.J.G. KAPTEYN, L.A. GEELHOED, K.J.M. MORTELMANS en C.W.A. TIMMERMANS, *o.c.*, 261, vn. 135.

125 Art. 12 lid 2 EG-Verdrag bepaalt letterlijk: “De Raad kan, volgens de procedure van artikel 251, regelingen treffen met het oog op het verbod van bedoelde discriminaties”.

126 Art. 137 lid 1 vijfde streepje EG-Verdrag.

127 M. BELL, *o.c.*, 129-130 en P.J.G. KAPTEYN, L.A. GEELHOED, K.J.M. MORTELMANS en C.W.A. TIMMERMANS, *o.c.*, 138.

128 Zie H.v.J. 12 november 1996, *VK/Raad*, C-84/94, *Jur.* 1996, I-5755, r.o. 5.

129 M. BELL, *o.c.*, 129-130 en P.J.G. KAPTEYN, L.A. GEELHOED, K.J.M. MORTELMANS en C.W.A. TIMMERMANS, *o.c.*, 138.

130 Art. 137 lid 1 EG-Verdrag.

tekst van artikel 137 om “minimumvoorschriften” die “geleidelijk van toepassing zullen worden”, “met inachtneming van de in elk van de lidstaten bestaande omstandigheden en technische voorschriften”. De Gemeenschap beschikt met andere woorden niet over een volle interventiebevoegdheid op het vlak van sociale politiek.¹³¹

162. Daarenboven verplicht artikel 138 lid 2 EG-Verdrag de Commissie om de sociale partners bij elk wetgevend initiatief op het gebied van de sociale politiek te betrekken.¹³² Artikel 138 lid 4 maakt het mogelijk dat diezelfde sociale partners een commissievoorstel inzake sociale politiek “overnemen” om dan volgens de procedure voorzien in artikel 139 EG-Verdrag tot een regeling te komen.¹³³ Die bilaterale regeling kan vervolgens door de Commissie overgenomen worden en door de Raad gestemd worden met gekwalificeerde meerderheid.¹³⁴

163. De voorlopers van de artikelen 137-139 EG-Verdrag werden in het verleden al gebruikt als rechtsgrond voor antidiscriminatiemaatregelen. Zo vormde het vroegere artikel 118 A de rechtsbasis voor de Zwangerschapsrichtlijn¹³⁵, terwijl de Overeenkomst inzake Sociale Politiek als grondslag diende voor de Richtlijn inzake ouderschapsverlof¹³⁶, de Bewijslastrichtlijn¹³⁷ en de Richtlijn inzake deeltijdwerk.¹³⁸

5. ARTIKEL 141 LID 3 EG-VERDRAG

164. Voor de bestrijding van discriminatie op grond van geslacht in de sfeer van arbeid en beroep bestaat een meer specifieke rechtsgrond: artikel 141 lid 3 EG-Verdrag. Daarin is bepaald dat de Raad “maatregelen aan[neemt] om de toepassing te waarborgen van het beginsel van gelijke kansen en gelijke behandeling van

131 Het opleggen van uniforme sociale standaarden van het hoogste beschermingsniveau gaat dus in tegen art. 137 EG-Verdrag. Zie K. LENAERTS en P. VAN NUFFEL, *o.c.*, 299 en P.J.G. KAPTEYN, L.A. GEELHOED, K.J.M. MORTELMANS en C.W.A. TIMMERMANS, *o.c.*, 891.

132 De Commissie is meer bepaald verplicht om de sociale partners op twee verschillende ogenblikken te raadplegen: een eerste maal vóóraleer zij een voorstel indient aangaande de mogelijke richting van een voorstel, en een tweede maal, wanneer zij meent dat een voorstel wenselijk is, over de inhoud van het overwogen voorstel. Zie K. LENAERTS en P. VAN NUFFEL, *o.c.*, 542.

133 Dit kan meer bepaald naar aanleiding van de formulering van het tweede advies voor de sociale partners. Op dat ogenblik kunnen laatstgenoemden de Commissie in kennis stellen van hun wens de aangelegenheid te regelen door middel van een onderlinge overeenkomst. De Commissie is niet verplicht op deze wens in te gaan. Zie *ibid.*

134 Althans wat de vier hoger vermelde gebieden betreft (*cf. supra* nr. 160). Zie in dit verband P.J.G. KAPTEYN, L.A. GEELHOED, K.J.M. MORTELMANS en C.W.A. TIMMERMANS, *o.c.*, 889-895.

135 Richtlijn 92/85/EEG van de Raad van 19 oktober 1992 inzake de tenuitvoerlegging van maatregelen ter bevordering van veiligheid en gezondheid van werknemers tijdens de zwangerschap, na de bevalling en tijdens de lactatie, *PB*. 1992, *L*. 348.

136 Richtlijn 96/34/EG van de Raad van 3 juni 1996 betreffende de door de UNICE, het CEEP en het EVV gesloten raamovereenkomst inzake ouderschapsverlof, *PB*. 1996, *L*. 145 (totstandgekomen door een overeenkomst tussen de sociale partners – via de procedure van huidig art. 139 EG-Verdrag).

137 Richtlijn 97/80/EG van de Raad van 15 december 1997 inzake de bewijslast in gevallen van discriminatie op grond van geslacht, *PB*. 1998, *L*. 014 (*niet* het resultaat van een overeenkomst tussen de sociale partners – totstandgekomen via het huidige art. 138 EG-Verdrag).

138 Richtlijn 97/81/EG van de Raad van 15 december 1997 betreffende de door UNICE, het CEEP en het EVV gesloten raamovereenkomst inzake deeltijdwerk, *PB*. 1998, *L*. 071 (totstandgekomen door een overeenkomst tussen de sociale partners – via de procedure van huidig art. 139 EG-Verdrag).

mannen en vrouwen in werkgelegenheid en beroep, met inbegrip van het beginsel van gelijke beloning voor gelijke arbeid”.¹³⁹ De richtlijnen die op basis van deze rechtsgrond aanvaard worden zijn niet onderhevig aan de voorwaarden en beperkingen uit artikel 13 lid 2 EG-Verdrag. Omdat het bij dergelijke richtlijnen om maatregelen op het gebied van de sociale politiek gaat zijn zij wel onderworpen aan de adviesverplichtingen uit het hoger besproken artikel 138 EG-Verdrag.¹⁴⁰

6. TITEL IV EG-VERDRAG EN ARTIKEL 29 EU-VERDRAG

165. Verschillende bepalingen uit Titel IV EG-Verdrag, inzake visa, asiel, immigratie en andere beleidsterreinen die verband houden met het vrije verkeer van personen, kunnen als rechtsgrond fungeren voor de bestrijding van discriminatie op grond van ras, etnische afstamming en godsdienst. Zo bepaalt artikel 61 b EG-Verdrag dat de Raad met het oog op geleidelijke totstandbrenging van een ruimte van vrijheid, veiligheid en rechtvaardigheid maatregelen treft “op het gebied van asiel, immigratie en de vrijwaring van rechten van onderdanen van derde landen”. De hiervoor voorziene procedure vereist unanimititeit in de Raad en slechts een “raadpleging” van het Europees Parlement.¹⁴¹

166. Voor de totstandbrenging van diezelfde ruimte van vrijheid, veiligheid en rechtvaardigheid voorziet artikel 29 EU-Verdrag in de mogelijkheid van “de ontwikkeling van Gezamenlijk Optreden van de lidstaten op het gebied van politieke en justitiële samenwerking in strafzaken en door voorkoming en bestrijding van racisme en vreemdelingenhaat”. Op die basis (oud art. K. 3) nam de Raad op 15 juli 1996 een Gezamenlijk Optreden aan waarin de lidstaten zich ertoe verbinden effectieve justitiële samenwerking te garanderen inzake misdrijven die gebaseerd zijn op gedragingen van racisme of vreemdelingenhaat.¹⁴²

7. ARTIKEL 13 EG-VERDRAG

a. Algemeen

167. Na een lang en moeizaam voortraject (*cf. supra* nrs. 139-141), werd door het Verdrag van Amsterdam artikel 13 EG-Verdrag ingevoerd, een nieuwe rechtsgrond voor de bestrijding van discriminatie op diverse gronden¹⁴³:

139 Dit dient te gebeuren op basis van de medebeslissingsprocedure – in tegenstelling tot wat het geval is bij art. 13 EG-Verdrag, een bepaling die unanimititeit vereist.

140 P.J.G. KAPTEYN, L.A. GEELHOED, K.J.M. MORTELMANS en C.W.A. TIMMERMANS, *o.c.*, 893.

141 Art. 67 EG-Verdrag.

142 Gezamenlijk Optreden (96/443/BJZ) ter bestrijding van racisme en vreemdelingenhaat, *PB*. 1996, L. 185/5.

143 Voor enkele commentaren op art. 13 EG-Verdrag, zie M. BELL, “The New Article 13: A Sound Basis for European Anti-Discrimination Law?”, *l.c.*, 6-23; L. FLYNN, “The Implications of Article 13 EC After Amsterdam, Will Some Forms of Discrimination Be More Equal Than Others?”, *C.M.L.Rev.* 1999, 1127-1152; HARATSCH, “Die Anti-Diskriminierungspolitik der EU – neue Impulse durch Art. 13 EGV”, in E. KLEIN (ed.), *Rassistische Diskriminierung – Erscheinungsformen und Bekämpfungsmöglichkeiten*, Berlijn, Arno Spitz, 2002, 195 e.v.; P.J.G.

→

Onverminderd de andere bepalingen van dit Verdrag, kan de Raad, binnen de grenzen van de door dit Verdrag aan de Gemeenschap verleende bevoegdheden, met eenparigheid van stemmen, op voorstel van de Commissie en na Raadpleging van het Europees Parlement, passende maatregelen nemen om discriminatie op grond van geslacht, ras of etnische afstamming, godsdienst of overtuiging, handicap, leeftijd of seksuele geaardheid te bestrijden.

b. Fundamenteel recht Unieburger

168. Artikel 13 EG-Verdrag bevestigt en versterkt de rol die het gelijkheidsbeginsel speelt in het Europees recht. Onder de titel “beginselen” in het verdrag vinden we voortaan niet alleen het recht aan op gelijke behandeling ongeacht nationaliteit (art. 12 EG-Verdrag), maar ook een rechtsgrond voor de bestrijding van discriminatie op grond van geslacht, ras of etnische afstamming, geloof of overtuiging, handicap, leeftijd en seksuele geaardheid. Het lijkt erop dat de Gemeenschap zich in toenemende mate opwerpt als een rechtsgemeenschap die zich keert tegen *elke* vorm van ongerechtvaardigd onderscheid (en dus niet langer alleen tegen nationaliteits- en geslachtsdiscriminatie).¹⁴⁴

169. Artikel 13 EG-Verdrag stelt de Europese wetgever vrij van de verplichting om antidiscriminatiemaatregelen te verantwoorden met verwijzing naar de economische of sociale doelstellingen van de Gemeenschap. Voortaan heeft de EG een autonome bevoegdheid tot bestrijding van discriminatie.¹⁴⁵

170. De invoeging van artikel 13 EG-Verdrag in de onmiddellijke nabijheid van artikel 12 EG-Verdrag inzake nationaliteitsdiscriminatie is niet zonder betekenis. De laatstvermelde bepaling wordt in de literatuur doorgaans tot één van de wezenlijke rechten van het Unieburgerschap gerekend.¹⁴⁶ De keuze om de nieuwe verdragsbevoegdheid inzake discriminatie onmiddellijk na deze bepaling te plaatsen, wijst er volgens BELL op dat artikel 13 niet alleen gezien moet worden als een centraal

→ KAPTEYN, L.A. GEELHOED, K.J.M. MORTELMANS en C.W.A. TIMMERMANS, *o.c.*, 137-139; P. LENUZZA, “Commentaire de l’article 13 T.C.E.”, in P. LÉGER, HELBING en LICHTENHAN (eds.), *Commentaire article par article des Traités U.E. et C.E.*, Parijs-Brussel, Dalloz-Bruylant, 1999, 211-214; M. MAHLMANN, *l.c.*, 47; L. WADDINGTON, “Throwing Some Light on Article 13 EC Treaty”, *Maastricht Journal of European and Comparative Law* 1999, 3; L. WADDINGTON, “Article 13 EC: Setting Priorities in the Proposal for a Horizontal Employment Directive”, *Industrial Law Journal* 2000, 176-191. In verband met de voorbereidende werken bij art. 13, zie Conference of the representatives of the governments of the Member States, *European Union Today and Tomorrow – Adapting the European Union for the Benefit of Its People and Preparing it for the Future* (1996), CONF/2500/96, 5.12.96. en M. BELL en L. WADDINGTON, “The 1996 Intergovernmental Conference and the Prospects of a Non-Discrimination Treaty Article”, *Industrial Law Journal* 1996, 320.

144 Zie G. MORE, *l.c.*, 547.

145 SCOTT beschrijft dit als volgt: “Following the Amsterdam addition of an explicit non-discrimination enabling provision to the EC Treaty, the competence of the Community to take positive action to promote human rights *without needing to link such action to an economic or other objective* [onze cursivering] has been strengthened”. Zie S. DOUGLAS SCOTT, *o.c.*, 347. MORE schrijft in dit verband: “Perhaps the most significant move towards the creation of an autonomous right of equality in Community law was the insertion of article 13 into the EC Treaty by the Amsterdam Treaty”. Zie G. MORE, *l.c.*, 547.

146 Zie bv. J. SHAW, “The Interpretation of European Union Citizenship”, *EMLR* 1998, 298.

element van het sociaal recht van de Gemeenschap, maar ook als een kernaspect van het burgerschap van de Unie.¹⁴⁷ Artikel 13 vormt zo bekeken een aanvulling op het beperkte gelijke behandelingsrecht dat de unieburger aan artikel 12 ontleent.

c. Geen rechtstreekse werking

171. In tegenstelling tot artikel 12 EG-Verdrag heeft artikel 13 EG-Verdrag geen rechtstreekse werking: burgers onttelen aan de laatstgenoemde bepaling zelf *geen* aanspraak op gelijke behandeling.¹⁴⁸ Artikel 13 kent de Raad slechts de bevoegdheid toe om secundaire regels inzake antidiscriminatie aan te nemen. Het gaat om een rechtsgrond of *empowering provision*, niet om een rechtstreeks werkend verbod.¹⁴⁹

172. In bepaalde Duitse literatuur werd gesuggereerd dat artikel 13 EG-Verdrag – door het samen te lezen met artikel 10 (plicht tot gemeenschapstrouw) – toch rechtstreekse werking had.¹⁵⁰ Die suggestie is echter in de overgrote meerderheid van de rechtsleer afgewezen. Vandaag is het onbetwist dat artikel 13 alleen langs secundaire wetgeving werking kan krijgen in de interne rechtsorde van de lidstaten.

d. Procedure besluitvorming

173. Artikel 13 EG-Verdrag verlangt voor de aanneming van antidiscriminatiewetgeving eenparigheid van stemmen in de Raad. Vooruitgang op het gebied van communautaire discriminatiebestrijding via artikel 13 is met andere woorden onderhevig aan de dwang van het veto: elke onwillige lidstaat kan een op artikel 13 gesteund initiatief tegenhouden. De rol van het Europees Parlement in de procedure is bovendien gering: de rechtstreeks verkozen vertegenwoordigers hebben slechts een adviserende bevoegdheid. Bij de totstandkoming van de Rasrichtlijn is nochtans gebleken dat het parlement haar adviserende rol in bepaalde omstandigheden als drukmiddel kan gebruiken om inhoudelijke concessies af te dwingen van de Raad (*cf. supra* nr. 144).¹⁵¹

¹⁴⁷ M. BELL, *o.c.*, 121.

¹⁴⁸ D. CUYPERS schrijft dat dit artikel zeer voorzichtig geformuleerd werd om te verhinderen dat het directe werking zou hebben.

¹⁴⁹ In de woorden van G. MORE, *l.c.*, 547-548: “The insertion of article 13 (...) holds the *potential* for the development of a more universally applicable principle of equality in Community law. However, in its undeveloped state, article 13 does not confer a free-standing right of equality on all subjects of Community law” [onze cursivering]. Zie ook M. BELL, *o.c.*, 125 en P.J.G. KAPTEYN, L.A. GEELHOED, K.J.M. MORTELMANS en C.W.A. TIMMERMANS, *o.c.*, 137.

¹⁵⁰ Zie J. CIRKEL, “Gleichheitsrechte im Gemeinschaftsrecht”, *Neue Juristische Wochenschrift* 1998, 3332.

¹⁵¹ Bij de totstandkoming van de Rasrichtlijn wilde de Raad onder druk van actuele gebeurtenissen (de toetreding van extreem-rechts tot de Oostenrijkse Regering), zo snel mogelijk een Richtlijn ter bestrijding van rassendiscriminatie uitvaardigen. Het Europees Parlement verklaarde zich bereid haar advies binnen zeer korte termijn in te dienen, op voorwaarde dat de richtlijn op verschillende punten aangescherpt werd. Dit was ook wat uiteindelijk geschiedde. Zie M. BELL, *o.c.*, 125.

e. Discriminatiegronden

174. Artikel 13 EG-Verdrag geeft de Raad de bevoegdheid om maatregelen te treffen tegen discriminatie op zes gronden: (1) geslacht; (2) ras of etnische afstamming; (3) godsdienst of overtuiging; (4) handicap; (5) leeftijd en (6) seksuele geaardheid. Deze opsomming kan niet anders dan limitatief uitgelegd worden – een uitdrukking als “zoals” of “met name”, die de lijst open zou maken, ontbreekt.¹⁵² De artikelen 14 E.V.R.M. of artikel 21 van het Handvest voor de grondrechten van EU, bevatten bv. wél een exhaustieve lijst discriminatiegronden. BELL merkt op dat die laatste flexibeler ingezet kunnen worden tegen nieuwe vormen van discriminatie, zoals discriminatie op grond van genetische kenmerken. “Article 13 (...) overlooks the dynamic nature of anti-discrimination law”, zo schrijft dezelfde auteur.¹⁵³

f. “Onverminderd andere bepalingen”

175. Artikel 13 EG-Verdrag geldt “onverminderd andere bepalingen van dit verdrag”. Het gebruik van artikel 13 mag met andere woorden *niet* ten koste gaan van bestaande rechtsgronden inzake anti-discriminatie: wanneer voor de aannee van een discriminatieregule ook een andere verdragsbepaling dan artikel 13 in aanmerking komt, moet voor die eerste bepaling gekozen worden – zelfs als die minder specifiek is.¹⁵⁴ Dit is wat verstaan moet worden onder het aanvullend of subsidiair karakter van artikel 13.¹⁵⁵ Concreet betekent dit dat de Commissie artikel 13 EG-Verdrag alleen als rechtsgrond mag gebruiken wanneer zij geen beroep kan doen op de sociale bepalingen uit de artikelen 137 lid 2 of 141 lid 3 EG-Verdrag (*cf. supra* nrs. 160-164). Op basis van die bepalingen kan de Gemeenschap immers discriminatie (op grond van geslacht en andere gronden) in arbeid en beroep bestrijden.¹⁵⁶ De plicht om aan de laatstgenoemde artikelen voorrang te geven is van groot praktisch belang. Zij schrijven immers voor dat de Raad met gekwalificeerde meerderheid beslist, het

152 P.J.G. KAPTEYN, L.A. GEELHOED, K.J.M. MORTELMANS en C.W.A. TIMMERMANS, *o.c.*, 137. Uit de voorbereidende werken blijkt overigens dat het Nederlandse voorzitterschap nog in maart 1997 voorstelde om handicap, leeftijd, seksuele geaardheid en sociale afkomst uit het voorstel dat op dat ogenblik ter tafel lag (en dat die gronden wél bevatte) te schrappen. Uiteindelijk bleven de drie eerst vermelde gronden overeind, maar verdween “sociale afkomst” uit art. 13 EG-Verdrag. Hieruit blijkt onomstotelijk dat de lijst discriminatiegronden niet open bedoeld was. Voor het oorspronkelijke voorstel, zie Conference of the representatives of the governments of the Member States, *European union Today and Tomorrow – Adapting the European Union for the Benefit of its People and Preparing it for the Future* (1996), CONF/2500/96, 5.12.96.; voor een weergave van het voorstel van het Nederlands voorzitterschap om handicap, leeftijd, seksuele geaardheid en sociale afkomst uit dat voorstel te schrappen, zie M. BELL, “The New Article 13: A Sound Basis for European Anti-Discrimination Law?”, *l.c.*, 7.

153 M. BELL, *o.c.*, 127.

154 Zo schrijven WHITTLE en BELL: “[Article 13] should only be deployed where other Treaty provisions cannot be used”. Zie R. WHITTLE en M. BELL, “Between Social Policy and Union Citizenship: the Framework Directive on Equal Treatment in Employment”, *E.L.Rev.* 2002, 677. Dit in tegenstelling tot art. 12 EG-Verdrag, dat gelding heeft onverminderd de *bijzondere* bepalingen. Daarmee wordt alleen verwezen naar bepalingen die *specifieker* zijn dan art. 12 zelf, zoals bv. art. 39 EG-Verdrag.

155 P.J.G. KAPTEYN, L.A. GEELHOED, K.J.M. MORTELMANS en C.W.A. TIMMERMANS, *o.c.*, 137-138.

156 Waarbij specifiek voor geslacht een aparte rechtsgrond bestaat, meer bepaald art. 141 lid 3 EG-Verdrag.

parlement medebeslissingsrecht heeft, en de sociale partners geraadpleegd moeten worden.¹⁵⁷ Terwijl artikel 13 voorziet in een procedure waarbij het Europees Parlement slechts een adviserende rol speelt, de Raad met eenparigheid van stemmen beslist en de sociale partners niet geraadpleegd worden. Deze wetgevingsprocedure geldt niet voor “communautaire stimuleringsmaatregelen” ter ondersteuning van nationale regelingen ter bestrijding van discriminatie op (een van) de gronden uit artikel 13. Dergelijke stimuleringsmaatregelen kunnen sinds het Verdrag van Nice¹⁵⁸ door middel van de codecisieprocedure (artikel 251 EG-Verdrag) aangenomen worden.¹⁵⁹

176. In de rechtsleer is een bijkomend argument gegeven voor de voorrang van de sociale bepalingen als rechtsgrond voor Europese antidiscriminatiewetgeving¹⁶⁰ Dit argument is gestoeld op het arrest Commissie/Raad van 11 juni 1991. Daarbij oordeelde het Europees Hof van Justitie dat wanneer verschillende rechtsgronden in aanmerking komen met onverenigbare beslissingsprocedures, gekozen moet worden voor de bepaling die het Europees Parlement de grootste rol toebedeelt.¹⁶¹ Dit betekent dat voor maatregelen ter bestrijding van discriminatie in arbeid en beroep de artikelen 137 lid 2 en 141 lid 3 EG-Verdrag om een dubbele reden de voorkeur genieten op artikel 13¹⁶²: omdat het “andere bepalingen” zijn in de zin van artikel 13 eerste lid én omdat zij voorzien in een democratischer procedure dan datzelfde artikel 13.¹⁶³

g. “Binnen de EG-bevoegdheidsgrenzen”

177. Artikel 13 EG-Verdrag heeft slechts werking “binnen de grenzen van de door dit verdrag aan de Gemeenschap verleende bevoegdheden”. De interpretatie van het begrip *bevoegdheden* is van groot belang: wordt het restrictief uitgelegd, dan is het potentieel effect van artikel 13 beperkt. Wordt het daarentegen ruim geïnterpreteerd dan kan artikel 13 gebruikt worden om verreikende discriminatiebepalingen uit te vaardigen.¹⁶⁴

178. Artikel 12 EG-Verdrag bevat een passage die vergelijkbaar is met het zinsdeel van artikel 13 EG-Verdrag dat hier aan de orde is: het bepaalt dat het verbod van nationaliteitsdiscriminatie geldt “binnen de *werkingsfeer* van dit verdrag”. Het

¹⁵⁷ Dat laatste op basis van art. 138 EG-Verdrag.

¹⁵⁸ Verdrag van Nice van 26 februari 2001 houdende wijziging van het Verdrag betreffende de Europese Unie, de Verdragen tot oprichting van de Europese Gemeenschappen en sommige bijbehorende akten, *Pb.*, 2001, C 80/1.

¹⁵⁹ Zie art. 13 lid 2 EG-Verdrag

¹⁶⁰ Zie M. BELL, *o.c.*, 129-131.

¹⁶¹ H.v.J. 11 juni 1991, *Commissie/Raad*, C-300/89, *Jur.* 1991, I-2867. Zie ook K. LENAERTS en P. VAN NUFFEL, *o.c.*, 116.

¹⁶² M. BELL, *o.c.*, 130.

¹⁶³ Het is dan ook niet onbetwist dat Richtlijn 2000/78/EG van de Raad van 27 november 2000 tot instelling van een algemeen kader voor gelijke behandeling *in arbeid en beroep* (eigen cursivering) op art. 13 EG-Verdrag en niet op art. 137 EG-Verdrag lid 2 gegrondvest was. Voor een kritiek op deze keuze van rechtsgrond zie R. WHITTLE en M. BELL, *l.c.*, 677-691 (*Cf. infra* nr. 537).

¹⁶⁴ M. BELL, *o.c.*, 90.

verschil in de gekozen formulering is niet toevallig. In het oorspronkelijke voorstel voor artikel 13 was naar voorbeeld van artikel 12 het begrip “werkingssfeer” gebruikt¹⁶⁵, maar uiteindelijk is in het Verdrag van Amsterdam de voorkeur gegeven aan de term “bevoegdheden”.

179. De meeste commentatoren zijn het erover eens dat de opstellers van het Verdrag van Amsterdam deze wijziging doorgevoerd hebben om artikel 13 EG-Verdrag een *beperkte* toepassingsgebied te geven dan artikel 12 EG-Verdrag.¹⁶⁶ Laatstgenoemde bepaling geldt zoals gezegd binnen de “werkingssfeer” van het verdrag, een begrip dat in de rechtspraak van het Hof een zeer *ruime* inhoud gekregen heeft¹⁶⁷: ook beleidsgebieden waarin de Gemeenschap slechts een beperkte of zeer onrechtstreekse bevoegdheid heeft, zijn al door het Hof tot de “werkingssfeer” van het verdrag gerekend. Was het de bedoeling van de opstellers om de instellingen het recht te ontzeggen om op dergelijke “wankle” beleidsgebieden op te treden op basis van artikel 13?

180. In de literatuur wordt erop gewezen dat het in de praktijk moeilijk is om een verschil te maken tussen enerzijds domeinen die tot de *bevoegdheid* en anderzijds gebieden die tot de *werkingssfeer* van de gemeenschap behoren. Zo schrijven KAPTEYN, GEELHOED, MORTELMANS en TIMMERMANS dat “[d]e Gemeenschapsbevoegdheden dusdanig ruim omschreven [zijn] dat, indien een onderwerp binnen de werkingssfeer van het verdrag valt, in de regel ook een gemeenschapsbevoegdheid kan worden gevonden die terzake kan worden benut”.¹⁶⁸

181. BELL onderzoekt welke concrete beleidsvelden tot de “gemeenschapsbevoegdheden” gerekend mogen worden en welke niet. Hij komt tot de conclusie dat het domein (1) arbeid en beroep hier zonder enige twijfel deel van uit maakt.¹⁶⁹ Ook de

165 Geformuleerd tijdens de IGC van Dublin in 1996. In het Engels luidde deze “Dublin Draft” als volgt: “Within the *scope of application* [onze cursivering] of this Treaty and without prejudice to any special provision therein the Council, acting unanimously on a proposal from the Commission and after consulting the European Parliament, may take appropriate action to prohibit discrimination based on sex, racial, ethnic or social origin, religious belief, disability, age or sexual orientation”. Zie Conference of the representatives of the governments of the Member States, *European Union Today and Tomorrow – Adapting the European Union for the Benefit of its People and Preparing it for the Future* (1996), CONF/2500/96, 5.12.96.

166 Zie M. BELL, *o.c.*, 133-134 en P.J.G. KAPTEYN, L.A. GEELHOED, K.J.M. MORTELMANS en C.W.A. TIMMERMANS, *o.c.*, 138.

167 Zie H.v.J. 24 november 1998 en *Bickel en Franz*, C-274/96, *Jur.* 1998, I-7637 (met conclusie Adv. Gen. JACOBS). Voor een ruime interpretatie van het begrip werkingssfeer, zie ook H.v.J. 13 februari 1985, *Gravier*, 293/83, *Jur.* 1985, 593.

168 Zij verwijzen ter staving van deze stelling naar de ruim omschreven gemeenschapsbevoegdheden inzake marktintegratie van de art. 94 en 95 EG-Verdrag, en ook naar de restbevoegdheid van art. 308 EG-Verdrag. Zie P.J.G. KAPTEYN, L.A. GEELHOED, K.J.M. MORTELMANS en C.W.A. TIMMERMANS, *o.c.*, 138. P. CRAIG en G. DE BÚRCA, *o.c.*, 389-390 slaan eenzelfde relativiserende toon aan: “the Community’s objectives and aims are broadly expressed and its powers quite widespread, so that this limiting clause may not be a particularly serious restraint” [onze cursivering].

169 De art. 136 en 137 EG-Verdrag voorzien immers in heldere bevoegdheden voor gemeenschaps-optreden op dit vlak.

toegang tot (2) onderwijs¹⁷⁰ en (3) huisvesting¹⁷¹ zijn domeinen waarop de Gemeenschap volgens BELL op grond van artikel 13 EG-Verdrag antidiscriminatiemaatregelen zou mogen treffen. Op de vlakken van (4) de verstrekking van goederen en diensten¹⁷², (5) gezondheidszorg¹⁷³ en (6) het strafrecht¹⁷⁴ is de Gemeenschap daarentegen niet bevoegd in de zin van artikel 13, aldus deze auteur.

182. In de literatuur laat men er overigens weinig twijfel over bestaan dat artikel 13 EG-Verdrag ertoe strekt om buiten het “kerndomein” van arbeid en beroep gelding te hebben. Als bewijs voor deze stelling wordt aangehaald dat de opstellers van artikel 13 erop stonden de grond “geslacht” op te nemen in de lijst van discriminatiegronden – terwijl voor de bestrijding van geslachtsdiscriminatie *in arbeid en beroep* al een bevoegdheid bestond in artikel 141 lid 3 EG-Verdrag.¹⁷⁵

Afdeling 3. Inhoud discriminatieverbod

§ 1. Terminologie

183. Het Europees discriminatierecht kent een eigen conceptueel kader, dat afwijkt van het begrippenarsenaal dat gehanteerd wordt door het Europees Hof voor de Rechten van de Mens.¹⁷⁶ Een eerste belangrijke eigenheid is dat het Europees Hof van Justitie de begrippen *ongelijke behandeling* (of onderscheid) en *discriminatie* als synoniemen gebruikt. Zoals hoger al vermeld werd, worden deze begrippen klassiek wél van elkaar onderscheiden: een ongelijke behandeling (of onderscheid) geldt doorgaans als een neutraal begrip dat nog niets zegt over het toegelaten karakter van een maatregel, terwijl een discriminatie een ontoelaatbaar onderscheid aanduidt (*cf. supra* nr. 8). Een gerechtvaardigde discriminatie is dus in de klassieke terminologie een *contradictio in terminis*. In het Europees recht daarentegen is de situatie

170 M. BELL, “The New Article 13: A Sound Basis for European Anti-Discrimination Law?”, *l.c.*, 16-17. Zie ook M. BELL, *o.c.*, 143.

171 M. BELL, *o.c.*, 138-140 en M. BELL, “The New Article 13: A Sound Basis for European Anti-Discrimination Law?”, *l.c.*, 17-19.

172 M. BELL, *o.c.*, 136-138.

173 *Ibid.*, 140-143.

174 Als voorbeeld geeft BELL een Europees verbod om in het strafrecht (bv. inzake de minimumleeftijd voor seksuele activiteiten) te discrimineren op grond van seksuele gerichtheid. Zie M. BELL, “The New Article 13: A Sound Basis for European Anti-Discrimination Law?”, *l.c.*, 19.

175 BELL schrijft in dit verband: “[A]s ‘sex’ is also included in article 13, it seems reasonable to suppose that article 13 applies beyond employment discrimination, as otherwise the reference to ‘sex’ would be rather meaningless, adding nothing to the competence on sexual discrimination already provided in article 141”. Zie *ibid.*, 16. Vgl. M. MAHLMANN, *l.c.*, 53.

176 Voor een bespreking van het conceptuele kader van het EU-discriminatieverbod zie bv. E. ELLIS, “The Definition of Discrimination in European Community Sex Equality Law”, *E.L.Rev.* 1994, 563-580; C. ENGELS, “De gelijke behandeling van mannen en vrouwen, een Europees en Amerikaans rechtelijk perspectief”, in O. VANACHTER (ed.), *Gelijke behandeling en arbeidsverhoudingen*, Antwerpen, Intersentia, 1999, 19-42; J.H. GERARDS, *o.c.*, 221-362; P. FOUBERT, “Basisconcepten van de wet bestrijding discriminatie en haar verhouding tot andere discriminatieregels”, in E. BREMS en M. DE VOS (eds.), *De Wet Bestrijding Discriminatie in de praktijk*, Antwerpen, Intersentia, 2004, 1-35; C. McCRUDDEN, “The New Concept of Equality”, http://www.era.int/www/en/c_10540_doc.htm; C.W.A. TIMMERMANS, *l.c.* en J. WOUTERS, *l.c.*, 102-106.

waarin een “discriminatie (...) weliswaar aanwezig is, maar deze objectief gerechtvaardigd is” wél perfect denkbaar.¹⁷⁷ Advocaat-generaal VAN GERVEN voorzag de terminologie van het Hof van volgende commentaar.

Volgens de Commissie is het juist te spreken over de rechtvaardiging van een (al dan niet directe) ongelijkheid in behandeling dan over de rechtvaardiging van een discriminatie. Een discriminatie is immers volgens haar per definitie een ongelijke behandeling van vergelijkbare situaties (of een gelijke behandeling van onvergelijkbare situaties) *die niet objectief gerechtvaardigd kan worden*. Ik geef toe dat dergelijk terminologie inderdaad juist zou zijn, maar houd het hier toch bij het in de rechtspraak van het Hof ingeburgerde woordgebruik, volgens hetwelk de begrippen “ongelijke behandeling” en “discriminatie” als synoniemen gebruikt worden.¹⁷⁸

184. Het Hof verleent ook aan het begrippenpaar *formeel-materieel onderscheid* een ongebruikelijke betekenis. Klassiek wordt gesproken van formeel onderscheid wanneer vergelijkbare gevallen ongelijk behandeld worden, van materieel onderscheid indien onvergelijkbare gevallen gelijk behandeld worden (*cf. supra* nrs. 6-7). Het Hof daarentegen bedoelt met een “formele discriminatie”¹⁷⁹ elke ongelijke behandeling (een behandeling die de “uiterlijke vorm” van een discriminatie aanneemt) en met een materiële discriminatie een “echte” discriminatie (waarbij het zowel kan gaan om een ongelijke behandeling van vergelijkbare gevallen als om een gelijke behandeling van onvergelijkbare gevallen).¹⁸⁰ Het begrip materiële discriminatie geldt dus in de rechtspraak van het Hof als een verzamelterm voor wat hoger “materieel en formeel onderscheid” genoemd werd, terwijl formele discriminatie gelijkstaat met het neutrale begrip “ongelijke behandeling”.¹⁸¹ Een en ander blijkt uit het *Italiaanse koelkasten-arrest*:

Dat de verschillende behandeling van niet-vergelijkbare gevallen niet zonder meer wijst op discriminatie; dat daarom in gevallen, die formeel de schijn van discriminatie wekken, materieel nog geen sprake hoeft te zijn van discriminatie; dat sprake zou geweest zijn van discriminatie in materiële zin, indien hetzij vergelijkbare gevallen op verschillende wijze, hetzij verschillende gevallen op gelijke wijze waren behandeld.¹⁸²

177 K. LENAERTS, “Gelijkheid en non-discriminatie in het gemeenschapsrecht”, *I.c.*, 54.

178 Conclusie Adv. Gen. VAN GERVEN bij H.v.J. 9 november 1993, *Birds Eye Walls*, C-132/92, *Jur.* 1993, I-5579.

179 Wat in de terminologie van het Hof een synoniem is voor formeel *onderscheid*.

180 Een formele discriminatie kan dus ofwel een materiële discriminatie uitmaken, of ook “enkel de schijn van een materiële discriminatie wekken”.

181 In die zin zie B.J. DRIJBER en S. PRECHAL, “Gelijke behandeling van mannen en vrouwen in horizontaal perspectief”, *S.E.W.* 1997, 124; J.H. GERARDS, *o.c.*, 229; K. LENAERTS, “Gelijkheid en non-discriminatie in het Europees Gemeenschapsrecht”, *I.c.*, 52-55. en C.W.A. TIMMERMANS, *I.c.*, 430.

182 Zaak H.v.J. 17 juli 1963, *Italië/Commissie*, 13/63, *Jur.* 1963, 349.

§ 2. Definitie

A. Formeel en materieel onderscheid

185. Het Hof verbiedt niet alleen discriminerende ongelijke behandeling (formeel onderscheid), maar ook discriminerende gelijke behandelingen (materieel onderscheid). Dit blijkt uit het zonet aangehaalde *Italiaanse koelkasten*-arrest waarin de Luxemburgse rechters oordeelden dat er sprake is van discriminatie indien “hetzij vergelijkbare gevallen op verschillende wijze, hetzij verschillende gevallen op gelijke wijze waren behandeld”.¹⁸³

186. TIMMERMANS wijst erop dat het Hof zelden spreekt over het verbod van gelijke behandeling van onvergelijkbare gevallen.¹⁸⁴ Nochtans past het op het vlak van het vrij verkeer van goederen, diensten en personen met grote regelmaat (zij het steeds stilzwijgend) het verbod van materieel onderscheid toe (*cf. infra* nrs. 310). Volgens GERARDS kunnen twee factoren verklaren dat het Hof vrijwel nooit gewag maakt van de plicht om te diffentiëren: (1) het Hof hanteert vaak een benadelingstoets als toetsingsingang.¹⁸⁵ Daarbij is het van geen belang of de benadeling voortvloeit uit een ongelijke dan wel een gelijke behandeling – het enige wat telt is dat de klager in vergelijking tot een referentiepersoon of -groep ongunstig behandeld werd. (2) De rechtspraak van het Hof heeft zeer vaak betrekking op indirecte discriminatie, een specifieke vorm van materiële discriminatie.¹⁸⁶ Het spreekt vanzelf dat het gebruik van de term “materiële discriminatie” overbodig is, wanneer het Hof al gesproken heeft van indirecte discriminatie.¹⁸⁷

B. Direct en indirect onderscheid

1. DEFINITIES

187. Voor alle communautaire discriminatieverboden die zien op een welbepaalde differentiatiegrond (bv. nationaliteit, geslacht of ras), geldt dat zij een verbod

183 H.v.J. 17 juli 1963, *Italië t. Commissie*, 13/63, *Jur.* 1963, 349. Zie bv. ook H.v.J. 23 februari 1983, *Wagner*, 8/82, *Jur.* 1983, 371, r.o. 18 en h.v.J. 2 oktober 2003, *Garcia Avello*, C-148/02, *Jur.* 2003 (nog niet gepubliceerd), r.o. 31-38.

184 C.W.A. TIMMERMANS, *l.c.*, 445-446.

185 Dat is vooral het geval bij indirect onderscheid. In het geval van direct onderscheid maakt het Hof doorgaans gebruik van een vergelijkbaarheidstoets – waarvoor het onderscheid tussen materieel en formeel onderscheid wel van belang is. Bij materieel onderscheid wordt het Hof immers uitgenodigd op zoek te gaan naar relevante verschillen in situaties, bij formeel onderscheid naar gelijkenissen. Zie J.H. GERARDS, *o.c.*, 228-229.

186 Indirecte discriminatie is een vorm van materiële discriminatie: het gaat hierbij immers om een verboden gelijke behandeling (gelijk in termen van het verboden criterium). Ook bij indirecte discriminatie volgt het discriminatoire karakter van een handeling of norm uit het effect hiervan. Over de relatie tussen materieel en indirect onderscheid zie J.H. GERARDS, *o.c.*, 13-14 en C.W.A. TIMMERMANS, *l.c.*, 446.

187 Zie Sv. H.v.J. 2 oktober 2003, *Garcia Avello*, C-148/02, *Jur.* 2003 (nog niet gepubliceerd), r.o. 31-38.

inhouden van directe én indirecte discriminatie.¹⁸⁸ Volgens de wettelijke definitie die gebruikt wordt in Richtlijnen 2000/43, 2000/78 en 2002/73, is er sprake van directe discriminatie “wanneer iemand op grond van [een beschermd kenmerk] ongunstiger wordt behandeld dan een ander in een vergelijkbare situatie wordt, is, of zou worden behandeld”.¹⁸⁹ Deze definitie stemt goeddeels overeen met het begrip dat door het Hof gehanteerd wordt, en kan dan ook als algemeen geldig beschouwd worden.¹⁹⁰

188. Op de algemene geldigheid van de zojuist aangehaalde definitie van direct onderscheid bestaat één uitzondering: inzake geslachtsdiscriminatie op het vlak van beloning voor arbeid, verlangt het Europees Hof van Justitie dat de klager zich vergelijkt met een reël bestaande referentiepersoon. Vergelijking met een hypothetische maatman (wat volgens de hoger geciteerde wettelijke definitie wél geoorloofd is – zie het woord “zou”) kan dus in die context niet tot de vaststelling van rechtstreeks onderscheid aanleiding geven (*cf. infra* nr. 403).

189. De rechtsfiguur van indirecte discriminatie werd geïntroduceerd door het Europees Hof van Justitie in het arrest *Sotgiu*.¹⁹¹ Deze zaak betrof een Italiaan, de heer Sotgiu, die in Duitsland werkte en in Italië woonde. Sotgiu kreeg te maken met een ongunstige arbeidsrechtelijke regeling omdat zijn woonplaats niet Duitsland was en vocht de Duitse regeling aan wegens strijdigheid met het verbod van nationaliteitsdiscriminatie zoals vervat in artikel 7 van Verordening nr. 1612/68.¹⁹² Op het verweer van Duitsland dat hier sprake was van een onderscheid op basis van woonplaats, en niet op basis van nationaliteit repliceerde het Hof:

dat de regels omtrent de gelijkheid van behandeling, zowel in het Verdrag als in artikel 7 van Verordening nr. 1612/68, niet alleen de zichtbare discriminaties op grond van nationaliteit verbieden, maar ook alle verkapte vormen van discriminatie die door toepassing van andere onderscheidingscriteria in feite tot hetzelfde resultaat leiden.¹⁹³

190. Het pejoratief klinkende “verkapte discriminatie” lijkt aan te geven dat de dader de *intentie* moet hebben om (op gecamoufleerde wijze) te discrimineren.¹⁹⁴ Dat is nochtans niet het geval. Om te beoordelen of er sprake is van “verkapt” (of indirect) onderscheid, is alleen het effect van een maatregel relevant, niet de bedoeling van degene die het onderscheid maakt.¹⁹⁵ Als een ongelijke behandeling ge-

188 Voor een algemeen discriminatieverbod (dat ziet op alle differentiatiegronden), zoals het discriminatieverbod op het vlak van landbouw, is een onderscheid tussen directe en indirecte discriminatie niet zinvol. Elke vorm van ongerechtvaardigd onderscheid kan immers rechtstreeks aangevochten worden (*cf. supra* nr. 9).

189 Zie telkens art. 2 lid 2.

190 In die zin C. BAYART, *Discriminatie tegenover differentiatie. Arbeidsverhoudingen na de Discriminatiewet. Arbeidsrecht na de Europese Ras- en Kaderrichtlijn*, Brussel, Larcier, 2004, 85.

191 Zaak H.v.J. 12 februari 1974, *Sotgiu*, 152/73, *Jur.* 1974, 153. Over de wordingsgeschiedenis van het concept indirecte discriminatie in de rechtspraak van het Hof, zie K. VAN HAVEVE, “Indirecte discriminatie op grond van geslacht in de sociaal-rechtelijke sfeer”, *Jura Falc.* 1995-96, 455-458.

192 Verordening (EEG) nr. 1612/68 van de Raad van 15 oktober 1968 betreffende het vrije verkeer van werknemers binnen de Gemeenschap, *P.B.* 1968, L 257/2.

193 *Ibid.*, 164-165.

194 Over verkapte discriminatie, zie C. BAYART, *o.c.*, 55.

195 E. ELLIS, “The Definition of Discrimination in European Community Sex Equality Law”, *l.c.*, 572-579.

baseerd is op een ogenschijnlijk neutraal criterium dat – bedoeld of onbedoeld – een vergelijkbaar effect sorteert als een verboden criterium, is er sprake van een verkapt (of indirect) onderscheid.¹⁹⁶

191. Het Hof heeft niet alleen in (alle aspecten van) het verbod van nationaliteitsdiscriminatie een verbod van indirecte discriminatie gelezen, maar ook in de verdrags- en wetbepalingen die geslachtsdiscriminatie verbieden.¹⁹⁷ Bij de opstelling van de Ras- en Kaderrichtlijn en de Richtlijn tot wijziging van de Richtlijn gelijke behandeling man-vrouw heeft de Raad het voorbeeld van het Hof gevolgd: zij verklaren zonder uitzondering rechtstreekse én onrechtstreekse discriminatie onwettig.¹⁹⁸ Volgens de in die wetgeving gehanteerde definitie is er sprake van indirecte discriminatie, “wanneer een ogenschijnlijk neutrale bepaling, maatstaf of handelwijze personen met een [beschermd kenmerk], in vergelijking met andere personen bijzonder benadeelt, tenzij die bepaling, maatstaf of handelwijze objectief wordt gerechtvaardigd door een legitiem doel en de middelen voor het bereiken van dat doel passend en noodzakelijk zijn”.¹⁹⁹

192. Net als het geval was voor de in de richtlijnen gehanteerde definitie van rechtstreekse discriminatie, is de zojuist geciteerde wettelijke definitie van onrechtstreekse discriminatie algemeen geldig, weer met uitzondering van het domein van de geslachtsdiscriminatie inzake beloning. Voor de vaststelling van beloningsdiscriminatie is het namelijk onvoldoende dat de eiser bewijst dat zijn geslachtsgroep “bijzonder benadeeld” is (wat kan aan de hand van theoretische mogelijkheden en hypothesen). Alleen via statistische gegevens die aantonen dat een “wezenlijk groter gedeelte” van de leden van een geslachtsgroep door een regeling of handeling getroffen is, kan een klager geslachtsdiscriminatie inzake beloning laten vaststellen (*cf. infra* nrs. 413-416).

2. RATIO

193. Het Europees Hof van Justitie besloot toe te zien op indirecte discriminatie om de effectiviteit (*effet utile*) van het verbod van discriminatie te waarborgen. Het Hof zei dit met zoveel woorden in het hoger aangehaalde arrest *Sotgiu*: “dat deze uitlegging [de uitlegging waarbij ook indirecte discriminatie verboden wordt] noodzakelijk is om de doeltreffende werking van een der grondbeginselen der Gemeenschap te waarborgen”.²⁰⁰

196 Zie bv. C.W.A. TIMMERMANS, *l.c.*, 446.

197 J.H. GERARDS, *o.c.*, 226.

198 Art. 2, 2 Richtlijn 2000/43/EG, art. 2 Richtlijn 2000/78/EG en art. 1 Richtlijn 2002/73.

199 *Ibid.*

200 H.v.J. 12 februari 1974, *Sotgiu*, 152/73, *Jur.* 1974, 153. ELLIS wijst erop dat het Hof niet alleen gelijkheid in rechte wil creëren, maar ook wil bijdragen tot feitelijke of maatschappelijke gelijkheid. Hiertoe is volgens deze auteur een verbod van indirecte discriminatie onontbeerlijk. E. ELLIS, “The Definition of Discrimination in European Community Sex Equality Law”, *l.c.*, 572 zegt hierover: “Indirect discrimination (...) was invented in order to cater for the situation of institutionalised discrimination, the situation where the way in which we order our society impacts adversely on a particular group or people”. EICHENHOFER zegt in andere woorden hetzelfde:

→

194. Een louter verbod van directe discriminatie kan inderdaad slechts een beperkt effect sorteren. Het is immers voor lidstaten en werkgevers zeer eenvoudig om discriminerende maatregelen te camoufleren door het hanteren van onderscheidingscriteria die ogenschijnlijk neutraal zijn, maar eenzelfde effect hebben als een uitdrukkelijk verboden maatstaf.²⁰¹ Bovendien, zo schrijft ELLIS, is een verbod van indirecte discriminatie noodzakelijk om maatregelen en praktijken te bestrijden die verband houden met de wijze waarop onze samenleving traditioneel geordend is, en die onbedoeld of zelfs onbewust discriminerend werken (institutionele discriminatie).²⁰²

195. Als het Hof de reikwijdte van het verbod van nationaliteits- en geslachtsdiscriminatie niet uitgebreid had tot de zojuist vermelde indirecte discriminatievormen, had het slechts een louter juridische, vormelijke gelijkheid kunnen waarborgen. Dat zou in strijd geweest zijn met wat het Hof uitdrukkelijk als zijn plicht beschouwt: het “in feite en in rechte te verzekeren van de gelijkheid”.²⁰³

3. PRAKTISCH BELANG

196. Aan de vraag of een ongelijke behandeling een direct, dan wel een indirect onderscheid uitmaakt, zijn belangrijke praktische gevolgen verbonden. Zo is het vaste rechtspraak van het Hof dat rechtstreeks onderscheid in beginsel alleen met behulp van *geschreven rechtvaardigingsgronden* verantwoord kan worden²⁰⁴, terwijl onrechtstreeks onderscheid op basis van een ongelimiteerd aantal redenen door de rechter “objectief gerechtvaardigd” kan worden.²⁰⁵ Toch blijkt uit de jurisprudentie van het Hof dat het rechtvaardigingsstelsel bij direct onderscheid niet volledig “gesloten is”: soms onderzoekt het Hof ook in gevallen van direct onderscheid ongeschreven rechtvaardigingsmogelijkheden (*cf. infra* nrs. 248-251).

197. Volgens GERARDS beïnvloedt het soort discriminatie bovendien het type *toetsingsingang* dat door het Hof wordt gebruikt. Zo blijkt het Hof bij indirecte

→ “Mittelbare Diskriminierung (...) zielt auf die soziale Gleichstellung von Mann und Frau”. E. EICHENHOFER, “Diskriminierung wegen der Rasse, ethnischen Herkunft, des Alters und der Behinderung”, in U. RUST, *Die Gleichbehandlungsrichtlinien der EU und ihre Umsetzung in Deutschland*, Bremen, Locumer Protokolle 40/03, 2003, 82.

201 In die zin zie bv. M. DEVOS, “Worden Europese arbeidsverhoudingen Amerikaans?”, *I.c.*, 253.

202 Zie E. ELLIS, “The Definition of Discrimination in European Community Sex Equality Law”, *I.c.*, 572.

203 H.v.J. 12 februari 1974, *Sotgiu*, 152/73, *Jur.* 1974, 153.

204 Over de rechtvaardiging van direct onderscheid, zie C. TOBLER, “Rechtvaardiging van direct onderscheid in het EG-recht”, *Nemesis* 2001, 121-127.

205 Volgens Adv. Gen. VAN GERVEN kan het onderscheid tussen directe en indirecte discriminatie de vergaande consequenties die aan dat onderscheid verbonden worden niet dragen. Het verschil tussen beide types discriminatie is in zijn opinie te vaag. Hij pleit er dan ook voor het soort rechtvaardiging waarover de verweerder in een discriminatieprocedure beschikt niet te laten afhangen van de vraag of een bestreden onderscheid rechtstreeks dan wel onrechtstreeks is. In beide gevallen zou naar zijn mening een objectieve rechtvaardiging mogelijk moeten zijn. Zie zijn conclusie bij H.v.J. 9 november 1993, *Birds Eye Walls*, C-132/92, *Jur.* 1993, I-5579.

discriminatie doorgaans een benadelingstoets uit te voeren (zonder de (on)vergelijkbaarheid van situaties te toetsen), terwijl het bij directe discriminatie meestal voor de klassieke vergelijkbaarheidstoets kiest.²⁰⁶

198. Tot slot moet opgemerkt worden dat het belang van de rechtsfiguur “indirecte discriminatie” in het communautair discriminatierecht toeneemt. Immers, tegenwoordig betreft het overgrote deel van de Europese discriminatiezaken onrechtstreekse onderscheiden. Dit is niet verwonderlijk: lidstaten en werkgevers zijn er zich terdege van bewust dat het openlijk gebruik van verboden differentiatiegronden (zoals geslacht, nationaliteit of ras) met grote waarschijnlijkheid met het Europees recht strijdig bevonden zal worden. Voor zover dan al discriminerende onderscheidingen gemaakt worden zal dit doorgaans enkel waarneembaar zijn in de effecten van een maatregel, en niet rechtstreeks aan de hand van een bepaling of onderscheidingsmaatstaf.²⁰⁷

C. Causaliteit

199. Een typisch kenmerk van het Europees discriminatierecht is dat de klager in elke zaak een betwiste ongelijke behandeling moet kunnen koppelen aan een specifiek kenmerk.²⁰⁸ Het Europees discriminatierecht beschermt immers niet tegen elke vorm van willekeurig onderscheid, maar alleen tegen onderscheid gemaakt op basis van welbepaalde kenmerken of gronden: nationaliteit, geslacht, ras, godsdienst of overtuiging, leeftijd, handicap en seksuele geaardheid. In de Engelstalige literatuur wordt naar deze voorwaarde verwezen met de term “*causation*” – in het Nederlands vertaald als “causaliteit” of “veroorzaking”. De bedoelde voorwaarde houdt in dat een onderscheid, om als discriminatoir aangemerkt te worden, een beschermd kenmerk als oorzaak of reden dient te hebben.²⁰⁹

200. Het begrip “oorzaak” is een vlag die verschillende ladingen dekt: voor de vaststelling van direct onderscheid moet het beschermde kenmerk daadwerkelijk een oorzaak zijn voor het gemaakte onderscheid, in de zin van een “reden”, “grond” of “basis”. Voor de vaststelling van indirect onderscheid wordt het “oorzakelijk verband” tussen ongelijke behandeling en beschermd kenmerk daarentegen vastgesteld aan de hand van de *effecten* van een (op zich neutrale) ongelijke behandeling: kan de klager aantonen dat het gewraakte onderscheid, ondanks zijn ogenschijnlijk neutrale karakter, de bijzondere benadeling van een beschermde groep (bv. vrou-

206 J.H. GERARDS, *o.c.*, 238, 244, 246 en 258.

207 In die zin zie M. DEVOS, “Worden Europese arbeidsverhoudingen Amerikaans?”, *I.c.*, 259 en P.J.G. KAPTEYN, L.A. GEELHOED, K.J.M. MORTELMANS en C.W.A. TIMMERMANS, *o.c.*, 913.

208 E. ELLIS, “The Definition of Discrimination in European Community Sex Equality Law”, *I.c.*, 565 schrijft dat discriminatie in essentie bestaat uit twee elementen: “some sort of adverse impact on their victims and a prohibited classification underlying that impact [onze cursivering]. Adverse impact and causation, at least in a broad, non-technical sense, must as a matter of basic logic be the constituent elements which underpin all systems of anti-discrimination law”.

209 E. ELLIS, “The Definition of Discrimination in European Community Sex Equality Law”, *I.c.*, 565.

wen) tot gevolg heeft, dan is (een vermoeden van) veroorzaking tot stand gebracht.²¹⁰ Oorzakelijkheid bewijzen door een onderzoek van de effecten lijkt enigszins contradictorisch. In dat opzicht is het dan ook zuiverder te spreken van de noodzaak om in discriminatiezaken een *verband* of *link* (in tegenstelling tot “een oorzakelijk verband”) tot stand te brengen tussen een ongelijke behandeling en een beschermd kenmerk.

201. Verder is het van groot belang de eis van een “oorzaak” (of verband) niet te verwarren met het vereisen van een bedoeling of *intentie* om te discrimineren: het feit dat een onderscheid “veroorzaakt” moet zijn door overwegingen in verband met een beschermd kenmerk (bv. geslacht) betekent niet dat degenen van wie de ongelijke behandeling uitgaat de bedoeling gehad moet hebben om te discrimineren. Er hoeft geen enkele vorm van intentie of kwaad opzet bewezen te worden. Het is voldoende aan te tonen dat het beschermde kenmerk aan de basis lag van een onderscheid.²¹¹ Ook onopzettelijke en onbewuste discriminatie is verboden.²¹²

202. Dat het bewijs van een discriminatoire intentie nooit een noodzakelijke voorwaarde is voor de vaststelling van onderscheid, neemt niet weg dat dergelijk bewijs wel degelijk nut heeft (1) voor het aantonen van causaal verband bij rechtstreeks onderscheid²¹³ en (2) voor het weerleggen van een door de verweerder ingeroepen rechtvaardiging in gevallen van indirect onderscheid.²¹⁴

203. Tot slot moet melding gemaakt worden van het Europeesrechtelijk statuut van behandelingen die deels op een verboden kenmerk en deels op andere, neutrale, motieven (bv. marktoverwegingen) gebaseerd zijn. Zijn dergelijk *mixed motive decisions* per definitie verboden? Het Hof heeft op deze vraag nog geen duidelijk antwoord gegeven. Zo kan uit het arrest *Dekker* afgeleid worden dat een beschermd kenmerk (*in casu* geslacht) de *voornaamste reden* voor een direct onderscheid moet zijn, vooraleer het bestaan van een oorzakelijk verband aanvaard wordt.²¹⁵ Is dus

210 Zie M. DE VOS, “Worden Europese arbeidrelaties Amerikaans?”, in D. CUYPERS, *Gelijkheid in het arbeidsrecht. Gelijkheid zonder grenzen?*, Antwerpen, Intersentia, 2003, 253: “[Bij] onrechtstreekse discriminatie [wordt] het causaal verband (...) onrechtstreeks (...) vastgesteld, op grond van de disproportionele impact van een ogenschijnlijk neutrale bepaling, maatstaf of handelwijze. Oorzakelijk verband volgt dan niet intrinsiek en rechtstreeks uit de bestreden handeling, maar is een extrinsiek kenmerk dat wordt afgeleid uit de feitelijke gevolgen van een openlijk neutrale handeling.” Vgl. C. BAYART, *o.c.*, 109-110.

211 Het discriminatieconcept van het Europese arbeidsrecht steunt op de *objectieve relatie* tussen een handeling en een beschermd kenmerk. De subjectieve intentie van de werkgever – goed of slecht – is irrelevant.

212 E. ELLIS, “The Definition of Discrimination in European Community Sex Equality Law”, *l.c.*, 563-580.

213 C. BAYART, *o.c.*, 113.

214 De verweerder ten aanzien van wie een vermoeden van indirect onderscheid vastgesteld is, moet immers aantonen dat het bedoelde onderscheid “volledig losstaat” van het beschermde kenmerk. Slaagt het slachtoffer erin te bewijzen dat de verweerder discriminerende bedoelingen had, dan is dat bewijs onmogelijk geworden. Zie M. DE VOS, “Worden Europese arbeidrelaties Amerikaans?”, *l.c.*, 248. Over de rol van intentie in Europees discriminatierecht, zie bv. E. ELLIS, “The Definition of Discrimination in European Community Sex Equality Law”, *l.c.*, 564-566 en R.A. SEDLER, “The role of ‘intent’ in discrimination analysis”, in T. LOENEN en P. RODRIGUES (eds.), *Non-Discrimination Law: Comparative Perspectives*, Den Haag, Kluwer, 1999.

215 H.v.J. 8 november 1990, *Dekker*, 177/88, *Jur.* 1990, 3941, r.o. 10-12.

het beschermde kenmerk slechts een oorzaak voor een rechtstreekse ongelijke behandeling, maar niet de belangrijkste, dan kan die behandeling – althans in de logica van *Dekker* – door de beugel.

204. DE VOS wijst erop dat inzake indirect onderscheid *mixed motive decisions* dan weer *nooit* toelaatbaar lijken te zijn: volgens een vaste rechtspraak van het Hof kan een verweerder een vermoeden van indirecte discriminatie immers alleen weerleggen door aan te tonen dat een beschermd kenmerk “volledig vreemd” is aan een betwist onderscheid. De aanwezigheid van een motief dat verband houdt met een beschermd kenmerk, ongeacht hoe zwaar of licht dit doorweegt, is dus voldoende om tot de onwettigheid van een indirect onderscheid makende behandeling te besluiten.²¹⁶

205. Uit het arrest *Enderby* – waarvan betwist is of het om directe, dan wel indirecte discriminatie gaat – kan dan weer afgeleid worden dat *mixed motive decisions* enkel verboden zijn in de mate dat zij gebaseerd zijn op een verboden kenmerk.²¹⁷ Voor zover zij daarentegen steunen op een neutraal kenmerk, zouden zij niet strijdig zijn met het discriminatieverbod. Deze toepassing van het evenredigheidsbeginsel veronderstelt natuurlijk dat de rechter in staat is uit te maken wat de precieze verhouding is tussen de diverse motieven die aan de oorsprong lagen van een gewraakte behandeling.²¹⁸

§ 3. Toetsingsmodel

A. Algemeen

206. Zoals er niet één algemeen communautair discriminatieverbod bestaat, is er evenmin een algemeen geldig toetsingsmodel voor discriminatie.²¹⁹ Het toetsingsmodel dat het Hof hanteert wordt voor een belangrijk deel bepaald door het specifieke discriminatieverbod dat aan de orde is: zo geeft bijvoorbeeld het verbod van discriminatie op het vlak van de landbouw (art. 34 EG-Verdrag) aanleiding tot een andere – minder indringende – toets dan het verbod van nationaliteitsdiscriminatie. Ook andere factoren hebben invloed op de inhoud van de toets die het Hof doorvoert, zoals het soort onderscheid (direct of indirect), het toepassingsgebied (bv. “arbeid en beroep” of “sociale zekerheid”) en uiteraard de specifieke feiten van de zaak.²²⁰

207. Zoals aangegeven in het begrippenkader verloopt een toets aan het gelijkheidsbeginsel doorgaans in twee fasen: de toetsingsingang en de rechtvaardigings-

216 M. DE VOS, “Worden Europese arbeidrelaties Amerikaans?”, *I.c.*, 248.

217 H.v.J. 27 oktober 1993, *Enderby*, C-172/92, *Jur.* 1993, I-5535, r.o. 24-28.

218 C. BAYART, *o.c.*, 112.

219 J.H. GERARDS, *I.c.*, 234.

220 Zie *ibid.*, 307-339 en C.W.A. TIMMERMANS, *I.c.*, 439-440.

toets. Dit is ook het geval in het Europees recht.²²¹ Beide bestaan op hun beurt uit verschillende *toetsingselementen*. In wat volgt wordt gepoogd een zo compleet mogelijk communautair toetsingsmodel op te stellen. In de praktijk zal dit zeer zelden zo volledig voorkomen.

B. Toetsingsingang

1. ALGEMEEN

208. In de fase van de toetsingsingang gaat het Hof na of er *prima facie* sprake is van een discriminatie.²²² Alleen als de eisende partij er tijdens die eerste fase in slaagt minstens een “schijn” of “vermoeden” van discriminatie te wekken, wordt overgegaan tot het toetsingsstadium van de rechtvaardiging – waarbij de verweerder de mogelijkheid krijgt het vastgestelde onderscheid te verantwoorden.²²³ Slaagt de eiser daar niet in dan wordt zijn vordering al in de fase van de toetsingsingang afgewezen.²²⁴

2. TOETSINGSINGANG BIJ DIRECT ONDERSCHIED

a. Algemeen

209. Uit de Richtlijn gelijke behandeling man-vrouw, de ras- en de kaderrichtlijn, evenals uit de rechtspraak van het Hof inzake geslachtsdiscriminatie²²⁵, kan afgeleid worden dat in de fase van de toetsingsingang bij direct onderscheid in beginsel de volgende drie elementen getoetst worden: (1) is de klager ongunstig behandeld in vergelijking met een referentiepersoon; (2) bevinden klager en referentiepersoon zich in een vergelijkbare situatie en (3) is de ongelijke behandeling gebaseerd op een beschermd kenmerk?²²⁶

b. Ongunstige behandeling

210. Om van direct onderscheid te kunnen spreken moet niet alleen een ongelijke, maar ook een ongunstige behandeling voorliggen. Een ongelijke behandeling die voor de onderscheiden categorieën even gunstig uitdraait kan dus niet als een

221 Over de dubbele discriminatietoets lees bv. C.W.A. TIMMERMANS, *l.c.*, 440-442. MORE toont aan dat het toetsingsschema van het Hof niet van bij de aanvang in twee fasen verliep. Zo werd aanvankelijk alleen het eerste “Aristoteliaanse” deel van het toetsingsmodel gebruikt. Zie G. MORE, *l.c.*, 531-535. In de praktijk blijkt het Hof in sommige gevallen de toetsingsingang achterwege te laten, in andere gevallen de rechtvaardigingstoets. Zie B.J. DRIJBER en S. PRÉCHAL, *l.c.*, 127, vn. 30.

222 Zie K. LENAERTS, “Gelijkheid en non-discriminatie in het Europees Gemeenschapsrecht”, *l.c.*, 55.

223 Zie B.J. DRIJBER en S. PRÉCHAL, *l.c.*, 137, vn. 119.

224 Zie bv. B.J. DRIJBER en S. PRÉCHAL, *l.c.*, 124.

225 C. BAYART, *o.c.*, 85.

226 BAYART spreekt niet van toetsingselementen, maar van “constitutieve bestanddelen”. Zie *ibid.*

discriminatie aangemerkt worden²²⁷; een verschillende behandeling die gunstiger uitvalt voor het “slachtoffer” *a fortiori* niet. Doorgaans is de aanwezigheid van een ongunstige behandeling vanzelfsprekend, of is zij al vastgesteld door de verwijzende nationale rechter.

211. De vaststelling van een ongunstige behandeling impliceert een vergelijking van de klager met een *referentiepersoon* (of referentiepersonen). Aan de aanduiding van een referentiepersoon zijn een aantal juridische problemen verbonden. Zo rijst de vraag of de referentiepersoon (1) een reëel en nu bestaand persoon moet zijn, of het mag gaan om (2) een maatman die in het verleden bestond, of ook om (3) een comparator die alleen in theorie of bij hypothese bestaat. Deze vragen worden verschillend beantwoord naar gelang het soort onderscheid dat aan de orde is: voor de vaststelling van direct beloningsonderscheid op grond van geslacht geldt dat alleen vergelijking met een actuele of historische referentiepersoon geoorloofd is (*cf. infra* nrs. 403). Voor de vaststelling van alle andere vormen van onderscheid geldt dat ook vergelijking met een hypothetische of theoretische comparator geoorloofd is (*cf. infra* nrs. 433, 514 en 538).

c. Vergelijkbaarheid

i. Algemeen

212. Klassiek wordt in de literatuur de fase van de toetsingsingang gelijkgesteld met de vergelijkbaarheidstoets.²²⁸ De toetsingselementen “ongunstige behandeling” en “causaliteit” worden daarbij als vanzelfsprekend beschouwd, en komen hooguit als een impliciet onderdeel van de vergelijkbaarheidstoets aan bod. De uitvoering van de vergelijkbaarheidstoets vergt inderdaad de aanduiding van een gunstiger behandelde referentiepersoon (“ongunstige behandeling”), en wel van een referentiepersoon die het beschermde kenmerk niet bezit (“causaliteit”).

213. Volgens een vaste jurisprudentie van het Hof is een ongelijke (ongunstige) behandeling alleen verboden wanneer de klager zich in een vergelijkbare situatie bevindt als een referentiepersoon of -groep (en is een gelijke behandeling alleen strijdig met het discriminatieverbod bij onvergelijkbaarheid van situaties).

Volgens vaste rechtspraak vereist het beginsel van gelijke behandeling als algemeen beginsel van gemeenschapsrecht, dat vergelijkbare situaties niet verschillend worden

227 DE VOS wijst erop dat een “separate but equal” behandeling van categorieën personen dus in beginsel geoorloofd is naar Europees recht. Zie M. DE VOS, “Worden Europese arbeidrelaties Amerikaans?”, *l.c.*, 246-247.

228 Zie bv. P.J.G. KAPTEYN, L.A. GEELHOED, K.J.M. MORTELMANS en C.W.A. TIMMERMANS, *o.c.*, 131 en K. LENAERTS, “Gelijkheid en non-discriminatie in het Europees Gemeenschapsrecht”, *l.c.*, 53-54.

behandeld en dat verschillende situaties niet gelijk worden behandeld, tenzij dat verschil objectief is gerechtvaardigd.²²⁹

214. Ondanks de algemene formulering van de eis van vergelijkbaarheid, heeft deze als toetsingselement nauwelijks een plaats buiten zaken van direct onderscheid. In de Richtlijnen 2000/43, 2000/78 en 2002/73 werd de eis dat de klager zich in een vergelijkbare situatie bevindt als de referentiepersoon dan ook alleen opgenomen als een constitutief element van de definitie van *directe* discriminatie.²³⁰ In de wettelijke definitie van indirecte discriminatie is van vergelijkbaarheid geen sprake. Uit de rechtspraak blijkt overigens dat ook in gevallen van direct onderscheid de vergelijkbaarheidstoets lang niet altijd een even prominente rol speelt.²³¹

ii. Inhoud

215. In het begrippenkader is gesteld dat identieke situaties in werkelijkheid niet bestaan. De bedoelde vergelijkbaarheidstoets behelst daarom niet louter een studie van de feitelijke situaties die in het geding zijn – dergelijk puur feitenonderzoek zou immers altijd en onvermijdelijk tot een conclusie van onvergelijkbaarheid leiden. Zo oordeelde het Hof dat wanneer bij de vergelijking van ondernemingen rekening gehouden zou worden met *alle* feitelijke omstandigheden waarin deze zich bevinden, elke onderneming alleen maar met zichzelf zou zijn te vergelijken.²³² De vergelijkbaarheidstoets gebeurt dan ook niet vanuit een feitelijk standpunt, maar vanuit een bepaalde toetsingsmaatstaf (*cf. supra* nr. 18).²³³

216. Bij de uitvoering van de vergelijkbaarheidstoets stelt het Hof zich de vraag of de betrokken situaties vergelijkbaar zijn vanuit het oogpunt van de doelstellingen van de bestreden maatregel. Zo zijn bijvoorbeeld op basis van landbouwoverschotten geproduceerde alcohol en synthetisch vervaardigde alcohol perfect substitueerbare goederen (en in dat opzicht vergelijkbaar), maar zijn zij vanuit het standpunt

229 H.v.J. 7 juli 1993, *Spanje/Commissie*, C-217/91, *Jur.* 1993, I-3923, r.o. 32. De door het Hof gebruikte formule impliceert volgens K. LENAERTS, “Gelijkheid en non-discriminatie in het Europees Gemeenschapsrecht”, *l.c.*, 54 dat “voor het Hof de vaststelling van een discriminatie steeds een antwoord vereist op de vraag of de onderscheiden gevallen ‘vergelijkbaar’ dan wel ‘verschillend’ zijn. In de eerste hypothese is er een verplichting tot gelijke behandeling, in de tweede is er verplichting tot gelijke behandeling (...)”. De geciteerde formule werd voor het eerst gebruikt in de zaak *Sermide* (H.v.J. 13 december 1984, *Sermide*, 106/83, *Jur.* 1984, 4231, ro. 28). J. WOUTERS, *l.c.*, 102-103 merkt op dat de “Sermide-definitie” een synthese is van de eerdere omschrijvingen die het Hof in de zaak *Italiaanse koelkasten* van 1963 en in de zaak *Ruckdeschel* van 1977 al gaf. C. BARNARD, “Gender Equality in the EU: A Balance Sheet”, in P. ALSTON (ed.), *The EU and Human Rights*, Oxford, Oxford University Press, 1999, 226-231 vestigt er de aandacht op dat deze definitie op zich volstrekt inhoudloos (of formeel) is. De door het Hof gebruikte formule laat immers in het midden wat gelijke gevallen zijn en wat ongelijke, en welke eigenschappen van een mens probleemloos als criterium gebruikt kunnen worden voor een ongelijke behandeling (bv. studieresultaten) en welke in beginsel verboden zijn (bv. geslacht).

230 Zie telkens art. 2 lid 2 van de richtlijnen.

231 B.J. DRIJBER en S. PRÉCHAL, *l.c.*, 128 en C.W.A. TIMMERMANS, *l.c.*, 433.

232 H.v.J. 10 mei 1960, *Luitpoldhütte/Hoge Autoriteit*, 26/58, *Jur.* 1960, 411-412 (E.G.K.S.).

233 Het Hof bevestigt dit met zoveel woorden in o.a. H.v.J. 14 juli 1977, *Sagulo*, 8/77, *Jur.* 1977, 1505-1507, r.o. 10-12. Daarin liet het Hof optekenen dat “dit onderscheid aan een objectief verschil tussen rechtsonderhorigen beantwoordt, dit in het licht van strekking van de betrokken maatregel” [onze cursivering].

van het milieubeleid onvergelijkbaar: de productie van “landbouwalcohol” draagt immers bij tot de afbouw van milieuvervuilende overschotten, terwijl de aanmaak van synthetische alcohol zeer energieverblindend en milieubelastend is. Een regeling die synthetische alcohol zwaarder belast dan landbouwalcohol kan dan ook gezien worden als een ongelijke behandeling van *onvergelykbare* gevallen – gezien uit het oogpunt van de doelstelling een milieuvriendelijk energiebeleid te voeren.²³⁴

iii. Vergelijkbaarheidstoets als rechtvaardigingstoets

217. In de literatuur is gesteld dat de fase van de rechtvaardiging (de vraag of een (on)gelijke behandeling een legitiem doel dient en voor het bereiken van dat doel geschikt en onmisbaar is) in de rechtspraak van het Hof vaak al plaatsvindt tijdens de voorafgaande fase van de vergelijkbaarheidstoets: als de rechters van oordeel zijn dat een ongelijke behandeling van vergelijkbare gevallen gerechtvaardigd is (omdat hij een legitiem doel nastreeft en daartoe geschikt en onmisbaar is), zullen zij niet eerst een ongelijke behandeling van gelijke gevallen (een “materiële discriminatie” in de terminologie van het Hof) vaststellen, maar van te voren oordelen dat de betrokken situaties relevante verschillen vertonen en derhalve onvergelijkbaar zijn. LENAERTS beschrijft deze techniek als volgt:

Zoals gezegd is het oordeel omtrent de vergelijkbaarheid of het verschil van de geregelde gevallen cruciaal om ten aanzien van een uiteenlopende *c.q.* gelijke regeling de schending van het gelijkheidsbeginsel aan te tonen. Aangezien dat oordeel moet worden uitgevoerd in het licht van de strekking van de in het geding staande regeling, bestaat de neiging om de mogelijke rechtvaardiging van een “discriminatie in materiële zin” te betrekken op de “calculus” waarop de vaststelling van die discriminatie rust. Dit betekent dat indien een onderscheid in behandeling als gerechtvaardigd overkomt vanwege de evenredige verhouding tussen middel en doel de neiging groot zal zijn om dit onderscheid niet eerst als een uiteenlopende regeling van vergelijkbare gevallen (“discriminatie in materiële zin”) te bestempelen en het vervolgens zijn discriminatoir karakter te laten verliezen omdat het “objectief gerechtvaardigd is”, maar om eerder de geregelde gevallen als (enigszins) verschillend aan te merken, waardoor geen discriminatie aanwezig wordt geacht.²³⁵

218. In dezelfde lijn ligt de opmerking van TIMMERMANS dat het Hof in de (tweede) fase van de rechtvaardiging soms niet meer doet dan nogmaals op zoek te gaan naar “objectieve verschillen van een zeker gewicht” die het onderscheid in behandeling kunnen verantwoorden. Als het Hof dergelijke verschillen vindt, dan zal het oordelen dat het betwiste onderscheid “gerechtvaardigd” is. In werkelijkheid heeft het Hof geen “echte” – van de vergelijkbaarheidstoets onderscheiden – recht-

234 Dit voorbeeld is geïnspireerd op H.v.J. 14 januari 1981, *Chemical Farmaceutici*, 140/79, *Jur.* 1981, I, en werd ontleend aan C.W.A. TIMMERMANS, *I.c.*, 437-438 en 441.

235 K. LENAERTS, “Gelijkheid en non-discriminatie in het Europees Gemeenschapsrecht”, *I.c.*, 55-56.

vaardigingstoets uitgeoefend, en heeft het slechts geconstateerd dat de betrokken situaties (toch) op relevante wijze van elkaar verschillen.²³⁶

219. Het feit dat het Hof rechtstreekse ongelijke behandelingen met behulp van onvergelykbaarheidsoordelen verantwoordt heeft alles te maken met het gesloten rechtvaardigingsstelsel. Als een direct onderscheid het Hof toelaatbaar overkomt om andere redenen dan degene die opgenomen zijn in de wet, dan is een *oordeel van onvergelykbaarheid* de enige manier om de bewuste ongelijke behandeling te “redden”. Een “objectieve rechtvaardiging” op grond van ongeschreven gronden is immers strijdig met de orthodoxie van het gesloten systeem. BAYART merkt op dat de functie van “veiligheidsklep” voor gevallen van (toelaatbaar) direct onderscheid één van de belangrijke taken is die de vergelykbaarheidstoets in de rechtpraak van het Hof vervult.²³⁷

220. In de rechtsleer is opgemerkt dat de hoger beschreven versmelting van vergelykbaarheids- en rechtvaardigingstoets een verarming van de toetsingsvoorgang met zich meebrengt: de afweging van belangen, die eigen is aan de rechtvaardigingstoets valt immers weg.²³⁸ Het “overslaan” van de rechtvaardigingstoets kan nadelig uitwerken voor de klager²³⁹: zijn eis kan immers afgewezen worden met een ongemotiveerd besluit dat de betrokken situaties onvergelykbaar zijn.²⁴⁰ Of de bestreden bepaling maatstaf of handelswijze een legitieme doelstelling dient en passend en noodzakelijk is, hoeft de rechter niet te onderzoeken (*cf. supra* nrs. 251).²⁴¹

d. Causaliteit

221. De vaststelling van causaliteit bij direct onderscheid kan bijzonder eenvoudig zijn: als een onderscheid *openlijk* op een beschermd kenmerk gebaseerd is of op een onlosmakelijk met dat kenmerk verbonden eigenschap (zoals zwangerschap, moederschap of transseksualiteit).²⁴² Stelt de rechter dergelijk openlijk onderscheid vast, dan zal aan de andere toetsingselementen nauwelijks of geen aandacht meer besteed worden. Integendeel, het Hof vertoont de neiging tot de vaststelling van direct onderscheid over te gaan zodra openlijk een onderscheid gemaakt wordt op basis van een verboden criterium.²⁴³ In die situatie besteedt het Hof aan (1) het bestaan van een gunstiger behandelde referentiepersoon (2) in een vergelykbare situatie nog nauwelijks aandacht. Volgens DEVOS hanteert het Hof bij openlijk onderscheid een

236 C.W.A. TIMMERMANS, *l.c.*, 434. Zie ook B.J. DRIJBER en S. PRÉCHAL, *l.c.*, 127 die opmerken dat “[b]epaalde arresten bevestigen dat de objectieve rechtvaardiging en de vraag naar de vergelykbaarheid in deze tweede fase geheel of gedeeltelijk samenvallen”.

237 C. BAYART, *o.c.*, 104.

238 B.J. DRIJBER en S. PRÉCHAL, *l.c.*, 127.

239 J.H. GERARDS, *l.c.*, 346.

240 *Ibid.*, 61.

241 *Ibid.*, 250, vn. 117.

242 C. BAYART, *o.c.*, 114-115. Zie ook *infra* nrs. 434-435.

243 B.J. DRIJBER en S. PRÉCHAL, *l.c.*, 128 schrijven in dit verband: “de vraag naar de vergelykbaarheid van de situaties speelt in deze context dan ook amper een rol. Het maken van een onderscheid op grond van sexe – het verboden criterium – is op zichzelf al voldoende om discriminatie aan te nemen”.

“discriminatieconcept, waarbij discriminatie vaststaat zodra de beschermde werknemer behandeld wordt omwille van het beschermde kenmerk”.²⁴⁴ In gevallen van *verdoken* of *onzichtbaar* rechtstreeks onderscheid kan het oorzakelijk verband tussen een ongelijke behandeling en een beschermd kenmerk niet even eenvoudig vastgesteld worden, en voorziet het communautair discriminatierecht in de mogelijkheid voor klagers om te werken met een vermoeden van discriminatie (*cf. infra* nrs. 282-287).

3. TOETSINGSINGANG BIJ INDIRECT ONDERSCHIED

a. Algemeen

222. De toetsingselementen bij indirect onderscheid zijn enigszins verschillend dan bij direct onderscheid²⁴⁵: uit de tekst van de Richtlijn gelijke behandeling man-vrouw en de ras- en kaderrichtlijn, evenals uit de rechtspraak van het Hof, volgt dat in de fase van de toetsingsingang bij indirect onderscheid de rechter in beginsel de volgende twee elementen moet toetsen: (1) het bestaan van een ogenschijnlijk neutrale bepaling, maatstaf of handelwijze (2) en het bijzonder benadelend effect daarvan voor een beschermde groep.

223. Het verbod van indirect onderscheid richt zich niet zozeer tegen discriminerende handelingen – zoals het geval is bij het verbod van direct onderscheid – maar tegen de discriminerende effecten of resultaten die ogenschijnlijk neutrale regels, handelingen, maatschappelijke structuren en organisatiepatronen hebben op beschermde groepen. In de woorden van ELLIS:

Indirect discrimination (...) was invented to cater for the situation of institutionalised discrimination, the situation where the way in which we organise our society impacts adversely on a particular group of people. What the law must be aiming at catching, therefore, is behaviour (taking that word very loosely) which has a detrimental effect on a particular group of people and for which there is no other explanation than discrimination.²⁴⁶

b. Ogenschijnlijk neutrale bepaling, maatstaf of handelwijze

224. De Europese wetgever heeft ervoor gekozen om elke onrechtstreeks discriminerende “bepaling, maatstaf of handelwijze” te verbieden. Het feit dat ook het ruime begrip *handelwijze* opgenomen is, duidt erop dat het niet noodzakelijk hoeft te gaan om een tastbare regel of maatstaf, maar dat ook meer vage en ongrijpbare gedragingen gevat kunnen worden door het verbod van indirecte discriminatie.

²⁴⁴ M. DE VOS, “Worden Europese arbeidsrelaties Amerikaans?”, *I.c.*, 251.

²⁴⁵ Hoewel zij volgens E. ELLIS, “The Definition of Discrimination in European Community Sex Equality Law”, *I.c.*, 572 logisch gesproken uit dezelfde basiselementen bestaan, meer bepaald *adverse impact* en *causation*.

²⁴⁶ Zie *ibid.* In dezelfde zin C. BAYART, *o.c.*, 121.

225. Uit het arrest *Enderby* kan afgeleid worden dat een klager voor het aantonen van indirect onderscheid zelfs geen “handelwijze” hoeft te kunnen identificeren: het louter aanduiden van een feitelijk beloningsverschil tussen de leden van twee gelijkwaardige beroepsgroepen, waarbij de onderbetaalde groep een beschermd kenmerk bezit, kan volstaan.²⁴⁷ Naar Europees recht hoeft een klager de bron van zijn benadeling niet te specificeren²⁴⁸: zodra vaststaat dat een beschermde groep feitelijk benadeeld is, is het blootleggen van een “bepaling, maatstaf of handelwijze” die aan die benadeling ten grondslag ligt overbodig. In de woorden van Advocaat-generaal LENZ “moet men minder belang hechten aan het bestaan van een criterium of belemmering die de vrouwen benadeelt, dan aan het discriminerende resultaat”.²⁴⁹

226. Deze resultaat-georiënteerde opvatting ligt in de lijn van de bedoeling van het verbod van indirecte discriminatie: dat viseert zoals gezegd niet alleen laakbare gedragingen, maar ook alle vormen van “institutionele discriminatie”, die vaak onbedoeld en onbewust totstandkomen, en innig verweven zijn met de manier waarop wij traditioneel onze maatschappij structureren.²⁵⁰ Dergelijke discriminaties kunnen meestal niet teruggevonden worden in concrete handelingen, gedragingen of criteria.

c. Benadeling

i. Alternatief/complement vergelijkbaarheidseis?

227. In de jurisprudentie van het Hof inzake indirecte discriminatie blijkt herhaaldelijk dat het de benadelingstoets hanteert als *vervanging* voor de vergelijkbaarheids-toets: is er sprake van benadeling in de door het Hof voorgeschreven betekenis, dan laat het Hof onmiddellijk de fase van de rechtvaardiging in werking treden. Zo schrijft het Hof in de zaak *Jørgensen*:

Volgens een vaste rechtspraak van het Hof betreffende zowel de beloningen of de socialezekerheidsuitkeringen als de toegang tot het arbeidsproces en de arbeidsvoorwaarden, houdt een nationale bepaling of regeling een indirecte discriminatie jegens

²⁴⁷ H.v.J. 27 oktober 1993, *Enderby*, C-172/92, *Jur.* 1993, I-5535. In de woorden van DE VOS: “De bepaling, maatstaf of handelwijze die aan het loonverschil ten grondslag ligt, moet dus niet noodzakelijk worden blootgelegd. Anders gezegd: ook het louter verschil in behandeling – hier het loonverschil – kan doorgaan voor ‘bepaling, maatstaf of handelwijze’ die de vaststelling van onrechtstreekse discriminatie vereist”. Zie M. DE VOS, “Worden Europese arbeidrelaties Amerikaans?”, *l.c.*, 255.

²⁴⁸ C. BAYART, *o.c.*, 129-130.

²⁴⁹ Conclusie Adv. Gen. LENZ (overweging 35) bij H.v.J. 27 oktober 1993, *Enderby*, C-172/92, *Jur.* 1993, I-5535. In dezelfde conclusie (overweging 34) toont de Advocaat-generaal aan dat het met enige moeite altijd wel mogelijk is om een formeel criterium van onderscheid te vinden (al is dat, zoals gezegd, niet nodig).

²⁵⁰ Adv. Gen. LENZ geeft het klassieke voorbeeld van de wijze waarop wij fysiek zware arbeid belonen waarvoor veel kracht vereist is in vergelijking met arbeid waarvoor grote handvaardigheid vereist is. De onderbetaling van “naaisters” in vergelijking met “dokwerkers” is niet ingegeven door discriminatoire overwegingen, maar is wel degelijk een ongelijke beloning van op zich gelijkwaardige functies. Zie Conclusie Adv. Gen. LENZ (overweging 22) bij H.v.J. 27 oktober 1993, *Enderby*, C-172/92, *Jur.* 1993, I-5535.

vrouwelijke werknemers in wanneer zij, hoewel in neutrale bewoordingen gesteld, feitelijk veel meer vrouwen dan mannen benadeelt, tenzij dit verschil in behandeling wordt gerechtvaardigd door objectieve factoren die niets van doen hebben met discriminatie op grond van geslacht.²⁵¹

228. De vergelijkbaarheid van situaties is in het citaat duidelijk *geen* vereiste om discriminatie te kunnen vaststellen. Hiermee kan volgens GERARDS de benadelingstoets als zelfstandige toetsingsingang, en als alternatief voor de vergelijkbaarheidstoets aangeduid worden.²⁵² Toch is het niet zo dat het Hof in gevallen van indirecte discriminatie *nooit* de laatst vermelde toets uitvoert. Zo laat het Hof in de zaken *Gruber* en *Lewen* de benadelingstoets voorafgaan door een vergelijkbaarheidstoets, waarbij het telkens vaststelt dat de groep waartoe de klaagster behoort en de referentiegroep zich niet in een vergelijkbare positie bevinden. Daarmee waren beide vorderingen meteen afgewezen.²⁵³

229. BAYART wijst erop dat de vergelijkbaarheidstoets verder een belangrijke rol speelt in zaken van indirecte *beloningsdiscriminatie*: in die context geldt immers dat een aanspraak op gelijke beloning alleen ontstaat, wanneer de klaagster en de referentiegroep waaraan zij zich spiegelt “gelijke of gelijkwaardige” arbeid verrichten. Deze eis van gelijkwaardige arbeid is niets anders dan de concrete toepassing van de vergelijkbaarheidstoets in de context van beloningsdiscriminatie.²⁵⁴

ii. Inhoud

230. Wat is nu de inhoud van de benadelingstoets?²⁵⁵ Uit het Europees discriminatierecht blijkt dat die op twee manier kan worden vastgesteld. Twee manieren die duidelijk onderscheiden werden in de zaak *O’Flynn*.

[E]en bepaling van nationaal recht moet als indirect discriminerend (...) worden beschouwd wanneer zij door haar aard zelf migrerende werknemers eerder kan treffen dan nationale werknemers en derhalve de eerste categorie van werknemers meer in het bijzonder dreigt te benadelen (...). Dienaangaande behoeft niet te worden vastgesteld dat de betrokken bepaling in de praktijk een aanzienlijk groter percentage migrerende werknemers treft, doch het volstaat om vast te stellen, dat die bepaling een dergelijk effect kan hebben.²⁵⁶

231. Uit de aangehaalde passage blijkt dat het voor de vaststelling van onrechtstreeks onderscheid op basis van nationaliteit *niet* nodig is om aan te tonen dat een

251 H.v.J. 6 april 2000, *Jørgensen*, C-226/98, *Jur.* 2000, I-2447.

252 Vgl. C. BAYART, *o.c.*, 148-151.

253 H.v.J. 14 september 1999, *Gruber*, C-167/97, *Jur.* 1999, I-623, r.o. 61. Zie ook H.v.J. 6 juni 1996, *Commissie t. Italië*, C-101/94, *Jur.* 1996, I-269. J.H. GERARDS, *o.c.*, 250-251 en 263 bekritiseert dit gebruik van een vergelijkbaarheidstoets als element van de toetsingsingang bij indirecte discriminatie, en pleit voor het uitsluitende gebruik van de benadelingstoets.

254 C. BAYART, *o.c.*, 145.

255 Voor een bespreking zie C. BAYART, *o.c.*, 151-179 en J.H. GERARDS, *o.c.*, 77-79.

256 H.v.J. 23 mei 1996, *O’Flynn*, C-237/94, *Jur.*, 2417, r.o. 21-22.

ogenschoonlijk neutrale behandeling in de feiten “een wezenlijk groter gedeelte” van de leden van een beschermde groep benadeelt.²⁵⁷ Deze klassieke bewijsvoorwaarde voor onrechtstreeks onderscheid, die in de praktijk neerkomt op de eis van een bepaalde vorm van *statistisch* bewijs²⁵⁸, wordt door het Hof vervangen door de eis van een *theoretisch* bewijs. De eiser in een zaak omtrent onrechtstreeks onderscheid moet alleen aantonen dat de bestreden maatregel “uit haar aard” (in tegenstelling tot uit haar praktisch effect) meer migrerende dan nationale werknemers *kan* treffen, of *dreigt* te benadelen. In de woorden van DE SCHUTTER wordt indirect onderscheid niet meer benaderd in termen van een *disproportionele impact*, maar in termen van *intrinsiek verdachte criteria*.²⁵⁹

232. De Europese wetgever heeft deze bewijslastverlichting op het vlak van indirecte nationaliteitsdiscriminatie integraal overgenomen in de Richtlijn gelijke behandeling man-vrouw, de Ras- en de Kaderrichtlijn. In de Franse versie van die richtlijnen staat te lezen dat “La discrimination indirecte se produit lorsqu’une disposition, un critère ou une pratique apparemment neutre est *susceptible d’entraîner* une désavantage particulier pour des personnes [protégées]”. Volgens de Duitse versie moet het gaan om een bepaling, maatstaf of handelwijze die leden van een beschermde groep “in besondere Weise benachteiligen können”, volgens de Engelse om een bepaling, maatstaf of handelwijze die “*would put persons* [met een beschermd kenmerk] at a particular disadvantage compared with other persons”. De bestreden bepaling, maatstaf of handelwijze is dus volgens de wetgever onrechtstreeks discriminerend wanneer zij een beschermde groep bijzonder *zou kunnen* benadelen. De Nederlandse vertaling weerspiegelt minder duidelijk de bedoeling van de Raad om een theoretisch (in tegenstelling tot een feitelijk of statistisch) bewijs mogelijk te maken voor onrechtstreeks onderscheid.²⁶⁰ Volgens de Nederlandstalige versie is er immers sprake van indirecte discriminatie “wanneer een ogenschijnlijk neutrale bepaling, maatstaf of handelwijze personen met een bepaald [kenmerk] bijzonder benadeelt”.

233. De drie relevante richtlijnen bevatten zonder uitzondering een voorafgaande overweging die bepaalt dat de nationale bewijsregels inzake discriminatie kunnen inhouden dat “indirecte discriminatie” op enigerlei wijze, ook op basis van statis-

257 Zie art. 2 Bewijslastrichtlijn.

258 Niet voor niets wordt onrechtstreeks onderscheid in de Amerikaanse literatuur vaak als “impact discrimination” aangeduid. De feitelijke benadelende impact van een ogenschijnlijk neutrale behandeling bezorgt haar een discriminatoir karakter. Zie in dit verband C. ENGELS, *l.c.*, 27 en M. DE VOS, “Worden Europese arbeidsverhoudingen Amerikaans?”, *l.c.*, 259.

259 O. DE SCHUTTER, *Discriminations et marché du travail. Liberté et égalité dans les rapports d’emploi*, Brussel, PIE Peter Lang, 2001, 97 en 113. M. DE VOS, “Worden Europese arbeidsverhoudingen Amerikaans?”, *l.c.*, 259 levert op deze nieuwe benadering van indirect onderscheid scherpe conceptuele kritiek (*cf. infra* nrs. 1194-1195).

260 Deze bedoeling blijkt ten overvloede uit de voorbereidende werken bij de Ras- en Kaderrichtlijn. Voor de Rasrichtlijn zie COM (1999) 566 en COM (2000) 328 en voor de Kaderrichtlijn COM (1999) 565 en COM (2000) 625. Zie ook C. BAYART, “Discriminatie in de arbeidsverhoudingen. De Ras- en Kaderrichtlijn: technieken en potentiële gevolgen”, in D. CUYPERS (ed.), *Gelijkheid in het arbeidsrecht. Gelijkheid zonder grenzen?*, Antwerpen, Intersentia, 2003, 8-9, vn. 27 en L. WADDINGTON en M. BELL, *l.c.*, 594.

tische gegevens, kan worden aangetoond. Het statistisch bewijs mag dus een rol blijven spelen. Het mag echter niet als enige mogelijke bewijsmethode gelden voor indirect onderscheid.²⁶¹

4. BESLUIT

234. Een belangrijke ontwikkeling in verband met de toetsingsingang is dat zij stelselmatig minder feitelijk en bijgevolg minder streng wordt. Vergelijking met een reële maatman voor de vaststelling van direct onderscheid en statistische gegevens als vereiste voor het aantonen van benadeling verdwijnen steeds meer op de achtergrond, bewijs aan de hand van hypothesen en mogelijkheden wint veld.²⁶² Een en ander heeft tot gevolg dat het Hof relatief makkelijk besluit dat van een ongelijke behandeling sprake is, waardoor het zwaartepunt van de (indirecte) discriminatietoets steeds meer verschuift in de richting van de rechtvaardigingstoets.²⁶³

C. Rechtvaardigingstoets

1. DOELTOETS

235. Een eerste zaak die de verweerder in de fase van de rechtvaardiging moet aantonen, is dat het door hem gemaakte onderscheid een legitiem doel nastreeft. Is dat niet het geval, dan is de bestreden maatregel of handeling per definitie discriminatoir.²⁶⁴ Het Hof heeft, vooral in zijn rechtspraak naar aanleiding van prejudiciële vragen, de doeltoets relatief nauwkeurig uitgewerkt.²⁶⁵ De vraag wat als een gerechtvaardigd doel kan gelden is in de eerste plaats afhankelijk van het *soort onderscheid* dat voorligt. Zo geldt bij direct onderscheid dat alleen geschreven doelstellingen (opgenomen in het primair of secundair Europees recht) een betwiste maatregel kunnen rechtvaardigen. Bij indirect onderscheid daarentegen beschikt de rechter over de vrijheid om zelfstandig te bepalen welke doelstellingen hij als legitiem beschouwt.²⁶⁶

236. Verder wordt de vraag wat een legitiem doel is sterk bepaald door het *soort procedure* waarmee het Hof te maken heeft. Zo zal in een rechtsgang waarbij een landbouwmaatregel van de Gemeenschap aangevochten wordt wegens strijdigheid met het gelijkheidsbeginsel (art. 34 EG-Verdrag) een doelstelling legitiem zijn wanneer het gaat om een van de verschillende in het verdrag opgenomen doelstellingen van het gemeenschappelijk landbouwbeleid.²⁶⁷ In een procedure waarin een natio-

261 Zie C. BAYART, "Discriminatie in de arbeidsverhoudingen. De Ras- en Kaderrichtlijn: technieken en potentiële gevolgen", *I.c.*, 10 en M. BELL en L. WADDINGTON, "Reflecting on Inequalities in European Equality Law", *E.L.Rev.* 2003, 358-359.

262 Zelfs op het vlak van geslacht. Zie art. 2 Richtlijn 2002/73 *juncto* overweging 10 van de preambule.

263 In die zin B.J. DRIJBER en S. PRÉCHAL, *I.c.*, 139.

264 Zie bv. C.W.A. TIMMERMANS, *I.c.*, 433.

265 J.H. GERARDS, *o.c.*, 269 en 352.

266 Met "de rechter" wordt verwezen naar de nationale rechter, die opereert onder het toezicht van het Europees Hof van Justitie.

267 J.H. GERARDS, *o.c.*, 275.

nale overheid ervan beticht wordt een communautair discriminatieverbod geschon-
den te hebben, zullen doelen van algemeen belang aangedragen moeten worden,
bijvoorbeeld doelstellingen die verband houden met het sociaal of industrieel beleid,
of met consumentenbescherming.²⁶⁸ Louter budgettaire overwegingen zullen een
ongelijke behandeling door een lidstaat in beginsel niet kunnen rechtvaardigen.²⁶⁹ In
horizontale zaken, waarbij meestal een ongelijke behandeling uitgaande van een
werkgever ter discussie staat, zullen de (werkelijke) belangen en behoeften van de
onderneming als legitieme doelstelling gelden.²⁷⁰

237. Tot slot nog enkele algemeenheden over legitieme doelstellingen in de antidis-
criminatiejurisprudentie van het Hof²⁷¹: zij mogen nooit discriminatoir zijn²⁷², niet
gebaseerd zijn op generaliserende uitspraken²⁷³ en moeten voldoende specifiek
zijn.²⁷⁴

2. PERTINENTIETOETS

238. In het begrippenkader is aangegeven dat op de doelttoets doorgaans een
pertinentietoets volgt. In de rechtspraak van het Hof wordt niet gesproken van
een “pertinent”, maar van een “geschikt” of “passend” onderscheid. Het Hof maakt
niet volledig duidelijk wat de precieze betekenis is van het vereiste dat een ongelijke
behandeling “geschikt” moet zijn om het legitieme doel te bereiken. Het Hof geeft
nergens duidelijke criteria aan de hand waarvan een oordeel over de geschiktheid
van een maatregel tot stand komt. De vraag of een maatregel geschikt is om een
doelstelling te bereiken lijkt bijzonder feitenafhankelijk te zijn.²⁷⁵ In het kader van
prejudiciële procedures laat het Hof het geschiktheidsoordeel over aan de nationale
rechter. Ook wanneer het Hof zelf uitspraak doet over de geschiktheid van een
betwist onderscheid, stelt het zich doorgaans terughoudend op.²⁷⁶ In de rechtsleer is
opgemerkt dat het geschiktheidsvereiste een grotere rol speelt bij indirecte dan bij
directe discriminatie.²⁷⁷

239. Uit de rechtspraak lijkt te volgen dat met geschiktheid eerder verwezen wordt
naar de effectiviteit of doeltreffendheid van een maatregel dan naar haar “relevant”
en “nauwkeurig afgemeten” karakter (*cf. supra* nrs. 25-26). Onder de vlag van de

268 Voor een voorbeeld zie H.v.J. 17 juni 1981, *Commissie t. Ierland*, 113/80, *Jur.* 1981, 1625. In deze
zaak (die nochtans een rechtstreeks onderscheid betrof) aanvaardde het Hof dat doelstellingen van
consumentenbescherming en bescherming van de eerlijkheid van de handel een ongelijke behande-
ling op basis van nationaliteit (in beginsel) konden rechtvaardigen.

269 Deze regel is niet absoluut. Zie J.H. GERARDS, *o.c.*, 274-275.

270 H.v.J. 13 mei 1986, *Bilka*, 170/84, *Jur.* 1986, 1607.

271 Voor een uitwerking zie J.H. GERARDS, *o.c.*, 352-354.

272 H.v.J. 31 maart 1981, *Jenkins*, 96/80, *Jur.* 1981, 911.

273 H.v.J. 13 juli 1989, *Rinner-Kühn*, 171/88, *Jur.* 1989, 2743.

274 H.v.J. 2 februari 1999, *Seymour-Smith*, C-167/97, *Jur.* 1999, I-623.

275 J.H. GERARDS, *o.c.*, 355.

276 *Ibid.*, 288 en K. LENAERTS en P. VAN NUFFEL, *o.c.*, 132.

277 B.J. DRIJBER en S. PRÉCHAL, *l.c.*, 143.

geschiktheid van een bestreden maatregel zal het Hof dus niet nagaan of die maatregel “over- of onderinclusief” is, maar alleen of zij “in staat is het nagestreefde doel te bereiken”.²⁷⁸

3. PROPORTIONALITEITSTOETS

240. Zoals al in het begrippenkader verduidelijkt werd, onderzoekt de rechter naar aanleiding van de proportionaliteitstoets of tussen het aangewende middel – de ongelijke behandeling – en het daarmee beoogde doel een evenwichtige verhouding bestaat. Hierbij werd opgemerkt dat de intensiteit waarmee deze toets gebeurt niet altijd gelijk is: in sommige gevallen zal een rechter slechts nagaan of de ongelijke behandeling niet kennelijk onredelijk of willekeurig is, in andere gevallen zal hij vele malen strenger zijn, en toetsen of een betwist onderscheid noodzakelijk of onmisbaar is voor het bereiken van het nagestreefde doel.

241. In de Europese antidiscriminatierechtspraak gebeurt de proportionaliteitstoets in beginsel in de vorm van een noodzakelijkheidstoets. De meeste auteurs zijn het erover eens dat het noodzakelijkheidsvereiste inhoudt dat het gewraakte onderscheid “onmisbaar” moet zijn – dat met andere woorden een minder belastend alternatief voor het bereiken van gestelde doel niet voorhanden is.²⁷⁹ Vindt de rechter wel een minder vergaande maatregel met eenzelfde nuttig effect, dan is de maatregel disproportioneel en is hij strijdig met het discriminatieverbod. GERARDS betoogt dat het Hof een noodzakelijkheidsbegrip hanteert dat breder is dan “onmisbaarheid”. Doorgaans zou het Hof alleen nagaan (of door de nationale rechter laten nagaan) of de bestreden handeling voor het bereiken van het doel “nodig” is.²⁸⁰ Deze “algemene noodzakelijkheidstoets” zou als voordeel hebben dat de rechter niet verplicht is reëel bestaande alternatieven aan te dragen. Vanzelfsprekend mag hij dat wel doen om zodoende het niet-noodzakelijke karakter van een maatregel aan te tonen.²⁸¹ Vast staat dat het niet steeds de onmisbaarheid van een maatregel voor het bereiken van een doel onderzoekt. Zo zal het Hof in bepaalde beleidsdomeinen (zoals de sociale zekerheid) een zeer “marginale” noodzakelijkheidstest uitvoeren, die neerkomt op een redelijkheidstoets of willekeurtoets.²⁸² Vaak (vooral bij indirecte geslachtsdiscriminatie) laat het Hof het oordeel over de noodzakelijkheid van een onderscheid over aan de nationale rechter.²⁸³

278 *Ibid.*, 142. Zie ook J.H. GERARDS, *o.c.*, 304-36 en 357 die het ontbreken van een vereiste van een voldoende mate van *fit* een gebrek in de rechtvaardigingstoets van het Hof noemt.

279 Zie bv. B.J. DRIJBER en S. PRÉCHAL, *l.c.*, 142, K. LENAERTS en P. VAN NUFFEL, *o.c.*, 133 en C.W.A. TIMMERMANS, *l.c.*, 439.

280 J.H. GERARDS, *o.c.*, 355.

281 *Ibid.*, 301 (in verband met nationaliteitsdiscriminatie).

282 B.J. DRIJBER en S. PRÉCHAL, *l.c.*, 143.

283 *Ibid.*, 144. J.H. GERARDS, *o.c.*, 288-289 en 302-304 onderscheidt nog een bijkomende proportionaliteitstoets in strikte zijn. Deze zou voorschrijven dat de rechter (na vastgesteld te hebben dat de bestreden maatregel of handeling geschikt en noodzakelijk is) nagaat of er een “redelijke verhouding (...) bestaaf[t] tussen het door de maatregel nagestreefde doel en de belangen die door het (...) onderscheid zijn aangetast”. Hoewel op het vlak van geslachtsdiscriminatie dergelijke afsluitende belangenafweging doorgaans achterwege blijft, komt zij, volgens de vermelde auteur wel regelmatig voor in het toetsingsschema dat het Hof hanteert bij de beoordeling van nationaliteitsdiscriminatie.

D. Toetsingsintensiteit

242. De toetsing van een ongelijke behandeling door het Hof gebeurt niet altijd even intens of indringend.²⁸⁴ Soms zal het Hof een handeling of maatregel aan een zeer strikt onderzoek onderwerpen, soms beperkt het zich tot een zeer soepele of “marginale” toets. Het spreekt vanzelf dat de door het Hof gekozen toetsingsintensiteit van groot belang is voor de uitkomst van een discriminatiezaak: hoe indringender de toetsing, hoe hoger de kans op een schending van het discriminatieverbod.²⁸⁵

243. Volgens sommige auteurs hanteert het Europees Hof van Justitie twee toetsingsniveau's: een marginaal toetsingsniveau, waarbij de rechter slechts nagaat of een bestreden handeling “willekeurig” of “kennelijk onredelijk” is en een integraal toetsingsniveau, waarbij een volwaardige toetsing aan het gelijkheidsbeginsel plaatsvindt.²⁸⁶ Anderen onderscheiden drie gradaties: een strikte toets, een uiterst marginale toets en een tussenvorm.²⁸⁷

244. Hoe intens getoetst wordt in de eerste plaats afgeleid worden uit de wijze waarop het Hof de geschiktheids- en noodzakelijkheidstest uitvoert: soms slaat het Hof deze volledig over en rechtvaardigt het een maatregel louter door te bepalen dat het doel ervan legitiem is (wat uiteraard wijst op een zeer marginale toetsing)²⁸⁸, andere malen zal het geschiktheid en noodzakelijkheid zeer nauwgezet toetsen, bijvoorbeeld door actief op zoek te gaan naar minder vergaande alternatieven dan de bestreden maatregel. Ook de wijze waarop het Hof de toetsingsingang benadert kan wijzen op een indringende dan wel een marginale toetsing: als het Hof zeer makkelijk benadeling of (on)vergelijkbaarheid van situaties aanvaardt, kan dit wijzen op een strikte toetsing.²⁸⁹ In het kader van prejudiciële geschillen komt het vaak voor dat het Hof de toetsing van geschikt- en noodzakelijkheid overlaat aan de nationale rechter.²⁹⁰ In dat geval is het de laatstgenoemde die de toetsingsintensiteit bepaalt.

245. Verschillende factoren zijn bepalend voor de toetsingsintensiteit. Een eerste zeer belangrijk element is dat elk discriminatieverbod een basisintensiteit van de toetsing kent: zo geven het verbod van geslachts- en nationaliteitsdiscriminatie in beginsel aanleiding tot een strikte toets, terwijl bijvoorbeeld het verbod van discriminatie in de sfeer van de landbouw een laag (marginaal) basis-toetsingsniveau

284 P.J.G. KAPTEYN, L.A. GEELHOED, K.J.M. MORTELMANS en C.W.A. TIMMERMANS, *o.c.*, 132.

285 Zo slagen beroepen in de sfeer van de landbouw en van de geslachtsdiscriminatie op het vlak van de sociale zekerheid bijna nooit, terwijl klachten wegens nationaliteitsdiscriminatie zeer vaak in het voordeel van de eiser uitdraaien. Zie J.H. GERARDS, *o.c.*, 359.

286 Zie bv. C.W.A. TIMMERMANS, *l.c.*, 439-440.

287 Zie J.H. GERARDS, *o.c.*, 357-358.

288 Voor een voorbeeld zie H.v.J. 14 januari 1981, *Chemical Farmaceutici*, 140/79, *Jur.* 1981, 1.

289 J.H. GERARDS, *o.c.*, 330.

290 Dit blijkt vooral het geval te zijn bij indirecte geslachtsdiscriminatie. Zie B.J. DRIJBER en S. PRÉCHAL, *l.c.*, 144.

heeft.²⁹¹ De strikte aanpak bij geslacht en nationaliteit hangt samen met het feit dat het Hof het recht op gelijke behandeling van mannen en vrouwen en van eigen onderdanen en burgers van vreemde lidstaten beschouwt als grondwaarden van de communautaire rechtsorde.²⁹²

246. We mogen ervan uitgaan dat het verbod van rassendiscriminatie in de rechtspraak van het Hof op een zelfde basisintensiteit zal kunnen rekenen als de gronden geslacht en nationaliteit. De Rasrichtlijn biedt potentiële slachtoffers immers de meest vergaande bescherming uit het communautair discriminatierecht (*cf. supra* nr. 146). Of de verschillende gronden die beschermd worden onder de Kaderrichtlijn (godsdienst, overtuiging, handicap, seksuele geaardheid en leeftijd) even strikt gehandhaafd zullen worden is niet onmiddellijk duidelijk. Voor bepaalde van die gronden (meer bepaald leeftijd, handicap en tot op zekere hoogte godsdienst of overtuiging) zijn dermate veel voorwaarden en beperkingsmogelijkheden voorzien dat alleen een weinig intense toetsing mogelijk lijkt. Ook de algemene uitzonderingsmogelijkheid uit de Kaderrichtlijn kan er een aanwijzing voor zijn dat de gronden uit de Kaderrichtlijn zich op een minder hoog toetsingsniveau zullen bevinden als nationaliteit, geslacht en ras (*cf. infra* nrs. 543-555).²⁹³ Anderzijds lijkt het moeilijk te verdedigen dat gronden als seksuele geaardheid en godsdienst in het communautaire rechtstelsel van geringere waarde zouden zijn dan geslacht, nationaliteit en ras. Dit zou in ieder geval niet in overeenstemming zijn met de rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens dat “bijzonder zwaarwegende redenen” vereist om een onderscheid op die gronden te verantwoorden (*cf. supra* nr. 72).

247. Een volgende factor die bepalend is voor de intensiteit waarmee het Hof handelingen of maatregelen toetst aan het gelijkheidsbeginsel is het *beleidsterrein* dat in het geding is. Wanneer het gaat om gevoelige beleidsvelden (bv. het vlak van de sociale wetgeving)²⁹⁴, of domeinen waarin overheden nood hebben aan een grote beleidsvrijheid (zoals op het vlak sociale zekerheid), of waarin lidstaten nog beschikken over een groot deel van hun soevereiniteit (zoals fiscaliteit)²⁹⁵, zal het Hof doorgaans de toetsingsintensiteit verlagen. Niet alleen nationale overheden mogen op bepaalde gebieden respect voor hun beleidsvrijheid verwachten, dat mogen ook de gemeenschapsinstellingen zelf. Dit blijkt onder andere uit de grote terughoudendheid die het Hof aan de dag legt bij de toetsing van het communautaire landbouwbeleid aan artikel 34 EG-Verdrag. In meer algemene termen zal het Hof zich niet in de positie van de beleidsmakers willen stellen omdat het er van uit gaat dat deze beter geplaatst zijn voor het maken van gevoelige en complexe beleidskeuzes.

291 J.H. GERARDS, *o.c.*, 328.

292 Voor de grond geslacht heeft het Hof dit uitdrukkelijk gezegd in de zaak *Thomas* (H.v.J. 30 maart 1993, *Thomas*, C-328/91, *Jur.* I-1247). Zie verder J.H. GERARDS, *o.c.*, 308-309, 329-330 en 359.

293 Artikel 2, lid 5.

294 J. H. GERARDS, *o.c.*, 310 geeft het voorbeeld van “het lastige terrein van de aan zwangerschap en ouderschap gerelateerde rechten en voordelen”.

295 Zie C.W.A. TIMMERMANS, *l.c.*, 437. J.H. GERARDS, *o.c.*, 312-313, 336-337 spreekt in dit verband van het *subsidiariteitsbeginsel* als een factor die de toetsingintensiteit verlaagt.

E. Open/gesloten systeem

248. Een van de meest kenmerkende aspecten van het Europese discriminatierecht is dat het een gesloten rechtvaardigingsstelsel kent voor direct onderscheid.²⁹⁶ Dit houdt in dat wie binnen de werkingssfeer van het verdrag op basis van een verboden criterium een onderscheid maakt, *niet* over een algemene rechtvaardigingsmogelijkheid beschikt. Om zijn gedrag van het attribuut “discriminatie” te kunnen ontdoen, beschikt hij in beginsel slechts over een gesloten geheel van wettelijke ontsnappingsroutes (*cf. supra* nr. 196).

249. Bij dit gesloten systeem moet echter een aantal belangrijke kanttekeningen geplaatst worden. In de eerste plaats aanvaardt het Hof voor de rechtvaardiging van rechtstreeks onderscheid in de zin van artikel 12 EG-Verdrag (nationaliteit) en artikel 34 EG-Verdrag (landbouw) van oudsher ongeschreven gronden (*cf. infra* nrs. 341 en 573).²⁹⁷ Dit hangt samen met het feit dat het verdrag in dit verband niet in rechtvaardigingsclausules voorziet, en het Hof het billijk achtte om zelf ontsnappingsmogelijkheden te voorzien.²⁹⁸

250. Ook buiten het kader van de artikelen 12 en 34 EG-Verdrag heeft het Hof zich soms bereid getoond *ongeschreven rechtvaardigingsgronden* voor direct onderscheid in overweging te nemen.²⁹⁹ Vooralsnog heeft het de mogelijkheid om rechtstreeks onderscheid objectief te rechtvaardigen echter niet formeel erkend. Advocaat-generaal VAN GERVEN toonde zich in een aantal conclusies een vurig pleitbezorger van een open rechtvaardigingsstelsel.³⁰⁰ Hij gaf hiervoor de volgende twee argumenten: (1) het onderscheid tussen direct en indirect onderscheid is te vaag om een zo belangrijk rechtsgevolg als de (on)mogelijkheid van een objectieve rechtvaardiging te kunnen dragen en (2) er zullen altijd gevallen met bijzondere omstandigheden

296 Zie C. BAYART, “De opmars van het discriminatierecht in de arbeidsverhoudingen”, *J.T.T.* 2002, 315-316.

297 Zie aangaande art. 12 EG-Verdrag: H.v.J. 20 maart 1993, *Hayes*, C- 323/95, *Jur.* 1997, I-1711, r.o. 19 en 24. Zie m.b.t. art. 34 EG-Verdrag: H.v.J. 6 december 1984, *Biovilac*, 59/83, *Jur.* 1984, 4057, r.o. 19-20. Zie ook J.H. GERARDS, *o.c.*, 225-226 en P.J.G. KAPTEYN, L.A. GEELHOED, K.J.M. MORTELMANS en C.W.A. TIMMERMANS, *o.c.*, 135.

298 Het Hof deed niet hetzelfde bij art. 90 EG-Verdrag, waarvoor nochtans evenmin geschreven rechtvaardigingsmogelijkheden voorzien zijn. Dit betekent dat rechtstreeks onderscheid in de zin van art. 90 nooit verantwoord kan worden. Zie J.H. GERARDS, *o.c.*, 225-226, vn. 19.

299 Zie o.a. H.v.J. *Commissie t. Frankrijk*, 270/83, *Jur.* 1986, 273; H.v.J. 15 december 1995, *Bosman*, C-415/93, *Jur.* 1995, I-4921, r.o. 122-137 en H.v.J. 14 juli 1994, *Webb*, C-32/93, *Jur.*, I-3567, R.W. 1994-95, 652, noot P. HUMBLET. Zie ook H.v.J. 26 juni 2001, *Brunnhöfer*, C-381/99, *Jur.* 2001, I-4961. Het is echter niet volledig duidelijk of dit en zaak van direct onderscheid is, en of het Hof een “objectieve rechtvaardiging” dan wel de “weerlegging van een vermoeden” toestond *cf. infra* nrs. 288-292. In verband met de rechtvaardiging van direct onderscheid op basis van geslacht, zie J. BOWERS en E. MORAN, “Justification in Direct Sex Discrimination Law: Breaking the Taboo”, *Industrial Law Journal* 2002, 307-320; J. BOWERS, E. MORAN en S. HONEYBALL, “Justification in Direct Sex Discrimination Law: a Reply”, *Industrial Law Journal* 2003, 185-187 en T. GILL en K. MONAGHAN, “Justification in Direct Sex Discrimination Law: Taboo Upheld”, *Industrial Law Journal* 2003, 115-122. Zie ook B.J. DRIJBER en S. PRÉCHAL, *l.c.*, 127 (vn. 29) en 133; J.H. GERARDS, *o.c.*, 225; K. LENAERTS en P. VAN NUFFEL, *o.c.*, 184, vn. 390 en J. WOUTERS, *l.c.*, 104.

300 Conclusie bij H.v.J. 4 oktober 1991, *SPUC/GROGAN*, C-159/90, *Jur.* 1991, I-4685 en bij H.v.J. 9 november 1993, *Birds Eye Walls*, C-132/92, *Jur.* 1993, I-5579.

voorkomen die de mogelijkheid van een objectieve rechtvaardiging vereisen.³⁰¹ ELLIS daarentegen ziet in de “opening” van het rechtvaardigingssysteem een gevaarlijke doorbreking van de orthodoxie, die de bescherming van burgers tegen discriminatie ten kwade zal komen.³⁰²

251. In de praktijk gebeurt het dat het Hof de netelige kwestie van het objectief rechtvaardigen van direct onderscheid omzeilt met behulp van de vergelijkbaarheidstoets.³⁰³ In de woorden van GERARDS: “door een creatieve zoektocht naar relevante verschillen tussen de voorgelegde gevallen kan het Hof vaak een wenselijk geacht [direct] onderscheid billijken”.³⁰⁴ Op deze gang van zaken wordt in de rechtsleer kritiek geuit omdat het rechtpraten van een directe discriminatie via de vergelijkbaarheidstoets neerkomt op het ontwijken van de limitatief opgesomde rechtvaardigingsgronden en van de plicht te voldoen aan de eisen van legitieme doelstelling, geschiktheid en noodzakelijkheid.³⁰⁵

F. Positieve actie

1. RELEVANTE VERDRAGS- EN WETTEKSTEN

252. De Kaderrichtlijn, de Rasrichtlijn en de Richtlijn gelijke behandeling man-vrouw bevatten allen een bepaling die positieve actie toestaat en definieert.³⁰⁶ In de Kader- en Rasrichtlijn zijn deze bepalingen vrijwel identiek:

301 Als voorbeelden haalt VAN GERVEN aan: de niet-aanwerving van een hoogzwangere ballerina voor een optreden op een nabije datum of van vrouwelijke kandidaten voor de bewaking van gewelddadige mannelijke gevangenen, het niet in aanmerking nemen van mannelijke kandidaten bij de aanwerving door een bejaarde dame van een gezelschapsdame en het toekennen van een toelage voor het nemen van een taxi uitsluitend aan vrouwelijke werknemers die 's nachts werken omdat blijkt dat zij in tegenstelling tot hun mannelijke collega's worden lastiggevallen op weg naar huis. Zie zijn conclusie bij H.v.J. 9 november 1993, *Birds Eye Walls*, C-132/92, *Jur.* 1993, I-5579.

302 E. ELLIS, “The Definition of Discrimination in European Community Sex Equality Law”, *I.c.*, 568.

303 Het Hof doet dit bv. in de net aangehaalde zaak: H.v.J. 9 november 1993, *Birds Eye Walls*, C-132/92, *Jur.* 1993, I-5579. Voor een bespreking zie B.J. DRIJBER en S. PRÉCHAL, *I.c.*, 129-130. Een zeer originele en fel bekritiseerde ontwijking van het gesloten rechtvaardigingsstelsel via de vergelijkbaarheidstoets vinden we terug in de *Waalse afvalzaak*: H.v.J. 9 juli 1992, *Commissie/België*, C-2/90, *Jur.* 1992, I-4431, r.o. 34. Voor een kritiek zie N. BERNARD, “Discrimination and Free Movement Law in EC Law”, *I.C.L.Q.* 1996, 93-94. Voor een andere kijk zie K. LENAERTS en P. VAN NUFFEL, *o.c.*, 183-184.

304 J.H. GERARDS, *o.c.*, 225, vn. 18.

305 B.J. DRIJBER en S. PRÉCHAL, *I.c.*, 127, vn. 33 en J.H. GERARDS, *o.c.*, 225.

306 In verband met positieve discriminatie naar gemeenschapsrecht zie o.a. R. BADINTER, “Les discriminations positives dans l'Union européenne”, in X., *Les droits de l'homme au seuil du troisième millénaire, Mélanges en hommage à Pierre Lambert*, Brussel, Bruylant 2000, 37-49; C. BARNARD, “The Principle of Equality in the Community Context: P., Grant, Kalanke and Marshall: Four Uneasy Bedfellows?”, *Cambridge L. J.* 1998, 352-373; D. CARO, “Limits of the Classic Method: Positive Action in the European Union after the New Equality Directives”, *Harvard International Law Journal* 2003, 331-386; P. CRAIG en G. DE BÚRCA, *o.c.*, 888-894; P. FOUBERT, “Arrest van het Hof van Justitie van 11.11.1997, zaak C-409/95, Hellmut Marschall/Land Nordrhein-Westfalen”, *T.B.P.* 1998, 135; M. BOSSUYT, “Het discriminatieverbod en positieve actie”, *R.W.* 1998-99, 241-246; J. DERIDDER, “Het Europees Hof van Justitie en positieve actie: nog steeds geen klare kijk. Enkele kanttekeningen bij het Marschall-arrest”, *C.D.P.K.* 1998, 169-175; J. DERIDDER, “De draagwijdte van ‘positieve actie’ na het Badeck-arrest: *quo vadis* van het Hof van Justitie?”, *C.D.P.K.* 2001, 260-266; O. DE SCHUTTER, *o.c.*, 145-180; O. DE SCHUTTER en B. RENAULD, “Égalité de traitement. L'action affirmative devant la

→

Het beginsel van gelijke behandeling belet niet dat een lidstaat, om volledige gelijkheid in de praktijk te waarborgen, specifieke maatregelen handhaaft of treft om de nadelen verband houdend met (...) [een discriminatiegrond] te voorkomen of te compenseren.³⁰⁷

253. In de Richtlijn gelijke behandeling man-vrouw (art. 2 lid 8) treffen we een analoge, maar enigszins afwijkende formulering aan.

Het beginsel van gelijke behandeling belet niet dat een lidstaat, om volledige gelijkheid van mannen en vrouwen in het beroepsleven in de praktijk te verzekeren, maatregelen handhaaft of aanneemt waarbij specifieke voordelen worden ingesteld om de uitoefening van een beroepsactiviteit door het ondervertegenwoordigde geslacht te vergemakkelijken of om nadelen in de beroepsloopbaan te voorkomen of te compenseren.

254. Het door het Verdrag van Amsterdam in het EG-Verdrag geïntroduceerde artikel 141 lid 4 lijkt nog iets gunstiger te staan tegenover positieve actie dan zijn equivalent in de Kader- en Richtlijn.³⁰⁸ Deze stelling lijkt bevestigd te zijn in het arrest *Badeck*.³⁰⁹

255. De bestaande jurisprudentie van het Hof inzake positieve actie is niet ontstaan op basis van één van de zoëven vermelde bepalingen. Rechtsgrondslag voor die jurisprudentie was het oude artikel 2 lid 4 van Richtlijn 76/207 inzake de gelijke behandeling van mannen en vrouwen.

Deze richtlijn vormt geen belemmering voor maatregelen die beogen te bevorderen dat mannen en vrouwen gelijke kansen krijgen, in het bijzonder door feitelijke ongelijkheden op te heffen welke de kansen van de vrouwen op de in artikel 1 lid 1 bedoelde gebieden negatief beïnvloeden.

→ Cour de justice des Communautés européennes à propos de l'arrêt 'Kalanke' du 17 octobre 1995", *J.T.T.* 1996, 125-129; S. FREDMAN, "Affirmative Action and the European Court of Justice: a Critical Analysis", in J. SHAW (ed.), *Social Law and Policy in an Evolving European Union*, Oxford, Hart Publishing, 2000, 352; A. HAQUET, "L'action positive, instrument de l'égalité des chances entre hommes et femmes", *Revue trimestrielle de droit Européen* 2001, 305-333; K. LENAERTS en P. VAN NUFFEL, *o.c.*, 149-150; D. SCHIEK, "Sex Equality Law After Kalanke and Marschall", *European Law Journal* 1998, 148-166; I. SEWANDONO, *l.c.*, 224-226; O. SUHR, "Grenzen der Gleichbehandlung: Zur Vereinbarkeit von Frauenquoten mit dem Gemeinschaftsrecht", *Europäische Grundrechte Zeitschrift*, 1998, 121-128; E. SZYSCZAK, "Positive Action After Kalanke", *The Modern Law Review* 1996, 876-883; J. THEUNIS, "Het gelijkheidsbeginsel: Juridisch interpretatiekader, met bijzondere aandacht voor 'corrigerende ongelijkheden' en doorwerking in private rechtverhoudingen", in X, *De doorwerking van het publiekrecht in het privaatrecht*, Gent, Mys & Breesch, 1997, 158-165 en L. WADDINGTON en M. BELL, *l.c.*, 601-604.

307 Zie art. 5 Richtlijn 2000/43 EG en art. 7 lid 1 Richtlijn 2000/78 EG.

308 Artikel 141 lid 4 luidt als volgt: Het beginsel van gelijke behandeling belet niet dat een lidstaat, om volledige gelijkheid in het beroepsleven in de praktijk te verzekeren, specifieke maatregelen handhaaft of aanneemt waarbij specifieke voordelen worden ingesteld om de uitoefening van een beroepsactiviteit door het ondervertegenwoordigde geslacht te vergemakkelijken of om nadelen in de beroepsloopbaan te voorkomen of te compenseren.

309 H.v.J. 28 maart 2000, *Badeck*, C-158/97, r.o. 64-65. Zie C. BAYART, *o.c.*, 258.

2. ALGEMENE GELDING JURISPRUDENTIE GESLACHT

256. Het Europees Hof van Justitie heeft zich, zoals hoger al vermeld werd, alleen uitgesproken over positieve actie in het kader van het oude artikel 2 lid 4 van Richtlijn 76/207. In de rechtsleer is betoogd dat de jurisprudentie van het Hof, ondanks deze zeer specifieke rechtsgrondslag een algemeen karakter heeft, en dus ook gelding heeft buiten de grenzen van Richtlijn 76/207.³¹⁰ Voor deze stelling wordt onder andere steun gevonden in de Memorie van Toelichting die de Commissie schreef bij Richtlijn 2000/78. Hierin staat te lezen dat de beginselen van de bestaande jurisprudentie van het Hof gebruikt moeten worden om de toelaatbaarheid van *elke* vorm van positieve actie te beoordelen: ook als die niet gestoeld is op geslacht, maar op criteria als godsdienst, handicap, leeftijd of seksuele geaardheid.³¹¹ Voor ras kan een analoge redenering gemaakt worden.³¹²

3. GEEN DISCRIMINATIE WÉL FEITELIJKE KANSENGELIJKHEID

257. De rechtspraak van het Hof is ontstaan naar aanleiding van prejudiciële vragen over de verenigbaarheid van nationale stelsels van positieve actie met Richtlijn 76/207. Richtlijn 76/207 zendt op het eerste gezicht tegenstrijdige signalen uit over deze kwestie: in artikel 2 lid 1 wordt bepaald dat iedere vorm van discriminatie op grond van geslacht verboden is, terwijl in het vierde lid van datzelfde artikel te lezen staat dat maatregelen die ertoe strekken om feitelijke ongelijkheden op te heffen en de gelijkheid van kansen van mannen en vrouwen in de beroepssfeer te bevorderen, geoorloofd zijn. De rechtspraak van het Hof probeert een evenwicht te vinden tussen deze beide aspecten, tussen het recht van mannen om niet gediscrimineerd te worden op grond van geslacht, en het recht van vrouwen om niet alleen juridisch, maar ook feitelijk gelijke kansen te maken bij het uitbouwen van een loopbaan.³¹³

258. Een van de uitgangspunten van het Hof is dat vrouwen op de arbeidsmarkt een structureel nadeel hebben tegenover mannen, een nadeel dat los staat van hun competentie of kwaliteiten.

De bestaande rechtsnormen inzake gelijke behandeling, die ten doel hebben rechten te geven aan individuen zijn ontoereikend voor de opheffing van alle feitelijke ongelijkheden.

De neiging bestaat om mannelijk kandidaten, zelfs bij gelijke kwalificaties, bij bevordering voorrang te geven boven vrouwelijke kandidaten, als gevolg van, onder meer, bepaalde vooroordelen en stereotiepe ideeën over de rol en de capaciteiten van de vrouw in het arbeidsproces en de vrees, bijvoorbeeld, dat vrouwen hun loopbaan vaker

310 A. HAQUET, *l.c.*, 307-308.

311 *Ibid.*, 307.

312 T. JONES, *l.c.*, 522-524.

313 Over het communautair model van gelijkheid als een model dat gelijkheid van startkansen wil creëren zie C. BARNARD, "Gender Equality in the EU: A Balance Sheet", in P. ALSTON (ed.), *The EU and Human Rights*, Oxford, Oxford university Press, 1999, 226-231.

onderbreken, dat zij, wegens huishoudelijke en gezinstaken, hun arbeidstijd minder soepel indelen of dat zij, door zwangerschappen, bevallingen en perioden waarin zij borstvoeding geven vaker afwezig zijn. Om deze redenen betekent het feit dat twee kandidaten van verschillend geslacht gelijke kwalificaties hebben, op zich niet dat zij gelijke kansen hebben.³¹⁴

259. Maatregelen die ertoe strekken deze feitelijke ongelijkheden ongedaan te maken en vrouwen *werkelijk gelijke kansen* te verlenen op de arbeidsmarkt en in de beroepssfeer zijn volgens het Hof krachtens artikel 2 lid 4 van Richtlijn 76/207 geoorloofd.

Laatstgenoemde bepaling [art. 2 lid 4] heeft een nauwkeurig bepaald en beperkt doel, te weten het toestaan van maatregelen die, hoewel schijnbaar discriminerend, in werkelijkheid de in de realiteit van het maatschappelijk leven bestaande feitelijke ongelijkheden beogen op te heffen of te verminderen.

Zo staat zij nationale maatregelen toe op het gebied van de toegang tot het arbeidsproces, met inbegrip van promotiekansen, die in het bijzonder vrouwen bevoordelen met het doel, hen beter in staat te stellen op de arbeidsmarkt te concurreren en op voet van gelijkheid met mannen een loopbaan op te bouwen.³¹⁵

260. Uit de geciteerde passages blijkt dat het Hof positieve actie geoorloofd acht, maar slechts binnen nauwe grenzen. Het beschouwt, zo blijkt uit het arrest *Kalanke*, artikel 2 lid 4 als een afwijking van het individuele recht op gelijke behandeling, een afwijking die strikt moet worden geïnterpreteerd.³¹⁶ Lidstaten die het recht op positieve actie ruim uitleggen zullen in aanvaring komen met het verbod van geslachtsdiscriminatie zoals het Hof dit begrijpt. Het Hof heeft in zijn jurisprudentie de precieze voorwaarden uitgewerkt waaraan lidstaten moeten voldoen als ze op wettige wijze actie willen ondernemen ter bevordering van de gelijke kansen van mannen en vrouwen.

4. CRITERIA WETTIGHEID POSITIEVE ACTIE

261. Veelvoorkomende maatregelen van positieve actie zijn regels die de overheid als werkgever ertoe verplicht bij aanwervingen en promoties voorrang te geven aan de leden van een – in de betrokken sector – ondervertegenwoordigd geslacht. Over de wettigheid van dergelijke *quota-stelsels* heeft het Hof in een aantal opgemerkte

314 H.v.J. 11 november 1997, *Marschall*, C-409-95, *Jur.* 1997I-636, r.o. 28-29. Zie over dit arrest o.a. C. BARNARD, "Gender Equality in the EU: A Balance Sheet", *I.c.*, 352-373; J. DERIDDER, *I.c.*, 169-175 en P. FOUBERT, "Het discriminatieverbod in de arbeidsrelatie – Een overzicht van de relevante Europeesrechtelijke bepalingen", *I.c.*, 135.

315 H.v.J. 11 november 1997, *Marschall*, C-409-95, *Jur.* 1997I-636, r.o. 26-27.

316 H.v.J. 17 oktober 1995, *Kalanke*, C-450/93, *Jur.* 1995, I-3051, r.o. 21. Zie over dit arrest o.a. C. BARNARD, "Gender Equality in the EU: A Balance Sheet", *I.c.*, 352-373; B. RENAULD, *I.c.*, 125-129 en E. SZYSCZAK, *I.c.*, 876-883.

arresten uitspraak gedaan. Ook over de verenigbaarheid van *andere maatregelen* ter bevordering van de feitelijke kansgelijkheid van mannen en vrouwen met het verbod van geslachtsdiscriminatie heeft het Hof al geoordeeld.

a. Rigide en flexibele quota

262. In het arrest *Kalanke* sprak het Hof zich voor het eerst uit over een quota-regeling waarbij vrouwen in de openbare dienst voorrang krijgen bij aanwervingen en benoemingen. *In casu* ging het over een wet van de deelstaat Bremen waarin bepaald werd dat bij de aanwerving, aanstelling en promotie van ambtenaren of rechters “vrouwen met dezelfde kwalificaties als hun mannelijke medekandidaten, in sectoren waarin zij ondervertegenwoordigd zijn, bij voorrang in aanmerking genomen moeten worden”. De meeste commentatoren waren het erover eens dat het in voorliggend geval niet ging om een stelsel van starre quota – waarbij een vast percentage vacatures voor vrouwen gereserveerd wordt ongeacht van hun kwalificaties – maar om zogenoemde *zachte quota*.³¹⁷ Zo oordeelde het *Bundesarbeitsgericht*, dat het stelsel grondwetsconform verklaard had, dat het ging om “een op bekwaamheid afgestemde quotaregeling: alleen wanneer de mannelijke en vrouwelijke kandidaten gelijke kwalificaties hebben, komen vrouwen bij voorrang in aanmerking”.³¹⁸ Toch vond het quota-stelsel³¹⁹ geen genade in de ogen van het Hof, en werd het strijdig bevonden met het verbod van discriminatie op grond van geslacht.³²⁰

Daarbij moet echter worden opgemerkt, dat artikel 2 lid 4, dat een afwijking behelst van een in de richtlijn neergelegd individueel recht, strikt moet worden uitgelegd.

Een nationale regeling die vrouwen bij aanstellingen of promoties absoluut en onvoorwaardelijk voorrang verleent, gaat verder dan een bevordering van gelijke kansen en overschrijdt de grenzen van de in artikel 2 lid 4 van de richtlijn voorziene uitzondering. Daar komt nog bij dat een dergelijke regeling, voor zover zij erop gericht is te bewerkstelligen dat vrouwen in alle rangen en op alle niveaus van een dienst gelijk vertegenwoordigd zijn als mannen, de in artikel 2 lid 4, voorziene bevordering van gelijke kansen vervangt door het resultaat waartoe enkel het verwezenlijken van die gelijke kansen zou kunnen leiden.

Mitsdien moet aan de verwijzende rechter worden geantwoord, dat artikel 2 leden 1 en 4 van de richtlijn in de weg staat aan een nationale regeling die, zoals *in casu*, bij gelijke kwalificaties van voor promotie in aanmerking komende kandidaten van verschillend geslacht, in sectoren waar vrouwen ondervertegenwoordigd zijn automatisch voorrang

317 Zie P. CRAIG en G. DE BÚRCA, *o.c.*, 889-890.

318 H.v.J. 17 oktober 1995, *Kalanke*, C-450/93, *Jur.* 1995, I-3051, r.o. 8.

319 *Ibid.*, r.o. 21-24.

320 Zie ook de Conclusie van Adv. Gen. TESAURO bij het zojuist vermelde arrest. De Advocaat-generaal sprak een vernietigend oordeel uit over vrijwel alle denkbare quota-stelsels. Alleen *indirecte positieve actiemaatregelen* vinden in de ogen van TESAURO genade. Daarbij moet gedacht worden aan (1) maatregelen op het gebied van beroepskeuze en arbeidsregeling en (2) regelingen die ertoe strekken een beter evenwicht tussen gezins- en beroepstaken en een betere taakverdeling tussen beide geslachten te bevorderen. Zie conclusie bij H.v.J. 17 oktober 1995, *Kalanke*, C-450/93, *Jur.* 1995, I-3051. Voor een bespreking van deze conclusie zie J. THEUNIS, *l.c.*, 161-162.

verleent aan vrouwelijke kandidaten, daarbij ervan uitgaande dat er sprake is van ondervertegenwoordiging, wanneer in de verschillende salarisgroepen van de betrokken personeelscategorie het personeel niet minstens voor de helft uit vrouwen bestaat en dit ook geldt voor de in het organisatieschema voorziene functieniveaus.

263. Deze uitspraak werd hevig bekritiseerd in de rechtsleer. Verschillende organisaties en auteurs vreesden dat door het arrest *Kalanke* alle quota-regelingen op de tocht kwamen te staan. Het Hof bleef niet doof voor deze kritiek en nuanceerde het *Kalanke*-criterium in zijn volgende arrest over quota-regelingen, het arrest *Marschall*.³²¹ Daarin stond een regeling van positieve actie van de deelstaat Nordrhein-Westfalen ter discussie, waarin bepaald was dat vrouwelijke kandidaten voorrang krijgen op mannen bij gelijke kwalificaties “voor zover met de persoon van een medekandidaat verband houdende redenen de balans niet in diens voordeel doen doorslaan”. Deze *openingsclausule* op grond waarvan de voor de bevordering bevoegde overheid verplicht was de individuele kwalificaties van de kandidaten voor een bepaalde baan in rekening te brengen, bleek bepalend te zijn voor het oordeel van het Luxemburgse Hof.

Er zij echter aan herinnerd dat, waar artikel 2 lid 4, een afwijking behelst op een in de richtlijn neergelegd individueel recht, deze nationale maatregel die in het bijzonder vrouwelijke kandidaten begunstigt, vrouwen bij een bevordering geen absolute en onvoorwaardelijke voorrang mag garanderen, daar zij anders de grenzen van de in deze bepaling voorziene uitzondering zou overschrijden

Anders dan de regeling die in het arrest *Kalanke* aan de orde was, overschrijdt een nationale regeling als de thans in geding zijnde, die een openingsclausule bevat, die grenzen niet indien zij, in elk individueel geval, mannelijke kandidaten met gelijke kwalificaties als vrouwelijke kandidaten waarborgt, dat de sollicitaties worden onderworpen aan een objectieve beoordeling, die rekening houdt met alle criteria betreffende de persoon van de sollicitanten en de aan vrouwelijke kandidaten toegekende voorrang buiten toepassing laat, wanneer één of meer van die criteria de balans ten gunste van de mannelijke kandidaat doen doorslaan. Dienaangaande zij er echter aan herinnerd, dat dergelijke criteria niet discriminerend ten opzichte van vrouwelijke kandidaten mogen zijn.³²²

264. Het *Kalanke*-beginsel wordt dus door het Hof *niet* overboord gegooid. Regelingen die een absolute en onvoorwaardelijke voorrang verlenen – harde quota dus – blijven verboden. Het Hof onderscheidt *Kalanke* van *Marschall* met verwijzing naar de openingsclausule die aan de quota-regeling een zacht of flexibel karakter zou geven. Onder andere FOUBERT bekritiseert deze uitspraak omdat de maatregelen van positieve actie in *Marschall* volgens haar even rigide waren als die in *Kalanke*. Volgens deze auteur heeft het Hof afstand genomen heeft van haar (te) strenge

321 H.v.J. 11 november 1997, *Marschall*, C-409-95, *Jur.* 1997, I-636. Voor een bespreking zie o.a. D. SCHIEK, *l.c.*, 148-166.

322 H.v.J. 11 november 1997, *Marschall*, C-409-95, *Jur.* 1997, I-636, r.o. 32-33.

rechtspraak, zonder dit echter met zoveel woorden toe te geven: “Het lijkt erop dat het Hof, onder druk van de kritiek op zijn uitspraak in *Kalanke*, een toegeving heeft willen doen, zonder te moeten terugkomen op zijn rechtspraak”.³²³

265. In het arrest *Badeck*³²⁴ van maart 2000 bevestigde het Hof de beginselen uit haar *Kalanke* en *Marschall* rechtspraak en vatte de test waaraan quota naar Europees recht moeten voldoen als volgt samen.

Derhalve is een maatregel volgens welke vrouwelijke kandidaten in sectoren van de openbare dienst waarin zij ondervertegenwoordigd zijn, bij voorrang moeten worden bevorderd, verenigbaar met het gemeenschapsrecht,

- wanneer hij vrouwelijke kandidaten met een gelijke kwalificatie als hun mannelijke medekandidaten niet automatisch en onvoorwaardelijk voorrang verleent, en
- wanneer de sollicitaties worden onderworpen aan een objectieve beoordeling, die rekening houdt met de bijzondere persoonlijke situatie van alle kandidaten.³²⁵

266. Opvallend aan deze uitspraak is verder dat zij een in vele opzichten star en verregaand stelsel van positieve actie zonder meer onder de uitzonderingsbepaling uit artikel 2 lid 4 plaatst. Als gevolg van dit arrest wordt de vrijheid voor de lidstaten om positieve actie te ondernemen gevoelig uitgebreid. HAQUET schrijft in dit verband: “La loi examinée par la Cour, dans l’affaire *Badeck*, est en effet singulière par son audace. La présentation de ses principales dispositions permet d’apprécier la latitude dont disposent aujourd’hui les Etats Membres pour instaurer des mesures en faveur des femmes”.³²⁶

267. Dit wil echter niet zeggen dat het Hof eensklaps alle quota-stelsels als geoorloofd beschouwt. Dat bleek uit de zaak *Abrahamsson en Andersson* waarin een Zweedse regeling van positieve actie strijdig bevonden werd met het discriminatieverbod.³²⁷ De in het geding zijnde maatregel bepaalde dat een sollicitant die tot een ondervertegenwoordigd geslacht behoort, en die voor een overheidsfunctie over voldoende kwalificaties beschikt, voorrang heeft op een sollicitant van het andere geslacht zelfs als die *beter* gekwalificeerd is voor de vacante functie. De enige uitzondering die deze voorrangsregel toelaat is de situatie waarin het verschil in verdiensten tussen de sollicitanten zo groot is dat de keuze voor het lid van de geslachtsminderheid “in strijd zou zijn met het vereiste van objectiviteit”.³²⁸ Een belangrijk feitelijk verschil met de hoger besproken zaken is dus dat de hier bedoelde quota zelfs voorrang voorschrijven ingeval van ongelijke kwalificaties.

323 P. FOUBERT, “Het discriminatieverbod in de arbeidsrelatie – Een overzicht van de relevante Europeesrechtelijke bepalingen”, *I.c.*, 135.

324 H.v.J. 28 maart 2000, *Badeck e.a.*, C-158/97, *Jur.* 2000, I-1875, r.o. 13-67. Voor een bespreking, zie J. DERIDDER, *I.c.*, 260-266.

325 H.v.J. 28 maart 2000, *Badeck e.a.*, C-158/97, *Jur.* 2000, I-1875, r.o. 23.

326 A. HAQUET, *I.c.*, 327.

327 H.v.J. 6 juli 2000, *Abrahamsson en Andersson*, C-407/98, *Jur.* 2000, r.o. 39-65.

328 *Ibid.*, r.o. 51-52.

Mitsdien geeft de in geding zijnde regeling sollicitanten van het ondervertegenwoordigde geslacht automatisch voorrang wanneer zij over voldoende kwalificaties beschikken, onder de enkele voorwaarde dat het verschil in verdiensten tussen de sollicitanten van beide geslachten niet zo groot is, dat dit in strijd zou zijn met het vereiste van objectiviteit.

In dat verband zij erop gewezen, dat de betekenis van deze voorwaarde niet nauwkeurig kan worden bepaald, zodat een sollicitant ten slotte uit de sollicitanten met voldoende kwalificaties wordt geselecteerd op de enkele grond dat hij tot het ondervertegenwoordigde geslacht behoort, zelfs wanneer de aldus gekozen sollicitant qua verdiensten onderdoet voor een sollicitant van het andere geslacht. Bovendien worden de sollicitaties niet onderworpen aan een objectieve beoordeling, die rekening houdt met de bijzondere persoonlijke situatie van alle sollicitanten. Hieruit volgt, dat een dergelijke selectiemethode geen rechtvaardiging vindt in artikel 2 lid 4 van de richtlijn.³²⁹

b. Andere vormen positieve actie

268. Zoals Advocaat-generaal TESAURO al aangeeft in zijn conclusie bij de zaak *Kalanke* zijn er nog verschillende andere technieken denkbaar om de feitelijke ongelijkheid van vrouwen op de arbeidsmarkt en in de beroepssfeer tegen te gaan.³³⁰ Technieken die geen onmiddellijke resultaten teweegbrengen (*in casu* meer vrouwelijke werknemers in de overheidssector), maar louter aanmoedigingen en ondersteuning uitmaken. Ook dergelijke regelingen vormen tot op zeker hoogte een afwijking van het beginsel dat mannen en vrouwen aanspraak kunnen maken op gelijke behandeling. Ook voor deze maatregelen geldt dat zij als doel moeten hebben om de feitelijke ongelijkheden te bestrijden die een ongunstige invloed hebben op de gelijke kansen van vrouwen. Zo oordeelde het Hof dat een maatregel die bij de toekenning van beschikbare plaatsen voor kinderopvang in beginsel de voorkeur gaf aan vrouwelijke werknemers als verenigbaar met het discriminatieverbod.³³¹

329 *Ibid.*, r.o. 51-52. Over art. 141 lid 4 EG-Verdrag bepaalde het Hof het volgende: “Bij de voorziene maatregelen gaat het derhalve om maatregelen die de oorzaken van de geringere kansen van toegang van vrouwen tot de arbeidsmarkt en tot een loopbaan moeten wegnemen, en die bovendien op het vlak van de beroepskeuze en -opleiding liggen. Dit zijn bij art. 2 lid 4 van de richtlijn toegestane maatregelen, die de mogelijkheden voor vrouwen om op de arbeidsmarkt te concurreren en op voet van gelijkheid met mannen een loopbaan op te bouwen, dienen te verbeteren. Derhalve moet worden geantwoord, dat art. 2 leden 1 en 4 van de richtlijn zich niet verzet tegen een nationale regeling die, voor zover zij een ondervertegenwoordiging van vrouwen beoogt weg te werken, in beroepen waarin vrouwen ondervertegenwoordigd zijn en waarvoor de staat geen opleidingsmonopolie bezit, ten minste de helft van de opleidingsplaatsen aan vrouwen voorbehoudt tenzij het aantal sollicitaties van vrouwelijke kandidaten, ondanks passende maatregelen om vrouwen op de beschikbare opleidingsplaatsen attent te maken, onvoldoende is”. Hieruit mogen we afleiden dat deze verdragsbepaling blijkbaar een bredere waaier aan maatregelen van positieve actie toelaat dan de verordening, en dat zij eist dat de betrokken regeling voldoet aan een evenredigheidstoets. Zie ook CRAIG en DE BURCA, *o.c.*, 894.

330 Conclusie bij H.v.J. 17 oktober 1995, *Kalanke*, C-450/93, *Jur.* 1995, I-3051.

331 H.v.J. 19 maart 2002, *Lommers*, C-476/99, *Jur.* 2003, I-9027, r.o. 31-50.

Afdeling 4. Bewijs en bewijslastverdeling

§ 1. Beginselen bewijslastverdeling

269. De effectiviteit van het discriminatierecht staat of valt met de toepasselijke bewijsregels.³³² Een vermeend slachtoffer van discriminatie heeft geen eenvoudige opdracht: hij moet de rechter er van kunnen overtuigen dat hij (1) ongunstig behandeld is; dat (2) de oorzaak daarvoor ligt in een beschermd kenmerk, en (in sommige gevallen) dat (3) zijn eigen situatie en die van de referentiepersoon of -groep vergelijkbaar zijn.³³³ Vooral het onder bewijs stellen van een (causaal) verband tussen de gewraakte behandeling en een beschermde eigenschap blijkt in veel gevallen een moeilijk te nemen horde.³³⁴

270. Het Europees Hof van Justitie is aan deze bekommernis tegemoetgekomen. Met als argumentatie dat dit noodzakelijk was voor het nuttig effect (*effet utile*) van het communautair discriminatierecht, stelde het Hof de klassieke bewijsregel *actori incumbit probatio* in het voordeel van de eiser bij.³³⁵

In de regel staat het aan de persoon die tot staving van een beroep feiten aanvoert, die feiten te bewijzen. De bewijslast voor een loondiscriminatie op grond van geslacht rust derhalve in beginsel op de werknemer die, menende dat hij in dat opzicht wordt gediscrimineerd, zijn werkgever voor de rechter daagt teneinde die discriminatie te doen opheffen.

Blijkens de rechtspraak van het Hof kan de bewijslast evenwel worden verlegd wanneer dat noodzakelijk is om de kennelijk gediscrimineerde werknemers niet elk doeltreffend middel te ontnemen om het beginsel van gelijke beloning te doen eerbiedigen.³³⁶

271. Door de introductie van “het vermoeden van discriminatie”, verdeelt het Hof de bewijslast in discriminatiezaken over eiser en verweerder. De eerstgenoemde is nu niet langer verplicht het oorzakelijk verband tussen de ongunstige behandeling en het beschermde kenmerk *alleen* te bewijzen, maar kan ermee volstaan feiten aan te dragen die een “vermoeden” of “schijn” van discriminatie wekken. Daarna is het aan de verweerder om dat vermoeden te weerleggen, dan wel de ongelijke behandeling te rechtvaardigen.

Bij een situatie van schijnbare discriminatie dient de werkgever aan te tonen, dat er objectieve redenen zijn voor het vastgestelde verschil in beloning. De werknemers zou immers het middel om de eerbiediging van het beginsel van gelijke beloning voor de nationale rechter af te dwingen, worden ontnomen indien het aandragen van gegevens

332 Zie in dit verband o.a. P. HUMBLET, “Bewijs(last) en discriminatie”, *R.W.* 1991-92, 485-488.

333 Zie C. BAYART, *o.c.*, 325-326 en E. ELLIS, “The Definition of Discrimination in European Community Sex Equality Law”, *l.c.*, 565.

334 C. BAYART, *o.c.*, 325-326.

335 C. BARNARD, “Gender Equality in the EU: A Balance Sheet”, *l.c.*, 255. Vgl. DE VOS die spreekt van een creatie *ex nihilo* van deze bewijslastregels. M. DE VOS, “De bouwstenen van het discriminatierecht in de arbeidsverhoudingen”, *l.c.*, 84.

336 H.v.J. 27 oktober 1993, *Enderby*, C-172/92, *Jur.* 1993, I-5535, r.o. 13-14.

die op het bestaan van discriminatie kunnen wijzen, voor de werkgever niet de verplichting meebracht te bewijzen, dat het verschil in beloning in werkelijkheid niet discriminerend is.³³⁷

272. De vermelde jurisprudentiële bewijslastverlichting geldt zowel voor direct als voor indirect onderscheid³³⁸ en werd door de wetgever gecodificeerd, eerst in de Bewijslastrichtlijn, vervolgens ook in de Ras- en Kaderrichtlijn:

De lidstaten nemen, overeenkomstig hun nationale rechtsstelsels, de nodige maatregelen om ervoor te zorgen dat, wanneer personen die zich door niet-toepassing te hunnen aanzien van het beginsel van gelijke behandeling benadeeld achten, voor de rechter of een andere bevoegde instantie *feiten aanvoeren die directe of indirecte discriminatie kunnen doen vermoeden* [onze cursivering], de verweerder dient te bewijzen dat het beginsel van gelijke behandeling niet werd geschonden.³³⁹

§ 2. Bewijslast indirect onderscheid

A. Vestiging vermoeden indirecte discriminatie

273. De bewijslastverdeling bij indirect onderscheid is versmolten met het begrip van indirecte discriminatie: het begrip zelf voorziet – los van elke externe regeling van de bewijslastverdeling – dat de bewijslast van de eiser naar de verweerder verschuift zodra de klager aantoont dat een ogenschijnlijk neutrale behandeling nadelig uitdraait voor een beschermde groep.³⁴⁰ Volgens de letterlijk door de wetgever gehanteerde definitie is er sprake van indirecte discriminatie, “wanneer een ogenschijnlijk neutrale bepaling, maatstaf of handelwijze personen met een [beschermde kenmerk], in vergelijking met andere personen bijzonder benadeelt, tenzij die bepaling, maatstaf of handelwijze objectief wordt gerechtvaardigd door een legitiem doel en de middelen voor het bereiken van dat doel passend en noodzakelijk zijn”.³⁴¹

337 H.v.J. 27 oktober 1993, *Enderby*, C-172/92, *Jur.* 1993, I-5535, r.o. 18.

338 M. DE VOS, “De bouwstenen van het discriminatierecht in de arbeidsverhoudingen”, *I.c.*, 88.

339 Zie art. 4 Richtlijn 97/80, art. 8 Richtlijn 2000/43 en art. 10 Richtlijn 2000/78.

340 In bepaalde situaties zal het Hof bovendien eisen dat de eiser de vergelijkbaarheid aantoont van de situaties van de getroffen groep en de referentiegroep (die de beschermde eigenschap niet bezit). Dat is met name het geval bij beloningsgeschillen. *Cf. supra* nr. 412. DE VOS schrijft over de versmelting van concept en bewijslastverdeling bij indirecte discriminatie: “De rechtspraak van het Hof van Justitie, en met haar diverse EG-Richtlijnen, definiëren onrechtstreekse discriminatie als de ogenschijnlijk neutrale bepaling, maatstaf of handelwijze die de leden van een groep met een beschermd kenmerk bijzonder benadeelt, tenzij ze passend en noodzakelijk is voor een legitiem doel. De techniek van de vermoede of *prima facie* discriminatie is dus ingebakken in het concept van onrechtstreekse discriminatie. De bevestiging, in een afzonderlijke bewijsbepaling, van het principe dat werknemers alleen een vermoeden van onrechtstreekse discriminatie moeten aantonen, is dan ook volstrekt overbodig”. Zie M. DE VOS, “De bouwstenen van het discriminatierecht in de arbeidsverhoudingen”, *I.c.*, 86-87. Art. 4 van Richtlijn 97/80, art. 8 van Richtlijn 2000/43 en art. 10 van Richtlijn 2000/78 voegen dus niets toe voor zover zij bepalen dat de eiser slechts een *vermoeden* van indirecte discriminatie moet aantonen. Diezelfde idee zit al vervat in de definities van indirect onderscheid uit de verschillende richtlijnen.

341 Art. 2 lid 2 Richtlijn 2000/43/EG, art. 2 Richtlijn 2000/78/EG en art. 1 Richtlijn 2002/73.

274. De bewijslast die rust op een klager bij indirect onderscheid, kan om twee redenen als niet bijzonder zwaar aangemerkt worden: *in de eerste plaats* hoeft hij (in de meeste gevallen) geen statistisch bewijs te leveren van het bijzonder nadelig effect van de maatstaf, bepaling of handelwijze waarover hij zich beklaagt.³⁴² Hij kan er integendeel mee volstaan aan te tonen dat het criterium op basis waarvan hij ongelijk behandeld werd, van dien aard is dat het een benadelend effect *kan* hebben op de beschermde groep waartoe hij behoort (*cf. supra* nrs. 230-231).³⁴³

275. De bewijslast van een klager in een zaak van indirect onderscheid wordt *in de tweede plaats* verlicht door het feit dat hij niet in staat hoeft te zijn zijn vinger te leggen op een concrete maatstaf, bepaling of handelwijze die nadelig werkt voor de beschermde groep waartoe hij behoort. Dit bleek uit twee basisarresten inzake bewijslastverdeling: *Danfoss* en *Enderby*.³⁴⁴

276. In het arrest *Danfoss* bleek dat een werkgever die zijn werknemers op basis van ondoorzichtige criteria verschillend beloont, verplicht is zijn beloningspolitiek te rechtvaardigen wanneer uit statistische gegevens van een klaagster blijkt dat vrouwen gemiddeld een lager loon ontvangen dan mannen.

[D]e Richtlijn inzake gelijke beloning aldus moet worden uitgelegd, dat wanneer een onderneming een stelsel van beloning toepast dat wordt gekenmerkt door een volstrekt gebrek aan doorzichtigheid, de werkgever dient te bewijzen dat zijn beloningspraktijk niet discriminerend is, wanneer een vrouwelijke werknemer met betrekking tot een relatief groot aantal loontrekkenden aantoont, dat de gemiddelde beloning voor vrouwelijke werknemers lager is dan die voor mannelijke werknemers.³⁴⁵

277. De bewijslast wordt dus van de schouders van de klaagster gelicht en overgedragen op de werkgever, zodra de eerstgenoemde aantoont dat vrouwen gemiddeld lager beloond worden dan mannen, en wel op basis van een “volstrekt ondoorzichtig” beloningsstelsel. Een maatstaf, bepaling of handelwijze hoeft zij niet te identificeren.

³⁴² Deze regel geldt voor alle in het Europees recht verboden discriminatievormen (discriminatie op grond van nationaliteit, geslacht, ras, godsdienst of overtuiging, leeftijd, handicap, seksuele geaardheid), uitgezonderd voor bepaalde aspecten van geslachtsdiscriminatie. Zo dient bij geslachtsdiscriminatie *op het vlak van beloning* wél statistisch bewijs geleverd te worden van benadeling. Zie art. 2 *juncto* art. 3 van Richtlijn 97/80 en art. 2 lid 2 van Richtlijn 76/207. *Cf. infra* nr. 413-416.

³⁴³ DE VOS schrijft over de (volgens hem relatief lichte) bewijslast in zaken van indirect onderscheid: “Eerder dan discriminatie te moeten aantonen, kan de werknemer volstaan met het bewijs van een voldoende disproportionele impact van een ogenschijnlijk neutrale behandeling, thans zelfs met het bewijs van een voldoende theoretische impact. Zie M. DE VOS, “Worden Europese arbeidrelaties Amerikaans?”, *l.c.*, 261.

³⁴⁴ H.v.J. 17 oktober 1989, *Danfoss*, 109/88, *Jur.* 1989, 3199 en H.v.J. 27 oktober 1993, *Enderby*, C-127/92, *Jur.* 1993, I-5535. Men kan overigens verdedigen dat in deze arresten sprake is van *direct*, eerder dan van *indirect* onderscheid (zie Concl. Adv. Gen. LENZ (overwegingen 16 en 18-26) bij H.v.J. 27 oktober 1993, *Enderby*, C-172/92, *Jur.* 1993, I-5535). Volgens bepaalde rechtsleer kunnen beide arresten – evenals het arrest *Brunnhöfer* (*cf. infra*) – ook gezien worden als voorbeelden van *schijnbare discriminatie*. Daarbij zou het gaan om een *sui generis*-vorm van discriminatie die losstaat van de indeling direct/indirect. Zie C. BAYART, *o.c.*, 333-334.

³⁴⁵ H.v.J. 17 oktober 1989, *Danfoss*, 109/88, *Jur.* 1989, 3199, r.o. 16.

278. In het arrest *Enderby* gaat het Hof nog een stap verder, en bepaalt het dat zelfs een werkgever die een volslagen transparant beloningsstelsel hanteert, verplicht is zich te verantwoorden wanneer uit statistische gegevens blijkt dat hij een beroepsgroep die voornamelijk uit vrouwen bestaat (*in casu* hoofdlogopedisten) gemiddeld lager beloont dan de beoefenaars van een gelijkwaardige functie die in hoofdzaak door mannen uitgeoefend wordt (*in casu* hoofdapothekers).

[W]anneer significante statistische gegevens een aanmerkelijk verschil in beloning laten zien tussen twee gelijkwaardige functies, waarvan de ene nagenoeg uitsluitend door vrouwen en de andere hoofdzakelijk door mannen wordt vervuld, [dient] de werkgever ingevolge artikel 119 van het verdrag (...) aan te tonen, dat dat verschil gebaseerd is op factoren die objectief gerechtvaardigd zijn en niets van doen hebben met discriminatie op grond van geslacht.

279. Werkgevers die een beroepsgroep tewerkstellen die voornamelijk bestaat uit personen met een beschermd kenmerk, kunnen dus louter op basis van statistische gegevens over de relatieve onderbetaling van die beroepsgroep (in vergelijking met de beoefenaars van een gelijkwaardige functie die “normaal” samengesteld is) ter verantwoording geroepen worden.³⁴⁶ Anders gesteld kunnen beoefenaars van (relatief gezien) onderbetaalde vrouwenberoepen met *Enderby* in de hand de strijd aanbinden met de ongelijke beloningspraktijken van institutionele aard waarvan zij zich het slachtoffer voelen. Zo wijst Advocaat-generaal LENZ erop dat beroepen die fysieke kracht vereisen op de arbeidsmarkt doorgaans veel guller beloond worden dan functies die grote handvaardigheid verlangen, terwijl beide eigenschappen *in se* als gelijkwaardig beschouwd kunnen worden.³⁴⁷ Een naaister die de rechter ervan kan overtuigen dat de door haar verrichte arbeid gelijkwaardig is aan die van een dokwerker, terwijl de (hoofdzakelijk mannelijke) leden van die laatste beroepsgroep statistisch gezien gemiddeld hoger beloond worden dan (voornamelijk vrouwelijke) leden van haar beroepsgroep, wekt in beginsel een vermoeden van indirecte discriminatie op tegen haar werkgever.³⁴⁸

B. Weerlegging vermoeden indirecte discriminatie?

280. Zuiver technisch gesproken heeft de eiser die aldus “indirecte discriminatie” bewijst, slechts een *weerlegbaar vermoeden* aangetoond van causaliteit tussen de gewraakte behandeling en een beschermd kenmerk. Dit impliceert dat de verweerder het recht heeft om te pogen aan te tonen dat de betwiste ongelijke behandeling zijn grond vindt in neutrale verklaringsfactoren, en om zodoende het vermoeden te weerleggen. Pas in tweede instantie, als de “weerlegging” niet slaagt, hoeft de

³⁴⁶ C. BAYART, *o.c.*, 330.

³⁴⁷ Zie de Conclusie Adv. Gen. LENZ (overwegingen 22) bij H.v.J. 27 oktober 1993, *Enderby*, C-172/92, *Jur.* 1993, I-5535.

³⁴⁸ Bij hypothese wordt ervan uitgegaan dat de bedoelde naaisters en dokwerkers betaald worden door eenzelfde “bron”, zoals ook het geval was in *Enderby*, waar de Britse *National Health Service* instond voor de beloning van logopedisten en apothekers. *Cf. supra* nr. 405. Volgens de theorie van Adv. Gen. LENZ kan zo’n naaister ook eenvoudig een vermoeden van *directe* discriminatie vestigen, door een concreet voorbeeld te geven van ongelijke beloning van een naaister en een dokwerker. Zie *ibid.*, overwegingen 25 en 39.

verweerder te grijpen naar de mogelijkheid om het indirecte onderscheid te rechtvaardigen of “vergoeilijken”.³⁴⁹

281. In de praktijk van het Hof – evenals in de definitie in de richtlijnen – wordt er daarentegen van uitgegaan dat een gewekt vermoeden van indirecte discriminatie door de verweerder niet “weerlegd”, maar alleen “objectief gerechtvaardigd kan worden”.³⁵⁰ De relevante passages in de Discriminatie-richtlijnen bepalen dat een indirect discriminerende bepaling, maatstaf of handelwijze verantwoord is als hij *objectief wordt gerechtvaardigd door een legitiem doel en de middelen voor het bereiken van dat doel passend en noodzakelijk zijn*.³⁵¹ Het aanduiden van een neutrale en objectieve verklaringsfactor die het vermoeden van causaliteit weerlegt, is dus onvoldoende; het gewraakte onderscheid moet daarenboven voldoen aan de vereisten van geschiktheid en noodzakelijkheid.³⁵²

§ 3. Bewijslast direct onderscheid

A. Vestiging vermoeden directe discriminatie

282. Zoals afgeleid kan worden uit het arrest *Enderby*³⁵³ en zoals blijkt uit de tekst van de Bewijslast-richtlijn, de Ras- en Kaderrichtlijn³⁵⁴, is de verlichting van de bewijslast niet het exclusieve voorrecht van eisers in zaken over *indirect* onderscheid: ook wie zich over *direct* onderscheid beklaagt, hoeft slechts een vermoeden van discriminatie te vestigen. Dit betekent concreet dat de causaliteit tussen de ongelijke

349 Wat iets anders is dan het weerleggen van een vermoeden van causaal verband. Zie Conclusie Adv. Gen. LENZ (overweging 39) bij H.v.J. 27 oktober 1993, *Enderby*, C-172/92, *Jur.* 1993, I-5535. Zie ook M. DE VOS, “De bouwstenen van het discriminatierecht in de arbeidsverhoudingen”, *I.c.*, 90-91.

350 In de woorden van DE VOS, *I.c.*, 91: “Doordat de bewijstechniek van het vermoeden geïncorporeerd is in het concept zelf van de onrechtstreekse discriminatie, wordt de weerlegging van het vermoeden alom maar ten onrechte beschouwd als de toegelaten rechtvaardiging van bewezen onrechtstreekse discriminatie. Die ongelukkige verwarring is algemeen (...)”.

351 In beloningsdiscriminatiezaken die verband houden met geslacht, geldt de bekende *Bilka*-test. Cf. *supra* nrs. 419-423.

352 Het verschil tussen rechtvaardiging en weerlegging is niet louter van academisch belang. Praktische consequentie van de eis dat het vermoeden “gerechtvaardigd” en niet “weerlegd” moet worden, is dat nu aan alle voorwaarden van de rechtvaardigingstoets voldaan moet worden: aanduiding van een legitieme doelstelling (die volledig los moet staan van het beschermde kenmerk – zie bv. H.v.J. 13 mei 1986, *Bilka*, 170/84, *Jur.* 1986, 1607), én bewijs van een redelijke verhouding van evenredigheid tussen middel en doel (lees: noodzakelijkheids- en geschiktheidstoets). Voor de weerlegging van een vermoeden van indirecte discriminatie is daarentegen alleen vereist dat de verweerder voor het gewraakte onderscheid een verklaring (oorzaak) aanduidt die “volledig losstaat van” (of “niets van doen heeft met”) het beschermde kenmerk. Zodra de klager dat bewijs levert, is het door de eiser gesuggereerde causale verband immers doorbroken. Zie in dit verband (zij het inzake direct onderscheid) H.v.J. 27 maart 1980, *Macarthys*, C-129/79, *Jur.* 1980, 1275, r.o. 12. Zie ook C. BAYART, *o.c.*, 110-111 en M. DE VOS, “De bouwstenen van het discriminatierecht in de arbeidsverhoudingen”, *I.c.*, 90-91.

353 H.v.J. 27 oktober 1993, *Enderby*, C-172/92, *Jur.* 1993, I-5535, r.o. 18. DE VOS schrijft over *Enderby*: “Met *Enderby* (...) wordt de *prima facie* discriminatie verheven tot een algemene bewijsstandaard die ook geschillen van rechtstreekse discriminatie beheerst”. Zie M. DE VOS, “De bouwstenen van het discriminatierecht in de arbeidsverhoudingen”, *I.c.*, 88.

354 Zie de art. 4, 8 en 10 van de respectievelijke richtlijnen. Daar staat geschreven dat de bewijslast naar de verweerder verschuift wanneer klagers “feiten aanvoeren die directe of indirecte discriminatie kunnen doen vermoeden”.

behandeling en het beschermde kenmerk niet met zekerheid vast hoeft te komen staan (wat het geval is bij *openlijk* direct onderscheid)³⁵⁵, vooraleer de bewijslast van eiser naar verweerder overgaat.

283. Welke feiten een vermoeden of schijn van rechtstreekse discriminatie vestigen is bij direct onderscheid nog niet geheel uitgeklaard – in tegenstelling tot bij indirect onderscheid.³⁵⁶ Wel heeft het Hof op 26 juni 2001 een belangrijke uitspraak gedaan, die als een eerste toepassing van het vermoeden van directe discriminatie beschouwd kan worden, het arrest *Brunnhof*.³⁵⁷ Dit arrest betreft een vrouwelijke bankbediende, mevrouw Brunnhofer, die zich beklagt over het feit dat een mannelijke collega die in dezelfde beloningsschaal ingedeeld is als zijzelf toch een hogere beloning geniet: de mannelijke bediende ontving bovenop het basisalaris en de vaste loonsverhogingen die beiden op identieke wijze ontvingen, een maandelijks toelage van 2.000 Oostenrijkse Schilling. Volgens mevrouw Brunnhofer was hier sprake van de ongelijke beloning van gelijkwaardige arbeid om reden van het geslacht, en was bijgevolg artikel 141 EG-Verdrag geschonden.

284. Een belangrijke juridische vraag in de rechtszaak die voor het Hof uitgevochten werd, betrof de bewijslast: de bank baseerde de bestreden ongelijke behandeling *niet openlijk* op het geslacht – waardoor Brunnhofer het causaal verband niet kon vestigen door een eenvoudige verwijzing naar de door de werkgever gebruikte maatstaf. Ook geen van de al bestaande mogelijkheden voor de vestiging van een *vermoeden* van discriminatie kon ingezet worden: (1) de werkgever hanteerde geen ogenschijnlijk neutrale maatstaf die in feiten vrouwen bijzonder benadeelde; (2) hij hield er geen ondoorzichtig beloningsstelsel op na en (3) er waren geen statistische gegevens voorhanden die duiden op een lagere gemiddelde beloning van de beschermde groep.³⁵⁸ Volgens het Hof kon Brunnhofer desondanks het bewijs leveren van een vermoeden van (directe) discriminatie.

355 Wanneer een wettelijke bepaling, bedrijfsregeling, CAO, of individuele arbeidsovereenkomst *openlijk* verwijst naar een beschermd kenmerk (of naar een onlosmakelijk daarmee verbonden eigenschap) zal de klager geen beroep hoeven te doen op de in wetgeving en rechtspraak voorziene mogelijkheid om causaliteit tot stand te brengen met behulp van een vermoeden; hij kan immers het bestaan van een oorzakelijke band tussen de gewraakte behandeling en een beschermd kenmerk zonder reserves bewijzen. De vaststelling door het Hof van een openlijk direct onderscheid leidt overigens op het vlak van alle andere bewijsvereisten tot een vergaande versoepeling. DRIJBER en PRÉCHAL schrijven in verband met dat laatste: “de vraag naar de vergelijkbaarheid van de situaties speelt in deze context dan ook amper een rol. Het maken van een onderscheid op grond van sexe – het verboden criterium – is op zichzelf al voldoende om discriminatie aan te nemen”. Zie B.J. DRIJBER en S. PRÉCHAL, *l.c.*, 128.

356 M. DE VOS, “De bouwstenen van het discriminatierecht in de arbeidsverhoudingen”, *l.c.*, 88.

357 Hoewel het Hof zelf het begrip rechtstreekse discriminatie niet gebruikt is men het er in de rechtsleer vrijwel unaniem over eens dat het in deze zaak om een vermoeden van rechtstreekse discriminatie gaat (of minstens *kan* gaan). JACQMAIN schrijft bv.: “S’il y a discrimination, elle ne peut être que directe”. Zie J. JACQMAIN, “Égalité entre travailleurs féminins et masculins”, *J.T. dr. eur.* 2004, 2. In dezelfde zin zie M. DE VOS, “De bouwstenen van het discriminatierecht in de arbeidsverhoudingen”, *l.c.*, 89 en de Conclusie van Adv. Gen. GEELHOED (overweging 20) bij H.v.J. 26 juni 2001, *Brunnhof*, C-381/99, *Jur.* 2001, I-4961. Twijfels bij C. BAYART, *o.c.*, 332 en J.H. GEARARDS, *o.c.*, 226-227, vn. 23.

358 In deze drie gevallen was er sprake geweest van een vermoeden van (indirecte) discriminatie. Voor (2) en (3) zie respectievelijk H.v.J. 17 oktober 1989, *Danfoss*, 109/88, *Jur.* 1989, 3199 en H.v.J. 27 oktober 1993, *Enderby*, C-127/92, *Jur.* 1993, I-5535.

Het staat derhalve aan verzoekster in het hoofdgeding om met alle middelen rechtens aan te tonen dat zij een lagere beloning ontvangt dan de bank aan de met haar vergeleken mannelijke collega betaalt, en dat zij in werkelijkheid gelijke of gelijkwaardige arbeid verricht, vergelijkbaar met de arbeid die bedoelde collega verricht, zodat zij op het eerste gezicht slachtoffer is van een discriminatie die zich slechts door het verschil in geslacht laat verklaren.³⁵⁹

285. De eiseres moet blijkens deze passage de *objectieve elementen* van een discriminatie aantonen, om een vermoeden van (directe) discriminatie te wekken: (1) een ongelijke beloning (in vergelijking met een concrete referentiepersoon); (2) de gelijkwaardigheid van het verrichte werk en (3) het behoren tot een beschermde groep (in tegenstelling tot de referentiepersoon).³⁶⁰ Slaagt de eiser erin deze drie elementen onder bewijs te stellen, dan heeft het er volgens het Hof “alle schijn van” dat de ongelijke behandeling zijn oorzaak vindt in het verschillende geslacht van klager en referentiepersoon.³⁶¹

286. Het (vermoeden van) oorzakelijk verband wordt hier niet gevestigd door een verwijzing naar het openlijk gebruik van een discriminatiegrond – maar aan de hand van een bewijs dat behalve het geslacht alle relevante objectieve factoren (diploma’s, werkervaring, prestaties enz.) vergelijkbaar zijn. Bij gebrek aan objectieve verschillen in de situatie van de eiser en de referentiepersoon, moet de verklaring voor de ongelijke behandeling in de enige niet-geëlimineerde factor – het geslacht – gezocht worden.³⁶²

287. DE VOS merkt op dat het arrest *Brunnhof* een belangrijke verlaging betekent van de drempel voor het bewijs van (een vermoeden van) directe discriminatie.³⁶³ De enige ernstige hindernis die een klager in een zaak van direct onderscheid moet nemen is voortaan het bewijs van de vergelijkbaarheid van situaties.³⁶⁴ De praktische gevolgen van deze bewijslastverlichting worden door de zojuist vermelde auteur verduidelijkt aan de hand van twee voorbeelden: wanneer een allochtone kandidaat het pleit verliest van een autochtone medesollicitant met gelijkwaardige kwalificaties, zal de eerstgenoemde met *Brunnhof* in de hand eenvoudig een vermoeden van (directe) rassendiscriminatie kunnen vestigen in hoofde van de werkgever. Dezelfde redenering gaat op wanneer een bedrijf bij een afslankingsoperatie een oudere werknemer ontslaat: slaagt die werknemer erin aan te tonen dat hij gelijkwaardige arbeid verricht als een jongere collega in een gelijkaardige functie, dan zal hij de

359 H.v.J. 26 juni 2001, *Brunnhof*, C-381/99, *Jur.* 2001, I-4961, r.o. 58.

360 De term “alle objectieve elementen van een discriminatie” is ontleend aan Adv. Gen. LENZ (overwegingen 24) bij H.v.J. 27 oktober 1993, *Enderby*, C-172/92, *Jur.* 1993, I-5535. Voor een bespreking zie M. DE VOS, “De bouwstenen van het discriminatierecht in de arbeidsverhoudingen”, *I.c.*, 88-89.

361 De uitdrukking “heeft het er alle schijn van” is ontleend aan H.v.J. 27 oktober 1993, *Enderby*, C-127/92, *Jur.* 1993, I-5535, r.o. 16.

362 In die zin zie C. BAYART, *o.c.*, 334-335.

363 M. DE VOS, “De bouwstenen van het discriminatierecht in de arbeidsverhoudingen”, *I.c.*, 89.

364 De ongelijke beloning en het behoren tot een beschermde groep zal immers doorgaans vanzelfsprekend zijn.

werkgever ter verantwoording kunnen roepen.³⁶⁵ Vanuit het standpunt van bedrijven bekeken betekent dit dat zij steeds in staat moeten zijn hun beslissingen inzake bijvoorbeeld aanwerving, promotie, toegang tot opleiding en andere arbeidsvoorwaarden (achteraf) te rechtvaardigen. Meer bepaald moeten zij kunnen aantonen dat die beslissingen op niet-discriminatoire gronden genomen zijn.³⁶⁶ De lichtheid van de bewijslast is in bepaalde rechtsleer scherp bekritiseerd.³⁶⁷

B. Weerlegging vermoeden directe discriminatie?

288. Het Hof legt er in *Brunnhof* de nadruk op dat het door de eiseres gevestigde causale verband slechts op het eerste gezicht geldig is. Bijgevolg is het logisch dat de werkgever nog de mogelijkheid krijgt om te bewijzen dat van een discriminatie geen sprake is.

Wanneer verzoekster in het hoofdgeding zou bewijzen dat *in casu* is voldaan aan de criteria om te kunnen spreken van een verschil in beloning tussen een vrouwelijke en een mannelijke werknemer en van vergelijkbare arbeid, is er een schijn van discriminatie en staat het aan de werkgever te bewijzen dat er geen inbreuk is gemaakt op het beginsel van gelijke beloning.³⁶⁸

289. Tot ontsteltenis van een deel van de rechtsleer blijkt uit het arrest dat de verweerder het vermoeden van directe discriminatie niet alleen kan ontkrachten door de *onvergelijkbaarheid* van situaties aan te tonen (wat volgens de orthodoxie de enige mogelijkheid is om direct onderscheid te verantwoorden), maar ook door de ongelijke behandeling *objectief te rechtvaardigen*.³⁶⁹

De werkgever zou daartoe kunnen betwisten dat de voorwaarden voor toepassing van dit beginsel zijn vervuld, door bijvoorbeeld met alle middelen rechtens aan te tonen dat

365 M. DE VOS, “De bouwstenen van het discriminatierecht in de arbeidsverhoudingen”, *l.c.*, 89-90. BAYART geeft nog een aantal voorbeelden van feiten die in zijn ogen tot een vermoeden van rechtstreekse discriminatie aanleiding kunnen geven. Hij verwijst meer bepaald naar een situatie waarin een werkgever tijdens een sollicitatiegesprek met een vrouwelijke kandidaat informeert naar haar toekomstige gezinsplanning of zwangerschap, en naar een geval waarin een vrouwelijke kandidaat afgewezen wordt voor een directiefunctie in een bedrijf dat – blijkens statistische gegevens – geen enkele vrouwelijke directeur heeft. Zie C. BAYART, “De opmars van het discriminatierecht in de arbeidsverhoudingen”, *l.c.*, 317.

366 C. BAYART, *o.c.*, 328.

367 Zo wijst E. EICHENHOFER, *l.c.*, 85-86 erop dat de bestaande bewijslastverdeling het risico in zich draagt dat werkgevers op grond van losse beweringen en vermoedens door werknemers vervolgd worden – wat er op zijn beurt toe kan leiden dat werkgevers terughoudend zullen zijn bij het aanwerven van personeel dat behoort tot een beschermde groep. Die laatsten kunnen hen immers relatief eenvoudig laten veroordelen naar aanleiding van een aansprakelijkheidsvordering: “Schadenersatzverpflichtungen drohen Arbeitgebern, die potentielle Opfer von Diskriminierung nicht beschäftigen, weil sie nicht die Vermutung diskriminatorischer Entscheidungen widerlegen können”.

368 H.v.J. 26 juni 2001, *Brunnhof*, C-381/99, *Jur.* 2001, I-4961, r.o. 60.

369 In dit verband schrijft J. JACQMAIN, “Égalité entre travailleurs féminins et masculins”, *l.c.*, 2: “On doit donc regretter que, répondant aux questions de la juridiction autrichienne, la cour crée une nouvelle incertitude quant à la validité de la jurisprudence *Dekker*. Elle écrit en effet que l’employeur peut non seulement démontrer que les situations ne sont pas comparables parce qu’il n’y a pas même travail ou travail de même valeur au sens de l’article 141, § 1er, mais aussi faire valoir des motifs objectifs et étrangers à toute discrimination sexuelle. A notre sens, de tels motifs ne sont eux-mêmes admissible que s’ils prouvent la différence des situations.”

de door beide betrokken werknemers werkelijk verrichte werkzaamheden feitelijk niet vergelijkbaar zijn.

Voorts zou de werkgever het gebleken verschil in beloning *kunnen rechtvaardigen met objectieve factoren* [eigen cusivering] die niets van doen hebben met discriminatie op grond van geslacht, door aan te tonen dat de betaling van een hogere maandelijkse toelage aan een vergelijkbare mannelijke collega van de betrokken werknemster wordt verklaard door een verschil dat losstaat van het geslacht.³⁷⁰

290. Uit het vervolg van het arrest blijkt dat de verweerder er niet mee kan volstaan simpelweg een neutrale verklaringsfactor voor het gewraakte onderscheid aan te voeren, maar dat hij bovendien moet aantonen dat die factor voldoet aan de vereisten van geschiktheid en noodzakelijkheid.³⁷¹

291. Volgens bepaalde rechtsleer, is het mogelijk de in *Brunnhof* voorziene rechtvaardigingsmogelijkheden te passen in de orthodoxie van het gesloten stelsel van verantwoording (*cf. supra* nrs. 248-251)³⁷²: men kan immers stellen dat er geen sprake was van de vergoelijkking van een *vastgesteld of bewezen* direct onderscheid (wat voorkomt bij openlijk direct onderscheid), maar van de weerlegging van een *vermoede of schijnbare* causaliteit tussen een ongelijke behandeling en een beschermd kenmerk. De verweerder doorkruist de door de eiser gesuggereerde oorzakelijkheid door aan te tonen dat in werkelijkheid een neutrale (en proportionele) factor het gemaakte onderscheid verklaart.

292. In de rechtsleer is opgemerkt dat het enigszins bevreemdend is dat de verweerder niet simpelweg een objectieve factor moet aanduiden die niets van doen heeft met discriminatie op grond van geslacht, maar daarenboven nog eens moet voldoen aan de vereisten van proportionaliteit uit de *Bilka*-test, nochtans typisch een element van “rechtvaardiging” (in tegenstelling tot “weerlegging”).³⁷³

Afdeling 5. Werkingssfeer

§ 1. Inleiding

293. Er bestaat geen uniforme werkingssfeer van het gelijkheidsbeginsel naar Europees recht. Afhankelijk van het specifieke discriminatieverbod dat op een situatie toepasselijk is, varieert de reikwijdte van het gelijkheidsbeginsel. Toch kunnen in dit verband een aantal gemeenschappelijke principes aangeduid worden.

³⁷⁰ H.v.J. 26 juni 2001, *Brunnhof*, C-381/99, *Jur.* 2001, I-4961, r.o. 61-62.

³⁷¹ *Ibid.*, r.o. 67.

³⁷² Zie C. BAYART, *o.c.*, 332 en M. DE VOS, “De bouwstenen van het discriminatierecht in de arbeidsverhoudingen”, *I.c.*, 90-91.

³⁷³ Over de verwarring tussen rechtvaardiging en weerlegging, zie M. DE VOS, “De bouwstenen van het discriminatierecht in de arbeidsverhoudingen”, *I.c.*, 90-91. Zie ook C. BAYART, *o.c.*, 110.

§ 2. *Ratione personae*

A. *Relatie particulieren onderling*

294. Alle Europeesrechtelijke discriminatieverboden hebben gelding in de relatie tussen particulieren onderling. Voor discriminatie op grond van geslacht, ras, godsdienst, overtuiging, leeftijd, handicap en seksuele geaardheid was dit van meet af aan duidelijk, terwijl het verbod van nationaliteitsdiscriminatie aanvankelijk alleen de lidstaten (en de Gemeenschap zelf) leek te verplichten. Uit een aantal recente arresten van het Europees Hof van Justitie is gebleken dat ook aan het oudste Europese discriminatieverbod derdenwerking toekomt, althans in de relatie tussen individuele burgers en “een groep of een organisatie [die] een zekere macht uitoefent over particulieren en in staat is hun voorwaarden op te leggen (...)”.³⁷⁴ In welke mate het ook geldt in de relatie tussen “gewone” particulieren, is niet volledig duidelijk *cf. infra* nrs. 384-389.³⁷⁵

B. *Relatie lidstaten-particulieren*

295. Ook in de relatie tussen de lidstaten en particulieren heeft het Europees discriminatieverbod geldingskracht. Een lidstaat die binnen de materiële werkings-sfeer van het verdrag (1) zijn eigen onderdanen; (2) onderdanen van vreemde lidstaten of (3) van derdelanden discrimineert op een van de gronden die in het verdrag of de secundaire wetgeving opgenomen zijn, schendt het communautair gelijkheidsbeginsel, en kan voor de rechter ter verantwoording geroepen worden. Twee uitzonderingen bestaan op deze regel: het is lidstaten op basis van het Europees recht in beginsel niet verboden om eigen onderdanen (omgekeerde discriminatie)³⁷⁶, of onderdanen van derdelanden wegens hun *nationaliteit* te discrimineren.³⁷⁷ Lidstaten zijn niet alleen gebonden door het gelijkheidsbeginsel in hun hoedanigheid van regelgever en -toepasser, maar ook wanneer zij optreden als werkgever.

C. *Relatie Gemeenschap-particulieren*

296. Een laatste relatie waarbinnen het communautair discriminatieverbod van toepassing is, is die tussen de Gemeenschap en haar burgers. De instellingen van de Gemeenschap zijn bij het stellen van elke rechtshandeling – zowel wetgevend als administratief – verplicht het gelijkheidsbeginsel in acht te nemen.³⁷⁸ Deze plicht ontspruit aan verschillende formele rechtsbronnen, en geldt in beginsel voor elke vorm van ongeoorloofd onderscheid, ongeacht de grond (*cf. infra*, nrs. 559-603).

374 H.v.J. 3 oktober 2000, *Ferlini*, C-411/98, *Jur.* 2000, I-8081, r.o. 50. Zie ook K. LENAERTS en P. VAN NUFFEL, *o.c.*, 145.

375 P.J.G. KAPTEYN, L.A. GEELHOED, K.J.M. MORTELMANS en C.W.A. TIMMERMANS, *o.c.*, 136.

376 Voor de uitzondering op dit beginsel *cf. infra* nrs. 356-358. Zie ook K. LENAERTS, “Gelijkheid en non-discriminatie in het Europees Gemeenschapsrecht”, *l.c.*, 60-62.

377 *Cf. infra* nrs. 354-355.

378 K. LENAERTS, “Gelijkheid en non-discriminatie in het Europees Gemeenschapsrecht”, *l.c.*, 51.

§ 3. *Ratione materiae*

297. Het EG-discriminatieverbod geldt niet in alle domeinen van het dagelijks leven. Dit valt eenvoudig te verklaren: de Gemeenschap heeft alleen toegewezen bevoegdheden, en heeft niet de macht om zich op alle maatschappelijke terreinen te laten gelden.³⁷⁹ De reikwijdte van het gelijkheidsbeginsel is uiteraard beperkt door de algemene bevoegdheidsgrenzen van de Gemeenschap. Sommige discriminatieverboden gelden binnen de gehele invloedssfeer van de Gemeenschap³⁸⁰, terwijl andere beperkt zijn tot welbepaalde deelgebieden daarvan.³⁸¹

HOOFDSTUK 3. SPECIFIEKE DISCRIMINATIEVERBODEN

Afdeling 1. Verbod nationaliteitsdiscriminatie

§ 1. *Algemeen*

298. De Europese regels inzake nationaliteitsdiscriminatie zijn voor het overgrote deel “rechtersrecht”-arresten waarin het Europees Hof van Justitie de algemene verdragsbepalingen over discriminatie op basis van nationaliteit uitgelegd heeft.³⁸² Dit in tegenstelling tot het communautaire verbod van discriminatie op grond van geslacht, ras of etnische afstamming, godsdienst of overtuiging, leeftijd en seksuele oriëntatie: wat die gronden aangaat heeft de communautaire wetgever verschillende omvattende richtlijnen uitgevaardigd, waardoor er voor die gronden veeleer sprake is van “wettenrecht”. De definities en uitzonderingsmogelijkheden (de *inhoud* van het verbod) die in die secundaire wetgeving voorzien zijn, zijn steeds relatief gelijklopend. Wat dat betreft is het verbod van nationaliteitsdiscriminatie de vreemde eend in de bijt. Bovendien kent het laatstgenoemde verbod een ruimer *toepassingsgebied* dan de (meeste) andere communautaire discriminatieverboden.³⁸³

379 Over dit zogenoemde attributiebeginsel zie bv. P.J.G. KAPTEYN, L.A. GEELHOED, K.J.M. MORTELMANS en C.W.A. TIMMERMANS, *o.c.*, 115-116.

380 Meer bepaald de verboden van nationaliteits- en rassendiscriminatie. *Cf. infra* nrs. 378-383 en nrs. 531-535.

381 Bv. het verbod van discriminatie op grond van seksuele geaardheid, dat alleen geldt binnen de sfeer van arbeid en beroep. *Cf. infra* nr. 558.

382 Zie in dit verband o.a. A. ARNULL, *The General Principles of EEC Law and the Individual*, Leicester, Leicester University Press, 1990, 25-69; N. BERNARD, “Discrimination and Free Movement Law in EC Law”, in *International and Comparative Law Quarterly* 1996, 82-108; P. CRAIG en G. DE BÚRCA, *o.c.*, 613-679 en 701-848; L. DEFALQUE, “Le concept de discrimination en matière de libre circulation des marchandises”, *C.D.E.* 1987, 471; G. DE BÚRCA, *l.c.*, 20-26; C. HILSON, “Discrimination in Community Free Movement Law”, *E.L.Rev.* 1999, 445-462; J.H. GERARDS, *o.c.*, 243-244, 258-266, 278-281, 299-306 en 329-341; P.J.G. KAPTEYN, L.A. GEELHOED, K.J.M. MORTELMANS en C.W.A. TIMMERMANS, *o.c.*, 130-137; K. LENAERTS en P. VAN NUFFEL, *o.c.*, 143-244; G. MORE, *l.c.*, 523-530; C.W.A. TIMMERMANS, *l.c.*, 427-460; J. WOUTERS, *l.c.*, 98-106.

383 Enige uitzondering op deze regel vormt de Rasrichtlijn. *Cf. infra* nrs. 531-535.

299. Niet alleen inhoud en toepassingsgebeid van het verbod van nationaliteitsdiscriminatie wijken af van die andere communautaire discriminatieverboden, ook zijn *bedoeling* is fundamenteel verschillend: het recht op gelijke behandeling ongeacht nationale afkomst heeft in de eerste plaats een *integratie-functie*. Voor zover het gaat om het verbod producten (goederen de diensten) en productiefactoren (zelfstandige arbeid of arbeid in loondienst) uit vreemde lidstaten te discrimineren vanwege hun nationale afkomst, is de bedoeling van het discriminatieverbod vooral marktintegratie.³⁸⁴ In de mate aan migrerende EU-burgers gelijkebehandelingsrechten toegekend worden *buiten* de sfeer van het vrij economische verkeer vervult het verbod van nationaliteitsdiscriminatie ook een belangrijke functie voor de integratie van de burgers van de lidstaten in de EU.³⁸⁵ Het communautaire verbod van discriminatie op grond van geslacht, ras, godsdienst of overtuiging, handicap, leeftijd en seksuele geaardheid heeft daarentegen in de eerste plaats een sociale en mensenrechtelijke *ratio*.³⁸⁶

§ 2. Relevante verdrags- en wetteksten

300. Het Europees verbod van nationaliteitsdiscriminatie is verspreid over talrijke verschillende bepalingen, die hiervan telkens een deelaspect regelen. De meest algemene bepaling is *artikel 12 EG-Verdrag*. Dat artikel legt “binnen de werkingssfeer van het verdrag” een algemeen verbod op om te discrimineren op grond van nationaliteit. Aan deze bepaling verleent elke onderdaan van een lidstaat het recht om niet gediscrimineerd te worden op basis van zijn nationale afkomst – tenminste voorzover hij zich binnen het actieterrein van de Gemeenschap bevindt. Artikel 12 vindt toepassing “onverminderd de bijzondere bepalingen”, dat wil zeggen, wanneer voor de betrokken situatie geen specifiekere vorm van het verbod van nationaliteitsdiscriminatie voorhanden is. In de woorden van KAPTEYN, GEELHOED, MORTELMANS en TIMMERMANS:

Bij een vastgestelde discriminatie op grond van nationaliteit dient belanghebbende dus eerst na te gaan of de rechtstreeks werkende voorschriften ten aanzien van het vrije goederen-, personen-, diensten-, kapitaal- en betalingsverkeer, de mededingingsregels, de bijzondere discriminatieverboden in de landbouw en vervoertitels (art. 34 lid 3 tweede al. EG en art. 75 EG) en op belastinggebied (art. 90 EG) of art. 294 EG (dat discriminatie op grond van nationaliteit verbiedt ten aanzien van financiële deelneming in het kapitaal van vennootschappen) geen oplossing bieden voor de ondervonden discriminatie. Blijkens de rechtspraak hoeft in dergelijke gevallen ook niet *mede* een beroep op artikel 12 EG gedaan te worden.³⁸⁷

384 Zo schrijven K. LENAERTS en P. VAN NUFFEL, *o.c.*, 165: “het verbod voor de lidstaten om te discrimineren ten aanzien van goederen, personen (werknemers en zelfstandigen), diensten en kapitaal beoogt de vrije inzetbaarheid van de productiefactoren over de grenzen heen te waarborgen”. Over de “market-unifying role of equal treatment”, zie G. MORE, *l.c.*, 521-530.

385 Het recht op non-discriminatie wordt beschouwd als een essentieel en inherent onderdeel van het Europees burgerschap (artikel 17, lid 2 EG-Verdrag). Zie ook P. CRAIG en G. DE BÚRCA, *o.c.*, 756-759 en K. LENAERTS en P. VAN NUFFEL, *o.c.*, 495.

386 Hoewel er doorgaans van uitgegaan wordt dat zij allen ook de bedoeling hebben bij te dragen tot de eenmaking van de markt. (Cf. *supra* nrs. 127-135).

387 P.J.G. KAPTEYN, L.A. GEELHOED, K.J.M. MORTELMANS en C.W.A. TIMMERMANS, *o.c.*, 132.

301. De verbijzonderingen van het algemeen verbod van nationaliteitsdiscriminatie die hier aan bod komen³⁸⁸, zijn de artikelen aangaande het vrij verkeer van goederen (art. 28 EG-Verdrag), werknemers (art. 39 EG-Verdrag), zelfstandig gevestigden (art. 43 EG-Verdrag) en diensten (art. 49-50 EG-Verdrag). Ook artikel 90 EG-Verdrag inzake fiscale discriminatie wordt besproken. Hoewel van de zojuist vermelde bepalingen alleen artikel 39 EG-Verdrag uitdrukkelijk het woord discriminatie vermeldt, bestaat er geen twijfel over dat zij allen een verbod van nationaliteitsdiscriminatie bevatten.³⁸⁹ Verordening nr. 1612/68 preciseert het recht op gelijke behandeling van werknemers onder artikel 39.³⁹⁰

302. Het verdrag voorziet verder in een aantal geschreven rechtvaardigingsgronden voor nationaliteitsdiscriminatie in het kader van het vrij verkeer: artikel 30 EG-Verdrag (goederen) artikel 39 lid 3 EG-Verdrag (werknemers), artikel 46 lid 1 EG-Verdrag (vestiging), artikel 55 EG-Verdrag *juncto* artikel 46 EG-Verdrag (diensten). Wat beperkingen op het vrij verkeer van werknemers, zelfstandigen, tijdelijke dienstverrichters en -ontvangers betreft, zijn de vermelde rechtvaardigingsmogelijkheden nader uitgewerkt in Richtlijn 64/221.³⁹¹

§ 3. Inhoud discriminatieverbod

A. Algemeen

303. Uit het voorgaande blijkt dat het communautaire verbod van nationaliteitsdiscriminatie bijzonder gefragmenteerd is: personen, goederen en diensten kennen elk een apart recht op gelijke behandeling³⁹², inzake binnenlandse fiscale discriminatie bestaat een specifiek verbod – dit alles aangevuld door een algemeen discriminatieverbod dat subsidiair van toepassing is.

304. Het gefragmenteerd karakter van het verbod van nationaliteitsdiscriminatie is echter in de eerste plaats *formeel*. Inhoudelijk vertonen de verschillende aspecten van het verbod een relatief grote eenheid (met uitzondering van art. 90 EG-Verdrag), vooral wat de toetsing van indirect onderscheid betreft. Deze relatieve inhoudelijke uniformiteit maakte het voor GERARDS mogelijk een algemeen toetsingsmodel voor *onrechtstreekse* nationaliteitsdiscriminatie te ontwikkelen. Deze bevat de volgende vijf vragen: (1) Is er sprake van een criterium dat feitelijk in het nadeel werkt van onderdanen van andere lidstaten? (2) Wordt door het onderscheid een objectief

³⁸⁸ De art. 90 en 34 EG-Verdrag worden apart behandeld. Cf. *infra* nrs. 343-352 en 567-574.

³⁸⁹ Zij het dat zij niet *alleen* zo'n verbod bevatten, maar (behalve wat goederen betreft) ook een verbod van niet-discriminatoire belemmeringen van het intra-communautair verkeer. Zie bv. G. MORE, *l.c.*, 524-525.

³⁹⁰ Verordening (EEG) nr. 1612/68 van de Raad van 15 oktober 1968 betreffende het vrije verkeer van werknemers binnen de Gemeenschap, *P.B.* 1968, *L.* 257/2.

³⁹¹ Richtlijn 64/221/EEG van de Raad van 25 februari 1964 voor de coördinatie van de voor vreemdelingen geldende bijzondere maatregelen ten aanzien van verplaatsing en verblijf, die gerechtvaardigd zijn uit hoofde van de openbare orde, de openbare veiligheid en de volksgezondheid, *P.B.* 1964, 850.

³⁹² Het vrij verkeer van kapitaal wordt in dit boek verder buiten beschouwing gelaten.

gerechtvaardigd doel nagestreefd dat losstaat van nationaliteitsdiscriminatie? (3) Is de regeling geschikt om het doel te bereiken? (4) Is de regeling noodzakelijk om het doel te kunnen dienen? (5) Staat het onderscheid in een evenredige verhouding ten opzichte van het doel?³⁹³

305. Wat de aspecten geschiktheid en noodzakelijkheid betreft, geldt volgens dezelfde auteur dat het Hof deze in vrijwel alle gevallen van nationaliteitsdiscriminatie uitvoerig toetst, en die toetsing bovendien consequent zélf doorvoert (beide in tegenstelling tot wat het geval is bij onrechtstreeks onderscheid op grond van geslacht). Vooral de noodzakelijkheidstest blijkt in de praktijk doorslaggevend te zijn. Daarbij gaat het Hof niet steeds na of er minder vergaande alternatieven bestaan, maar beperkt zich meestal tot een “algemene noodzakelijkheidstest”. Slechts in zeer weinig gevallen wordt in laatste instantie ook de evenredigheid in strikte zin nagegaan (zie (5)).³⁹⁴

306. Het geheel geeft een beeld van een zeer hoge toetsingsintensiteit bij gevallen van indirect onderscheid op basis van nationaliteit. Volgens GERARDS is deze praktijk van intense toetsing ingegeven door “het gewicht dat aan dit verbod van ongelijke behandeling toekomt”. Het Hof verwijst immers in verschillende van haar uitspraken naar het fundamenteel karakter van het verbod van nationaliteitsdiscriminatie om vervolgens te bepalen dat uitzonderingen hierop beperkend uitgelegd moeten worden (en dus streng getoetst moeten worden).³⁹⁵

307. In wat volgt zullen drie aspecten van het verbod van nationaliteitsdiscriminatie onderscheiden worden: het discriminatieverbod in het kader van het vrij economisch verkeer, in het kader van artikel 12 en van artikel 90 EG-Verdrag.

B. Discriminatieverbod inzake vrij verkeer

1. ALGEMEEN

a. Ruime bescherming

308. Zoals hoger al vermeld werd is het discriminatieverbod inzake het vrij economisch verkeer vervat in de artikelen 28 (goederen), 39 (werknemers), 43 (vestiging) en 49-50 (diensten) EG-Verdrag.³⁹⁶ De discriminatieverboden uit deze verschillende artikelen hebben in de rechtspraak van het Hof allen een relatief uniforme definitie gekregen³⁹⁷: het gaat om een ruime definitie, waarin de effecten van een bestreden

³⁹³ Zie J.H. GERARDS, *o.c.*, 243-245.

³⁹⁴ *Ibid.*, 299-303.

³⁹⁵ *Ibid.*, 330-331.

³⁹⁶ Zie in dit verband: I. VAN DER STEEN, “Horizontale werking van de vier vrijheden en van het discriminatieverbod van artikel 12 EG-Verdrag”, *Nederlands Tijdschrift voor Europees Recht* 2001, 4-9.

³⁹⁷ In de woorden van HILSON is het wat het begrip discriminatie betreft mogelijk “to provide the emperor with some suitably modest definitional clothes, which can be worn across all freedoms”. Zie C. HILSON, *l.c.*, 445.

handeling of maatregel bepalend zijn voor het discriminatoir karakter.³⁹⁸ Volgens diezelfde definitie zijn in beginsel niet alleen directe onderscheiden op basis van nationaliteit verboden, maar ook handelingen en maatregelen die met behulp van een ogenschijnlijk neutraal criterium onderdanen van vreemde lidstaten benadelen (indirect onderscheid).³⁹⁹

309. De ruime uitleg die het Hof geeft aan de bepalingen inzake het vrij verkeer, gaat gepaard met een restrictieve interpretatie van de (wettelijke en jurisprudentiële) mogelijkheden om dat zelfde vrije verkeer te beperken. Dit impliceert dat het Hof de rechtvaardigbaarheid van discriminaties die met de vrijheden verband houden niet licht aanvaardt.⁴⁰⁰ Met andere woorden: de door het Hof gehanteerde toetsingsintensiteit is in dit verband uitzonderlijk hoog.

b. Differentiatiegebod

310. Het communautaire discriminatieverbod op het vlak van het vrij verkeer komt er in de praktijk vaak op neer dat vreemde goederen, diensten, werknemers en zelfstandigen aanspraak kunnen maken op een *gedifferentieerde* behandeling. Als producten en productiefactoren uit vreemde lidstaten immers formeel aan dezelfde regels (productnormen, diplomavereisten, vergunningsstelsels) onderworpen worden als hun inlandse concurrenten, zullen eerstgenoemden tweemaal de last van dergelijke regels moeten dragen (een keer in hun lidstaat van herkomst, een keer in de gastlidstaat). Dergelijke *double burden rules* leiden tot hogere kosten voor hun adressaten, en tot een ongelijke concurrentieverhouding tussen binnenlandse en buitenlandse goederen of arbeid. Het Europees Hof van Justitie beschouwt de zojuist beschreven maatregelen dan ook als een vorm van verboden indirecte discriminatie – behoudens wanneer zij objectief rechtvaardigbaar zijn vanuit bepaalde “dwingende vereisten”. Gastlidstaten zijn er met andere woorden toe gehouden goederen, diensten en personen uit vreemde lidstaten “ongelijk” te behandelen in de mate dat hun feitelijke situatie verschillend is.⁴⁰¹

c. Verbod niet-discriminerende maatregelen

311. Wat diensten(verstrekkers), werknemers en zelfstandig gevestigden betreft, gaat het recht op vrij verkeer verder dan alleen een verbod van directe en indirecte

398 N. BERNARD, *l.c.*, 85 en J.H. GERARDS, *o.c.*, 227, vn. 26.

399 C. HILSON, *l.c.*, 450.

400 B.J. DRIJBER en S. PRÉCHAL, *l.c.*, 142-143 wijzen er op dat het Hof de rechtvaardigingsmogelijkheden voor directe *geslachtsdiscriminatie* wel ruim uitgelegd heeft. Hetzelfde geldt in bepaalde levensdomeinen ook voor indirecte *geslachtsdiscriminatie*. Dit zou er op kunnen duiden dat het Hof de bepalingen inzake het vrij verkeer als meer fundamenteel beschouwt dan de bepalingen die *geslachtsdiscriminatie* verbieden.

401 Zie C.W.A. TIMMERMANS, *l.c.*, 448-455. Deze auteur noemt de zogenoemde “double burden rules” bij uitstek materiële discriminaties: het gaat immers om een gelijke behandeling van ongelijke situaties. G. MORE, *l.c.*, 524 daarentegen analyseert hen als een ongelijke behandeling van gelijke gevallen (formeel onderscheid). Het is volgens hem zo dat vergelijkbare goederen, diensten of personen in het ene geval aan één regulatief regime onderworpen worden, in het andere aan twee.

nationaliteitsdiscriminatie. Ook nationale maatregelen die even zwaar wegen op nationale als op buitenlandse producten of productiefactoren (niet-discriminerende *equal burden rules*)⁴⁰², maar die het intra-communautair economisch verkeer belemmeren, kunnen onder de vlag van de artikelen 39, 43 en 49-50 EG-Verdrag verboden worden. HILSON spreekt in dit verband van *non-discrimination*.⁴⁰³ Zo waren de UEFA-transferregels in de zaak *Bosman*⁴⁰⁴ (werknemers) en het Nederlandse verbod op *cold-calling* in de zaak *Alpine Investment*⁴⁰⁵ (diensten) in rechte, noch in feite discriminerend ten aanzien van buitenlandse werknemers/diensten. Toch werden deze handelsbelemmeringen door het Hof strijdig bevonden met het vrij verkeer van werknemers/diensten. In de zaak *Gebhard*⁴⁰⁶ (vestiging) verklaarde het Hof ook niet-discriminerende belemmeringen van het vrij verkeer van vestiging strijdig met het verdrag.⁴⁰⁷

312. Alleen artikel 28 EG-Verdrag inzake het vrij verkeer van goederen verzet zich niet tegen “non-discriminatie”. In de bekende zaak *Keck en Mithouard* oordeelde het Hof immers dat verkoopsmodaliteiten (zoals een verbod om op zondag te verkopen) die “zowel rechtens als feitelijk dezelfde invloed hebben op de verhandeling van nationale producten en op die van producten uit andere lidstaten” niet verboden zijn onder artikel 28.⁴⁰⁸

2. GOEDEREN

a. Algemeen

313. Artikel 28 EG-Verdrag bepaalt: “Kwantitatieve invoerbeperkingen en alle maatregelen van gelijke werking zijn verboden”. Na het *Dasonville*-arrest van 1974 leek het dat elke maatregel die het intracommunautair handelsverkeer belemmert – discriminatoir of niet – onder de definitie van een “maatregel van gelijke werking”

402 *Ibid.*

403 C. HILSON, *l.c.*, 451.

404 H.v.J. 15 december 1995, *Bosman*, C-415/93, *Jur.* 1995, I-4921.

405 H.v.J. 10 mei 1995, *Alpine Investment*, C-384/93, *Jur.* 1995, I-1114. *Cold-calling* is een agressieve verkoopstechniek voor financiële producten, waarbij de potentiële consument gebeld wordt al heeft hij geen interesse voor een product laten kennen.

406 H.v.J. 30 november 1995, *Gephard*, C-55/94, *Jur.* 1995, I-4165.

407 DE BÜRCA leidt uit de uitbreiding van het verbod in de art. 39, 43 en 49-50 EG-Verdrag tot niet-discriminatoire beperkingen een terugval van het belang van het discriminatieverbod in het vrij verkeersrecht af. MORE repliceert daarop dat weliswaar veel handelaars vandaag hun pijlen richten op niet-discriminatoire handelsbarrières, maar dat ook discriminatoire belemmeringen van het vrij verkeer van diensten, werknemers en zelfstandig gevestigden blijven bestaan. Daarom, zo zegt zij, zijn het verbod van discriminatoire en van niet-discriminatoire handelsbarrières noodzakelijk en complementair. Zie G. DE BÜRCA, *l.c.* 20-23 en G. MORE, *l.c.*, 524.

408 H.v.J. 24 november 1993, *Keck en Mithouard*, C-267/91 en C-268/91, *Jur.* 1993, r.o. 16. In de zaak *Bosman* is overigens een poging ondernomen om de *Keck*-exceptie in te voeren in de context van het vrij verkeer van werknemers. Hoewel deze poging niet slaagde, is het niet principieel uitgesloten dat het Hof nationale maatregelen die gelijkgesteld kunnen worden met modaliteiten voor de verkoop van goederen onttrekt aan het toepassingsgebied van de verdragsartikelen inzake het vrij verkeer van personen. Zie H.v.J. 15 december 1995, *Bosman*, C-415/93, *Jur.* 1995, I-4921, r.o. 102-103.

(MGW) zou vallen.⁴⁰⁹ Sinds het oordeel van het Hof in zaak *Keck en Mithouard* staat daarentegen vast dat alleen maatregelen die *discriminerend* werken ten aanzien van geïmporteerde goederen verboden zijn.⁴¹⁰ Zowel directe als indirecte discriminatie is onwettig.⁴¹¹ DE BÚRCA schrijft in dit verband: “Article 30 EC [huidig art. 28] (...), post-*Keck*, seems to prohibit only measures which have directly or indirectly discriminatory effect”.⁴¹²

314. De in het kader van het vrij verkeer van goederen gebruikelijke terminologie – er wordt niet gesproken van discriminatie maar van MGW – is dus enigszins misleidend: het verbod van MGW komt wel degelijk neer op een verbod van discriminatie op grond van nationale afkomst. BERNARD formuleert dit als volgt: “It is therefore quite possible to understand discrimination as the conceptual base on which the notion of a measure having equivalent effect to a quantitative restriction [MGW] on imports is founded (...), it being understood that, as in the free movement of persons, it is a wide concept of discrimination based on effect that the Court has adopted”.⁴¹³

b. Direct onderscheid

i. Vaststelling

315. In de eerste plaats verbiedt artikel 28 EG-Verdrag het maken van (ongerechtvaardigd) direct onderscheid tussen eigen goederen en goederen afkomstig uit andere lidstaten. De vaststelling door het Hof van dergelijk rechtstreeks onderscheid gebeurt doorgaans louter door een analyse van de bestreden maatregel of bepaling: bevat deze een onderscheid tussen nationale en ingevoerde producten, dan is er sprake van een rechtstreeks onderscheid dat rechtvaardiging behoeft. Een vergelijkbaarheids- of benadelingstoets blijft dan meestal achterwege.⁴¹⁴ Een voorbeeld

409 H.v.J. 11 juli 1974, *Dassonville*, 8/74, *Jur.* 1974, 837, r.o. 5. Kwantitatieve beperkingen of invoerquota's werden al in de jaren vijftig afgeschaft en zijn dus niet (of nauwelijks) meer relevant. Vanzelfsprekend gaat het daarbij om een vorm van directe discriminatie die alleen met behulp van art. 30 EG-Verdrag gerechtvaardigd kan worden.

410 De draagwijdte van *Keck en Mithouard* mag echter niet overdreven worden. Alleen verkoopsmodaliteiten zijn door het Hof als niet discriminerende handelsbelemmeringen aangemerkt. Andere nationale regelingen (bv. producteisen) vallen onverkort onder het verbod van MGW. Zie K. LENAERTS en P. VAN NUFFEL, *o.c.*, 177-178.

411 Zie K. LENAERTS en P. VAN NUFFEL, *o.c.*, 183.

412 DE BÚRCA, *l.c.*, 21. Uitvoerbeperkingen worden door het Hof alleen als verboden MGW beschouwd indien zij “tot een ongelijke behandeling van de binnenlandse handel en de uitvoerhandel van een lidstaat leiden”. Het begrip MGW heeft een minder ruime betekenis in het kader van art. 29 EG-Verdrag (uitvoerbeperkingen) dan in artikel 28 (invoerbeperkingen). Zie H.v.J. 8 november 1979, *Groeneveld*, 15/79, *Jur.* 1979, 3409, r.o. 7. Zie ook P. CRAIG en G. DE BÚRCA, *o.c.*, 640-641 en K. LENAERTS en P. VAN NUFFEL, *o.c.*, 177-178.

413 N. BERNARD, *l.c.*, 95. G. MORE, *l.c.*, 525 spreekt in dezelfde zin van art. 28 EG-Verdrag als een “discrimination-based rule”. Zie

414 C.W.A. TIMMERMANS, *l.c.*, 440-442 schrijft in dit verband: “Lijkt toetsing aan een discriminatieverbod een onderzoek naar de vergelijkbaarheid van de ongelijk behandelde situaties te impliceren, het verbazende is dat het Hof deze vergelijkbaarheidstoets nogal eens achterwege laat. Vooral de EEG-rechtspraak levert voorbeelden van gevallen waarin het Hof zijn onderzoek van een discriminatiegrief er toe beperkt na te gaan of de maatregel al dan niet op objectieve gronden berust, objectief gerechtvaardigd is, niet willekeurig is enz”. Zie in dezelfde zin J.H. GERARDS, *o.c.*, 226, vn. 21.

van een geval waarin het Hof wél uitdrukkelijk de vergelijkbaarheid van nationale en (ongelijk behandelde) geïmporteerde goederen naging is de *Ierse souvenirszaak*.⁴¹⁵ Bij die gelegenheid oordeelde het Hof dat ingevoerde en op eigen bodem geproduceerde souvenirs vergelijkbare goederen zijn.⁴¹⁶

ii. Rechtvaardiging

316. Maatregelen die openlijk onderscheid maken tussen nationale en ingevoerde producten kunnen alleen gerechtvaardigd worden wanneer zij voldoen aan de vereisten uit *artikel 30 EG-Verdrag*.

De bepalingen van de artikelen 28 en 29 vormen geen beletsel voor verboden of beperkingen van invoer, uitvoer of doorvoer, welke gerechtvaardigd zijn uit hoofde van bescherming van de openbare zedelijkheid, de openbare orde, de openbare veiligheid, de gezondheid en het leven van personen, dieren of planten, het nationaal artistiek, historisch en archeologisch bezit of uit hoofde van de bescherming van de industriële en commerciële eigendom. Deze verboden of beperkingen mogen echter geen middel tot willekeurige discriminatie noch een verkapte beperking van de handel tussen de lidstaten vormen.

317. Een rechtstreeks onderscheid tussen nationale en geïmporteerde goederen is dus alleen geoorloofd wanneer het één van de limitatief in artikel 30 EG-Verdrag opgesomde doelstellingen dient. Direct onderscheid op basis van nationaliteit kan bijgevolg niet gerechtvaardigd worden wanneer het een legitiem, maar niet in artikel 30 “geschreven” doel nastreeft – bijvoorbeeld milieubescherming. Deze rechtvaardigingsgrond is immers niet opgenomen in het lijstje uit artikel 30. De in artikel 30 vermelde gronden zijn zonder uitzondering van niet-economische aard.⁴¹⁷

318. Het feit dat een beperking van het vrij verkeer van goederen strekt tot de verwezenlijking van een van de in artikel 30 EG-Verdrag vermelde doelstellingen is onvoldoende om haar te rechtvaardigen. Zo verlangt artikel 30 bijkomend dat de bestreden beperking “geen middel tot willekeurige discriminatie noch een verkapte beperking van de handel tussen de lidstaten” vormt. Het Hof heeft deze passage uitgelegd als een evenredigheidsvereiste: alleen een maatregel die *geschikt en noodzakelijk* is om een legitieme doelstelling te bereiken, kan verantwoord worden.⁴¹⁸

319. Een nationale maatregel is bijgevolg niet verantwoordbaar op grond van artikel 30 EG-Verdrag als het legitieme doel van die beperking bereikt kon worden met behulp van een maatregel die het intracommunautair handelsverkeer minder

415 H.v.J. 17 juni 1981, *Commissie t. Ierland*, 113/80, *Jur.* 1981, 1625.

416 Voor een bespreking zie C.W.A. TIMMERMANS, *l.c.*, 432-433 en 436-437.

417 K. LENAERTS en P. VAN NUFFEL, *o.c.*, 179.

418 *Ibid.* Zie ook G. MORE, *l.c.*, 525-526. B.J. DRIJBER en S. PRÉCHAL, *l.c.*, 142 wijzen er op dat het ongerijmd zou zijn om met betrekking tot indirecte discriminatie wél een evenredigheidsvereiste te stellen en datzelfde niet te doen in verband met directe discriminatie. Het feit dat het Hof een evenredigheidsis in art. 30 EG-Verdrag leest is dus volgens vermelde auteurs logisch en coherent.

vergaand belemmert.⁴¹⁹ Zo zullen uit hoofde van de bescherming van de gezondheid uitgevoerde productcontroles door het Hof als “onnodig” en dus als onevenredig aangemerkt worden, indien deze al op afdoende en controleerbare wijze door de lidstaat van herkomst verricht waren.⁴²⁰ Het feit dat een importerende lidstaat strengere opvattingen heeft wat betreft de bescherming van de gezondheid van de consument, kan het opleggen van bijkomende veiligheidseisen aan een ingevoerd product in bepaalde omstandigheden rechtvaardigen.⁴²¹ In het algemeen geldt dat het Hof de beperkingsvoorwaarden uit artikel 30 *restrictief* uitlegt.⁴²²

c. Indirect onderscheid

i. Vaststelling

320. Het verbod van MGW behelst niet alleen een verbod van directe maar ook van indirecte discriminatie: maatregelen die nationale en ingevoerde goederen formeel gelijk behandelen (zogenoemde “maatregelen zonder onderscheid”), maar die een ongunstig effect hebben op de laatstgenoemde groep, vallen onder het verbod uit artikel 28 EG-Verdrag.⁴²³ De toetsingsingang met behulp waarvan het bestaan van een onrechtstreeks onderscheid wordt vastgesteld, is met andere woorden een *benadelingstoets*: het Hof onderzoekt het nadelige effect dat een maatregel heeft op geïmporteerde goederen.

321. Het klassieke voorbeeld van maatregelen die zonder onderscheid van toepassing zijn op nationale en ingevoerde goederen, maar indirect discriminerend kunnen werken, zijn zogenoemde *productnormen*: nationale regels die bepaalde eisen stellen aan een product, bijvoorbeeld wat betreft de kwaliteit, de samenstelling of de verpakking. Aangezien goederen in hun lidstaat van productie doorgaans al aan dergelijke eisen moet voldoen, betekent de (her)onderwerping aan vergelijkbare regels in een importerende lidstaat een bijkomende belasting (*double burden*). Die leidt tot een ongunstige concurrentiepositie van ingevoerde producten in vergelijking met inländse goederen. Klassieke voorbeelden zijn de Belgische regel die margarineprodu-

419 K. LENAERTS en P. VAN NUFFEL, *o.c.*, 179.

420 Zie bv. H.v.J. 11 mei 1989, *Wurmser e.a.*, 25/88, *Jur.* 1989, 1105.

421 Zie bv. H.v.J. 28 januari 1986, *Commissie/ Frankrijk*, 188/84, *Jur.* 1986, 419, r.o. 18-22.

422 Zie K. LENAERTS en P. VAN NUFFEL, *o.c.*, 179 en G. MORE, *l.c.*, 525-526. Een van de zeer zeldzame gevallen waarin het Hof op onorthodoxe en ruimhartige wijze direct onderscheid tussen geïmporteerde en nationale goederen rechtvaardigde, was de *Waalse afvalzaak* (H.v.J. 9 juli 1992, *Commissie/België*, C-2/90, *Jur.* 1992, I-4431). De betwiste maatregel in die zaak was een Waals decreet dat de verwerking van niet-Waals afval in Wallonië verbood. BERNARD wijst er op dat het hier zonder enige twijfel om een rechtstreeks onderscheid gaat, en dat dit onderscheid bijgevolg alleen krachtens art. 30 EG-Verdrag gerechtvaardigd kan worden. Omdat milieubescherming – het doel van de Waalse regel – niet voorkomt in de lijst van legitieme beperkingsdoelen, kan het echter niet op basis van art. 30 verantwoord worden. Toch zal het Hof de betrokken maatregel met verwijzing naar diezelfde legitieme doelstelling verantwoorden. De auteur bekritiseert deze gang van zaken fel: “This reasoning is not satisfactory. The measure was clearly discriminatory and could not suddenly become non-discriminatory merely because it followed a sound principle of environmental policy. (...) The case was clearly wrongly decided”. Zie N. BERNARD, *l.c.*, 94. Vgl. K. LENAERTS en P. VAN NUFFEL, *o.c.*, 94.

423 K. LENAERTS en P. VAN NUFFEL, *o.c.*, 176.

centen verplichtte margarine kubusvormig te verpakken⁴²⁴ en het Duitse voorschrift dat vruchtenlikeur minstens 25 % alcohol moest bevatten.⁴²⁵ Beide normen golden op gelijke wijze voor inlandse en buitenlandse producenten, maar hadden een verschillend (ongunstig) effect op goederen afkomstig uit vreemde lidstaten. BERNARD schrijft dat productnormen *per se* neerkomen op een indirect onderscheid: “Trading rules (...) have a disparate impact on imported goods and domestic goods, which results in additional costs, that are not borne by domestic goods. This disparate impact of trading rules means that the mere imposition of national requirements on goods imported from other member states *always* [eigen cursivering] constitutes indirect discrimination”.⁴²⁶

ii. Rechtvaardiging

322. Onrechtstreeks onderscheid kan niet alleen gerechtvaardigd worden op basis van artikel 30 EG-Verdrag⁴²⁷, maar ook op grond van de in het arrest *Cassis de Dijon* ontwikkelde *rule of reason*.⁴²⁸ Die jurisprudentiële regel houdt in dat alle redelijke belemmeringen van het intracommunautaire goederenverkeer verantwoordbaar zijn. Doorheen de rechtspraak van het Hof heeft de bedoelde redelijkheidsregel vaste vorm gekregen. Gesteld dat op het vlak van de betwiste nationale regel nog geen communautaire regelgeving bestond, gelden voor zijn rechtvaardiging de volgende drie voorwaarden⁴²⁹:

- in de eerste plaats is vereist dat de ter discussie staande nationale maatregel zonder onderscheid van toepassing is op eigen en ingevoerde goederen. Wordt openlijk een onderscheid gemaakt tussen nationale en geïmporteerde producten, dan is er immers sprake van direct onderscheid dat alleen gerechtvaardigd kan worden via de geschreven rechtvaardigingsgronden;
- de zonder onderscheid toepasselijke regel moet in de tweede plaats een antwoord zijn op een door het Hof erkende “dwingende vereiste” (*mandatory requirement*).⁴³⁰ Het gaat hierbij om een open rechtsbegrip dat alle mogelijke rechtvaardigingsgronden van algemeen belang kan bevatten, op voorwaarde dat zij niet-economisch van aard zijn. Zo zijn onder andere de volgende beleidsdoelstellingen als mogelijke rechtvaardigingsgronden voor onrechtstreeks onderscheid

424 H.v.J. 10 november 1982, *Rau*, 261/81, *Jur.* 1982, 3961, r.o. 16-20.

425 H.v.J. 20 februari 1979, *Rewe*, 120/78, *Jur.* 1979, 649, r.o. 8.

426 N. BERNARD, *l.c.*, 92.

427 N. BERNARD schrijft in dit verband: “If article 36 [huidig art. 30 EG-Verdrag] can be used to justify direct discrimination it can *a fortiori* justify indirectly discriminatory measures”. *Ibid.*, 93.

428 H.v.J. 20 februari 1979, *Rewe*, 120/78, *Jur.* 1979, 649. Zie ook K. LENAERTS en P. VAN NUFFEL, *o.c.*, 178.

429 Wanneer nationale wetgeving op een bepaald punt geharmoniseerd is, mag een lidstaat daarvan immers in beginsel niet afwijken. Zie K. LENAERTS en P. VAN NUFFEL, *o.c.*, 182.

430 Het Hof sprak aanvankelijk van een “dringende behoefte” (zie H.v.J. 20 februari 1979, *Rewe*, 120/78, *Jur.* 1979, 649), en verwijst nu naar de termen “dwingende eisen van gemeenschapsrecht” of, zoals gezegd, van “dwingende vereisten” (zie H.v.J. 20 september 1988, *Commissie/Denemarken*, 302/86, *Jur.* 1988, 4607). Zie ook K. LENAERTS en P. VAN NUFFEL, *o.c.*, 182.

aanvaard: consumentenbescherming⁴³¹, milieubescherming⁴³², bescherming van de verkeersveiligheid⁴³³, van cultuuruitingen⁴³⁴ en van de pluriformiteit van de pers⁴³⁵; (cf. *supra* nrs. 240-241).

- een derde vereiste – dat ook relevant was voor de rechtvaardiging van direct onderscheid tussen nationale en ingevoerde goederen – is het vereiste van pertinentie en proportionaliteit. Zoals hoger al vermeld werd, houdt deze eis naar Europees recht in dat de nationale maatregel “geschikt” en “noodzakelijk” moet zijn. Als een bestreden maatregel vervangen kan worden door een even werkzame maar minder belemmerende maatregel, zal hij dus door het Hof strijdig bevonden worden met het verdrag.⁴³⁶

323. In de rechtspraak van het Hof vinden we volgende specifieke toepassing van het evenredigheidsbeginsel: een lidstaat die ter wille van een legitiem doel de vrije circulatie van een goed verhindert, schendt het verdrag als blijkt dat de door hem nagestreefde doelstelling al voldoende werd bereikt door een norm waaraan het product in zijn lidstaat van herkomst onderworpen werd. Het komt aan de invoerende lidstaat toe om te bewijzen dat de wetgeving in het land van herkomst onvoldoende in staat is aan de vooropgestelde beleidsdoelstelling tegemoet te komen.⁴³⁷ Slaagt zij daar niet in, dan is de handelsbelemmerende maatregel een onnodige herhaling (*double burden*) en zal zij door het Hof als onevenredig aange merkt worden.⁴³⁸

324. Het mag duidelijk zijn dat de *rule of reason* in het kader van het vrij verkeer van goederen inhoudelijk gelijkgesteld kan worden met de klassieke leer van de *objectieve rechtvaardiging* van indirect onderscheid. BERNARD verwoordt deze analogie als volgt: “[T]he mandatory requirements doctrine (...) is nothing else than the equivalent, in the free movement of goods, of the ‘objective justification’ or ‘business necessity’ justification that one encounters in gender or race discrimination employment cases and that we have also come upon in *Vlassopoulou* in the free movement of persons”.⁴³⁹

431 H.v.J. 16 december 1980, *Fietje*, 27/80, *Jur.* 1980, 3839, r.o. 10-11.

432 H.v.J. 20 september 1988, *Commissie/Denemarken*, 302/86, *Jur.* 1988, 4607, r.o. 7-9.

433 H.v.J. 12 oktober 2000, *Snellers Auto's*, C-314/98, *Jur.* 2000, I-8633, r.o. 55.

434 H.v.J. 11 juli 1985, *Cinéthèque*, 60-61/84, *Jur.* 1985, 2605, r.o. 23.

435 H.v.J. 26 juni 1997, *Familiapress*, C-368/95, *Jur.* 1997, I-3689, r.o. 18.

436 J.H. GERARDS, o.c., 300-304 wijst erop dat het Hof niet altijd verlangt dat het bewijs geleverd wordt van reëel bestaande alternatieven. Het aantonen van een “algemene” onmisbaarheid of noodzakelijkheid van een belemmerende maatregel blijkt vaak voldoende te zijn. Verder onderscheidt zij de “geschikt en onmisbaar”-toets van een evenredigheidstoets “in strikte zin”. Die laatste wordt volgens deze auteur meestal achterwege gelaten, terwijl zij soms ook de enige test is die het Hof zou doorvoeren. De zojuist beschreven zaken gelden op het gehele vlak van het communautaire nationaliteitsdiscriminatierecht, niet alleen op het gebied van het vrij goederenverkeer.

437 K. LENAERTS en P. VAN NUFFEL, o.c., 184-185.

438 Op invoerende lidstaten rust m.a.w. een plicht tot wederzijdse erkenning van in andere lidstaten – op voldoende wijze – uitgevoerde productcontroles. Zie in dit verband A. MATTERA, “L'article 30 du traité CEE, la jurisprudence ‘cassis de Dijon’ et le principe de la reconnaissance mutuelle”, *Revue du Marché Commun et de l'Union Européenne* 1992, 13-71.

439 N. BERNARD, *l.c.*, 92. In dezelfde zin zie G. MORE, *l.c.*, 526 en C.W.A. TIMMERMANS, *l.c.*, 453.

3. PERSONEN

a. Algemeen

325. Het EG-Verdrag waarborgt niet alleen het vrij verkeer van goederen en diensten, maar ook van personen. De personen wier recht op intracommunautaire mobiliteit beschermd wordt, zijn (1) werknemers; (2) zelfstandig gevestigden en (3) tijdelijke dienstenverstrekkers. Elke gemeenschapsburger heeft met andere woorden het recht op in een vreemde lidstaat in ondergeschikt verband arbeid te verrichten, om zich in een andere lidstaat dan de zijne als zelfstandige te vestigen⁴⁴⁰, en om (als werknemer of zelfstandige) in een gastlidstaat tijdelijk diensten te verstrekken (of te ontvangen).⁴⁴¹ Het recht op vrij verkeer van deze drie groepen moet het voor gemeenschapsonderdanen mogelijk maken om op het gehele grondgebied van de Gemeenschap een beroep of economische activiteit naar keuze uit te oefenen.⁴⁴²

326. Het vrij personenverkeer houdt in hoofde van lidstaten (en particulieren)⁴⁴³ een verbod in om economische actoren uit vreemde lidstaten te onderwerpen aan (direct of indirect) discriminerende én aan niet-discriminerende mobiliteitsbelemmeringen (*cf. supra* nr. 311).⁴⁴⁴ Het vrij personenverkeer bestaat dus niet alleen uit een discriminatieverbod, hoewel het er wel een belangrijk deel van uitmaakt.⁴⁴⁵ CRAIG en DE BÚRCA wijzen er wél op dat vrijwel elke mobiliteitsbelemmerende maatregel die zonder onderscheid toepasselijk is op eigen en vreemde onderdanen, in de praktijk een zwaardere last plaatst op de schouders van niet-onderdanen, en dus geanalyseerd kan worden als een indirect onderscheid.⁴⁴⁶

440 Met inbegrip van het recht op secundaire vestiging. Zie K. LENAERTS en P. VAN NUFFEL, *o.c.*, 203-205.

441 Over verschillen en overeenkomsten tussen de verschillende deelaspecten van het personenverkeer, zie P. CRAIG en G. DE BÚRCA, *o.c.*, 766-767.

442 K. LENAERTS en P. VAN NUFFEL, *o.c.*, 187-188.

443 De vrijheden hebben, minstens een beperkte horizontale werking: regelingen uitgaande van machtige organisaties die een quasi-monopolie bezitten (zoals de UEFA) zijn zonder twijfel onderworpen aan de bepalingen inzake het vrij verkeer. Over de vraag of ook individuele actoren het verdrag in acht moeten nemen geeft de rechtspraak (voorlopig) geen uitsluitsels. *Cf. supra* nrs. 384-389.

444 Het valt nochtans niet als zodanig uit te sluiten dat de *Keck*-exceptie die geldt in het vrij verkeer van goederen door het Hof ook getransponeerd wordt naar de context van het vrij personenverkeer. *Cf. supra* nr. 312.

445 Zie G. MORE, *l.c.*, 524. Vgl. DE BÚRCA, *l.c.*, 23.

446 Zij maken deze opmerking i.v.m. de vrijheid van vestiging. Zie P. CRAIG en G. DE BÚRCA, *o.c.*, 785-786. Ook in de rechtspraak in verband met het vrij verkeer van goederen zien vermelde auteurs dat partijen steeds argumenten vinden om aan te tonen dat ook *verkoopsmodaliteiten* (die in beginsel buiten het toepassingsgebied van art. 28 EG-Verdrag vallen) een verschillende invloed hebben op nationale en ingevoerde producten. Slaagt de (eisende) partij hierin, dan maakt de maatregel indirect onderscheid en valt zij onder het verbod uit art. 28. Uiteraard blijft een rechtvaardiging aan de hand van de "dwingende vereisten" mogelijk. Zie *ibid.*, 660.

b. Direct onderscheid

i. Vaststelling

327. Rechtstreeks op nationaliteit gebaseerd onderscheid tussen werknemers, zelfstandigen en dienstenverstrekkers is onder de artikelen 39, 43 en 49 EG-Verdrag verboden.⁴⁴⁷ De vaststelling van direct onderscheid in het kader van het vrij personenverkeer gebeurt doorgaans louter op basis van een analyse van de bestreden maatregel: behandelt deze personen uit vreemde lidstaten openlijk ongelijk, dan betreft het een rechtstreeks onderscheid dat alleen gerechtvaardigd kan worden op basis van geschreven rechtvaardigingsgronden. Benadelings- of vergelijkbaarheids-toets blijven doorgaans achterwege.⁴⁴⁸

ii. Rechtvaardiging

– Algemeen

328. Direct onderscheid tussen werknemers, zelfstandig gevestigden en diensten(-verstrekkers) kan gerechtvaardigd worden uit hoofde van (1) de openbare orde, openbare veiligheid of volksgezondheid en (2) vanuit de bedoeling om de uitoefening van het (nationale) openbare gezag voor te behouden aan eigen onderdanen. Wat het vrij verkeer van werknemers betreft, zijn deze twee rechtvaardigingsmogelijkheden opgenomen in de artikelen 39 leden 3 en 4 EG-Verdrag⁴⁴⁹, wat de vrijheid van vestiging en het vrij verkeer van diensten(verstrekkers) aangaat in de artikelen 45 en 46 EG-Verdrag.⁴⁵⁰ Belangrijk instrument van secundair Europees recht in dit verband is Richtlijn 64/221 van de Raad van 25 februari 1964 voor de coördinatie van de voor vreemdelingen geldende bijzondere maatregelen ten aanzien van verplaatsing en verblijf, die gerechtvaardigd zijn uit hoofde van de openbare orde, de openbare veiligheid en de volksgezondheid.⁴⁵¹ De mogelijkheid om maatregelen die direct onderscheid maken tussen personen (3) jurisprudentieel te rechtvaardigen is door het Hof nooit formeel erkend, maar evenmin principieel afgewezen.⁴⁵²

447 De verplichtingen die voortvloeien uit art. 39 EG-Verdrag worden verder uitgewerkt in Verordening (EEG) nr. 1612/68 van de Raad van 15 oktober 1968 betreffende het vrije verkeer van werknemers binnen de Gemeenschap, *P.B. L.* 257, 2-12.

448 C.W.A. TIMMERMANS, *l.c.*, 433.

449 Art. 39 lid 3 EG-Verdrag bepaalt dat het verkeer van werknemers binnen de Gemeenschap vrij is “behoudens de uit hoofde van openbare orde, openbare veiligheid en volksgezondheid gerechtvaardigde beperkingen”, art. 39 lid 4 stipuleert dat “de bepalingen van dit artikel (...) niet van toepassing (...) zijn op de betrekkingen in overheidsdienst”.

450 Art. 46 EG-Verdrag – dat via art. 55 EG-Verdrag ook van toepassing is op *diensten(verstrekkers)* – bepaalt dat de vrijheid van vestiging “niet [afdoet] aan de toepasselijkheid van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen waarbij een bijzondere regeling is vastgesteld voor vreemdelingen welke bepalingen uit hoofde van de openbare orde, de openbare veiligheid en de volksgezondheid gerechtvaardigd zijn”. Art. 45 EG-Verdrag, dat eveneens voor zelfstandig gevestigden en diensten(-verstrekkers) geldt, stipuleert dat de bepalingen inzake het vrij verkeer “niet van toepassing [zijn] op de werkzaamheden ter uitoefening van het openbaar gezag in deze staat”.

451 *P.B.* 1964, 850.

452 H.v.J. 15 december 1995, *Bosman*, C-415/93, *Jur.* 1995, I-4921, 122-137. Zie ook *supra* nr. 250.

– Openbare orde, openbare veiligheid en volksgezondheid

329. Een belemmering van het vrij personenverkeer waarbij rechtstreeks onderscheid gemaakt wordt tussen eigen onderdanen en personen uit andere lidstaten⁴⁵³ kan alleen onder bepaalde voorwaarden uit hoofde van de openbare orde, openbare veiligheid of volksgezondheid gerechtvaardigd worden: zo bepaalt Richtlijn 64/221 onder andere dat de bestreden beperking ingegeven moet zijn door het persoonlijk gedrag van de betrokkene⁴⁵⁴, dat zij geen economische doeleinden mag dienen⁴⁵⁵ en dat zij respect moet opbrengen voor een aantal procedurele voorschriften.⁴⁵⁶ Verder blijkt uit de rechtspraak van het Hof dat een beperking van het personenverkeer alleen met behulp van de openbare orderechtvaardiging verantwoord kan worden wanneer de bestreden maatregel evenredig (geschikt en noodzakelijk) is ten aanzien van het nagestreefde doel.⁴⁵⁷ Ten slotte verlangt het Hof dat lidstaten die het vrij verkeer beperken met inroeping van openbare orderechtvaardiging daarbij telkens de grondrechten in acht nemen.⁴⁵⁸

330. De restrictieve wijze waarop het Hof de openbare orderechtvaardiging uitlegt, blijkt uit het feit dat Hof verlangt dat de vreemde onderdaan “een werkelijke en genoegzame bedreiging” vormt voor “een fundamenteel belang van de samenleving”.⁴⁵⁹ De gestrengheid waarmee het Hof de rechtvaardigingsgronden uit de artikelen 39 lid 3 en 46 EG-Verdrag (zoals uitgewerkt in Richtlijn 64/221) uitlegt, gaat echter niet zo ver dat het Hof een uniforme interpretatie van de begrippen openbare orde, openbare veiligheid en volksgezondheid oplegt. Wat de inhoud van die begrippen betreft, “beschikken de lidstaten over de bevoegdheid om de reikwijdte van deze begrippen vast te stellen op grond van hun nationale wetgeving en jurisprudentie, maar wel in het kader van het communautaire recht”.⁴⁶⁰ Het “kader van het communautaire recht” verwijst naar de zojuist besproken Richtlijn 64/221, evenals naar het evenredigheidsbeginsel.

453 Dergelijke beperking van het vrij personenverkeer kan de vorm aannemen van (1) een weigering een onderdaan van een andere lidstaat tot het grondgebied van een andere lidstaat toe te laten; (2) een verwijdering van het grondgebied; (3) de weigering tot afgifte of (4) verlenging van een verblijfsvergunning. Zie de art. 1 en 2 van Richtlijn 64/221/EEG van de Raad van 25 februari 1964 voor de coördinatie van de voor vreemdelingen geldende bijzondere maatregelen ten aanzien van de verplaatsing en verblijf, die gerechtvaardigd zijn uit hoofde van de openbare orde, de openbare veiligheid en de volksgezondheid, *PB*. 1964, 850. Zie ook P. CRAIG en G. DE BURCA, *o.c.*, 826.

454 Art. 3 lid 1.

455 Art. 2.

456 Art. 5-10.

457 Zie K. LENAERTS en P. VAN NUFFEL, *o.c.*, 210.

458 Zoals deze gelden op grond van de jurisprudentiële grondrechtencatalogus vastgesteld door het Europees Hof van Justitie. Zie P. CRAIG en G. DE BURCA, *o.c.*, 341-345 en 826. Zie ook de Commissie mededeling: COM(99) 372 def.

459 Zie o.a. H.v.J. 27 oktober 1977, *Bouchereau*, 30/77, *Jur.* 1977, 1999, r.o. 35 (werknemers), H.v.J. 29 oktober 1998, *Commissie/Spanje*, C-114/97, *Jur.* 1998, I-6717, r.o. 44-47 (vestiging) en H.v.J. 9 maart 2000, *Commissie/België*, C-355/98, 2000, I-1221, r.o. 27-34 (diensten).

460 Zoals geformuleerd in een mededeling van de Commissie van 30 juli 1999. Zie COM(99) 372 def.

– Uitoefening openbaar gezag

331. Werkzaamheden uitgeoefend in loondienst (art. 39 lid 4 EG-Verdrag) of als zelfstandige (art. 45 EG-Verdrag), die de uitoefening van openbaar gezag met zich meebrengen, kunnen op gerechtvaardigde wijze voorbehouden worden aan eigen onderdanen. Wat betrekkingen in loondienst betreft, geldt dat alleen aanstellingen in een overheidsinstelling⁴⁶¹ “die al dan niet rechtstreeks, deelneming aan de uitoefening van het openbaar gezag inhouden en die werkzaamheden omvatten strekkende tot de bescherming van de algemene belangen van de staat of van andere openbare lichamen” in aanmerking komen voor vrijstelling van de regels inzake het vrij verkeer van werknemers.⁴⁶² Dit impliceert dat lang niet elke betrekking van publieke aard onder de uitzondering uit art. 39 lid 4 valt, integendeel.⁴⁶³

332. Wat de vrijheid je in een vreemde lidstaat te *vestigen* betreft, kan de openbare gezagsuitzondering alleen ingeroepen worden voor werkzaamheden die “een rechtstreekse en specifieke deelneming aan de uitoefening van het openbaar gezag” impliceren.⁴⁶⁴ Zo heeft het Hof al bepaald dat het beroep van advocaat niet in zijn geheel onder de uitzondering uit artikel 45 EG-Verdrag valt, omdat de voor dat beroep kenmerkende activiteiten (zoals de consultatie en vertegenwoordiging van cliënten) geen deelname aan het openbare gezag inhouden.⁴⁶⁵ Voor zover advocaten ingeschakeld worden als plaatsvervangend rechter, kunnen zij daarentegen wel onder de besproken exceptie geplaatst worden.⁴⁶⁶ In de rechtsleer is erop gewezen dat het Hof de openbare gezagsuitzondering bijzonder restrictief uitlegt.⁴⁶⁷

c. Indirect onderscheid

i. Vaststelling

333. Krachtens vaste rechtspraak van het Europees Hof van Justitie verbieden de verdragsbepalingen inzake het vrij verkeer niet alleen rechtstreekse, maar ook onrechtstreekse discriminatie.⁴⁶⁸ Geviseerd zijn maatregelen die eigen en vreemde onderdanen formeel gelijk behandelen, maar een ongelijke behandeling op basis

461 Betrekkingen bij particuliere natuurlijke of rechtspersonen kunnen daarentegen nooit onder de uitzondering van artikel 39, lid 4 vallen. Zie H.v.J. 31 mei 2001 *Commissie t. Italië*, C-283/99, *Jur.* 2001, I-4363, r.o. 25.

462 Zie H.v.J. 17 december 1980, *Commissie/België*, 149/79, *Jur.* 1980, 3881, r.o. 10.

463 Voor een overzicht van welke betrekkingen onder de uitzondering vallen en welke niet, zie K. LENAERTS en P. VAN NUFFEL, *o.c.*, 212-213, vn. 535.

464 H.v.J. 21 juni 1974, *Reyners*, 2/74, *Jur.* 1974, 153, r.o. 45-46.

465 *Ibid.*, r.o. 52.

466 P. CRAIG en G. DE BÚRCA schrijven in dit verband: “If specific activities which involve exercising official authority are severable from the rest of the profession, then article 45 cannot apply to the profession as a whole”. Zie P. CRAIG en G. DE BÚRCA, *o.c.*, 770. Zie ook K. LENAERTS en P. VAN NUFFEL, *o.c.*, 213.

467 P. CRAIG en G. DE BÚRCA, *o.c.*, 722 en 769-770. Voor een overzicht van de rechtspraak in dit verband, zie K. LENAERTS en P. VAN NUFFEL, *o.c.*, 213, vn. 537.

468 Zie H.v.J. 15 oktober 1969, *Ugliola*, 15/69, *Jur.* 1969, 363, r.o. 6 (werknemers); H.v.J. 5 december 1989, *Commissie/Italië*, *Jur.* 1989, 4035, r.o. 10 (vestiging) en H.v.J. 3 december 1974, *Van Binsbergen*, 33/74, *Jur.* 1974, 1299 (diensten).

van nationaliteit tot *effect* hebben. Ter vaststelling van indirect onderscheid voert het Hof stelselmatig een *benadelingstoets* uit: hanteert de betrokken lidstaat een criterium dat feitelijk benadelend werkt voor onderdanen uit vreemde lidstaten?⁴⁶⁹ Het is niet zo dat de eiser in een discriminatiezaak in het kader van het vrij personenverkeer met statistisch materiaal moet aantonen dat de nationaliteitsgroep waar hij toe behoort *daadwerkelijk* benadeeld is. In het mijlpaalarrest *O'Flynn* werd de bewijsstandaard voor benadeling gevoelig lichter gemaakt:

[E]en bepaling van nationaal recht [moet] als discriminerend worden beschouwd, wanneer zij door haar aard zelf migrerende werknemers eerder kan treffen dan nationale werknemers en derhalve de eerste categorie van werknemers meer in het bijzonder dreigt te benadelen tenzij zij objectief is gerechtvaardigd en evenredig is aan het nagestreefde doel.⁴⁷⁰

334. Feitelijke benadeling hoeft niet aangetoond te worden, een bewijs van “mogelijke” of “theoretische” benadeling, die volgt uit de “aard” van het gemaakte onderscheid (in tegenstelling tot het “effect” ervan) is voldoende *cf. supra* nrs. 230-231.⁴⁷¹ Klassieke voorbeelden van criteria die ogenschijnlijk neutraal zijn, maar in feite in het nadeel (kunnen) werken van buitenlandse werknemers of zelfstandigen, zijn “woonplaats”, “talenkennis” en “diploma”.⁴⁷² Een onderdaan uit een vreemde lidstaat zal immers moeilijker dan een eigen onderdaan kunnen voldoen aan de eis dat hij moet wonen in het land waar hij werkt⁴⁷³, dat hij de taal van zijn gastland moet spreken⁴⁷⁴, of een diploma uit dat land moet kunnen voorleggen.⁴⁷⁵

ii. Rechtvaardiging

335. Het Europees Hof van Justitie voorziet, net als in het kader van het vrij goederenverkeer, in de mogelijkheid om dergelijk onrechtstreeks onderscheid te rechtvaardigen aan de hand van een *rule of reason* (*cf. supra* nr. 322).⁴⁷⁶ Objectieve rechtvaardiging⁴⁷⁷ van onrechtstreeks onderscheid tussen eigen onderdanen en werknemers, zelfstandigen of dienstenverstrekkers van vreemde lidstaten is mogelijk onder voorwaarde dat de bestreden maatregel beantwoordt aan (1) “dwingende

469 J.H. GERARDS, *o.c.*, 244, en meer in het bijzonder vn. 96.

470 H.v.J. 23 mei 1996, *O'Flynn*, C-237/94, *Jur.* 1996, I-2617, r.o. 20.

471 Zie M. BELL, *o.c.*, 34-35. Zie ook K. LENAERTS, “Gelijkheid en non-discriminatie in het Europees Gemeenschapsrecht”, *l.c.*, 58 die in deze context een vergelijking maakt met de Amerikaanse “suspect qualifications” en O. DE SCHUTTER, *o.c.*, 97 die in analogo verband spreekt van “intrinsiek verdachte criteria”.

472 Zie P. CRAIG en G. DE BURCA, *o.c.*, 716.

473 Zie bv. H.v.J. 12 februari 1974, *Sotgiu*, 152/73, *Jur.* 1974, 153.

474 Zie bv. H.v.J. 28 november 1989, *Groener*, C-379/87, *Jur.* 1989, 3967.

475 Zie bv. H.v.J. 7 mei 1991, *Vlassopoulou*, C-340/89, *Jur.* 1991, I-2357.

476 Zie K. LENAERTS en P. VAN NUFFEL, *o.c.*, 204.

477 Deze terminologie gebruikt het Hof alleen in het kader van het personenverkeer, niet bij het goederenverkeer. Zie bv. H.v.J. 12 juli 2001, *Smits en Peerebooms*, C-157/99, *Jur.* 2001, I-5473, r.o. 70. Zie ook P. CRAIG en G. DE BURCA, *o.c.*, 720, 786 en 815.

redenen van algemeen belang⁴⁷⁸ en (2) geschikt en noodzakelijk⁴⁷⁹ is om de vooropgestelde beleidsdoelstelling te bereiken.⁴⁸⁰

336. In de rechtsleer is erop gewezen dat aan het noodzakelijkheidsvereiste niet voldaan is als de legitieme doelstelling van een bestreden maatregel (bv. bescherming van de consument) al voldoende wordt gewaarborgd door een regeling uit de lidstaat waarin een *dienstenverrichter* gevestigd is.⁴⁸¹

337. Dezelfde redenering gaat op voor het vrij verkeer van *werknemers* en de vrijheid van *vestiging*.⁴⁸² Zo zijn lidstaten verplicht om diploma's en kwalificaties die werknemers, zelfstandigen of tijdelijke dienstenverstrekkers⁴⁸³ in vreemde lidstaten verworven hebben te onderzoeken op hun gelijkwaardigheid met nationale tegenhangers.⁴⁸⁴ Blijkt uit dat onderzoek dat de vreemde en nationale bekwaamheden en diploma's *equivalent* zijn, dan moeten de betrokken personen ongehinderd tot het beroep toegelaten worden dat zij wensen uit te oefenen.⁴⁸⁵ Stelt een lidstaat ondanks de gelijkwaardigheid van diploma's en kwalificaties de eis dat de uit een andere

478 Het Hof spreekt doorgaans niet, zoals in het kader van het vrij verkeer van goederen van "dwingende vereisten". Zie bv. H.v.J. 4 juli 2000, *S. HAIM*, C-424/97, *Jur.* 2000, I-5123, r.o. 57 en 59. (vestiging) en H.v.J. 12 juli 2001, *Smits en Peerebooms*, C-157/99, *Jur.* 2001, I-5473, r.o. 72. In de zaak *O'Flynn* (H.v.J. 23 mei 1996, *O'Flynn*, C-237/94, *Jur.* 1996, I-2617) inzake het vrij verkeer van *werknemers* voegt het Hof hieraan toe dat de dwingende redenen van algemeen belang "los [moeten] staan van de nationaliteit van de betrokken werknemers", wat betekent dat de overwegingen die ingeroepen worden om het gemaakte onderscheid te verantwoorden niet discriminatoir mogen zijn. Zie J.H. GERARDS, *o.c.*, 279. Diezelfde vereiste stelt het Hof bij de doeltoets in zaken van geslachtsdiscriminatie. Zie *ibid.*, 269-272.

479 Soms wordt ook het begrip "nodig" gebruikt. Zie bv. H.v.J. 20 mei 1992, *Ramrath*, C-106/91, *Jur.* 1992, I-3351. Zie ook J.H. GERARDS, *o.c.*, 300-304.

480 Zie K. LENAERTS en P. VAN NUFFEL, *o.c.*, 215-216 en 241.

481 J.H. GERARDS, *o.c.*, 302 schrijft: "Als de bescherming van de belangen van de betrokkenen al voldoende wordt gegarandeerd door een regeling in het land van vestiging, is het toepassen van de eisen van het land waar de dienst wordt verricht [...] niet noodzakelijk". Anders gezegd zijn alle nationale maatregelen (bv. een eis bepaalde vergunningen voor te leggen) die een "onnodige vormen van een regeling uit het land van vestiging van een *dienstenverstrekker*, strijdig met het noodzakelijkheidsvereiste. Zie bv. H.v.J. 15 maart 2001, *Mazzoleni*, C-165/98, *Jur.* 2001, I-2189, r.o. 25-39. Zie ook K. LENAERTS en P. VAN NUFFEL, *o.c.*, 242.

482 J.H. GERARDS, *o.c.*, 302 schrijft: "Op zichzelf kan een dergelijke vereiste [eisen van het land waar een dienst wordt verstrekt] ook bij de overige vormen van onderscheid op grond van nationaliteit een rol spelen: zo kunnen vestigingsvereisten of diplomaveisten bij het vrij verkeer van personen [bedoeld worden: werknemers] en bij de vrije vestiging overbodig zijn, omdat aan vergelijkbare eisen al in het land van vestiging is voldaan". Zie in dezelfde zin C.W.A. TIMMERMANS, *l.c.*, 450. Deze auteur citeert uit de zaak *Choquet* (16/78) waarin het Hof oordeelde dat een nationale regeling inzake rijbewijzen neerkwam op een schending van het *werknemersverkeer*, de *vrijheid van vestiging* en het *vrije dienstenverkeer* als dat examen klaarblijkelijk een onnodige herhaling vormt van een in een andere lidstaat afgelegd rij-examen. TIMMERMANS analyseert deze schending van de regels inzake vrij verkeer als een materiële discriminatie.

483 P. CRAIG en G. DE BÚRCA, *o.c.*, 777 schrijven in dit verband: "The mutual recognition of qualifications is a matter of importance in the field of workers, services and establishment alike". Zij voegen hier onmiddellijk aan toe dat problemen in dit verband in de praktijk vooral voorkomen in het kader van de vrijheid van vestiging.

484 Inzake vestiging, zie H.v.J. 7 mei 1991, *Vlassopoulou*, C-340/89, *Jur.* 1991, I-2357, r.o. 15-16.

485 Deze plicht tot wederzijdse erkenning van diploma's en kwalificaties is dus een toepassing van het noodzakelijkheidsvereiste dat geldt voor de rechtvaardiging van belemmeringen van het vrij verkeer. In *Vlassopoulou* werd deze plicht rechtstreeks uit het verdrag afgeleid, maar zij is ook vervat in een aantal Harmonisatieverdragen inzake de wederzijdse erkenning van diploma's. Zie in dit verband P. CRAIG en G. DE BÚRCA, *o.c.*, 777-782 en K. LENAERTS en P. VAN NUFFEL, *o.c.*, 206-210.

lidstaat afkomstige persoon ook formeel aan de nationale diploma- en beroepseisen moet voldoen, dan kan deze beschouwd worden als een *double burden rule* die neerkomt op een verboden onrechtstreekse discriminatie.⁴⁸⁶

C. Discriminatieverbod artikel 12 EG-Verdrag

1. ALGEMEEN

338. Artikel 12 EG-Verdrag verbiedt discriminatie op grond van nationaliteit “binnen de werkingssfeer van dit verdrag”, en is alleen toepasselijk wanneer een betwist onderscheid niet geplaatst kan worden onder een van de “bijzondere bepalingen daarin gesteld” – waarmee de meer specifieke vormen van het verbod van nationaliteitsdiscriminatie bedoeld worden.⁴⁸⁷ Opvallend is dat artikel 12, noch enige andere verdragsbepaling een rechtvaardigingsmogelijkheid bevat. Zoals alle andere aspecten van het communautaire gelijkheidsbeginsel, bevat artikel 12 een verbod van directe en indirecte discriminatie. Dit blijkt uit het arrest *Boussac* van 29 oktober 1980:

Artikel 7 EEG-Verdrag [huidig art. 12] verbiedt elke discriminatie op grond van nationaliteit binnen de werkingssfeer van het verdrag. Deze bepaling verbiedt niet alleen zichtbare discriminaties op grond van nationaliteit, doch ook alle verkapte vormen van discriminatie, die door toepassing van andere onderscheidingscriteria in feite tot hetzelfde resultaat leiden.⁴⁸⁸

2. DIRECT ONDERSCHIED

339. In de rechtsleer is gesteld dat de vaststelling van direct onderscheid in de zin van artikel 12 EG-Verdrag doorgaans plaatsvindt aan de hand van een vergelijkbaarheidstoets.⁴⁸⁹ Dit betekent dat het Hof in beginsel pas tot de fase van de rechtvaardiging overgaat nadat vaststaat dat de situatie waarin de klager zich bevindt vergelijkbaar is met de toestand van een referentiepersoon. Achten de rechters de vergelijkbaarheid van situaties niet bewezen, dan zullen zij de vordering al in de fase van de toetsingsingang afwijzen.

486 Uit het feit dat een lidstaat striktere eisen stelt aan de verstrekking van diensten, of aan de uitoefening van een beroep (zelfstandig of in ondergeschikt verband) dan een andere lidstaat, kan niet geconcludeerd worden dat de regeling uit die eerste lidstaat een niet-noodzakelijke beperking van het vrij verkeer van diensten vormt. Zolang de regeling van een bepaald beroep of bepaalde economische activiteit niet geharmoniseerd is, laat de Gemeenschap de lidstaten hierbij een zekere vrijheid. Zie K. LENAERTS en P. VAN NUFFEL, *o.c.*, 242-243 en N. BERNARD, *l.c.*, 108.

487 Bv. de zojuist besproken bepalingen inzake het vrij verkeer.

488 H.v.J. 29 oktober 1980, *Boussac*, 22/80, *Jur.* 1980, 3427. Het valt op dat het Hof in artikel 12-rechtspraak van recentere datum het onderscheid tussen directe en indirecte discriminatie niet maakt, maar in algemene termen stelt dat artikel 12 verbiedt dat vergelijkbare situaties verschillend en verschillende situaties gelijk behandeld worden. Zie b.v. H.v.J. 2 oktober 2003, *Garcia Avello*, C-148/02, *Jur.* 2003, (nog niet gepubliceerd), r.o. 31. Het onderscheid tussen directe en indirecte discriminatie heeft in de context van artikel 12 EG-Verdrag overigens minder belang aangezien beide vormen objectief en redelijk gerechtvaardigd kunnen worden. Cf. *infra* nrs. 3421-343.

489 J.H. GERARDS, *o.c.*, 265.

340. Volgens GERARDS is het Hof niet geheel consequent in haar keuze voor de vergelijkbaarheidstoets als toetsingsingang: in bepaalde situaties beperkt het zich immers tot de uitvoering van een (oppervlakkige) benadelingstoets. Dezelfde auteur suggereert dat het Hof haar keuze voor een vergelijkbaarheids- dan wel een benadelingstoets, laat bepalen door pragmatische overwegingen: als de vergelijkbaarheidstoets het moeilijker maakt om tot een gewenst resultaat te komen (bv. het ontoelaatbaar verklaren van een onderscheid) dan zal het Hof deze achterwege laten.⁴⁹⁰

341. In de regel acht het Hof direct onderscheid alleen toelaatbaar, wanneer dit verantwoord kan worden aan de hand van *geschreven* rechtvaardigingsgronden.⁴⁹¹ Zoals hoger vermeld werd, zijn in het verdrag geen rechtvaardigingsmogelijkheden voor een onderscheid in de zin van artikel 12 EG-Verdrag voorhanden. Toch lijkt het Hof de mogelijkheid te aanvaarden om bedoeld rechtstreeks onderscheid objectief te verantwoorden.⁴⁹² Nog in de recente artikel 12-zaken, *Data Delecta* en *Hayes*⁴⁹³, nam het Hof de door de verweerder aangevoerde rechtvaardigingsgronden voor direct onderscheid in overweging. In de rechtsleer is erop gewezen dat rechtstreeks onderscheid onder artikel 12 steeds aanleiding zal geven tot een strikte toetsing door het Hof en dat het slechts in hoogst uitzonderlijke gevallen gerechtvaardigd zal blijken.⁴⁹⁴

3. INDIRECT ONDERSCHEID

342. Ook indirect onderscheid op basis van nationaliteit onder artikel 12 EG-Verdrag in beginsel verboden.⁴⁹⁵ In overeenstemming met de overige rechtspraak inzake gelijke behandeling bestaat bij onrechtstreeks onderscheid de mogelijkheid van een objectieve rechtvaardiging. In de artikel 12-zaak *Bickel en Franz* oordeelde het Hof dat een indirect onderscheidend criterium (*in casu* een woonplaatsvereiste) “enkel gerechtvaardigd [zou] kunnen zijn indien het gebaseerd was op objectieve overwegingen die losstaan van de nationaliteit van de betrokken personen en evenredig zijn aan de legitieme doelstellingen van het nationale recht”.⁴⁹⁶

343. Verantwoording van onrechtstreeks onderscheidende maatregelen is dus geoorloofd onder de klassieke voorwaarden: zij moet een legitieme doelstelling dienen (die losstaat van nationaliteit) en zij moet passend en noodzakelijk zijn ter verwezenlijking van het nagestreefde doel.⁴⁹⁷

⁴⁹⁰ *Ibid.*

⁴⁹¹ *Cf. supra* nrs. 248.

⁴⁹² H.v.J. 20 februari 1975, *VandenBroeck*, 37/74, *Jur.* 1975, 235 en H.v.J. 16 oktober 1980, *Hochstrass*, 147/79, *Jur.* 1980, 3005.

⁴⁹³ H.v.J. 26 september 1996, *Data Delecta*, C-43/95, *Jur.* 1996, I-4661 r.o. 17-22 en H.v.J. 20 maart 1993, *Hayes*, C-323/95, *Jur.* 1997, I-1711, r.o. 24.

⁴⁹⁴ P.J.G. KAPTEYN, L.A. GEELHOED, K.J.M. MORTELMANS en C.W.A. TIMMERMAN, *o.c.*, 135 spreken in dit verband van een “tight fit test”.

⁴⁹⁵ Zie H.v.J. 29 oktober 1980, *Boussac*, 22/80, *Jur.* 1980, 3427; H.v.J. 23 januari 1997, *Pastors*, C-29/95, *Jur.* 1997, I-285; H.v.J. 24 november 1998 en *Bickel en Franz*, C-274/96, *Jur.* 1998, I-7637.

⁴⁹⁶ H.v.J. 24 november 1998, *Bickel en Franz*, C-274/96, *Jur.* 1998, I-7637, r.o. 27.

⁴⁹⁷ Bv. H.v.J. 23 januari 1997, *Pastors*, C-29/95, *Jur.* 1997, I-285, r.o. 16-26 en H.v.J. 2 oktober 2003, *Garcia Avello*, C-148/02, *Jur.* 2003, (nog niet gepubliceerd), r.o. 31. Zie ook P.J.G. KAPTEYN, L.A. GEELHOED, K.J.M. MORTELMANS en C.W.A. TIMMERMAN, *o.c.*, 134.

D. Discriminatieverbod artikel 90 EG-Verdrag

1. ALGEMEEN

344. Artikel 90 EG-Verdrag (oud art. 95) luidt als volgt⁴⁹⁸:

“De lidstaten heffen op de producten van de overige lidstaten, al dan niet rechtstreeks, geen hogere binnenlandse belastingen van welke aard ook dan die welke, al dan niet rechtstreeks, op gelijksoortige nationale producten worden geheven.

Bovendien heffen de lidstaten op de producten van de overige lidstaten geen zodanige binnenlandse belastingen, dat daardoor andere producties zijdelings worden beschermd”.

345. Deze bepaling strekt ertoe te verhinderen dat het vrij verkeer van goederen gehinderd wordt door discriminerende *binnenlandse belastingen* (in tegenstelling tot belastingen die geheven worden naar aanleiding van de grensovergang van producten).⁴⁹⁹ Zij verbiedt lidstaten om geïmporteerde goederen te onderwerpen aan hogere binnenlandse belastingen dan degene die op concurrerende inlandse producten geheven worden.⁵⁰⁰ Ware dat wel geoorloofd, dan konden lidstaten ingevoerde goederen met behulp van binnenlandse belastingen in een ongunstige concurrentiepositie plaatsen ten opzichte van producten uit eigen land, om zo de eigen productie te beschermen. Dit zou vanzelfsprekend het vrije handelsverkeer belemmeren en ontmoedigen. Artikel 90 EG-Verdrag is dan ook bij uitstek een antidiscriminatiebepaling die ertoe strekt de marktintegratie te bevorderen. DE BÚRCA schrijft in dit verband: “The principle of equal treatment in this context is clearly being used to enhance free trade between Member States, to prevent traders being dissuaded from importing or selling their goods in other Member States and to prevent them from being disadvantaged even when they are prepared to do so”.⁵⁰¹

2. VERGELIJKBAARHEID

346. De toepassing van artikel 90 EG-Verdrag vereist steeds de doorvoering van een vergelijkbaarheidstoets tussen ingevoerde goederen en producten van eigen bodem.⁵⁰² Wie zich beklagt over een schending van artikel 90 EG-Verdrag moet immers aantonen dat de door hem ingevoerde producten hoger belast worden dan *gelijksoortige of substitueerbare* nationale goederen.⁵⁰³ Kan hij het bestaan van

498 Zie in dit verband R. BARENTS, “Artikel 95 en de Gemeenschappelijke markt”, *S.E.W.* 1983, 438-482; R. BARENTS, “Recent Case Law on the Prohibition of Fiscal Discrimination Under Article 95”, *C.M.L.Rev.* 1986, 641; P. CRAIG en G. DE BÚRCA, *o.c.*, 593-611; A. EASSON, “The Spirits, Wine and Beer Judgements: A Legal Mickey Finn?”, *E.L.Rev.* 1980, 318; J.H. GERARDS, *o.c.*, 227, 266-268 en 280-284 en K. LENAERTS en P. VAN NUFFEL, *o.c.*, 171-173.

499 In dat verband zie de art. 23-25 EG-Verdrag.

500 K. LENAERTS en P. VAN NUFFEL, *o.c.*, 172.

501 G. DE BÚRCA, *l.c.*, 24-25.

502 J.H. GERARDS, *o.c.*, 266 en K. LENAERTS en P. VAN NUFFEL, *o.c.*, 172.

503 Het Hof bepaalde in de zaak *Tarantik* “dat producten als auto’s gelijksoortig zijn in de zin van art. 95 eerste al. van het verdrag [huidig art. 90 EG-Verdrag], wanneer zij zich door hun eigenschappen en door de behoeften waarin zij voorzien, in een concurrentieverhouding bevinden”. Zie H.v.J. 15 juni 1999, *Tarantik*, C-421/97, *Jur.* 1999, I-3633, r.o. 28.

dergelijke concurrerende inlandse productie niet onder bewijs stellen, dan kan hij niet onder artikel 90 aanspraak maken op een gelijke fiscale behandeling. Uit de rechtspraak blijkt dat het Hof in artikel 90-zaken bijzonder vaak tot vergelijkbaarheid besluit.⁵⁰⁴

3. DIRECT ONDERSCHIED

347. Een binnenlandse fiscale maatregel die uitdrukkelijk een onderscheid maakt tussen nationale en ingevoerde producten, om op die laatste een hogere belasting te heffen, is *per se* in strijd met artikel 90 EG-Verdrag.⁵⁰⁵ Dit kan afgeleid worden uit het feit dat (1) het verdrag niet in geschreven rechtvaardigingsgronden voorziet en (2) het Hof de objectieve rechtvaardiging van rechtstreeks onderscheid niet aanvaardt in het kader van artikel 90.⁵⁰⁶

348. Dit betekent dat een lidstaat die beticht wordt van rechtstreeks onderscheid op het vlak van binnenlandse belastingen, alleen aan een veroordeling kan ontsnappen door aan te tonen dat de ingevoerde en nationale producten in relevante opzichten van elkaar verschillen (dat wil zeggen dat zij gelijksoortig noch substitueerbaar zijn).⁵⁰⁷

4. INDIRECT ONDERSCHIED

349. Ook binnenlandse belastingen die *zonder onderscheid* van toepassing zijn op inlandse en ingevoerde producten, kunnen importen bijzonder benadelen. Dergelijke onrechtstreeks onderscheidende fiscale maatregelen vallen volgens een vaste rechtspraak van het Hof ook onder artikel 90 EG-Verdrag. De klassieke uitspraak in dit verband is het arrest *Humblot*.⁵⁰⁸ Die zaak betrof een Franse belastingsmaatregel die voertuigen onder 16 pk progressief en differentieel belaste, terwijl voertuigen boven 16 pk daarenboven aan een zeer hoge vaste belasting onderworpen werden. Hoewel de maatregel duidelijk geen rechtstreeks onderscheid maakte tussen nationale en ingevoerde auto's, bleek zij in feite die laatste te benadelen: in Frankrijk werden immers alleen auto's met een vermogen gelijk aan of lager dan 16 pk geproduceerd, waardoor alleen geïmporteerde voertuigen aan de hoge vaste belasting onderworpen werden.

⁵⁰⁴ J.H. GERARDS, *o.c.*, 267-268 zoekt de verklaring hiervoor in het feit dat een hogere binnenlandse belasting op ingevoerde producten een ernstige verstoring van het intracommunautair handelsverkeer kan teweegbrengen, wat in strijd is met de meest fundamentele beginselen van het gemeenschapsrecht.

⁵⁰⁵ Zie bv. H.v.J. 10 oktober 1978, *Hansen*, 148/77, *Jur.* 1978, 1787, r.o. 17. Zie ook J.H. GERARDS, *o.c.*, 227.

⁵⁰⁶ Zie H.v.J. 8 januari 1980, *Commissie/Italië*, 21/79, *Jur.* 1980, 1, r.o. 15. J.H. GERARDS, *o.c.*, 267.

⁵⁰⁷ Zoals hoger vermeld werd, is het perfect mogelijk een (rechtstreeks) onderscheid "objectief te rechtvaardigen" onder het mom van het aantonen van de onvergelykbaarheid van situaties (*in casu* van producten). Zo kunnen perfect identieke en inwisselbare producten – zoals op synthetische en agrarische wijze geproduceerde alcohol – vanuit een bepaalde beleidsdoelstelling toch als verschillend beschouwd worden. Zie C.W.A. TIMMERMANS, *l.c.*, 441. Zie ook *supra*, nrs. 215-220.

⁵⁰⁸ H.v.J. 9 mei 1985, *Humblot*, 112/84, *Jur.* 1985, 1367.

350. Indirect onderscheid is onder bepaalde door het Hof aangereikte voorwaarden toelaatbaar, meer bepaald wanneer zij berusten op objectieve criteria en

wanneer zij gericht zijn op de verwezenlijking van oogmerken die eveneens met de vereisten van het verdrag en van het afgeleide recht verenigbaar zijn, en wanneer in de uitvoeringsbepalingen iedere rechtstreekse of indirecte discriminatie van importen uit andere lidstaten of iedere vorm van bescherming van concurrerende nationale producties vermeden wordt.⁵⁰⁹

351. Twee eisen worden dus aan de toelaatbaarheid van indirect onderscheid in de zin van artikel 90 EG-Verdrag gesteld⁵¹⁰: (1) dat het een legitieme doelstelling dient en (2) niet-discriminatoir of protectionistisch van aard is. Volgens GERARDS blijkt uit de toepassing van deze voorwaarden door het Hof dat het in de eerste plaats onderzoekt of de bestreden binnenlandse belasting ingegeven was door protectionistische (of discriminatoire) overwegingen.⁵¹¹ Wanneer de zwaarst belaste goederen naar hun aard ingevoerde producten zijn, zal het Hof in de regel tot het bestaan van dergelijke protectionistische bedoeling besluiten. Uit eerdere rechtspraak leek te volgen dat alleen economische doelstellingen aanvaardbaar waren⁵¹², maar ook ecologische en sociale⁵¹³ overwegingen zijn al aanvaard of in overweging genomen.⁵¹⁴

352. Het is opmerkelijk dat in het kader van artikel 90 EG-Verdrag de evenredigheid van een onrechtstreeks onderscheidende maatregel met het nagestreefte doel geen voorwaarde is voor zijn toelaatbaarheid. Het Hof blijkt nooit verder te gaan dan een doeltoets.⁵¹⁵ Dit wijst op een lage toetsingsintensiteit, die mogelijkерwijze samenhangt met het feit dat het Hof zich niet te ver wil innemen in het gevoelige terrein van de fiscale soevereiniteit van de lidstaten.⁵¹⁶ TIMMERMANS is van oordeel dat ook in de context van artikel 90 een noodzakelijkheidstoets op zijn plaats is.⁵¹⁷

§ 4. Werkingssfeer

A. Algemeen

353. Artikel 12 EG-Verdrag bepaalt dat het gelijkheidsbeginsel geldt binnen de werkingssfeer van het verdrag. De precieze omvang kan worden aangegeven aan

509 H.v.J. 2 april 1998, *Outokumpu Oy*, C-213/96, *Jur.* 1998, I-1777, r.o. 20.

510 Behalve de vanzelfsprekende eis van het objectieve karakter van het onderscheid (*ibid*). Zie ook P. CRAIG en G. DE BURCA, *o.c.*, 598.

511 Zie J.H. GERARDS, *o.c.*, 281-285.

512 H.v.J. 2 april 1998, *Outokumpu Oy*, C-213/96, *Jur.* 1998, I-1777, r.o. 31-33.

513 H.v.J. 5 april 1990, *Commissie/Griekenland*, 132/88, *Jur.* 1990, I-1567.

514 Zie P. CRAIG en G. DE BURCA, *o.c.*, 598. Vgl. J.H. GERARDS, *o.c.*, 284.

515 In de woorden van C.W.A. TIMMERMANS, *l.c.*, 438: “De rechtvaardigingstoets beperkt zich hier, anders dan in het Ierse soevenirsarrest, tot de gerechtvaardigdheid van de doelstellingen en gaat niet in op de vraag of de fiscale differentiatie op zichzelf voor dat doel noodzakelijk kon worden geacht”.

516 GERARDS spreekt in dit verband van het beginsel van subsidiariteit als toetsingsintensiteit-verlagend element. Zie J.H. GERARDS, *o.c.*, 336-337.

517 *Ibid*.

de hand van een aantal vragen: Is het verbod van nationaliteitsdiscriminatie van toepassing op onderdanen van derde landen en op zuiver interne relaties? Welke categorieën (van niet-uitgesloten) burgers kunnen zich er op beroepen, en tegen wat voor soort regels? En ten slotte: geldt het alleen in de (verticale) relaties tussen lidstaten en de Gemeenschap enerzijds en de gemeenschapsburgers anderzijds, of kan het ook ingeroepen worden tegen particulieren?

B. Onbeschermde categorieën

1. ONDERDANEN DERDELANDEN

354. Onderdanen van derdelanden kunnen aan het communautaire recht op gelijke behandeling ongeacht nationale afkomst geen rechten ontfen.⁵¹⁸ Dit is niet onlogisch: het verbod van nationaliteitsdiscriminatie is immers niet in de eerste plaats vanuit een mensenrechtelijke bekommernis in het EG-Verdrag opgenomen, maar vanuit de (beperkte) doelstelling om een geïntegreerde Europese markt tot stand te brengen.⁵¹⁹ Hoewel een andere interpretatie tekstueel mogelijk was, hebben het Europees Hof van Justitie en de Europese wetgever de artikelen 12 en 39 EG-Verdrag consequent zo geïnterpreteerd dat deze alleen aan onderdanen van lidstaten of Unieburgers ten goede komen.⁵²⁰ Een voorbeeld hiervan treffen we aan in artikel 1 lid 1 van Verordening 1612/68 (die uitvoering geeft aan het recht op gelijke behandeling van werknemers uit art. 39), waarin staat te lezen dat de enige begunstigde van het recht op gelijke behandeling zoals uitgewerkt in de verordening “iedere onderdaan van een lidstaat” is. Ook de verdragsbepalingen inzake het burgerschap van de Unie⁵²¹ kennen alleen rechten toe aan onderdanen van lidstaten, en versterken, aldus MORE, de kloof in rechtsbescherming tussen onderdanen van lidstaten en derdelanders.⁵²²

355. Burgers van niet-Unielanden kunnen wél aanspraak maken op gelijke behandeling als zij *echtgenoot* of *familielid* zijn van een werknemer die onderdaan is van een lidstaat en die op het grondgebied van een andere lidstaat is tewerkgesteld.⁵²³ Bedoelde derdelanders hebben krachtens artikel 10 lid 1 van Verordening 1612/68

518 Zie in dit verband bv. M. BELL, *o.c.*, 37-38; G. DE BÚRCA, *l.c.*, 17; G. MORE, *l.c.*, 527-528 en S. PEERS, “Towards Equality: Actual and Potential Rights of Third Country Nationals in the European Union”, *C.M.L.Rev.* 1996, 7-50.

519 Dit neemt niet weg dat er sterke argumenten bestaan voor de stelling dat de opstellers van het verdrag wilden dat het vrij verkeer zou gelden voor *alle* werknemers, ook degenen afkomstig uit derdelanden. Zie A. EVANS, “Third Country Nationals and the Treaty of the European Union”, *European Journal of International Law* 1994, 200 e.v.

520 M. BELL, *o.c.*, 37 en G. DE BÚRCA, *l.c.*, 17.

521 Art. 17-22 EG-Verdrag.

522 G. MORE, *l.c.*, 528.

523 Art. 10 lid 1 van Verordening 1612/68 kent aan migrerende werknemers die onderdaan zijn van een lidstaat het recht toe op hereniging met hun echtgenoot, en met descendenten van onder 21 jaar oud, afhankelijke descendenten of ascendenten, telkens van de werknemer zelf of van zijn echtgenoot. Zie *ibid.*, 527 en 538.

recht om zich te vestigen in de lidstaat waarin hun echtgenoot, danwel familielid werkzaam is.⁵²⁴

2. EIGEN ONDERDANEN (OMGEKEERDE DISCRIMINATIE)

356. Eigen onderdanen van een lidstaat die minder gunstig behandeld worden dan vreemde Unieburgers kunnen zich hier niet tegen verzetten via het communautaire gelijkheidsbeginsel.⁵²⁵ “Omgekeerde discriminatie” (discriminatie ten koste van de eigen onderdanen) is naar Europees recht, in beginsel, geoorloofd.⁵²⁶ De Gemeenschap is immers niet bevoegd voor “zuiver interne situaties van een lidstaat” en kan het gelijkheidsbeginsel alleen waarborgen in situaties die een element van grensoverschrijdend verkeer in zich hebben.⁵²⁷

357. Omgekeerde discriminatie is echter niet in alle omstandigheden geoorloofd, zo beleeft uit de zaak *Knoors*.⁵²⁸ De Nederlander Knoors had in België het beroep van loodgieter geleerd en had daar verschillende jaren zijn vak uitgeoefend. Vervolgens wilde hij zich in Nederland vestigen en verzocht de Nederlandse overheid hem hiertoe een vergunning te verschaffen. Knoors meende dat een richtlijn (Richtlijn 64/427) hem het recht verschafte op erkenning van zijn in België verworven vakbekwaamheid.⁵²⁹ De Nederlandse overheid weigerde echter hem een vergunning toe te kennen, omdat hij *als Nederlander* aan de bedoelde richtlijn geen rechten zou kunnen ontleen. Was hij een *vreemde gemeenschapsburger* geweest, dan had hij zijn rechten onder de richtlijn wel kunnen hardmaken, aldus de Nederlandse overheid.

358. Het Hof wees deze redenering af. Het oordeelde dat een lidstaat niet gerechtigd is zijn strengere vergunningsregels toe te passen op een eigen onderdaan die gebruik gemaakt heeft van zijn verdragsrechten op vrij (economisch) verkeer.⁵³⁰ In dergelijke situatie moeten nationale onderdanen dezelfde rechten krijgen als andere migrerende Unieburgers, en nemen de Europese regels (*in casu* de Richtlijn 64/427) hun volle werking. In de woorden van het Hof: Weliswaar kunnen de verdragsbepalingen op het gebied van de vestiging en de dienstverlening niet worden toegepast op zuiver interne situaties van een lidstaat, doch dit neemt niet weg dat de verwijzing in art. 52 EG-Verdrag naar onderdanen van een lidstaat die zich op het grondgebied van een

524 In hoofde van de derdelanders gaat het om een zuiver afgeleid recht. Wat de echtgenoot van de migrerende werknemer betreft, geldt dat deze zijn vestigingsrecht (en dus ook zijn recht op gelijke behandeling) verliest zodra de echtelijke banden verbroken worden.

525 Zie H.v.J. 27 oktober 1982, *Morsen en Jhajan*, 36/82, *Jur.* 1982, 3723, r.o. 15 en H.v.J. 28 maart 1979, *Saunders*, 175/78, *Jur.* 1979, 1129, r.o. 10. Zie bv. P.J.G. KAPTEYN, L.A. GEELHOED, K.J.M. MORTELMANS en C.W.A. TIMMERMANS, *o.c.*, 135.

526 Het is lidstaten dan ook toegestaan om nationale producten te onderwerpen aan *hogere binnenlandse belastingen* dan uit andere lidstaten geïmporteerde goederen. Zie H.v.J. 13 maart 1979, *Peureux*, 86/78, *Jur.* 1979, 897.

527 Zie H.v.J. 27 oktober 1982, *Morson en Jhanjian*, 36/82, *Jur.* 1982, 3723. Zie ook M. BELL, *o.c.*, 37 en K. LENAERTS, “Gelijkheid en non-discriminatie in het Europees Gemeenschapsrecht”, *l.c.*, 62.

528 H.v.J. 7 februari 1979, *Knoors*, 115/78, *Jur.* 1979, 399.

529 Meer bepaald Richtlijn 64/427 van de Raad van 7 juli 1964, *PB.* 1964, 1863.

530 G. MORE, *l.c.*, 528.

andere lidstaat wensen te vestigen niet aldus mag worden uitgelegd dat eigen onderdanen van een bepaalde lidstaat van het genot van het gemeenschapsrecht worden uitgesloten wanneer zij zich, doordat zij rechtmatig op het grondgebied van een andere lidstaat hebben verbleven en daar een vakbekwaamheid hebben verworven die door het gemeenschapsrecht wordt erkend, ten opzichte van hun staat van herkomst in een overeenkomstige positie bevinden als alle andere personen die de door het verdrag verzekerde rechten en vrijheden genieten.⁵³¹

C. Beschermde categorieën

1. ALGEMEEN

359. De status van onderdaan van een lidstaat die migreert naar een andere lidstaat is een noodzakelijke, maar geen voldoende voorwaarde voor de toepasselijkheid van het communautaire verbod van nationaliteitsdiscriminatie. Vooraleer een gemeenschapsburger aanspraak kan maken op gelijke behandeling moet hij zich bovendien in een situatie bevinden die binnen de “werkingssfeer” van het verdrag valt.⁵³² Het begrip “werkingssfeer” heeft door de jaren heen een steeds ruimere inhoud gekregen, waardoor vandaag de meest uiteenlopende categorieën migrerende burgers (en niet alleen “marktdeelnemers” zoals aanvankelijk het geval was) zich op het discriminatieverbod kunnen beroepen wanneer zij in een gastlidstaat geconfronteerd worden met een maatregel die hen ongunstig behandelt op basis van nationaliteit. In wat volgt worden de begunstigden van het gelijkheidsbeginsel ingedeeld in drie categorieën: klassieke marktdeelnemers, perifere marktdeelnemers en niet-actieven.⁵³³

2. MARKTDEELNEMERS

360. Onderdanen van lidstaten die beschermd worden door een van de specifieke vrijverkeergeboden⁵³⁴ (migrerende werknemers, zelfstandig gevestigden en verstrekkers (of ontvangers) van diensten) maken de kerngroep uit van personen die beschermd worden door het verbod van nationaliteitsdiscriminatie. Hun recht op gelijke behandeling is door het Hof bijzonder ruim uitgelegd, en reikt veel verder dan een louter recht op gelijke toegang tot de markten van vreemde lidstaten.⁵³⁵

361. Gemeenschapsburgers die behoren tot de groep klassieke marktdeelnemers, kunnen elke nationale maatregel die onderdanen van vreemde lidstaten ongunstig behandelt aanvechten. Dergelijke nationale maatregelen hoeven niet rechtstreeks in verband te staan met het vermogen van de klager om in de gastlidstaat als werk-

531 Zie H.v.J. 7 februari 1979, *Knoors*, 115/78, *Jur.* 1979, 399. r.o. 24. Zie ook H.v.J. 7 juli 1992, *Singh*, C-370/90, *Jur.* 1992, I-4265.

532 Zie art. 12 EG-Verdrag.

533 Deze indeling is ontleend aan G. MORE, *l.c.*, 540.

534 P.J.G. KAPTEYN, L.A. GEELHOED, K.J.M. MORTELMANS en C.W.A. TIMMERMANS, *o.c.*, 133.

535 G. MORE, *l.c.*, 536.

nemer, zelfstandige of tijdelijke dienstenverstrekker (of -ontvanger) actief te zijn.⁵³⁶ Het is voldoende dat een bestreden maatregel *onrechtstreeks* een ongunstige invloed uitoefent op de “daadwerkelijke realisering van de vrijheden”.⁵³⁷ Zo komt het dat ook discriminerende maatregelen die “nog nauwelijks in verband staan met het marktgebeuren” strijdig bevonden kunnen worden met het gelijkheidsbeginsel.⁵³⁸

362. Bovendien geldt dat nationale maatregelen binnen de werkingssfeer van het gelijkheidsbeginsel kunnen vallen, ongeacht het rechtsgebied waartoe zij behoren.⁵³⁹ Ook nationale regelen die gerekend kunnen worden tot een beleidsdomein waarvoor alleen de lidstaten bevoegd zijn, kunnen op grond van het communautaire gelijkheidsbeginsel aangevochten en onwettig verklaard worden.⁵⁴⁰ Lidstaten zijn dus verplicht bij de uitoefening van hun bevoegdheden steeds rekening te houden met de grenzen die hieraan gesteld worden door het communautaire verbod van nationaliteitsdiscriminatie.⁵⁴¹

363. Een illustratie van deze jurisprudentiële beginselen is de zaak *Mutsch*.⁵⁴² Mutsch was een Duitssprekende Luxemburger die in een Duitstalige Belgische gemeente in loondienst werkte, en daar verwikkeld geraakte in een strafprocedure voor de Correctionele Rechtbank van Verviers. Ten tijde van de rechtzaak was in België een wet van kracht die Belgen woonachtig in een Duitstalige gemeente het recht op een procedure in het Duits toekende. Mutsch verzocht, met inroeping van diezelfde wet, om een behandeling van zijn strafzaak in het Duits. De Strafrechter uit Verviers stelde daarop een prejudiciële vraag over de verenigbaarheid van de bewuste Belgische wet – en meer bepaald van het vereiste dat degene die zich op haar beroept de Belgische nationaliteit moet bezitten – en het recht op gelijke behandeling van migrerende werknemers, zoals vervat in Verordening 1612/68.

364. In antwoord op die vraag, oordeelde het Hof dat het recht om een proces in de eigen taal te mogen voeren een “sociaal voordeel” is in de zin van artikel 7 lid 2 van Verordening 1612/68, en daarom in gelijke mate toekomt aan werknemers die onderdaan zijn van een vreemde lidstaat als aan eigen onderdanen. Het Hof verantwoordde deze beslissing als volgt:

⁵³⁶ Hij heeft m.a.w. niet alleen het recht om niet gehinderd te worden bij de toegang tot vreemde markten, maar ook het recht op een gelijke toegang tot elke door de overheid verstrekte gunst of dienst die de toegang tot de markt van een andere lidstaat makkelijker of zelfs maar aangenamer maakt. Zodoende wordt hij niet behandeld als een zuivere “marktburger”, maar eerder als een “gemeenschapsburger”. Zie *ibid.* In de woorden van K. LENAERTS, “Gelijkheid en non-discriminatie in het Europees Gemeenschapsrecht”, *I.c.*, 71: “Uit [de jurisprudentie van het Hof] blijkt [...] dat het beginsel van non-discriminatie op grond van nationaliteit – zelfs wanneer dit beperkt blijft tot de werking van de economische vrijheden – gewaarborgd door het EEG-Verdrag tot een bescherming van de gemeenschapsburger als dusdanig leidt”.

⁵³⁷ P.J.G. KAPTEYN, L.A. GEELHOED, K.J.M. MORTELMANS en C.W.A. TIMMERMANS, *o.c.*, *ibid.*, 132.

⁵³⁸ K. LENAERTS, “Gelijkheid en non-discriminatie in het Europees Gemeenschapsrecht”, *I.c.*, 68.

⁵³⁹ P.J.G. KAPTEYN, L.A. GEELHOED, K.J.M. MORTELMANS en C.W.A. TIMMERMANS, *I.c.*, 132.

⁵⁴⁰ K. LENAERTS en P. VAN NUFFEL, *o.c.*, 146.

⁵⁴¹ *Ibid.*

⁵⁴² H.v.J. 11 juli 1985, *Mutsch*, 137/84, *Jur.* 1985, 2681.

[H]et recht om onder dezelfde voorwaarden als nationale werknemers zijn eigen taal te gebruiken voor de rechten van de lidstaat van woonplaats, draagt in aanzienlijk mate bij tot de integratie van migrerende werknemers en zijn gezin in het land van ontvangst en derhalve tot de verwezenlijking van de doelstelling van het vrij verkeer van werknemers.⁵⁴³

365. Hoewel er (1) geen rechtstreeks verband bestaat tussen het recht om een strafprocedure in de eigen taal te mogen voeren en het vrij verkeer van werknemers (wel een onrechtstreeks verband, meer bepaald de bijdrage die dat recht levert tot de integratie van de werknemers in de gastlidstaat), en hoewel (2) het regelen van de (taal van de) strafprocedure behoort tot de exclusieve bevoegdheden van de lidstaten, vallen de feiten van de zaak *Mutsch* volgens het Hof binnen de werkingssfeer van het verbod van nationaliteitsdiscriminatie.⁵⁴⁴

366. Dat lidstaten verplicht zijn om alle voordelen die zij aan hun eigen onderdanen toekennen, open te stellen voor marktdeelnemers uit andere lidstaten – hoe onrechtstreeks die voordelen ook mogen bijdragen tot het vrij verkeer van werknemers, van vestiging of van diensten – wordt verder geïllustreerd door de zaak *Commissie/Frankrijk* van 6 maart 1996.⁵⁴⁵ Daarin werd een Franse regelgeving die de registratie van plezierboten reserveerde voor Franse onderdanen in strijd verklaard met het vrij verkeer van personen (in loondienst of als zelfstandige). Dat vrije verkeer impliceert volgens het Hof namelijk een recht op gelijke behandeling inzake de toegang tot de in een lidstaat aanwezige vrijetijds mogelijkheden. Het feit dat (1) de regeling van vrijetijds mogelijkheden een nationaal prerogatief is, en het feit dat (2) dergelijke regeling slechts zeer onrechtstreeks verband houdt met het vrij verkeer, weerhield het Hof er eens te meer niet van om te besluiten tot de toepasselijkheid van het gelijkheidsbeginsel. Wat telt is dat de Franse maatregel, gesteld dat hij op gelijke voet van toepassing was op Fransen en migrerende werknemers (of zelfstandigen), zou kunnen bijdragen tot de integratie van laatstgenoemden, en bijgevolg het vrij verkeer zou bevorderen of vergemakkelijken. Haar invloed op het vrij economisch verkeer brengt de nationale regeling onder het toepassingsgebied van het gelijkheidsbeginsel. Of de materie die de maatregel regelt tot de bevoegdheidssfeer van de Gemeenschap hoort, is van geen tel.⁵⁴⁶

⁵⁴³ *Ibid.*, r.o. 16.

⁵⁴⁴ K. LENAERTS, “Gelijkheid en non-discriminatie in het Europees Gemeenschapsrecht”, *l.c.*, 71 merkt op dat als Mutsch geen migrerend werknemer was geweest, maar een Luxemburgs toerist in het Duitstalige gebied van België, en hij daar strafrechtelijk vervolgd werd, hij (in het licht van de *Cowan*-rechtspraak, zie *infra* nrs. 370-371) eveneens aanspraak zou kunnen maken op een behandeling van zijn zaak in het Duits. Hiermee kondigt deze auteur het veel latere arrest *Bickel en Franz* aan. *Cf. infra* nrs. 387-382.

⁵⁴⁵ H.v.J. 7 maart 1996, *Commissie/Frankrijk*, C-334/94, *Jur.* 1996, I-1307, r.o. 21-23. Zie ook K. LENAERTS en P. VAN NUFFEL, *o.c.*, 201-202.

⁵⁴⁶ In die zin zie overweging 17 van de Conclusie van Adv. Gen. JACOBS bij *Bickel en Franz* (H.v.J. 24 november 1998, *Bickel en Franz*, C-274/96, *Jur.* 1998, I-7637).

3. PERIFERE MARKTDEELNEMERS

367. Het Hof (en de communautaire wetgever) hebben het recht op gelijke behandeling uitgebreid tot categorieën personen die niet tot de kerngroep van klassieke marktdeelnemers behoren. Hierbij moet in de eerste plaats gedacht worden aan studenten en toeristen.⁵⁴⁷ Dergelijke perifere marktdeelnemers kunnen zich alleen op het communautaire gelijkheidsbeginsel beroepen als zij kunnen aantonen een zekere band te hebben met het intracommunautair verkeer.⁵⁴⁸

a. Studenten

368. De Gemeenschap heeft geen uitdrukkelijke verdragsbevoegdheid voor de totstandbrenging van vrij verkeer van studenten. Evenmin staat in het verdrag een uitdrukkelijk verbod van nationaliteitsdiscriminatie ten aanzien van studenten die onderdaan zijn van een vreemde lidstaat. Toch heeft het Hof in zijn arrest *Gravier* dergelijk (zij het beperkt) verbod in het verdrag gelezen.⁵⁴⁹ Het deed dit door artikel 12 EG-Verdrag (oud art. 6) samen te lezen met artikel 150 EG-Verdrag (oud art. 128). Laatstgenoemde bepaling verleent de Gemeenschap de bevoegdheid om (niet-bindende) beleidsondersteunende maatregelen te treffen op het gebied van “beroepsopleidingen”. Het Hof verwees naar deze zachte en ten tijde van de feiten nog niet door de Gemeenschap uitgeoefende verdragsbevoegdheid om de werkingssfeer van het gelijkheidsbeginsel uit te breiden tot de migrerende studenten.⁵⁵⁰

369. Het vermelde arrest *Gravier* verleent migrerende EG-studenten geen *algemeen* recht op gelijke behandeling: dat recht komt hen alleen toe wat betreft de *toegangsvoorwaarden voor beroepsopleidingen*. Lidstaten mogen met andere woorden geen belemmerende toegangseisen stellen aan vreemde gemeenschapsonderdanen die zij niet stellen aan eigen onderdanen. Zo oordeelde het Hof dat gelijke behandeling verplicht is op het gebied van zaken als inschrijvingskosten⁵⁵¹ en steun voor de betaling van schoolgelden.⁵⁵² Migrerende studenten kunnen daarentegen aan hun status van student geen recht op gelijke behandeling ontleen met betrekking tot steun die de algemene onkosten van “levensonderhoud en opleiding” (of de persoonlijke studiekost) dekt.⁵⁵³ Het Unieburgerschap, dat toelaat studenten rechten toe te

547 MORE verwijst ook naar familieleden van migrerende werknemers, werkzoekenden en deeltijdwerkers. Zie G. MORE, *o.c.*, 540. Wat betreft de communautaire rechten van werkzoekenden, zie K. LENAERTS en P. VAN NUFFEL, *o.c.*, 191.

548 Zie P. CRAIG en G. DE BÚRCA, *o.c.*, 758.

549 H.v.J. 13 februari 1985, *Gravier*, 293/83, *Jur.* 1985, 593. Voor een bespreking zie bv. B.J. DRIJBER, “Gelijke behandeling van studenten uit de EEG – zijn er nog grenzen?”, *N.J.B.* 1988, 1635.

550 Zie P.J.G. KAPTEYN, L.A. GEELHOED, K.J.M. MORTELMANS en C.W.A. TIMMERMANS, *o.c.*, 133, K. LENAERTS, “Gelijkheid en non-discriminatie in het Europees Gemeenschapsrecht”, *I.c.*, 73 en K. LENAERTS en P. VAN NUFFEL, *o.c.*, 146.

551 Zie behalve de zaak *Gravier* ook H.v.J. 2 februari 1988, *Barra*, 309/85, *Jur.* 1988, 355.

552 H.v.J. 21 juni 1988, *Lair*, 89/86, *Jur.* 1988, 3161.

553 Zie H.v.J. 21 juni 1988, *Brown*, 197/86, *Jur.* 1988, 3205 en H.v.J. 21 juni 1988, *Lair*, 89/86, *Jur.* 1988, 316. Zie ook K. LENAERTS, “Gelijkheid en non-discriminatie in het Europees Gemeenschapsrecht”, *I.c.*, 72, vn. 94. De onwil van het Hof om de werkingssfeer van art. 12 EG-Verdrag uit te breiden tot studentenbeurzen of vergelijkbare sociale voorzieningen is volgens S. DOUGLAS SCOTT, *o.c.*, 512 door twee overwegingen ingegeven: ten eerste door de “zachte”

kennen in hun hoedanigheid van Unieburger, bracht hierin vernadering (*cf. infra* nr. 383).⁵⁵⁴

b. Toeristen

370. Een andere groep personen die zich dankzij de rechtspraak van het Hof op het gelijkheidsbeginsel kan beroepen, zijn gemeenschapsburgers die als toerist in een andere lidstaat verblijven.⁵⁵⁵ Het Hof oordeelde in de zaak *Cowan* dat een gemeenschapsburger die gebruik maakt van zijn recht om zich als ontvanger van diensten naar een vreemde lidstaat te begeven⁵⁵⁶, binnen de “werkingssfeer van het verdrag” valt in de zin van artikel 12.⁵⁵⁷ Dit geldt niet alleen voor burgers die zich naar een vreemde lidstaat verplaatsen om er een welbepaalde dienst te ontvangen, maar ook voor “potentiële ontvangers van nog niet nader omschreven diensten”.⁵⁵⁸

371. Het feit dat een Britse toerist die in Parijs overvallen werd, geen toegang kreeg tot een Frans overheidsfonds voor slachtoffers van geweldsmisdrijven, met als enige reden dat hij niet de Franse nationaliteit of een verblijfsvergunning bezat, maakte dan ook volgens het Hof een schending van artikel 12 EG-Verdrag (*juncto* art. 49 EG-Verdrag) uit.⁵⁵⁹ LENAERTS schrijft dat dit oordeel “in feite [leidt] tot een veralgemeend recht van de gemeenschapsburger op gelijke behandeling in andere lidstaten, voor zover hij/zij aannemelijk maakt in die lidstaat diensten te zullen ontvangen en verder dat het voordeel waarvoor gelijke behandeling wordt opgeëist in verband staat met het ontvangen van diensten”.⁵⁶⁰

372. Na *Cowan* was het voor wie zich wilde beroepen op het communautaire verbod van nationaliteitsdiscriminatie niet meer nodig enige betrokkenheid bij economische activiteiten als werknemer of dienstenverstrekker aan te tonen, noch om de hoedanigheid van student onder bewijs te stellen. Volgens Advocaat-generaal JACOBS kan uit *Cowan* zelfs afgeleid worden dat de loutere grensovergang van een lidstaat naar een andere, een gemeenschapsburger binnen de werkingssfeer van het verdrag plaatst.

→ bevoegdheidsbasis die aan het gelijkheidsbeginsel voor studenten ten grondslag ligt (art. 150 *juncto* art. 12 EG-Verdrag), en *ten tweede* door het besef dat een gemeenschapswijd recht voor studenten die onderdaan zijn van een op “voor levensonderhoud en opleiding toegekende toelagen” de lidstaten voor ernstige budgettaire problemen zou stellen.

554 P. CRAIG en G. DE BÚRCA, *o.c.*, 749 en 758-759.

555 Zie i.v.m. het vrij verkeer van toeristen M. VAN DER WOUDE en P. MEAD, “Free Movement of the Tourist in Community Law”, *C.M.L.Rev.* 1988, 117 e.v.

556 Beschermd door art. 49 EG-Verdrag.

557 K. LENAERTS, “Gelijkheid en non-discriminatie in het Europees Gemeenschapsrecht”, *l.c.*, 70.

558 *Ibid.*, 70. In dezelfde zin Adv. Gen. LA PERGOLA in de zaak *Martinez Sala* (H.v.J. 13 mei 1998, *Martinez Sala*, C-85/96, *Jur.* 1998, I-2691).

559 Art. 49 EG-Verdrag inzake het vrij verrichten en ontvangen van diensten is dus niet zelf geschorren. Het brengt alleen de ontvangers van diensten “binnen de werkingssfeer van het verdrag” in de zin van art. 12 EG-Verdrag. Zie P.J.G. KAPTEYN, L.A. GEELHOED, K.J.M. MORTELMANS en C.W.A. TIMMERMANS, *o.c.*, 134-135.

560 K. LENAERTS, “Gelijkheid en non-discriminatie in het Europees Gemeenschapsrecht”, *l.c.*, 70. In dezelfde zin G. MORE, *l.c.*, 538. De tijdsperiode waarin een migrerende EU-burger als toerist of ontvanger van diensten aangemerkt kan worden is niet onbeperkt. Dit blijkt uit H.v.J. 17 juni 1997, *Sodemare SA and others*, C-70/95, *Jur.* 1997, I-3395.

In *Cowan* the only connection with Community law was that the facts occurred while Mr. Cowan was in France as a recipient of services. By holding that that was sufficient to trigger the prohibition of discrimination the Court effectively brought any person exercising his right to enter another Member State within the protection offered by article 6 (10).⁵⁶¹

4. NIET-ACTIEVE UNIEBURGERS

a. Algemeen

373. Een categorie personen die traditioneel geen beroep op het verbod van nationaliteitsdiscriminatie kon doen, is de groep van economisch niet-actieve Unie-burgers. Zij die niet gelden als een “klassieke” of “perifere” marktdeelnemer, vielen aanvankelijk buiten de werkingssfeer van het gelijkheidsbeginsel. Hierin is verandering gekomen dankzij de nieuwe verdragsbepalingen inzake het burgerschap van de Unie⁵⁶² en de wijze waarop deze in de rechtspraak van het Hof inzake artikel 12 EG-Verdrag geïntegreerd zijn.⁵⁶³ Het Hof kwam tot deze jurisprudentie langs een aantal opmerkelijke mijlpaalarresten.

b. Zaak *Martinez Sala*

374. Het eerste arrest waarin het Hof de toepasselijkheid van het gelijkheidsbeginsel uit artikel 12 EG-Verdrag vastknoopt aan het Unieburgerschap, in plaats van aan het statuut van deelnemer aan het grensoverschrijdend economisch verkeer, is de zaak *Martinez Sala*.⁵⁶⁴ Martinez Sala was een Spaanse vrouw die sinds 1968 in Duitsland leefde. In 1993, op een ogenblik waarop zij geen werk of verblijfsvergunning had, verzocht de net moeder geworden Sala de Beierse overheid om de toekenning van een ouderschapsuitkering. De bevoegde instanties wezen dat verzoek af omdat Sala niet de Duitse nationaliteit bezat, noch een verblijfsvergunning kon voorleggen. De Spaanse stapte naar een lokale rechter en vocht de weigeringsbeslissing aan op grond van het discriminatieverbod uit artikel 12. De Duitse rechtbank stelde hierover een prejudiciële vraag aan het Europees Hof van Justitie. Een van de vragen die aan het Hof werden voorgelegd, was of Sala krachtens artikel 12 aanspraak kon maken op gelijke behandeling met betrekking tot de door haar gewenste

561 Opinie van Adv. Gen. JACOBS bij *Bickel en Franz* (H.v.J. 24 november 1998, *Bickel en Franz*, C-274/96, *Jur.* 1998, I-7637).

562 Zie de art. 17-22 EG-Verdrag. Voor een bespreking zie P. CRAIG en G. DE BÚRCA, *o.c.* 755-762.

563 Zie bv. S. O' LEARY, “Putting Flesh on the Bones of European Union Citizenship”, *E.L.Rev.* 1999, 68 en H. TONER, “Judicial Interpretation of European Union Citizenship – Consolidation or Transformation”, *Maastricht Journal of European and Comparative Law* 2000, 158.

564 H.v.J. 13 mei 1998, *Martinez Sala*, C-85/96, *Jur.* 1998, I-2691. Zie annotatie S. O'LEARY, *E.L.Rev.* 1999, 68-79. Over het vernieuwende karakter van dit arrest schrijft M. MAHLMANN, *l.c.*, 49: “Erst in letzter Zeit gibt es in Entscheidungen wie Martinez Sala oder Bickel und Franz Ansätze, eine Anwendungsdimension zu eröffnen, die nicht nur an die grenzüberschreitende Marktaktivitäten des Bürgers sondern an die Unionsbürgerschaft direkt zur Begründung des persönlichen Anwendungsbereichs von Art. 12 EGV anknüpft”. Zie M. MAHLMANN, *l.c.*, 49.

ouderschapsuitkering. Daartoe moest eerst een antwoord gegeven worden op de vraag of Sala's situatie binnen de (1) personele en (2) materiële werkingssfeer van het verdrag viel.

Als onderdaan van een lidstaat die legaal op het grondgebied van een andere lidstaat verblijft, valt verzoekster in het hoofdgeding binnen de personele werkingssfeer van de bepalingen van het verdrag inzake het burgerschap van de Unie.

Artikel 8 lid 2 van het verdrag [huidig art. 17 lid 2 EG-Verdrag] verbindt aan de status van burger van de Unie de in het verdrag neergelegde rechten en plichten, waaronder het in artikel 6 [huidig art. 12] van het verdrag neergelegde recht niet te worden gediscrimineerd op grond van geslacht.

Derhalve kan een burger van de Europese Unie die, zoals verzoekster in het hoofdgeding, legaal op het grondgebied van de ontvangstlidstaat verblijft, zich op artikel 6 [huidig art. 12] van het verdrag beroepen in alle binnen de materiële werkingssfeer van het gemeenschapsrecht vallende situaties.⁵⁶⁵

375. Van groot belang is dat het Hof de feitelijke situatie van Sala onder de *personele werkingssfeer* van het verdrag plaatst, terwijl de Spaanse geen enkele grensoverschrijdende economische activiteit aan de dag gelegd heeft.⁵⁶⁶ Het enkele feit dat zij onderdaan is van één lidstaat, en “wettig” verblijft in een andere⁵⁶⁷, brengt haar binnen de werkingssfeer van de verdragsbepalingen inzake het burgerschap van de Unie. Onder de rechten die zij als Unieburger ontleent aan artikel 17 lid 2 EG-Verdrag bevindt zich het recht om niet op basis van nationaliteit gediscrimineerd te worden *binnen de materiële werkingssfeer van het verdrag* (art. 12 EG-Verdrag).⁵⁶⁸

⁵⁶⁵ H.v.J. 13 mei 1998, *Martinez Sala*, C-85/96, *Jur.* 1998, I-2691, r.o. 61.

⁵⁶⁶ Volgens JACOBS is het niet langer nodig om een verband te leggen met het intracommunautair handelsverkeer. Zie overweging 26 van de Conclusie van Adv. Gen. JACOBS bij *Bickel en Franz* (H.v.J. 24 november 1998, *Bickel en Franz*, C-274/96, *Jur.* 1998, I-7637). P. CRAIG en G. DE BURCA o.c., 758, schrijven in dezelfde zin: “The ECJ applied the general principle of non-discrimination on grounds of nationality to Sala, and did so on the ground of citizenship [onze cursivering]. The ECJ was therefore willing to ‘explode the linkages’ which had previously been required in order for the principle of non-discrimination to apply. It was not necessary for there to be involvement in an economic activity as a worker, or service provider, nor was it necessary to show preparation for a future economic activity as a student”. Zie in dezelfde zin P.J.G. KAPTEYN, L.A. GEELHOED, K.J.M. MORTELMANS en C.W.A. TIMMERMANS, o.c., 79. G. MORE, l.c., 580 legt dan weer de klemtoon op de door het Hof gestelde voorwaarde van wettig verblijf: “The ‘ground-breaker’ in terms of non-market activity has been the ECJ’s judgment in *Martinez-Sala*, where lawful residence has now become a sufficient prerequisite to claim the right to equal treatment in Community Law”.

⁵⁶⁷ Niet elk verblijf in een andere lidstaat komt dus in aanmerking om een Unieburger in de personele werkingssfeer van de bepalingen van het verdrag inzake het burgerschap van de Unie te loodsen. Een Unieburger die in een gastlidstaat verblijft zonder te voldoen aan de voorwaarden uit een van de drie Verbljfsrichtlijnen (Richtlijnen 90/364/EEG, 90365/EEG, 93/96/EEG) of aan mildere nationale migratiewetgeving, “verblijft onwettig” en valt niet binnen de personele werkingssfeer van het verdrag. Hij zal dus evenmin beschermd worden door het gelijkheidsbeginsel onder art. 12 EG-Verdrag. Zie G. MORE, l.c., 537 en 540.

⁵⁶⁸ K. LENAERTS en P. VAN NUFFEL, o.c., 495. JACOBS wijst er op dat het recht op gelijke behandeling van art. 12 EG-Verdrag een cruciaal element is van het burgerschap van de Unie: “Vrijwaring van discriminatie op grond van nationaliteit is het meest fundamentele recht dat het verdrag verleent en moet worden beschouwd als een basiselement van het burgerschap van de Unie”. Zie overweging 24 van de Conclusie van Adv. Gen. JACOBS bij *Bickel en Franz* (H.v.J. 24 november 1998, *Bickel en Franz*, C-274/96, *Jur.* 1998, I-7637).

Dit betekent voor Sala, in de woorden van BELL het volgende: “provided that the benefit in question fell within the material scope of the Treaty, by the sole reason of being a EU-citizen lawfully residing in another Member State she could require non-discrimination in its administration”.⁵⁶⁹

376. *In casu* besliste het Hof dat de (niet-)toekenning van een ouderschapsuitkering aan een onderdaan van een vreemde lidstaat, “binnen de materiële werkingssfeer valt als gezinsbijslag in de zin van artikel 4 lid 1 *sub h* van Verordening nr. 1408/71 en als sociaal voordeel in de zin van artikel 7 lid 2 van Verordening nr. 1612/68”.⁵⁷⁰ Martinez Sala kon dus verlangen dat de bewuste uitkering haar op voet van gelijkheid met Duitse onderdanen toegekend werd.

377. Volgens MORE wilde het Hof, door te eisen dat een situatie ook materieel binnen de werkingssfeer van het verdrag moest vallen, de mogelijkheid openhouden om bepaalde sociale uitkeringen zoals studentenbeurzen en bestaansminima aan de werking van het communautaire gelijkheidsbeginsel te laten ontsnappen.⁵⁷¹

c. Zaak *Bickel en Franz*

378. De zaak *Bickel en Franz* is van belang omdat het Hof hier een zeer ruime uitleg verschaft aan de “materiële werkingssfeer” van het recht op gelijke behandeling van artikel 12 EG-Verdrag.⁵⁷² De zaak betreft een Oostenrijkse en Duitse klager, betrokken in een strafprocedure in de provincie Bolzano in Italië. Bickel werd vervolgd voor dronken rijden, Franz voor het in bezit zijn van een verboden wapen bij het binnenrijden in Italië. Op de plaats van vervolging, Bolzano, leeft een belangrijke Duitstalige minderheid die er krachtens de wet recht op heeft om strafprocedures op aanvraag in het Duits te laten voeren. Bickel en Franz betoogden dat zij op grond van het Europees verbod van nationaliteitsdiscriminatie eveneens aanspraak kunnen maken op een Duitstalig strafproces. Weer is een van de vragen waar het Hof antwoord op moest geven, of de situatie van Bickel en Franz binnen de werkingssfeer van het verdrag valt.

379. Wat de persoonsgebonden toepassingsvoorwaarden van het gelijkheidsbeginsel betreft stelt zich geen probleem. Bickel en Franz zijn immers Unieburgers die zich wettig op het grondgebied van een vreemde lidstaat bevonden.⁵⁷³ Of hun feitelijke

⁵⁶⁹ M. BELL, *o.c.*, 40.

⁵⁷⁰ Het Hof maakt hier een zeer formele en abstracte redenering die daardoor zeer vergaand is. Het slaat geen acht op de vraag of Sala van de rechter onder de Verordening kon genieten, maar volstaat met de opmerking dat het loutere *bestaan* van de Verordening impliceert dat de ouderschapsuitkeringen onder het gemeenschapsrecht vallen. Zie r.o. 21-27 van het arrest.

⁵⁷¹ G. MORE, *l.c.*, 540 schrijft in dit verband: “However, as regards the *ratio materiae* of the right, it must still be shown that the unequal treatment complained of falls within the scope of application of Community Law. Many of the old chestnuts denied to non-nationals, such as maintenance grants for students, social assistance benefits for non-workers, will therefore fall outside the scope of the rule of equal treatment”.

⁵⁷² H.v.J. 24 november 1998, *Bickel en Franz*, C-274/96, *Jur.* 1998, I-7637. Zie ook B. DOROTY, “Bickel - extending the boundaries of European Citizenship”, *Irish Journal of European Law* 1999, 70.

⁵⁷³ M. BELL, *o.c.*, 41.

situatie ook binnen de materiële werkingssfeer van het verdrag valt, is minder vanzelfsprekend. De verboden wapendracht door Franz, lijkt een situatie te zijn waar het gemeenschapsrecht op ziet.⁵⁷⁴ De tegen Bickel gevoerde strafprocedure wegens rijden onder invloed heeft daarentegen geen raakpunt met de materiële bevoegdheden van de Gemeenschap. Op het vlak van de organisatie van (de taal van) de strafprocedure hebben de lidstaten immers hun soevereiniteit behouden. Toch rekent het Hof zijn geval onder de materiële werkingssfeer van het verdrag, omdat Bickel op het ogenblik van de feiten gebruik maakte van zijn onder artikel 18 lid 2 EG-Verdrag gewaarborgde reis- en verblijfsrecht (hij reed immers door Italië).

380. Zoals hoger al aangegeven werd, heeft een burger die binnen de personele en materiële werkingssfeer van het verdrag valt, recht om door zijn gastlidstaat op gelijke voet met eigen onderdanen behandeld te worden. Dit recht op gelijke behandeling kan betrekking hebben op eender welke nationale maatregel die het vrij verkeer kan vergemakkelijken – ook strafprocesregels die de taal van een procedure regelen. Het Hof verwoordt de hier geschilderde beginselen als volgt:

Overigens bepaalt artikel 8 A van het verdrag: “Iedere burger van de Unie heeft het recht vrij op het grondgebied van de lidstaten te reizen en te verblijven, onder voorbehoud van de beperkingen en voorwaarden die bij dit verdrag en de bepalingen ter uitvoering daarvan zijn vastgesteld.

De mogelijkheid voor de burgers van de Unie om op dezelfde voet als de eigen onderdanen van een staat in een bepaalde taal met de administratieve en gerechtelijke instanties van die staat te communiceren, kan de uitoefening van de vrijheid om in een andere lidstaat te reizen en te verblijven, vergemakkelijken. Hieruit volgt, dat *wanneer personen als Bickel en Franz gebruik maken van hun recht in een andere lidstaat te reizen en te verblijven* [onze cursivering], zij krachtens artikel 6 van het verdrag er in beginsel recht op hebben, wat het gebruik van de aldaar gebezigde talen betreft, niet anders te worden behandeld dan de onderdanen van die staat.

Het strafrecht en het strafprocesrecht – waarvan de in geding zijnde bepalingen betreffende de proces taal deel uitmaken – behoren in het algemeen weliswaar tot de bevoegdheid van de lidstaten, doch het is vaste rechtspraak, dat het gemeenschapsrecht grenzen stelt aan die bevoegdheid. Dergelijke bepalingen mogen namelijk niet leiden tot discriminatie van personen aan wie het gemeenschapsrecht het recht op gelijke behandeling toekent, noch de door het gemeenschapsrecht gewaarborgde fundamentele vrijheden beperken

Voor zover een nationale wettelijke regeling inzake de voor de strafrechtelijke instanties van een lidstaat te gebruiken proces taal van invloed kan zijn op het recht op gelijke behandeling van de onderdanen van de lidstaten die gebruik maken van hun recht in die

574 Zie Richtlijn 91/477/EEG van de Raad van 18 juni 1991 inzake de controle op de verwerving en het voorhanden hebben van wapens, *P.B.* 1991, *L.* 256/51. Zie ook de Conclusie van Adv. Gen. JACOBS (overweging 13) bij *Bickel en Franz* (H.v.J. 24 november 1998, *Bickel en Franz*, C-274/96, *Jur.* 1998, I-7637).

staat te reizen en te verblijven, moet zij derhalve in overeenstemming zijn met artikel 6 van het verdrag”.⁵⁷⁵

381. In de rechtsleer is erop gewezen dat voortaan elke Unieburger die gebruik maakt van zijn (aan art. 18 EG-Verdrag ontleende) rechten van vrij verkeer en verblijf, onmiddellijk onder de werkingssfeer *ratione materiae* van het verdrag valt. Wat meteen betekent dat hij in de gastlidstaat recht heeft op gelijke behandeling in de zin van artikel 12 EG-Verdrag.⁵⁷⁶ Daarbij geldt dat hij artikel 12 kan inroepen tegen elke nationale maatregel die van invloed is op de uitoefening van dat recht van vrij verkeer en verblijf – ongeacht de vraag of die maatregel een materie behandelt waar het gemeenschapsrecht op ziet. In de woorden van JACOBS:

Uit [art. 18 lid 2 EG-Verdrag] kan worden afgeleid, dat wanneer een burger gebruik maakt van zijn recht op het grondgebied van de lidstaten te reizen en te verblijven, zijn situatie wat het verbod van discriminatie op grond van nationaliteit betreft binnen de werkingssfeer van het verdrag valt, hetgeen opnieuw bevestigt, dat dat verbod van toepassing is op strafzaken waarin een burger verwikkeld geraakt wanneer hij gebruik maakt van zijn recht op vrij verkeer.⁵⁷⁷

382. Omgekeerd uitgedrukt betekent dit dat lidstaten elk voordeel (van welke aard ook) dat zij toekennen aan eigen onderdanen, ook moeten openstellen voor onderdanen van andere lidstaten die gebruik maken van hun reis- en verblijfsrechten in de zin van artikel 18 lid 2 EG-Verdrag. Houdt een lidstaat bepaalde baten voor aan nationale onderdanen dan zal hij moeten aantonen dat dit onderscheid objectief gerechtvaardigd was om andere redenen dan die welke verband houden met nationaliteit. Volgens JACOBS zal dergelijke objectieve rechtvaardiging echter slechts zeer zelden geoorloofd zijn:

Ten slotte moet worden beklemtoond, dat niet ieder voorschrift dat niet-onderdanen bijzonder benadeelt, met artikel 6 strijdige discriminatie tot gevolg heeft. Inzonderheid staat het de lidstaten vrij om aan te tonen, dat voordelen die zijn voorbehouden aan hun onderdanen of inwoners, objectief gerechtvaardigd zijn om andere redenen dan die welke verband houden met nationaliteit. Het valt evenwel steeds moeilijker in te zien, waarom het gemeenschapsrecht enig verschil in behandeling zou moeten toestaan dat enkel is gebaseerd op nationaliteit, behalve voor zover het gaat om *fundamentele kwesties in verband met nationaliteit* [onze cursivering], zoals de toegang tot een beperkte categorie van betrekkingen in overheidsdienst of de uitoefening van bepaalde politieke rechten.⁵⁷⁸

⁵⁷⁵ H.v.J. 24 november 1998, *Bickel en Franz*, C-274/96, *Jur.* 1998, I-7637, r.o. 13-16.

⁵⁷⁶ P.J.G. KAPTEYN, L.A. GEELHOED, K.J.M. MORTELMANS en C.W.A. TIMMERMANS, *o.c.*, 133.

⁵⁷⁷ In dezelfde zin zie Conclusie van Adv. Gen. JACOBS (overweging 27) bij *Bickel en Franz* (H.v.J. 24 november 1998, *Bickel en Franz*, C-274/96, *Jur.* 1998, I-7637).

⁵⁷⁸ *Ibid.*

d. De zaak *Grzelczyk*

383. De zaak *Grzelczyk* bevestigt de principes uit *Martinez Sala* en *Bickel en Franz*⁵⁷⁹: een onderdaan van een lidstaat die wettig verblijft in een andere lidstaat heeft recht op gelijke behandeling in de zin van artikel 12 EG-Verdrag, als hij zich bevindt in een situatie die tot de materiële werkingssfeer van het verdrag behoort. De uitoefening van het door artikel 18 lid 2 EG-Verdrag, beschermde reis- en verblijfsrecht is voldoende om een situatie binnen de werkingssfeer *ratione materiae* te brengen. *Grzelczyk*, een Franse student die in België studeerde, voldeed aan deze voorwaarden, en moest daarom volgens het Hof op gelijke voet met eigen onderdanen behandeld worden wat de toekenning van een bestaansminimum betreft.⁵⁸⁰

Zoals het Hof in punt 63 van het reeds aangehaalde arrest *Martínez Sala* heeft geoordeeld, kan een burger van de Europese Unie die legaal op het grondgebied van de ontvangende lidstaat verblijft, zich op artikel 6 van het verdrag beroepen in alle binnen de materiële werkingssfeer van het gemeenschapsrecht vallende situaties. Tot deze situaties behoren met name die welke de uitoefening betreffen van de door het verdrag gewaarborgde fundamentele vrijheden en van de in artikel 8 A van het verdrag neergelegde vrijheid om op het grondgebied van de lidstaten te reizen en te verblijven.⁵⁸¹

D. Verticale en horizontale werking

384. Van het verbod van nationaliteitsdiscriminatie (art. 12, 39, 43 en 49 EG-Verdrag) was van meet af aan duidelijk dat het van toepassing was op lidstaten, evenals op de Gemeenschap zelf.⁵⁸² Of het – net als artikel 119 EG-Verdrag – ook geldt in de relatie tussen particulieren onderling was aanvankelijk twijfelachtig.

385. Het Hof oordeelde al vroeg dat de werkingssfeer van het verbod van nationaliteitsdiscriminatie zich uitstrekt tot regels van beroepsordes (bv. een orde van advocaten of geneesheren).⁵⁸³ In de zaak *Walrave* leek het Hof nog een stap verder te gaan, toen het in algemene termen bepaalde dat de reikwijdte van artikel 39 EG-

579 H.v.J. 20 september 2001, *Grzelczyk*, C-184/99, *Jur.* 2001, I-6193, r.o. 29-46. Voor een bespreking zie P. CRAIG en G. DE BÚRCA, *o.c.*, 758-759.

580 Als de combinatie van de art. 18 en 12 EG-Verdrag inderdaad impliceert dat niet alleen eigen onderdanen, maar ook burgers uit vreemde lidstaten aanspraak kunnen maken op voorzieningen uit de nationaal georganiseerde sociale zekerheid en gezondheidszorg, zal dit verstrekkende gevolgen hebben voor het sociale beleid van de individuele lidstaten. S. DOUGLAS SCOTT, *o.c.*, 512 wijst er op dat de nationaal georganiseerde sociale zekerheid zoals wij die tot nog toe kenden door de nieuwe ontwikkelingen in de rechtspraak wel eens op de helling zou kunnen komen te staan. Hij spreekt van “a new phase of EU incursion into national welfare sovereignty”.

581 H.v.J. 20 september 2001, *Grzelczyk*, C-184/99, *Jur.* 2001, I-6193, r.o. 32-33. Een andere groep niet-actieven die een recht op gelijke behandeling ontleen aan het Unieburgerschap zijn kinderen. Zie H.v.J. 2 oktober 2003, *García Avello*, C-148/02, *Jur.* 2003 (nog niet gepubliceerd) en H.v.J. 19 oktober 2004, *Chen*, C-200/02, *Jur.* 2004 (nog niet gepubliceerd).

582 Temeer omdat het bij het verbod van nationaliteitsdiscriminatie gaat om een fundamenteel rechtsbeginsel. Zie P.J.G. KAPTEYN, L.A. GEELHOED, K.J.M. MORTELMANS en C.W.A. TIMMERMANS, *o.c.*, 136.

583 Zie bv. zaak H.v.J. 28 april 1977, *Thieffry*, 71/76, *Jur.* 1977, r.o. 17.

Verdrag (vrij verkeer van werknemers) zich ook uitstrekt tot overeenkomsten en regels die niet uitgaan van de overheid.⁵⁸⁴

386. De draagwijdte van *Walrave* was echter omstreden⁵⁸⁵, en het zou duren tot het jaar 2000 tot het Hof de horizontale werking van het verbod van nationaliteitsdiscriminatie ondubbelzinning bevestigde. In de zaak *Angonese*⁵⁸⁶ werd een Italiaanse onderdaan met als moedertaal Duits de toegang geweigerd tot een vergelijkend examen georganiseerd door de particuliere bank Cassa di Rissparmio te Bolzano, omdat hij niet beschikte over een welbepaald tweetaligheidsattest: een attest dat alleen van de overheid te verkrijgen valt door het afleggen van een test in de provincie Bolzano. Angonese achtte die voorwaarde niet verenigbaar met artikel 39 EG-Verdrag inzake het vrij verkeer van werknemers en trok naar een lokale rechter die op zijn beurt een prejudiciële vraag stelde aan het Hof te Luxemburg. Volgens het Hof was artikel 39 van toepassing op de verhouding tussen Angonese en de particuliere bank.

387. Dit arrest is van grote betekenis omdat het bepaalt dat artikel 39 EG-Verdrag niet alleen van toepassing is op particuliere organisaties zoals een beroepsorde, een wiel- of voetbalbond die een zekere overheidsgelijke macht uitoefenen over individuen maar ook op individuele particulieren zoals in voorliggend geval een bank.⁵⁸⁷

388. Een verdere stap in het verlenen van horizontale werking aan het verbod van nationaliteitsdiscriminatie is het enkele maanden oudere arrest *Ferlini*, waarin artikel 12 EG-Verdrag voor de eerste maal tussen particuliere burgers toegepast wordt.⁵⁸⁸ Het recht op gelijke behandeling in horizontale relaties komt dus niet alleen toe aan werknemers, maar aan alle burgers die zich in een relatie tot particulieren bevinden die binnen de werkingssfeer van het verdrag valt. De zaak *Ferlini* betrof geen relatie tussen twee individuele particulieren, maar tussen een groep zorgverleners en een patiënt. Het Hof overwoog dat “artikel 6 eerste alinea [huidig art. 12] van het verdrag ook van toepassing is in gevallen waarin een groep of een organisatie als de EHL een zekere macht uitoefent over particulieren en in staat is hun voorwaarden op te leggen waardoor de uitoefening van de door het verdrag gewaarborgde fundamentele vrijheden wordt bemoeilijkt”.

389. Volgens KAPTEYN, GEELHOED, MORTELMANS en TIMMERMANS kan het feit dat het Hof uitdrukkelijk verwijst naar de omstandigheid dat het

584 *Ratio* voor deze toekenning van horizontaal effect aan het verbod van nationaliteitsdiscriminatie was dat het *effet utile* van het verbod verloren zou gaan als het alleen van toepassing was op de overheid: het vrij verkeer van werknemers wordt immers ook gehinderd als particuliere werknemers sollicitanten uit vreemde lidstaten discrimineren op grond van hun nationaliteit. H.v.J. 12 december 1974, *Walrave en Koch*, 36/74, *Jur.* 1974, 1405, r.o. 28.

585 J. WOUTERS, *l.c.*, 101, vn. 26.

586 H.v.J. 6 juni 2000, *Angonese*, C-281/98, *Jur.* 2000, I-4139.

587 Zie ook H.v.J. 15 december 1995, *Bosman*, C-415/93, *Jur.* 1995, I-4921, r.o. 83.

588 H.v.J. 3 oktober 2000, *Ferlini*, C-411/98, *Jur.* 2000, I-8081.

samenwerkingsverband van ziekenhuizen “een zekere macht uitoefent over particulieren en in staat is hun voorwaarden op te leggen” betekenen dat het Hof de horizontale werking van artikel 12 EG-Verdrag (nog) niet aanvaardt wat de relatie tussen individuele particulieren betreft.⁵⁸⁹ VAN DER STEEN daarentegen schrijft dat “verwacht moet worden dat – de lijn van *Angonese* doortrekkend – ook individuele particulieren en ondernemingen in hun gedragingen niet mogen discrimineren jegens onderdanen van andere lidstaten”.⁵⁹⁰ Zij voegt hier aan toe dat met de arresten *Angonese* en *Ferlini* “aan het communautaire gebouw van de gelijke behandeling in horizontale betrekkingen een belangrijke bouwsteen is toegevoegd, naast de eerdere doorvoering van het beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen en de vorig jaar totstandgekomen Antidiscriminatie richtlijnen op basis van artikel 13 EG”.⁵⁹¹

Afdeling 2. Verbod geslachtsdiscriminatie

§ 1. Relevante verdrags- en wetteksten

A. Verdragsbepalingen

390. De oudste bepaling inzake geslachtsdiscriminatie, de enige die in het oorspronkelijke EEG-Verdrag voorkwam, is het huidige artikel 141 EG-Verdrag [oud art. 119].⁵⁹² Zoals hoger al vermeld werd, verlangt deze bepaling van lidstaten dat zij zorgen voor een gelijke beloning voor gelijke arbeid voor mannen en vrouwen *cf. supra* nr. 113. Door aan deze bepaling rechtstreekse werking toe te kennen, legde het Europees Hof van Justitie de basis van het verdere communautaire geslachtsdiscriminatierecht.⁵⁹³

Het Hof heeft de rechtstreekse werking van het in het EG-Verdrag neergelegde beginsel van gelijke beloning van mannelijke en vrouwelijke werknemers erkend. Het heeft geoordeeld dat dit beginsel niet alleen geldt voor overheids-handelingen, maar ook voor alle collectieve arbeidsovereenkomsten en voor overeenkomsten tussen particulieren.⁵⁹⁴

391. Het Verdrag van Amsterdam heeft aan artikel 141 EG-Verdrag een nieuwe derde en vierde lid toegevoegd.⁵⁹⁵ In artikel 141 lid 3 krijgt de Raad de bevoegdheid om bij gekwalificeerde meerderheid maatregelen aan te nemen “om de toepassing te waarborgen van het beginsel van gelijke kansen en gelijke behandeling van mannen en vrouwen in werkgelegenheid en beroep, met inbegrip van het beginsel van gelijke

589 P.J.G. KAPTEYN, L.A. GEELHOED, K.J.M. MORTELMANS en C.W.A. TIMMERMANS, *o.c.*, 136.

590 I. VAN DER STEEN, *l.c.*, 7.

591 *Ibid.*

592 Voor een overzicht van de historische ontwikkeling van het geslachtsdiscriminatierecht, met vermelding van alle relevante verdrags- en wetteksten zie C. BARNARD, “Gender Equality in the EU: A Balance Sheet”, *l.c.*, 216-221.

593 Zie H.v.J. 8 april 1976, *Defrenne*, 43/75, *Jur.* 1976, 445, r.o. 24 en 40.

594 H.v.J. 17 september 2002, *Lawrence*, C-320/00, *Jur.* 2002, I-7325, r.o. 13.

595 C. BARNARD, “Gender Equality in the EU: A Balance Sheet”, *l.c.*, 220.

beloning voor gelijke of gelijkwaardige arbeid”.⁵⁹⁶ In het vierde lid van datzelfde artikel wordt uitdrukkelijk bepaald dat het gelijkheidsbeginsel niet in de weg staat aan positieve actie “om volledige gelijkheid van mannen en vrouwen in het beroepsleven in de praktijk te verzekeren”.

392. Verder zijn er in het verdrag drie bepalingen over het verbod van geslachtsdiscriminatie opgenomen onder de titel “beginselen”. Zo staat in artikel 2 EG-Verdrag dat een van de *taken* van de Gemeenschap “de gelijkheid van mannen en vrouwen” is, en in artikel 3 lid 2 EG-Verdrag dat de Gemeenschap er in al haar optreden naar “streeft de ongelijkheden tussen mannen en vrouwen op te heffen en de gelijkheid van mannen en vrouwen te bevorderen”. In de derde plaats is er artikel 13 EG-Verdrag dat de Gemeenschap een ruime bevoegdheid toekent om via secundaire wetgeving discriminatie te bestrijden – ook discriminatie op grond van geslacht. Dergelijke maatregelen zijn mogelijk “binnen de grenzen van de aan de Gemeenschap verleende bevoegdheden”. Zij zijn dus in tegenstelling tot op artikel 141 lid 3 EG-Verdrag gebaseerde maatregelen ook mogelijk buiten de domeinen “arbeid en beroep”.⁵⁹⁷

393. Drie andere verdragsbepalingen die in het verleden van dienst geweest zijn bij de bestrijding van geslachtsdiscriminatie zijn de artikelen 94, 137 en 308 EG-Verdrag. Laatstvermelde bepaling verleent de Gemeenschap de mogelijkheid om maatregelen te treffen die noodzakelijk zijn voor de verwezenlijking van doelstellingen van de Gemeenschap, zonder dat hiervoor in het verdrag bevoegdheden voorzien zijn. Hiervoor is unanimiteit in de Raad vereist. Artikel 137 is een sociale bepaling die Raad en parlement het recht geeft om maatregelen te treffen onder andere ter verbetering van “het arbeidsmilieu” en de “arbeidsvoorwaarden”. Artikel 94 ten slotte verleent de Raad de bevoegdheid om richtlijnen vast te stellen “voor de onderlinge aanpassing van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen der lidstaten welke rechtstreeks van invloed zijn op de instelling of de werking van de gemeenschappelijke markt”. Deze drie algemene rechtsgronden hebben elkeen als basis gediend voor secundaire wetgeving op het vlak van geslachtsdiscriminatie *cf. supra* nrs. 157-158 en 160-163).⁵⁹⁸ Het oude artikel 119 EG-Verdrag [huidig art. 141 EG-Verdrag] kwam als rechtsbasis niet in aanmerking omdat het de Raad geen bevoegdheid verleende voor het uitvaardigen van afgeleid recht.

B. Secundaire wetgeving

394. Verschillende aspecten van het recht op gelijke behandeling ongeacht het geslacht zijn vervat in richtlijnen. De eerste dateert van 1975 en werkt het recht op

⁵⁹⁶ Het gaat hier om een bevoegdheid die ruimer is dan alleen de bevoegdheid om een gelijk beloningsniveau tot stand te brengen tussen vrouwen en mannen, maar ook om een bevoegdheid die alleen gebruikt kan worden voor het aannemen van maatregelen in de sfeer van “arbeid en beroep”.

⁵⁹⁷ Zie L. WADDINGTON, “Throwing Some Light on Article 13 EC Treaty”, *Maastricht Journal of European and Comparative Law* 1999, 3.

⁵⁹⁸ Voor een opsomming over welke richtlijnen gebaseerd zijn op welke verdragsbepalingen, zie P. CRAIG en G. DE BURCA, *o.c.*, 844.

gelijke beloning voor gelijke arbeid voor mannen en vrouwen (art. 141 EG-Verdrag) verder uit.⁵⁹⁹ In de literatuur wordt beschreven dat het beginsel van gelijke beloning voor gelijke arbeid weinig zoden aan de dijk zette aangezien lidstaten en werkgevers ongestoord konden discrimineren wat *andere arbeidsvoorwaarden* dan het loon betreft.⁶⁰⁰ Daarom vaardigde de EEG in 1976 de Richtlijn gelijke behandeling man-vrouw uit, een richtlijn die geslachtsdiscriminatie verbiedt op het vlak van de toegang tot het arbeidsproces, de beroepsopleiding, promotiekansen en de andere arbeidsvoorwaarden.⁶⁰¹

395. In 1978 vaardigde de Raad een richtlijn uit waarin het recht op gelijke behandeling van mannen en vrouwen uitgebreid werd tot de sector van de – door de overheid verzorgde – sociale zekerheid.⁶⁰² In 1986 werd die regel aangevuld door een andere richtlijn die het recht op gelijke behandeling met betrekking tot “ondernemings- en sectorale regelingen inzake sociale zekerheid” wilde waarborgen.⁶⁰³ In de jaren negentig werden verder de Richtlijnen inzake zwangerschapsbescherming⁶⁰⁴, ouderschapsverlof⁶⁰⁵, deeltijdwerk⁶⁰⁶ en de bewijslastverdeling⁶⁰⁷ in procedures over geslachtsdiscriminatie aangenomen. In 2002 volgde tenslotte een richtlijn tot wijziging van de oorspronkelijke Richtlijn gelijke behandeling man-vrouw⁶⁰⁸, met de bedoeling de hierin gebruikte begrippen te laten aansluiten bij hetgeen bepaald is in de Ras- en Kaderrichtlijn.⁶⁰⁹

-
- 599 Richtlijn 75/117/EEG van de Raad van 10 februari betreffende het nader tot elkaar brengen van de wetgevingen der lidstaten inzake de toepassing van het beginsel van gelijke beloning voor mannelijke en vrouwelijke werknemers, *PB*. 1975, *L*. 45.
- 600 P. FOUBERT, “Het discriminatieverbod in de arbeidsrelatie – Een overzicht van de relevante Europeesrechtelijke bepalingen”, *I.c.*, 202. Zie ook *supra*, nr. 121.
- 601 Richtlijn 76/207/EEG van de Raad van 9 februari 1976 betreffende de tenuitvoerlegging van het beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen ten aanzien van de toegang tot het arbeidsproces, de beroepsopleiding en de promotiekansen en ten aanzien van de arbeidsvoorwaarden, *PB*. 1976, *L*. 39.
- 602 Richtlijn 79/7/EEG van de Raad van 19 december 1978 betreffende de tenuitvoerlegging van het beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen op het gebied van de sociale zekerheid, *PB*. 1979, *L*. 6.
- 603 Richtlijn 86/378/EEG van de Raad van 11 december 1986 betreffende de tenuitvoerlegging van het beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen in ondernemings- en sectorale regelingen inzake sociale zekerheid, *PB*. 1986, *L*. 359.
- 604 Richtlijn 92/85/EEG van de Raad van 19 oktober 1992 inzake de tenuitvoerlegging van maatregelen ter bevordering van veiligheid en gezondheid van werkneemsters tijdens de zwangerschap, na de bevalling en tijdens de lactatie, *PB*. 1992, *L*. 348.
- 605 Richtlijn 96/34/EG van de Raad van 3 juni 1996 betreffende de door de UNICE, het CEEP en het EVV gesloten raamovereenkomst inzake ouderschapsverlof, *PB*. 1996, *L*. 145.
- 606 Richtlijn 97/81/EG van de Raad van 15 december 1997 betreffende de door UNICE, het CEEP en het EVV gesloten raamovereenkomst inzake deeltijdwerk, *PB*. 1998, *L*. 071.
- 607 Richtlijn 97/80/EG van de Raad van 15 december 1997 inzake de bewijslast in gevallen van discriminatie op grond van geslacht, *PB*. 1998, *L*. 014.
- 608 Richtlijn 2002/73/EG van het Europees Parlement en de Raad van 23 september 2002 tot wijziging van Richtlijn 76/207/EEG van de Raad betreffende de tenuitvoerlegging van het beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen ten aanzien van de toegang tot het arbeidsproces, de beroepsopleiding en de promotiekansen, en ten aanzien van de arbeidsvoorwaarden, *PB*. *L*. 269/15.
- 609 U. RUST, *I.c.*, 2003.

C. Recente ontwikkelingen

396. Op 6 december 2004 werd de Richtlijn houdende toepassing van het beginsel van gelijke behandeling bij de toegang tot en het aanbod van goederen en diensten door de Raad aangenomen.⁶¹⁰ De nieuwe richtlijn breidt het toepassingsgebied van verbod van geslachtsdiscriminatie uit tot buiten het vertrouwde terrein van arbeid en beroep. Meer bepaald wordt het verbod van geslachtsdiscriminatie ook van toepassing op personen die buiten de privé- en de gezinssfeer voor het publiek beschikbaar gestelde goederen en diensten aanbieden. De richtlijn ziet ook op verzekeringsdiensten en aanverwante financiële activiteiten. Rechtsbasis voor artikel 13 EG-Verdrag (*cf. supra* nrs. 167-182).

§ 2. Inhoud: drie deelverboden

A. Algemeen

397. Het Europees geslachtsdiscriminatierecht⁶¹¹ wordt traditioneel ingedeeld in drie grote onderdelen: (1) het verbod van discriminatie op het vlak van beloning; (2) het recht op gelijke behandeling (in de beroepssfeer) en (3) het verbod van geslachtsdiscriminatie op het gebied van sociale zekerheid.⁶¹² In wat volgt zal deze klassieke driedeling overgenomen worden.

398. Wel is het zo dat deze drie deelregimes op een aantal belangrijke gebieden identiek zijn. Zo worden zij door het Hof allen beschouwd als onderdeel van het

610 De richtlijn heeft nog geen officiële datum en nummer. Het gaat om: Richtlijn 2004/.../EG van de Raad van ... houdende toepassing van het beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen bij de toegang tot en het aanbod van goederen en diensten (doc. 14438/04). Voor een korte beschrijving zie: <http://www.europadecentraal.nl/emc.asp?pageId=730>. Voor het Commissievoorstel zie: COM (2003) 657 def.

611 Voor een algemene bespreking van het communautair geslachtsdiscriminatierecht zie bv. C. BARNARD, "Gender Equality in the EU: A Balance Sheet", *l.c.*, 215-274; C. BARNARD, *EC Employment Law*, Oxford, Oxford university Press, 2000, 197-298 en 329-372; P. CRAIG en G. DE BURCA, *o.c.*, 842-935; B.J. DRIJBER en S. PRÉCHAL, *l.c.*, 122-165; E. ELLIS, "The Principle of Equal Treatment of Opportunity Irrespective of Sex: some Reflections on the Present State of European Community Law and its Future Development", in DASHWOOD en O'LEARY (eds.), *o.c.*, 172-188; E. ELLIS, "The Definition of Discrimination in European Community Sex Equality Law", *l.c.*, 563-580; E. ELLIS, "The Recent Jurisprudence of the Court of Justice in the Field of Sex Equality", *C.M.L.Rev.* 1998, 379-408; E. ELLIS, *EC Sex Equality Law*, 1988, Oxford, Clarendon Press, 365 p.; E. ELLIS, "The Recent Jurisprudence of the Court of Justice in the Field of Sex Equality", *C.M.L.Rev.* 2000, 1403-1426; C. ENGELS, "De gelijke behandeling van mannen en vrouwen, een Europees en Amerikaans rechtelijk perspectief", *l.c.*, 18-73; H. FENWICK en T.K. HERVEY, "Sex Equality in the Single Market: New Directions for the European Court of Justice", *C.M.L.Rev.* 1995, 443-447; D. GHAILANA, "De bescherming van de rechten bij zwangerschap en moederschap in de communautaire rechtsorde", *B.T.S.Z.* 2002, 367-392; H. GILLIAMS, "Het Hof van Justitie en de gelijke behandeling man/vrouw", *R.W.* 1990-91, 1355-1370; P. HUMBLET, "Gelijke behandeling man/vrouw na twintig jaar Richtlijn 76/207", in W. VAN EECKHOUTTE en M. RIGAUX (eds.), *Sociaal Recht: niets dan uitdagingen*, Gent, Mys & Breesch, 1996, 179-243; G.F. MANCINI en S. O' LEARY, "The New Frontiers of Sex Equality Law in the European Union", *E.L.Rev.* 1999, 331-353; C. PICHAULT, D. DE VOS en J. JACQUAIN, *L'égalité juridique entre femmes et hommes dans la Communauté Européenne: Belgique*, Brussel, Bruylant, 1994, 250 p. en H. VAN NUFFEL, "Het Gemeenschaps- en het nationale recht: een stand van zaken inzake gelijke behandeling van mannen en vrouwen", *R.W.* 1992-93, 657-670.

612 Zie bv. P. CRAIG en G. DE BURCA, *o.c.*, 842 en B.J. DRIJBER en S. PRÉCHAL, *l.c.*, 123.

algemeen beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen dat door het Hof beschouwd wordt als een fundamenteel mensenrecht. Bovendien worden over het gehele geslachtsdiscriminatierecht dezelfde juridische technieken gebruikt.

B. Beloning

1. ALGEMEEN

399. Artikel 141 lid 2 EG-Verdrag omschrijft het begrip beloning als volgt:

Onder beloning in de zin van dit artikel dient te worden verstaan het gewone basis- of minimumloon of -salaris en alle overige voordelen in geld of in natura die de werknemer uit hoofde van zijn dienstbetrekking direct of indirect van de werknemer ontvangt.

400. Uit de rechtspraak van het Hof blijkt dat dit begrip ruim geïnterpreteerd moet worden: het gaat niet alleen om loon in de strikte zin van het woord, maar o.a. ook om reis- en ontslagvergoedingen, compensaties voor onrechtmatig ontslag, wettelijke (maar door de werkgever uitbetaalde) ziektevergoedingen en zelfs bedrijfspensioenregelingen.⁶¹³ Elke werknemer die van zijn werkgever eender welk aspect van een “beloning” ontvangt, geniet bescherming tegen geslachtsdiscriminatie, zowel rechtstreeks op grond van artikel 141 EG-Verdrag alsook op basis van Richtlijn 75/117. Die richtlijn werkt het beginsel van gelijke beloning voor mannen en vrouwen verder uit. In algemene termen verplicht hij de lidstaten ertoe om elke geslachtsdiscriminatie uit te bannen op het vlak van beloning voor gelijke of gelijkwaardige arbeid.⁶¹⁴ Zij verplicht de lidstaten onder andere om alle (1) wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen; (2) collectieve en (3) individuele arbeidsovereenkomsten die op basis van geslacht discrimineren wat de beloning betreft, nietig te verklaren of op te heffen.⁶¹⁵ Verder verlangt de richtlijn dat de lidstaten voorzien

⁶¹³ Zie bv. H.v.J. 13 juli 1989, *Rinner-Kühn*, 171/88, *Jur.* 1989, 2743 (ziektevergoedingen) en H.v.J. 17 mei 1990, *Barber*, C-262/88, *Jur.* 1990, I-1889 (bedrijfspensioenen). Voor een volledige opsomming van wat onder beloning valt, zie C. BARNARD, “Gender Equality in the EU: A Balance Sheet”, *l.c.*, 249-250. Zie ook P. CRAIG en G. DE BÜRCA, *o.c.*, 865-884 en P.J.G. KAPTEYN, L.A. GEELHOED, K.J.M. MORTELMANS en C.W.A. TIMMERMANS, *l.c.*, 906. Voor een overzicht van alle soorten bedrijfspensioenen die onder art. 141 EG-Verdrag vallen, zie L. SOMMERSIJNS en I. DE WILDE, “Gelijkheid op grond van geslacht in de aanvullende pensioenen”, *T.S.R.* 2003, 270-281.

⁶¹⁴ De plicht tot het gelijk belonen van gelijkwaardige arbeid was – in tegenstelling tot de plicht *gelijke* arbeid gelijk te belonen – niet van in den beginne ingeschreven in art. 141 EG-Verdrag (oud art. 119). Toch is het Hof er sinds de zaken *Jenkins* (96/80) en *Murphy* (157/86) van uitgegaan dat het recht op gelijk loon voor gelijkwaardige arbeid ook rechtstreeks aan art. 141 EG-Verdrag (oud art. 119) ontleend kon worden. Hierdoor werden in gevallen van niet-omzetting van Richtlijn 75/117 door de lidstaten, problemen aangaande de horizontale werking van de richtlijn vermeden. Wie bij het verrichten van gelijkwaardige (maar niet “gelijke”) arbeid slachtoffer werd van geslachtsdiscriminatie kon zich immers rechtstreeks op art. 141 beroepen. De toevoeging van “gelijkwaardige arbeid” aan art. 141 door het Verdrag van Amsterdam was dus louter een codificatie van een vaste jurisprudentie van het Hof. Zie P.J.G. KAPTEYN, L.A. GEELHOED, K.J.M. MORTELMANS en C.W.A. TIMMERMANS, *o.c.*, 908, vn. 624 en P. CRAIG en G. DE BÜRCA, *o.c.*, 849.

⁶¹⁵ Art. 3 en 4.

in effectieve rechtsmiddelen waarmee de burger zijn rechten onder de richtlijn kan afdwingen⁶¹⁶, en in bescherming van werknemers tegen represaille-maatregelen door werkgevers die wegens beloningsdiscriminatie voor de rechter gedaagd werden.⁶¹⁷

2. DIRECT ONDERSCHIED

a. Vaststelling

401. In beginsel verlangt het Europees recht voor de vaststelling van direct onderscheid steeds de uitvoering van een vergelijkbaarheidstoets (*cf. supra* nrs. 212-214). DRIJBER en PRÉCHAL wijzen er echter op dat het Hof in de context van beloningsdiscriminatie het bestaan van direct onderscheid doorgaans vaststelt zonder eerst de vergelijkbaarheid van de verschillende situaties te onderzoeken. Met name bij ongelijke behandelingen die *openlijk* terug te vinden zijn in wetgeving, in collectieve arbeidsovereenkomsten, of in het reglement van een bedrijfspensioenfonds zal het Hof een direct onderscheid doorgaans vaststellen, simpelweg door lezing van de betwiste bepalingen.⁶¹⁸ Blijkt uit die lezing dat geslacht als criterium van onderscheid gebruikt is, dan wordt, zonder verder onderzoek naar de vergelijkbaarheid van situaties, het bestaan van een rechtstreeks onderscheid geconstateerd. Het Hof hanteert hier wat het zelf noemt een “zuiver juridische analyse”.⁶¹⁹ Omdat in de context van “beloning” geen geschreven rechtvaardigingsgronden voorzien zijn, staat de vaststelling van direct onderscheid gelijk met de vaststelling van discriminatie. Een rechtvaardigingstoets blijft hier dus achterwege.⁶²⁰

402. Wanneer de verweerder in een zaak over direct onderscheid niet openlijk gebruik maakte van het differentiatiecriterium geslacht, liggen de zaken moeilijker.⁶²¹ De klager moet in dat geval aantonen dat hij vanwege zijn geslacht ongunstiger beloond is dan een referentiepersoon (van het andere geslacht) die gelijke of gelijkwaardige arbeid verrichtte.⁶²² Hij moet dus (1) een ongunstige behandeling; (2) de vergelijkbaarheid van zijn situatie en die van een referentiepersoon en (3) een

616 Art. 6.

617 Art. 5.

618 Zie bv. H.v.J. 17 september 2002, *Lawrence*, C-320/00, *Jur.* 2002, I-7324 r.o. 17.

619 Het Hof letterlijk: “[T]ot de rechtstreekse discriminaties die reeds met behulp van de criteria van art. 119 [huidig art. 141 EG-Verdrag] zijn vast te stellen moeten met name worden gerekend die welke hun oorsprong vinden in wettelijke bepalingen of collectieve arbeidsovereenkomsten, aangezien men zodanige discriminatiesoort door zuiver juridische analyse op het spoor kan komen”. Zie H.v.J. 8 april 1976, *Defrenne*, 43/75, *Jur.* 1976, 445, r.o. 21.

620 DRIJBER en PRÉCHAL wijzen er verder op dat het Hof in bepaalde gevallen de vergelijkbaarheidstoets gebruikt om zaken van rechtstreeks onderscheid te “rechtvaardigen” door tot onvergelijkbaarheid van omstandigheden te besluiten. Dit was bv. het geval in de zaak *Bird Eye Walls*. (H.v.J. *Bird Eye Walls*, C-132/92). Zie B.J. DRIJBER en S. PRÉCHAL, *l.c.*, 129. Zie ook *supra* nrs. 217-220 en 251.

621 Zie B.J. DRIJBER en S. PRÉCHAL, *l.c.*, 129.

622 Het Hof zal de vraag of arbeid gelijkwaardig is afleiden uit objectieve factoren zoals de aard van het werk, de opleidingsvereisten, de arbeidsomstandigheden en de gedragen verantwoordelijkheid. De concrete uitspraak over de vraag of er sprake is van gelijkwaardige arbeid laat het Hof over aan de nationale rechter. Het Hof zal hiervoor wél de juridische beoordelingscriteria aanreiken. Zie P.J.G. KAPTEYN, L.A. GEELHOED, K.J.M. MORTELMANS en C.W.A. TIMMERMANS, *o.c.*, 902.

oorzakelijk verband tussen de grond geslacht en de betwiste behandeling bewijzen. Zoals hoger al aangegeven werd, hoeft een klager het oorzakelijk verband niet op zekere wijze te kunnen aantonen. Hij kan ermee volstaan een vermoeden of schijn van causaliteit te vestigen (*cf. supra* nrs. 282-287).

403. Wat de keuze van de *referentiepersoon* betreft, staat het Hof – althans in de context van “beloning”⁶²³ – geen vergelijking met een hypothetisch referentiepersoon toe⁶²⁴: wie met succes een beroep op artikel 141 EG-Verdrag wil doen, moet zich vergelijken met een reëel bestaande maatman, waartoe ook werknemers gerekend worden die eerder in dienst waren bij dezelfde werkgever.⁶²⁵ DRIJBER en PRÉCHAL schrijven in dit verband dat “het eisen onder alle omstandigheden van een reële maatman, de kans op succes van een procedure bij voorbaat kan minimaliseren”.⁶²⁶

404. Aanvankelijk was het niet geheel duidelijk of het Hof verlangde dat de “maatman” binnen dezelfde onderneming werkte.⁶²⁷ Voor zover de *single workplace rule* ooit bestaan heeft, is zij intussen ingeruild voor de regel dat een vergelijking met de beloning van werknemers uit andere vestigingen, bedrijven of diensten geoorloofd is, voor zover de loonverschillen toe te schrijven zijn aan één bron. Zo oordeelde het Hof in de zaak *Lawrence*:

Dienaangaande zij opgemerkt dat niets in de bewoordingen van artikel 141 lid 1 EG-Verdrag er op wijst dat deze bepaling enkel toepasselijk is in situaties waarin mannen en vrouwen voor *eenzelfde werkgever* [onze cursivering] werken. Het Hof heeft geoordeeld dat op het in dit artikel vervatte beginsel voor de nationale rechterlijke instanties onder meer een beroep kan worden gedaan bij discriminaties die rechtstreeks hun oorsprong vinden in wettelijke bepalingen of collectieve arbeidsovereenkomsten, alsmede ingeval de arbeid in eenzelfde – particuliere of openbare – onderneming of dienst wordt verricht.

Wanneer evenwel, zoals in de hoofdgedingen, de vastgestelde verschillen in beloning van werknemers die gelijke of gelijkwaardige arbeid verrichten, niet zijn *toe te schrijven aan één bron* [onze cursivering], ontbreekt een entiteit die verantwoordelijk is voor de ongelijkheid en die de gelijke behandeling zou kunnen herstellen. Een dergelijke situatie valt niet onder artikel 141 lid 1 EG-Verdrag, zodat de arbeid en de beloning van die werknemers niet op grond van dit artikel kunnen worden vergeleken.⁶²⁸

623 I.v.m. “gelijke behandeling” is sinds Richtlijn 2002/73 vergelijking met een hypothetische comparator wel geoorloofd. *Cf. infra* nr. 433.

624 Over het feit dat hypothetische referentiepersonen ongeoorloofd zijn, zie H.v.J. 27 maart 1980, *Macarthy*, 127/79, *Jur.* 1980, 1275, r.o. 14-15 en H.v.J. 28 september 1994 en *Coloroll*, C-200/91, *Jur.* 1994, 4389, r.o. 103.

625 H.v.J. 27 maart 1980, *Macarthy*, 127/79, *Jur.* 1980, 1275.

626 B.J. DRIJBER en S. PRÉCHAL, *l.c.* 129. Voor een kritiek op het niet-toestaan van vergelijking met hypothetische referentiepersonen, en een pleidooi voor een “asymetrische benadering” van vergelijking, zie C. BARNARD, “Gender Equality in the EU: A Balance Sheet”, *l.c.*, 246-247.

627 Voor zover een dergelijke “single workplace rule” ooit bestond, vloede zij voort uit de arresten *Defrenne* (H.v.J. 8 april 1976, *Defrenne*, 43/75, *Jur.* 1976, 445, r.o. 22) en *Macarthy* (H.v.J. 27 maart 1980, *Macarthy*, 127/79, *Jur.* 1980, 1275, r.o. 15). Zie M. DE VOS, “Worden Europese arbeidsverhoudingen Amerikaans?”, *l.c.*, 249 en C. BARNARD, “Gender Equality in the EU: A Balance Sheet”, *l.c.*, 246.

628 Zie H.v.J. 17 september 2002, *Lawrence*, C-320/00, www.curia.eu.int, r.o. 17.

405. Uit het citaat blijkt dat werknemers zich niet in eenzelfde bedrijf hoeven te bevinden, maar dat hun beloning wel moet ontspruiten aan éénzelfde bron of verantwoordelijke entiteit.⁶²⁹ Artikel 141 EG-Verdrag verschaft werknemers dus niet het recht om hun eigen (belonings)-situatie te vergelijken met die van werknemers in een verschillend bedrijf binnen *eenzelfde bedrijfstak*. DE VOS betoogt dat dit een goede zaak is, omdat werkgevers er anders toe verplicht zouden worden om een uniform loonbeleid te voeren.⁶³⁰ Het aantonen van discriminatie door de eigen beloning te vergelijken met de beloning in *andere bedrijfstakken* of beroepsgroepen is *a fortiori* niet mogelijk op basis van artikel 141. Wél op basis van wetgeving met daarin beoordelingscriteria aangaande de gelijkwaardigheid van functies binnen verschillende bedrijfstakken of beroepsgroepen.⁶³¹ Vooralsnog ontbreekt dergelijke wetgeving echter.

406. Het kan voorkomen dat de eiser(es) geen reëel bestaande referentiepersoon van vergelijkbaar niveau vindt, maar wel een maatman die in hetzelfde bedrijf arbeid van *geringere* waarde verricht voor een guller beloning. In dat geval kan zij op grond van artikel 141 EG-Verdrag slechts een beloning vorderen die even hoog is als die van de maatman. Een proportionele verhoging van de beloning van het slachtoffer is volgens het Hof niet rechtstreeks op basis van het verdrag mogelijk.⁶³² BARNARD wijst erop dat deze restrictieve interpretatie van artikel 141 het instellen van een vordering wegens loondiscriminatie op basis van geslacht voor vrouwen minder interessant maakt.⁶³³

b. Rechtvaardiging

407. Zoals hoger al uiteengezet werd, geldt naar Europees recht het beginsel dat direct onderscheid alleen verantwoord kan worden met wettelijke of geschreven rechtvaardigingsgronden. Een jurisprudentiële objectieve rechtvaardiging is in de regel uitgesloten. Als we vervolgens in rekening brengen dat artikel 141 EG-Verdrag, noch Richtlijn 75/117 enige (echte)⁶³⁴ rechtvaardigingsgrond vermelden, moet de conclusie zijn dat rechtstreeks beloningsonderscheid op grond van geslacht op geen enkele wijze gerechtvaardigd kan worden.⁶³⁵

629 Over het feit dat verschillende “bronnen” (in tegenstelling tot eenzelfde bron) onder art. 141 EG-Verdrag niet verplicht zijn om voor gelijkwaardige arbeid een gelijke beloning te betalen zie P.J.G. KAPTEYN, L.A. GEELHOED, K.J.M. MORTELMANS en C.W.A. TIMMERMANS, *l.c.*, 902-903.

630 M. DE VOS, “Worden Europese arbeidsverhoudingen Amerikaans?”, *l.c.*, 249.

631 Zie H.v.J. 27 maart 1980, *Macarthy's*, 127/79, *Jur.* 1980, 1275. Zie ook P. CRAIG en G. DE BURCA, *o.c.*, 852-853 en C. BARNARD, “Gender Equality in the EU: A Balance Sheet”, *l.c.*, 245 en B.J. DRIJBER en S. PRÉCHAL, *l.c.*, 129.

632 H.v.J. 4 februari 1988, *Murphy*, 157/86, *Jur.* 1988, 673. Voor een pleidooi voor een proportionele verhoging van de beloning van de gediscrimineerde vrouw (of man), zie C. BARNARD, “Gender Equality in the EU: A Balance Sheet”, *l.c.*, 251-252.

633 *Ibid.*

634 Wel is voorzien in de mogelijkheid van positieve actie, zie art. 141 lid 4 EG-Verdrag. *Cf. supra* nrs. 252-268.

635 Zie bv. C. BARNARD, *l.c.*, 239 en B.J. DRIJBER en S. PRÉCHAL, *l.c.*, 132-133.

408. Toch bestaat er op dit gebied enige twijfel: in *Smith* nam het Hof objectieve rechtvaardigingsgronden in overweging toen het zich moest uitspreken over de aanwezigheid van *direct* onderscheid bij de toekenning van bedrijfspensioenen (die sinds het arrest *Barber* onder het begrip beloning vallen in de zin van art. 119 en Richtlijn 75/117).⁶³⁶ Ook in de zaak *Brunnhof*er lijkt het Hof, althans volgens bepaalde rechtsleer, de objectieve rechtvaardiging van *direct* onderscheid tot de mogelijkheden te rekenen.⁶³⁷ Het gesloten rechtvaardigingsstelsel lijkt niet volledig waterdicht te zijn.⁶³⁸ Het valt bijgevolg niet bij voorbaat uit te sluiten dat het Hof een jurisprudentiële objectieve rechtvaardigingsgrond aanvaardt, of minstens in overweging neemt.⁶³⁹

409. Soms “rechtvaardigt” het Hof een rechtstreeks onderscheid met behulp van de vergelijkbaarheidstoets. In dergelijk geval zullen de Luxemburgse rechters oordelen dat de (schijnbaar vergelijkbare) situaties waartussen rechtstreeks onderscheid gemaakt werd, in werkelijkheid onvergelijkbaar waren. Zo kan het voorkomen dat mannen en vrouwen die op het eerste gezicht vanwege hun geslacht verschillend betaald werden voor gelijkwaardig werk, volgens het Hof “verschillend geplaatst” waren, en daarom geen aanspraak kunnen maken op gelijke behandeling.⁶⁴⁰

3. INDIRECT ONDERSCHIED

a. Vaststelling

410. Aanvankelijk had het er de schijn van dat artikel 141 EG-Verdrag alleen rechtstreekse werking had in situaties van “duidelijke en directe” loondiscriminatie op grond van geslacht.⁶⁴¹ In de zaak *Jenkins* werd echter duidelijk dat de rechtstreekse werking van diezelfde verdragsbepaling zich ook tot onrechtstreekse dis-

636 H.v.J. 28 september 1994, *Smith*, C-408/92, *Jur.* 1994, I-4435. Zie ook C. BARNARD, “Gender Equality in the EU: A Balance Sheet”, *I.c.*, 242.

637 H.v.J. 26 juni 2001, *Brunnhof*er, C-381/99, *Jur.* 2001, I-4961. Zie J. JACQMAIN, “Égalité entre travailleurs féminins et masculins”, *I.c.*, 2004 en J.H. GERARDS, *o.c.*, 226-227, vn. 23. Zie ook *supra* nrs. 288-292.

638 Zie in dit verband J. BOWERS en E. MORAN, “Justification in Direct Sex Discrimination Law: Breaking the Taboo”, *Industrial Law Journal* 2002, 307-320; J. BOWERS, E. MORAN en S. HONEYBALL, “Justification in Direct Sex Discrimination Law: a Reply”, *Industrial Law Journal* 2003, 185-187 en T. GILL en K. MONAGHAN, “Justification in Direct Sex Discrimination Law: Taboo Upheld”, *Industrial Law Journal* 2003, 115-122.

639 C. BARNARD, “Gender Equality in the EU: A Balance Sheet”, *I.c.*, 242 wijst er op dat hierdoor aan het gesloten rechtvaardigingsstelsel geweld gedaan wordt, en de hele bestaande jurisprudentie op het vlak van antidiscriminatie op de helling dreigt komen te staan. Om dat te vermijden pleit deze auteur voor de invoering van een “express derogation (...)”, democratically agreed and than narrowly construed”.

640 P. CRAIG en G. DE BÚRCA, *o.c.*, 864. Enkele voorbeelden van arresten waarin rechtstreekse onderscheiden gerechtvaardigd worden via de vergelijkbaarheidstoets zijn: H.v.J. 9 november 1993, *Birds Eye Walls*, C-132/92, *Jur.* 1993, I-5579. Andere voorbeelden zijn: H.v.J. 16 september 1999, *Abdoulaye*, C-218/98, *Jur.* 1999, I-5723, r.o. 18-20 en H.v.J. 29 november 2001, *Griesmar*, C-366/99, *Jur.* 2001, I-9383.

641 Zie H.v.J. 8 april 1976, *Defrenne*, 43/75, *Jur.* 1976, 445, r.o. 20-24. Zie ook P. CRAIG en G. DE BÚRCA, *o.c.*, 852 en P.J.G. KAPTEYN, L.A. GEELHOED, K.J.M. MORTELMANS en C.W.A. TIMMERMANS, *o.c.*, 903.

criminatie uitstrekt.⁶⁴² Dat arrest betrof de klacht van een deeltijdwerknemers bij een klerenproducent die betoogde dat het lagere uurloon dat zij in vergelijking met voltijds-aangestelden ontving, neerkwam op een onrechtstreeks onderscheid op basis van geslacht. Immers, deeltijdbanen werden in het bedrijf waar zij werkte voor de overgrote meerderheid uitgevoerd door vrouwen. Het Hof oordeelde dat er inderdaad sprake was van een ongeoorloofd onrechtstreeks onderscheid op basis van geslacht, verboden door artikel 141. Hiermee was het principe gevestigd dat ook *onrechtstreekse* geslachtsdiscriminatie op het vlak van beloning verboden was.⁶⁴³ Volgens een vaste jurisprudentie van het Hof is een bepaling of regeling

een indirecte discriminatie jegens vrouwelijke werknemers wanneer zij, hoewel in neutrale bewoordingen gesteld, feitelijk veel meer vrouwen dan mannen benadeelt, tenzij dit verschil in behandeling wordt gerechtvaardigd door objectieve factoren die niets van doen hebben met discriminatie op grond van geslacht.⁶⁴⁴

411. Deze rechtspraak is door de Europese wetgever gecodificeerd in *Richtlijn 97/80 inzake bewijslast*, een richtlijn die ook van toepassing is op geschillen inzake beloning.⁶⁴⁵ Er staat in geschreven dat van indirect onderscheid sprake is wanneer “een ogenschijnlijk neutrale bepaling, maatstaf of handelwijze een wezenlijk groter gedeelte van de leden van een geslacht benadeelt”, tenzij die bepaling, maatstaf of handelwijze passend en noodzakelijk is en kan worden gerechtvaardigd door objectieve factoren die geen verband houden met het geslacht van de betrokkene”.⁶⁴⁶

412. Beide formules zijn, hoewel zij enigszins verschillende termen bevatten, inhoudelijk identiek: voor de vaststelling van indirect onderscheid is vereist dat de klager aantoont (1) dat er sprake is van een ongelijke behandeling van vergelijkbare gevallen op basis van een geslachtsneutraal criterium en (2) dat die ongelijke behandeling wezenlijk meer vrouwen dan mannen treft (of *vice versa*).⁶⁴⁷ De fase van de vergelijking (en de vergelijkbaarheid) laat het Hof in de context van indirect onderscheid doorgaans achterwege.⁶⁴⁸ Volgens de rechtsleer moet “benadeling” dan ook

642 H.v.J. 31 maart 1981, *Jenkins*, 96/80, *Jur.* 1981, 911. Volgens P.J.G. KAPTEYN, L.A. GEELHOED, K.J.M. MORTELMANS en C.W.A. TIMMERMANS, *o.c.*, 904 was *Jenkins* een geval van “verkapte rechtstreekse” discriminatie, en was de zaak *Bilka* het eerste arrest waarin indirect onderscheid in het kader van art. 141 EG-Verdrag toegepast werd.

643 Over indirecte geslachtsdiscriminatie in de rechtspraak van het Hof, zie K. LUNDSTRÖM, “Indirect Sex Discrimination in the European Court of Justice’s Version”, in A. NUMHAUSER-HENNING (ed.), *Legal Perspectives on Equal Treatment and Non-Discrimination*, Den Haag, Kluwer Law International, 2001, 143-160; S. PRÉCHAL, “Combating Indirect Discrimination in Community Law Context”, *Legal Issues of European Integration* 1993, 81-97; K. VAN HAVERE, *l.c.*, 453-485.

644 Zie bv. H.v.J. 6 april 2000, *Jorgenssen*, C-226/98, *Jur.* 2000, I-2447.

645 Richtlijn 97/80/EG van de Raad van 15 december 1997 inzake de bewijslast in gevallen van discriminatie op grond van geslacht, *PB* 1998, L. 014.

646 Zie artikel 2 lid 2.

647 C. BAYART, “De opmars van het discriminatierecht in de arbeidsverhoudingen”, *l.c.*, 312 en B.J. DRIJBER en S. PRÉCHAL, *l.c.*, 137. Vgl. J.H. GERARDS, *l.c.*, 246-251.

648 J.H. GERARDS, *o.c.*, 246. Zie ook M. DE VOS, “Worden Europese arbeidrelaties Amerikaans?”, *l.c.*, 250. Laatstgenoemde auteur beoordeelt deze weglating negatief, dit in tegenstelling tot GERARDS. Voor enkele voorbeelden van zaken waar het Hof de vergelijkbaarheid onderzocht, zie H.v.J. 14 september 1999, *Gruber*, C-249/97, *Jur.* 1999, I-5295; H.v.J. 27 oktober 1993, *Enderby*, C-172/92, *Jur.* 1993, I-5535. Laatstgenoemde zaak betrof de eis van een logopediste die zich er over

beschouwd worden als het (in beginsel) enige criterium voor de vaststelling van indirect onderscheid.⁶⁴⁹

413. Zoals al vermeld werd, is er sprake van benadeling wanneer een onderscheid op basis van een neutraal criterium “feitelijk veel meer vrouwen dan mannen benadeelt” of “een wezenlijk groter gedeelte van de leden van een geslacht benadeelt”. Dit houdt *in de eerste plaats* in dat de benadeling *feitelijk* moet zijn. Een klager zal dus moeten bewijzen dat de geslachtsgroep waartoe hij behoort daadwerkelijk benadeeld is door het bestreden onderscheid, en zal niet kunnen volstaan met een verwijzing naar een mogelijk geslachtsdiscriminerend effect van het gehanteerde differentiatiecriterium. Hypotheses of feiten van algemene bekendheid zullen niet als doorslaggevend bewijs aanvaard worden. De eiser zal aan de hand van statistisch materiaal moeten aantonen dat de groep die door het neutrale differentiatiecriterium ongunstig behandeld is, voor het grootste deel uit vrouwen (of mannen) bestaat.⁶⁵⁰ Over dit statistisch materiaal heeft het Hof geoordeeld dat het (1) betrekking moeten hebben op een voldoende groot aantal personen; dat het (2) niet de uitdrukking mag zijn van zuiver toevallige of conjuncturele verschijnselen en dat het in (3) het algemeen significant moeten lijken.⁶⁵¹

414. De feitelijke (statistische) gegevens die de eiser aandraagt, moeten aantonen, dat het bestreden onderscheid een wezenlijk of veel groter gedeelte van de leden van een bepaald geslacht benadeelt. Hierbij rijst in de eerste plaats de vraag hoe de klager zijn *vergelijkingspool* moet samenstellen. Als het bijvoorbeeld gaat om een deeltijd-werkneemster die zich beklaagt over het geslachtsdiscriminerend effect van een ogenschijnlijk neutrale regeling, moet zij dan aantonen dat haar deeltijds werkende collega's uit het betrokken *bedrijf* voor het overgrote deel vrouwen zijn? Of mag zij ook de relevante *bedrijfssector* als uitgangspunt nemen? Of zelfs de hele *beroeps-*

→ beklagde dat de leden van haar beroepsgroep, die voor het overgrote deel uit vrouwen bestond, beduidend minder betaald werden dan apothekers – vooral een mannenberoep. Het Hof aanvaardde dat als de beroepen van vergelijkbare waarde waren, en als de statistieken relevant bevonden werden, de nationale rechter tot het bestaan van onrechtstreeks onderscheid kon besluiten. Voor de vaststelling van *indirecte* discriminatie is dus wél een vergelijking met andere bedrijfstakken of beroepsgroepen geoorloofd. In het klassieke geval van de vergelijking van deeltijds- en voltijdswerk is dit niet nodig, omdat het gaat om identiek hetzelfde werk. Zie P. CRAIG en G. DE BURCA, *o.c.*, 859-861.

649 B.J. DRIJBER en S. PRÉCHAL, *l.c.*, 138-139 en J.H. GERARDS, *o.c.*, 246.

650 J.H. GERARDS, *o.c.*, 246. Door de eis van statistisch bewijs, onderscheidt het recht op het vlak van indirecte beloningsdiscriminatie zich van de regels die gelden inzake nationaliteitsdiscriminatie (cf. *supra* nrs. 333-334). In die context staat indirect onderscheid immers vast “wanneer een aangevochten bepaling of regeling door haar aard zelf migrerende werknemers eerder kan treffen dan nationale”, waarbij “niet hoeft te worden vastgesteld dat de betrokken bepaling in de praktijk een aanzienlijk groter percentage migrerende werknemers treft”. De nieuwe Ras- en, Kaderrichtlijn en de Richtlijn tot wijziging van de Richtlijn gelijke behandeling man-vrouw (die laatste is niet van toepassing op beloningsdiscriminatie) vereisen evenmin statistisch bewijs voor de vaststelling van indirect onderscheid.

651 Zie bv. H.v.J. 6 april 2000, C-226/98, *Jur.* 2000, I-2447. Zie ook J.R. DIERX en J.J. SIEGERS, “Indirecte discriminatie van deeltijdwerkers. Statistisch bewijs en objectieve rechtvaardiging”, *NJB* 1990, 554-560. Zie ook M. DE VOS, “Worden Europese arbeidsverhoudingen Amerikaans?”, *l.c.*, 257.

bevolking? Op deze vragen heeft het Hof geen duidelijk antwoord gegeven wat tot scherpe kritiek in de rechtsleer aanleiding gegeven heeft.⁶⁵²

415. De volgende vraag is wanneer gesproken kan worden van een maatregel die een *wezenlijk groter deel* vrouwen dan mannen treft (of *vice versa*). Ook op dit gebied heeft het Hof in zijn rechtspraak geen precieze algemene criteria vastgesteld. Volgens DE VOS kan wél uit de jurisprudentie in dit verband afgeleid worden dat “het aandeel van de beschermde en getroffen groep zeker bijzonder moet zijn, maar niet noodzakelijk overweldigend”.⁶⁵³ In de meeste gevallen waarin het Hof het bestaan van onrechtstreeks onderscheid aanvaardde, bedroeg het aandeel vrouwen in de ongunstig behandelde groep 90 % of meer.⁶⁵⁴ Er bestaat echter ook een zaak waarin het Hof indirect onderscheid vaststelde toen slechts 62,5 % van de benadeelde groep vrouwelijk was.⁶⁵⁵ Verder heeft het Hof geoordeeld dat een relatief gering aandeel kan volstaan op voorwaarde dat uit het statistisch materiaal blijkt dat dit relatief constant is.⁶⁵⁶ Wanneer de verwerende werkgever een volstrekt ondoorzichtig beloningsstelsel hanteert zal het Hof het bestaan van onrechtstreeks onderscheid zelfs al aanvaarden “wanneer de vrouwelijke werknemer met betrekking tot een relatief groot aantal loontrekkenden aantoonde dat de gemiddelde beloning voor vrouwelijke werknemers lager is dan die voor mannelijke werknemers”.⁶⁵⁷

416. Over het algemeen genomen valt het op dat het Hof geen bijzonder nauwkeurig uitgewerkte juridische criteria ontwikkeld heeft voor de vaststelling van indirect beloningsonderscheid gebaseerd op geslacht. De nationale rechter krijgt op dit vlak weinig houvast.⁶⁵⁸ Ogenschijnlijk geslachtsneutrale criteria die in het verleden door het Hof aangemerkt zijn als potentieel discriminerend zijn onder andere voltijds/deeltijds⁶⁵⁹, anciënniteit⁶⁶⁰, flexibiliteit⁶⁶¹ en (in sommige gevallen) beroepsopleiding.⁶⁶²

652 Zie C. BAYART, “De opmars van het discriminatierecht in de arbeidsverhoudingen”, *I.c.*, 312 en B.J. DRIJBER en S. PRÉCHAL, *I.c.*, 138.

653 M. DEVOS, “Worden Europese arbeidsverhoudingen Amerikaans?”, *I.c.*, 256.

654 Zie de opsomming in B.J. DRIJBER en S. PRÉCHAL, *I.c.*, 139, vn. 132. Voor een voorbeeld zie H.v.J. 31 maart 1981, *Jenkins*, 96/80, *Jur.* 1981, 911.

655 H.v.J. 7 mei 1991, *Commissie/België*, C-228/98, *Jur.* 1991, I-2205, r.o. 15.

656 H.v.J. 9 februari 1999, *Seymour-Smith*, C-167/97, *Jur.* 1999, I-623, r.o. 63-64.

657 H.v.J. 27 oktober 1993, *Enderby*, C-172/92, *Jur.* 1993, I-5535, r.o. 14.

658 Volgens B.J. DRIJBER en S. PRÉCHAL, *I.c.*, 139 kan dit in de eerste plaats verklaard worden door het feit dat het in de meeste gevallen voor zich spreekt dat een onderscheidingscriterium (zoals “deeltijds aangesteld zijn”) geslachtsdiscriminerend werkt; nauwkeurige aanwijzingen over het vereiste aandeel vrouwen (of mannen) in de benadeelde groep, of van de kwaliteit van het statistische materiaal, is dan overbodig. In de tweede plaats neemt het Hof doorgaans de door de nationale rechter gedane vaststellingen als uitgangspunt: als de verwijzende rechter oordeelt dat een bestreden maatregel “wezenlijk meer” leden van een bepaald geslacht treft, zal het Hof deze feitelijke vaststelling doorgaans niet betwisten.

659 Zie o.a. H.v.J. 31 maart 1981, *Jenkins*, 96/80, *Jur.* 1981, 911; H.v.J. 13 mei 1986, *Bilka*, 170/84, *Jur.* 1986, 1607. De gelijke behandeling van voltijdse en deeltijdse werknemers is ondertussen ook wettelijk geregeld. Zie Richtlijn 97/81/EG van de Raad van 15 december 1997 betreffende de door UNICE, het CEEP en het EVV gesloten raamovereenkomst inzake deeltijdsarbeid, *P.B. L.* 14. Voor een bespreking van deze richtlijn, zie E. TRAVERSA, “Protection of Part-time Workers in the Case Law of the Court of Justice of the European Communities”, *International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations* 2003 219-241.

660 H.v.J. 17 oktober 1989, *Danfoss*, 109/88, *Jur.* 3199, r.o. 24.

661 H.v.J. 17 oktober 1989, *Danfoss*, 109/88, *Jur.* 3199, r.o. 21.

662 H.v.J. 17 oktober 1989, *Danfoss*, 109/88, *Jur.* 3199, r.o. 23.

b. Rechtvaardiging

i. Algemeen

417. Als het Hof een indirect onderscheid vastgesteld heeft, beschikt de verweerder nog steeds over de mogelijkheid dat onderscheid objectief te verantwoorden. Volgens de definitie in artikel 2 van de Bewijslastrichtlijn, die van toepassing is op de situaties bestreken door art. 141 EG-Verdrag en Richtlijn 75/117) is een onrechtstreekse ongelijke behandeling gerechtvaardigd wanneer “die bepaling, maatstaf of handelwijze passend en noodzakelijk is en kan gerechtvaardigd worden door objectieve factoren die geen verband houden met het geslacht van de betrokkenen”.

418. Deze algemene formulering van de rechtvaardigingstest neemt niet weg dat het Hof aan deze test een verschillende invulling geeft afhankelijk van de vraag *wie* er van discriminatie beticht wordt: is de verweerder een *werkgever*, dan zal de test relatief streng zijn⁶⁶³; gaat het daarentegen om een *lidstaat* wiens arbeidswetgeving onrechtstreeks onderscheid maakt tussen mannen en vrouwen, dan is de test verhoudingsgewijs mild.⁶⁶⁴

ii. Rechtvaardigingstest voor werkgevers

419. Werkgevers kunnen onrechtstreeks onderscheid op grond van geslacht verantwoorden als zij voldoen aan de door het Hof ontworpen *Bilka-test*.

Het staat aan de nationale rechterlijke instantie, die bij uitsluiting bevoegd is om de feiten te beoordelen, om uit te maken of, en zo ja, in welke mate de redenen die door een werkgever worden aangevoerd ter verklaring van een salarisbeleid dat ongeacht het geslacht van een werknemer van toepassing is maar in feite meer vrouwen dan mannen treft, als objectief gerechtvaardigde economische redenen kunnen worden beschouwd. Stelt de nationale rechterlijke instantie vast, dat de door verzoekster in het hoofdgeding gekozen middelen aan een werkelijke behoefte van de onderneming beantwoorden, geschikt zijn om het door haar beoogde doel te bereiken en daarvoor ook noodzakelijk zijn, dan is de omstandigheid dat de betrokken maatregel veel meer vrouwelijke dan mannelijke werknemers treft, geen voldoende grond om te concluderen dat artikel 119 is geschonden.⁶⁶⁵

420. Deze test verlangt in de eerste plaats dat de bestreden handeling of maatregel “haar verklaring vindt in factoren die (...) niets van doen hebben met discriminatie op grond van geslacht”.⁶⁶⁶ Het kenmerk geslacht mag dus in de ongunstige behandeling

663 Een enigszins aparte jurisprudentie geldt voor onrechtstreeks onderscheid dat een C.A.O. als formele rechtsbron heeft. Zie H.v.J. 27 juni 1990, *Kowalska*, C-33/89, *Jur.* 1990, I-2591, r.o. 12-16. Zie ook C. BAYART, “De opmars van het discriminatierecht in de arbeidsverhoudingen”, *l.c.*, 314.

664 C. BARNARD, “Gender Equality in the EU: A Balance Sheet”, *l.c.*, 239-240 en C. BAYART, “De opmars van het discriminatierecht in de arbeidsverhoudingen”, *l.c.*, 313-314. De test die opgelegd wordt aan de wetgever in de sociale zekerheid is nog anders. *Cf. infra* nrs. xxx.

665 H.v.J. 13 mei 1986, *Bilka*, 170/84, *Jur.* 1986, 1607, r.o. 36.

666 H.v.J. 13 mei 1986, *Bilka*, 170/84, *Jur.* 1986, 1607, r.o. 31.

die de klager te beurt viel, geen enkele rol gespeeld hebben.⁶⁶⁷ In de woorden van DE VOS: “De werkgever kan het vermoeden van discriminatie (...) slechts weerleggen door aan te tonen dat de gewraakte behandeling *volledig vreemd* is aan het beschermde kenmerk. Eender welk verband met het beschermde kenmerk is (...) verboden, ook al is het niet doorslaggevend”. Ligt aan een onrechtstreeks onderscheid een *mixed motive decision* ten grondslag – waarbij minstens een van de motieven verband hield met geslacht – dan zal de werkgever dit onderscheid in beginsel niet kunnen rechtvaardigen (cf. *supra*).⁶⁶⁸ In de rechtsleer is opgemerkt dat het Hof in de praktijk struikelt over deze eerste voorwaarde voor rechtvaardiging.⁶⁶⁹

421. Het tweede, en belangrijkste element van de *Bilka*-test vereist dat de bestreden maatregel voldoet aan de volgende voorwaarden: het in die maatregel gemaakte onderscheid moet “beantwoorden aan een echte behoefte van de onderneming, geschikt zijn om dat doel te bereiken en daarvoor ook noodzakelijk zijn”.⁶⁷⁰

422. In de eerste plaats moet een werkgever aantonen dat het door hem gemaakte onderscheid beantwoordt aan *een echte behoefte van de onderneming*. Andere dan bedrijfseconomische motieven kan de werkgever niet ter verantwoording inroepen.⁶⁷¹ Het Hof heeft dit vereiste streng uitgelegd: het aantonen van “de een of andere” behoefte aan een bestreden maatregel (bv. een maatregel die “flexibele” werknemers gunstiger belooft, wat doorgaans in het nadeel werkt van vrouwen) is onvoldoende. De werkgever zal moeten aantonen dat het ogenschijnlijk neutrale kenmerk op basis waarvan hij een onderscheid maakt (flexibiliteit) “voor de uitvoering van de aan de werknemers opgedragen specifieke werkzaamheden van belang is”.⁶⁷² Dezelfde eis stelt het Hof wanneer een werkgever bij de bepaling van de beloning voor zijn werknemers onderscheidingscriteria zoals “opleiding”⁶⁷³, “lichamelijke belasting”⁶⁷⁴ en “beroepservaring of anciënniteit”⁶⁷⁵ gebruikt. Het in reke-

667 Elke discriminatoire overweging leidt ertoe dat de doelstelling van de ongelijke behandeling onge-rechtvaardigd is. Een discriminatoir motief wordt niet alleen aanwezig geacht wanneer een “sub-jectieve intentie om te discrimineren” bewezen wordt, maar ook wanneer “een criterium gebruikt wordt dat noodzakelijkerwijze onderscheid op grond van geslacht tot gevolg heeft”. Zie J.H. GERARDS, *o.c.*, 269-271.

668 Zie M. DE VOS, “Worden Europese arbeidrelaties Amerikaans?”, *l.c.*, 248 en de verwijzingen aldaar. In dezelfde zin C. BAYART, “De opmars van het discriminatierecht in de arbeidsverhou-dingen”, *l.c.*, 312 (zij het dat BAYART hier alleen de situatie behandelt waarin de verweerder “schuld” trof). Vgl. J.H. GERARDS die een tegenvoorbeeld geeft van een “mixed motive decision” die door het Hof als gerechtvaardigd beschouwd werd. Deze had echter geen betrekking op een handeling van een werkgever, wel op een (Belgische) wet. Cf. *infra* nr. 425.

669 Zie J.H. GERARDS, *o.c.*, 270.

670 H.v.J. 13 mei 1986, *Bilka*, 170/84, *Jur.* 1986, 1607, r.o. 37.

671 Dit in tegenstelling tot de doelstellingen die indirect onderscheid kunnen rechtvaardigen in het kader van het vrij verkeer: daarbij moet het volgens het Hof gaan om “dwingende redenen van algemeen belang” die bovendien niet-economisch van aard moeten zijn. Dit verschil hangt vanzelfsprekend samen met het feit dat in het kader van het vrij verkeer de verweerder doorgaans een lidstaat is, en geen werkgever. Cf. *supra* nr. 335. Zie ook B.J. DRIJBER en S. PRÉCHAL, *l.c.*, 140. Zie ook T. TOWNSHEND-SMITH, “Economic Defences to Equal Pay Claims”, in T.K. HERVEY en D. O’KEEFFE (eds.), *Sex Equality Law in the European Union*, Chisester, John Wiley & Sons, 1996.

672 H.v.J. 17 oktober 1989, *Danfoss*, 109/88, *Jur.* 1989, 3199.

673 *Ibid.*, r.o. 23.

674 H.v.J. 1 juli 1986, *Rummler*, 237/85, *Jur.* 1986, 2101, r.o. 24.

675 H.v.J. 9 februari 1991, *Nimz*, C-184/89, *Jur.* 1991, I-297, r.o. 14. Vgl. H.v.J. 17 oktober 1989, *Danfoss*, 109/88, *Jur.* 1989, 3199.

ning brengen van dergelijke eigenschappen bij de vaststelling van beloningen is alleen geoorloofd wanneer het gaat om eigenschappen die rechtstreeks bijdragen tot de uitvoering van de specifieke beroepswerkzaamheden.⁶⁷⁶ Meer algemeen kan gesteld worden dat het door de werkgever ingeroepen doel pas door het Hof als legitiem aanvaard zal worden wanneer dit samenvalt met een “zwaarwegende, voor de continuïteit van zijn onderneming vitale behoefte”.⁶⁷⁷

423. In de tweede plaats moet de werkgever bewijzen dat de regeling waarmee indirect onderscheid gemaakt wordt, geschikt en noodzakelijk is om het legitieme doel te bereiken. Het Europees Hof van Justitie laat het *geschiktheidsoordeel* vrijwel altijd over aan de nationale rechter.⁶⁷⁸ Ook over de *noodzakelijkheid* van een bestreden onderscheid zal het Hof zelden zelf uitspraak doen.⁶⁷⁹ In de rechtsleer is gesteld dat “noodzakelijk” in deze context streng uitgelegd moet worden: alleen wanneer de onderscheidmakende beloningsmaatregel “strikt noodzakelijk” is voor het bereiken van de (bedrijfseconomische) doelstelling, zou hij gerechtvaardigd zijn.⁶⁸⁰ Als dezelfde doelstelling gehaald kan worden met middelen die minder nadelig zijn voor een bepaalde geslachtsgroep, is hij daarentegen onevenredig en derhalve in strijd met artikel 141 EG-Verdrag.⁶⁸¹

iii. Rechtvaardigingstest voor wetgever

424. In sommige gevallen is degene die op het vlak van beloning een indirect onderscheid maakt op grond van geslacht niet een werkgever, maar een lidstaat. Zo kan met name *nationale wetgeving* in aanvaring komen met de beginselen van gelijke behandeling zoals deze blijken uit artikel 141 EG-Verdrag en Richtlijn 75/117. Een voorbeeld van wetgeving die onrechtstreeks onderscheid maakt tussen mannen en vrouwen, vinden we in de zaak *Rinner-Kühn*, waarbij een Duitse regel deeltijdwerknemers uitsloot van het recht op ziektekostenvergoeding. De test die het Hof aan de nationale normstellers oplegt is gevoelig milder dan de hoger besproken *Bilka*-test.

⁶⁷⁶ J.H. GERARDS, *o.c.*, 272-273.

⁶⁷⁷ P.J.G. KAPTEYN, L.A. GEELHOED, K.J.M. MORTELMANS en C.W.A. TIMMERMANS, *o.c.*, 905. Volgens K. LENAERTS, “Gelijkheid en non-discriminatie in het Europees Gemeenschapsrecht”, *l.c.*, 59-60 moet de door de werkgever ingeroepen doelstelling “strikt noodzakelijk” gemaakt zijn door economische redenen: “het eenvoudige streven van een onderneming om voltdarbeid aan te moedigen is niet voldoende, dit streven moet bovendien verantwoord worden vanuit de economische activiteit van de onderneming en als dusdanig *strikt* noodzakelijk blijken”. Voor een overzicht van economische overwegingen die in het verleden door het Hof in overweging genomen zijn, zie C. BARNARD, “Gender Equality in the EU: A Balance Sheet”, *l.c.*, 239-240.

⁶⁷⁸ Zie bv. H.v.J. 11 juni 1987, *Teuling*, 30/85, *Jur.* 1987, 2498. In de weinige gevallen waarin het Hof toch eigenhandig het geschiktheidsonderzoek doorvoert, besluit het doorgaans zonder nadere motivering dat aan het vereiste van de geschiktheid is voldaan. Zie ook J.H. GERARDS, *l.c.*, 286. Volgens B.J. DRIJBER en S. PRÉCHAL, *l.c.*, 143 is de zaak *Lewark* een toepassing van het geschiktheidsvereiste door het Hof (H.v.J. 6 februari 1996, *Lewark*, C-457/93, *Jur.* 1996, I-243).

⁶⁷⁹ Zie bv. H.v.J. 11 juni 1987, *Teuling*, 30/85, *Jur.* 1987, 2498. Zie ook J.H. GERARDS, *l.c.*, 287.

⁶⁸⁰ K. LENAERTS, “Gelijkheid en non-discriminatie in het Europees Gemeenschapsrecht”, *l.c.*, 60 en P.J.G. KAPTEYN, L.A. GEELHOED, K.J.M. MORTELMANS en C.W.A. TIMMERMANS, *o.c.*, 905.

⁶⁸¹ C. BAYART, “De opmars van het discriminatierecht in de arbeidsverhoudingen”, *l.c.*, 314.

425. In de eerste plaats moet een onrechtstreeks naar geslacht onderscheidende wetgeving (in de context van beloning) beantwoorden aan “een legitieme doelstelling van het sociaal beleid van de lidstaat”.⁶⁸² Met ongespecificeerde doelstellingen of generaliserende uitspraken zal het Hof geen genoegen nemen.⁶⁸³ In tweede instantie mag het gebruik van het onrechtstreeks onderscheidende criterium “niets van doen hebben met discriminatie op grond van geslacht”.⁶⁸⁴ Dit lijkt te betekenen dat wanneer de wetgever wel bewogen werd door een discriminerend motief (zelfs al was dit geen doorslaggevend motief) de bestreden maatregel niet gerechtvaardigd is.⁶⁸⁵ In het arrest *Comissie/België* rechtvaardigt het Hof nochtans een wettelijke bepaling die naar haar oordeel ten dele ingegeven was door discriminatoire overwegingen.⁶⁸⁶

426. Volgens de rechtspraak van vóór het arrest *Seymour-Smith* van 2 februari 1999⁶⁸⁷, moest een indirect onderscheidende wetgevende maatregel tot slot geschikt en noodzakelijk zijn.⁶⁸⁸ In *Seymour-Smith* wordt deze eis afgezwakt. Voortaan kan de nationale wetgever er mee volstaan te bewijzen dat “hij redelijkerwijze mocht oordelen dat de gekozen middelen geschikt waren ter bereiking van dat doel”.⁶⁸⁹ De strenge onmisbaarheidstest die geldt voor de rechtvaardiging van onrechtstreeks onderscheid dat uitgaat van een werkgever, is dus in de context van arbeidswetgeving slechts een *redelijkheidstest*. Dat werkgevers zich niet op deze milde rechtvaardigingstest mogen beroepen werd door het Hof uitdrukkelijk bevestigd in de zaak *Kruger*.⁶⁹⁰

4. WERKINGSSFEER

427. De personele werkingssfeer van artikel 141 EG-Verdrag is niet beperkt tot gemeenschapsburgers – zoals wel het geval is inzake het verbod van nationaliteitsdiscriminatie (*cf. supra* nrs. 354-355). Ook werknemers uit derdelanden vallen dus onder de beschermingsreikwijdte van het verbod van geslachtsdiscriminatie op het

682 H.v.J. 9 februari 1999, *Seymour-Smith*, C-167/97, *Jur.* 1999, I-623, r.o. 71.

683 H.v.J. 13 juli 1989, *Rinner-Kühn*, 171/88, *Jur.* 1989, 2743, r.o. 14.

684 *Ibid.* en H.v.J. 9 februari 1999, *Seymour-Smith*, C-167/97, *Jur.* 1999, I-623, r.o. 76.

685 Het Hof spreekt immers van *niets* van doen hebben met discriminatie op grond van geslacht.

686 H.v.J. 7 mei 1991, *Commissie/België*, C-229/89, *Jur.* 1991, I-2205. GERARDS besluit uit die uitspraak dat indirect onderscheidende maatregelen die (mede) ingegeven zijn door motieven die verband houden met geslacht, alleen verboden zijn wanneer diezelfde motieven doorslaggevend zijn. Hiermee wijkt zij af van het gangbare standpunt (zie bv. C. BAYART, “De opmars van het discriminatierecht in de arbeidsverhoudingen”, *I.c.*, 312 en M. DE VOS, “Worden Europese arbeidrelaties Amerikaans?”, *I.c.*, 248) volgens hetwelk elk discriminerend motief een onrechtstreeks onderscheidende maatregel onwettig maakt.

687 H.v.J. 9 februari 1999, *Seymour-Smith*, C-167/97, *Jur.* 1999, I-623. Voor een commentaar, zie C. BARNARD en B. HEPPLER, “Indirect Discrimination: Interpreting Seymour-Smith”, *Cambridge Law Journal* 1999, 399-412.

688 Zie het in die tijd nog geldende precedent *Rinner-Kühn* (H.v.J. 13 juli 1989, *Rinner-Kühn*, 171/88, *Jur.* 1989, 2743, r.o. 14). Zie ook C. BARNARD, “Gender Equality in the EU: A Balance Sheet”, *I.c.*, 240.

689 H.v.J. 9 februari 1999, *Seymour-Smith*, C-167/97, *Jur.* 1999, I-623, r.o. 66-77.

690 H.v.J. 9 september 1999, *Kruger*, C-281/97, *Jur.* 1999, I-5127, r.o. 29-30. Zie ook C. BAYART, “De opmars van het discriminatierecht in de arbeidsverhoudingen”, *I.c.*, 314.

vlak van beloning.⁶⁹¹ Dit ligt in de lijn van de rechtspraak van het Hof waarin het recht op gelijke beloning van mannen en vrouwen beschermd wordt als een aspect van het gelijkheidsbeginsel als fundamenteel mensenrecht.⁶⁹²

428. De materiële werkingssfeer van het verbod van geslachtsdiscriminatie op het vlak van beloning voor arbeid, is vanzelfsprekend beperkt tot de sfeer van arbeid en beroep. Over de afbakening van het terrein van de “beloning” tegenover dat van de “sociale zekerheid” wordt verder ingegaan (*cf. infra* nrs. 501-504).

C. Gelijke behandeling

1. ALGEMEEN

429. De hieronder besproken regels verbieden geslachtsdiscriminatie in de sfeer van arbeid en beroep en beschermen zowel *werknemers* als *zelfstandig gevestigden*. Vaak schrijft men dat deze richtlijnen gaan over “gelijke behandeling” in tegenstelling tot “beloning” en “sociale zekerheid”.⁶⁹³

2. RICHTLIJN 76/207 (WERKNEMERS)

a. Algemeen

430. Het verbod van geslachtsdiscriminatie op het vlak van beloning, het enige dat aanvankelijk voorkwam in het Europese recht, bood vrouwen slechts een beperkte bescherming tegen de talrijke mogelijke vormen van geslachtsdiscriminatie in de werksfeer.⁶⁹⁴ Daarom nam de Raad in 1976 Richtlijn 76/207 aan “betreffende de tenuitvoerlegging van het beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen ten aanzien van de toegang tot het arbeidsproces, de beroepsopleiding en de promotiekansen, en ten aanzien van de arbeidsvoorwaarden”.⁶⁹⁵ Met deze richtlijn bestrijkt het Europeesrechtelijke verbod van geslachtsdiscriminatie de meeste aspecten van de arbeidsrelatie.

431. In het jaar 2002 werd Richtlijn 76/207 grondig gewijzigd door Richtlijn 2002/73⁶⁹⁶, die de verworvenheden uit de rechtspraak van het Hof codificeert, en boven-

⁶⁹¹ M. BELL, *o.c.*, 194 en U. RUST, *l.c.*, 34.

⁶⁹² P.J.G. KAPTEYN, L.A. GEELHOED, K.J.M. MORTELMANS en C.W.A. TIMMERMANS, *o.c.*, 906-907.

⁶⁹³ Zo bv. B.J. DRIJBER en S. PRÉCHAL, *l.c.*, 130.

⁶⁹⁴ P. FOUBERT, “Het discriminatieverbod in de arbeidsrelatie – Een overzicht van de relevante Europeesrechtelijke bepalingen”, *l.c.*, 202. In dezelfde zin zie J. JACQMAIN, “Égalité entre femmes et hommes dans les conditions de travail: amendements à la directive Européenne 76/207”, *Soc. Kron.* 2003, 262.

⁶⁹⁵ Richtlijn 76/207/EEG van de Raad betreffende de tenuitvoerlegging van het beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen ten aanzien van de toegang tot het arbeidsproces, de beroepsopleiding, de promotiekansen en ten aanzien van de arbeidsvoorwaarden, *PB.* 1976, *L.* 39/40.

⁶⁹⁶ Richtlijn 2002/73/EG van het Europees Parlement en de Raad van 23 september 2002 tot wijziging van Richtlijn 76/207/EEG van de Raad betreffende de tenuitvoerlegging van het beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen ten aanzien van de toegang tot het arbeidsproces, de

→

dien nauw aansluiting zoekt bij de in 2000 uitgevaardigde Ras- en Kaderrichtlijn.⁶⁹⁷ Richtlijn 2002/73 moet ten laatste op 5 oktober 2005 door de lidstaten omgezet zijn in nationaal recht.⁶⁹⁸ In wat volgt zal steeds naar de gewijzigde versie van Richtlijn 76/207 verwezen worden, tenzij dit uitdrukkelijk anders vermeld wordt.

b. Direct onderscheid

i. Vaststelling

432. Volgens artikel 2 lid 1 van Richtlijn 76/207 is er sprake van *directe discriminatie* wanneer iemand op grond van geslacht ongunstiger wordt behandeld dan een ander in een vergelijkbare situatie wordt, is of zou worden behandeld.⁶⁹⁹ Uit deze definitie van “directe discriminatie” blijkt dat voor de vaststelling van direct geslachtsonderscheid vereist is dat de klager een (1) referentiepersoon aanduidt die zich (2) in een vergelijkbare situatie bevindt als hijzelf, maar (3) aan wie een gunstiger behandeling te beurt viel (4) op grond van zijn geslacht.

433. De eiser moet dus een vergelijkbaarheidstoets doorlopen, alsook het bewijs leveren van een benadeling of “ongunstige behandeling”. Daarbij maakt de wetgever het hem wel makkelijker dan in het kader van rechtstreeks onderscheid op het vlak van “beloning”: uit de tekst van Richtlijn 76/207 blijkt immers dat het slachtoffer zijn situatie ook mag afmeten aan een *historische* en *hypothetische referentiepersoon*.⁷⁰⁰ De tekst stipuleert immers dat de benadeelde moet aantonen dat hij slechter behandeld is dan een ander *is* of *zou* worden behandeld. De vaak zeer moeizame zoektocht naar een echt bestaande comparator is hiermee in de context van Richtlijn 76/207 overbodig gemaakt.⁷⁰¹

ii. Vaststelling bij zwangerschap, moederschap, transseksualiteit

434. Het Hof heeft geoordeeld dat rechtstreeks onderscheid niet alleen vastgesteld wordt wanneer een ongunstige behandeling gebaseerd is op geslacht, maar ook wanneer een behandeling steunt op een kenmerk dat rechtstreeks verband houdt

→ beroepsopleiding en de promotiekansen, en ten aanzien van de arbeidsvoorwaarden, *P.B. L.* 269/15. Voor een bespreking van de toepassing van de oorspronkelijke richtlijn door de jaren heen, zie P. HUMBLET, “Gelijke behandeling man/vrouw na twintig jaar Richtlijn 76/207”, *l.c.*, 179-243. De rechtsgrond voor deze richtlijn was het door het Verdrag van Amsterdam ingevoerde art. 141 lid 3 EG-Verdrag.

697 Richtlijnen 2000/43 en 2000/78.

698 Art. 2 lid 1 Richtlijn 2002/73/EG.

699 Deze omschrijving verwijst alleen naar het verboden karakter van de ongelijke behandeling van vergelijkbare gevallen. Dat ook de gelijke behandeling van onvergelijkbare gevallen onwettig is onder de richtlijn, blijkt uit overweging 10 van de preambule. Daarin staat, met een verwijzing naar de rechtspraak van het Hof, dat er ook sprake is van discriminatie “wanneer dezelfde regels worden toegepast op verschillende situaties”.

700 C. BAYART, “Discriminatie in de arbeidsverhoudingen. De Ras- en Kaderrichtlijn: technieken en potentiële gevolgen”, *l.c.*, 7.

701 L. WADDINGTON en M. BELL, *l.c.*, 592.

met geslacht, of daarmee onlosmakelijk verbonden is.⁷⁰² Daarbij moet gedacht worden aan ongelijke behandelingen op grond van zwangerschap (en moederschap)⁷⁰³ en transseksualiteit.⁷⁰⁴ Het Hof beschouwt een ongelijke behandeling op basis van homoseksualiteit *niet* als een behandeling die “voornamelijk zoniet uitsluitend gebaseerd [is] op het geslacht van de belanghebbende”.⁷⁰⁵ Direct onderscheid gebaseerd op seksuele geaardheid kan dus niet bestreden worden met behulp van de bepalingen inzake geslachtsdiscriminatie.⁷⁰⁶

435. Een eiser die zich beklaagt over een ongelijke behandeling die rechtstreeks gebaseerd was op zwangerschap (of moederschap), hoeft volgens de rechtspraak van het Hof geen mannelijke referentiepersoon in een vergelijkbare situatie aan te duiden.⁷⁰⁷ Vergelijking met een man met bepaalde ziektesymptomen is door het Hof uitdrukkelijk uitgesloten.⁷⁰⁸ Aanvaardt het Hof dat “zwangerschap” de reden was voor een ongunstige behandeling, dan wordt dus onmiddellijk overgegaan tot de fase van de rechtvaardiging. Bij een ongelijke behandeling op basis van transseksualiteit is een “zoektocht” naar een maatman evenmin nodig: het Hof vergelijkt immers de situatie van een transseksueel *na* de geslachtsverandering met die van dezelfde persoon *voor* de geslachtsverandering.⁷⁰⁹

702 H.v.J. 8 november 1990, *Dekker*, 177/88, *Jur.* 1990, 3941, r.o. 17. Zie ook C. BAYART, *o.c.*, 114-115. Voor een kritische commentaar zie M. DE VOS, “Worden Europese arbeidsverhoudingen Amerikaans?”, *l.c.*, 250-251.

703 Zie H.v.J. 8 november 1990, *Dekker*, 177/88, *Jur.* 1990, 3941, r.o. 17 en H.v.J. 3 februari 2000, *Mahlburg*, C-207/98, *Jur.* 2000, I-549, r.o. 20. Zie ook K. RIESENHUBER en J.U. FRANCK, “Verbot der Geschlechtsdiscriminierung im Europäischen Vertragsrecht”, *Juristen Zeitung* 2004, 531; M. WYNN, “Pregnancy Discrimination: Equality, Protection, or Reconciliation?”, *Modern Law Review* 1999, 435 e.v.

704 In het kader van Richtlijn 76/207 verleende het Hof bescherming aan een transseksuele werknemer die ontslagen werd omdat zij haar oorspronkelijke (mannelijke) geslacht operatief had laten wijzigen. Het Hof oordeelde dat dit ontslag een schending uitmaakte van het toenmalige art. 5 van Richtlijn 76/207, dat het werkgevers verbiedt aangestelden te ontslaan op grond van hun geslacht. Hoewel het door het Hof gehanteerde mensenrechtendiscours anders doet vermoeden, betreft deze uitspraak geen horizontale toepassing van een algemeen en autonoom gelijkheidsbeginsel, maar een toepassing van Richtlijn 76/207. Het Hof vergeleek werknemer P. vóór en ná haar geslachtsoperatie, en besloot dat zij vanwege haar enige gewijzigde eigenschap – haar geslacht – ontslagen was. Werknemers die wensen een geslachtsverandering te ondergaan worden dus beschermd onder het verbod van geslachtsdiscriminatie zoals vervat in Richtlijn 76/207 en niet onder het gelijkheidsbeginsel als algemeen beginsel van Europees recht. P/S kan wel gezien worden als een “mensenrechtelijke” interpretatie van Richtlijn 76/207. Zie H.v.J. 30 april 1996, *P/S*, C-13/94, *Jur.* 1996, 2143, r.o. 21-22. Voor een commentaar zie T. CONNOR, “Community Discrimination Law: No Right to Equal Treatment in Employment in Respect of Same Sex Partner”, *E.L.Rev.* 1998, 378-385. Zie M. BELL, *o.c.*, 109; P. CRAIG en G. DE BÚRCA, *o.c.*, 388; C. ENGELS, *l.c.*, 24-25 en K. LENAERTS en P. VAN NUFFEL, *o.c.*, 2003, 148. Zie ook *infra* nr. 474.

705 H.v.J. 17 februari 1998, *Grant*, C-246/96, *Jur.* 1998, I-621, r.o. 42.

706 *Ibid.*, 47.

707 Voor kritiek op deze rechtspraak, zie M. DE VOS, “Worden Europese arbeidrelaties Amerikaans?”, *l.c.*, 250-251. Voor het tegenovergestelde standpunt, zie C. BARNARD, “Gender Equality in the EU: A Balance Sheet”, *l.c.*, 246-247 en E. ELLIS, “The Definition of Discrimination in European Community Sex Equality Law”, *l.c.*, 567-568. Zie ook P. CRAIG en G. DE BÚRCA, *o.c.*, 902-903; B.J. DRIJBER en S. PRECHAL, *l.c.*, 130 en C. ENGELS, *l.c.*, 21.

708 H.v.J. 14 juli 1994, *Webb*, C-32/93, *Jur.* 1994, I-3567, r.o. 24.

709 H.v.J. 30 april 1996, *P/S*, C-13/94, *Jur.* 1996, 2143, r.o. 21.

iii. Rechtvaardiging

436. Richtlijn 76/207 voorziet in drie wettelijke gronden ter rechtvaardiging van direct onderscheid op basis van geslacht⁷¹⁰: (1) de wezenlijke en bepalende beroepsvereiste⁷¹¹; (2) de bescherming van zwanger- en moederschap⁷¹² en (3) positieve actie.⁷¹³ Een rechtstreeks onderscheid kan alleen op een van deze 3 gronden gerechtvaardigd worden als het “passend en noodzakelijk” is ter verwezenlijking van zijn beoogde doel.⁷¹⁴ In de rechtsleer is opgemerkt dat het Hof de uitzonderingsmogelijkheden voor direct onderscheid op basis van geslacht relatief ruim uitgelegd heeft.⁷¹⁵

– Wezenlijke en bepalende beroepsvereiste

437. Artikel 2 lid 6 van Richtlijn 76/207 luidt als volgt:

De lidstaten kunnen ten aanzien van de toegang tot het arbeidsproces, inclusief de opleiding die daartoe leidt, bepalen dat *een verschil in behandeling* [onze cursivering] dat gebaseerd is op een kenmerk dat verband houdt met het geslacht, geen discriminatie vormt, indien een dergelijk kenmerk wegens de aard van de betrokken specifieke beroepsactiviteiten of de context waarin deze worden uitgevoerd, een wezenlijke en bepalende beroepsvereiste vormt, mits het doel legitiem en het vereiste evenredig aan dat doel is.

438. Deze bepaling vervangt het oude artikel 2 lid 2 van Richtlijn 76/207. Daarin werd lidstaten de mogelijkheid geboden om *in abstracto* beroepsactiviteiten aan te duiden die uitgesloten waren van de toepassing van het gelijkheidsbeginsel.⁷¹⁶ Het moest daarbij gaan om beroepsactiviteiten voor de uitoefening waarvan het geslacht een deterninderende rol speelde.⁷¹⁷ Het Hof zag erop toe dat de door lidstaten voorziene uitzonderingsmogelijkheden (in België was bij K.B. een lijst opgesteld van “vrijgestelde” beroepen) voldeden aan de eisen van evenredigheid.⁷¹⁸

710 B.J. DRIJBER en S. PRECHAL, *l.c.*, 132 merken op dat het hierbij niet om “echte” rechtvaardigingsgronden of uitzonderingen gaat, maar om regels die garanderen dat bepaalde ongelijke gevallen ook ongelijk behandeld worden. Het zijn volgens deze auteurs regels die “aansluiten bij relevante verschillen” en dus geen uitzonderingen ingegeven door bv. politieke of financiële overwegingen. Zie B.J. DRIJBER en S. PRECHAL, *l.c.*, 132.

711 Art. 3 lid 6.

712 Art. 3 lid 7.

713 Art. 3 lid 8.

714 C. BARNARD, “Gender Equality in the EU: A Balance Sheet”, *l.c.*, 242 en B.J. DRIJBER en S. PRECHAL, *l.c.*, 142-143.

715 Zie B.J. DRIJBER en S. PRÉCHAL, *l.c.*, 142.

716 Letterlijk: “Deze richtlijn vormt geen belemmering voor de bevoegdheid van de lidstaten om beroepsactiviteiten van de toepassing hiervan uit te sluiten en, in voorkomend geval, de hiervoor noodzakelijke opleidingen, waarvoor vanwege hun aard of de voorwaarden voor de uitoefening ervan, het geslacht een bepalende factor is”. Voor een bespreking zie bv. C. ENGELS, *l.c.*, 31-34. Zie B.J. DRIJBER en S. PRÉCHAL, *l.c.*, 142.

717 L. WADDINGTON en M. BELL, *l.c.*, 598.

718 C. BAYART, “De opmars van het discriminatierecht in de arbeidsverhoudingen”, *l.c.*, 313.

439. Het eerder geciteerde artikel 2 lid 6 geeft lidstaten het recht om *individuele* op geslacht gebaseerde ongelijke behandelingen te rechtvaardigen, niet om gehele beroepen vrij te stellen van de toepassing van het gelijkheidsbeginsel. Bovendien is uitdrukkelijk in de wet opgenomen dat de uitzondering een legitiem doel moet dienen en in een evenredige verhouding tot dat doel moet staan. De indruk ontstaat dat de nieuwe bepaling inzake de wezenlijke en bepalende beroepsvereiste strikter is, en dus minder uitzonderingen op het verbod van rechtstreeks geslachtsonderscheid zal toestaan.⁷¹⁹

440. Beroepen waarvan het Hof in het verleden geoordeeld heeft dat het geslacht van de beoefenaar een wezenlijke en bepalende vereiste kan zijn, zijn vroedvrouw⁷²⁰, politie-agent⁷²¹, gevangenisopzichter⁷²² en paracommando.⁷²³ Het uitoefenen van nachtwerk daarentegen, mag volgens het Hof niet aan vrouwen ontzegd worden, tenzij in het geval van zwangerschap of de nasleep daarvan.⁷²⁴ Die jurisprudentie is in de rechtsleer bekritiseerd omdat zij teveel ruimte zou laten voor uitzonderingen, en zij zo de traditionele rollenpatronen in stand zou houden.⁷²⁵

– Bescherming zwanger- en moederschap

441. Bescherming van zwangere vrouwen en vrouwen die sinds kort bevallen zijn, is van wezenlijk belang voor gelijke kansen van vrouwen op de arbeidsmarkt.⁷²⁶ Zowel op lidstatelijk als op Europees niveau zijn daarom regels aangenomen die vrouwen bij zwangerschap of moederschap, verlof of andere bijzondere voorwaarden verschaffen. De verhouding tussen dat “gunstregime” voor zwangere vrouwen en moeders enerzijds en de verplichting tot gelijke behandeling van mannen en vrouwen uit Richtlijn 76/207 anderzijds wordt geregeld in artikel 2 lid 7 van die laatste richtlijn. De eerste drie alinea’s van die bepaling luiden als volgt:

719 *Ibid.* JACQMAIN wijst er echter op dat dit geenszins zeker is. In overweging 11 van Richtlijn 2002/73 verwijst de Raad immers uitdrukkelijk naar de rechtspraak die het Hof ontwikkelde in verband met het oude art. 2 lid 2. Die rechtspraak is door verschillende auteurs bekritiseerd omdat zij teveel uitzonderingen op het gelijkebehandelingsgebot aanvaardbaar achtte, en zodoende de oude rollenpatronen bevestigde. Zie J. JACQMAIN, “Égalité entre femmes et hommes dans les conditions de travail: amendements à la directive Européenne 76/207”, *l.c.*, 264. Zie ook P. BARNARD, “Gender Equality in the EU: A Balance Sheet”, *l.c.*, 244 en P. CRAIG en G. DE BURCA, *o.c.*, 888.

720 H.v.J. 8 november 1983, *Commissie/V.K.*, 165/82, *Jur.* 1983, 3431.

721 Meer bepaald voltijds aangestelde en wapendragende agenten in Noord-Ierland. In die context werd het mannelijk geslacht van de agenten als een wezenlijke en bepalende beroepsvereiste beschouwd. Vrouwen zouden immers, makkelijker dan mannen, het voorwerp van aanslagen kunnen worden. Zie H.v.J. 15 mei 1986, *Johnston*, 222/84, *Jur.* 1986, 1651.

722 H.v.J. datum, *Commissie/Frankrijk*, 318/86, *Jur.* 1989, 663. In deze zaak oordeelde het Hof dat het wettig was om het beroep van gevangenisbewaker in mannengevangenis in beginsel voor mannen, en in vrouwengevangenis in beginsel voor vrouwen voor te behouden.

723 H.v.J. 26 oktober 1999, *Sirdar*, C-273/97, *Jur.* 1999, I-7403 en H.v.J. 11 januari 2000, *Kreil*, C-285/98, *Jur.* 2000, I-69.

724 H.v.J. 5 mei 1994, *Habermann*, C-412/92, *Jur.* 1994, I-1657.

725 P. CRAIG en G. DE BURCA, *o.c.*, 888.

726 Zie in dit verband P. FOUBERT, *The legal protection of the pregnant worker in the European community. Sex equality, thoughts of social and economic policy and comparative leaps to the United States of America*, Den Haag, Kluwer Law International, 2002. Voor een overzicht van de jurisprudentie die het Hof met betrekking tot de positie van de zwangere vrouw geproduceerd heeft, zie P.J.G. KAPTEYN, L.A. GEELHOED, K.J.M. MORTELMANS en C.W.A. TIMMERMANS, *o.c.*, 910.

Deze richtlijn laat bepalingen betreffende de bescherming van vrouwen, in het bijzonder wat zwangerschap en moederschap betreft, onverlet.

Een vrouw die zwangerschaps- en bevallingsverlof heeft, heeft na afloop van haar zwangerschaps- en bevallingsverlof het recht om onder voor haar niet minder gunstige voorwaarden en omstandigheden naar haar baan of naar een gelijkwaardige functie terug te keren, en te profiteren van elke verbetering in de arbeidsvoorwaarden waarop zij tijdens haar afwezigheid aanspraak zou hebben kunnen maken.

Het ongunstiger behandelen van vrouwen in samenhang met zwangerschap of bevallingsverlof in de zin van Richtlijn 92/85/EEG vormt een discriminatie in de zin van deze richtlijn.

442. Regelingen die rechtstreeks onderscheid maken op grond van geslacht, met als doel de zwangerschap of het moederschap te beschermen zijn dus rechtvaardigbaar krachtens Richtlijn 76/207.⁷²⁷ Dergelijke regelingen zijn, zoals vermeld, niet enkel een aangelegenheid van het nationale recht van de lidstaten. De Gemeenschap heeft namelijk in Richtlijn 92/85⁷²⁸ een minimale bescherming voor zwangere werkneemsters en werkneemsters die bevallen zijn, verplicht gesteld voor de lidstaten.⁷²⁹ Die bescherming houdt onder andere in dat vrouwen aan het einde van hun zwangerschapsverlof het recht hebben om naar hun baan terug te keren onder gelijkwaardige voorwaarden als voorheen.⁷³⁰ In het arrest *Gillespie* besliste het Hof dat diezelfde vrouwen bovendien aanspraak kunnen maken op alle verbeteringen in arbeidsvoorwaarden die hen te beurt gevallen waren, als zij hun werk niet onderbroken hadden.⁷³¹ Elke behandeling van een terugkerende moeder die minder gunstig is dan zojuist geschetst, komt volgens het Hof neer op een discriminatie.⁷³² Artikel 2 lid 7 van Richtlijn 76/207 doet niet meer dan deze rechtspraak bevestigen.⁷³³

443. Het Hof heeft de oude uitzonderingsbepalingen ter bescherming van zwangerschap en moederschap (art. 2 lid 3) niet strikt uitgelegd.⁷³⁴ Het Hof controleert niet

727 M.b.t. het doel van art. 2 lid 3 van de oude Richtlijn 76/207 schrijven P. CRAIG en G. DE BÚRCA, *o.c.*, 899: "this was designed to prevent any challenge on grounds of equal treatment in EC law to national employment provisions granting leave or other special conditions to women who are pregnant or have given birth".

728 Richtlijn 92/85/EEG van de Raad van 19 oktober 1992 inzake de tenuitvoerlegging van maatregelen ter bevordering van veiligheid en gezondheid van werkneemsters tijdens de zwangerschap, na de bevalling en tijdens de lactatie, *PB*. 1992, L. 348.

729 Zo bepaalt art. 8 van de richtlijn dat werkneemsters recht hebben op een zwangerschapsverlof van ten minste veertien opeenvolgende weken voor en/of na de bevalling, en verbiedt art. 10 werkgevers om vrouwen tijdens die verlofperiode te ontslaan. Voor een bespreking van die richtlijn, zie *ibid.*, 907-909.

730 Art. 11 lid 2 Richtlijn 92/85.

731 H.v.J. 13 februari 1996, *Gillespie*, C-342/93, *Jur.* 1996, 175.

732 Het gaat hier om een situatie waarbij onvoldoende rekening gehouden wordt met de ongelijkheid van situaties, om een verboden *materieel onderscheid* dus. Zie B.J. DRIJBER en S. PRÉCHAL, *l.c.*, 132.

733 J. JACQMAIN, "Égalité entre femmes et hommes dans les conditions de travail: amendements à la directive Européenne 76/207", *l.c.*, 265.

734 Zie P. CRAIG en G. DE BÚRCA, *o.c.*, 900 en C. ENGELS, *l.c.*, 34. De rechtspraak in kwestie betrof ook nationale regels die vrouwen de toegang tot bepaalde beroepen ontzegden vanwege hun zwangere staat. Zo oordeelde het Hof dat *nachtarbeid* niet wettelijk aan alle vrouwen verboden mocht worden, maar wel aan zwangere vrouwen. Zie H.v.J. 5 mei 1994, *Habermann-Beltermann*, C-421/92, *Jur.* 1994, I-1657.

of nationale regels die een rechtstreeks onderscheid maken ter bescherming van zwangere of recent bevallen vrouwen strikt noodzakelijk zijn voor het bereiken van hun beoogde doel, maar past een soepelere test toe, waarbij aan lidstaten een zekere appreciatiemarge gelaten wordt.⁷³⁵

444. In zijn laatste alinea vermeldt artikel 2 lid 4 van Richtlijn 76/207 dat het gelijkheidsbeginsel evenmin afbreuk doet aan de bepalingen van Richtlijn 96/34 inzake ouderschapsverlof. In de rechtsleer is opgemerkt dat de vermelding overbodig is⁷³⁶: de laatstgenoemde richtlijn verleent immers zowel aan mannen als aan vrouwen een individueel recht om bij de geboorte of adoptie van een kind 3 maanden verlof te nemen.⁷³⁷ Wel relevant (en vernieuwend) is dat Richtlijn 76/207 bepaalt geen afbreuk te doen aan het recht van de lidstaten om een afzonderlijk recht op *vaderschapsverlof* en/of *adoptieverlof* toe te kennen.⁷³⁸ Sterker nog, lidstaten die een dergelijke regeling uitwerken zijn ertoe verplicht werknemers/werkneemsters die van dergelijk afzonderlijk recht gebruik maken, te beschermen tegen ontslag of terugkeer onder minder gunstige omstandigheden.

– Positieve actie

445. Een derde geschreven rechtvaardigingsgrond voor rechtstreeks onderscheid op basis van geslacht in de arbeidsverhoudingen, betreft positieve actie:

De lidstaten kunnen, om volledige gelijkheid tussen mannen en vrouwen in de praktijk te waarborgen, maatregelen in de zin van artikel 141 lid 4 van het verdrag aannemen of handhaven.

446. Maatregelen in de zin van artikel 141 lid 4 EG-Verdrag zijn, zoals hoger gesteld werd, maatregelen “waarbij specifieke voordelen worden ingesteld om de uitoefening van een beroepsactiviteit door het ondervertegenwoordigde geslacht te vergemakkelijken of om nadelen in de beroepsloopbaan te voorkomen of te compenseren”. In hoeverre en onder welke voorwaarden positieve actie volgens de rechtspraak van het Hof verenigbaar wordt geacht met het gelijkheidsbeginsel werd hoger besproken (*cf. supra*, nrs. 252-268). Deze rechtspraak is wel gebaseerd op het oude artikel 2 lid 4 Richtlijn 76/207. Er wordt doorgaans van uitgegaan dat het door het Verdrag van Amsterdam ingevoerde artikel 141 lid 4 de bedoeling heeft meer ruimte te laten voor positieve actie dan het geval was in de (vroeg) jurisprudentie van het Hof.⁷³⁹

⁷³⁵ Zie H.v.J. 12 juli 1984, *Hofmann*, C-184/83, *Jur.* 1984, 3047.

⁷³⁶ J. JACQMAIN, “Égalité entre femmes et hommes dans les conditions de travail: amendements à la directive Européenne 76/207”, *l.c.*, 265.

⁷³⁷ P. CRAIG en G. DE BÜRCA, *o.c.*, 910.

⁷³⁸ J. JACQMAIN, “Égalité entre femmes et hommes dans les conditions de travail: amendements à la directive Européenne 76/207”, *l.c.*, 265.

⁷³⁹ Zie C. BAYART, *o.c.*, 258. Zie ook: H.v.J. 28 maart 2000, *Badeck*, C-158/97, r.o. 64-65.

– Objectieve rechtvaardigingsgronden?

447. In de regel aanvaardt het Hof geen ongeschreven “objectieve” rechtvaardigingsgronden voor de verantwoording van direct onderscheid. Zoals hoger al vermeld werd is het, in andere contexten, al verschillende keren gebeurd dat het Hof *niet* bij wet voorziene gronden in overweging nam in rechtstreekse discriminatiezaken. CRAIG en DE BÚRCA wijzen erop dat het Hof hetzelfde al tweemaal deed in het kader van Richtlijn 76/207.⁷⁴⁰ In de zaken *Levy*⁷⁴¹ en *Minne*⁷⁴², oordeelde het Hof dat een nationale regel die direct onderscheid maakt in de zin van Richtlijn 76/207, gerechtvaardigd kan zijn als hij noodzakelijk is voor de uitvoering van een internationale overeenkomst die de lidstaat gesloten heeft voor de inwerkingtreding van het EG-Verdrag. Het ging hier echter om een toepassing van artikel 307 EG-Verdrag, dat bepaalt dat het EG-Verdrag geen afbreuk doet aan internationale overeenkomsten die door de lidstaten gesloten zijn voor hun toetreding tot de Gemeenschap. Van een echte doorbreking van de orthodoxie van het gesloten rechtvaardigingsstelsel is volgens de vermelde auteurs dan ook geen sprake.

448. Die orthodoxie werd in de zaak *Tele Danmark* nog eens uitdrukkelijk bevestigd door het Hof.⁷⁴³ In dit arrest maakte het Hof een einde aan de speculatie die ontstaan was naar aanleiding van zijn eerdere arrest *Webb*.⁷⁴⁴ Daarin moest het Hof zich buigen over de wettigheid van het ontslag van een zwangere werkneemster (ontslagen wegens haar zwangerschap) die aangenomen was ter vervanging van een werkneemster op zwangerschapsverlof. De bewuste werkneemster had een arbeids-overeenkomst van onbepaalde duur gesloten. Ter verantwoording van dit ontslag riep de werkgever in dat de ontslagen werkneemster niet in staat was om een wezenlijk aspect van haar arbeidsovereenkomst uit te voeren: te voorzien in de vervanging van een zwangere werkneemster. Het Hof aanvaardde deze poging tot objectieve rechtvaardiging van rechtstreeks onderscheid niet, waarbij het zich liet ontvallen dat het ontslag van een vervangend werkneemster *aangeworven voor onbepaalde duur*, niet verantwoord kon worden. Verschillende auteurs leidden hieruit af dat ware de overeenkomst voor *bepaalde* duur gesloten, de objectieve rechtvaardiging allicht wel aanvaard zou zijn.⁷⁴⁵ In het al vermelde arrest *Tele Danmark* oordeelde het Hof echter dat:

Wanneer het ontslag van een werkneemster wegens zwangerschap een directe discriminatie op grond van geslacht is, ongeacht de aard en de omvang van het nadeel voor de werkgever van de aan de zwangerschap te wijten afwezigheid, dan kan de omstandigheid dat de arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd of voor onbepaalde tijd is gesloten, niet afdoen aan het discriminerend karakter van het ontslag.⁷⁴⁶

740 P. CRAIG en G. DE BÚRCA, *o.c.*, 894.

741 H.v.J. 2 augustus 1993, *Levy*, C-158/91, *Jur.* 1993, I-4287.

742 H.v.J. 3 februari 1994, *Minne*, C-13/93, *Jur.* 1994, I-371.

743 H.v.J. 4 oktober 2001, *Tele Danmark*, C-109/00.

744 H.v.J. 14 juli 1994, *Webb*, C-32/93, *Jur.*, 1994, I-3567.

745 Zie bv. C. BARNARD, “Gender Equality in the EU: A Balance Sheet”, *l.c.*, 242; B.J. DRIJBER en S. PRÉCHAL, *l.c.*, 133.

746 H.v.J. 4 oktober 2001, *Tele Danmark*, C-109/00, r.o. 31.

449. De boodschap is duidelijk: direct onderscheid op basis van zwangerschap (of meer algemeen op basis van geslacht) kan niet objectief gerechtvaardigd worden.⁷⁴⁷

c. Indirect onderscheid

i. Vaststelling

450. Volgens artikel 2 lid 2 van Richtlijn 76/207 (zoals gewijzigd door Richtlijn 2002/73) is er sprake van:

indirecte discriminatie, wanneer een ogenschijnlijk neutrale bepaling, maatstaf of handelwijze personen van het andere geslacht in vergelijking met andere personen bijzonder benadeelt, tenzij die bepaling, maatstaf of handelwijze objectief wordt gerechtvaardigd door een legitiem doel en de middelen voor het bereiken van dat doel passend en noodzakelijk zijn.⁷⁴⁸

451. Met deze formule heeft de Raad gepoogd om de wettelijke definitie van onrechtstreeks onderscheid te laten aansluiten bij de *O'Flynn*-rechtspraak inzake indirecte nationaliteitsdiscriminatie. Volgens die rechtspraak is het voor de vaststelling van indirect onderscheid voldoende dat de eiser aantoonde dat een door de verweerder gehanteerd criterium uit haar aard zelf de dragers van een beschermd kenmerk eerder kan treffen, of hen dreigt te benadelen. Statistisch bewijs van daadwerkelijke benadeling is niet nodig (cf. *supra* nrs. 333-334).⁷⁴⁹ Deze rechtspraak van het Hof werd al eerder door de Europese wetgever overgenomen in de Richtlijnen 2000/43 en 2000/78 (cf. *supra* nrs. 513-514 en 538).⁷⁵⁰

452. De tekst van artikel 2 lid 2 van Richtlijn 76/207 geeft niet onmiddellijk de indruk dat het aantonen door de eiser van een *mogelijke of dreigende benadeling* voldoende is voor de vaststelling van indirect onderscheid. Volgens de letter van de (Nederlandstalige versie van) de richtlijn is er immers sprake van onrechtstreeks onderscheid “wanneer een ogenschijnlijk neutrale bepaling, maatstaf of handelwijze personen van het andere geslacht in vergelijking met andere personen *bijzonder benadeelt*”. De Engelse, Franse en Duitse versie van dezelfde richtlijn verschaffen een heel ander beeld: daar wordt telkens gesproken van een bepaling, maatstaf of

⁷⁴⁷ C. BAYART, *o.c.*, 193-194.

⁷⁴⁸ Art. 2 lid 2 van de drie richtlijnen.

⁷⁴⁹ Bijgevolg is art. 2 lid 2 van Richtlijn 76/207 in strijd met art. 2 lid 2 Richtlijn 97/80. Die laatste zal dan ook volgens JACQMAIN aangepast moeten worden. Zie J. JACQMAIN, “Égalité entre travailleurs féminins et masculins”, *l.c.*, 2004 en J. JACQMAIN, “Égalité entre femmes et hommes dans les conditions de travail: amendements à la directive Européenne 76/207”, *l.c.*, 262-263.

⁷⁵⁰ Het Europees Parlement en de Raad overwogen in de preambule bij Richtlijn 2002/73 dat “het passend is met deze richtlijnen [2000/43 en 2000/78] overeenstemmende definities met betrekking tot het geslacht over te nemen” (overweging 6 van de preambule). Wie vóór de uitvaardiging van de Wijzigingsrichtlijn 2002/73 wilde bewijzen dat hij het slachtoffer was van onrechtstreeks onderscheid in de zin van Richtlijn 76/207, moest aantonen dat op hem een ogenschijnlijk neutrale maatstaf toegepast was, die echter in de praktijk *een wezenlijk groter gedeelte van de leden van een bepaald geslacht benadeelde* (zie bv. H.v.J. 13 mei 1986, *Bilka*, 170/84, *Jur.* 1986, 1607, r.o. 31). M.a.w. zonder feitelijk (lees: statistisch) bewijs van het geslachtsdiscriminerend effect van een bestreden maatregel kwam een klager doorgaans niet ver.

handelwijze die leden van een beschermde groep bijzonder *zou kunnen benadelen* (cf. *supra* nr. 232). De eis van daadwerkelijke benadeling, bewezen aan de hand van hard feitelijk (lees statistisch), bewijsmateriaal bestaat dus niet meer in deze context. Het volstaat om *op eender welke wijze* aan te tonen dat een “bepaling, maatstaf of handelwijze” dragers van een bepaald kenmerk in vergelijking met andere personen bijzonder benadeelt of *kan* benadelen. In de preambule wordt uitdrukkelijk verwezen naar het gebruik van statistisch bewijsmateriaal als mogelijke, niet als verplichte bewijsvorm.

453. Feiten op grond waarvan geconcludeerd kan worden dat er sprake is van directe of indirecte discriminatie dienen beoordeeld te worden door *nationale rechterlijke of andere bevoegde instanties* overeenkomstig de nationale wetgeving en praktijk; deze regels kunnen zoals gezegd inhouden dat indirecte discriminatie op enigerlei wijze, ook op basis van statistische gegevens, kan worden aangetoond.⁷⁵¹

ii. Rechtvaardiging

454. Een ogenschijnlijk neutrale bepaling, maatstaf of handelwijze die personen van een bepaald geslacht bijzonder benadeelt in vergelijking met personen van het andere geslacht, is krachtens artikel 2 lid 2 tweede streepje van Richtlijn 76/207 wettig als “die bepaling, maatstaf of handelwijze objectief wordt gerechtvaardigd door een legitiem doel en de middelen voor het bereiken van dat doel passend en noodzakelijk zijn”.

455. Deze rechtvaardigingstoets bevat de drie klassieke elementen die al in het begrippenkader aangeduid werden: doeltoets, pertinentietoets (“geschiktheid”) en proportionaliteitstoets (“noodzakelijkheid”). Zoals hoger al vermeld werd in het kader van “beloning” zullen de door *ondernemingen* ingeroepen doelstellingen slechts legitiem zij als zij een economisch karakter hebben (cf. *supra* nrs. 419-423), terwijl *lidstaten* zich doorgaans op andere gronden, bijvoorbeeld van sociale inslag moeten beroepen (cf. *supra* nr. 425). Ingeval van objectieve rechtvaardigingen aangedragen door ondernemingen zal de toetsingsintensiteit hoger liggen dan wanneer een lidstaat een onrechtstreeks onderscheid poogt te verantwoorden.⁷⁵²

d. Opdracht tot discrimineren

456. Artikel 2 lid 4 van Richtlijn 76/207 bepaalt dat “een opdracht tot het discrimineren van personen op basis van geslacht wordt beschouwd als discriminatie in de zin van deze richtlijn”. Niet alleen persoonlijke discriminatie, maar ook het aanzetten van derden tot discriminerende handelingen is dus naar Europees recht

⁷⁵¹ Overweging 10 van de preambule. Zie ook C. BAYART, “Discriminatie in de arbeidsverhoudingen. De Ras- en Kaderrichtlijn: technieken en potentiële gevolgen”, *l.c.*, 10 en L. WADDINGTON en M. BELL, *l.c.*, 593-594.

⁷⁵² Dit zal zich vooral uiten in de gestrengheid waarmee de noodzakelijkheidstoets doorgevoerd wordt. Zie C. BAYART, “De opmars van het discriminatierecht in de arbeidsverhoudingen”, *l.c.*, 314.

verboden. Hierbij moet in het bijzonder gedacht worden aan de situatie waarin een bedrijf of werkgever een uitzendkantoor de opdracht geeft om de leden van een bepaald geslacht uit te sluiten.⁷⁵³ In dergelijk geval, kan met toepassing van de richtlijn niet alleen het uitzendkantoor dat de discriminatie pleegde, maar ook de opdrachtgever van de discriminatie ter verantwoording geroepen worden.⁷⁵⁴

457. RIESENHUBER en FRANCK merken op dat naar hun mening het verbod van het opdracht geven “tot geslachtsdiscriminatie” nauwelijks praktisch toepasbaar is.⁷⁵⁵ JACQMAIN richt zijn pijlen vooral op de keuze van het Franse woord “enjoindre”, wat “bevelen” of “gelasten” betekent. De normstellers hebben volgens hem een te sterk woord gekozen. Zij hadden immers eerder het “instructie geven tot” (in een relatie tussen opdrachtgever en selectiekantoor) op het oog.⁷⁵⁶

e. Intimidatie

458. Een belangrijke uitbreiding van het discriminatieconcept bestaat erin dat zowel intimidatie in verband met het geslacht, alsook seksuele intimidatie onder de juridische noemer “discriminatie” wordt geplaatst (art. 2 lid 3).⁷⁵⁷ “Gewone” geslachtsgebonden intimidatie (*harcèlement moral*) komt voor “wanneer er sprake is van ongewenst gedrag dat verband houdt met het geslacht van een persoon, en tot doel of gevolg heeft dat de waardigheid van een persoon wordt aangetast en een bedreigende, vijandige, beledigende, vernederende, of kwetsende omgeving wordt gecreëerd”.⁷⁵⁸

459. Om te kunnen spreken van intimiderend gedrag in de zin van de richtlijn moet dus aan twee cumulatieve voorwaarden voldaan zijn: het gedrag moet tot doel of gevolg hebben dat de waardigheid van het slachtoffer aangetast wordt, én het gedrag moet een vijandige of vernederende atmosfeer in het leven roepen. De eerste voorwaarde lijkt niet bijzonder streng te zijn: het slachtoffer kan er immers mee volstaan de bedoeling om te intimideren aan te tonen of het feit dat het gewraakte gedrag een

753 Het idee om “aanzet tot discriminatie” te verbieden kwam van het Europees Parlement ten tijde van de totstandkoming van de Rasrichtlijn. De concrete situatie die het parlement voor ogen had, was die van een uitzendkantoor dat discriminatoire aanwijzingen krijgt van haar opdrachtgever aangaande het ras van kandidaten. Zie het Verslag over het voorstel voor een richtlijn van de Raad houdende tenuitvoerlegging van het beginsel van gelijke behandeling van personen ongeacht ras of etnische afstamming, 16 mei 2000, A5-136/2000, 15. Zie ook C. BAYART, “Discriminatie in arbeidsverhoudingen. De Ras- en Kaderrichtlijn: technieken en potentiële gevolgen”, *l.c.*, 10.

754 C. BAYART, “Discriminatie in de arbeidsverhoudingen. De Ras- en Kaderrichtlijn: technieken en potentiële gevolgen”, *l.c.*, 10 (telkens in verband met de Ras- of Kaderrichtlijn) en M. BELL, *o.c.*, 76.

755 K. RIESENHUBER en J.U. FRANCK, *l.c.*, 532.

756 J. JACQMAIN, “Égalité entre femmes et hommes dans les conditions de travail: amendements à la directive Européenne 76/207”, *l.c.*, 263.

757 Voor de voorgeschiedenis van seksuele intimidatie in het Europees recht, zie C. BARNARD, “Gender Equality in the EU: A Balance Sheet”, *l.c.*, 253-254.

758 Uit deze omschrijving blijkt dat, conform de algemene definitie van discriminatie, voor intimidatie geen intentioneel element vereist is: het volstaat dat gedragingen intimiderende gevolgen hebben. In tegenstelling tot wat het geval is bij de klassieke vormen van discriminatie, is voor de vaststelling van intimidatie geen vergelijkende benadelingstoets nodig. C. BAYART, “Discriminatie in de arbeidsverhoudingen. De Ras- en Kaderrichtlijn: technieken en potentiële gevolgen”, *l.c.*, 10-11.

intimiderend effect had. Bepalend voor de gestrengheid van het verbod van “gewone” intimidatie is dan ook hoe hoog het Hof de lat zal leggen voor het bewijs van een “vijandig en vernederend klimaat”. Als het aan de Commissie ligt hoeven de vereisten niet al te streng te zijn: wanneer een mannelijke werknemer constant laatdunkende opmerkingen maakt over vrouwelijke klanten, zou er volgens de Commissie al een vijandige sfeer gecreërd zijn.⁷⁵⁹ RIESENHOFER en FRANCK bekritisieren deze ruime lezing van artikel 2 lid 2 derde streepje omdat deze bepaling zo tot “eine ausserordentlich weitreichende Moralisierung der Gesellschaft” zou kunnen leiden.⁷⁶⁰

f. Seksuele intimidatie

460. Van seksuele intimidatie in de zin van artikel 2 lid 2 vierde streepje van Richtlijn 76/207, spreken we “wanneer zich enige vorm van ongewenst verbaal, non-verbaal of fysiek gedrag met een seksuele connotatie voordoet met als doel of gevolg dat de waardigheid van een persoon wordt aangetast, in het bijzonder wanneer een bedreigende, vijandige, beledigende, vernederende of kwetsende situatie wordt gecreërd”.

461. Intimidatie is gedrag dat betrokken is op het geslacht van een persoon, terwijl van seksuele intimidatie pas sprake is wanneer ongewenste gedragingen gesteld worden met een seksueel karakter.⁷⁶¹ De geciteerde tekst voegt daaraan toe dat het bij seksuele intimidatie kan gaan om elke “vorm van verbaal, non-verbaal of fysiek gedrag”. Het lijkt de bedoeling van de Europese wetgever geweest te zijn ervoor te zorgen dat geen enkele soort seksueel intimiderend gedrag aan de werking van de richtlijn zou ontsnappen.

462. De tekst van de richtlijn betreffende seksuele intimidatie is in bepaalde opzichten minder veeleisend dan de norm voor “gewone” geslachtsgebonden intimidatie. Volgens artikel 2 lid 2 vierde streepje is het immers zo dat het ongewenste gedrag een aantasting van de waardigheid van een persoon moet beogen of bereiken, “in het bijzonder wanneer een bedreigende, vijandige, beledigende, vernederende, of kwetsende omgeving wordt gecreërd”. De creatie van vijandige atmosfeer tengevolge van het ongewenste gedrag is dus *geen vereiste* om seksuele intimidatie te kunnen vaststellen. De (bedoeling tot) aantasting van de waardigheid van een vrouw (of man) is een voldoende voorwaarde.⁷⁶²

⁷⁵⁹ COM(2003)657 def.

⁷⁶⁰ K. RIESENHUBER en J.U. FRANCK, *l.c.*, 531.

⁷⁶¹ Om het onderscheid tussen geslachtsgebonden en seksuele intimidatie duidelijk te maken geeft JACQMAIN het volgende voorbeeld: wanneer in een bedrijf bestaande uit negen mannen en een vrouw, de mannen na het gebruiken van hun middagmaal in de keuken stelselmatig de vrouw daar achterlaten met de afwas. Dit kan gekwalificeerd worden als geslachtsgebonden intimidatie, niet als seksuele intimidatie. Zie J. JACQMAIN, “Égalité entre femmes et hommes dans les conditions de travail: amendements à la directive Européenne 76/207”, *l.c.*, 263.

⁷⁶² Zie JONES, *l.c.*, 518.

463. De in Richtlijn 76/207 opgenomen bepalingen aangaande (seksuele) intimidatie verwijzen in het geheel *niet* naar het nationale recht voor de definiëring van die rechtsterm.⁷⁶³ Dat is wel het geval in de Ras- en Kaderrichtlijn (telkens art. 2 lid 3): “het begrip intimidatie kan in dit verband worden gedefinieerd in overeenstemming met de nationale wetgeving en praktijken in lidstaten” (*cf. supra* nr. 521). Gezien het ontbreken van een gelijkaardige bepaling in Richtlijn 76/207 kunnen lidstaten die er in verband met geslachtsgebonden en seksuele intimidatie een eerder losse cultuur op nahouden, zich daar niet op beroepen om de bescherming uit de richtlijn soepel uit te leggen.

464. Artikel 2 lid 4 van Richtlijn 76/207 verplicht de lidstaten tot het invoeren van een benadelingsverbod ten gunste van wie (seksueel) intimiderend gedrag “afwijst of lijdzaam ondergaat”. Geen van deze houdingen mag “ten grondslag liggen aan een beslissing die die persoon treft”. Zo zal waarschijnlijk een ontslag als reactie op het afweren door het slachtoffer van seksueel intimiderend gedrag onder de reikwijdte van de verbodsbepaling vallen.⁷⁶⁴

g. Handhaving

i. Compensatie en reparatie

465. Lidstaten moeten krachtens artikel 6 lid 2 van Richtlijn 76/207 de nodige maatregelen nemen om er voor te zorgen dat de schade die slachtoffers van discriminatie lijden, vergoed wordt. De richtlijn spreekt van een “reële en effectieve compensatie en reparatie” die “afschrikkend” moet zijn en “evenredig aan de geleden schade”. Het is geenszins de bedoeling van artikel 6 lid 2 om de lidstaten te verplichten te voorzien in strafbedingen. Aan de andere kant is het op voorhand vastleggen van een maximumbedrag voor schadevergoedingen wegens geslachtsdiscriminatie verboden.⁷⁶⁵

ii. Rechtsbescherming in een procedure

466. Artikel 6 lid 1 van Richtlijn 76/207 bepaalt dat slachtoffers van discriminatie in de zin van de richtlijn toegang moeten hebben tot een gerechtelijke of administratieve procedure (of ook een bemiddelingsprocedure) waarin zij hun rechten kunnen handhaven. Het recht op toegang tot een gepaste procedure moet voor het slachtoffer gewaarborgd worden, ook nadat de arbeidsrelatie verstreken is. Hierbij moet niet alleen gedacht worden aan de mogelijkheid om een procedure in te leiden wegens feiten die dateren van *tijdens* de duur van de arbeidsovereenkomst, maar ook aan de

⁷⁶³ L. WADDINGTON en M. BELL, *l.c.*, 595-596.

⁷⁶⁴ Volgens J. JACQMAIN, “Égalité entre femmes et hommes dans les conditions de travail: amendements à la directive Européenne 76/207”, *l.c.*, 263 vallen ook andere vormen van machtsmisbruik die met een situatie van intimidatie gepaard gaan onder het toepassingsgebied van het verbod. K. RIESENHUBER en J.U. FRANCK, *l.c.*, 531 zien niet meteen duidelijke toepassingen voor deze bepaling en noemen haar een voorbeeld van de neiging van de Commissie tot overreglementering.

⁷⁶⁵ K. RIESENHUBER en J.U. FRANCK, *l.c.*, 531.

mogelijkheid om negatieve beslissingen van een voormalige werkgever aan te vechten die genomen worden verschillende maanden *na* de beëindiging van de arbeidsrelatie (bv. de weigering om een certificaat van tewerkstelling af te leveren).⁷⁶⁶

iii. Rechtshandhaving door verenigingen

467. Verenigingen, organisaties of andere rechtspersonen die gezien hun maatschappelijk doel (en in overeenstemming met het recht van hun lidstaat) belang hebben bij de naleving van de bepalingen uit Richtlijn 76/207, moeten krachtens artikel 6 lid 3 de mogelijkheid krijgen om namens een klager, of te zijner ondersteuning, een procedure in te leiden om de verplichtingen uit de richtlijn te doen naleven. Omdat gevallen van geslachtsdiscriminatie (zeker wanneer het gaat om seksuele intimidatie) meestal een zeer persoonlijke zaak zijn, is het belangenverenigingen alleen toegestaan een vordering in te stellen (of te ondersteunen) met toestemming van het slachtoffer.⁷⁶⁷

468. Bij de totstandkoming van artikel 6 lid 3 is door bepaalde lidstaten aangestuurd op het verplicht stellen van de mogelijkheid voor slachtoffers om een *class-action* in te leiden. Dit stuitte echter op het verzet van de landen die dergelijke procedure niet kennen, en met wiens rechtsstelsel zij moeilijk verenigbaar is.⁷⁶⁸

iv. Bescherming tegen represaillemaatregelen

469. Lidstaten worden in artikel 7 verplicht om werknemers die een procedure opstarten wegens geslachtsdiscriminatie in de zin van Richtlijn 76/207 te beschermen tegen “ontslag of enige andere nadelige behandeling”. Deze bescherming tegen represaillemaatregelen moet niet alleen de klager persoonlijk te beurt vallen, maar ook “vertegenwoordigers van de werknemer”. Hiermee verwijst de Europese wetgever naar werknemers die een slachtoffer van discriminatie verdedigen, of in zijn voordeel getuigen.⁷⁶⁹

v. Oprichting organen ter bevordering (geslachts)gelijkheid

470. Artikel 8*bis* van Richtlijn 76/207 verlangt van lidstaten dat zij organen aanduiden “voor de bevordering, analyse en ondersteuning en het volgen van de gelijke behandeling van eenieder, zonder discriminatie van geslacht”. Het mag hierbij gaan om bestaande instellingen die belast zijn met de bescherming van de mensenrechten. De ondersteuning van slachtoffers van geslachtsdiscriminatie die een procedure

⁷⁶⁶ Zie preambule, overweging 17. Zie ook J. JACQMAIN, “Égalité entre femmes et hommes dans les conditions de travail: amendements à la directive Européenne 76/207”, *l.c.*, 267.

⁷⁶⁷ K. RIESENHUBER en J.U. FRANCK, *l.c.*, 533.

⁷⁶⁸ J. JACQMAIN, “Égalité entre femmes et hommes dans les conditions de travail: amendements à la directive Européenne 76/207”, *l.c.*, 267.

⁷⁶⁹ Preambule, overweging 17. Zie ook *ibid.*, 268.

willen opstarten, behoort mede tot hun takenpakket. Deze opdracht gaat vanzelfsprekend niet ten koste van de rechten van de particuliere belangenverenigingen onder artikel 6 § 3.⁷⁷⁰

vi. Sancties

471. Artikel 8*quiquies* van Richtlijn 76/207 verschaft lidstaten de vrijheid zelf het sanctieapparaat vast te stellen dat geldt bij overtreding van de in Richtlijn 76/207 vervatte regels. De voorziene sancties, waaronder ook schadevergoedingen gerekend worden, moeten “doeltreffend, evenredig en afschrikwekkend” zijn. Een strafrechtelijk sanctiesysteem behoort tot de mogelijkheden, maar is niet verplicht.

h. Werkingssfeer

i. *Ratione personae*

472. De gelijkebehandelingsverplichting uit Richtlijn 76/207 geldt zowel in de relatie tussen lidstaten en burgers als in de verhouding tussen burgers onderling.⁷⁷¹ De toepasselijkheid van het gelijkebehandelingsgebod op de publieke én particuliere sector wordt uitdrukkelijk erkend in artikel 3 van de richtlijn: “de toepassing van het beginsel van gelijke behandeling [houdt in] dat er geen directe of indirecte discriminatie op grond van geslacht plaatsvindt *in de publieke of de particuliere sector, met inbegrip van overheidsinstanties*” [onze cursivering].

473. Verder geldt dat het verbod van geslachtsdiscriminatie niet alleen ten gunste van (1) eigen onderdanen en (2) vreemde EU-onderdanen gelding heeft, maar ook ten voordele van (3) *onderdanen van derdelanden*.⁷⁷² Dat laatste is een uiting van het gegeven dat het verbod van geslachtsdiscriminatie in het Europees recht beschouwd wordt als “een van de fundamentele rechten van de mens, waarvan het Hof de eerbiediging dient te verzekeren”.⁷⁷³ In tegenstelling tot het verbod van discriminatie op grond van nationaliteit, komt het verbod van geslachtsdiscriminatie toe aan elke in de Unie werkzame persoon, en is het dus geen *citizen right*, maar een *human right*.⁷⁷⁴

⁷⁷⁰ *Ibid.* 267.

⁷⁷¹ Richtlijn 76/207 heeft rechtstreekse werking in verticale relaties (tussen lidstaat en burger), maar niet in horizontale relaties. Tussen burgers onderling gelden de verplichtingen uit Richtlijn 76/207 onrechtstreeks via de omweg van nationale implementeringswetgeving. De verticale rechtstreekse werking van Richtlijn 76/207 werd door het Hof erkend in het arrest *Marschall*. Zie H.v.J. 26 februari 1986, *Marschall*, 152/84, *Jur.* 1986, 723.

⁷⁷² Zie M. BELL, *o.c.*, 194; P.J.G. KAPTEYN, L.A. GEELHOED, K.J.M. MORTELMANS en C.W.A. TIMMERMANS, *o.c.*, 906-907 en U. RUST, *l.c.*, 34. In tegenstelling tot wat het geval is voor de Kader- en Rasrichtlijn, vermeldt Richtlijn 76/207 niet uitdrukkelijk dat de richtlijn derdelanders geen bescherming biedt. Zie art. 3 lid 2 van Richtlijnen 2000/43 en 2000/78.

⁷⁷³ Zie bv. H.v.J. 30 april 1996, *P/S*, C-13/94, *Jur.* 1996, 2143, r.o. 19.

⁷⁷⁴ Het mensenrechtelijk karakter van het verbod van geslachtsdiscriminatie blijkt mooi uit r.o. 22 van het in de vorige voetnoot geciteerde *P/S*, waar het Hof zegt dat door het gedogen van een ontslag wegens een geslachtsverandering “zou afbreuk worden gedaan aan het respect voor waardigheid en vrijheid, waarop de betrokkene recht heeft en dat het Hof dient te beschermen”.

474. Diezelfde mensenrechtelijke benadering van het communautaire recht op gelijke behandeling van mannen en vrouwen, inspireerde het Hof ertoe ook *transseksuelen* onder het toepassingsgebied van Richtlijn 76/207 te laten vallen.⁷⁷⁵ Het recht van *homoseksuelen* om niet gediscrimineerd te worden op grond van hun seksuele geaardheid valt daarentegen buiten de personele werkingssfeer van de richtlijn.⁷⁷⁶

ii. *Ratione materiae*

475. Richtlijn 76/207 stelt respect voor het verbod van geslachtsdiscriminatie verplicht in zo goed als alle deelgebieden van de arbeidsrelatie, van begin tot einde⁷⁷⁷: (1) bij de toegang tot arbeid in loondienst of als zelfstandige en bij de toegang tot een beroep (met inbegrip van selectie- en aanstellingscriteria)⁷⁷⁸; (2) bij bevorderingen en promoties; (3)⁷⁷⁹ bij de toegang tot beroepsopleidingen, omscholingen en beroepskeuzevoorlichtingen⁷⁸⁰; (4) bij de vaststelling van de arbeidsvoorwaarden (waaronder de beloning)⁷⁸¹; (5) bij de toegang tot werknemers- en werkgevers of beroepsorganisaties; en ten slotte (6) bij ontslag.⁷⁸²

476. Opvallend is dat artikel 3 respect voor het discriminatieverbod ook voorschrijft met betrekking tot de *beloning*, zij het onder het voorbehoud “zoals bepaald in Richtlijn 75/117”. De secundaire regelgeving inzake gelijke beloning – het bepaalde in Richtlijn 75/117 – blijft dus onverlet. De (primaire) verdragregels aangaande de gelijke behandeling van mannen en vrouwen op het vlak van beloning (art. 141 EG-Verdrag), evenals de uitleg die daaraan gegeven is door het Hof, blijven tengevolge van hun hogere positie in de Europese normenhiërarchie *sowieso* onverkort gelden. Richtlijn 76/207 doet bijgevolg op geen enkele wijze afbreuk aan de bescherming tegen beloningsdiscriminatie zoals vervat in artikel 141 EG-Verdrag *juncto* Richtlijn 75/117.⁷⁸³

775 H.v.J. 30 april 1996, *P/S*, C-13/94, *Jur.* 1996, 2143; *Soc. Kron.* 1996, 323, noot J. JACQMAIN. Zie ook C. BARNARD, “P v. S: Kite Flying or a New Constitutional Approach?”, in A. DASHWOOD en S. O’LEARY (eds.), *o.c.*, 59-70.

776 Zie H.v.J. 17 februari 1998, *Grant*, C-249/96, *Jur.* 1998, I-621; *J.T.E.R.* 1998, 113, noot A. WEYEMBERH; *Soc. Kron.* 1998, 224, noot J. JACQMAIN. Zie in dit verband o.a. K. ARMSTRONG, “Tales of the Community: Sexual Orientation Discrimination and EU law”, *Journal of Social Welfare and Family Law* 1998, 455; C. BARNARD, “Some are More Equal Than Others: the Decision of the Court of Justice in *Grant v. South-West Trains*”, *Cambridge Yrbk of Legal Studies* 1998, 147 e.v. en M. BELL, “Shifting Conceptions of Sexual Discrimination at the Court of Justice: from *P v. S* to *Grant v. SWT*”, *E.L.J.* 1999, 63.

777 U. RUST, *l.c.*, 33. Voor een vergelijking met de “oude” materiële reikwijdte van Richtlijn 76/207, zie L. WADDINGTON en M. BELL, *l.c.*, 589.

778 Art. 3 lid 1 a.

779 Art. 3 lid 1 a.

780 Art. 3 lid 1 b.

781 Art. 3 lid 1 c.

782 Art. 3 lid 1 c. Deze bepaling vermeldt (net als het oude art. 5 lid 1) alleen de “ontslagvoorwaarden”. Het feit dat ook een discriminatoir ontslag *op zich* onder de werkingssfeer van dit begrip geplaatst moet worden, blijkt uit een aantal zaken over ontslagen die gebaseerd waren op een onlosmakelijk met het geslacht verbonden eigenschap, bv. transseksualiteit Zie H.v.J. 30 april 1996, *P/S*, C-13/94, *Jur.* 1996, 2143, r.o. 12-13. In verband met (in de zin van Richtlijn 76/207 “oud” verboden) ontslag op basis van zwangerschap, zie H.v.J. 14 april 1994, *Webb*, C-32/93, *Jur.* 1994, I-3567; H.v.J. 4 oktober 2001, *Tele Denmark*, C-109/00.

783 U. RUST, *l.c.*, 33.

477. JACQMAIN voegt hieraan toe dat het Hof niet aanvaardt dat een zaak tegelijkertijd onder de werkingssfeer van artikel 141 EG-Verdrag *juncto* Richtlijn 75/117 én Richtlijn 76/207 kan vallen.⁷⁸⁴ De toepassingsgebieden van de bedoelde bepalingen zijn wederzijds uitsluitend. Het lijkt de vermelde auteur twijfelachtig dat het Hof zijn vaste rechtspraak in dit verband zou aanpassen.⁷⁸⁵ De enige functie van de uitdrukkelijke vermelding van “beloning” als een van de gebieden waarop Richtlijn 76/207 van toepassing is, bestaat er volgens RUST in dat de Europese wetgever hiermee zijn nieuwe bevoegdheid onder artikel 141 lid 3 EG-Verdrag voor het eerst in werking stelt: die bepaling verschaft de Raad het recht om richtlijnen uit te vaardigen met betrekking tot beloningsdiscriminatie (op basis van een gekwalificeerde meerderheid).⁷⁸⁶

478. Een volledig nieuw aspect van de werkingssfeer van Richtlijn 76/207 bestaat erin dat mannen en vrouwen gelijk behandeld moeten worden wat het lidmaatschap of de betrokkenheid bij werknemers- of werkgeversorganisaties betreft. Ook aangaande de voordelen die deze organisaties bieden, dient het verbod van geslachtsdiscriminatie in acht genomen te worden.⁷⁸⁷ Sinds 6 december 2004 staat bovendien vast dat het beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen ook gelding heeft in de sfeer van “de toegang tot en het aanbod van goederen en diensten”.⁷⁸⁸

3. RICHTLIJN 86/613 (ZELFSTANDIGEN)

479. Wie in de Europese Unie als zelfstandige economisch actief is, wordt tegen geslachtsdiscriminatie beschermd door Richtlijn 86/613.⁷⁸⁹ Onder “zelfstandigen” wordt naar luid van artikel 2 verstaan al wie voor eigen rekening een winstgevend activiteit uitoefent, met inbegrip van landbouwers en beoefenaars van vrije beroepen, evenals de echtgenoten die aan die activiteit deelnemen.⁷⁹⁰

480. De richtlijn verbiedt directe en indirecte discriminatie (art. 3), en vermeldt geen geschreven rechtvaardigingsgronden voor de verantwoording van rechtstreeks on-

784 Zie H.v.J. 13 juli 2000, *Defreyne*, C-166/99, *Jur.*, 6155; *Chr. dr. soc.* 2000, 378, noot J. JACQMAIN en *R.W.* 2000-01, 1574, noot P. HUMBLET.

785 J. JACQMAIN, “Égalité entre femmes et hommes dans les conditions de travail: amendements à la directive Européenne 76/207”, *l.c.*, 266.

786 U. RUST, *l.c.*, 33.

787 *Ibid.* JACQMAIN betwijfelt of de Gemeenschap wel bevoegd is om zich te begeven op dit terrein: de toegang tot vakbonden en werkgeversorganisaties behoort immers traditioneel tot het privaats en constitutioneel recht van de lidstaten. Zie J. JACQMAIN, “Égalité entre femmes et hommes dans les conditions de travail: amendements à la directive Européenne 76/207”, *l.c.*, 266.

788 Richtlijn 2004/.../EG van de Raad van ... houdende toepassing van het beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen bij de toegang tot en het aanbod van goederen en diensten (doc. 14438/04). Zie ook *supra* nr. 396.

789 Richtlijn 86/613/EEG van de Raad van 11 december 1986 betreffende de toepassing van het beginsel van gelijke behandeling van zelfstandig werkzame mannen en vrouwen, de landbouwsector daarbij inbegrepen, en tot bescherming van het moederschap, *P.B.* 1986, L.359/56. Voor een bespreking zie P. CRAIG en G. DE BURCA, *o.c.*, 909-910.

790 Waarbij die echtgenoten niet als vennoot of als werknemer in loondienst mogen werken. Zie art. 2 van Richtlijn 86/613.

derscheid.⁷⁹¹ Artikel 4 verplicht de lidstaten om alle bepalingen die met het beginsel van gelijke behandeling in strijd zijn op te heffen, “met name ten aanzien van de oprichting, vestiging of uitbreiding van een onderneming, dan wel ten aanzien van de aanvang of uitbreiding van iedere vorm van werkzaamheid van zelfstandigen”. Voor zover nationale bepalingen het recht op gelijke behandeling van mannen en vrouwen bij de “toegang tot arbeid (...) als zelfstandige en tot een beroep betreffen” is tevens artikel 3 lid 1 a uit Richtlijn 76/207 van toepassing.⁷⁹²

D. Sociale zekerheid

1. ALGEMEEN

481. Het Europeesrechtelijke verbod van geslachtsdiscriminatie is tenslotte van toepassing in de sfeer van de sociale zekerheid.⁷⁹³ Het geslachtsdiscriminatieverbod op het vlak van de *wettelijke* sociale zekerheid is geregeld in Richtlijn 79/7⁷⁹⁴, terwijl datzelfde verbod op het gebied van de *bedrijfs- en sectoriële regelingen* van sociale zekerheid vervat is in Richtlijn 86/378 (zoals gewijzigd is door Richtlijn 96/97).⁷⁹⁵

482. Een belangrijk deel van wat doorgaans tot de sociale zekerheid gerekend wordt – voornamelijk bedrijfspensioenregelingen⁷⁹⁶ en ambtenarenpensioenen⁷⁹⁷ – valt

791 Voor een toepassingsgeval i.v.m. indirect onderscheid, zie H.v.J. 6 april 2000, *Jörgenssen*, C-226/98, *Jur.* 2000, I-2447.

792 Over de bescherming van zelfstandigen voor de uitvaardiging van Wijzigingsrichtlijn 2002/73, zie L. WADDINGTON en M. BELL, *l.c.*, 589.

793 Zie o.a. C. BAYART, “De opmars van het discriminatierecht in de arbeidsverhoudingen”, *l.c.*, 314; P. CRAIG en G. DE BURCA, *o.c.*, 912-930; B.J. DRIJBER en S. PRÉCHAL, *l.c.*, 131-132 en 141-143; J. JACQMAIN, “Égalité entre travailleurs féminins et masculins”, *l.c.* 1998, 54-56; J. JACQMAIN, “Égalité entre travailleurs féminins et masculins”, *l.c.* 2004, 3-4; P.J.G. KAPTEYN, L.A. GEELHOED, K.J.M. MORTELMANS en C.W.A. TIMMERMANS, *o.c.*, 906 en 911-913; J. STEINER, “The Principle of Equal Treatment of Men and Women in Social Security”, in T.K. HERVEY en D. O’KEEFE (eds.), *Sex Equality Law in the European Union*, New York, John Wiley & Sons, 1996, 111-136.

794 Richtlijn 79/7/EEG van de Raad van 19 december 1978 betreffende de geleidelijke tenuitvoerlegging van het beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen op het gebied van de sociale zekerheid, *PB.* 1979, L. 6/24.

795 Richtlijn 86/378 EEG van de Raad van 24 juli 1986 betreffende de tenuitvoerlegging van het beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen in ondernemings- en sectoriële regelingen inzake sociale zekerheid, *PB.* 1986, L. 225/40. Gewijzigd door Richtlijn 96/97/EG van de Raad van 20 december 1996 tot wijziging van Richtlijn 86/378/EEG betreffende de tenuitvoerlegging van het beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen in ondernemings- en sectoriële regelingen in sociale zekerheid, *PB.* 1997, L. 046.

796 H.v.J. 13 mei 1986, *Bilka*, 170/84, 1607 (aanvullende pensioenen); H.v.J. 17 mei 1990, *Barber*, C-262/88, *Jur.* 1990, I-1889 (vervangende pensioenen of “contracted-out-regelingen”); H.v.J. 9 oktober 2001, *Menauer*, C-379-99, *Jur.* 2001, I-7275 (overlevingspensioenen). Inzake de criteria die gelden om een onderscheid te kunnen maken tussen beloning en sociale zekerheid in het kader van bedrijfspensioenregelingen, zie P. CRAIG en G. DE BURCA, *o.c.*, 871-873. GUELETTE verwoordt de algemene regel over hoe dat onderscheid gemaakt moet worden als volgt: “Wanneer een uitkering die *prima facie* onder een sociale zekerheidsstelsel lijkt te vallen, zelfs maar gedeeltelijk door een werkgever wordt gefinancierd, kan men zich, wat deze uitkering betreft, beroepen op het beginsel van gelijke behandeling dat is opgenomen in art. 141 EG-Verdrag”. Zie A. GUELETTE, “Indirecte discriminatie in de rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen met betrekking tot Verordening nr. 1408/71/EEG en Richtlijn nr. 79/7/EEG”, *B.T.S.Z.* 2003, 545.

797 H.v.J. 28 september 1994, *Beune*, C-7/93, *Jur.* 1994, I-4471 en bv. H.v.J. 23 oktober 2003, *Schönheit en Becker*, C-4/02 en C-5/02 (nog niet verschenen). Inzake de criteria die gelden om een onderscheid



niet onder de Sociale zekerheidsrichtlijn. Bedrijfs- en ambtenarenpensioenen worden door het Hof beschouwd als een vorm van *beloning* in de zin van artikel 141 EG-Verdrag, en vallen dan ook onder het aldaar verwoorde verbod van geslachtsdiscriminatie. De vraag of een uitkering als “sociale zekerheid”, dan wel als “beloning” aangemerkt wordt, is van groot praktisch belang: wie “sociale zekerheid” uitkeert beschikt immers krachtens Richtlijn 79/7 over talrijke wettelijke uitzonderingsmogelijkheden wat de gelijke behandeling van mannen en vrouwen betreft (bv. aangaande de gelijke pensioenleeftijd voor mannen en vrouwen). Is daarentegen het regime uit artikel 141 van toepassing dan geldt het geslachtsdiscriminatieverbod “in volle omvang”, dat wil zeggen zonder de vermelde uitzonderingen.⁷⁹⁸

483. Richtlijn 79/7 heeft sinds het verlopen van haar implementatietermijn (23 december 1984) rechtstreekse werking in de nationale rechtsorde.⁷⁹⁹ Onderdanen kunnen zich dus rechtstreeks op haar beroepen wanneer zij het gevoel hebben vanwege hun geslacht gediscrimineerd te zijn op het vlak van de wettelijke sociale zekerheid.⁸⁰⁰

2. RICHTLIJN 79/7 (OVERHEIDSREGELINGEN VAN SOCIALE ZEKERHEID)

a. Direct onderscheid

i. Vaststelling

484. Er is sprake van direct onderscheid in de zin van artikel 4 lid 1 van Richtlijn 79/7 wanneer een socialezekerheidsregeling mannen of vrouwen ongunstig behandelt op grond van geslacht (of een criterium dat daar onlosmakelijk mee verbonden is). In de literatuur is opgemerkt dat de vaststelling van rechtstreeks onderscheid bij wettelijke sociale zekerheidsregelingen doorgaans zeer eenvoudig is: de ongelijkheid valt immers per definitie af te lezen uit de wet.⁸⁰¹

ii. Rechtvaardiging

485. De richtlijn heeft niet tot doel de gelijkheid van mannen en vrouwen in het domein van de sociale zekerheid onmiddellijk te realiseren. Zij wil integendeel de lidstaten de mogelijkheid geven om *geleidelijk* ongelijkheden in hun sociale zeker-

→ te kunnen maken tussen beloning en sociale zekerheid in het kader van ambtenarenpensioenen, zie P. CRAIG en G. DE BÚRCA, *o.c.*, 878 en J. JACQMAIN, “Égalité entre travailleurs féminins et masculins”, *l.c.*, 1998, 54-56; J. JACQMAIN, “Égalité entre travailleurs féminins et masculins”, *l.c.*, 2004.

798 P.J.G. KAPTEYN, L.A. GEELHOED, K.J.M. MORTELMANS en C.W.A. TIMMERMANS, *o.c.*, 911.

799 H.v.J. 4 december 1986, *FNV*, 71/85, *Jur.* 1986, 3855.

800 P.J.G. KAPTEYN, L.A. GEELHOED, K.J.M. MORTELMANS en C.W.A. TIMMERMANS, *o.c.*, 912.

801 B.J. DRIJBER en S. PRÉCAL, *l.c.*, 131-132. Voor enkele voorbeelden in de rechtspraak, zie H.v.J. 4 december 1986, *FNV*, 71/85, *Jur.* 1986, 3855 en H.v.J. 24 juni 1986, *Drake*, 150/85, *Jur.* 1986, 1995.

heidsstelsels af te bouwen. Wel is het zo dat deze “geduldige aanpak” alleen geldt op gebieden waar de onverwijld invoering van het beginsel van de gelijkheid van mannen en vrouwen zware budgettaire en financiële consequenties zou hebben voor de lidstaten.⁸⁰² Alleen met betrekking tot die door de richtlijn aangeduide materies mogen de lidstaten voorlopig bepaalde ongelijkheden in stand houden.⁸⁰³

486. De belangrijkste uitzonderingsmogelijkheid uit Richtlijn 79/7 betreft de vaststelling van de pensioengerechtigde leeftijd, met het oog op de toekenning van pensioenen en andere prestaties.⁸⁰⁴ Op dit vlak zijn de lidstaten niet verplicht mannen en vrouwen onmiddellijk in overeenstemming met het gelijkheidsbeginsel te behandelen. Pensioenleeftijden mogen voorlopig blijven verschillen. De vraag naar de precieze draagwijdte van deze uitzonderingsbepaling heeft aanleiding gegeven tot een uitgebreide jurisprudentie van het Hof.⁸⁰⁵

487. Daaruit bleek onder andere dat op artikel 7 lid 1 a van Richtlijn 79/7 gesteund kan worden om een (slechts) stapsgewijze afbouw van een ongelijke pensioenleeftijd te rechtvaardigen.⁸⁰⁶ Een nationale wet die de pensioenleeftijd eerst gelijktrekt om vervolgens opnieuw een uitzondering te maken op die gelijke pensioenleeftijd, kan daarentegen niet met verwijzing naar datzelfde artikel verantwoord worden.⁸⁰⁷ Verder oordeelde het Hof dat een lidstaat artikel 4 lid 1 schendt wanneer hij in een nieuwe sociale zekerheidsregeling de discriminerende aspecten van een oude regeling simpelweg overneemt.⁸⁰⁸ Die laatste uitspraak ligt in het verlengde van artikel 7 lid 2 dat de lidstaten oproept om periodiek na te gaan of het, “gelet op de sociale ontwikkelingen, nog gerechtvaardigd is om de gemaakte uitzonderingen te handhaven”.

b. Indirect onderscheid

i. Vaststelling

488. Artikel 4 van Richtlijn 79/7 bepaalt uitdrukkelijk dat ook indirecte discriminatie verboden is:

Het beginsel van gelijke behandeling houdt in dat iedere vorm van discriminatie op grond van geslacht, hetzij direct, hetzij indirect door verwijzing naar met name de echtelijke staat of gezinssituatie, is uitgesloten (...).

489. Indirecte discriminatie wordt niet nader omschreven. En – in tegenstelling tot wat het geval is inzake “beloning” – is de Bewijslastrichtlijn met de daarin vervatte

802 Zie B.J. DRIJBER en S. PRÉCHAL, *l.c.*, 132 en P. CRAIG en G. DE BÚRCA, *o.c.*, 922.

803 Art. 7 lid 1 a-e.

804 Art. 7 lid 1 a.

805 Voor een overzicht, zie P. CRAIG en G. DE BÚRCA, *o.c.*, 922-925.

806 H.v.J. 7 juli 1994, *Bramhill*, C-420/92, *Jur.* 1994, I-3191.

807 H.v.J. 1 juli 1993, *Van Cant*, C-154/92, *Jur.* 1993, I-3811.

808 H.v.J. 8 maart 1988, *Dik*, C-80/87, *jur.* 1988, 1601. Zie ook P.J.G. KAPTEYN, L.A. GEELHOED, K.J.M. MORTELMANS en C.W.A. TIMMERMANS, *o.c.*, 912.

definitie niet toepasselijk.⁸⁰⁹ De inhoud van het begrip moet derhalve gezocht worden in de jurisprudentie van het Europees Hof van Justitie. Hieruit blijkt dat het Hof nauwe aansluiting gezocht heeft bij zijn rechtspraak inzake geslachtsdiscriminatie op het vlak van beloning.⁸¹⁰ Indirecte discriminatie wordt vastgesteld wanneer een sociale zekerheidsregeling “al is hij op neutrale wijze geformuleerd, in feite een veel groter percentage vrouwen dan mannen benadeelt”.⁸¹¹ In beginsel is dus vereist dat de klager aantoont dat de regeling *daadwerkelijk* veel meer vrouwen dan mannen (of omgekeerd) ongunstig behandelt, wat doorgaans een beroep op statistische gegevens impliceert.⁸¹² Een bewijs dat het ogenschijnlijk neutrale criterium benadelend zou kunnen uitwerken voor de leden van een bepaald geslacht volstaat niet.⁸¹³

ii. Rechtvaardiging

490. Wanneer voor het Hof is komen vast te staan dat een geslachtsneutraal geformuleerde wettelijke regeling inzake sociale zekerheid in feite een veel groter percentage vrouwen dan mannen benadeelt (of omgekeerd), rest de lidstaat de mogelijkheid om het gewraakte onderscheid objectief te rechtvaardigen. Het Hof heeft zijn rechtspraak in dit verband op een vergelijkbare wijze vormgegeven als in het kader van “beloning”.⁸¹⁴ Een onrechtstreeks onderscheid makende maatregel is volgens het Hof verboden,

(...) tenzij die maatregel zijn rechtvaardiging vindt in objectieve factoren, die geen verband houden met discriminatie op grond van geslacht. Dit laatste is het geval, wanneer de gekozen middelen beantwoorden aan een legitieme doelstelling van het sociale beleid van de lidstaat waarvan de wettelijke regeling in geding is, en zij ter bereiking van dat doel geschikt en noodzakelijk zijn.⁸¹⁵

491. Twee wezenlijke elementen van de hoger vermelde *Bilka*-test zijn aanwezig (*cf. supra* nrs. 419-423): het gemaakte onderscheid moet een legitiem doel nastreven, en moet in een verhouding van geschiktheid en noodzakelijkheid staan tot het beoogde doel. In samenhang met de wettelijke sociale zekerheid heeft de test echter een heel andere inhoud gekregen dan in de context van de beloningsrelatie tussen werkgever en werknemer. Over het algemeen kan gezegd worden dat de rechtvaardigingstest met betrekking tot indirect onderscheid makende regels inzake sociale zekerheid beduidend minder streng is voor de verweerder; analoog aan de eerder beschreven rechtvaardigingstest voor de nationale wetgever die op basis van geslacht een onrechtstreeks beloningsonderscheid maakt (*cf. supra* nrs. 424-426).

809 Zie art. 3 lid 1 van Richtlijn 97/80.

810 P. CRAIG en G. DE BÚRCA, *o.c.*, 925.

811 H.v.J. 14 december 1995, *Megner en Scheffel*, C-444/93, *Jur.* 1995, I-4625, r.o. 24.

812 Zie bv. H.v.J. 11 juni 1987, *Teuling*, 30/85, *Jur.* 1987, 2497, r.o. 13-14.

813 J. JACQMAIN, “Égalité entre travailleurs féminins et masculins”, *l.c.*, 1998, 54.

814 P. CRAIG en G. DE BÚRCA, *o.c.*, 925.

815 H.v.J. 1 februari 1996, *Megner en Scheffel*, C-444/93, *Jur.* 1996, I-4741, r.o. 24.

492. Wat het onderscheid betreft, verlangt het Hof in de eerste plaats dat dit geen uitstaans heeft met discriminatie op grond van geslacht.⁸¹⁶ Het bewijs van een discriminatoir motief in hoofde van de normsteller betekent dus onmiddellijk dat er sprake is van een verboden onderscheid. In de praktijk blijkt het zeer zelden voor te komen dat een sociale zekerheidsregeling over dit vereiste struikelt.

493. In de tweede plaats moet de nagestreefde doelstelling er één zijn van “sociaal beleid”. Het Hof heeft dit vereiste doorheen zijn rechtspraak verschillend geformuleerd. Zo verlangde het Hof in de zaak *Teuling* dat de bestreden maatregel “een integrerend onderdeel uitmaakte van het sociaal beleid”⁸¹⁷, terwijl het in meer recente arresten eiste dat “de gekozen middelen beantwoorden aan een legitieme doelstelling van het sociaal beleid van de lidstaat (...)”.⁸¹⁸ GERARDS geeft de voorkeur aan de laatst vermelde test, waarbij de rechter niet alleen dient na te gaan of het doel van een betwiste maatregel past in het gevoerde sociale beleid, maar ook of dat doel op zich legitiem is.⁸¹⁹ Uit de rechtspraak blijkt echter dat het Hof niet op consequente wijze de eis stelt dat de doelstelling ook legitiem zou zijn.⁸²⁰

494. Het valt op dat het Hof de meest uiteenlopende overwegingen van sociale politiek aanvaard heeft als legitieme doelstellingen. Daarbij kon het gaan om zeer algemene doelstellingen van sociaal beleid, zoals het waarborgen van een minimum-inkomen⁸²¹, tot zeer specifieke doelen zoals de bescherming van werk in beperkte dienstverbanden.⁸²² Sommige door het Hof aanvaarde doelstellingen zijn dan weer sterk aan een bepaalde lidstaat en zijn specifieke sociale zekerheidsstelsel gebonden, bijvoorbeeld de bescherming van een “structureel beginsel van het Duitse sociale zekerheidsstelsel”.⁸²³ De enige beperking die het Hof aan de aanvaardbaarheid van een doelstelling stelde is dat deze niet van zuiver budgettaire of financiële aard mag zijn.⁸²⁴

495. Ook aan het verband van geschiktheid en noodzakelijkheid tussen het gewraakte onderscheid en het beoogde doel, stelt het Hof in deze context geen hoge eisen. Het laat het oordeel over de noodzakelijkheid van de betwiste maatregel in de meeste gevallen over aan de nationale rechter, en verlangt daarbij niet dat zou

816 Zie bv. H.v.J. 14 december 1995, *Nolte*, C-317/93, *Jur.* 1996, I-4625, r.o. 34 en 36.

817 H.v.J. 11 juni 1987, *Teuling*, 30/85, *Jur.* 1987, 2497.

818 H.v.J. 1 februari 1996, *Megner en Scheffel*, C-444/93, *Jur.* 1996, I-4741, r.o. 24.

819 J.H. GERARDS, o.c., 274.

820 Zie bv. H.v.J. 8 februari 1996, *Laperre*, C-8/94, *Jur.* 1996, I-273.

821 H.v.J. 11 juni 1987, *Teuling*, 30/85, *Jur.* 1987, 2497, r.o. 17-18. Zie ook B.J. DRIJBER en S. PRÉCHAL, *l.c.*, 141.

822 H.v.J. 14 december 1995, *Nolte*, C-317/93, *Jur.* 1996, I-4625, r.o. 31 en 32.

823 H.v.J. 1 februari 1996, *Megner en Scheffel*, C-444/93, *Jur.* 1996, I-4741, r.o. 25.

824 Zaak C-343/92, *De Weerd*, 1994, *Jur.* I-571. In de woorden van C. BARNARD, “Gender Equality in the EU: A Balance Sheet”, *l.c.*, 241: “(...) although the Court has insisted that mere budgetary considerations may not constitute a justification, it seems that almost any other policy reason (provided it meets the proportionality test) will justify indirect discrimination in state social security schemes”. In dezelfde zin schrijven B.J. DRIJBER en S. PRÉCHAL, *l.c.*, 142, dat “ieder motief dat geen verband houdt met discriminatie op grond van geslacht en waarop het etiket ‘sociale politiek’ kan worden geplakt in beginsel als rechtvaardigingsgrond aanvaard wordt”. Zie ook P.J.G. KAPTEYN, L.A. GEELHOED, K.J.M. MORTELMANS en C.W.A. TIMMERMANS, o.c., 913.

worden nagegaan of er voor het bereiken van de nagestreefde doelstelling andere minder vergaande middelen bestaan. In de zaak *Nolte* onderzocht het Hof wel zelf of een betwist onderscheid evenredig (in de ruime zin) was, en zwakte daarbij de noodzakelijkheidstest af tot een *redelijkheidstest*:

Gepreciseerd moet worden, dat de doelstelling van sociaal en werkgelegenheidsbeleid waarop de Duitse Regering zich heeft beroepen, objectief gezien niets van doen heeft met discriminatie op grond van geslacht, en dat de nationale wetgever er bij de uitoefening van zijn bevoegdheid *in redelijkheid van kon uitgaan, dat de betrokken wettelijke regeling voor de verwezenlijking van die doelstelling noodzakelijk was* [onze cursivering]. Onder die omstandigheden kan de litigieuze wettelijke regeling niet worden aangemerkt als een indirecte discriminatie in de zin van artikel 4 lid 1 van de Richtlijn.⁸²⁵

496. Deze soepele test is een uiting van de ruime beleidsvrijheid waarop de lidstaten volgens het Hof recht hebben in het kader van de sociale zekerheid. Het Hof heeft het bestaan van een ruime lidstatelijke appreciatiemarge uitdrukkelijk erkend, en heeft ook verduidelijkt waarom het Europees discriminatierecht ten aanzien van nationale regelingen van sociale zekerheid afstand dient te bewaren:

Vastgesteld moet worden, dat het sociale beleid in de huidige stand van het gemeenschapsrecht tot de bevoegdheid van de lidstaten behoort (...). Derhalve staat het aan de lidstaten, de maatregelen te kiezen die geschikt zijn voor de verwezenlijking van hun doelstellingen van sociaal en werkgelegenheidsbeleid. Bij de uitoefening van deze bevoegdheid beschikken de lidstaten over een ruime beoordelingsmarge.⁸²⁶

c. Werkingsfeer

i. *Ratione personae*

497. Richtlijn 79/7 is alleen verplichtend ten aanzien van de lidstaten – zij zijn immers de enigen die instaan voor de toekenning van wettelijke sociale zekerheid.

⁸²⁵ H.v.J. 14 december 1995, *Nolte*, C-317/93, *Jur.* 1996, I-4625, r.o. 33-34.

⁸²⁶ H.v.J. 1 februari 1996, *Megner en Scheffel*, C-444/93, *Jur.* 1996, I-4741, r.o. 24. De soepelheid die het Hof aan de dag legt bij de beoordeling van door lidstaten aangedragen rechtvaardigingen voor indirect onderscheid op het vlak van sociale zekerheid valt volgens GERARDS niet alleen te verklaren door het feit dat we ons hier op een domein bevinden dat tot de bevoegdheid van de lidstaten gerekend moet worden. Zij wijst erop dat de sociale zekerheid een zeer complex en technisch beleidsterrein is waarbij de normsteller nood heeft aan een grote beleidsvrijheid om een coherent beleid te kunnen voeren. De lidstaten en hun regelgevers op het vlak van sociale zekerheid zijn bovendien beter geplaatst dan een Europese rechter om te oordelen over de geschiktheid en noodzakelijkheid van diverse maatregelen. Een laatste grond die de terughoudendheid van het Hof op dit vlak kan verklaren is het feit dat het Hof zich bewust is van belangrijke financiële gevolgen die haar beslissingen op het vlak van de sociale zekerheid voor de lidstaten kunnen hebben. Zie J.H. GERARDS, *o.c.*, 310-311. P.J.G. KAPTEYN, L.A. GEELHOED, K.J.M. MORTELMANS en C.W.A. TIMMERMANS, *o.c.*, 913, wijst erop dat de lidstaten in toenemende mate voldoen aan de eis om in hun sociale zekerheidswetgeving geen rechtstreeks ongelijk behandelende bepalingen op te nemen, en dat bijgevolg de toetsing van die wetgeving aan het verbod van indirecte discriminatie aan belang wint. Volgens deze auteur noopt dit gegeven tot minder soepelheid vanwege het Hof bij beoordeling van de vraag of een objectieve grond voor rechtvaardiging van een onrechtstreeks onderscheid voorhanden is.

De richtlijn heeft rechtstreekse verticale werking: onderdanen kunnen zich op haar bepalingen beroepen, ook al is zij niet omgezet in nationaal recht (*cf. supra* nrs. 483).⁸²⁷

498. De richtlijn beschermt twee met de arbeidsmarkt nauw verbonden categorieën burgers tegen geslachtsdiscriminatie in sociale zekerheidsregelingen: de beroepsbevolking en gepensioneerde en invalide werknemers. Volgens de ruime definitie van artikel 2 van de richtlijn vallen onder de beroepsbevolking (1) werknemers en zelfstandigen; (2) werknemers en zelfstandigen wier arbeid onderbroken is door ziekte, ongeval of onvrijwillige werkloosheid en (3) werkzoekenden.⁸²⁸

499. Het Hof heeft het begrip *beroepsbevolking* verder gepreciseerd in een aantal arresten, waarvan een eerste groep een restrictief karakter heeft. Zo blijken niet tot de actieve bevolking gerekend te worden (en dus evenmin tot het toepassingsgebied *ratione personae* van de richtlijn): personen die nooit hebben gewerkt⁸²⁹, personen die geen werk kunnen zoeken omdat zij invalide of ziek zijn⁸³⁰, zij die vrijwillig hun arbeid onderbreken om voor de opvoeding van hun kinderen te zorgen⁸³¹, of thuis een ziek of invalide familielid verzorgen – zelfs al hebben zij daartoe een beroepsopleiding genoten.⁸³² Als algemene regel kan uit deze rechtspraak afgeleid worden dat alleen personen die werken, werk zoeken of wier arbeid onvrijwillig onderbroken werd als gevolg van het intreden van een vermeld sociaal risico⁸³³ als beroepsbevolking gelden in de zin van Richtlijn 79/7.⁸³⁴

500. Tegenover deze strikte jurisprudentie aangaande het personele toepassingsgebied van de richtlijn, staan enkele arresten die een relatief ruimhartige bescherming bieden aan slachtoffers van geslachtsdiscriminatie op het vlak van de arbeidsmarkt gerelateerde sociale zekerheid. Zo oordeelde het Hof in de zaak *Drake* dat wie zijn beroepsactiviteit staakt om te zorgen voor een ascendent die het slachtoffer werd van een van risico's uit artikel 3 van de richtlijn deel blijft uitmaken van de beroepsbevolking.⁸³⁵ Hetzelfde geldt voor werkenden die slechts deeltijds of voor een korte termijn professioneel actief zijn.⁸³⁶ Ten slotte besliste het Hof dat ook wie niet zelf onder het personele toepassingsgebied valt, maar een rechtstreeks belang heeft bij het afdwingen van het beginsel van gelijke behandeling zoals dit beschermd is in Richtlijn 79/7, rechten heeft onder die richtlijn.⁸³⁷

827 Zie H.v.J. 4 december 1986, *FNV*, 71/85, *Jur.* 1986, 3855, r.o. 21 en 25 en P.CRAIG en G. DE BURCA, *o.c.*, 913-914.

828 Zie *ibid.*, 912 en P.J.G. KAPTEYN, L.A. GEELHOED, K.J.M. MORTELMANS en C.W.A. TIMMERMANS, *o.c.*, 912.

829 H.v.J. 27 juni 1989, *Achterberg-te-Riele*, 46, 106 en 107/88, *Jur.* 1989, 1963.

830 H.v.J. 11 juli 1991, *Johnson*, C-31/90, *Jur.* 1991, I-3723.

831 H.v.J. 27 juni 1989, *Achterberg-te-Riele*, 46, 106 en 107/88, *Jur.* 1989, 1963.

832 H.v.J. 7 november 1996, *Züchner*, C-77/95, *Jur.* 1996, I-5689.

833 Daarbij kan het gaan om elkeen van de vijf in art. 3 opgesomde risico's. Zie H.v.J. 24 juni 1986, *Drake*, 150/85, *Jur.* 1986, 1995, r.o. 22.

834 J. JACQMAIN, "Égalité entre travailleurs féminins et masculins", *l.c.*, 1998, 54.

835 H.v.J. 24 juni 1986, *Drake*, 150/85, *Jur.* 1986, 1995.

836 H.v.J. 14 december 1995, *Nolte*, C-317/93, *Jur.* 1996, I-4625.

837 H.v.J. 11 juli 1991, *Verholen*, C-87-89/90, *Jur.* 1991, I-3757.

ii. *Ratione materiae*

501. Om de materiële werkingssfeer van Richtlijn 79/7 te omschrijven, moet zij eerst afgebakend worden van het toepassingsgebied van artikel 141 EG-Verdrag.⁸³⁸ Elke door de overheid uitgekeerde som die geldt als een “beloning” voor arbeid valt niet onder de richtlijn.⁸³⁹

502. Blijkens artikel 2 lid 1 van de richtlijn is het discriminatieverbod verder alleen van toepassing op sociale zekerheidsregelingen die bescherming bieden tegen een van de volgende vijf risico's: (1) ziekte; (2) invaliditeit; (3) ouderdom; (4) arbeidsongevallen en beroepsziekten en (5) werkloosheid. Ook sociale bijstandsregelingen die een aanvulling vormen op – of een vervanging voor – een uitkering die betrekking heeft op één van die risico's vallen onder de werkingssfeer. Uitdrukkelijk uitgesloten zijn “gezinsbijslagen” en “prestaties aan nagelaten betrekkingen”.⁸⁴⁰

503. Het Hof heeft de materiële werkingssfeer van de richtlijn beperkend uitgelegd. Vele sociale uitkeringen die nochtans duidelijk (zij het onrechtstreeks) in verband staan tot een van de vijf vermelde risico's, zijn door het Hof beschouwd als vallend buiten het toepassingsgebied van de richtlijn. Zo bijvoorbeeld woonsubsidies⁸⁴¹, een aanvullende uitkering of inkomenssteun⁸⁴², een uitkering voor de opvoeding van kinderen⁸⁴³ en een kortingsregeling voor ouderen aangaande het gebruik van openbaar vervoer.⁸⁴⁴ Wél tot de werkingssfeer van de richtlijn rekende het Hof een nationale regeling die gepensioneerden vrijstelt van de betaling van geneesmiddelenkosten⁸⁴⁵, evenals een regeling die voorzag in wintertoeslagen voor brandstof.⁸⁴⁶ De eerstgenoemde regeling werd geacht in verband te staan met het risico “ziekte”, de tweede met “ouderdom”.

504. Alleen indien een sociale regeling *rechtstreeks en effectief* verband houdt met een van de risico's vermeld in artikel 2 lid 1 en door de wetgever opgezet is met de specifieke *bedoeling* om burgers bescherming te bieden tegen ziekte, invaliditeit, ouderdom, arbeidsongevallen en beroepsziekten of werkloosheid, valt die regeling

838 Voor een bespreking, zie P. CRAIG en G. DE BÚRCA, *o.c.*, 918-921.

839 In de woorden van C. BARNARD, “Gender Equality in the EU: A Balance Sheet”, *l.c.*, 250: “The only legislative provisions which do not constitute pay are those based on statutory social security schemes which are not paid by reason of the existence of the employment relationship, to which Directive 79/7 on equal treatment in social security, and not article 119 (now 141), applies”.

840 Art. 3 lid 2 van de richtlijn.

841 Al werd de toekenning daarvan door de bewuste regeling o.a. afhankelijk gemaakt van de sociale risico's “ouderdom” en “invaliditeit”. Er was dus wel degelijk een verband tussen de uitkering en een in art. 2 lid 1 vermeld sociaal risico. Zie H.v.J. 4 februari, *Smithson*, C-243/90, *Jur.* 1992, I-467.

842 Deze uitkering vertoonde een link met het risico “werkloosheid”, een band die echter volgens het Hof niet “direct en effectief” was. Bij de normsteller ontbrak bovendien de intentie om specifiek dat risico te lenigen. H.v.J. 16 juli 1992, *Jackson*, C-63-64/91, *Jur.* 1992, I-4737, r.o. 21.

843 Deze uitkering had mede als effect dat ouders aan het werk konden blijven nadat ze kinderen gekregen hadden. Die link met het risico “werkloosheid” werd niet beschouwd als “direct en effectief”. Zie H.v.J. 12 september 1996, *Hoever en Zachov*, C-254/94 en 3-412/94, *Jur.*

844 H.v.J. 11 juli 1968, *Atkins*, C-228/94, *Jur.*, I-3633. Voor een bespreking zie J. JACQMAIN, “Égalité entre travailleurs féminins et masculins”, *l.c.*, 1998, 54.

845 H.v.J. 19 oktober 1995, *Richardson*, C-137/94, *Jur.* 1995, I-3407.

846 H.v.J. 16 december 1999, *Taylor*, C-382/98, *Jur.* 1999, I-8955.

binnen de werkingssfeer van Richtlijn 79/7.⁸⁴⁷ Het feit dat een regeling *onbedoeld* of *onrechtstreeks* bescherming biedt tegen een sociaal risico kan niet volstaan om haar onder het toepassingsgebied van de richtlijn te plaatsen.⁸⁴⁸

3. RICHTLIJN 86/378 (BEDRIJFSREGELINGEN VAN SOCIALE ZEKERHEID)

505. Bedoeling van Richtlijn 86/378 was om het beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen, – dat krachtens Richtlijn 79/7 al gold op het vlak van de wettelijke sociale zekerheid – uit te breiden tot alle collectieve⁸⁴⁹ bedrijfsregelingen inzake sociale zekerheid.⁸⁵⁰ Het Europees Hof van Justitie holde echter de betekenis van die richtlijn al zeer snel uit.⁸⁵¹ In het arrest *Barber* van 17 mei 1990, evenals in (eerdere en) latere rechtspraak kwalificeerde het Hof verschillende soorten bedrijfspensioenen als “beloning” in de zin van artikel 141 EG-Verdrag. Meer algemeen zal elke vorm van bedrijfsuitkering, die verband houdt met het beroep van de begunstigde door het Hof als “beloning” aangemerkt worden⁸⁵² – ongeacht of zij op het eerste gezicht een sociale zekerheidskarakter heeft of niet.⁸⁵³

506. Het belangrijkste praktische gevolg van deze rechtspraak is dat ondernemingen die regelingen van sociale zekerheid uitwerken voor hun *werknemers* op geslacht gebaseerde ongelijke behandelingen, niet langer kunnen rechtvaardigen met een beroep op de (tijdelijke) uitzonderingen uit artikel 7 van Richtlijn 96/97. Krachtens het wél toepasselijke artikel 141 EG-Verdrag zijn zij integendeel verplicht onmiddellijk en ten volle het beginsel van gelijke behandeling in acht te nemen.⁸⁵⁴ Alleen wat betreft sociale regelingen ten gunste van de *zelfstandige* beroepsbevolking zal nog op de uitzonderingsbepaling uit artikel 7 een beroep gedaan kunnen worden.⁸⁵⁵

507. Wat de bedrijfsregelingen van sociale zekerheid betreft die niet onder de zojuist vermelde *Barber*-rechtspraak vallen, geldt dat zij rechtstreeks noch onrechtstreeks discriminerend mogen zijn.⁸⁵⁶ Artikel 9 van de richtlijn voorziet in drie tijdelijke

847 P. CRAIG en G. DE BÚRCA, *o.c.*, 921.

848 P. CRAIG en G. DE BÚRCA bekritisieren deze restrictieve jurisprudentie, omdat deze aan lidstaten de mogelijkheid verschaft om sociale regelingen die in feite bescherming bieden tegen een van de vijf in de richtlijn vermelde risico's, zo te organiseren dat hierin het beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen niet gerespecteerd is. Zie *ibid.*

849 Art. 2 lid 2 van de richtlijn sluit immers individuele overeenkomsten inzake sociale zekerheid uit.

850 Volgens het (gewijzigde) art. 2 lid 1 moeten onder dergelijke bedrijfsregelingen verstaan worden: “(...) regelingen die niet vallen onder Richtlijn 79/9/EEG en tot doel hebben aan werknemers of zelfstandigen uit een onderneming, een groep ondernemingen, een tak van de economie of één of meer bedrijfstakken omvattende sector, prestaties te verstrekken in aanvulling op de prestaties uit hoofde van wettelijke regelingen op het gebied van sociale zekerheid of in de plaats daarvan, ongeacht of aansluiting bij deze regeling verplicht is of niet”.

851 Zie P.J.G. KAPTEYN, L.A. GEELHOED, K.J.M. MORTELMANS en C.W.A. TIMMERMANS, *o.c.*, 906.

852 JACQMAIN spreekt van “le critère de l'emploi”; BARNARD schrijft dat alle uitkeringen door het Hof als “beloning” aangemerkt zullen worden, “provided that they are granted in respect of employment”. Zie J. JACQMAIN, “Égalité entre travailleurs féminins et masculins”, *l.c.*, 2004 en C. BARNARD, “Gender Equality in the EU: A Balance Sheet”, *l.c.*, 249.

853 A. GEULETTE, *l.c.*, 545.

854 L. SOMMERSIJNS en I. DE WILDE, *l.c.*, 268.

855 P. CRAIG en G. DE BÚRCA, *o.c.*, 930.

856 Art. 5 van de richtlijn.

rechtvaardigingsgronden voor rechtstreeks onderscheid, waarvan de mogelijkheid de gelijkschakeling van de pensioengerechtigde leeftijd “uit te stellen” de belangrijkste is. Het recht op gelijke behandeling uit de richtlijn geldt (net als in Richtlijn 79/7/EEG) alleen voor de beroepsbevolking⁸⁵⁷ en voor gepensioneerden of invalide werknemers of zelfstandigen, en dat alleen met betrekking tot uitkeringen die bescherming beogen te bieden tegen de volgende vijf risico’s: (1) ziekte; (2) invaliditeit; (3) ouderdom; (4) arbeidsongevallen en beroepsziekten en (5) werkeloosheid.⁸⁵⁸

§ 3. Bewijs van geslachtsdiscriminatie

508. In tegenstelling tot wat het geval is in Richtlijnen 2000/43 en 2000/78, bevat Richtlijn 76/207 geen titel over de bewijslastverdeling. De regels over de bewijslast inzake geslachtsdiscriminatie zijn vervat in een aparte richtlijn: Richtlijn 97/80 “inzake de bewijslast in gevallen van discriminatie op grond van geslacht”. Inhoudelijk is de daarin vervatte regel (art. 4) identiek aan deze opgenomen in de Rasrichtlijn (art. 10) en Kaderrichtlijn (art. 8):

De lidstaten nemen, overeenkomstig hun nationale rechtsstelsels, de nodige maatregelen om ervoor te zorgen dat wanneer iemand die zich door niet-toepassing te zijnen aanzien van het beginsel van gelijke behandeling benadeeld acht, voor de rechter of een bevoegde instantie feiten aanvoert die directe of indirecte discriminatie kunnen doen vermoeden, de verweerder dient te bewijzen dat het beginsel van gelijke behandeling niet werd geschonden.

509. Deze regel aangaande de bewijslastverdeling – die een codificatie is van de jurisprudentie van het Hof – is toepasselijk op de vaststelling van beloningsdiscriminatie (Richtlijn 75/117), geslachtsdiscriminatie in arbeid en beroep (Richtlijn 76/207), discriminatie op grond van zwangerschap (Richtlijn 92/85) en op de Richtlijn inzake ouderschapsverlof (Richtlijn 96/34).⁸⁵⁹ De Sociale Zekerheidsrichtlijnen zijn daarentegen niet aan de bepalingen van de Bewijslastrichtlijn onderworpen. Het lijkt er op dat het Hof niet geneigd is deze richtlijn toe te passen, en zo mogelijk de voorkeur zal geven aan haar (inhoudelijk gelijklopende) eigen rechtspraak inzake bewijslastverdeling.⁸⁶⁰

Afdeling 3. Verbod rassendiscriminatie

§ 1. Relevante verdrags- en wetteksten

510. Naar Europees recht is rassendiscriminatie verboden krachtens Richtlijn 2000/43 van de Raad van 29 juni 2000 “houdende toepassing van het beginsel van gelijke

857 Voor de inhoud van dit begrip, cf. *supra* nrs. 498-499.

858 Art. 4 van de richtlijn.

859 Zie art. 3.

860 Zie H.v.J. 9 februari 1999, *Seymour-Smith*, C-167/97, *Jur.* 1999, I-623, noot J. JACQMAIN; *Chron. dr. soc.* 1991, 371 en H.v.J. datum, *Brunnhöfer*, C-381/99, *Jur.* 2001, I-4961. Zie ook J. JACQMAIN, “Égalité entre travailleurs féminins et masculins”, *l.c.*, 2004.

behandeling van personen ongeacht ras of etnische afstamming”.⁸⁶¹ Rechtsgrond van deze richtlijn was artikel 13 EG-Verdrag dat de Raad de bevoegdheid toekent om (bij unanimiteit) passende maatregelen te treffen ter bestrijding van discriminatie op grond van geslacht, *ras of etnische afstamming*, godsdienst of overtuiging, handicap, leeftijd of seksuele geaardheid.⁸⁶² Doel van de Rasrichtlijn is om op het gehele grondgebied van de Europese Gemeenschap een gemeenschappelijk hoog niveau van bescherming tegen rassendiscriminatie te bereiken.⁸⁶³

511. Alinea 9 van de preambule past het verbod van rassendiscriminatie in de ruimere doelstellingen van de Gemeenschap: de opstellers van de richtlijn gaan ervan uit dat het tolereren van discriminatie op grond van ras de volgende in artikel 3 EG-

861 Voor een bespreking van deze richtlijn (waarbij soms ook een bespreking van de Kaderrichtlijn), zie o.a. M. BELL, “Beyond European Labour Law? Reflections on the EU Racial Equality Directive”, *European Law Journal* 2002, 348-399; E. GUILD, “The EC Directive on Race Discrimination: Surprises, Possibilities and Limitations”, *Industrial Law Journal* 2000, 416 e.v.; B. HEPPLER, “Race and Law in Fortress Europe”, *Modern Law Review* 2004, 1-15; S. McINERNEY, “Legal Protection Against Discrimination Based on Racial and Ethnic Origin Under European Union Law – Necessary But Not Sufficient?”, *International Journal of Discrimination and Law* 2003, 3-44; J. NIESSEN en I. CHOPIN, *The Development of Legal Instruments to Combat Racism in a Diverse Europe*, Den Haag, Martinus Nijhoff, 2004; P. RODRIGUES, “De Richtlijn tegen rassendiscriminatie bezien vanuit polderperspectief”, *Nederlands Tijdschrift voor Europees Recht* 2000, 279-284; G. TOGENBURG, “The Race Directive: a New Dimension in the Fight Against Ethnic Discrimination in Europe”, *European Yearbook of Minority Issues* 2002, 231-244.

Voor een plaatsing van de Rasrichtlijn in het bredere kader van het antiracismebeleid van de Unie, zie C. BROWN, “The Race Directive: Towards Equality For All the Peoples of Europe?”, *Yearbook of European Law* 195-227. Voor een theoretisch perspectief, zie D. CHALMERS, “The Mistakes of the Good European?”, in *Discrimination and Human Rights – the Case of Racism*, Oxford, Oxford University Press, 2001; voor een historisch en rechtvergelijkend perspectief, zie L.M. ROSEBERRY, “Like Carrying Water With a Sieve: An Analysis of the New EC Race Discrimination Directive From a Comparative Legal Historic Perspective”, *Julebog* 247-270.

Een groot aantal bijdragen vergelijkt de Rasrichtlijn met de Kaderrichtlijn, eventueel met Richtlijn 2002/73 of meer algemeen het EG-geslachtsdiscriminatierecht als *tertium comparationis*, zie o.a. C. BARNARD, “The Changing Scope of the Fundamental Principle of Equality?”, *McGill Law Journal* 2001, 955-77; M. BELL en L. WADDINGTON, “Reflecting on Inequalities in European Equality Law”, *l.c.*, 349-369; P. DOLLAT, “Vers la reconnaissance généralisée du principe de l'égalité de traitement entre les personnes dans l'Union Européenne”, *J.T.* 2002, 57-65; R. HOLTMAAT, “Uit de keuken van de Europese Unie: de Gelijke Behandelingsrichtlijnen op grond van artikel 13 EG-Verdrag”, in T. LOENEN (ed.), *Gelijke behandeling: oordelen en commentaar*, Deventer, Kluwer, 2002, 97-108; E. ELLIS, “The Principle of Non-Discrimination in the Post-Nice Era”, in A. ARNULL en D. WINSKOTT (eds.), *Accountability and Legitimacy in the European Union*, Oxford, Oxford University Press, 2002; voor een vergelijking van het EU-discriminatierecht zoals dat voortvloeit uit beide richtlijnen met het antidiscriminatierecht in de context van het E.V.R.M., zie U. O'HARE, “Enhancing European Equality Rights: a New Regional Framework”, *Maastricht Journal of European and Comparative Law* 2001, 144 e.v.; D. SCHIEK, “A New Framework On Equal Treatment of Persons in EC law? Directives 2000/43/EC, 2000/78/EC and 2002/73/EC changing Directive in context”, *European Law Journal*, 290-314; G. THUSING, “Following the US Example: European Employment Discrimination Law and the Impact of Council Directives 2000/43/EC and 2000/78/EC”, *International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations* 2003, 187-217; P. RODRIGUES, “De betekenis van de Europese Antidiscriminatie richtlijnen voor de Nederlandse rechtsorde”, *Derdelanders en in de Europese Unie* 2001, 99-111; L. WADDINGTON, “Tweede-generatie Richtlijnen Gelijke Behandeling: de nieuwe Richtlijn inzake gelijke behandeling ongeacht ras of etnische afstamming en de Kaderrichtlijn gelijke behandeling in arbeid en beroep”, *Sociaal Recht* 2000, 357-362; L. WADDINGTON, “The New Equality Directives – Mixed Blessings”, in C. COSTELLO en E. BARRY (eds.), *Equality in Diversity – the New Equality Directives*, Dublin, Irish Centre for European Law, 2003; L. WADDINGTON en M. BELL, *l.c.*, 587-611.

862 Over de vraag of de Rasrichtlijn voldoet de vereisten van het subsidiariteitsbeginsel, zie D. CUYPERS, *l.c.*, 315.

863 Zie overweging 28 van de preambule.

Verdrag vervatte doelen in gevaar brengt: “de verwezenlijking van een hoog niveau van werkgelegenheid en van sociale bescherming, de verbetering van de levensstandaard en de kwaliteit van het bestaan, alsmede de vergroting van de economische en sociale cohesie en van de solidariteit”. Niet optreden tegen racistische discriminatie zou verder onverenigbaar zijn met de ambitie van de Europese Unie om te evolueren tot een “ruimte van vrijheid, veiligheid en rechtvaardigheid”.⁸⁶⁴

§ 2. Inhoud van het discriminatieverbod

A. Begrip “ras”

512. De begrippen ras en etnische afstamming worden in de richtlijn niet gedefinieerd. Wel staat in alinea 6 van de preambule te lezen dat het gebruik van het woord ras in de richtlijn niet betekent dat de Unie theorieën onderschrijft die proberen aan te tonen dat er verschillende menselijke rassen zouden bestaan. Het begrip “ras”, mag dus volgens de Raad tussen aanhalingstekens geplaatst worden.⁸⁶⁵ Verder blijkt uit artikel 3 lid 2 dat de discriminatiegrond “nationaliteit” niet als een onderdeel van het concept “ras” beschouwd mag worden (*cf. infra* nr. 530).

B. Vaststelling direct en indirect onderscheid

513. Artikel 2 lid 2 van de Rasrichtlijn bepaalt dat er sprake is van

directe discriminatie, wanneer iemand op grond van ras of etnische afstamming ongunstiger wordt behandeld dan een ander in een vergelijkbare situatie wordt, is, of zou worden behandeld.

indirecte discriminatie, wanneer een ogenschijnlijk neutrale bepaling, maatstaf of handelwijze personen van een bepaald ras of een bepaalde etnische afstamming in vergelijking met andere personen bijzonder benadeelt, tenzij die bepaling, maatstaf of handelwijze objectief wordt gerechtvaardigd door een legitiem doel en de middelen voor het bereiken van dat doel passend en noodzakelijk zijn.⁸⁶⁶

514. Deze definitie, die we ook terugvinden in Richtlijnen 76/207 en 2000/78 vormt de neerslag van de rechtspraak van het Hof op het vlak van geslachts- nationaliteitsdiscriminatie. Vaststelling van *direct onderscheid* is mogelijk door vergelijking met een historische of hypothetische referentiepersoon, vaststelling van *indirect onderscheid* kan zonder presentatie van statistisch bewijs door de klager (*cf. supra*

⁸⁶⁴ Art. 2, 4de streepje EU-Verdrag.

⁸⁶⁵ Over het begrip “ras” in de richtlijn, zie I. SEWANDANO, *l.c.*, 220. Voor een doorgedreven analyse in dit verband, zie D. SCHIEK, “Diskriminierung wegen der ‘Rasse’ oder ‘ethnischer Herkunft’ – Probleme bei der Umsetzung der RL 2000/43/EG im Arbeitsrecht”, *Arbeit und Recht* 2003, 44-51.

⁸⁶⁶ Art. 2 lid 2 van de drie richtlijnen.

nrs. 432-433 en 450-453).⁸⁶⁷ Dat laatste kan van groot praktisch belang zijn omdat etnische minderheidsgroepen soms zeer klein zijn, en statistisch materiaal om die reden niet gepresenteerd kan worden.⁸⁶⁸

C. Rechtvaardiging direct onderscheid (wezenlijke en bepalende beroepsvereisten)

515. Artikel 4 van de Rasrichtlijn bevat een geschreven rechtvaardigingsgrond voor directe discriminatie op grond van ras:

Niettegenstaande [het verbod van directe en indirecte discriminatie] kunnen de lidstaten bepalen dat een verschil in behandeling dat op een kenmerk in verband met ras of etnische afstamming berust, geen discriminatie vormt, indien een dergelijk kenmerk, vanwege de aard van de betrokken specifieke beroepsactiviteiten of de context waarin deze worden uitgevoerd, een wezenlijke en bepalende beroepsvereiste vormt, mits het doel legitiem en het vereiste evenredig aan dat doel is.

516. Het maken van een onderscheid (rechtstreeks) op basis van ras mag op twee voorwaarden: (1) het kenmerk ras moet een wezenlijke en bepalende vereiste zijn voor de uitoefening van een bepaald beroep⁸⁶⁹ en (2) de ongelijke behandeling moet een legitiem doel dienen en daartoe in een evenredige verhouding staan. In de rechtsleer wordt aangenomen dat dit evenredigheidsvereiste inhoudt dat het gewraakte onderscheid “geschikt en noodzakelijk” moet zijn voor het bereiken van de nagestreefde doelstelling.⁸⁷⁰ Het klasieke voorbeeld van een verantwoorde (rechtstreeks) op ras gebaseerde ongelijke behandeling is dat van een theatergezelschap dat alleen zwarte acteurs in aanmerking neemt voor het spelen van de rol van “Othello”.⁸⁷¹ De huidskleur is in die context een wezenlijke en bepalende beroepsvereiste, het uitsluiten van blanke acteurs een maatregel die zowel geschikt als noodzakelijk is.⁸⁷²

517. Uit de tekst van de Rasrichtlijn wordt niet volledig duidelijk of een lidstaat een catalogus van beroepen moet voorzien in de wet waarvoor het kenmerk “ras” een wezenlijke en bepalende vereiste is.⁸⁷³ Het lijkt erop dat de richtlijn de bedoeling had om lidstaten de mogelijkheid te geven om *individuele* ongelijke behandelingen te rechtvaardigen, eerder dan hen toe te staan bepaalde beroepsgroepen *in abstracto* vrij te stellen van het verbod van directe discriminatie.⁸⁷⁴ In de literatuur is er verder

867 Zie M. BELL, *o.c.*, 75. Voor een analyse van het concept “indirecte discriminatie” in de nieuwe richtlijnen, zie M. FINLAY, “Indirect Discrimination and the Article 13 Directives”, in C. COSTELLO en E. BARRY, *Equality in Diversity – the New Equality Directives*, Dublin, Irish Centre for European Law, 2003. Zie ook *supra* nrs. 432-433 en 450-453.

868 M. BELL, *o.c.*, 75.

869 Of een beschermd kenmerk essentieel is voor een bepaald beroep kan zowel uit de “aard” van het beroep afgeleid worden, alsook uit de “context”. Zie C. BAYART, *o.c.*, 238.

870 *Ibid.*

871 Voor een aantal andere voorbeelden, zie T. JONES, *l.c.*, 521.

872 Zie *ibid.*, 520 en L. WADDINGTON en M. BELL, *l.c.*, 597-598.

873 Dit is het “oude” systeem zoals voorzien in Richtlijn 76/207 (ongewijzigd). Cf. *supra* nrs. 438-440. Zie ook I. SEWANDONO, *l.c.*, 223 die lijkt te suggeren dat het “oude” stelsel ook geldt voor de Rasrichtlijn.

874 L. WADDINGTON en M. BELL, *l.c.*, 598.

beklemtoond dat de uitzonderingsbepaling uit artikel 2 lid 3 *facultatief* is, en dat lidstaten bij de omzetting hiervan een *transparent* stelsel dienen uit te werken dat in rekening brengt dat uitzonderingen op het fundamentele recht niet op basis van ras gediscrimineerd te worden *restrictief* geïnterpreteerd moeten worden.⁸⁷⁵

D. Rechtvaardiging indirect onderscheid

518. Indirect onderscheid kan objectief gerechtvaardigd worden als het een legitiem doel dient, en passend en noodzakelijk is om dat doel te bereiken. Hiermee sluit de wetgever naadloos aan bij de eerdere rechtspraak van het Hof inzake indirect onderscheid op grond van geslacht evenals bij de recente wetgeving in dat verband (cf. *supra* nrs. 417-426 en 454-455).⁸⁷⁶

E. Intimidatie en opdracht tot discrimineren

519. Volgens artikel 2 lid 3 staat intimidatie gelijk met discriminatie in de zin van de richtlijn als⁸⁷⁷:

er sprake is van ongewenst gedrag dat met [het beschermde kenmerk] verband houdt, en tot doel of gevolg heeft dat de waardigheid van een persoon wordt aangetast en een bedreigende, vijandige, beledigende, vernederende, of kwetsende omgeving wordt gecreëerd. Het begrip intimidatie kan in dit verband worden gedefinieerd in overeenstemming met de nationale wetgeving en praktijken van de lidstaten.

520. Voorwaarde om te kunnen spreken van met ras verband houdende intimidatie is dus dat door ongewenst gedrag de waardigheid van een individu wordt aangetast én een bedreigende of kwetsende omgeving ontstaat.⁸⁷⁸ Dit in tegenstelling tot wat het geval is bij seksuele intimidatie, waarbij het volstaat dat aan één van deze beide voorwaarden is voldaan (cf. *supra* nrs. 460-464). De klager hoeft geen ongunstige behandeling aan te tonen in vergelijking met andere werknemers, noch is hij verplicht in hoofde van de werkgever een intentie aan te tonen.⁸⁷⁹

521. Het feit dat de richtlijn lidstaten de vrijheid verschaft om het begrip intimidatie te definiëren “in overeenstemming met hun nationale wetgeving en praktijken” betekent dat zij in beginsel de mogelijkheid hebben om de juridische voorwaarden voor intimidatie strenger te maken. Hoever de vrijheid van de lidstaten hierbij reikt is nog niet duidelijk.⁸⁸⁰ Het Hof heeft in een ander verband geoordeeld dat lidstaten

⁸⁷⁵ C. BAYART, *o.c.*, 238.

⁸⁷⁶ C. BAYART, *o.c.*, 227-228.

⁸⁷⁷ Voor een bespreking van het EU-recht inzake intimidatie, zie M. DRIESSEN REILLY en B. DRIESSEN, “Don’t Shoot the Messenger: a Look at Community Law Relating to Harassment in the Workplace”, *E.L.Rev.* 2003, 493-507.

⁸⁷⁸ Zie in dit verband G. THÜSING, *l.c.*, 208-209.

⁸⁷⁹ C. BAYART, “Discriminatie in de arbeidsverhoudingen. De Ras- en Kaderrichtlijn: technieken en potentiële gevolgen”, *l.c.*, 11-12.

⁸⁸⁰ *Ibid.*, 11.

dergelijke beleidsvrijheid niet zo mogen invullen dat het wezen van het betrokken recht (*in casu* het recht om niet geïntimideerd te worden vanwege ras of etnische afkomst) aantast.⁸⁸¹

522. In artikel 2 lid 4 wordt het *opdracht geven tot rassendiscriminatie* gelijkgesteld met discriminatie. Zoals hoger al vermeld werd in de context van geslachtsdiscriminatie, was de situatie die de wetgever voor ogen stond die van een werkgever die een uitzendbureau opdraagt om alleen sollicitanten met een bepaald beschermd kenmerk (*in casu* ras) te selecteren. In dergelijk geval kan niet alleen degene die persoonlijk de racistische handeling stelde aangepakt worden (het uitzendbureau), maar ook de opdrachtgever (*cf. supra* nrs. 456-457).⁸⁸²

§ 3. Handhaving⁸⁸³

A. Bewijslastverdeling

523. Overeenkomstig de hoger uiteengezette algemene beginselen van de bewijslastverdeling in discriminatiezaken, rust de plicht tot het bewijzen van een rassendiscriminatie niet integraal bij de eiser. Zo bepaalt artikel 8:

De lidstaten nemen, overeenkomstig hun nationale rechtsstelsels, de nodige maatregelen op ervoor te zorgen dat, wanneer personen zich door de niet-toepassing te hunnen aanzien van het beginsel van gelijke behandeling benadeeld achten, voor de rechter of een andere bevoegde instantie feiten aanvoeren die directe of indirecte discriminatie kunnen doen vermoeden, de verweerder dient te bewijzen dat het beginsel van gelijke behandeling niet werd geschonden.

524. Deze regel bevat slechts een minimale verplichting voor de lidstaten: zij mogen ook bewijslastregels invoeren die voor een vermeend slachtoffer van discriminatie nog gunstiger zijn.⁸⁸⁴ Vanzelfsprekend geldt deze verplichting niet ten aanzien van strafprocedures.⁸⁸⁵

B. Bescherming tegen represaillemaatregelen

525. Artikel 9 van de richtlijn bepaalt dat de lidstaten in hun nationale wetgeving moeten voorzien in maatregelen die werknemers beschermen tegen “een nadelige

⁸⁸¹ M. BELL, *o.c.*, 75-76.

⁸⁸² C. BAYART, “Discriminatie in de arbeidsverhoudingen. De Ras- en Kaderrichtlijn: technieken en potentiële gevolgen”, *l.c.*, 10.

⁸⁸³ I. HIGGINS, “Enforcement and The New Equality Directives”, in C. COSTELLO en E. BARRY (eds.), *Equality in Diversity – the New Equality Directives*, Dublin, Irish Centre for European Law, 2003; R. NICKEL, “Making the Law Work. The Enforcement and Implementation of Anti-discrimination Legislation”, *European Journal of Migration and Law* 2003, 2268-2672 en M. SCHLACHTER, “Anforderungen der Gleichbehandlungsrichtlinien an ein wirksames Sanktionsinstrumentarium”, in U. RUST (ed.), *Die Gleichbehandlungsrichtlinien der EU und ihre Umsetzung in Deutschland*, Bremen, Loccumer Protokolle 40/03, 2003, 239-253.

⁸⁸⁴ Art. 8 lid 2.

⁸⁸⁵ Art. 8 lid 3.

behandeling of nadelige gevolgen als reactie op een klacht of op een procedure gericht op het doen naleven van het beginsel van gelijke behandeling”. Uit de rechtspraak van het Hof kan afgeleid worden dat die bescherming tegen represaillemaatregelen door de werkgever niet alleen geldt tijdens de duur van de arbeidsovereenkomst, maar ook na de beëindiging daarvan.⁸⁸⁶

C. Handhaving door individuen en belangenverenigingen

526. Uit artikel 7 blijkt dat niet alleen individuele slachtoffers recht hebben op toegang tot gerechtelijke of administratieve procedures (of bemiddelingsprocedures) om hun rechten af te dwingen, maar dat ook “verenigingen, organisaties of andere rechtspersonen die er (...) een rechtmatig belang bij hebben dat deze richtlijn wordt nageleefd” de mogelijkheid moeten krijgen om een vordering in te stellen “namens of ter ondersteuning van de klager/klaagster”.⁸⁸⁷

D. Organen voor de bevordering van gelijke behandeling

527. Artikel 13 van de richtlijn verplicht de lidstaten om een orgaan op te richten “voor de bevordering van gelijke behandeling van alle personen, zonder discriminatie op grond van ras of etnische afstamming”. Hun takenpakket dient te bestaan uit het verlenen van bijstand aan klagers, het verrichten van onafhankelijke onderzoeken en het publiceren van verslagen en adviezen inzake rassendiscriminatie en haar bestrijding.⁸⁸⁸

E. Sancties

528. Artikel 15 geeft lidstaten de mogelijkheid zelf de sancties vast te stellen die gelden bij overtreding van de regels uit Richtlijn 2000/43. De voorziene sancties, die ook schadevergoedingen aan het slachtoffer kunnen omvatten, moeten “doeltreffend, evenredig en afschrikwekkend” zijn. Een strafrechtelijk sanctiesysteem behoort tot de mogelijkheden, maar is niet verplicht.

886 H.v.J. 22 september 1998, *Coote*, C-185/97, *Jur.* 1998, I-5199. Voor een bespreking zie L. WADDINGTON en M. BELL, *l.c.*, 604-605.

887 Art. 7 leden 1 en 2. Zie in dit verband C. BAYART, “Discriminatie in de arbeidsverhoudingen. De Ras- en Kaderrichtlijn: technieken en potentiële gevolgen”, *l.c.*, 11-12 en L. WADDINGTON en M. BELL, *l.c.*, 607.

888 Zie C. BAYART, “Discriminatie in de arbeidsverhoudingen. De Ras- en Kaderrichtlijn: technieken en potentiële gevolgen”, *l.c.*, 13 en L. WADDINGTON en M. BELL, *l.c.*, 608.

§ 4. *Werkingsfeer*

A. Ratione personae

529. De Rasrichtlijn is verplichtend voor particulieren én overheid. De begunstigten van haar bescherming zijn eigen onderdanen, vreemde EU-onderdanen en onderdanen van derdelanden.⁸⁸⁹ De rechtspositie van derdelanders onder de Rasrichtlijn wordt echter ongunstig beïnvloed door artikel 3 lid 2:

Deze richtlijn is niet van toepassing op verschillen in behandeling gebaseerd op nationaliteit en doet geen afbreuk aan voorwaarden voor toegang en verblijf voor onderdanen van derde landen en staatslozen tot *c.q.* op het grondgebied van de lidstaten, noch aan enige behandeling die het gevolg is van de juridische status van de betrokken onderdanen van derde landen en staatlozen.

530. Vanwege deze bepaling blijft nationale wetgeving die derdelanders ongelijk behandelt in vergelijking met Unieburgers (bv. inzake arbeidsvergunningen) onverlet – zelfs als de bedoelde wetgeving resulteert in indirecte discriminatie op grond van ras.⁸⁹⁰ Het is niet onmiddellijk duidelijk of ook particuliere werkgevers zich op de uitzondering in artikel 3 lid 2 mogen beroepen om onrechtstreeks (rassen)discriminerende praktijken te wettigen.⁸⁹¹ BELL wijst erop dat artikel 3 lid 2 als uitzondering op een fundamentele regel restrictief geïnterpreteerd moet worden, en suggereert dat zij niet voor particuliere werkgevers dient te gelden.⁸⁹²

B. Ratione materiae

531. De Rasrichtlijn is van toepassing op vier arbeids- en beroepsgelateerde levensgebieden, én op vier bijkomende terreinen, die zich in de sociale en economische sfeer bevinden. De richtlijn laat de opsomming van die acht maatschappelijke gebieden voorafgaan door de regel dat het verbod van rassendiscriminatie alleen gelding heeft “binnen de grenzen van de aan de Gemeenschap verleende bevoegdheden”.⁸⁹³

532. De vier arbeids- en beroepsgelateerde bevoegdheidsgebieden zijn: (1) de voorwaarden voor toegang tot arbeid in loondienst of als zelfstandige en tot een beroep, met inbegrip van de selectie- en aanstellingscriteria, ongeacht de tak van activiteit en op alle niveaus van de beroepshiërarchie, met inbegrip van bevorderingskansen; (2) de toegang tot alle vormen en alle niveaus van beroepskeuzevoorlichting, beroepsopleiding, voortgezette beroepsopleiding en omscholing, met inbegrip van praktijkervaring; (3) werkgelegenheid en arbeidsvoorwaarden, met inbegrip

889 Zie preambule nr. 13.

890 M. BELL, *o.c.*, 77.

891 Bv. een beloningstelsel op grond waarvan burgers die niet de nationaliteit van een lidstaat bezitten een lager loon krijgen.

892 M. BELL, *o.c.*, 77.

893 Zie art. 13 EG-Verdrag.

van ontslag en beloning; (4) het lidmaatschap van of de betrokkenheid bij een werkgevers- of werknemersorganisatie of enige organisatie waarvan de leden een bepaald beroep uitoefenen, waaronder de voordelen die deze organisaties bieden.⁸⁹⁴

533. De vier overige terreinen waarop de richtlijn van toepassing is, zijn: (1) sociale bescherming, met inbegrip van sociale zekerheid en gezondheidszorg; (2) sociale voordelen; (3) onderwijs; (4) de toegang tot en het aanbod van goederen en diensten die publiekelijk beschikbaar zijn, met inbegrip van huisvesting.⁸⁹⁵

534. Wat deze bevoegdheidsdomeinen betreft komt BELL na grondig onderzoek tot de conclusie dat de Gemeenschap voor het verbieden van rassendiscriminatie op het vlak van “de toegang tot goederen en diensten”, “de gezondheidszorg” en “het onderwijs” *onbevoegd* lijkt te zijn. Wat de “sociale bescherming”, de “sociale voordelen” en de “huisvesting” aanbelangt, vindt hij wel aanknopingspunten in het verdrag, en bestaat dus geen bevoegdheidsprobleem.⁸⁹⁶

535. JONES becommentarieert twee van de vier extra bevoegdheidsgebieden: hij wijst erop dat de categorie *sociale voordelen* geïnterpreteerd moet worden zoals datzelfde begrip in Verordening 1612/68, met betrekking tot het vrij verkeer van werknemers in de Gemeenschap.⁸⁹⁷ Verder legt hij er de nadruk op dat het verbod van rassendiscriminatie alleen geldt voor de toegang tot goederen en diensten die *publiekelijk beschikbaar* zijn. Zo zal het verbod volgens hem wel gelden voor clubs die voor eenieder toegankelijk zijn, maar niet voor privé-clubs.⁸⁹⁸

§ 5. Recente ontwikkelingen

536. Op 28 november 2001 diende de Commissie bij de Raad een voorstel voor een kaderbesluit in betreffende de bestrijding van racisme en vreemdelingenhaat. Bedoeling van dit voorstel was de strafrechtelijke aanpak van racisme en vreemdelingenhaat in de lidstaten van de Unie te harmoniseren. Het aanzetten tot haat, publiekelijk beledigen uit racistische motieven en de ontkenning van de holocaust zouden onder meer strafbaar gesteld worden. Rechtsgrondslag voor deze voorgestelde interventie is artikel 29 EU-Verdrag aangaande de ontwikkeling van gezamenlijk optreden van de lidstaten op het gebied van politieke en justitiële samenwerking in strafzaken. Oogmerk hiervan is de doelstelling van de Unie die erin bestaat de burgers “een

⁸⁹⁴ Art. 3 lid 1 a-d.

⁸⁹⁵ Art. 3 lid 1 d-h. Over de “toegang tot goederen en diensten”, zie D. SCHIEK, “Schutz vor Diskriminierung bei öffentlich angebotenen Güter und Dienstleistungen einschliesslich des Wohnraums – beschränkt auf rassitische Diskriminierung?”, in U. RUST (ed.), *Die Gleichbehandlungsrichtlinien der EU und ihre Umsetzung in Deutschland*, Bremen, Loccumer Protokolle 40/03, 2003, 129-151.

⁸⁹⁶ M. BELL, *o.c.*, 136-143.

⁸⁹⁷ Zie in dit verband ook het artikel van E. ELLIS, “Social Advantages: A New Lease of Law”, *C.M.L.Rev.* 2003, 639-659.

⁸⁹⁸ T. JONES, *l.c.*, 520.

ruimte van vrijheid, veiligheid en rechtvaardigheid en een hoog niveau van zekerheid te verschaffen” naderbij te brengen. Vooral nog is er in de Raad geen overeenstemming bereikt over dit voorstel.

Afdeling 4. Verbod discriminatie op grond van godsdienst of overtuiging, handicap, leeftijd en seksuele geaardheid

§ 1. Relevante verdrags- en wetteksten

537. Het verbod van discriminatie op grond van godsdienst of overtuiging⁸⁹⁹, handicap⁹⁰⁰, leeftijd⁹⁰¹ en seksuele geaardheid⁹⁰² is vervat in Richtlijn 2000/78 van de Raad van 27 november 2000 tot instelling van een algemeen kader voor gelijke behandeling in arbeid en beroep.⁹⁰³ Deze zogenoemde *Kaderrichtlijn* is gebaseerd op artikel 13 EG-Verdrag, en bij unanimititeit gestemd in de Raad.⁹⁰⁴ De gebruikte rechtsgrondslag is betwistbaar, aangezien voor de bestrijding van discriminatie in

899 I.v.m. de discriminatiegrond religie, zie G. THÜSING, *l.c.*, 199-202 en L. WADDINGTON en M. BELL, *l.c.*, 601-602.

900 I.v.m. de discriminatiegrond handicap in Richtlijn 2000/78, zie M.H.S. GIJZEN, “Het nieuwe Gelijke Behandelingsrecht voor Gehandicapten en Chronisch Ziekten”, in T. LOENEN (ed.), *Gelijke Behandeling: Oordelen en commentaar*, Deventer, Kluwer, 2002, 97-108; A. INGHAMMAR, “Discrimination of People With Disabilities. Normative Aspects of Disability and Work in Swedish, English and EC Context”, in A. NUMMHAUSER-HENNING (ed.), *Legal Perspectives on Equal Treatment and Non-Discrimination*, Den Haag, Kluwer Law International, 2001; K. VAN DEN LANGENBERG, “Discriminatie van gehandicapten bij aanwerving: een verkennende analyse”, in UFSIA, *Vrijheid en gelijkheid, de horizontale werking van het gelijkheidsbeginsel en de nieuwe antidiscriminatiewet*, Antwerpen, Maklu, 2003, 575-610; R. WHITTLE, “The Framework Directive for Equal Treatment in Employment and Occupation: an Analysis From a Disability Rights Perspective”, *E.L.Rev.* 2002, 303-326.

901 I.v.m. de discriminatiegrond leeftijd in Richtlijn 2000/78, zie S. FREDMAN, “The Age of Equality”, in S. FREDMAN en S. SPENCER (eds.), *Age an Equality Issue*, Oxford, Hart Publishing, 2003, 21-70; F. GRAPPERHAUS, “Het verbod op onderscheid op grond van leeftijd in arbeid en beroep”, *Ondernemingsrecht* 2002, 356-363; H. MEENAN, “Age Equality After the Employment Directive”, *Maastricht Journal of European and Comparative Law* 2003, 9-38; Y. VAN GEMERDEN, “Het verbod op onderscheid op grond van leeftijd bij beëindiging van het dienstverband”, *Sociaal Recht* 2002, 347-355.

902 M. BELL, *o.c.*, 88-120; M. BELL, “Sexual Orientation in Employment: An Evolving Role For the European Union”, in R. WINTEMUTE en M. ANDENAES, *Legal Recognition of Same Sex Partnership – a Study of National, European and International Law*, Oxford, Hart Publishing, 2001, 653-677; C. TOBLER, “Europe: Same-Sex Couples Under the Law of the EU”, *Aktuelle Juristische Praxis*, 2001, 269 e.v.

903 Voor een commentaar die specifiek over de Kaderrichtlijn handelt, zie o.a. S. BURRI en Y. KONIJN, “Implementatie van de EG-Richtlijn over de instelling van een Algemeen Kader voor Gelijke Behandeling in Arbeid en Beroep. Een tussenstand”, *Nemesis* 2003, 23-27; P. SKIDMORE, “EC Framework Directive on Equal Treatment in Employment: Towards a Comprehensive Community Anti-Discrimination Policy?”, *Industrial Law Journal* 2001, 126-132; R. WHITTLE en M. BELL, “Between Social Policy and Union Citizenship: the Framework Directive on Equal Treatment in Employment”, *E.L.Rev.* 2002, 697-711. Voor de veel ruimere groep commentaren die de Kaderrichtlijn vergelijkt met de Rasrichtlijn (en eventueel het geslachtsdiscriminatierecht) cf. *supra* nr. 510.

904 Volgens overweging 11 van de preambule dient de Kaderrichtlijn verschillende van de in art. 3 EG-Verdrag vervatte doelstellingen (meer bepaald “de verwezenlijking van een hoog niveau van werkgelegenheid en van sociale bescherming, de verbetering van de levensstandaard en de kwaliteit van het bestaan, alsmede de vergroting van de economische en sociale cohesie en van de solidariteit”) en draagt zij bij tot het “vrij verkeer van personen”. Over de vraag of de Kaderrichtlijn voldoet aan de vereisten van het subsidiariteitsbeginsel, zie D. CUYPERS, *l.c.*, 315

arbeid en beroep ook gekozen kan worden voor artikel 137 EG-Verdrag – een bepaling van sociale politiek, die een minder strenge raadsmeerderheid vereist en die een grotere rol voor het Europees Parlement voorziet.⁹⁰⁵

§ 2. Inhoud discriminatieverbod

A. Directe discriminatie, indirecte discriminatie en plicht tot redelijke aanpassingen

538. Artikel 2 verbiedt directe en indirecte discriminatie op elke in de Kaderrichtlijn opgenomen discriminatiegronden. De begrippen directe en indirecte discriminatie worden op precies dezelfde wijze omschreven als in Richtlijnen 76/207 en 2000/43 (*cf. supra*, nrs. 432-433, 450-453 en 513).⁹⁰⁶ Ook intimidatie en opdracht geven tot discrimineren worden verboden en gelijkgesteld met discriminatie.⁹⁰⁷ Daarenboven bevat de Kaderrichtlijn een derde aan het gelijkheidsbeginsel ontleende verplichting: de plicht te voorzien in redelijke aanpassingen voor gehandicapten.

Teneinde te waarborgen dat het beginsel van gelijke behandeling met betrekking tot personen met een handicap nageleefd wordt, wordt voorzien in redelijke aanpassingen. Dit houdt in dat de werkgever, naar gelang de behoefte, in een concrete situatie *passende maatregelen* [onze cursivering] neemt om een persoon met een handicap in staat te stellen toegang tot arbeid te hebben, in arbeid te participeren of daarin vooruit te komen dan wel om een opleiding te genieten, tenzij deze maatregelen voor de werkgever een onevenredige belasting vormen (...).

539. Strikt tekstueel genomen is het achterwege laten van redelijke aanpassingen geen derde discriminatievorm: de verplichting tot het nemen van positieve maatregelen ter wille van mensen met een handicap, is immers niet vermeld als een van de discriminatievormen uit artikel 1, maar is opgenomen in een aparte bepaling (art. 5).⁹⁰⁸ Dit neemt niet weg dat in laatstgenoemde bepaling duidelijk staat dat

905 Op het eerste gezicht is het dan ook verbazend dat de Raad haar Kaderrichtlijn inzake discriminatie in beroep en arbeid gegrond heeft op art. 13 EG-Verdrag en niet op art. 137 lid 2 EG-Verdrag. De bedoelde Kaderrichtlijn is immers een regel die ertoe strekt de arbeidsvoorwaarden en het arbeidsmilieu te verbeteren, en kon dus onder laatstgenoemde rechtsbasis geplaatst worden. M. BELL, *o.c.*, 130-131, betoogt dat de keuze voor art. 13 EG-Verdrag toch verantwoord is omdat de werkingssfeer van de Kaderrichtlijn iets verder reikt dan de beroepssfeer van werknemers, en door het feit dat de Kaderrichtlijn meer bedoeld was als een element van het burgerschap van de Unie, dan alleen als een instrument van arbeidsrecht. Voor een bespreking van de vraag welke rechtsgrondslag de juiste is, zie R. WHITTLE en M. BELL, "Between Social Policy and Union Citizenship: the Framework Directive on Equal Treatment in Employment", *E.L.Rev.* 2002, 677-691.

906 Er is sprake van "a) *directe discriminatie*, wanneer iemand ongunstiger wordt behandeld dan een ander in een vergelijkbare situatie wordt, is, of zou worden behandeld op basis van de in art. 1 genoemde gronden; b) *indirecte discriminatie*, wanneer een ogenschijnlijk neutrale bepaling, maatstaf of handelwijze personen met een bepaalde godsdienst of overtuiging, handicap, leeftijd of seksuele geaardheid, in vergelijking met andere personen bijzonder benadeelt, tenzij die bepaling, maatstaf of handelwijze objectief wordt gerechtvaardigd door een legitiem doel en de middelen voor het bereiken van dat doel passend en noodzakelijk zijn".

907 Zie artikel 2 lid 3 en 4.

908 C. BAYART, "Discriminatie in de arbeidsverhoudingen. De Ras- en Kaderrichtlijn: technieken en potentiële gevolgen", *l.c.*, 15-16 en L. WADDINGTON en M. BELL, *l.c.*, 596-597. Zie ook L. WADDINGTON en A. HENDRIKS, "The Expanding Concept of Employment Discrimination in Europe: From Direct and Indirect Discrimination to Reasonable Accommodation Discrimination", *International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations* 2002, 403-427.

het gelijkheidsbeginsel met betrekking tot gehandicapten *alleen* gerespecteerd is, als voorzien is in redelijke aanpassingen. Met andere woorden: wie niet zorgt voor redelijke aanpassingen, discrimineert.⁹⁰⁹

540. In de rechtsleer is er op gewezen dat het beginsel van redelijke aanpassingen, zoals verwoord in artikel 5, als functie heeft om positieve actie te promoten. Het verplicht de lidstaten om niet slechts zorg te dragen voor formele gelijkheid voor gehandicapten, maar om daarenboven door “praktische en doeltreffende maatregelen” feitelijke of substantiële gelijkheid teweeg te brengen.⁹¹⁰ Hierbij moet naar luid van de preambule gedacht worden aan “maatregelen [die] gericht zijn op aanpassing van de werkplek aan de behoeften van de werknemer met een handicap, bijvoorbeeld aanpassing van gebouwen, uitrusting, arbeidsritme, en taakverdeling of voorzien in opleidings- en integratiemiddelen”.⁹¹¹

541. Die plicht is echter niet onbeperkt. Maatregelen die een *onevenredige belasting* met zich zouden meebrengen voor de werkgever zijn onder de richtlijn niet geboden. Om te beoordelen of een last onevenredig is, moet volgens de preambule rekening gehouden worden “met de financiële en andere kosten, alsmede met de omvang en de financiële middelen van de organisatie of onderneming”.⁹¹² Ondanks deze preciseringen acht de rechtsleer het bijzonder onduidelijk wat in de praktijk onder “redelijke aanpassingen” verstaan moet worden.⁹¹³

B. Rechtvaardiging direct onderscheid

1. WEZENLIJKE EN BEPALENDE BEROEPSVEREISTEN

542. Net als de Richtlijn gelijke behandeling man-vrouw en de rasrichtlijn voorziet de Kaderrichtlijn (art. 4) in de mogelijkheid om direct onderscheid te rechtvaardigen met verwijzing naar wezenlijke en bepalende beroepsvereisten die voldoen aan de communautaire evenredigheidstoets (*cf. supra* nrs. 515-517 en 437-440). De in artikel 3 lid 4 vervatte bepaling naar luid waarvan het leger onderscheid mag maken op basis van handicap en leeftijd, is een toepassing van de regel dat wezenlijke beroepsvereisten rechtstreekse ongelijke behandelingen rechtvaardigen.⁹¹⁴

909 In de Belgische Antidiscriminatiewet is “het ontbreken van redelijke aanpassingen voor een persoon met een handicap” een van de verschillende discriminatievormen. Zie P. FOUBERT, “Basisconcepten van de Wet Bestrijding Discriminatie en haar verhouding tot andere discriminatieregels”, *I.c.*, 2. Zie ook *supra* nrs. 1169-1172.

910 G. THÜSING, *I.c.*, 196.

911 Preambule, overweging 20.

912 Preambule, overweging 21.

913 G. THÜSING, *I.c.*, 197.

914 L. WADDINGTON en M. BELL, *I.c.*, 599.

2. OPEN RECHTVAARDIGINGSGROND VOOR ALLE ONDERSCHIEDSVORMEN?

Deze richtlijn laat de nationale wettelijke bepalingen onverlet die in een democratische samenleving noodzakelijk zijn voor de openbare veiligheid, de handhaving van de openbare orde en het voorkomen van strafbare feiten, de bescherming van de volksgezondheid en de bescherming van de rechten en vrijheden van derden.⁹¹⁵

543. Deze door het Verenigd Koninkrijk bedongen uitzonderingsbepaling wordt in de rechtsleer op twee manieren uitgelegd: als een uitgesponnen parafrase van de rechtvaardigingstoets voor *indirect onderscheid*, of als een bepaling die de rechtvaardiging van *direct onderscheid* toestaat.⁹¹⁶ Als voor de eerste lezing gekozen wordt, voegt artikel 2 lid 5 op zich weinig toe. Volgens SEWANDONO is die uitleg nochtans verkieslijk omdat zij geen schade toebrengt aan het gesloten rechtvaardigingsstelsel voor directe discriminatie.⁹¹⁷

544. De ruime interpretatie doet wél afbreuk aan het principe van het gesloten rechtvaardigingsstelsel: volgens die uitleg maakt artikel 2 lid 5 het immers mogelijk om elk onderscheid – ook rechtstreeks onderscheid – te verantwoorden. Volgens VELAERS is artikel 2 lid 5 een bepaling die lidstaten de ruimte verschaft om aangaande de opgenomen gronden een open stelsel van rechtvaardiging te hanteren. Zij het onder de uitdrukkelijke voorwaarde dat rechtvaardiging van rechtstreeks onderscheid alleen toegestaan is wanneer zulks “in een democratische samenleving noodzakelijk is voor de openbare veiligheid, de handhaving van de openbare orde en het voorkomen van strafbare feiten, de bescherming van de volksgezondheid en de bescherming van de rechten en vrijheden van derden”.⁹¹⁸

545. BAYART betoogt dat de rechtvaardigingsgrond in artikel 2 lid 5 alleen door de *lidstaten* ingeroepen kan worden ter rechtvaardiging van onderscheiden die voorkomen in arbeidswetgeving, en niet door *werkgevers* in het kader van particuliere verhoudingen. Hij onderbouwt deze stelling door te verwijzen naar de bewoordingen van de uitzonderingsbepaling (“laat de nationale *wettelijke* bepalingen onverlet”), en naar het feit dat het inroepen van gronden als de “openbare veiligheid” weinig zinvol lijkt in horizontale relaties.⁹¹⁹ Een “volledig” open stelsel, waarbij de algemene rechtvaardigingsmogelijkheid ook in particuliere arbeidsrelaties inroepbaar is, sluit deze auteur uit.

⁹¹⁵ Art. 2 lid 5.

⁹¹⁶ C. BAYART, “Discriminatie in de arbeidsverhoudingen. De Ras- en Kaderrichtlijn: technieken en potentiële gevolgen”, *I.c.*, 13-14.

⁹¹⁷ I. SEWANDONO, *I.c.*, 222. Zie ook L. WADDINGTON en M. BELL, *I.c.*, 598.

⁹¹⁸ J. VELAERS, *I.c.*

⁹¹⁹ C. BAYART, *o.c.*, 195-199. In vergelijkbare zin, zie S. VAN DROOGHENBROECK, “La loi du 25 février tendant à lutter contre la discrimination: les défauts d’une horizontalisation des droits de l’homme”, *A.P.T.* 2003, 214. Ook BELL lijkt, zonder veel argumentatie, uit te gaan van het hier vermelde standpunt. Zie M. BELL, *o.c.*, 115-116.

3. SPECIFIEKE RECHTVAARDIGINGSGROND VOOR DIRECT LEEFTIJDSONDERSCHIED

546. Artikel 6 van de Kaderrichtlijn bevat een bijzondere rechtvaardigingsgrond voor rechtstreeks onderscheid op grond van leeftijd.

Niettegenstaande artikel 2 lid 2, kunnen de lidstaten bepalen dat verschillen in behandeling op grond van leeftijd geen discriminatie vormen indien zij in het kader van de nationale wetgeving objectief en redelijk worden gerechtvaardigd door een legitiem doel, met inbegrip van legitieme doelstellingen van het beleid op het terrein van werkgelegenheid, de arbeidsmarkt of de beroepsopleiding, en de middelen voor het bereiken van dat doel passend en noodzakelijk zijn.⁹²⁰

547. Deze bepaling geeft lidstaten de mogelijkheid om directe leeftijdsdiscriminatie objectief en redelijk te rechtvaardigen.⁹²¹ Als een rechtstreeks op grond van leeftijd gemaakt verschil een legitiem doel nastreeft, en passend en noodzakelijk is om dat doel te bereiken, is het verantwoord. Artikel 6 lid 1 bevat een niet-exhaustieve lijst van ongelijke behandelingen die gerechtvaardigd kunnen zijn.⁹²² Ook minimum- en maximum-leeftijden – nochtans de belangrijkste bestaansredenen voor anti-leeftijdsdiscriminatieregels – worden uitdrukkelijk vermeld.⁹²³ In hetzelfde artikel geeft de Europese wetgever een aantal voorbeelden van wat kan gelden als een legitieme doelstelling. Het valt op dat het daarbij steeds gaat om doelstellingen van *algemeen* belang, en niet om doelen die een particulier (ondernemings)belang dienen. Hieruit kan afgeleid worden dat alleen de wetgever onder artikel 6 het recht zal hebben om rechtstreeks leeftijdsonderscheid te rechtvaardigen.⁹²⁴

548. Geen enkele rechtvaardigingseis wordt verbonden aan het instandhouden van leeftijdsvereisten voor “ondernemings- en sectoriële regelingen inzake sociale zekerheid”. Dergelijke leeftijdsvereisten hoeven op basis van artikel 6 lid 2 niet eens objectief en redelijk verantwoord te worden. De *aanvullende sociale zekerheid* kan met andere woorden door de lidstaten volledig aan het verbod van leeftijdsdiscriminatie onttrokken worden.⁹²⁵

4. RECHTVAARDIGING DIRECT ONDERSCHIED OP BASIS VAN GELOOF EN OVERTUIGING

549. Artikel 4 lid 2 van de Kaderrichtlijn beschermt de vrijheid en de belangen van organisaties die een godsdienst of overtuiging als grondslag hebben, zoals bijvoor-

920 Art. 6 lid 1.

921 C. BAYART, “Discriminatie in de arbeidsverhoudingen. De Ras- en Kaderrichtlijn: technieken en potentiële gevolgen”, *l.c.*, 20.

922 G. THÜSING, *l.c.*, 203.

923 L. WADDINGTON en M. BELL, *l.c.*, 599.

924 G. THÜSING, *l.c.*, 203 schrijft in dit verband: “[O]ne could argue that the legislature is empowered alone in the general interest under article 6”. De opmerking van L. WADDINGTON en M. BELL, *l.c.*, 599 dat rechtstreeks onderscheid op grond van leeftijd op een zeer vergelijkbare manier te rechtvaardigen valt als ongelijke behandelingen in het kader van art. 14 E.V.R.M., ligt in het verlengde van THÜSING’S opmerking.

925 C. BAYART, “Discriminatie in de arbeidsverhoudingen. De Ras- en Kaderrichtlijn: technieken en potentiële gevolgen”, *l.c.*, 20-21.

beeld kerken, katholieke scholen of ideologisch of religieus geïnspireerde tijdschriften. Het vermelde artikel bepaalt dat bestaande nationale wetgeving die kerken en andere tendensverenigingen het recht verschaft om in bepaalde omstandigheden onderscheid te maken op basis van godsdienst of overtuiging, in stand gehouden mag worden. In dit verband rust op lidstaten een zogenoemde *stand-still*-verplichting.⁹²⁶

550. Uit de tekst van de richtlijn kan afgeleid worden dat tendensverenigingen alleen een verschil mogen maken op grond van geloof of overtuiging (bv. bij de aanwerving van personeel) wanneer dat geloof of die overtuiging voor de uitoefening van een bepaalde beroepsactiviteit “een wezenlijke, legitieme en gerechtvaardigde beroepsvereiste vormt”.⁹²⁷ BAYART leidt hieruit af dat bijvoorbeeld een katholieke school van haar leraren mag eisen dat zij het katholieke geloof beleiden, maar datzelfde niet kan eisen van administratief personeel dat niet met de leerlingen in aanraking komt.⁹²⁸ Artikel 4 lid 3 van de richtlijn verleent tendensverenigingen wel het recht om van *alle* personen die voor hen werkzaam zijn “een houding van goede trouw en loyaliteit aan de grondslag van de organisatie” aan de dag te leggen.⁹²⁹

551. Artikel 4 lid 2 bepaalt verdere uitdrukkelijk dat kerken en vergelijkbare verenigingen met verwijzing naar hun ideologische grondslag geen onderscheiden op een andere grond dan geloof of overtuiging kunnen verantwoorden. Zo zal het bijvoorbeeld een katholieke school niet toegestaan zijn een (katholieke) leraar vanwege zijn homoseksuele geaardheid niet aan te nemen, of anderszins verschillend te behandelen.⁹³⁰ Wel mag de school op grond van artikel 4 lid 3 van de leraar een loyale houding ten aanzien van haar ideologische grondslagen verlangen. Allicht mag zij hem vragen om zijn seksuele geaardheid niet publiek te maken of te laten blijken wanneer hij op school werkzaam is. Hoeveel de loyaliteit reikt die een tendensvereniging van haar personeel mag verlangen, is niet onmiddellijk duidelijk.⁹³¹

C. Rechtvaardiging indirect onderscheid

1. OBJECTIEVE EN REDELIJKE RECHTVAARDIGING

552. Indirect onderscheid op een van de in de richtlijn opgenomen gronden is objectief en redelijk gerechtvaardigd wanneer het een legitiem doel dient, en de middelen voor het bereiken van dat doel passend en noodzakelijk zijn (*cf. supra* nrs. 454-455 en 518).

926 Zie I. SEWANDONO, *l.c.*, 223 en L. WADDINGTON en M. BELL, *l.c.*, 600.

927 Art. 4 lid 2. Volgens G. THÜSING, *l.c.*, 202 is dit begrip inhoudelijk gelijk aan de “wezenlijke en bepalende beroepsvereiste”.

928 C. BAYART, “Discriminatie in de arbeidsverhoudingen. De Ras- en Kaderrichtlijn: technieken en potentiële gevolgen”, *l.c.*, 19.

929 Art. 4 lid 3.

930 C. BAYART, “Discriminatie in de arbeidsverhoudingen. De Ras- en Kaderrichtlijn: technieken en potentiële gevolgen”, *l.c.*, 19.

931 L. WADDINGTON en M. BELL, *l.c.*, 600 wijzen er op dat rechters bij de interpretatie van die plicht het fundamentele recht op een privé- en een gezinsleven in rekening moeten brengen.

2. SPECIFIEKE RECHTVAARDIGINGSGROND VOOR INDIRECT ONDERSCHEID OP GROND VAN HANDICAP

553. Vaak komen ogenschijnlijk neutrale criteria of handelwijzen neer op een indirect onderscheid jegens gehandicapten. Doordat werkomgeving en werkorganisatie vrijwel altijd afgestemd zijn op mensen zonder handicap, betekenen de eisen die werkgevers stellen aan sollicitanten in veel gevallen voor de gehandicapte werknemers een bijzondere benadeling.⁹³² BAYART geef het voorbeeld van een baan die van werknemers vereist dat zij een voertuig van het bedrijf gebruiken. In bijna geen enkel geval zullen die voertuigen aangepast zijn aan de eisen van een mindervalide. Bijgevolg zal van de groep mindervalide kandidaten niemand voor het werk in aanmerking komen, en resulteert de handelwijze van de werkgever in onrechtstreeks onderscheid op basis van handicap.⁹³³

554. Volgens de klassieke rechtvaardigingstest in het geslachtsdiscriminatierecht kan (indirect) onderscheid niet verantwoord worden met verwijzing naar louter budgettaire of financiële overwegingen.⁹³⁴ Voor de handelwijze van de werkgever wiens werkomgeving niet aan gehandicapte mensen aangepast is, bestaat nochtans geen andere verklaringsgrond dan een financiële: voor particuliere werkgevers brengt de aanpassing van hun werkplaats aan de noden van een mindervalide in sommige gevallen een onevenredig grote financiële belasting met zich.

555. Om aan de bekommernissen van de werkgever tegemoet te komen heeft de Kaderrichtlijn voor de rechtvaardiging van indirecte discriminatie op basis van handicap een bijkomende rechtvaardigingsgrond voorzien: een werkgever die voorziet in “passende maatregelen”, kan daarmee een onrechtstreeks onderscheid verantwoord worden. Hij kan niet verplicht worden tot aanpassingen die een onredelijke of onevenredige (financiële) belasting met zich meebrengen. In tegenstelling tot wat het geval is bij discriminatie op andere gronden, is het bij onrechtstreeks onderscheid op basis van handicap dus geoorloofd om de belangen van de beschermde groep af te wegen tegen de economisch-financiële belangen van de onderneming.⁹³⁵ Als die laatste kan bewijzen een redelijke of passende financiële inspanning gedaan te hebben om mensen met een handicap tegemoet te komen, zal die afweging in zijn voordeel uitdraaien.⁹³⁶

932 C. BAYART, “Discriminatie in de arbeidsverhoudingen. De Ras- en Kaderrichtlijn: technieken en potentiële gevolgen”, *l.c.*, 17.

933 *Ibid.*

934 Zie *ibid.*, 18. Zie inzake rechtvaardiging van onderscheid op basis van geslacht door financiële overwegingen bv. H.v.J. 24 februari 1994, *Roks*, C-343/92, *Jur.* 1994, I-571.

935 C. BAYART, “Discriminatie in de arbeidsverhoudingen. De Ras- en Kaderrichtlijn: technieken en potentiële gevolgen”, *l.c.*, 18.

936 L. WADDINGTON en M. BELL, *l.c.*, 594-595 vrezen dat mogelijkheid om indirect onderscheid te rechtvaardigen met verwijzing naar “redelijke aanpassingen”, wel eens een slechte zaak zou kunnen zijn voor de gelijke kansen van gehandicapte werknemers: “One could argue that this clause allows for indirect discrimination against people with disabilities to continue as long as some (minor) adjustment is made to accommodate the specific situation of the individual. (...) Depending on how this provision is interpreted, it could actually allow for the continuance of some instances of indirect discrimination against people with disabilities, thus providing a lower degree of protection for this



§ 3. Handhaving

556. Wat de *bewijslastverdeling* betreft, geldt precies dezelfde regel als in de Bewijslastrichtlijn en in de Rasrichtlijn: als de eiser feiten aanvoert die discriminatie kunnen doen vermoeden verschuift de bewijslast naar de verweerder (*cf. supra* nrs. 269-272). Overweging 30 van de preambule voegt hieraan toe dat “het evenwel niet aan de verweerder [is] om te bewijzen dat de eiser een bepaalde godsdienst, overtuiging, handicap, leeftijd of seksuele geaardheid heeft”. Het zou met andere woorden in een discriminatiezaak de plicht van de eisers zijn zaken als hun seksuele geaardheid of religieuze overtuiging aan te tonen. Volgens BELL komt dergelijke verplichting in aanvaring met het fundamentele recht op privacy.⁹³⁷ Deze auteur betoogt dat het voor discriminatiegeschillen irrelevant is of het vermeende slachtoffer daadwerkelijk een bepaald beschermd kenmerk bezit: als hij immers op een schijnbaar (maar niet op waarheid berustend) kenmerk ongunstig behandeld is, is hij immers evenzeer een slachtoffer van discriminatie als wanneer hij de bewuste eigenschap ook werkelijk bezit.

557. Verder bevat de Kaderrichtlijn goeddeels dezelfde handhavingstechnieken als Richtlijnen 2000/43 en 76/207: *Artikel 9* verplicht de lidstaten om zowel individuele slachtoffers als belangenverenigingen de mogelijkheid te verschaffen een procedure in te stellen voor de naleving van de plichten uit de richtlijn. Krachtens *artikel 11* worden individuele klagers beschermd tegen represaillemaatregelen vanwege hun werkgevers. In tegenstelling tot wat het geval is bij ras en geslacht, bevat de Kaderrichtlijn geen plicht tot het oprichten van een overheidsorgaan ter bevordering van de gelijke behandeling.⁹³⁸ *Artikel 17* bepaalt dat de lidstaten voor inbreuken op de uit de richtlijn voortvloeiende verplichtingen doeltreffende, evenredige en afschrikkende sancties dienen te voorzien. Zowel burgerrechtelijke als strafrechtelijke sanctiesystemen behoren tot de mogelijkheden (*cf. supra* nrs. 525-529).

§ 4. Werkingssfeer

558. *Ratione personae* is de Kaderrichtlijn zowel op de overheid als op particulieren van toepassing, en zijn zowel eigen onderdanen, vreemde EU-onderdanen als derde-landers begunstigden van haar bescherming.⁹³⁹ *Ratione materiae* is haar werkingssfeer strikt beperkt tot het vlak van arbeid en beroep (zowel zelfstgandig als in loondienst).⁹⁴⁰ Overweging 13 van de preambule vestigt er de nadruk op dat de

→ group”. Ook G. THÜSING, *l.c.*, 197 wijst er op dat door de vaagheid van het begrip “redelijke aanpassingen” weinig dwang uitgaat.

937 M. BELL, *o.c.*, 115.

938 Hierop is in de literatuur kritiek geuit. Zie bv. L. WADDINGTON en M. BELL, *l.c.*, 608.

939 *Cf. supra* nrs. 473 en 529-530.

940 In afwachting van de uitbreiding met het levensgebied van de “toegang tot en aanbod van goederen en diensten” *cf. supra* nrs. 473 en 529-530.

bepalingen van de richtlijn “niet van toepassing zijn op regelingen in sociale zekerheid en sociale bescherming waarvan de voordelen niet worden gelijkgesteld met een beloning”.⁹⁴¹

Afdeling 5. Discriminatieverbod als beschermingsmiddel tegen optreden Europese instellingen

§ 1. Algemeen

559. In het voorgaande hebben we het communautaire gelijkheidsbeginsel leren kennen als een regel die verplichtend is voor lidstaten en voor particulieren. Het gelijkheidsbeginsel heeft echter nog een andere dimensie: het richt zich ook tot de instellingen van de Gemeenschap zelf, en beperkt zodoende hun handelingsvrijheid: “[t]he principle can also act (...) as a limit or constraint on the operation of other Community rules”⁹⁴², of zoals een andere auteur schrijft, “as a check on decision-makers”.⁹⁴³ In deze betekenis is het gelijkheidsbeginsel een toepassing van het rechtsstatelijk beginsel dat ook de overheid onderworpen is aan het recht.

560. In de praktijk uit de onderworpenheid van de Gemeenschap aan het gelijkheidsbeginsel zich voornamelijk in de mogelijkheid om een vernietigingsberoep in te stellen tegen communautaire rechtshandelingen die discriminerend zijn.⁹⁴⁴ In de rechtsleer wordt er op gewezen dat het gelijkheidsbeginsel als beperkingsbeginsel niet alleen “achteraf” zijn werking heeft als grond voor rechterlijke toetsing van gemeenschapshandelingen, maar ook preventief werkt: het verplicht de instellingen om hun beleid vorm te geven in overeenstemming met het discriminatieverbod, en om alle handelingen die zij stellen te kunnen verantwoorden en motiveren wat het aspect gelijke behandeling betreft.⁹⁴⁵

561. Het gelijkheidsbeginsel als beperking van de macht van de Gemeenschap neemt verschillende juridische vormen aan: (1) de klassieke verdragsbepalingen inzake non-discriminatie (evenals het daarvan afgeleide secundaire recht); (2) artikel 34 lid 2 EG-Verdrag inzake landbouw en (3) een algemeen rechtsbeginsel op gelijke behandeling, ontleend aan de rechtspraak van het Europees Hof van Justitie.

941 M. BELL, *o.c.*, 114.

942 Zie G. DE BURCA, *l.c.*, 29. Dezelfde auteur drukt deze gedachte ook als volgt uit: “[The principle of Equality] can be seen as a value which mediates and possibly constrains or redirects other specific Community measures or goals” (*ibid.*, 24).

943 Zie T. TRIMIDAS, “The Application of the Principle of Equality to Community Measures”, in A. DASHWOOD en S. O’ LEARY, *o.c.*, 216.

944 Zie art. 230-231 EG-Verdrag. Zie ook G. DE BURCA, *l.c.*, 29 en T. TRIMIDAS, *l.c.*, 218-219.

945 G. DE BURCA, *l.c.*, 24 schrijft over de preventieve werking van het gelijkheidsbeginsel op handelingen van de wetgever: “(...) Legislation might be tempered by the requirement that there should be no discrimination on grounds such as race or religion in its application”. T. TRIMIDAS, *l.c.*, 216 schrijft in vergelijkbare zin: “As a check on decision-makers (...) the principle of equality performs two functions: it requires Community institutions to justify their policies; and it prohibits them from engaging in arbitrary conduct”.

§ 2. Bescherming door artikelen 12, 141 en 13 EG-Verdrag

562. Volgens vaste rechtspraak van het Hof moeten alle verdragsverplichtingen die zich tot lidstaten of burgers richten óók door de Gemeenschap zelf in acht genomen worden.⁹⁴⁶ Neemt laatstgenoemde die plicht niet in acht, dan kan het Europees Hof van Justitie de met het verdrag strijdige wetgevende of administratieve rechtshandelingen nietig verklaren (art. 230 en 231 EG-Verdrag).⁹⁴⁷ Het voorgaande impliceert dat de Europese instellingen respect dienen op te brengen voor alle in het verdrag opgenomen aspecten van het gelijkheidsbeginsel – ook wanneer die zich in eerste instantie tot de lidstaten of hun onderdanen richten.

563. De gemeenschapsinstellingen zijn derhalve onderworpen aan het verbod te discrimineren op grond van nationaliteit (art. 12 EG-Verdrag, inclusief de specificaties in de art. 39, 43 en 49-50 EG-Verdrag), alsook aan het verbod van beloningsdiscriminatie op basis van geslacht (art. 141 lid 1 EG-Verdrag). Zo verklaarde het Hof in de zaak *Pietro Pinna* artikel 73 lid 2 van Raadsverordening nr. 1408/71 strijdig met het toenmalige artikel 48 lid 2 EEG (huidig art. 39 lid 2 EG-Verdrag) waarin nationaliteitsdiscriminatie tussen werknemers verboden wordt.⁹⁴⁸

564. Minder vanzelfsprekend is of verdragsartikelen die de gemeenschapswetgever enkel de *bevoegdheid* verschaffen om maatregelen te treffen inzake discriminatiebestrijding – en die dus geen rechtstreeks verplichtend effect hebben – eveneens verbindend zijn voor de EG. Hierbij moet gedacht worden aan *artikel 13 EG-Verdrag*, dat de Raad de bevoegdheid verschaft om “passende maatregelen te treffen om discriminatie op grond van geslacht, ras of etnische afstamming, godsdienst of overtuiging, handicap, leeftijd of seksuele geaardheid te bestrijden”, en aan *artikel 141 lid 3 EG-Verdrag* dat de bevoegdheid toekent aan de Raad “om de toepassing te waarborgen van het beginsel van gelijke kansen en gelijke behandeling van mannen en vrouwen in werkgelegenheid en beroep (...)”.

565. VAN GARSSE betoogt dat artikel 13 EG-Verdrag “naar de handelingen van de instellingen toe” een verplichtend karakter heeft.⁹⁴⁹ Met andere woorden zijn volgens hem de Europese instellingen in hun handelingen gehouden het discriminatieverbod in acht te nemen op alle in artikel 13 vermelde gronden.⁹⁵⁰ Hij staft deze

946 Zie bv. H.v.J. 29 februari 1984, *Rewe-Zentral AG*, 37/83, *Jur.* 1984, 1229, r.o. 18. Uit de zaak *Speybroeck* kan afgeleid worden dat de gemeenschapsinstellingen ook onderworpen zijn aan de inhoud van secundaire gemeenschapswetgeving, zeker op het vlak van het ambtenarenrecht. Dit zou – in het licht van de Kaderrichtlijn – impliceren dat elke discriminatie op grond van seksuele oriëntatie, direct of indirect, verboden is. Zie H.v.J. 28 januari 1992, *Speybroeck*, T-45/90, *Jur.* 1992, II-33. De lager besproken zaak *D/Raad* (H.v.J. 31 mei 2001, *D/Raad*, C-125/99, *Jur.* 2001, I-4319) zou met toepassing van deze beginselen een ander uitkomst kunnen krijgen. Cf. *infra* nr. 596-600.

947 K. LENAERTS, “Gelijkheid en non-discriminatie in het Europees Gemeenschapsrecht”, *I.c.*, 4.

948 H.v.J. 15 januari 1986, *Pietro Pinna*, 41/84, *Jur.* 1986, 1.

949 S. VAN GARSSE, *I.c.*, 199. In dezelfde zin zie P. LENOIR, “L’homosexualité et le juge communautaire”, *Rev. trim. D.H.* 1999, 422.

950 In vergelijkbare zin P.J.G. KAPTEYN, L.A. GEELHOED, K.J.M. MORTELMANS en C.W.A. TIMMERMANS, *o.c.*, 137.

stelling door te verwijzen naar het feit dat artikel 13 in het verdrag opgenomen is als een van de “beginselen” van het verdrag, en door een samenlezing van artikel 13 met artikel 6 EU-Verdrag. Die laatste bepaling verklaart dat de Unie gegrondvest is op de mensenrechten, en dat zij gehouden is die in acht te nemen.⁹⁵¹ Een vergelijkbare argumentatie kan gemaakt worden in verband met artikel 141 lid 3 EG-Verdrag.⁹⁵²

566. Volgens de zojuist weergegeven redenering moeten de gemeenschapsinstellingen het discriminatieverbod alvast in acht nemen met betrekking tot een aantal zeer belangrijke discriminatiegronden (meer bepaald nationaliteit, geslacht, ras of etnische afstamming, godsdienst of overtuiging, handicap, leeftijd en seksuele geaardheid), maar staat nog niet vast dat diezelfde instellingen gehouden zijn het gelijkheidsbeginsel in zijn algemeenheid (dus ongeacht het criterium van onderscheid) in acht te nemen. In wat volgt zal blijken dat de Europese instituties ook aan die meer algemene plicht onderworpen zijn.

§ 3. Bescherming artikel 34 lid 2 EG-Verdrag (landbouw)

A. Algemeen

567. Artikel 34 lid 2 EG-Verdrag bepaalt:

De gemeenschappelijke ordening [van de landbouwmarkt] (...) moet zich beperken tot het nastreven van de in artikel 33 genoemde doeleinden en elke discriminatie tussen producenten of verbruikers van de Gemeenschap uitsluiten.

568. Bij lezing van deze bepaling vallen een aantal zaken onmiddellijk op: (1) het gaat hier om een non-discriminatieverplichting die zich rechtstreeks tot de Gemeenschap richt.⁹⁵³ *De instellingen van de Gemeenschap* zijn bij het tot stand brengen van een gemeenschappelijke ordening van de landbouwmarkten gehouden om niet te discrimineren tussen landbouwproducenten en -consumenten.⁹⁵⁴ (2) Het discrimina-

⁹⁵¹ *Ibid.*

⁹⁵² De verplichting van de gemeenschapsinstellingen om het verbod van geslachtsdiscriminatie in acht te nemen, kan ook rechtstreeks uit art. 3 lid 2 EG-Verdrag afgeleid worden. Daarin wordt bepaald dat de Gemeenschap er bij elk optreden naar moet streven de ongelijkheden tussen mannen en vrouwen op te heffen en de gelijkheid van mannen en vrouwen te bevorderen. Als de Gemeenschap verplicht is in haar handelingen ongelijkheden tussen de geslachten weg te werken en hun gelijkheid te stimuleren, is zij *a fortiori* verplicht zelf geen discriminaties tot stand te brengen. Een analoge redenering is overigens mogelijk m.b.t. tot afgeleid Europees antidiscriminatierecht: het lijkt een vanzelfsprekend aspect van het beginsel van de rechtstaat dat de Gemeenschap de (secundaire) regels die zij aan lidstaten en/of burgers oplegt ook zelf in acht moet nemen. Zie ook *supra* nr. 562.

⁹⁵³ Zie i.v.m. art. 34 lid 2 EG-Verdrag o.a. R. BARENTS, *The Agricultural Law of the EC. An inquiry into the Administrative Law of the European Community in the Field of Agriculture*, Deventer, Kluwer, 1994, 331-352; R. BARENTS, “The Significance of the Non-Discrimination Principle for the Common Agricultural Policy: Between Competition and Intervention”, in D. CURTIN en T. HEUKELS (eds.), *Institutional Dynamics of European Integration. Essays in Honour of Henry G. Schermers*, II, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1994, 527-548 en; R. BARENTS, “Recent Developments in Community Case Law in the Field of Agriculture”, *C.M.L.Rev.* 1997, 811-843.

⁹⁵⁴ Ook onderscheid tussen landbouwproducenten en -consumenten dat door de lidstaten veroorzaakt wordt, wordt door het Hof getoetst aan het gelijkheidsbeginsel. Hierbij oefent het Hof vrijwel steeds een volledige (vergelijkbaarheids- én rechtvaardigingsfase) en dus strenge toets uit. Zie bv. H.v.J. 14 januari 1993, *Lante*, C-190/91, *Jur.* 1993, I-67 en H.v.J. 13 april 2000, *Karlsson e.a.*, →

tieverbod dat zij in acht dienen te nemen, is een *algemeen* discriminatieverbod: het verbiedt niet alleen discriminatie op bepaalde gronden zoals nationaliteit of geslacht, maar elke ongerechtvaardigde ongelijke behandeling. (3) Tenslotte voorziet artikel 34 lid 2 EG-Verdrag niet in enige rechtvaardigingsmogelijkheid.

B. Inhoud

1. GEEN INDIRECT ONDERSCHIED

569. In het kader van artikel 34 lid 2 EG-Verdrag maakt het Hof geen gebruik van het concept “indirect onderscheid”.⁹⁵⁵ Dat is ook logisch: artikel 34 lid 2 verbiedt discriminatie op eender welke grond, waardoor elk differentiatiecriterium *rechtstreeks* aangevochten kan worden (*cf. supra*, nr. 9).

2. GEEN VAST TOETSINGSMODEL

570. In tegenstelling tot wat het geval is bij het merendeel van de communautaire discriminatieverboden, hanteert het Hof voor de toetsing van handelingen aan artikel 34 lid 2 EG-Verdrag geen vast toetsingsmodel.⁹⁵⁶ In sommige arresten blijkt het Hof de inhoud van het gemeenschappelijk landbouwbeleid alleen aan een vergelijkbaarheidstoets te onderwerpen. Die is dan doorslaggevend⁹⁵⁷: bevinden de ongelijk behandelde producenten of consumenten zich in een onvergelijkbare situatie dan wordt de discriminatievordering afgewezen⁹⁵⁸; zijn de situaties daarentegen vergelijkbaar dan wordt onmiddellijk tot een schending besloten – zonder de mogelijke rechtvaardigingen voor het bestreden onderscheid in een aparte toetsingsfase te onderzoeken.⁹⁵⁹

571. In uiterst zeldzame gevallen laat het Hof een rechtvaardigingstoets volgen op een vaststelling van vergelijkbaarheid.⁹⁶⁰ Frequenter gebeurt het dat de fase van de vergelijkbaarheid volledig achterwege wordt gelaten, en alleen een rechtvaardigings-toets doorgevoerd wordt. GERARDS betoogt dat het Hof de keuze voor een toetsingsmethode laat afhangen van het door hem gewenste resultaat: de methode

→ C-292/97, *Jur.* 2000, I-2737. J.H. GERARDS, *o.c.*, 242 schrijft dat het logisch is dat het Hof door lidstaten gemaakte onderscheidingen strenger toetst dan ongelijke behandelingen die uitgaan van de instellingen. Eerstgenoemden zouden namelijk veel schadelijker zijn voor het bereiken van de doelstellingen van het communautaire landbouwbeleid.

955 *Ibid.*, 239.

956 J.H. GERARDS, *o.c.*, 240 schrijft in dit verband: “de verschillende relevante arresten kenmerken zich door een inconsistente en sterk casuïstische toetsingsmethodiek en een summierere motivering. Met name is het lastig om in deze jurisprudentie duidelijkheid te vinden over de vraag hoe het Hof aankijkt tegen de verhouding tussen vergelijkbaarheidstoets en rechtvaardigingsmodel”. In vergelijkbare zin T. TRIDIMAS, *l.c.*, 220.

957 Zie J.H. GERARDS, *o.c.*, 240 en 257.

958 Zie bv. H.v.J. 25 oktober 1978, *Royal Scholten-Honig*, 145/77, *Jur.* 1978, 2037, r.o. 28-30.

959 Dit betekent niet dat het Hof de mogelijke objectieve rechtvaardigingen voor het onderscheid niet onderzoekt. Dit kan immers ook gebeuren in het kader van een vergelijkbaarheidstoets. Zie G. MORE, *l.c.*, 534-535. Zie ook *supra* nrs. 217-220.

960 Zie H.v.J. 18 mei 1994, *Codorniu*, C-309/89, *Jur.* 1994, I-1853, r.o. 28-35.

die hem het eenvoudigste in staat stelt om die uitkomst te bereiken zou doorgaans de voorkeur van het Hof krijgen.⁹⁶¹ Volgens MORE daarentegen koos het Hof in zijn vroege rechtspraak doorgaans voor de vergelijkbaarheidstoets, terwijl in de moderne jurisprudentie de objectieve rechtvaardigingstest de bovenhand heeft.⁹⁶²

3. VERGELIJKBAARHEIDSTOETS

572. Bij de uitvoering van de vergelijkbaarheidstoets in het kader van artikel 34 lid 2 EG-Verdrag moet het Hof meestal nagaan of bepaalde producten of ondernemingen vergelijkbaar zijn. In hoofdzaak gebruikt het daartoe het criterium van de vervangbaarheid of de onderlinge concurrentie⁹⁶³: zijn landbouwgoederen substitueerbaar of staan zij tot elkaar in een mededingingsverhouding dan zijn zij vergelijkbaar, zijn landbouwbedrijven elkaars concurrenten dan zijn zij eveneens vergelijkbaar. TRIDIMAS omschrijft dit al volgt: “The criterion of substitutability or competitiveness is used by the Court as the principal criterion throughout the field of economic law, for example in relation to Articles 30 [huidig art. 39 EG-Verdrag], 86 [huidig art. 82 EG-Verdrag] and 95 [huidig art. 90 EG-Verdrag]. For two products or two undertakings to be in a comparable situation it is sufficient, in principle that they are potentially in competition”.⁹⁶⁴ Blijkens de rechtspraak van het Hof moeten de te vergelijken landbouwproducten bovendien in dezelfde marktordening ondergebracht zijn⁹⁶⁵, en moeten zij binnen die marktordening dezelfde functie vervullen.⁹⁶⁶

4. RECHTVAARDIGINGSTOETS

573. Het Hof zal een ongelijke behandeling van landbouwproducenten of -consumenten als objectief gerechtvaardigd beschouwen als het gemaakte onderscheid (1) een legitiem doel nastreeft en (2) niet kennelijk onredelijk of willekeurig is.⁹⁶⁷ MORE en TRIDIMAS betogen dat het onderzoek naar de bedoelingen van de beleidsmakers, de doeltoets, het wezen van de rechtvaardigingstoets uit artikel 34 lid 2 EG-Verdrag uitmaakt.⁹⁶⁸ Het Hof verlangt daarbij in hoofdzaak dat het zou gaan om een wettig doel van communautair landbouwbeleid.⁹⁶⁹

5. ARTIKEL 34 LID 2 ALS VERBOD VAN WILLEKEUR

574. In de rechtsleer is gesteld dat het communautaire gelijkheidsbeginsel in de sfeer van de landbouw gelijk te stellen valt met een verbod van willekeur.⁹⁷⁰ Volgens

961 J.H. GERARDS, *o.c.*, 241-242.

962 G. MORE, *l.c.*, 533-534.

963 Net als het geval is in het kader van de art. 90 en 39 EG-Verdrag (*cf. supra* nrs. 315-346).

964 T. TRIMIDAS, *l.c.*, 223.

965 H.v.J. 11 maart 1987, *Walter Rau Lebensmittelwerke*, gevoegde zaken 279, 280, 285 en 286/84, *Jur.* 1987, 1069.

966 H.v.J. 6 december 1984, *Biovilac*, 59/83, *Jur.* 1984, 4057. Zie ook J.H. GERARDS, *o.c.*, 252-253.

967 J.H. GERARDS, *o.c.*, 243, 275-278 (doel) en 289-298 (willekeur) en T. TRIMIDAS, *l.c.*, 225-226.

968 G. MORE, *l.c.*, 534 en T. TRIMIDAS, *l.c.*, 215 en 242.

969 *Ibid.*, 225. Zie ook J.H. GERARDS, 275-277.

970 C.W.A. TIMMERMANS, *l.c.*, 439.

sommigen gaat het zelfs om een louter symbolisch toezicht.⁹⁷¹ De terughoudendheid van het Hof bij de toetsing van de communautaire landbouwregels aan het discriminatieverbod, vindt zijn verklaring en legitimatie in het feit dat het landbouwbeleid een zeer technische materie is, waarbij de bevoegde instellingen over een ruime beleidsvrijheid beschikken voor de realisering van de verdragsdoelstellingen.⁹⁷²

§ 4. Bescherming door algemeen gelijkheidsbeginsel

A. Algemeen

575. De Europese burger wordt niet alleen door de zojuist beschreven specifieke verschijningsvormen van het gelijkheidsbeginsel beschermd tegen discriminatoire behandelingen van de instellingen, maar ook door een algemeen gelijkheidsbeginsel, door het Europees Hof van Justitie erkend als een algemeen rechtsbeginsel van Europees recht.⁹⁷³ In de woorden van LENAERTS:

Ofschoon de veelvuldige expressies van het gelijkheidsbeginsel in de verdragen – ongeacht of die tot de gemeenschapsinstellingen, de lidstaten en/of de rechtsonderhorigen zijn gericht – reeds een aanzienlijke constitutionele begrenzing van het gemeenschaprecht inhouden, heeft de rechtspraak van het Hof van Justitie het nodig geacht de tekstuele grondslag van dit beginsel te overstijgen [en heeft het] (...) jurisprudentieel een ongeschreven rechtsregel met algemene gelding vastgesteld.⁹⁷⁴

576. De erkenning door het Hof van het gelijkheidsbeginsel als een algemeen rechtsbeginsel van Europees recht, gebeurde naar aanleiding van de zaak *Ruckdeschel*. In die zaak rees onder andere de vraag of de Gemeenschap het discriminatieverbod uit artikel 34 lid 2 EG-Verdrag ook in acht moest nemen bij haar omgang met verschillende sectoren op het vlak van de verwerking van landbouwproducten. De tekst van artikel 34 lid 2 schrijft immers alleen de gelijke behandeling door de instellingen van “producenten en verbruikers” van landbouwgoederen voor. Het Hof oordeelde dat

971 G. MORE, *l.c.*, 535. T. TRIMIDAS, *l.c.*, 241-242 betoogt dat het gelijkheidsbeginsel in deze context vooral een preventieve werking heeft op de instellingen. De functie van *post factum* controle-instrument is volgens deze auteur zeer beperkt.

972 J.H. GERARDS, *o.c.*, 328. Dezelfde redenering gaat op voor alle andere vormen van communautaire marktinterventie.

973 I.v.m. het gelijkheidsbeginsel als algemeen rechtsbeginsel van Europees recht, zie o.a. C. BARNARD, “P v. S: Kite Flying or a New Constitutional Approach?”, *l.c.*, 59-70; P. CRAIG en G. DE BÚRCA, *l.c.*, 355-357, 387-389; G. DE BÚRCA, *l.c.*, 29; E. GUILD, “EC Law and the Means to Combat Racism and Xenophobia”, in A. DASHWOOD en S. O’LEARY, *o.c.*, 189-213; F. JACOBS, “An Introduction to the General Principle of Equality in EC Law”, in A. DASHWOOD en S. O’LEARY, *o.c.*, 7-10; H.U. JESSRUN D’OLIVEIRA, “De Europese Commissie erkent het Nederlands huwelijk”, *N.J.B.* 2001, 2039-2040; P.J.G. KAPTEYN, L.A. GEELHOED, K.J.M. MORTELMANS en C.W.A. TIMMERMANS, *o.c.*, 137; K. LENAERTS, “Gelijkheid en non-discriminatie in het Europees Gemeenschapsrecht”, *l.c.*, 51-52 en 75-76; K. LENAERTS en P. VAN NUFFEL, *o.c.*, 151, 627-628 en 631, 646-647; P. LENOIR, “L’homosexualité et le juge communautaire”, *Rev. trim. D.H.* 1999, 407-423; G. MORE, *l.c.*, 535; T. TRIMIDAS, *l.c.*, 214-220, 241-242.

974 K. LENAERTS, “Gelijkheid en non-discriminatie in het Europees Gemeenschapsrecht”, *l.c.*, 51.

Ofschoon [art. 34 lid 2 EG-Verdrag] ontegenzegglijk elke discriminatie tussen producenten van eenzelfde product verbiedt, het niet onmiddellijk duidelijk is of [het] ook betrekking heeft op de verhouding tussen verschillende sectoren van industrie en handel op het vlak van verwerkte landbouwproducten; dat niettemin het in genoemd artikel vervatte discriminatieverbod slechts een bijzondere uitdrukking is van het gelijkheidsbeginsel, dat een der grondprincipes van het gemeenschapsrecht is; dat krachtens dit beginsel gelijke omstandigheden niet verschillend mogen worden behandeld, tenzij dat verschil objectief ware gerechtvaardigd.⁹⁷⁵

577. Met deze uitspraak heeft het Hof het algemene gelijkheidsbeginsel verheven tot een ongeschreven hogere rechtsregel van constitutionele aard.⁹⁷⁶ Respect voor deze regel is een voorwaarde voor de wettigheid van zowel wetgevende als uitvoerende handelingen van de instellingen.⁹⁷⁷ Zijn deze in strijd met het algemene gelijkheidsbeginsel, dan kan tegen hen een vernietigingsberoep ingesteld worden op grond van artikel 230 EG-Verdrag.⁹⁷⁸ Eveneens vatbaar voor strijdigheid met het algemeen gelijkheidsbeginsel zijn handelingen van lidstaten gesteld “in het kader van het gemeenschapsrecht”.⁹⁷⁹

578. Het algemeen gelijkheidsbeginsel, dat voorschrijft dat gelijke gevallen gelijk behandeld moeten worden tenzij een verschil in behandeling objectief gerechtvaardigd is, is zowel een “algemeen beginsel van het communautaire rechtssstelsel” alsook een van de “algemene beginselen die de rechtssstelsels van de lidstaten gemeen hebben”.⁹⁸⁰ Het gaat dus om een beginsel dat het Hof zowel in (de grondslagen van) het verdrag zelf terugvindt, alsook in de gemeenschappelijke rechtstradities van de lidstaten, en in de door hen gesloten internationale verdragen.⁹⁸¹

975 H.v.J. 19 oktober 1977, *Ruckdeschel*, 117/76 en 16/77, *Jur.* 1977, (1753), 1769, r.o. 7.

976 K. LENAERTS en P. VAN NUFFEL, *o.c.*, 628. TRIMIDAS spreekt van “a general principle of unwritten Community human rights law”. Zie T. TRIMIDAS, *l.c.*, 217.

977 Zie F. JACOBS, *l.c.*, 9 en K. LENAERTS, “Gelijkheid en non-discriminatie in het Europees Gemeenschapsrecht”, *l.c.*, 51.

978 P.J.G. KAPTEYN, L.A. GEELHOED, K.J.M. MORTELMANS en C.W.A. TIMMERMANS, *l.c.*, 346.

979 Zie K. LENAERTS en P. VAN NUFFEL, *o.c.*, 637-638. Lidstaten treden op “in het kader van het Gemeenschapsrecht” wanneer zij (1) toepassing geven aan verdragsverplichtingen of (2) uitvoering verlenen aan gemeenschapshandelingen. Die laatste verplichting bestaat vooral in de plicht tot implementatie van richtlijnen. TRIDIDAS wijst erop dat het Hof (in het kader van art. 234 EG-Verdrag-procedures) een strengere discriminatietoets uitvoert ten aanzien van nationale maatregelen ter uitvoering van communautaire verplichtingen dan ten aanzien van maatregelen die uitgaan van de instellingen. Zie T. TRIDIDAS, *l.c.*, 240-241. P. CRAIG en G. DE BÚRCA, *o.c.*, 341-349, schrijven dat lidstaten de communautaire grondrechten (dus ook het gelijkheidsbeginsel) ook in acht moeten nemen wanneer zij een uitzondering maken op een van de verdragsvrijheden. Zie in dit verband, toegespitst op het racismeverbod, E. GUILD, *l.c.*, 203-204.

980 Voor dit onderscheid tussen “inherente” en “externe” algemene rechtsbeginselen, zie H.v.J. 5 maart 1996, *Brasserie du Pecheur en Factortame*, C-46/93 en C-48/93, *Jur.* 1996, I-1029. Zie ook P. CRAIG en G. DE BÚRCA, *o.c.*, 347-348.

981 Over door lidstaten gesloten internationale overeenkomsten als inspiratiebron voor algemene rechtsbeginselen van gemeenschapsrecht, zie H.v.J. 14 mei 1974, *Nold*, 4/73, *Jur.* 1974, 491. T. TRIDIDAS, *l.c.*, 217 wijst er op dat het gelijkheidsbeginsel als algemeen beginsel van gemeenschapsrecht gezien moet worden als een toepassing van de idee van de rechtstaat, als een waarborg tegen willekeurig overheidsoptreden: “The principle of equality is seen as a democratic guarantee which prevents Community and national authorities from imposing differential treatment without good reasons. It requires, in other words, that ‘distinctions between individuals or groups must be reasonably related to government’s legitimate purposes’”.

B. Inhoud

1. ALGEMEEN

579. Zoals blijkt uit het hoger geciteerde arrest *Ruckdeschel*, houdt het algemene gelijkheidsbeginsel in dat “gelijke omstandigheden niet verschillend mogen worden behandeld, tenzij dat verschil objectief ware gerechtvaardigd”. In beginsel vereist de toepassing van het gelijkheidsbeginsel dus de klassieke opeenvolging van een vergelijkbaarheids- en rechtvaardigingstoets.⁹⁸² Daarbij geldt dat elke ongerechtvaardigde ongelijke behandeling verboden is, ongeacht het gebruikte differentiatie criterium. Omdat elk onderscheidingscriterium rechtstreeks betwist kan worden, is het concept “onrechtstreeks onderscheid” in deze context overbodig.⁹⁸³ Objectieve rechtvaardiging door de instellingen (of de lidstaten die optreden in het kader van hun gemeenschapsverplichtingen) is in beginsel steeds mogelijk.⁹⁸⁴

580. Het feit dat het algemeen gelijkheidsbeginsel de instellingen verplicht om gelijke gevallen gelijk te behandelen, en om elk onderscheid op een redelijke wijze te kunnen verbinden met communautaire doelstellingen, zegt relatief weinig over zijn precieze inhoud. BARNARD formuleert de vraag over de precieze draagwijdte van het enigszins duistere jurisprudentiële beginsel als volgt:

How far should the principle of equality go? Should equality be ensured in every case, or should, as in the United States, a higher degree of protection be accorded to some groups over others? Should homosexuals be entitled to equal treatment with heterosexuals? Should disabled be entitled to demand equal treatment with the able-bodied? Should optometrists be able to demand equality with opticians?⁹⁸⁵

581. De precieze draagwijdte van het algemene beginsel van gelijke behandeling, zo zal blijken, hangt sterk af van de context waarin het wordt toegepast.⁹⁸⁶ Zo zal het bijvoorbeeld in de sfeer van het economisch recht een heel andere inhoud krijgen dan in het ambtenarenrecht. Als controle-instrument ten aanzien van economische regelgeving krijgt het gelijkheidsbeginsel het uitzicht van een willekeurverbod, terwijl in het kader van het ambtenarenrecht de toetsingsintensiteit veel hoger zal liggen. Het gelijkheidsbeginsel als beperkingsbeginsel heeft echter ook buiten deze twee meest voorkomende werkingsdomeinen toepassing gevonden.

982 *Ibid.*, 214 en 220.

983 Tenzij om ervoor te zorgen dat differentiatiecriteria die hetzelfde effect sorteren als een “verdacht” criterium (bv. nationaliteit of geslacht), op een eenzelfde strenge of intense wijze getoetst worden als het bedoelde verdachte criterium. *Cf. supra* nr. 9.

984 G. MORE, *l.c.*, 535.

985 C. BARNARD, “Gender Equality in the EU: A Balance Sheet”, *l.c.*, 70, vn. 89.

986 In de woorden van T. TRIDIMAS, *l.c.*, 216: “The principle of equality is applied in a number of diverse areas. Although the scope of the principle is wide, its precise content and effect depend on a series of factors (...)”.

2. ALGEMEEN GELIJKHEIDSBEGINSEL IN ECONOMISCH RECHT

582. Het feit dat elk onderscheidingscriterium aanleiding kan geven tot de vaststelling van een discriminatie door het Hof (en niet alleen onderscheiden op grond van de klassieke discriminatiegronden zoals geslacht, nationaliteit, ras en religie), brengt met zich mee dat het gelijkheidsbeginsel als algemeen beginsel van Europees recht zich goed leent tot toepassing in de sfeer van het economisch recht.⁹⁸⁷ Hierbij moet gedacht worden aan alle gebieden waarop de instellingen een gemeenschappelijk beleid ontwikkelen, zoals op het vlak van transport, landbouw (voor zover niet vallend onder art. 34 lid 2 EG-Verdrag), maar ook aan de regels inzake het Europees Sociaal Fonds, of beslissingen van de Commissie inzake het concurrentiebeleid van de Gemeenschap.⁹⁸⁸

583. Wanneer de instellingen regulerend optreden in de sfeer van handel en industrie, zullen zij daarbij vaak een onderscheid maken tussen verschillende producten of economische actoren, om deze vervolgens te onderwerpen aan een verschillend juridisch regime.⁹⁸⁹ Dergelijke onderscheidingen worden doorgaans niet gemaakt op basis van klassieke discriminatiegronden (geslacht enz.), maar op basis van kenmerken van de betrokken ondernemingen of de producten die zij voortbrengen. Indien dergelijke (niet-klassieke) differentiaties arbitrair zijn, kunnen zij wegens schending van het algemene gelijkheidsbeginsel aangevochten worden.

584. De vorm die het gelijkheidsbeginsel aanneemt bij de toepassing van artikel 34 lid 2 EG-Verdrag (landbouw) staat model voor de wijze waarop het Hof het algemeen gelijkheidsbeginsel toepast op alle andere vormen van communautaire economische regulering.⁹⁹⁰ Zo schrijft TRIDIMAS over het mijlpaalarrest inzake artikel 34 lid 2, de zaak *Koninklijke Scholten Honig*⁹⁹¹: “The case provides a prime example of how the Court applies the notion of substantive equality in economic law”.⁹⁹²

585. Het voorgaande betekent dat de toets van het Hof bij de beoordeling van “economisch recht” er in beginsel als volgt uit ziet: in een eerste stap gaat het de vergelijkbaarheid van situaties na. Dit betekent concreet dat gecontroleerd wordt of de producten of ondernemingen waartussen de aangevochten regeling onderscheidt, met elkaar concurreren.⁹⁹³ Is dat niet het geval, dan zijn zij onvergelijkbaar en wordt

987 Zie G. MORE, *l.c.*, 531 en T. TRIDIMAS, *l.c.*, 220.

988 Zie ook G. MORE, *l.c.*, 531.

989 Zo bv. de afschaffing door de Commissie van de productierestituties voor “Quellmehl”, bij gelijktijdige instandhouding van diezelfde vergoedingen voor “zetmeel”. Zie H.v.J. 19 oktober 1977, *Ruckdeschel*, 117/76 en 16/77, *Jur.* 1977, 1753. Zie ook het onderscheid dat de Commissie maakte tussen suiker en isoglucose: H.v.J. 25 oktober 1978, *Royal Scholten-Honig*, gev. Zaken 103 en 145/77, *Jur.* 1978, 2073.

990 T. TRIDIMAS, *l.c.*, 220.

991 H.v.J. 25 oktober 1978, *Royal Scholten-Honig*, gev. Zaken 103 en 145/77, *Jur.* 1978, 2073.

992 T. TRIDIMAS, *l.c.*, 220.

993 *Ibid.*, 223.

de eis afgewezen. Is dat wel het geval, dan bevinden de betrokken producten of ondernemingen zich in een vergelijkbare situatie, en kunnen zij in beginsel aanspraak maken op gelijke behandeling vanwege het communautaire recht.

586. In dat laatste geval zal het Hof in sommige gevallen overgaan tot een tweede toetsingsfase: die van de rechtvaardiging. Vaak zal het Hof zijn toetsing ook tot deze fase beperken. MORE beklemtoont dat in deze context de objectieve rechtvaardigingstest zich ontwikkeld heeft tot “the principal test for discrimination”, en de vergelijkbaarheidstoets sterk aan belang heeft ingeboet.⁹⁹⁴ Net als in het kader van artikel 34 lid 2 EG-Verdrag ligt bij de rechtvaardigingstoets de klemtoon op de vraag of de instellingen met het bestreden onderscheid een legitiem doel van communautair beleid nastreven.⁹⁹⁵ Aangaande de redelijke verhouding tussen de bestreden maatregel en het beoogde doel, wordt slechts nagegaan of het gemaakte onderscheid niet willekeurig is.⁹⁹⁶

587. Uit een analyse van de rechtspraak waarbij de conformiteit van economische regulering met het gelijkheidsbeginsel gecontroleerd wordt, blijkt dat het Hof bijna nooit tot een strijdigheids besluit.⁹⁹⁷ MORE trekt hieruit de conclusie dat het gelijkheidsbeginsel een verwaarloosbare beschermende waarde heeft in een technisch beleidsgebied met ruime beleidsvrijheden zoals het (communautair) economisch recht.⁹⁹⁸

3. ALGEMEEN GELIJKHEIDSBEGINSEL IN AMBTENARENRECHT

588. Een belangrijk toepassingsveld voor het gelijkheidsbeginsel als algemeen rechtsbeginsel van communautair recht, is het ambtenarenrecht (de zogenoemde *staff-cases*). Hierbij staat de wijze waarop de Gemeenschap omgaat met haar eigen

994 G. MORE, *l.c.*, 532.

995 T. TRIDIMAS, *l.c.*, 242 schrijft in dit verband dat “the Court focuses more on the objectives of the contested rules than on their effects”.

996 J.H. GERARDS, *o.c.*, 243.

997 Voor een van de zeldzame arresten waarin het Hof een communautaire rechtshandeling onwettig verklaarde, zie H.v.J. 10 maart 1998, *Duitsland/Raad*, C-122/95, *Jur.* 1998, I-973.

998 G. MORE, *l.c.*, 535 schrijft in dit verband: “Although the Court has on occasions been bold enough to find Commission intervention in the market illegal (such as in the judgment in the German Banana Case II), the general trend has been a marked reluctance to review the complex intervention decisions taken by the Commission. What this suggests is that, as Community intervention in the economy has intensified, so the equal treatment principle as a regulatory principle has lost any real significance. (...) The extent and technicalities of intervention in the Community market are such that the role of the judiciary in controlling such intervention must necessarily be symbolic. (...) The judiciary is ill-placed to protect individuals freedom in the face of technocratic-administrative action”. Zie ook C.W.A. TIMMERMANS, *l.c.*, 437-438. T. TRIDIMAS, *l.c.*, 241 wijst deze conclusie van de hand. In zijn ogen is de door het algemene gelijkheidsbeginsel verschaft bescherming aan de burger niet louter symbolisch van aard: “Although the cases where the principle of equal treatment has been successfully invoked to challenge Community measures have been relatively few, the principle does impose considerable limitations on the policy-making powers of the community institutions. The way in which the Court exercises its power of review (...) impose on the Community institutions a high burden to justify their actions, enhance the protection of the individual, and ultimately contribute to better decision-making”.

personeel centraal – en meer bepaald de vraag of de verschillende personeelsstatuten die gelden in de Raad, de Commissie, het Parlement en de andere instellingen, verenigbaar zijn met het algemeen verbod van discriminatie.

589. In tegenstelling tot wat het geval is in het kader van het economisch recht, staan in het ambtenaren contentieux soms Europese regels ter discussie die een onderscheid invoeren op een klassieke discriminatiegrond, zoals geslacht, religie of seksuele geaardheid (*cf. supra* nr. 583).⁹⁹⁹ Uit de gebruikelijke definitie van het communautaire gelijkheidsbeginsel – gelijke gevallen moeten gelijk behandeld worden, tenzij een onderscheid objectief gerechtvaardigd is – kan weinig of niets afgeleid worden over de vraag welke differentiatiecriteria in beginsel (on)aanvaardbaar zijn. Schendt een personeelsstatuut het gelijkheidsbeginsel als het een onderscheid maakt op basis van bijvoorbeeld de gronden religie, ras of seksuele geaardheid – gronden die in het verdrag niet (rechtstreeks) als verboden aangemerkt worden?¹⁰⁰⁰

590. Voor een antwoord op deze vraag moeten we de inhoud van het gelijkheidsbeginsel als mensenrecht onderzoeken¹⁰⁰¹: in zijn arrest *Nold* bepaalde het Hof dat het voor de samenstelling van een communautaire grondrechtencatalogus te rade ging bij gemeenschappelijke constitutionele tradities van de lidstaten, én bij de internationale Mensenrechtenverdragen die diezelfde staten gesloten hebben.¹⁰⁰² Daarbij, zo blijkt uit de latere rechtspraak – komt een bijzondere betekenis toe aan het E.V.R.M. In de woorden van artikel 6 EU-Verdrag, een bepaling die de grondrechtenrechtspraak van het Hof codificeert:

De Unie eerbiedigt de grondrechten, zoals die worden gewaarborgd door het op 4 november 1950 te Rome ondertekende Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden en zoals zij uit de gemeenschappelijke constitutionele tradities van de lidstaten voortvloeien als algemene beginselen van gemeenschapsrecht.

591. De instellingen zijn bijgevolg minstens verplicht om het gelijkheidsbeginsel te vrijwaren in de mate dit bescherming geniet in de rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (*cf.* deel I). Als het Straatsburgse Hof dus een bepaalde nieuwe grond (bv. seksuele geaardheid) als “verdacht” aanmerkt, en bepaalt dat alleen “zeer gewichtige redenen” het gebruik van dat differentiatie criterium kunnen verantwoorden, zal het Luxemburgse Hof moeten volgen.

999 Dit is echter niet altijd het geval. Zie bv. de zaak *Weisser* waarin het Hof oordeelde dat het ongunstig behandelen van kandidaat-secretarissen bij de Gemeenschap met een universitair diploma in vergelijking met kandidaten zonder zo’n diploma in strijd was met het gelijkheidsbeginsel. Zie H.v.J. 14 juni 1990, *Weiser*, C-37/89, *Jur.* 1990, I-2395. Voor een bespreking zie K. LENAERTS, “Gelijkheid en non-discriminatie in het Europees Gemeenschapsrecht”, *l.c.*, 76 en T. TRIDIMAS, *l.c.*, 239-240.

1000 Onrechtstreeks is dat wel het geval, meer bepaald in art. 13 EG-Verdrag.

1001 Voor algemene literatuur in dit verband, zie bv. P.J.G. KAPTEYN, L.A. GEELHOED, K.J.M. MORTELMANS en C.W.A. TIMMERMANS, *o.c.*, 137 en K. LENAERTS en P. VAN NUFFEL, *o.c.*, 151, 627-628, 631, 646-647.

1002 H.v.J. 14 mei 1974, *Nold*, 4/73, *Jur.* 1974, 491.

592. JACOBS merkt op dat een belangrijke beperking verbonden is aan het gebruik van artikel 14 E.V.R.M. als inspiratiebron voor de inhoudelijke invulling van het gelijkheidsbeginsel als communautair rechtsbeginsel: dat artikel verbiedt alleen discriminatie die verband houdt met andere in het verdrag beschermde rechten – dit is het zogenoemde “accessoire karakter” van artikel 14 (*cf. supra* nrs. 89-95).¹⁰⁰³ In de meeste geschillen van Europees ambtenarenrecht zal deze beperking echter geen daadwerkelijke begrenzing opleveren: meestal zal een statutaire bepaling die aangevochten wordt, een bepaalde groep (bv. vrouwen of niet-ingezetenen) een financieel voordeel ontzeggen – wat door het Europees Hof voor de Rechten van de Mens als een discriminatie die met het eigendomsrecht verband houdt, aangemerkt wordt (*cf. supra* nr. 94).

593. Als een wegens discriminatie aangevochten bepaling uit een communautair ambtenarenstatuut geen betrekking heeft op een in het E.V.R.M. beschermd recht, kan het Hof ook inspiratie zoeken bij het I.V.B.P.R.¹⁰⁰⁴ Dat verdrag bevat in tegenstelling tot het E.V.R.M. een zelfstandig discriminatieverbod (art. 26).¹⁰⁰⁵ Ook andere internationale (mensenrechten)verdragen waarbij de lidstaten zich hebben aangesloten, kunnen het Hof als leidraad dienen; bijvoorbeeld Verdragen van de Internationale Arbeidersorganisatie¹⁰⁰⁶, het Europees Sociaal Handvest¹⁰⁰⁷ of het V.N.-Rassendiscriminatieverdrag.¹⁰⁰⁸

594. Een laatste belangrijke tekst waaraan het Hof aanwijzingen kan ontleen inzake de inhoud van het communautaire gelijkheidsbeginsel, is het *Handvest voor de grondrechten* dat op 7 december 2000 door de voorzitters van Europees Parlement, Raad en Commissie plechtig afgekondigd werd.¹⁰⁰⁹ Hoewel dit document op zichzelf (nog) niet juridisch bindend is, kan het beschouwd worden als een gezaghebbende weerslag van de gemeenschappelijke tradities van de lidstaten op het gebied van grondrechten. Het Gerecht van Eerste Aanleg heeft zich bij de formulering van communautaire grondrechten al in een aantal zaken heeft laten leiden door de rechten beschermd in het Handvest.¹⁰¹⁰ Ook een aantal Advocaten-generaal en de Europese ombudsman verwezen al verschillende keren uitdrukkelijk naar het Handvest als een bron van recht (*cf. supra* nr. 147).¹⁰¹¹

595. In artikel 21 van het Handvest is een vergaande gelijke behandelingsverplichting opgenomen: het verbiedt discriminatie op alle gebieden van het dagelijkse leven, en niet alleen – zoals het E.V.R.M. doet – discriminaties die verband houden met het

1003 Zie F. JACOBS, *l.c.*, 11 en E. GUILD, *l.c.*, 194-195.

1004 Zie bv. H.v.J. 18 oktober 1989, *Orkem*, 374/87, *Jur.* 1989, 3283.

1005 Zie F. JACOBS, *l.c.*, 11 en E. GUILD, *l.c.*, 195-196.

1006 Zie H.v.J. 15 juni 1978, *Defrenne*, 149/77, *Jur.* 1978, 1365, r.o. 28 en H.v.J. 2 augustus 1993, *Levy*, C-158/91, *Jur.* 1993, I-4827.

1007 H.v.J. 15 juni 1978, *Defrenne*, 149/77, *Jur.* 1978, 1365, r.o. 28.

1008 E. GUILD, *l.c.*, 196.

1009 Handvest van de grondrechten van de Europese Unie van 7 december 2000, *PB* 2000, C. 346/1.

1010 Zaak T-54/99, 31 januari 2002, r.o. 48 en 57 en zaak T-177/01, 3 mei 2002. Zie ook P. CRAIG en G. DE BURCA, *o.c.*, 362 en K. LENAERTS en P. VAN NUFFEL, *o.c.*, 636, vn. 208.

1011 Zie K. LENAERTS en P. VAN NUFFEL, *o.c.*, 646.

genot van grondrechten. Bovendien bevat artikel 21 Handvest beduidend meer discriminatiegronden dan zijn door de Raad van Europa uitgevaardigde tegenhanger. Het luidt als volgt: “Iedere discriminatie, met name op grond van geslacht, ras, kleur, etnische of sociale afkomst, genetische kenmerken, taal, godsdienst of overtuigingen, politieke of andere denkbeelden, het behoren tot een nationale minderheid, vermogen, geboorte, een handicap, leeftijd of seksuele gerichtheid, is verboden. Binnen de werkingssfeer van de Grondwet en onverminderd de bijzondere bepalingen ervan, is iedere discriminatie op grond van nationaliteit verboden”.

596. We mogen er in het licht van het voorgaande van uitgaan dat ambtenaren dankzij het gelijkheidsbeginsel als algemeen rechtsbeginsel niet alleen beschermd zijn tegen discriminatie op grond van nationaliteit (art. 12 EG-Verdrag) en geslacht (aangaande beloning, art. 141 EG-Verdrag), maar ook tegen elk ander ongerechtvaardigd onderscheid, ongeacht het gebruikte differentiatie criterium. Wat betreft de gronden *geslacht* (buiten de context van beloning)¹⁰¹², *transseksualiteit*¹⁰¹³ en *religie*¹⁰¹⁴, heeft het Hof het recht op non-discriminatie van de ambtenaar al uitdrukkelijk erkend. Het Hof heeft tot op heden nog niet de kans gekregen de grond *ras* aan te merken als een verboden discriminatiegrond onder het algemeen beginsel van gelijke behandeling¹⁰¹⁵, maar volgens de rechtsleer lijdt het geen twijfel dat dit wel het geval is.¹⁰¹⁶ Ook *seksuele geaardheid* is voorsnog niet erkend als discriminatiegrond.¹⁰¹⁷ Het Hof kreeg hiertoe nochtans een gelegenheid in een recente zaak over een artikel uit het ambtenarenstatuut van de Raad dat de uitkering van een kostwinnerstoelage voorbehield aan gehuwde werknemers.¹⁰¹⁸ D., een homoseksuele Zweedse onderdaan die in zijn land een geregistreerd partnerschap aangegaan was, vocht de weigering van de Raad om hem de bedoelde kostwinnertoelage toe te kennen aan. Hij betoogde andere aan dat de gewraakte statutaire bepaling een aantasting vormde van het gelijkheidsbeginsel.

1012 Zie H.v.J. 7 juni 1972, *Sabbatini*, 20/71, *Jur.* 1972, 345; H.v.J. 20 februari 1975, *Airola*, 21/74, *Jur.* 1975, 221; H.v.J. 15 juni 1978, *Defrenne*, 149/77, *Jur.* 1978, 1365, r.o. 29; H.v.J. 20 maart 1984, *Razzoek*, gevoegde zaken 75 en 117/82, *Jur.* 1984, 1509 en H.v.J. datum, *Speybroeck*, T-45/90, *Jur.* 1992, II-33. Telkens was hier de vraag aan de orde of “buiten de specifieke bepalingen van art. 119 [huidig art. 141 EG-Verdrag], in het gemeenschapsrecht een algemeen beginsel geldt dat discriminaties naar geslacht in aanstellings- en arbeidsvoorwaarden verbiedt”. Het Hof antwoordde hierop dat “(...) in de betrekkingen tussen de gemeenschapsinstellingen enerzijds en haar personeelsleden en hun rechtsverkrijgenden anderzijds de vereisten die ingevolge dit beginsel hebben te gelden, zeker niet beperkt [zijn] tot die welke voortvloeien uit art. 119 EEG-Verdrag of de daartoe betreffende gemeenschapsrichtlijnen.” Zie bv. H.v.J. 20 maart 1984, *Razzoek*, gevoegde zaken 75 en 117/82, *Jur.* 1984, 1509, r.o. 17.

1013 H.v.J. 30 april 1996, *P/S*, C-13/94, *Jur.* 1996, I-2143. Deze zaak betreft de verhouding tussen een particuliere werkgever en werknemer en geldt *a fortiori* in de relatie tussen de instellingen en haar personeel.

1014 H.v.J. 27 oktober 1976, *Prais*, 130/75, *Jur.* 1976, 1589.

1015 Dit hangt samen met het feit dat rassendiscriminatie in het kader van een Europees ambtenarenstatuut weinig waarschijnlijk is.

1016 E. GUILD, *l.c.*, 189-213. Zie ook de Conclusie van Adv. Gen. TESAURO (al. 19) bij H.v.J. 30 april 1996, *P/S*, C-13/94, *Jur.* 1996, I-2143. Daarin schrijft de Advocaat Generaal dat het gelijkheidsbeginsel eist dat geen rekening gehouden wordt met discriminerende kenmerken, voornamelijk “geslacht, *ras* [onze cursivering], taal en godsdienst”.

1017 T. TRIDIMAS, *l.c.*, 239.

1018 H.v.J. 31 mei 2001, *D/Raad*, C-125/99, *Jur.* 2001, I-4319.

Wat in de tweede plaats de gestelde aantasting van de gelijke behandeling van ambtenaren op grond van hun seksuele geaardheid betreft, moet worden opgemerkt dat niet het geslacht van de partner de voorwaarde is voor toekenning van de kostwinnerstoe-lage, maar de juridische aard van de banden die deze partner met de ambtenaar verbinden.

Het beginsel van gelijke behandeling kan slechts toepassing vinden op personen die zich in een vergelijkbare situatie bevinden. Derhalve moet worden beoordeeld, of de situatie van een ambtenaar die een partnerschap tussen personen van hetzelfde geslacht, zoals het door D aangegane partnerschap naar Zweeds recht, heeft laten registreren, verge-lijikbaar is met die van een gehuwd ambtenaar.

Om die vraag te beoordelen mag de gemeenschapsrechter de in de gehele Gemeenschap heersende opvattingen niet buiten beschouwing laten.

Zoals hiervoor in de punten 35 en 36 reeds is opgemerkt, wordt de situatie in de lidstaten van de Gemeenschap op het gebied van de erkenning van partnerschappen tussen personen van hetzelfde of van verschillend geslacht, gekenmerkt door een grote ver-scheidenheid in de wetgevingen en door een algemeen ontbreken van gelijkstelling tussen het huwelijk enerzijds en andere vormen van wettelijke verbintenissen anderzijds. In deze omstandigheden kan de situatie van een ambtenaar die zijn partnerschap in Zweden heeft laten registreren, voor de toepassing van het Statuut niet worden be-schouwd als vergelijkbaar met die van een gehuwd ambtenaar.¹⁰¹⁹

597. Het Hof oordeelde dat er geen sprake is van (rechtstreeks) onderscheid op basis van seksuele geaardheid, maar wel op basis van “de juridische aard van de banden die de partner met de ambtenaar verbinden”.¹⁰²⁰ Zo gezien gaat het om een onder-scheid op grond van burgerlijke staat, waarbij de Raad gehuwde stellen en wettelijk geregistreerde partners verschillend behandelt. Bij het onderzoek naar de wettigheid van dit onderscheid oordeelde het Hof dat de situaties van beide categorieën onver-gelijkbaar zijn, en dat geregistreerde partners dus geen aanspraak kunnen maken op gelijke behandeling.¹⁰²¹

598. CRAIG en DE BÚRCA leggen er de nadruk op dat uit dit arrest niet afgeleid kan worden dat het verbod van discriminatie op grond van seksuele geaardheid geen deel uitmaakt van het algemeen communautair gelijkheidsbeginsel:

Thus while ruling there had been no unequal treatment on grounds of sexual orienta-tion, the Court did not actually deny the possible existence of a general principle of EC law prohibiting discrimination on grounds of sexual orientation within its field of application.¹⁰²²

1019 H.v.J. 31 mei 2001, *D/Raad*, C-125/99, *Jur.* 2001, I-4319, r.o. 47-51.

1020 Dat laatstgenoemd onderscheidingscriterium homoseksuele stellen bijzonder benadeelt, en bijge-volg neerkomt op een onrechtstreeks onderscheid op grond van seksuele gerichtheid, wordt door het Hof buiten beschouwing gelaten.

1021 JESSURUN D'OLIVEIRA bekritiseert dit onvergelijkbaarheidsoordeel. Zie H.U. JESSURUN D'OLIVEIRA, “De Europese Commissie erkent het Nederlands huwelijk”, *N.J.B.* 2001, 2040. Vgl. K. LENAERTS en P. VAN NUFFEL, *o.c.*, 151.

1022 P. CRAIG en G. DE BÚRCA, *o.c.*, 389. Alleen als het Hof een ambtenarenstatuut aanvaardbaar geacht had dat *getrouwde* homostellen (zoals mogelijk is in Nederland en België) ongunstig be-handelde in vergelijking met getrouwde heterostellen, was de conclusie gerechtvaardigd dat homo-seksuelen onbeschermd zijn in het communautair ambtenarenrecht. Zie H.U. JESSURUN D'OLIVEIRA, *l.c.*, 2039-2040.

599. Wel is er volgens vermelde auteurs sprake van een terughoudende opstelling op het vlak van discriminatie op grond van seksuele oriëntatie; een opstelling die contrasteert met de genereuze “mensenrechtelijke” houding, die het Hof aanneemt ten voordele van wie ongelijk behandeld wordt op basis van geslacht.¹⁰²³

600. Zelfs al wenst het Hof inzake de bescherming van homoseksuelen niet het voortouw te nemen, vandaag is het op grond van de recente ontwikkelingen in de rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens genoodzaakt seksuele geaardheid aan te merken als een van de differentiatiecriteria waarvan het gebruik in beginsel strijdig is met het algemeen gelijkheidsbeginsel (cf. *supra* nr. 72).¹⁰²⁴

4. ALGEMEEN GELIJKHEIDSBEGINSEL ALS TOETS VOOR ANDERE COMMUNAUTAIRE RECHTSHANDELINGEN

601. Niet alleen de landbouwregelgeving, het economisch recht en het ambtenarenrecht, maar ook alle andere communautaire rechtshandelingen, zijn onderworpen aan het algemeen gelijkheidsbeginsel. Zo zijn in het verleden een aantal *Harmonisatierichtlijnen* onderworpen aan een toetsing aan het gelijkheidsbeginsel.¹⁰²⁵ Het betreft hier een vorm van communautaire regulering waarbij nationale regels die het vrij economisch verkeer belemmeren, eengemaakt worden door de Gemeenschap. Bij dergelijke harmonisatievoorgang zijn de wetgevende instellingen van de Gemeenschap gebonden door het gelijkheidsbeginsel als algemeen rechtsbeginsel.

602. De non-discriminatieverplichting die in deze context op de instellingen rust is niet bijzonder streng. Het Hof gunt de instituties bij de harmonisatie van nationale regels een ruime beleidsvrijheid. De moeilijkheden die inherent zijn aan het harmonisatieproces kunnen door de instellingen ingeroepen worden ter rechtvaardiging van de ongelijke behandeling van vergelijkbare situaties. Zo houdt het Hof rekening met het feit dat harmonisatie doorgaans slechts stapsgewijs of gedeeltelijk ingevoerd kan worden (wat vaak tot de ongelijke behandeling van vergelijkbare situaties aanleiding geeft), evenals met de politieke en juridische moeilijkheden waarmee de totstandkoming van Harmonisatierichtlijnen doorgaans gepaard gaat.¹⁰²⁶ Van een

¹⁰²³ P. CRAIG en G. DE BÚRCA, *o.c.*, 356 schrijven in dit verband: “The ECJ seems to be more comfortable in promoting a stronger notion of equality as a fundamental right in more conventionally accepted spheres of anti-discrimination such as gender equality”. In de ogen van deze auteurs vertegenwoordigt de zaak *D. t. de Raad* “a retreat from the strong principle of equality as a fundamental right”. Deze analyse wordt bevestigd door de uitdrukkelijke verwijzing van het Hof naar de Europese wetgever als de instantie die verantwoordelijk is voor de uitbreiding van de werkingssfeer van het gelijkheidsbeginsel tot nieuwe groepen. Zie ook H.U. JESSURUN D’OLIVEIRA, *l.c.*, 2040 en C. BARNARD, “Gender Equality in the EU: A Balance Sheet”, *l.c.*, 69-70.

¹⁰²⁴ Zie in dit verband de Conclusie van Adv. Gen. MISCHO (nrs. 95-96) bij H.v.J. 31 mei 2001, *D/ Raad*, C-125/99, *Jur.* 2001, I-4319.

¹⁰²⁵ T. TRIDIMAS, *l.c.*, 235-239.

¹⁰²⁶ H.v.J. 9 november 1995, *Francovich*, C-479/93, *Jur.* 1995, 3843, r.o. 22-29.

schending van het gelijkheidsbeginsel zal alleen sprake zijn wanneer de door de harmoniserende instelling gebruikte onderscheidingscriteria niet objectief zijn, of wanneer het gemaakte onderscheid in strijd is met de verdragsdoelstellingen.¹⁰²⁷

603. Een laatste voorbeeld van de toepassing door het Hof van het gelijkheidsbeginsel als algemeen rechtsbeginsel vinden we terug in het arrest *Les Verts/Europees Parlement*.¹⁰²⁸ Die zaak betrof het recht op gelijke behandeling (meer bepaald het recht op gelijke rechtsbescherming) van Europese politieke partijen die nog niet in het Europees Parlement vertegenwoordigd waren. Volgens het Hof verlangt het beginsel van gelijke behandeling dat dergelijke partijen (*in casu Les Verts*) de mogelijkheid krijgen om op gelijke voet met politieke partijen die wél al in het parlement vertegenwoordigd zijn, een vernietigingsberoep in te stellen tegen een parlamentsbesluit dat de publieke middelen voor de kiescampagne verdeelt onder de gevestigde partijen.¹⁰²⁹

1027 T. TRIDIMAS, *l.c.*, 238.

1028 H.v.J. 23 april 1986, *Les Verts*, C-294/83, *Jur.*, 1339.

1029 H.v.J. 23 april 1986, *Les Verts*, C-294/83, *Jur.*, 1339, r.o. 35-36.

SELECTE BIBLIOGRAFIE

- BARNARD, C., "Gender Equality in the EU: A Balance Sheet", in P. ALSTON (ed.), *The EU and Human Rights*, Oxford, Oxford University Press, 1999, 215-279.
- BAYART, C., "De opmars van het discriminatierecht in de arbeidsverhoudingen", *J.T.T.* 2002, 309-329.
- BAYART, C., *Discriminatie tegenover differentiatie. Arbeidsverhoudingen na de Discriminatiewet. Arbeidsrecht na de Europese Ras- en Kaderrichtlijn*, Brussel, De Boeck & Larcier, 2004.
- BELL, M., *Anti-Discrimination Law and the European Union*, Oxford, Oxford University Press, 2002.
- CRAIG, P. en DE BÚRCA, G., *EU Law. Text, Cases and Materials*, Oxford, Oxford University Press, 2003.
- DE BÚRCA, G., "The Role of Equality in European Community Law", in DASHWOOD, A. en O'LEARY, S. (eds.), *The Principle of Equal Treatment in E.C. Law*, London, Sweet & Maxwell, 1997, 13-34.
- DE VOS, M., "Worden Europese arbeidsverhoudingen Amerikaans?", in CUYPERS, D. (ed.), *Gelijkheid in het arbeidsrecht. Gelijkheid zonder grenzen?*, Antwerpen, Intersentia, 2003, 243-264.
- DRIJBER, B.J. en PRECHAL, S., "Gelijke behandeling van mannen en vrouwen in horizontaal perspectief", *S.E.W.* 1997, 122-167.
- ELLIS, E., "The Definition of Discrimination in European Community Sex Equality Law", *E.L.Rev.* 1994, 563-580.
- FOUBERT, P., "Het discriminatieverbod in de arbeidsrelatie – Een overzicht van de relevante Europeesrechtelijke bepalingen", *Oriëntatie* 2002, 196-210.
- GERARDS, J.H., *Rechterlijke toetsing aan het gelijkheidsbeginsel: een rechtsvergelijkend onderzoek naar een algemeen toetsingsmodel*, Den Haag, SDU, 2002.
- KAPTEYN, P.J.G., GEELHOED, L.A., MORTELMANS, K.J.M. en TIMMERMANS, C.W.A., *Het recht van de Europese Unie en van de Europese Gemeenschappen*, Deventer, Kluwer, 2003.
- LENAERTS, K., "Gelijkheid en non-discriminatie in het Europees Gemeenschapsrecht", in ALEN, A. en LEMMENS, P. (eds.), *Gelijkheid en non-discriminatie*, Antwerpen, Kluwer, 1991, 48-84.
- LENAERTS, K. en VAN NUFFEL, P., *Europees recht in hoofdlijnen*, Antwerpen, Maklu, 2003.
- MORE, G., "The Principle of Equal Treatment", in CRAIG, P. en DE BÚRCA, G. (eds.), *The Evolution of EU Law*, Oxford, Oxford University Press, 1999, 517-553.
- TIMMERMANS, C.W.A., "Verboden discriminatie of (geboden) differentiatie. Het discriminatieverbod als open ruimte voor een creatieve rechtsvinding in het Europese Gemeenschapsrecht", *Tijdschrift voor Europees en economisch recht*, 427-455.
- WADDINGTON, L. en BELL, M., "More Equal than Others: Distinguishing European Union Equality Directives", *C.M.L.Rev.* 2001, 587-611.

WOUTERS, J., “The Principle of Non-discrimination in European Community Law”, *EC Tax Review* 1999, 98-106.

Deel III

Grondwet

HOOFDSTUK 1. ACHTERGRONDEN EN ONTSTAANSGESCHIEDENIS

Afdeling 1. Artikel 10

604. Het algemeen grondwettelijk gelijkheidsbeginsel is opgenomen in artikel 10 van de Grondwet (oud art. 6).

Er is in de Staat geen onderscheid van standen.

De Belgen zijn gelijk voor de wet; zij alleen zijn tot de burgerlijke en militaire bedieningen benoembaar, behoudens de uitzonderingen die voor bijzondere gevallen door een wet kunnen worden gesteld.

De gelijkheid van vrouwen en mannen is gewaarborgd.

§ 1. Er is in de Staat geen onderscheid van standen

605. De eerste zin van artikel 10 is een restant van de Franse Revolutie, die, als reactie op het Ancien Régime, een einde stelde aan de privileges van de bevoorrechte standen.¹ Het Nationaal Congres beoogde in de eerste plaats de afschaffing van de standen die waren ingevoerd door de Grondwet van 1815: de adelstand, de stedelijke stand en de landelijke stand.² In de rechtsleer is dan ook gesteld dat deze bepaling vandaag overbodig is.³ Er dient te worden opgemerkt dat artikel 10 van de Grondwet niet in strijd is met het in artikel 113 van de Grondwet opgenomen recht van de Koning om adeldom te verlenen.⁴ Deze bepaling stelt namelijk uitdrukkelijk dat de Koning daaraan nooit enig voorrecht mag verbinden.

§ 2. De Belgen zijn gelijk voor de wet

606. Artikel 10 proclameert vervolgens de gelijkheid van de Belgen voor de wet. Over de betekenis van dit algemeen beginsel, ontleend aan artikel 10 van de Franse Grondwet van 1830, valt uit de bespreking van het Nationaal Congres weinig af te leiden.⁵ De enigszins verwarrende discussie over artikel 10 draaide uitsluitend

¹ A. ALEN, *Handboek van het Belgisch staatsrecht*, Antwerpen, Kluwer, 1995, 519.

² J.J. THONISSEN, *La Constitution belge annotée*, Brussel, Bruylant, 1879, 19.

³ K. RIMANQUE, *De Grondwet, toegelicht, gewikt en gewogen*, Antwerpen, Intersentia, 2003, 31.

⁴ A. MAST, *Overzicht van het Belgisch grondwettelijk recht*, Gent, Story-Scientia, 1981, 505.

⁵ Zie E. HUYTENS, *Discussions du Congrès national de Belgique*, Brussel, 1844-1845, I, 563-575.

rond twee vragen.⁶ Eerst was de kwestie aan de orde of vreemdelingen al dan niet benoembaar zouden zijn in de burgerlijke en militaire bedieningen (*cf. infra* nrs. 702-703). Het tweede deel van de discussie betrof de vraag of de afschaffing van de standen in artikel 10 zou worden opgenomen.

607. Ondanks de weinig verhelderende discussies in het Nationaal Congres, blijkt uit de tekst van artikel 10 en de vroegste commentaren en rechtspraak dat de grondwetgever van 1831 in de eerste plaats de gelijkheid *voor* de wet voor ogen had. De gelijkheid voor de wet, zo werd in het begrippenkader reeds aangegeven, heeft betrekking op de toepassing van de wet door de rechter en het bestuur: de wet dient op gelijke wijze te worden toegepast op elkeen die binnen het toepassingsgebied valt. Het gelijkheidsbeginsel is in deze betekenis niet meer dan een herformulering van het legaliteits- en het rechtszekerheidsbeginsel.⁷ PERELMAN drukt deze gedachte als volgt uit:

L'égalité devant la loi, considérée comme conforme au respect de la règle de justice se limite alors à la protection d'une valeur socialement importante, à savoir la sécurité juridique. Il s'agit d'empêcher que les administrateurs et les juges ne violent la loi en traitant inégalement ceux entre lesquels la loi (ou le règlement) ne font pas de distinctions, et qui sont considérés dans la lettre ou l'esprit de la loi comme membres d'une même catégorie.⁸

608. Ook de rechtspraak heeft lang deze interpretatie van het grondwettelijk gelijkheidsbeginsel gehuldigd. Volgens het Hof van Cassatie in 1843 was het principe van de gelijkheid voor de wet de “evidente” betekenis van artikel 10 van de Grondwet.

Attendu que l'article 6 de la Constitution garantit aux Belges l'égalité devant la loi; que le sens évident de cet article est que tous les Belges doivent également se soumettre aux prescriptions de la loi, comme ils ont tous le même droit à en invoquer la protection.⁹

609. De oorspronkelijke invulling van het grondwettelijk gelijkheidsbeginsel was bijgevolg beperkt en sloot allerhande “discriminaties” *door* de wet niet uit. Het beste bewijs hiervan is dat het cijnskiessstelsel door de grondwetgever niet-onbestaanbaar met artikel 10 werd geacht. De gelijkheid van de Grondwet was volgens THONISSEN dan ook zeker niet “l'absurde égalité des conditions rêvée par quelques niveleurs”.¹⁰ Volgens de auteur bestond het grondwettelijk gelijkheidsbeginsel in hoofdzaak in de afwezigheid van elk standenonderscheid, de benoembaarheid van elke burger in de burgerlijke en militaire bedieningen en in de afwezigheid van

6 K. RIMANQUE, “De paradoxale werking van het gelijkheidsbeginsel”, *R.W.* 1992-93, 6.

7 Zie o.a. L. INGBER, “Recht en gelijkheid”, in *Gelijkheid*, VI, Brussel, Bruylant, 1981, 16 en J. VELAERS, *Van Arbitragehof tot Grondwettelijk Hof*, Antwerpen, Maklu, 1990, nr. 199.

8 CH. PERELMAN, “Égalité et valeurs”, in *L'Égalité*, I, Brussel, Bruylant, 1971, 12-13.

9 Cass. 11 december 1843, *Pas.* 1844, I, 18. Deze formule bleef lange tijd behouden. Zie o.a. Cass. 14 mei 1962, *Pas.* 1962, I, 1027 en Cass. 19 juni 1972, *Arr. Cass.* 1972, 970.

10 J.J. THONISSEN, *o.c.*, 18.

voorrechten bij de rechtspraak en de belastingen. Deze opvatting werd gedeeld door Procureur-generaal bij het Hof van Cassatie FAIDER in zijn eerste openingsrede in 1871:

L'égalité règne chez nous, car il n'y a point de distinctions d'ordres, nul privilège d'honneurs, nul privilège d'impôts, nulle dispense de soumission aux lois, concurrence pour tous les emplois et grades, accès de tous aux mêmes tribunaux, même accueil pour tous les recours et interdiction de tout déni de justice, même répression pour tous. Voilà l'égalité sociale; ce n'est point l'égalité – niveau que des sectaires passionnés préconisent et qui serait la mort des sociétés: car qui peut comprendre l'existence des sociétés sans inégalité, j'entends l'inégalité que la nature a décrétée et que les rhéteurs sont impuissants à détruire.¹¹

§ 3. Alleen de Belgen zijn tot de burgerlijke en militaire bedieningen benoembaar, behoudens de uitzonderingen die voor bijzondere gevallen door een wet kunnen worden gesteld

610. Deze bepaling beoogde in de eerste plaats de autonomie van de pas onafhankelijke staat te beschermen.¹² De vrees bestond dat een vreemde vorst landgenoten in de strategische functies zou benoemen. De uitsluiting van vreemdelingen zou tevens een reactie zijn geweest tegen de achteruitstelling van Belgen door Koning Willem I.¹³ Over de vraag of, en zo ja, volgens welke modaliteiten, vreemdelingen benoembaar zouden zijn in openbare ambten, vond in het Nationaal Congres een geanimeerd debat plaats. Volgens sommige sprekers had het land nood aan buitenlandse werkkrachten, bijvoorbeeld academici: “il faut les encourager à venir chez nous, au lieu de les repousser. Sans doute, si nous comptons une population de trente millions d'habitants, je concevrais le motif de cette nationalité étroite; mais je ne conçois pas qu'on ose dire que dans les arts et les sciences les Belges peuvent se suffire à eux-mêmes”.¹⁴ Andere leden van de vergadering vreesden een overrompeling van onze scholen en universiteiten door vreemdelingen. De nationaliteitsvereiste moest daarom als dam dienen tegen “ces professeurs allemands dont on a encombré nos universités” en “ces médiocrités amphibies qui, sans renoncer à leur pays, voudraient exploiter le nôtre”.¹⁵ Uiteindelijk werd aanvaard dat de wetgever zou kunnen beslissen om bepaalde openbare ambten open te stellen voor vreemdelingen (*cf. infra* nrs. 702-703).

11 Ch. FAIDER, “L'égalité devant la loi”, *Pas.* 1871, I, II-XX, geciteerd in L. INGBER, “Recht en gelijkheid”, *l.c.*, 13. Zie hierover ook K. RIMANQUE, “De paradoxale werking van het gelijkheidsbeginsel”, *l.c.*, 6.

12 K. RIMANQUE, *De Grondwet, toegelicht, gewikt en gewogen*, 31.

13 J.J. THONISSEN, *o.c.*, 21. Zie ook K. RIMANQUE, “Het gelijkheidsbeginsel: gelijkheidsteken tussen Belgen en vreemdelingen?”, in K. DE FEYTER, M.C. FOBLETS en B. HUBEAU (eds.), *Migratie- en migrantenrecht. Recente ontwikkelingen*, Brugge, die Keure, 1995, 281.

14 E. HUYTENS, *o.c.*, 568.

15 *Ibid.*, 566 en 569.

§ 4. De gelijkheid van vrouwen en mannen is gewaarborgd

611. Ondanks de algemene bewoording van het gelijkheidsbeginsel in de Grondwet van 1831 ging men er lange tijd vanuit dat allerlei discriminaties van vrouwen niet strijdig waren met artikel 10. Zo moesten vrouwen tot 1948 wachten op kiesrecht, en was een ingrijpen van de wetgever vereist opdat vrouwen gemeenteraadslid, burgemeester of schepen konden worden, of tot het beroep van advocaat, notaris of magistraat konden worden toegelaten.¹⁶ De verklaring hiervoor is dat tot kort na de Eerste Wereldoorlog werd aangenomen dat bij het stilzwijgen van de wet, de traditie of de praktijk de doorslag gaven om te bepalen of vrouwen al dan niet tot een openbaar ambt konden worden benoemd. Het meest typerende voorbeeld uit de rechtspraak van die periode is het arrest *Popelin*, gevelde door het Hof van Cassatie op 11 november 1889.¹⁷ Het Hof was hierin van oordeel dat het uitsluiten van vrouwen van de advocatuur geen gelijkheidsproblemen doet rijzen.

612. Niettegenstaande de geleidelijke verbetering van de maatschappelijke positie van de vrouw, gingen er vanaf 1950 in het parlement stemmen op om artikel 10 van de Grondwet aan te vullen met een bepaling die de gelijkheid van mannen en vrouwen uitdrukkelijk zou bevestigen. Een eerste initiatief ging uit van het kamerlid GROESSER-SCHROYENS, die in 1953 voorstelde om artikel 10 als volgt te herformuleren: “De Belgen zijn *zonder onderscheid van kunne* gelijk voor de wet”.¹⁸ Het voorstel strekte er in de eerste plaats toe aan vrouwen het recht te geven om tot alle openbare functies te worden benoemd. In de Senaat was het de heer VERMEYLEN die in hetzelfde jaar een voorstel van verklaring tot herziening van artikel 10 van de Grondwet verdedigde. Hij gaf hiervoor de volgende motivering: “De talrijke wetten die nodig waren om, op nog onvoldoende wijze dan nog, de gelijkheid der geslachten tot werkelijkheid te maken, getuigen dat artikel 6 van de Grondwet in het verleden niet altijd evenzeer voor de vrouwen als voor de mannen gegolden heeft”.¹⁹ Beide voorstellen werden echter verworpen.²⁰ Hoewel ook sommige (vrouwelijke) tegenstanders van de grondwetsherziening de historische achterstelling van vrouwen erkenden, achtte zij een uitdrukkelijke proclamatie van de gelijkheid van de geslachten niet nodig of opportuun.²¹ Een wijziging zou naar hun mening de indruk kunnen wekken dat voordien deze gelijkheid nooit heeft bestaan, wat weinig vleidend voor vrouwen zou zijn.²² Volgens de vrouwelijke opposanten van het voorstel moest veeleer een mentaliteitswijziging plaatsvinden om de toestand van

16 Zie A. MAST, *Overzicht van het Belgisch grondwettelijk recht*, 506.

17 Cass. 11 november 1889, *Pas.* 1890, I, 10.

18 *Parl. St.* Kamer 1952-53, nr. 656 (voorgesteld door GROESSER-SCHROYENS, FONTAINE-BORQUET en COPEE-GERBINET).

19 *Parl. St.* Senaat 1953-54, nr. 100, 1 (voorgesteld door VERMEYLEN, SPAAK, CISELET, BUISERET en VANDERVELDE).

20 Lees over het parlementair debat, G. VAN LAETHEM, “Artikel 6 van de Grondwet”, *Jura Falc.* 1967-68, 2, 19-31.

21 Dit standpunt werd nadien in de rechtsleer bijgetreden. Zie o.a. A. MAST, “Het gelijkheidsbeginsel”, *T.B.P.* 1962, 134.

22 G. VAN LAETHEM, *l.c.*, 24. De auteur merkt op dat vooral vrouwelijke parlementsleden het woord namen tegen de voorgestelde wijziging. Een verklaring hiervoor ziet hij in de strenge partijtucht.

vrouwen te verbeteren: “De geest van onze tijd is niet die van onze constituenten van 1830. Met de geest van onze tijd beziel, zullen, hoop ik, de wetgevers van morgen, ook met de ongewijzigde tekst van onze Grondwet, de toestand van de vrouw zó kunnen regelen dat hij werkelijk een maximum van kansen biedt voor een brede persoonlijke ontwikkeling van de vrouw en voor een waardevolle dienst aan land en volk”.²³

613. In de jaren zeventig ondernam een aantal parlementsleden opnieuw pogingen om de gelijkheid van man en vrouw uitdrukkelijk in de Grondwet in te schrijven.²⁴ Een wijziging werd echter overbodig geacht, aangezien artikel 10 van de Grondwet de gelijkheid van de geslachten reeds voldoende waarborgde, en daarenboven een beroep kon worden gedaan op het rechtstreeks werkende discriminatieverbod in artikel 14 van het E.V.R.M.²⁵

614. In de rechtspraak is na verloop van tijd aanvaard dat het verbod op geslachtsdiscriminatie in het algemeen gelijkheidsbeginsel van artikel 10 van de Grondwet besloten ligt. Een belangrijke uitspraak hieromtrent is het arrest van de Raad van State van 15 maart 1974, waarin voor de eerste maal een ongelijke behandeling tussen mannen en vrouwen inzake werkloosheidsuitkeringen strijdig met artikel 10 van de Grondwet werd verklaard.

Overwegende dat, al is het in artikel 6 van de Grondwet gehuldigde beginsel van de gelijkheid van de burgers voor de wet fundamenteel in een democratisch bestel, de werkingssfeer van dat beginsel noodzakelijk wordt bepaald door de opvatting welke de grondwetgever zich heeft gevormd en door die welke de wetgever zich te allen tijde vormt over de eisen van de naleving ervan; dat die werkingssfeer derhalve haar door de Grondwet vastgestelde of bekrachtigde grenzen heeft en wisselt naargelang de wetgever die grenzen verruimt wegens de omstandigheden die hij in aanmerking neemt, dat derhalve in de eerste plaats moet worden onderzocht of het beginsel van de gelijkheid voor de wet die van de gelijkheid der geslachten impliceert.

Overwegende dat de wetgever talrijke bepalingen heeft aangenomen die juist tot doel hadden de gelijkheid van mannen en vrouwen te verzekeren, inzonderheid ter zake van politieke rechten, het vervullen van openbare ambten, bedieningen en posten, het uitoefenen van beroepen welke de wet reglementeert, alsook op het gebied van het privaatrecht; dat talrijke bepalingen van internationale overeenkomsten, waarvan de meeste ter instemming van de Kamers zijn voorgelegd en door deze zijn goedgekeurd, enige op verschil in geslacht gebaseerde discriminatie verbieden; dat hieruit moet worden

23 Mevr. BAERS in de vergadering van woensdag 17 februari 1954, *Hand. Senaat* 1953-54, 17 februari 1954, 786.

24 Zie het voorstel van de heren DUSSART, LAGASSE en BERTRAND, *Parl. St.* Senaat 1978-79, nr. 476/2, 61-62.

25 *Ibid.* Ondertussen keurde de wetgever ook een aantal internationale vrouwenrechtenverdragen goed, waaronder het Verdrag betreffende de politieke rechten van de vrouw van 20 december 1952 en het Verdrag inzake de uitbanning van alle vormen van discriminatie van vrouwen van 18 december 1979. Zie Wet 19 maart 1964 houdende goedkeuring van het Verdrag betreffende de politieke rechten van de vrouw, afgesloten op 31 maart 1953 te New York, *B.S.* 2 september 1964 en Wet 11 mei 1983 houdende goedkeuring van het Verdrag inzake de uitbanning van alle vormen van discriminatie van vrouwen, opgemaakt te New York op 18 december 1979, *B.S.* 5 november 1985.

afgeleid dat het beginsel van de gelijkheid der geslachten binnen de werkingssfeer van artikel 6 van de Grondwet ligt.²⁶

615. Ook het Arbitragehof bevestigde in een arrest van 8 oktober 1992 uitdrukkelijk dat de artikelen 10 en 11 van de Grondwet discriminatie op grond van geslacht verbeiden.

De artikelen 8 en 14 van het Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden bepalen weliswaar uitdrukkelijk dat eenieder, “zonder enig onderscheid, onder meer gegrond op het geslacht”, “recht heeft op de eerbiediging van (...) zijn gezinsleven”. Een dergelijk voorschrift ligt ook impliciet vervat in de artikelen 6 en *6bis* van de Grondwet, zelfs zonder ze te combineren met de artikelen 8 en 14.²⁷

616. Ondanks deze evolutie heeft de grondwetgever in 2002 aan artikel 10 een derde lid toegevoegd dat als volgt luidt: “De gelijkheid van vrouwen en mannen is gewaarborgd”.²⁸ In het Parlement werden zowel politieke als juridische motieven ter verantwoording van deze bepaling naar voor gebracht. Aan de basis van de grondwetswijziging lag naast een initiatief van de regering ook een parlementair voorstel.²⁹ Volgens mevrouw DE BETHUNE, hoofdindienster van dat voorstel, is het algemeen gelijkheidsbeginsel niet in staat gebleken om een daadwerkelijke gelijkheid van vrouwen en mannen te garanderen: “Vrouwen zijn ondervertegenwoordigd in alle geledingen van de samenleving en worden nog steeds gediscrimineerd. De reden hiervoor is dat het grondwettelijk gelijkheidsbeginsel de rechtssubjecten waarop het van toepassing is, abstract en sekseneutraal definieert. Het grondwettelijk gelijkheidsbeginsel werd immers vastgesteld in 1831, een periode waarin men een heel andere opvatting over gelijkheid had dan vandaag”.³⁰ De voorstanders van de herziening van de Grondwet benadrukten ook de “symbolische waarde” en de “signaalfunctie” van een grondwettelijke bekrachtiging van de gelijkheid van mannen en vrouwen.³¹ Als juridisch argument werd verwezen naar artikel 2 van het

26 R.v.St., *Masip*, nr. 16.303, 15 maart 1974, *R.W.* 1974-75, 356-358, noot A. ALÉN.

27 Arbitragehof nr. 63/92, 8 oktober 1992, B.4.3.

28 Wijziging aan de Grondwet van 21 februari 2002, *B.S.* 26 februari 2002.

29 Zie *Parl. St.* Senaat 1999-2000, nr. 2-456/1 (regeringsvoorstel) en *Parl. St.* Senaat 1999-2000, nr. 2-483/1 (ingediend door DE BETHUNE, VANDENBERGHE, CALUWÉ, DE SCHAMPHELAERE, KELCHTERMANS, MOREELS en THIJS). Voor een grondige bespreking van de parlementaire werkzaamheden wordt verwezen naar G. GOEDERTIER, “De gelijkheid van vrouwen en mannen in de Grondwet”, in X, *Mensenrechten. Jaarboek 2001-2002 van het Interuniversitair Centrum Mensenrechten*, Antwerpen, Maklu, 2003, 17-55 en G. GOEDERTIER, “De wijzigingen aan de Grondwet van 21 februari 2002: de gelijkheid van vrouwen en mannen is gewaarborgd”, *R.W.* 2003-04, 241-259.

30 *Parl. St.* Senaat 2000-01, nr. 2-465/4, 8.

31 Een senator drukte dit als volgt uit: “Het opnemen in de Grondwet van het recht op gelijkheid van vrouwen en mannen is belangrijk wegens de symbolische waarde van de Grondwet. Die moet immers een weerspiegeling zijn van de samenleving en van de problemen die haar bezighouden. De bekrachtiging door de Grondwet van het recht op gelijkheid van mannen en vrouwen heeft eveneens een signaalfunctie en toont aan dat het recht op gelijkheid in de Belgische rechtsorde essentieel is” (*Parl. St.* Senaat 2000-01, nr. 2-465/4, 12). De symbolische waarde van de nieuwe bepaling werd ook in de rechtsleer benadrukt. Zie o.a. G. GOEDERTIER, “De wijzigingen aan de Grondwet van 21 februari 2002: de gelijkheid van vrouwen en mannen is gewaarborgd”, *l.c.*, 245.

VN-Vrouwenverdrag dat de Staten ertoe zou verplichten het beginsel van de gelijkheid van mannen en vrouwen in hun nationale Grondwet op te nemen.³²

617. Er is in het Parlement, en later in de rechtsleer, ook kritiek geuit op het nieuwe derde lid van artikel 10 van de Grondwet. Van bij het begin beklemtoonden de tegenstanders dat de bepaling niets toevoegt aan de bestaande rechtsbescherming en bijgevolg overbodig is. Dit was ook het standpunt van een van de grondwetsspecialisten die in de Senaat advies uitbracht.³³ Meer fundamenteel was evenwel de kritiek dat door de voorgestelde wijziging de grond geslacht voortaan alle andere onderscheidingscriteria zou overvleugelen.³⁴ Zo vroeg een spreker in de Kamer zich af waarom, naast de gelijkheid van mannen en vrouwen, het voorstel geen gewag maakte van de gelijkheid tussen de Nederlandse en de Franse taal en het beginsel van de gelijke behandeling van hetero- en homoseksuelen.³⁵ Hierop werd geantwoord dat het geslachts criterium van een andere aard is dan de overige differentiatiecriteria: mannen en vrouwen vormen beide fundamentele bestanddelen van de mensheid zonder dewelke zij niet denkbaar is. Vanwege het fundamentele en transversale karakter van het geslachts onderscheid zouden mannen of vrouwen daarom niet met andere “categorieën” of “minderheden” kunnen worden vergeleken.³⁶ Deze opvatting is door POPELIER en VRIELINK bekritiseerd omdat zij argumenten die zijn ontleed aan de theorie van de paritaire democratie (*cf. infra* nr. 624) ten onrechte zou toepassen op de algemene bestrijding van discriminatie, wat contraproductief zou werken.³⁷

32 Dit standpunt werd verdedigd door een van de grondwetsspecialisten die door de bevoegde senaatscommissie werd uitgenodigd advies uit te brengen over de geplande grondwetswijziging. Het betreft het advies van P. LEMMENS, *Parl. St.* Senaat 2000-01, nr. 2-465/4, 24-25. Voor een kritiek op dit argument, zie P. POPELIER en J. VRIELINK, “Alle mensen zijn gelijk, maar sommige mensen zijn meer gelijk dan anderen. Over mannen, vrouwen, paritaire democratie en geslachtsdiscriminaties”, *T.B.P.* 2003, 691; P. POPELIER, “Antwoord op het artikel ‘De wijzigingen aan de Grondwet van 21 februari 2002: de gelijkheid van vrouwen en mannen is gewaarborgd’”, *R.W.* 2003-04, 718-719 en S. VAN DROOGHENBROECK en I. HACHEZ, “L’introduction de l’égalité entre les hommes et les femmes dans la Constitution”, *Rev. b. dr. const.* 2002, 2, 157.

33 Zie het advies van M. VERDUSSEN, *Parl. St.* Senaat 2000-01, nr. 2-465/4, 53.

34 Zie o.a. S. VAN DROOGHENBROECK en I. HACHEZ, *l.c.*, 156-157.

35 PIETERS in Verslag Kamercommissie, *Parl. St.* Kamer 2001-02, nr. 50-1140/2, 10.

36 Zie bv. *Parl. St.* Kamer 2001-02, 50-1140/2, 12. Zie ook de uiteenzetting van M. VERDUSSEN in de Senaatscommissie, *Parl. St.* Senaat 2000-01, nr. 2-465/4, 62-63: “Vrouwen en mannen zijn strikt genomen geen categorieën. Zoals Sylviane Agacinski op lumineuze wijze heeft aangetoond [S. AGACINSKI, *Politique des sexes*, Parijs, Seuil, 1998], vormen beiden fundamentele bestanddelen van de mensheid. In dat opzicht is elke vergelijking met de taal, sociale klasse of de leeftijd bijvoorbeeld nutteloos, want de mensheid bestaat los van deze wisselvallige en accidentele categorieën; zij is daarentegen niets zonder het structurele verschil tussen beide geslachten”. Om die reden werd ook geoordeeld dat de geslachts gelijkheid niet bij art. 11 van de Grondwet kon worden geplaatst, aangezien daarin sprake is van bepaalde minderheden. Volgens de bevoegde minister zouden “de meeste vrouwenbewegingen die keuze als een belediging zien omdat de vrouwen zich door de plaatsing na art. 11 zullen beschouwen als gelijkgesteld met een te beschermen minderheid”. (*Parl. St.* Senaat 2000-01, nr. 2-465/4, 92).

37 P. POPELIER en J. VRIELINK, *l.c.*, 693-695. Volgens de auteurs betekent het feit dat het geslacht een transversaal karakter heeft niet dat de samenleving netjes uiteenvalt in twee relatief homogene groepen. Intendeel: het geslacht kan, aldus de auteurs, nooit los worden gezien van andere kenmerken en factoren zoals ras, godsdienst, klasse, burgerlijke staat enz. Een gesegmenteerde aanpak van geslachtsdiscriminaties zou daarom niet efficiënt zijn.

Afdeling 2. Artikel 11

618. De grondwetsherziening van 1970 heeft het gelijkheidsbeginsel van artikel 10 van de Grondwet aangevuld met een algemeen discriminatieverbod, opgenomen in artikel 11 (oud art. 6*bis*) van de Grondwet.³⁸

Het genot van de rechten en vrijheden aan de Belgen toegekend moet zonder discriminatie verzekerd worden. Ten dien einde waarborgen de wet en het decreet inzonderheid de rechten en vrijheden van de ideologische en filosofische minderheden.

619. De inschrijving van artikel 11 in de Grondwet is te danken aan de vrees van verschillende politieke partijen dat door het toekennen van beleidsautonomie aan de cultuurgemeenschappen, het nationale evenwicht tussen de verschillende filosofische en ideologische strekkingen – gelovigen in Vlaanderen en vrijzinnigen in Wallonië – zou verloren gaan. Om dezelfde reden bepaalt artikel 131 van de Grondwet dat inzake de gemeenschapsbevoegdheden “de wet (...) de regelen [vaststelt] ter voorkoming van elke discriminatie om ideologische en filosofische redenen”. De tweede zin van artikel 11 (“Ten dien einde waarborgen de wet en het decreet”) houdt, zo blijkt uit de parlementaire voorbereidingen, voor de wetgever de verplichting in om alle noodzakelijke maatregelen te treffen ter bescherming van de rechten van de ideologische en filosofische minderheden.³⁹ Ter uitvoering van deze bepaling werd in 1973 de Cultuurpactwet aangenomen.⁴⁰ Deze strekt er in essentie toe het pluralistisch karakter van de openbare culturele diensten en voorzieningen te verzekeren door middel van maatregelen die de dominantie van één ideologische stroming moeten voorkomen. De wet betekende in de praktijk echter een verregaande politisering van het cultuurbeleid en de benoemingen in de culturele sector. Het Arbitragehof heeft ondertussen in verschillende arresten duidelijk gemaakt dat het verzekeren van ideologische en filosofische evenwichten niet kan gebeuren ten koste van het individuele gelijkheidsbeginsel (cf. *infra* nrs. 682-685). De eventuele interne tegenstrijdigheid tussen het algemeen discriminatieverbod in de eerste zin van artikel 11 en de opdracht die de tweede zin van artikel 11 schijnt in te houden is daarmee opgeheven.⁴¹ RIMANQUE besluit dat door komende generaties de tweede zin van artikel 11 met evenveel verwondering zal worden gelezen als vandaag het verbod van het onderscheid van standen in artikel 10.⁴²

38 Grondwetsherziening van 24 december 1970, *B.S.* 31 december 1970, *err. B.S.* 22 januari 1971. Voor de ontstaansgeschiedenis van dit artikel kan worden verwezen naar J. DE GROOF, “De bescherming van ideologische en filosofische strekkingen. Een inleiding”, in A. ALEN en L.-P. SUETENS, *Zeven knelpunten na zeven jaar Staatshervorming*, Brussel, Story-Scientia, 1988, 248-252 en P. STEXHE, *La revision de la constitution Belge, 1968-1971*, Brussel, Larcier, 1972, 126-131.

39 *Parl. St.* Kamer B.Z. 1968, nr. 10-28/2, 2. Anders C. CARETTE, “Het Cultuurpact en pluralisme volgens het Arbitragehof”, *N. Tijd. Pol.* 1994, 5, 42.

40 Wet van 16 juli 1973 waarbij de bescherming van de ideologische en filosofische strekkingen gewaarborgd wordt, *B.S.* 16 oktober 1973. Zie o.a. P. BERCKX, *De Cultuurpactwet onvoltooid en onbemind, 15 jaar bescherming van de ideologische en filosofische minderheden*, Antwerpen, Kluwer, 1989, 364 p.

41 J. DE GROOF, “Welk gelijkheidsbeginsel is de moeder van het pluralisme?”, *N. Tijd. Pol.* 1993, nr. 7.

42 K. RIMANQUE, *De Grondwet, toegelicht, gewikt en gewogen*, 37.

620. Reeds tijdens de besprekingen in het Parlement is benadrukt dat de eerste zin van artikel 11 eigenlijk niets anders is dan een “herhaling”⁴³ of een “modernisering”⁴⁴ van artikel 10 van de Grondwet. Ook in de rechtsleer en de rechtspraak is er op gewezen dat artikel 11 inhoudelijk niets toevoegt aan artikel 10. Het discriminatieverbod in artikel 11 is slechts een in de verbiedende vorm geformuleerde herhaling van het gelijkheidsbeginsel in artikel 10.⁴⁵

Artikel 10 van de Grondwet bevat de regel van de gelijkheid voor de wet, terwijl artikel 11 de regel van de niet-discriminatie in het genot van de rechten en vrijheden vastlegt, maar die twee grondwettelijke regels zijn de uitdrukking van eenzelfde beginsel en zijn dus onlosmakelijk met elkaar verbonden.⁴⁶

621. In tegenstelling tot de voornaamste mensenrechtenverdragen, bevat het discriminatieverbod van artikel 11 geen lijst van discriminatiegronden. Wel verwijst de tweede zin van artikel 11 naar de “ideologische en filosofische minderheden”. Omtrent dit begrip vond in het Parlement enige discussie plaats.⁴⁷ In de Senaat werd de vrees uitgedrukt dat de overheid het artikel zou aanwenden om burgers er toe te verplichten zich te bekennen of te doen registreren als behorend tot een bepaalde godsdienst of ideologie.⁴⁸ Daarenboven was de term “minderheden” volgens sommige parlementsleden krenkend.⁴⁹ Verschillende amendementen die er toe strekten om naast ideologische en filosofische minderheden ook taalminderheden uitdrukkelijk te beschermen werden verworpen.⁵⁰ Tijdens de bespreking van het ontwerp van de tekst van artikel 11 in de Senaat, is het standpunt verdedigd dat het artikel enkel discriminaties op grond van ideologische en filosofische redenen zou verbieden.⁵¹ Het woord “inzonderheid” wijst er echter op dat dit niet het geval is.⁵² Het Arbitragehof heeft een limitatieve lezing van artikel 11 dan ook uitdrukkelijk verworpen.⁵³

43 *Parl. St.* Kamer B.Z. 1968, nr. 10-28/2, 2.

44 *Hand. Senaat* 1969-70, 4 juni 1970, 1709 en 1710.

45 A. MAST, *Overzicht van het Belgisch grondwettelijk recht*, 504.

46 Arbitragehof nr. 37/97, 8 juli 1997, B.4.

47 Op de vraag wat onder dit begrip moet worden verstaan, antwoordde de bevoegde minister als volgt: “Ik zou nu dieper willen ingaan op de uitdrukking ‘ideologische of filosofische minderheid’. Met deze termen bedoelt men ongetwijfeld datgene wat betrekking heeft op de levensbeschouwing, wat men in het Duits zou noemen ‘Weltanschauung’, en wat zo moeilijk hier in het Frans is te vertalen. Soms gebruikt men ook in dat verband de uitdrukking ‘godsdienstige overtuiging’, maar daardoor komt dan de agnostische levensbeschouwing niet in aanmerking. Dus is de uitdrukking onvolledig. Met de termen ‘ideologische en filosofische minderheden’ bedoelt men dus elke vorm van levensbeschouwing, zowel de agnostische als de godsdienstige” (*Hand. Kamer* 1969-70, 24 juni 1970, 62).

48 *Hand. Senaat* 1969-70, 4 juni 1970, 1708.

49 *Ibid.*

50 Zie *Parl. St.* Senaat 1969-70, nr. 402, 51 en 60 en *Parl. St.* Kamer B.Z. 1968, nr. 10-28/2, 2.

51 *Hand. Senaat* 1969-70, 4 juni 1970, 1708-1711.

52 Zie over het in de Franse tekst gebruikte woord “notamment”, *Parl. St.* Kamer B.Z. 1968, nr. 10-28/2, 2.

53 Arbitragehof nr. 23/89, 13 oktober 1989, B.1.2.

Afdeling 3. Artikel 11bis

622. Artikel 11bis is het resultaat van de grondwetsherziening van 2002.⁵⁴ Net zoals artikel 10 lid 3 van de Grondwet, beoogt het een betere grondwettelijke bescherming van het beginsel van de gelijkheid van mannen en vrouwen.

De wet, het decreet of de in artikel 134 bedoelde regel waarborgen voor vrouwen en mannen de gelijke uitoefening van hun rechten en vrijheden, en bevorderen meer bepaald hun gelijke toegang tot de door verkiezing verkregen mandaten en de openbare mandaten.

De Ministerraad en de Gemeenschaps- en Gewestregeringen tellen personen van verschillend geslacht.

De wet, het decreet of de in artikel 134 bedoelde regel organiseren de aanwezigheid van personen van verschillend geslacht binnen de bestendige deputaties van de provincieraden, de colleges van burgemeester en schepenen, de raden voor maatschappelijk welzijn, de vaste bureaus van de openbare centra voor maatschappelijk welzijn en in de uitvoerende organen van elk ander interprovinciaal, intercommunaal of binnengemeentelijk territoriaal orgaan.

Het voorgaande lid is niet van toepassing wanneer de wet, het decreet of de in artikel 134 bedoelde regel de rechtstreekse verkiezing organiseren van de bestendig afgevaardigden van de provincieraden, van de schepenen, van de leden van de raad voor maatschappelijk welzijn, van de leden van het vast bureau van de openbare centra voor maatschappelijk welzijn of van de leden van de uitvoerende organen van elk ander interprovinciaal, intercommunaal of binnengemeentelijk territoriaal orgaan.

623. De omstandige tekst van artikel 11bis valt inhoudelijk uiteen in verschillende delen.⁵⁵ Het eerste zinsdeel van het eerste lid bevat een algemeen geformuleerde verplichting voor de verschillende wetgevers om de gelijkheid van de geslachten effectief te waarborgen. In die zin geeft het een grondwettelijke basis voor maatregelen van positieve actie (*cf. infra* nrs. 691-693).⁵⁶ De overige delen hebben tot doel de ondervertegenwoordiging van vrouwen in politieke organen en openbare mandaten te remediëren. Het tweede zinsdeel van het eerste lid van artikel 11bis houdt een positieve verplichting in om de gelijke toegang te bevorderen tot de door verkiezing verkregen mandaten enerzijds, en de openbare mandaten anderzijds. Het tweede en het derde lid van deze bepaling strekken er toe tenminste één lid van elk geslacht te doen opnemen in respectievelijk de federale en de deelstatelijke regeringen en de uitvoerende organen van de lokale gedecentraliseerde besturen.

624. Uit de parlementaire werkzaamheden blijkt dat het streven naar een betere vertegenwoordiging van vrouwen in de politieke besluitvormingsorganen geïnspireerd is op de leer van de “paritaire democratie”. Volgens deze theorie volgt uit de fundamentele tweedeling van de menselijke soort in mannen en vrouwen, nood-

⁵⁴ Grondwetsherziening van 21 februari 2002, *B.S.* 26 februari 2002.

⁵⁵ Voor een uitgebreide bespreking zie G. GOEDERTIER, “De gelijkheid van vrouwen en mannen in de Grondwet”, *l.c.*, 44 e.v.

⁵⁶ Dit wordt in de parlementaire voorbereidingen als dusdanig uitdrukkelijk erkend. *Cf. Parl. St. Senaat* 2000-01, nr. 2-465/4, 36.

zakelijkerwijze dat beide geslachten in de politieke beslissingsorganen aanwezig moeten zijn.⁵⁷ Aangezien wetgevende initiatieven ter bevordering van de vertegenwoordiging van vrouwen in politieke organen in het verleden bijzonder kritisch werden onthaald door de Afdeling Wetgeving van de Raad van State⁵⁸, achtte de grondwetgever van 2002 het wenselijk om voor deze maatregelen een grondwettelijke basis te verschaffen.

625. Niettegenstaande de verwijzing in de parlementaire voorbereidingen naar de theorie van de paritaire democratie en de “fundamentele tweeslachtigheid van de mens”, heeft het Arbitragehof in zijn arrest over het huwelijk voor personen van hetzelfde geslacht beslist dat dit concept niet als een uitgangspunt van de Belgische grondwettelijke orde kan worden beschouwd.

De omstandigheid dat de Grondwet, door middel van de artikelen 10 derde lid, en 11*bis*, een bijzonder belang toekent aan de gelijkheid tussen vrouwen en mannen, brengt niet met zich mee dat de “fundamentele tweeslachtigheid van de mens” als een uitgangspunt van de Belgische grondwettelijke orde kan worden aangezien.⁵⁹

HOOFDSTUK 2. INHOUD DISCRIMINATIEVERBOD

Afdeling 1. Algemeen

626. In het begrippenkader is er al op gewezen dat het discriminatieverbod op zich een inhoudsloos gegeven is dat nadere invulling behoeft om praktisch relevant te zijn. De wijze waarop het gelijkheidsbeginsel concreet wordt uitgelegd is afhankelijk van plaats en tijd. Het grondwettelijk gelijkheidsbeginsel vormt hierop geen uitzondering. Een overzicht van de rechtspraak en rechtsleer inzake de artikelen 10 en 11 van de Grondwet toont aan dat beide bepalingen in de loop van de tijd op uiteenlopende wijzen zijn ingevuld. Ongelijkheden die op een gegeven moment de toets aan de artikelen 10 en 11 konden doorstaan, werden nadien discriminatoir bevonden.

57 Zo bepaalt de Memorie van Toelichting: “Aangezien de samenleving (...) bestaat uit twee gelijke bevolkingsgroepen, vrouwen en mannen, kan ze slechts democratisch worden genoemd als ze steunt op de daadwerkelijke gelijkheid van vrouwen en mannen. Dit impliceert dat vrouwen en mannen op voet van gelijkheid met hun respectieve bekwaamheden, kennis en ervaring samenbouwen aan de ontwikkeling van de maatschappij, en dit op alle niveaus” (*Parl. St.* Senaat 1999-2000, nr. 2-483/1, 5). Voor een kritiek zie P. POPELIER en J. VRIELINK, *l.c.*, 682-696.

58 Volgens de Afdeling Wetgeving van de Raad van State stonden maatregelen ter bevordering van de vertegenwoordiging van vrouwen in politieke organen doorgaans op gespannen voet met het discriminatieverbod, het recht op vrije en geheime verkiezingen, en de vrijheid van vereniging en meningsuiting. Zie bv. R.v.St., Afd. Wetgeving, advies van 17 november 1993, *Parl. St.* Kamer 1993-94, nr. 1316/1 (inzake het wetsontwerp ter bevordering van een evenwichtige verdeling van mannen en vrouwen op de kandidaatlijsten voor de verkiezingen). Lees hierover J. VELAERS, *De Grondwet en de Raad van State, afdeling wetgeving*, Antwerpen, Maklu, 1999, 74-77. Zie ook M. UYTENDAELE en J. SOHIER, “Les quotas féminins en droit électoral ou les paradoxes de l'égalité”, *J.T.* 1995, 254.

59 Arbitragehof nr. 159/2004, 20 oktober 2004, B.5.6.

Volgens de meeste auteurs is dit onvermijdelijk. Zo merkte MAST in 1962 op dat het gelijkheidsbeginsel “met gevoelselementen is beladen en van politieke leerstellingen afhankelijk is”.⁶⁰ MAST’s stelling wordt in diezelfde bijdrage onbewust bevestigd, wanneer hij schrijft dat “de beslissing waarbij het ambt van officier van de Rijks-wacht of van mijnningenieur of nog de bediening van grafmaker, het beroep van slachthuis- of havenarbeider of mijnwerker, aan de kandidaten van het mannelijk geslacht en de betrekking van stenotypist of van telefonist aan de kandidaten van het vrouwelijk geslacht wordt voorbehouden, (...) zeker niet strijdig [is] met het gelijkheidsbeginsel”.⁶¹ In een poging om de soms uiteenlopende beslissingen van de Afdeling Wetgeving van de Raad van State en het Arbitragehof te verklaren, wijst ook VELAERS op de “relativiteit (...) van het oordeel over het gelijkheidsbeginsel”.⁶²

Afdeling 2. Ontwikkeling discriminatieverbod

627. Het grondwettelijk discriminatieverbod heeft een hele evolutie doorgemaakt. De hoogste rechtscolleges ontwikkelden verschillende modellen om een ongelijke behandeling aan de artikelen 10 en 11 te toetsen. Deze evolutie is uitgebreid aan bod gekomen in de rechtsleer.⁶³ We bespreken achtereenvolgens kort de ontwikkeling in de rechtspraak van het Hof van Cassatie en de Raad van State. In de volgende afdeling komt de definitie van het Arbitragehof aan bod.

628. In zijn vroegste arresten beperkte het Hof van Cassatie zich er toe te stellen dat het gelijkheidsbeginsel is gehandhaafd wanneer “al degenen die zich in dezelfde feitelijke toestand bevinden op gelijke voet worden behandeld”.⁶⁴ Als een juridische invulling van het discriminatieverbod schiet deze definitie duidelijk te kort. Zoals in het begrippenkader werd uitgelegd, bestaan identieke feitelijke toestanden in de werkelijkheid immers niet. Situaties vertonen altijd gelijkenissen en verschillen. Hun kwalificatie als gelijk of verschillend impliceert steeds een keuze van welke feitelijke elementen in een concrete situatie relevant zijn en een abstractie van als irrelevant beschouwde factoren. Volgens VANDE LANOTTE en GOEDERTIER was de vroege omschrijving van het Hof van Cassatie een toepassing van het objectiviteitscriterium (*cf. infra* nr. 654): objectief gelijke situaties moeten gelijk

60 A. MAST, “Het gelijkheidsbeginsel”, *I.c.*, 132. Zie ook CH. PERELMAN, *I.c.*, 324.

61 A. MAST, “Het gelijkheidsbeginsel”, *I.c.*, 134.

62 J. VELAERS, *De Grondwet en de Raad van State, afdeling Wetgeving*, 67.

63 Voor de evolutie in de rechtspraak van het Hof van Cassatie kan o.a. worden verwezen naar J.M. PIRET, “Égalité et non-discrimination dans la jurisprudence de la Cour de cassation”, in A. ALEN en P. LEMMENS (eds.), *Gelijkheid en non-discriminatie*, Antwerpen, Kluwer, 1991, 118-133 en J. DE JONGHE en F. REYNTJENS, “De twijfels van het Hof van Cassatie”, *R.W.* 1975-76, 2113-2130. Voor de ontwikkeling van de rechtspraak van de Raad van State kan o.a. worden verwezen naar M. LEROY, “Sur la frontière entre distinction admissible et discrimination prohibée”, in *Mélanges R. Vander Elst*, Brussel, Nemesis, 1986, 557-69 en P. MARTENS, “Egalité et non-discrimination devant le Conseil d’Etat”, in A. ALEN en P. LEMMENS (eds.), *Gelijkheid en non-discriminatie*, Antwerpen, Kluwer, 1991, 135-197.

64 Bv. Cass. 11 februari 1909, *Pas.* 1909, I, 136 en Cass. 30 oktober 1922, *Pas.* 1923, I, 34. In voetnoot bij dit laatste arrest merkte Adv. Gen. JOTTRAND echter al op dat burgers zich in werkelijkheid nooit in identieke feitelijke toestanden bevinden.

worden behandeld, objectief verschillende situaties moeten verschillend worden behandeld.⁶⁵ Dergelijke beperkte invulling van het discriminatieverbod liet grote ongelijkheden toe. Een regeling die bijvoorbeeld alle vrouwen uitsloot van een bepaald ambt berustte op een objectief onderscheid en was dus niet discriminatoir.

629. Een opmerkelijke uitzondering op deze rechtspraak is het arrest van 15 juni 1893, waarin het Hof van Cassatie voor de eerste maal aandacht besteedde aan het al dan niet arbitraire karakter van een onderscheid.⁶⁶ Het Hof oordeelde dat een belasting van de gemeente Ghistelles op danscabarets, welke in een uitzondering voorzag voor een aantal bars die zich aan een welbepaalde kant van de spoorweg bevonden, arbitrair was. Het is echter pas vanaf begin jaren '70 dat het Hof van Cassatie stelselmatig nagaat of een ongelijkheid arbitrair is of niet.⁶⁷ Zo overwoog het in een arrest van 11 oktober 1977 dat het discriminatieverbod niet is geschonden wanneer “een onderscheid werd gemaakt dat niet willekeurig is, dat kan worden verantwoord”.⁶⁸ Over de vraag wat die verantwoording moet inhouden, bleef echter lange tijd onduidelijkheid bestaan.⁶⁹ Slechts in enkele arresten werd het verbod van willekeur nader ingevuld door het in verband te brengen met de aard en het doel⁷⁰, dan wel het doel en de gevolgen van de bestreden maatregel.⁷¹

630. Net als de rechtspraak van het Hof van Cassatie, heeft een groot deel van het gelijkheidscontentieux van de Raad van State betrekking op fiscale kwesties. De Raad van State heeft zich aanvankelijk aangesloten bij de op dat ogenblik geldende opvatting dat het gelijkheidsbeginsel vergt dat alle personen die zich in gelijke omstandigheden bevinden, gelijk worden behandeld.⁷² In een arrest van 1952 voegde de Raad daar aan toe dat de verzoekers niet beweren dat de bestreden maatregel “tot doel heeft gehad een gedeelte der bevolking ten nadele van het andere te bevoorstellen”.⁷³ Een belangrijke wending in de rechtspraak van de Raad van State is echter het arrest van 13 maart 1953.⁷⁴ Hierin stelde de Raad dat de gelijkheid voor de wet niet alleen impliceert dat de overheid de personen die in gelijke omstandigheden verkeren aan dezelfde regels dient te onderwerpen, maar ook dat zij “objectieve voorwaarden moet bepalen die het onderscheid ten aanzien van het wettelijk nagestreefde doel verantwoorden”. In de daarop volgende arresten is de Raad steeds nauwgezetter gaan onderzoeken of het voorwerp, het doel en de aard van de

65 J. VANDE LANOTTE en G. GOEDERTIER, *Overzicht publiek recht*, Brugge, die Keure, 2001, 322.

66 Cass. 15 juni 1893, *Pas.* 1893, I, 260.

67 Vanaf 1973, zie o.a. Cass. 24 januari 1973, *Arr. Cass.* 1973, 533; Cass. 2 mei 1973, *Arr. Cass.* 1973, 836 en Cass. 9 mei 1973, *Arr. Cass.* 1973, 854.

68 Cass. 11 oktober 1977, *Arr. Cass.* 1978, 182.

69 Lees in dit verband J. DE JONGHE en F. REYNTJENS, *l.c.*, 2118-2119.

70 Cf. twee arresten van 1975: Cass. 20 november 1975, *Arr. Cass.* 1976, 359 en 363.

71 Cass. 26 januari 1989, *Arr. Cass.* 1988-89, 312.

72 R.v.St., *Brouwerij Wielemans-Ceuppens*, nr. 181, 9 december 1949. In dezelfde zin o.a. R.v.St., *Fédération des unions professionnelles reconnues de charbonniers détaillants de Belgique en consorten*, nr. 1840, 26 september 1952 en R.v.St., *Kunnen en consorten*, nr. 13.702, 24 september 1969.

73 R.v.St., *Fédération des unions professionnelles reconnues de charbonniers détaillants de Belgique en consorten*, nr. 1840, 26 september 1952.

74 R.v.St., *S.A. Des Forges de Clabecq*, nr. 2269, 13 maart 1953.

bestreden maatregel het onderscheid kunnen rechtvaardigen.⁷⁵ Het gevolg hiervan is dat de Raad van State in sommige zaken uiteindelijk tot een andere conclusie kwam dan het Hof van Cassatie.⁷⁶

Afdeling 3. Definitie discriminatieverbod

§ 1. *Formeel onderscheid*

631. De vandaag algemeen aanvaarde omschrijving van het grondwettelijk discriminatieverbod is ontleend aan de rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens over artikel 14 E.V.R.M. (*cf. supra* nrs. 35-36). Volgens deze definitie wordt het gelijkheidsbeginsel geschonden “als er voor het gemaakte onderscheid geen objectieve en redelijke verantwoording bestaat. Het bestaan van dergelijke verantwoording moet worden beoordeeld in verband met het doel en de gevolgen van de betreffende maatregel, en rekening houdend met de in een democratische samenleving heersende principes. Een onderscheid (...) moet niet alleen een wettig doel nastreven: artikel 14 wordt eveneens geschonden als duidelijk vaststaat dat de aangewende middelen redelijkerwijs gesproken niet evenredig zijn met het beoogde doel”.⁷⁷ Reeds is het eerste schorsingsarrest waarin het Arbitragehof zich over het gelijkheidsbeginsel diende uit te spreken, heeft het zich bijna letterlijk bij deze definitie aangesloten.⁷⁸ Het overwoog als volgt:

De grondwettelijke regels van de gelijkheid der Belgen voor de wet en van de niet-discriminatie sluiten niet uit dat een verschil in behandeling volgens bepaalde categorieën van personen zou worden ingesteld, voor zover voor het criterium van onderscheid een objectieve en redelijke verantwoording bestaat. Het bestaan van een dergelijke verantwoording moet worden beoordeeld met betrekking tot het doel en de gevolgen van de overwogen maatregel; het gelijkheidsbeginsel is geschonden wanneer vaststaat dat de aangewende middelen redelijkerwijze niet evenredig zijn met het beoogde doel.⁷⁹

632. Deze oorspronkelijke definitie werd in enkele latere arresten nog enigszins bijgesteld.⁸⁰ Sindsdien komt de volgende omschrijving van het gelijkheidsbeginsel

75 Bv. R.v.St., *Elsen*, nr. 8180, 27 oktober 1960 en R.v.St., *Landsbond der Beenhouders en Spekslagers van België*, nr. 15.958, 16 juli 1973. Zie hieromtrent J. DE JONGHE en F. REYNTJENS, *l.c.*, 2116.

76 Voor een voorbeeld, zie *infra* nr. 662 voetnoot 170.

77 E.H.R.M., arrest *Belgische taalzaak* van 23 juli 1968, *Publ. Eur. Court H.R.*, Serie A, nr. 6, § 10.

78 Het betreft de fameuze zaak *Biorim*: Arbitragehof nr. 21/89, 13 juli 1989, B.4.5.b. (schorsingsarrest) en Arbitragehof nr. 23/89, 13 oktober 1989, B.1.3. (vernietigingsarrest). Zie hierover o.a. X. DELGRANGE, “Quand la Cour d'Arbitrage s'inspire de la Cour de Strasbourg”, *R.R.D.* 1989, 619-622; D. LAGASSE, “La Loi-programme du 30 décembre 1988 imposait-elle aux laboratoires non hospitaliers de biologie clinique des condition d'exploitation discriminatoire?”, *J.T.* 1990, 7-10 en J. VELAERS, “Discrimination in the sector van de klinische biologie: de zaak biorim voor het Arbitragehof”, *T.B.P.* 1990, 454-462.

79 Arbitragehof nr. 21/89, 13 juli 1989, B.4.5.b.

80 In het arrest Arbitragehof nr. 34/90, 14 november 1990, B.2., werd de definitie als volgt aangevuld: “Het bestaan van een dergelijke verantwoording moet worden beoordeeld, rekening houdend met het doel en de gevolgen van de bestreden maatregel en met de aard van de in het geding zijnde beginselen (...)”. In het arrest Arbitragehof nr. 1/94, 13 januari 1994, B.2.3., werd de volgende wijziging aangebracht: “De grondwettelijke regels van de gelijkheid en de niet-discriminatie sluiten niet uit dat een verschil in behandeling tussen categorieën van personen wordt ingesteld, voor zover dat verschil op een objectief criterium berust en het redelijk verantwoord is”.

als een constante terug in de rechtspraak van Arbitragehof over de artikelen 10 en 11 van de Grondwet.

De grondwettelijke regels van de gelijkheid der Belgen voor de wet en de niet-discriminatie sluiten niet uit dat een verschil in behandeling tussen categorieën van personen wordt ingesteld, voor zover dat verschil op een objectief criterium berust en het redelijk verantwoord is. Het bestaan van een dergelijke verantwoording moet worden beoordeeld rekening houdend met het doel en de gevolgen van de betwiste maatregel en met de aard van de terzake geldende beginselen; het gelijkheidsbeginsel is geschonden wanneer vaststaat dat er geen redelijk verband van evenredigheid bestaat tussen de aangewende middelen en het beoogde doel.⁸¹

633. Ook de andere hoogste rechtscolleges van het land, die al bepaalde van de in de Europese definitie vervatte elementen hanteerden bij de toetsing aan het grondwettelijk gelijkheidsbeginsel, hebben deze definitie uiteindelijk in al haar aspecten overgenomen.⁸²

§ 2. Materieel onderscheid

634. Het grondwettelijk gelijkheidsbeginsel verbiedt niet alleen de ongelijke behandeling van gelijke toestanden, maar verzet zich tevens tegen een gelijke behandeling van ongelijke toestanden.⁸³ Het gaat hier om het tweede deel van de Aristotelische formulering, dat in de literatuur wordt aangeduid met het begrip “materieel onderscheid”. In bepaalde rechtsleer is gesteld dat de rechter zich ten aanzien van een materieel onderscheid terughoudend dient op te stellen.⁸⁴ Volgens het Arbitragehof is het discriminatieverbod geschonden wanneer categorieën van personen die zich ten aanzien van de aangevochten maatregel in “wezenlijk verschillende situaties” bevinden, gelijk worden behandeld.

De grondwettelijke regels van de gelijkheid en de niet-discriminatie sluiten niet uit dat een verschil in behandeling tussen categorieën van personen wordt ingesteld, voor zover dat verschil op een objectief criterium berust en het redelijk verantwoord is. Dezelfde regels verzetten er zich overigens tegen dat categorieën van personen, die zich ten aanzien van de aangevochten maatregel in wezenlijk verschillende situaties bevinden, op identieke wijze worden behandeld, zonder dat daarvoor een redelijke verantwoording bestaat. Het bestaan van een dergelijke verantwoording moet worden beoordeeld

81 Voor de laatste zinsnede wordt soms de volgende alternatieve formulering gebruikt: “het gelijkheidsbeginsel is geschonden wanneer vaststaat dat de aangewende middelen redelijkerwijze niet evenredig zijn met het beoogde doel”.

82 Cass. 5 oktober 1990, *R.W.* 1990-91, 328, concl. G. D’HOORE en *R.v.St.*, *A.S.B.L. Association des femmes au foyer*, nr. 34.814, 25 april 1990.

83 Zie o.a. A. MAST, “Het gelijkheidsbeginsel”, *l.c.*, 133.

84 VAN HEUVEN schrijft dat de rechter slechts in uitzonderlijke omstandigheden toepassing mag maken van dit beginsel, meer bepaald wanneer een gelijke behandeling duidelijk een verkapt vorm van discriminatie inhoudt die specifiek verboden is (zie D. VAN HEUVEN, “Enkele beschouwingen over het gelijkheidsbeginsel”, *R.W.* 1990-91, 586). De auteur wijst op een interessant voorbeeld uit de rechtspraak van de Raad van State. In een arrest van 1975 was de Raad van oordeel dat het discriminatieverbod is geschonden door een gemeentelijk reglement dat aan iedereen, ook aan niet-katholieken, de verplichting oplegt een kruis als grafteken te plaatsen. *Cf. R.v.St.*, *Kinrooi*, nr. 17.114, 7 juli 1975.

rekening houdend met het doel en de gevolgen van de betwiste maatregel en met de aard van de terzake geldende beginselen; het gelijkheidsbeginsel is geschonden wanneer vaststaat dat er geen redelijk verband van evenredigheid bestaat tussen de aangewende middelen en het beoogde doel.⁸⁵

Het Hof mag een gelijke behandeling slechts afkeuren wanneer twee categorieën van personen die zich ten aanzien van de betwiste maatregel in wezenlijk verschillende situaties bevinden, op identieke wijze worden behandeld, zonder dat daarvoor een redelijke verantwoording bestaat.⁸⁶

Afdeling 4. Toetsingsmodel discriminatieverbod

635. Uit hoger genoemde definitie volgt dat de rechterlijke toetsing van een ongelijke (of, al naar gelang het geval, van een gelijke) behandeling gebeurt aan de hand van de volgende vijf criteria: (1) de vergelijkbaarheid; (2) het doel van het onderscheid; (3) de objectiviteit van het onderscheid; (4) de pertinentie van het onderscheid en (5) de redelijke verhouding tussen de aangewende middelen en het beoogde doel. In hetgeen volgt wordt de betekenis van deze vijf criteria toegelicht en geïllustreerd aan de hand van de rechtspraak van het Arbitragehof⁸⁷, de Raad van State⁸⁸ en het Hof van Cassatie.⁸⁹ Vooraf moet worden opgemerkt dat de rechtscollages de criteria slechts sporadisch op systematische wijze aanwenden. Doorgaans beperkt het onderzoek zich tot die criteria die voor het voorliggend geval relevant zijn.

85 Zie bv. Arbitragehof nr. 1/94, 13 januari 1994, B.2.3. Deze definitie komt overeen met de rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens. Cf. deel I, nrs. 37-38.

86 Arbitragehof nr. 159/2004, 20 oktober 2004, B.4.3.

87 Er bestaan talrijke overzichten van rechtspraak van het Arbitragehof. Zie bv. J. DELVA en F. MEERSSCHAUT, "De rechtspraak van het Arbitragehof ten behoeve van de private rechtspraak", *T.P.R.* 1990, 679-767 en *T.P.R.* 1993, 199-351 en F. MEERSSCHAUT, "Overzicht van rechtspraak. De rechtspraak van het Arbitragehof ten behoeve van de private rechtspraak 1992-1997", *T.P.R.* 1998, 889-1084. Langs Franstalige zijde kan o.m. worden verwezen naar J. SAROT, P. VANDERNOOT, E. PEREMANS en B. PATY, *Dix ans de jurisprudence de la Cour d'arbitrage (5 avril 1985-31 août 1995)*, Brussel, Bruylant, 1995, 1352 p. en de jaaroverzichten in *R.B.D.C.* Voorts kan worden verwezen naar de analyse van de rechtspraak van het Arbitragehof in D. VANHEULE, *Amerikaanse modellen van grondwettigheidstoetsing toegepast op de rechtspraak van het Arbitragehof over de artikelen 10 en 11 van de Grondwet*, thesis, Universiteit Antwerpen, 2001, 321-322.

88 Voor overzichten van rechtspraak van de Afdeling Administratie van de Raad van State, zie o.a. R. ANDERSEN, "L'égalité des citoyens devant la loi dans la jurisprudence du Conseil d'Etat statuant au contentieux de l'annulation (1962-1972)", *R.J.D.A.* 1973, 81-96; A. BEIRLAEN, "De toepassing van het gelijkheidsbeginsel in de rechtspraak van de Raad van State", *R.W.* 1991-92, 1223-1228 en P. MARTENS, *l.c.*, 135-197. Ook de Afdeling Wetgeving van de Raad van State heeft zich in haar adviezen meermaals uitgesproken over de vraag of voorstellen of ontwerpen van wetgeving het gelijkheidsbeginsel eerbiedigen. Zie hierover J. VELAERS, *De Grondwet en de Raad van State, afdeling wetgeving*, 63-83.

89 Voor een bespreking van de rechtspraak van het Hof van Cassatie, zie o.a. J.M. PIRET, *l.c.*, 117-133.

§ 1. Toetsingsingang: vergelijkbaarheidstoets

A. Algemeen

636. De eerste stap in het toetsingsproces is de toetsingsingang. In deze fase wordt onderzocht of een klager op het eerste gezicht aanspraak kan maken op een andere behandeling dan degene waarvan hij het voorwerp is. De toetsingsingang die wordt gehanteerd in de rechtspraak over de artikelen 10 en 11 van de Grondwet is de vergelijkbaarheidstoets.⁹⁰ Daarbij gaat de rechter na of degene die zich over een ongelijke behandeling beklaagt zich in een vergelijkbare situatie bevindt als een gunstiger behandelde categorie personen, dan wel of een eiser die een gelijke behandeling aanvecht zich in een onvergelijkbare situatie bevindt in relatie tot een comparator. De bewijslast rust in deze fase in de eerste plaats op de klager.

Om de bestaanbaarheid van de bestreden norm met de artikelen 10 en 11 van de Grondwet te beoordelen dient het Hof eerst te onderzoeken of de categorieën van personen ten aanzien van wie een ongelijke behandeling wordt aangevoerd, kunnen worden vergeleken.⁹¹

Overwegende dat verzoeker zich blijkt te beklagen over een discriminatie ten opzichte van zichzelf; dat een schending van het gelijkheidsbeginsel evenwel onderstelt dat verzoeker anders werd behandeld dan andere in dezelfde of soortgelijke omstandigheden verkerende personen; dat verzoeker zulks niet aanvoert.⁹²

637. Vergelijkbaarheid veronderstelt geen identieke situaties. Dit is theoretisch overigens niet mogelijk (cf. *supra* nr. 3).⁹³ Om tot vergelijkbaarheid te besluiten volstaat een voldoende mate van analogie. In de rechtsleer is er herhaaldelijk op gewezen dat het vaststellen van een voldoende mate van analogie een delicate zaak is.⁹⁴ Volgens RIMANQUE maakt de rechter die over de analogie oordeelt steeds een keuze, die niet noodzakelijk de enige aanvaardbare is.⁹⁵ Dit wordt treffend aangetoond door de twee arresten van het Arbitragehof inzake de zogenoemde bingo's. In het arrest over de vordering tot schorsing was het Hof van oordeel dat automatische ontspanningstoestellen in cafés niet voldoende vergelijkbaar zijn met kansspelen in

90 In de eerste arresten van het Arbitragehof was van deze stap in het toetsingsprocédé nog geen spoor te bekennen. Zie hierover P. DE RIDDER, "De beperkte toetsing van het gelijkheidsbeginsel door het Arbitragehof", *R.W.* 1990-91, 481-491.

91 Arbitragehof nr. 3/91, 7 maart 1991, B.4.1.

92 R.v.St., *Verdoodt*, nr. 48.182, 23 juni 1994.

93 Zie ook J.-C. SCHOLSEM, "L'égalité devant la Cour d'Arbitrage", in *Liber Amicorum Krings*, Brussel, Story-Scientia, 1991, 777. RENAUD schrijft: "Entre deux groupes ou entre deux individus, il est toujours possible de relever une infinité de différences de situation, de même qu'il est toujours possible de les considérer comme similairement situés, ne serait-ce que parce qu'ils partagent cet indéfini qui en fait des êtres humaines" (B. RENAUD, "La Cour d'arbitrage et l'égalité des père et mère en matière de filiation", (noot onder Arbitragehof nr. 63/92, 8 oktober 1992), *J.T.* 1993, 310).

94 Zie bv. K. RIMANQUE, "De paradoxale werking van het gelijkheidsbeginsel", *I.c.*, 8 en F. MEERSSCHAUT, *I.c.*, 917.

95 K. RIMANQUE, "De paradoxale werking van het gelijkheidsbeginsel", *I.c.*, 9.

een casino.⁹⁶ Ten gronde werden beide categorieën echter wel vergelijkbaar bevonden.⁹⁷

638. Noodzakelijk voor het bepalen van de al dan niet vergelijkbaarheid van verschillende situaties is de vergelijkbaarheidsmaatstaf of het referentiekader.⁹⁸ De vergelijkbaarheid zal worden beoordeeld in het licht van de aard en het doel van de kwestieuze norm en het daardoor gecreëerde onderscheid. Categorieën die in de ene situatie niet-vergelijkbaar zijn, kunnen dat in een andere situatie – in functie van een andere norm – wel zijn. Zo zou men, bijvoorbeeld, kunnen stellen dat voor de vaststelling van het zwangerschapsverlof vrouwen en mannen niet-vergelijkbaar zijn, terwijl beide categorieën voor het bepalen van de jaarlijkse vakantie wel vergelijkbaar zijn. Een mooie illustratie uit de rechtspraak is het arrest van het Arbitragehof inzake de aansprakelijkheid van de Staat voor schade aan eigendommen.

Weliswaar is de Staat wegens de opdracht van algemeen belang waarmee hij is belast, in beginsel geen entiteit die voldoende vergelijkbaar is met de particulieren. Evenwel, in bepaalde aangelegenheden, met name wanneer hij werken laat uitvoeren die schade berokkenen aan eigendommen, is hij in de huidige stand van het recht ertoe gehouden de eigenaars schadeloos te stellen, hetzij met toepassing van de artikelen 1382 en 1383 van het Burgerlijk Wetboek, hetzij krachtens artikel 544 van hetzelfde wetboek. In dat geval bevinden de Staat en de particulieren zich in situaties die voldoende dicht bij elkaar liggen opdat tot hun vergelijkbaarheid kan worden besloten.⁹⁹

639. Uit analyses van de rechtspraak blijkt dat de vergelijkbaarheidstoets in veel gevallen opgaat in het onderzoek naar de objectieve en redelijke verantwoording van het onderscheid.¹⁰⁰ Dit is niet verwonderlijk: de vergelijkbaarheidstoets en de rechtvaardigingstoets komen in wezen immers op hetzelfde neer. Zo kan men in het voorbeeld over het zwangerschapsverlof argumenteren dat vrouwen en mannen wel voldoende vergelijkbaar zijn, maar dat een ongelijke behandeling tussen beide categorieën niettemin verantwoord is. Het resultaat blijft hetzelfde: er is geen schending van het discriminatieverbod. In de doctrine is dan ook benadrukt dat de vergelijkbaarheidstoets perfect vervangbaar is door de andere toetsingscriteria.¹⁰¹

640. Hoewel deze stap in het toetsingsproces daardoor vaak achterwege blijft, zijn er in de rechtspraak talrijke voorbeelden te vinden waarin uitdrukkelijk tot de al dan niet vergelijkbaarheid van verschillende categorieën van personen of situaties wordt

96 Arbitragehof nr. 3/91, 7 maart 1991, B.4.2.

97 Arbitragehof nr. 31/92, 23 april 1992, 6.B.3.

98 Zie bv. F. MEERSSCHAUT, *l.c.*, 916 en 918.

99 Arbitragehof nr. 32/96, 15 mei 1996, B.10.

100 Zie o.a. S. VAN CROMBRUGGE, "De Gelijkheid in het fiscaal recht", *Rev. dr. U.L.B.* 1999, 173 en D. VANHEULE, *o.c.*, 321-322.

101 R. MOERENHOUT, "Bijz. W. 6 jan. 1989 Art. 1", in X, *Commentaar Publiek Procesrecht. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Antwerpen, Kluwer, losbl., 89.

besloten.¹⁰² Zo werden niet-vergelijkbaar bevonden: de verzoekende en verwerende partij voor de Raad van State met het oog op de sanctie verbonden aan het laattijdig indienen van een procedurestuk¹⁰³, de rechtspleging voor de Raad van State en de rechtspleging voor het Arbitragehof¹⁰⁴, de Staat en de provincies¹⁰⁵, het onderwijs waarvoor de leerplicht bestaat en de diverse types van hoger onderwijs met betrekking tot het vragen van inschrijvingsgelden¹⁰⁶, het stelsel van ontslag van beschermde werknemers en het stelsel van gewoon ontslag¹⁰⁷, de wegwerpfototoestellen op het vlak van hergebruik en recyclage en de overige aan de milieutaks onderworpen producten.¹⁰⁸ Wel vergelijkbaar waren daarentegen: de situatie van de biologische vader en de biologische moeder in het raam van de vaststelling van het vaderschap¹⁰⁹, de producenten van boter en de producenten van margarine ten aanzien van het B.T.W.-tarief op het verhandelen ervan¹¹⁰ en de overheden van de balie en de overheden van andere vrije beroepen in het raam van het bepalen van de toegangsvereisten tot het beroep.¹¹¹

641. De rechter lijkt bij de toepassing van de vergelijkbaarheidstoets geen vast toetsingsstramien te volgen. Zo blijkt bijvoorbeeld uit de rechtspraak dat de toetsingsmaatstaf voor de vergelijkbaarheid niet altijd geëxpliciteerd wordt, en de rechter soms zonder verdere motivering tot de onvergelijkbaarheid van situaties besluit.¹¹² Het gevaar bestaat bijgevolg dat de rechter, door bepaalde situaties als niet-vergelijkbaar te beschouwen, een lastige verantwoording van de ongelijke behandeling zal trachten te omzeilen.¹¹³ De vaststelling van de onvergelijkbaarheid van situaties wordt dan een gemakkelijk alternatief voor een volwaardige toetsing. Een illustratie daarvan is de weigering van het Arbitragehof om geboren en levende personen te vergelijken met ongebornen personen.

Nu de artikelen 6 en *6bis* van de Grondwet niet de verplichting inhouden om een ongebornen kind op juridisch vlak in elk opzicht gelijk te beschouwen met een geboren en

102 Voor een uitgebreider overzicht zie F. DELPÉRE en A. RASSON-ROLAND, *La Cour d'arbitrage*, Brussel, Larcier, 1996, 94; F. MEERSSCHAUT, *l.c.*, 923-925 en R. MOERENHOUT, *l.c.*, 88-89.

103 Arbitragehof nr. 22/91, 4 juli 1991, B.4.

104 *Ibid.* B.7.

105 Arbitragehof nr. 31/91, 7 november 1991, 2.B.3.

106 Arbitragehof nr. 33/92, 7 mei 1992, B.11.2.

107 Arbitragehof nr. 57/93, 8 juli 1993, B.8.

108 Arbitragehof nr. 3/95, 2 februari 1995, B.9.

109 Arbitragehof nr. 63/92, 8 oktober 1992, B.3.1.

110 Arbitragehof nr. 72/93, 7 oktober 1993, B.2.3.

111 Arbitragehof nr. 23/97, 30 april 1997, B.4.

112 J.-C. SCHOLSEM, *l.c.*, 778, drukt dit als volgt uit: "Dès lors, l'insertion d'un test de comparabilité nous semble uniquement permettre à la juridiction de faire l'économie d'une énonciation complète de ses motifs, lorsqu'elle décide que deux situations ne sont pas comparables. (...) Ce n'est lorsque la juridiction estime que des situations essentiellement comparables sont différemment traitées qu'elle doit révéler explicitement sa démarche intellectuelle, à savoir rechercher si la différence de traitement, apparemment sans fondement, n'est pas malgré tout susceptible d'être justifiée en fonction d'un but légitimement poursuivi".

113 K. RIMANQUE, "De paradoxale werking van het gelijkheidsbeginsel", *l.c.*, 9 en J. THEUNIS, "Het gelijkheidsbeginsel. Juridisch interpretatiekader, met bijzondere aandacht voor 'corrigerende ongelijkheden' en doorwerking in private rechtsverhoudingen", in X, *Publiekrecht. De Doorwerking van het publiekrecht in het privaatrecht, Postuniversitaire cyclus Willy Delva 1996/1997*, Gent, Mys & Breesch, 143.

levende persoon, dienen de middelen die afgeleid zijn van de schending van deze bepalingen enkel te worden onderzocht in zoverre zij discriminaties aanvechten tussen geboren en levende personen.¹¹⁴

B. Verandering van regels in de tijd

642. Er moet nog worden gewezen op twee bijzondere toepassingsgevallen van de vergelijkbaarheidstoets. Het eerste geval houdt verband met de factor tijd. Er kan geen schending van het discriminatieverbod worden afgeleid uit de verandering van een juridische toestand in de tijd, bijvoorbeeld door een wetswijziging of een evolutie in de rechtspraak. Verschillende situaties worden slechts vergelijkbaar geacht als zij zich op hetzelfde ogenblik manifesteren. Het gelijkheidsprobleem rijst bijgevolg niet wanneer de wetgever eenzelfde categorie van personen verschillend behandelt in twee opeenvolgende wetgevingen.¹¹⁵ De overheid moet haar beleid immers kunnen aanpassen aan de wisselende omstandigheden van het algemeen belang.¹¹⁶

Ongeacht of een wet al dan niet retroactief is, voert zij, door het bepalen van het tijdstip waarop ze uitwerking heeft, een onderscheid in tussen rechtsverhoudingen die onder de toepassing van de wet vallen en rechtsverhoudingen die er niet onder vallen. Dat onderscheid op zich houdt geen schending in van de artikelen 6 en *6bis* van de Grondwet.¹¹⁷

Om de inachtneming van de grondwettelijke regels van de gelijkheid van de Belgen voor de wet en van de niet-discriminatie te beoordelen, is het niet relevant twee reglementeringen te vergelijken die op verschillende ogenblikken van toepassing waren op verschillende categorieën van personen en waarvan de meest recente een verandering van het beleid vertolkt.¹¹⁸

C. Regels die uitgaan van verschillende normstellers

643. Een tweede toepassingsgeval is de niet-vergelijkbaarheid van normen die uitgaan van verschillende normstellers.¹¹⁹ Zo is voor de toepassing van de artikelen 10 en 11 van de Grondwet een vergelijkingen met rechtsnormen van en toestanden in een buitenlandse rechtsorde niet relevant.¹²⁰ Ook de regels die binnen de Belgische rechtsorde afkomstig zijn van verschillende overheden zijn niet-vergelijkbaar, voorzover zij over een autonome beslissingsbevoegdheid beschikken. Dit werd in de

114 Arbitragehof nr. 39/91, 19 december 1991, 6.B.4. Voor een kritiek zie D. VANHEULE, *o.c.*, 326. Zie tevens J. VAN NIEUWENHOVE, "Zwangerschapsafbreking: afweging van rechten door hoge gerechtshoven", *T.B.P.* 1992, 354.

115 Arbitragehof nr. 105/2000, 25 oktober 2000, B.29.

116 Arbitragehof nr. 40/95, 6 juni 1995, B.7.7. Dit betekent dat de art. 10 en 11 de overheid op zich niet verplichten dat men het vroegere stelsel gedurende een bepaalde overgangperiode in stand houdt. Elke dringende beleidswijziging zou daardoor immers onmogelijk worden. *Ibid.*

117 Arbitragehof nr. 36/90, 22 november 1990, 4.

118 Arbitragehof nr. 59/92, 8 oktober 1992, B.3.3.

119 Zie uitgebreid F. MEERSCHAUT, *l.c.*, 920-922.

120 Arbitragehof nr. 24/96, 27 maart 1996, B.12.2.

rechtspraak meermaals bevestigd, bijvoorbeeld wat betreft de ongelijkheden die voortvloeien uit een onderscheiden regelingen in de Gemeenschappen en Gewesten of in verschillende gemeenten.

Bovendien is een verschil in behandeling in materies waar de Gemeenschappen en Gewesten over eigen bevoegdheden beschikken het resultaat van een onderscheiden beleid overeenkomstig de door of krachtens de Grondwet verleende autonomie van de deelgebieden, hetgeen op zich niet kan worden geacht strijdig te zijn met artikelen 6 en *6bis* van de Grondwet.¹²¹

Overwegende (...) dat het verschil dat kan bestaan tussen het door de verwerende partij vastgestelde reglement en soortgelijke reglementen van andere gemeenten van de Brusselse agglomeratie of van het land, geenszins een ongerechtvaardigde discriminatie uitmaakt aangezien het een gevolg is van de gemeentelijke autonomie.¹²²

§ 2. Rechtvaardigingstoets

644. Het bewijs van een ongelijke behandeling van vergelijkbare gevallen of van een gelijke behandeling van onvergelijkbare gevallen volstaat niet om van discriminatie te kunnen spreken. In een tweede fase gaat de rechter na of de (on)gelijke behandeling kan worden verantwoord. De rechtvaardigingstoets die is ontwikkeld in de rechtspraak over het grondwettelijk gelijkheidsbeginsel kan worden opgedeeld in vier deelttoetsen: (1) de doelttoets; (2) de objectiviteitstoets; (3) de pertinentietoets en (4) de proportionaliteitstoets. Indien een bestreden maatregel een van deze fasen niet doorstaat, is het discriminatieverbod geschonden.

A. Doelttoets

1. DOEL VAN ALGEMEEN BELANG

645. Een belangrijke stap in het toetsingsproces is de vaststelling van het doel van het onderscheid. De vaststelling van een doel is niet alleen een afzonderlijke vereiste maar tevens een voorafgaande en noodzakelijke voorwaarde om de volgende fasen van het toetsingsproces te kunnen uitvoeren. Het onderzoek naar de verantwoording van een onderscheiden behandeling gebeurt immers steeds tegen de achtergrond van de door de regelgever nagestreefde doelstelling(en).

646. Een ongelijke behandeling is pas verantwoord wanneer zij een wettig of geoorloofd doel nastreeft. Dit is een doel dat haar grondslag vindt in het algemeen belang.¹²³

¹²¹ Arbitragehof nr. 33/91, 14 november 1991, 4.B.4.1. Zie ook R.v.St., *Ben Abdallah*, nr. 43.880, 27 augustus 1993.

¹²² R.v.St., *Rossel en Maes*, nr. 45.858, 28 januari 1994.

¹²³ Volgens MAST is de wijze waarop de overheid het oogmerk van algemeen belang opvat het doorslaggevend element in het toetsingsproces (A. MAST, "Het gelijkheidsbeginsel", *l.c.*, 137). Bv. Arbitragehof nr. 18/90, 23 mei 1990, B.9.2.; R.v.St., *De Ro en consorten*, nr. 7740, 31 maart 1960 en R.v.St., *Instituut de Toekomst*, nr. 8589, 18 mei 1961.

Overwegende dat artikel 6 van de Grondwet niet verbiedt dat voor verschillende toestanden verschillende rechtsregels worden toegepast, voor zover de aldus gemaakte verschillen gegrond zijn op het algemeen belang, dus een doel hebben dat met dat belang verband houdt.¹²⁴

647. Verschillende auteurs waarschuwen dat de rechter zich bij het onderzoek van het doel van de regelgever op het terrein van de politieke opportuniteit van een maatregel begeeft. Volgens VELAERS komt het in een democratie in beginsel aan de wetgever toe om, op grond van een inzicht in de noden van een samenleving, te bepalen wat een oogmerk van algemeen belang is.¹²⁵ Er wordt dan ook gepleit voor terughoudendheid van de rechter in deze fase van het onderzoek. De vaststelling van een ongeoorloofd doel in de rechtspraak is overigens zeldzaam.¹²⁶ In 1987 was de Raad van State van oordeel dat een verschillende pensioenregeling voor stewards en stewardessen op grond van het vermoeden dat het cliënteel het fysiek voorkomen van oudere stewardessen niet apprecieert, strijdig is met het algemeen belang.

Considérant que la seule explication qui ait jamais été avancée de la différence de carrière entre les deux catégories de personnel de cabine est, (...) non pas seulement une différence de sexe, mais l'évolution, présumée mal admise par la clientèle des compagnies aériennes, de l'apparence physique des hôtesse dès leurs quarante ans accomplis; qu'un tel motif est contraire à l'intérêt général.¹²⁷

648. Een doel dat niet verzoenbaar is met de grondrechten en basisbeginselen van de democratische samenleving is onrechtmatig.¹²⁸ Hetzelfde geldt, aldus de rechtspraak van de Raad van State, voor het doel waarvoor de regelgever niet bevoegd is.

Er is discriminatie indien aan een persoon (...) een last wordt opgelegd welke zwaarder weegt dan die welke andere personen die in gelijke of vergelijkbare omstandigheden verkeren, te dragen hebben, terwijl voor dat verschil in belasting geen wettige grondslag voorhanden is. Die grondslag is er niet, onder meer, indien het doel, dat met de zwaardere belasting wordt nagestreefd, bij wet buiten het bereik van de overheid werd gesteld.¹²⁹

649. Overeenkomstig de definitie van het Arbitragehof moet bij de verantwoording van een onderscheid ook rekening worden gehouden met “de gevolgen van de betwiste maatregel”. Een maatregel met een legitieme doelstelling kan in de praktijk immers gevolgen hebben die strijdig zijn met het algemeen belang.

124 R.v.St., *V.Z.W. Association des parents des élèves des écoles gardienne et primaire de l'Institut de l'enfant-Jésus*, nr. 15.693, 1 februari 1973.

125 J. VELAERS, *Van Arbitragehof tot Grondwettelijk Hof*, nr. 211.

126 Uit een analyse van de rechtspraak van het Arbitragehof besluit D. VANHEULE, *o.c.*, 383: “Het Arbitragehof komt, na een uiteenzetting van de motieven voor de wetgeving, bijna steeds tot de conclusie dat de wetgever een doel van algemeen belang nastreeft, dat van zeer diverse budgettaire, morele, sociale of economische aard kan zijn. Men kan dus niet zeggen dat het Hof niet nagaat of er een doelstelling van algemeen belang is. Wel laat het Hof hier bijzonder veel beslissingsruimte aan de wetgever (...)”.

127 R.v.St., *Belgian Corporation of Flight Hostesses*, nr. 28.435, 2 september 1987.

128 K. RIMANQUE, , “De paradoxale werking van het gelijkheidsbeginsel”, *l.c.*, 10.

129 R.v.St., *Centrum van de Steinerpedagogie en Hiberniaschool*, nr. 25.423, 31 mei 1985.

2. ACTUEEL DOEL

650. Het doel dient voldoende actueel te zijn, wat impliceert dat het niet mag berusten op achterhaalde opvattingen en vooroordelen.¹³⁰ Het is mogelijk dat een norm die bij zijn totstandkoming een geoorloofd doel nastreefde na verloop van tijd gevolgen sorteert die door de gewijzigde maatschappelijke omstandigheden niet langer aanvaardbaar zijn. Het doel van een norm kan echter evolueren in de tijd, zodat een identieke regeling op verschillende tijdstippen haar verantwoording kan vinden in uiteenlopende doeleinden.¹³¹ Een illustratie van dit principe in de rechtspraak is het arrest van het Arbitragehof inzake het bijzonder aansprakelijkheidsregime voor schade veroorzaakt door konijnen.¹³² Na te hebben vastgesteld dat de oorspronkelijke doelstelling van deze regeling op het ogenblik van de uitspraak niet meer relevant was, ging het Hof na of voor de maatregel een andere, actuele, doelstelling kon worden aangewezen.

Hoewel de dubbele schadeloosstelling voor de door konijnen aan vruchten en gewassen veroorzaakte schade een maatregel heeft kunnen vormen die zowel relevant was als evenredig ten opzichte van de destijds met de Wetten van 1846, 1882 en 1900 nagestreefde doelstellingen, dient te worden onderzocht of ze ten aanzien van de beginselen van gelijkheid en niet-discriminatie verantwoord blijft in de huidige omstandigheden.¹³³

3. VASTSTELLING DOEL

651. Aangezien de verwerende partij verantwoordelijk is voor het onderscheid, wordt aangenomen dat zij het best geplaatst is om te oordelen over de doelstellingen die eraan ten grondslag liggen.¹³⁴ De rechter dient niettemin een actieve rol te spelen in deze fase van het toetsingsproces, al was het maar omdat de verdediging de ware doelstelling van een norm zou kunnen verhullen.

652. Het is niet altijd eenvoudig om het oogmerk van een maatregel vast te stellen. Er bestaat immers geen motiveringsplicht voor wetten, decreten, besluiten en verordeningen met algemene draagwijdte.¹³⁵ De rechter zal dan ook vaak genooddaakt zijn het doel te reconstrueren, eventueel met behulp van de door de partijen aangebrachte elementen. Voor wetgeving wordt traditioneel een beroep gedaan op de parlementaire werkzaamheden.¹³⁶ Bij afwezigheid van een doelmatige verantwoording voor het onderscheid in de parlementaire voorbereidingen, lijkt het Arbitrage-

¹³⁰ Zie in dit verband de rechtspraak inzake art. 14 E.V.R.M., deel I, nrs. 49 en 50.

¹³¹ J.-C. SCHOLSEM, *l.c.*, 778.

¹³² Zie uitgebreid D. VANHEULE, *o.c.*, 385 e.v.

¹³³ Arbitragehof nr. 5/98, 21 januari 1998, B.7.

¹³⁴ J. GERARDS, *Rechterlijke toetsing aan het gelijkheidsbeginsel*, Den Haag, SDU, 2002, 35.

¹³⁵ Zie K. RIMANQUE, "De paradoxale werking van het gelijkheidsbeginsel", *l.c.*, 10 en B. RE-NAULD, "Objectif du législateur et contrôle de constitutionnalité", (noot onder Arbitragehof nr. 22/94, 8 maart 1994), *Rev. b. dr. const.* 1994, 350.

¹³⁶ Dit is soms problematisch aangezien de bedoeling zoals die tot uitdrukking komt in de parlementaire voorbereiding niet noodzakelijk overeenstemt met de bedoeling van (de meerderheid van) de individuele parlementsleden. Voor deze discussie zie o.a. J. GERARDS, *Rechterlijke toetsing aan het gelijkheidsbeginsel*, 36 en de daar geciteerde auteurs.

hof zelf te onderzoeken of er een geoorloofde doelstelling voor de maatregel kan bestaan.¹³⁷ Indien dit niet het geval is zal het de bestreden maatregel ongrondwettig verklaren.¹³⁸

653. In de literatuur is gesteld dat het vaststellen van het oogmerk van een norm geen neutrale activiteit is maar steeds een interpretatief oordeel vergt, dat belangrijke gevolgen heeft voor de uiteindelijke uitkomst van de analyse.¹³⁹ De definitie van het doel van een onderscheid beïnvloedt onvermijdelijk de uitkomst van de twee volgende stappen in het toetsingsproces: de pertinentie- en de proportionaliteitstoets.¹⁴⁰ Daarbij komt dat de rechter uiteenlopende doelstellingen in aanmerking kan nemen die een verschillende mate van algemeenheid kennen.¹⁴¹ De rechter dient er bij een pluraliteit van doelstellingen over te waken dat een algemeen geformuleerde doelstelling niet wordt ingeroepen om de meer specifieke bedoelingen van een maatregel te verbergen. Abstracte doelstellingen (zoals de nationale veiligheid, de volksgezondheid enz.) zijn doorgaans immers eenvoudiger te legitimeren dan concreter geformuleerde oogmerken.¹⁴²

B. Objectiviteitstoets

1. ALGEMEEN

654. De objectiviteit is een vereiste dat wordt gesteld aan het differentiatie criterium; dit is het criterium aan de hand waarvan ongelijke lasten of voordelen worden toegekend. Een objectief differentiatie criterium wordt in de literatuur omschreven als een criterium dat berust op feitelijke en vanzelfsprekende vaststellingen, die niet afhangen van enige subjectieve appreciatie.¹⁴³ Enkele voorbeelden van objectieve criteria zijn de nationaliteit¹⁴⁴, het bezit van een diploma¹⁴⁵, het laureaat zijn van een examen¹⁴⁶, het verschil tussen natuurlijke en rechtspersonen¹⁴⁷, tussen ambtenaren

137 D. VANHEULE, *o.c.*, 394.

138 Bv. Arbitragehof nr. 1/93, 7 januari 1993, B.1.5 en Arbitragehof nr. 74/95, 9 november 1995, B.3.2.

139 B. RENAULD, "Objectif du législateur et contrôle de constitutionnalité", *l.c.*, 350 en D. DEOM, "Objectif du législateur et principe d'égalité dans la jurisprudence de la Cour d'arbitrage", in ASSOCIATION INTERNATIONALE DE METHODOLOGIE JURIDIQUE, *Le recours aux objectifs de la loi dans son application*, Brussel, Story-Scientia, 1990, 247-254.

140 Zie hierover D. VANHEULE, *o.c.*, 421.

141 Zo kan de B.T.W. op bepaalde producten worden verminderd om het gebruik ervan aan te moedigen, om zo een mentaliteitswijziging tot stand te brengen en om, ten slotte, de volksgezondheid of het leefmilieu te bevorderen. RENAULD schrijft: "Ces différents objectifs de la norme incriminée ne se situent pas tous au même degré de généralité. (...) En réalité, à la manière des tables gigognes ou encore des poupées russes, ils 's'emboîtent' l'un dans l'autre, dans la mesure où ils sont chacun le moyen d'atteindre l'objectif qui le précède directement en généralité, de façon à obtenir une chaîne d'objectif qui s'étend du plus grand niveau de généralité pour atteindre le plus grand degré de spécificité" (B. RENAULD, "Objectif du législateur et contrôle de constitutionnalité", *l.c.*, 351).

142 J. GERARDS, *Rechterlijke toetsing aan het gelijkheidsbeginsel*, 40-42.

143 Zie o.a. J. THEUNIS, *l.c.*, 137; D. VAN HEUVEN, *l.c.*, 588 en J. VELAERS, *Van Arbitragehof tot Grondwettelijk Hof*, nr. 226.

144 Arbitragehof nr. 4/96, 9 januari 1996, B.3.

145 R.v.St., *Lignon*, nr. 5.542, 8 maart 1957.

146 R.v.St., *Noppe*, nr. 8.862, 17 oktober 1961.

147 Arbitragehof nr. 22/94, 8 maart 1994, B.7.2.

van het Openbaar Ministerie en magistraten van de zetel¹⁴⁸, en het onderscheid tussen privaatrechtelijke rechtspersonen en publiekrechtelijke rechtspersonen.¹⁴⁹ De objectiviteit van het criterium impliceert dat het kenbaar is.¹⁵⁰ Een criterium dat niet objectief is komt in de rechtspraak zelden voor.¹⁵¹ De Arbeidsrechtbank van Antwerpen was van oordeel dat het koninklijk besluit dat de tussenkomst voor logopedische behandelingen afhankelijk stelt van een taal- en een intelligentietest, bij gebrek aan nadere omschrijving van deze testen, een onvoldoende objectieve norm stelt en bijgevolg strijdig is met het gelijkheidsbeginsel.¹⁵² De Afdeling Wetgeving van de Raad van State, van haar kant, bracht een negatief advies uit over een bepaling die een aantal voordelen toekende aan “wezen van Israëlieten”.¹⁵³ Volgens de Raad was het begrip “Israëliet” een zuiver subjectief criterium dat in geen enkele wetsbepaling nader werd omschreven.

2. ALGEMEEN EN ONPERSOONLIJK ONDERSCHIED

655. Om objectief te zijn moet het differentiatiecriterium algemeen en onpersoonlijk zijn. Dit impliceert dat het criterium potentieel op een onbeperkt aantal gevallen van toepassing dient te zijn.¹⁵⁴ Het betekent echter niet dat het discriminatieverbod is geschonden wanneer een algemeen criterium uiteindelijk maar één enkel rechtssubject raakt. Zo wordt in de rechtspraak algemeen aanvaard dat een gemeentelijke belasting binnen de gemeente slechts op één enkele onderneming van toepassing is.¹⁵⁵

3. WETTIG ONDERSCHIED

656. In de rechtsleer wordt er in dit verband soms op gewezen dat het differentiatiecriterium wettig moet zijn, wat onder meer inhoudt dat het niet in strijd is met een hogere grondwettelijke of internationale norm (*cf. infra* nrs. 677).¹⁵⁶ Zo was de Raad van State van mening dat de uitsluiting van een turnvereniging tot het gebruik van een gemeentelijke gymnastiekzaal, louter vanwege de politieke gezindheid van die vereniging, het discriminatieverbod schond.

Overwegende (...) dat de politiek – ook de partijpolitiek – immers een menselijke activiteit is waarvan de toelaatbaarheid zeker niet door een politieke overheid in twijfel

148 Arbitragehof nr. 76/92, 18 november 1992, B.3.

149 Arbitragehof nr. 17/96, 5 maart 1996, B.3.

150 D. VAN HEUVEN, *l.c.*, 588.

151 J. THEUNIS, *l.c.*, 138 en D. VANHEULE, *o.c.*, 401.

152 Arbrb. Antwerpen 5 november 1993, *Soc. Kron.* 1995, 487, aangehaald in J. THEUNIS, *l.c.*, 138.

153 R.v.St., Afd. Wetgeving, advies van 19 juli 1957, *Parl. St.* Kamer 1957-58, nr. 808/1, aangehaald in J. VELAERS, *De Grondwet en de Raad van State, afdeling wetgeving*, 86.

154 J. VELAERS, *Van Arbitragehof tot Grondwettelijk Hof*, nr. 225.

155 Vaste rechtspraak van het Hof van Cassatie en de Raad van State. Zie o.a. Cass. 17 oktober 1939, *Pas.* 139, I, 424; Cass. 17 oktober 1939, *Pas.* 139, I, 425; Cass. 6 februari 1987, *A.F.T.* 1987, 232 en R.v.St., *Brouwerij Wielemans-Ceuppens*, nr. 181, 9 december 1949. Lees in dit verband o.a. L. INGBER, “À propos de l'égalité dans la jurisprudence belge”, in *L'Égalité*, I, Brussel, Bruylant, 1971, 12-13.

156 Zie o.a. D. VAN HEUVEN, *l.c.*, 589-590 en J. VELAERS, *Van Arbitragehof tot Grondwettelijk Hof*, nrs. 229-245.

kan worden getrokken – althans niet zonder huichelarij – zodat politieke bedrijvigheid, louter en als zodanig, niet als een grondwettig aanvaardbaar criterium van onderscheid door een gemeenteoverheid kan worden gehanteerd om aan een vereniging, die politieke actie voert, enkel op grond daarvan het gebruik van een aan de gemeente toebehorend lokaal te ontzeggen, terwijl dat gebruik geregeld aan allerlei andere soorten verenigingen wordt toegestaan.¹⁵⁷

4. KWANTITATIEF ONDERSCHIED

657. Overeenkomstig de rechtspraak van het Arbitragehof belet de voorwaarde van een objectief onderscheid niet dat de wetgever “de verscheidenheid van toestanden opvangt in categorieën die met de werkelijkheid slechts overeenstemmen op benaderende wijze”. Dit principe is vooral van belang bij het maken van een kwantitatief onderscheid, zoals het vastleggen van verschillende weddeschalen, belastingtarieven, bijdragen voor de sociale zekerheid enz. Hierbij dient immers steeds een keuze te worden gemaakt – een lijn te worden getrokken – die, zoals MEERSSCHAUT opmerkt, altijd tot op zekere hoogte discretionair is.¹⁵⁸ Het is daarenboven om praktische en financiële redenen niet altijd mogelijk om rekening te houden met de grote verscheidenheid aan individuele situaties.

Tenslotte mag niet uit het oog worden verloren dat wanneer de wetgever weddeschalen vaststelt, hij de verscheidenheid van toestanden noodzakelijkerwijze dient op te vangen in categorieën die met de werkelijkheid slechts overeenstemmen op benaderende wijze.¹⁵⁹

C. Pertinentietoets

658. Om verantwoord te zijn dient het onderscheid niet alleen betrekking te hebben op vooraf en objectief vastgestelde categorieën, maar dient het tevens pertinent te zijn.¹⁶⁰ Het betreft hier een (eerste) element van de relatie tussen doel en middel: het gehanteerde middel (de differentiatie of het differentiatiecriterium) dient in “redelijk verband” te staan met het nagestreefde doel.¹⁶¹

1. DOELTREFFEND ONDERSCHIED

659. Met de pertinentietoets wordt in de eerste plaats nagegaan of het middel toelaat om het doel ervan te bereiken. Indien dit het geval is, spreekt men van een effectief of doeltreffend onderscheid.

¹⁵⁷ R.v.St., *Van Craen*, nr. 16.943, 25 maart 1975.

¹⁵⁸ F. MEERSSCHAUT, *l.c.*, 954.

¹⁵⁹ Arbitragehof nr. 3/93, 21 januari 1993, 4.B.9. Zie ook *infra* nr. 725.

¹⁶⁰ MAST geeft het voorbeeld van een gemeenteraadsbesluit dat al de inwoners van de gemeente van wie de naam met een bepaalde letter van het alfabet begint aan een belasting onderwerpt. Hoewel het hier om een objectief criterium gaat, is er duidelijk sprake van een schending van het gelijkheidsbeginsel. A. MAST, *Overzicht van Belgisch grondwettelijk recht*, 502.

¹⁶¹ De pertinentietoets kan bijgevolg ook als een onderdeel van de proportionaliteitstoets in de ruime zin worden beschouwd.

Overwegende dat het niet volstaat dat het gehanteerde criterium objectief weze; dat dit criterium bovendien pertinent moet zijn, d.w.z. dat het moet toelaten binnen de voor ogen hebbende doelstelling een gelijke behandeling van de betrokken rechtsonderhorigen te bereiken.¹⁶²

660. Deze stap in het toetsingsproces impliceert, aldus RIMANQUE, een prognose omtrent de intrinsieke functionaliteit van het onderscheid in de verhouding tussen doel en middel.¹⁶³ De auteur wijst erop dat deze functionaliteit niet hoeft te worden bewezen, maar dat redelijke verwachtingen volstaan.¹⁶⁴ Ook volgens VANHEULE moet niet de werkelijke, maar veeleer de potentiële efficiëntie van een maatregel worden aangetoond.¹⁶⁵ Hij verwijst in dit verband naar de overweging van het Arbitragehof in verband met de gevolgen van het verbod op tabaksreclame:

Zonder dat het noodzakelijk is uitspraak te doen over het – tijdens de parlementaire voorbereiding uitvoerig besproken – werkelijke gevolg van de bestreden verbodsbepalingen op het verbruik van tabaksproducten, volstaat de vaststelling dat niet redelijkerwijze kan worden betwist dat die verbodsbepalingen van die aard zijn dat zij bijdragen tot een vermindering of op zijn minst tot de stabilisatie van het aantal rokers, vooral bij de jongeren (...).¹⁶⁶

661. De gevallen uit de rechtspraak waarin aandacht wordt besteed aan de doeltreffendheid van een ongelijke behandeling zijn bijzonder talrijk. Een mooie toepassing van dit vereiste in de rechtspraak van het Arbitragehof, is het arrest over de verplichte voorafgaande toestemming van de moeder bij de erkenning van een minderjarig kind door de vader. Naar oordeel van het Hof droeg deze maatregel niet bij tot de doelstelling van de wet.

De eerste doelstelling – het vermijden van erkenningen die louter door welwillendheid tegenover de moeder zijn ingegeven – kan niet worden bereikt door de bepaling die de erkenning door de vader afhankelijk stelt van de toestemming van de moeder. In dat opzicht heeft het immers geen nut de toestemming van de moeder te eisen wanneer niet wordt betwist dat de man die het kind wenst te erkennen, de werkelijke vader is. Voor het overige zou de toestemming van de moeder een erkenning uit welwillendheid niet beletten, wanneer die toestemming zou worden gegeven ondanks het feit dat de man die het kind wenst te erkennen, niet de echte vader is.¹⁶⁷

162 R.v.St., *N.V. Dirk*, nr. 38.439, 9 januari 1992.

163 K. RIMANQUE, “De paradoxale werking van het gelijkheidsbeginsel”, *l.c.*, 12.

164 Zeker wat betreft regelgeving die verband houdt met economische of andere complexe beleids-terreinen (waarbij het effect van een maatregel afhankelijk is van een groot aantal factoren), kan de effectiviteit van het onderscheid nauwelijks door de rechter worden beoordeeld. Deze zal dan immers niet over voldoende informatie en kennis beschikken om terdege te kunnen oordelen. Zie ook J. GERARDS, *Rechterlijke toetsing aan het gelijkheidsbeginsel*, 51.

165 D. VANHEULE, *o.c.*, 406.

166 Arbitragehof nr. 102/99, 30 september 1999, B.13.2.

167 Arbitragehof nr. 39/90, 18 december 1990, B.4.3.1.

2. PASSEND ONDERSCHIED

662. In het begrippenkader werd aangegeven dat bij de pertinentietoets naast de doeltreffendheid ook wordt onderzocht of het criterium van onderscheid passend is (cf. *supra* nr. 26). Dit betekent ten eerste dat de vaststelling van de groep van personen die zwaardere lasten moet dragen of meer voordelen geniet dan andere categorieën, moet gebeuren aan de hand van een criterium dat voor de doelstelling van dat onderscheid relevant is.¹⁶⁸ Een bekende illustratie van dit vereiste uit de rechtspraak van de Raad van State is het arrest waarin werd beslist dat de nabijheid van de openbare weg geen passend criterium is voor het al dan niet heffen van een gemeentebelasting op verzamelplaatsen van tweedehandswagens.¹⁶⁹ Volgens de Raad bestond er geen “kennelijk verband” tussen enerzijds de aard en het oogmerk van de belasting – het financieren van de algemene uitgaven – en anderzijds de afstand tot de openbare weg.¹⁷⁰

Overwegende dat (...) wanneer het al dan niet verschuldigd zijn van een gemeente-belasting door de desbetreffende verordening afhankelijk is gesteld van een voorwaarde die niet in kennelijk verband staat met de aard van de belasting noch met het doel van de belastingsheffing, het aldus gemaakte onderscheid als willekeurig moet worden beschouwd; dat de belasting, door het bestreden besluit ingevoerd, geheven wordt wegens de exploitatie van een bepaalde soort van handelsbedrijven en dat de tegenpartij niet aantoonde dat zij daarmee een ander geoorloofd oogmerk nastreeft dan de verhoging van de ontvangsten die de algemene uitgaven der gemeente moeten dekken; dat er geen kennelijk verband is, tussen enerzijds de aard van die belasting en het oogmerk dat de heffing ervan moet worden geacht te dienen, en anderzijds, de ligging van de exploitatiezetel van de belaste bedrijven op minder dan wel op meer dan honderd meter van de openbare weg.¹⁷¹

663. Ook het Hof van Cassatie is van oordeel dat er een redelijk verband moet bestaan tussen het criterium van onderscheid en het doel van een belasting. Zo oordeelde het Hof dat het al dan niet bezitten van rechtspersoonlijkheid geen relevant criterium was voor het heffen van een provinciale belasting op economische entiteiten.

Terwijl (...) het criterium van de rechtspersoonlijkheid geen enkel verband houdt noch met het doel van de belasting, noch met de aard ervan, noch op enige andere wijze het onderscheid kan rechtvaardigen dat door het provinciaal belastingsreglement wordt

¹⁶⁸ D. VANHEULE, *o.c.*, 410.

¹⁶⁹ Voor andere voorbeelden uit de rechtspraak van de Raad van State zie o.a. P. MARTENS, *l.c.*, 135-197.

¹⁷⁰ BEGUELIN wijst er op dat indien de belasting urbanistische doelstellingen had nagestreefd, het criterium wel verantwoord was geweest. M. BEGUELIN, “Réflexions sur l'égalité devant la loi. A propos d'une divergence entre la jurisprudence de la Cour de Cassation et celle du Conseil d'état”, in *L'Égalité*, IV, 1975, 100-101. Het Hof van Cassatie beoordeelde dezelfde situatie anders. Zie Cass. 29 oktober 1968, *Arr. Cass.* 1969, 235 en Cass. 18 februari 1969, *Arr. Cass.* 1969, 577. Het onderscheid tussen de rechtspraak van het Hof van Cassatie en de Raad van State kan worden verklaard door de (toenmalige) afwezigheid van het pertinentiecriterium in de toets van het Hof van Cassatie. Zie hierover J. DE JONGHE en F. REYNTJENS, *l.c.*, 2116.

¹⁷¹ R.v.St., *Lemmens*, nr. 10.675, 9 juni 1964.

gemaakt door enkel de economische entiteiten te belasten die de rechtspersoonlijkheid bezitten, waardoor een ongelijkheid wordt geschapen met en een voorrecht wordt verleend aan de economische entiteiten zonder rechtspersoonlijkheid, alhoewel deze laatste zich identiek met dezelfde exploitatie of winstgevende handelingen bezig houden (...).¹⁷²

664. Passend betekent ten tweede dat het differentiatie criterium voldoende nauwkeurig afgemeten is (cf. *supra* nr. 26). De gekozen classificatie mag niet te ruim (*overinclusief*) of te eng (*onderinclusief*) zijn gedefinieerd in het licht van het doel van de maatregel. De rechtspraak van het Arbitragehof bevat verschillende toepassingsgevallen van dit criterium.¹⁷³ Een illustratie is het arrest nr. 34/91.¹⁷⁴ De aangevochten bepaling in deze zaak had tot doel te verhinderen dat niet-verblijfhoudende gepensioneerden nog langer fiscale voordelen zouden cumuleren, waarop zij zowel in België als in het buitenland recht hebben. De categorie van niet-verblijfhouders die in België geen tehuis behield, verloor deze voordelen. Het Hof stelde een schending van het discriminatieverbod vast omdat de classificatie te ruim was: in de praktijk bleek dat door de maatregel ook personen werden getroffen die zich niet in de cumulsituatie bevonden.

Het aldus gemaakte onderscheid tussen twee categorieën van niet-verblijfhouders berust op een objectief criterium en lijkt niet los te staan van het streefdoel. Toch is dat onderscheid niet in redelijkheid verantwoord wanneer daardoor een objectief bepaalde categorie van belastingplichtigen wordt geraakt die zich niet in de cumulsituatie kan bevinden die de Belgische wetgever heeft willen voorkomen, en het ertoe leidt dat van hen een belasting wordt geheven die hun draagkracht te boven gaat.¹⁷⁵

665. Een voorbeeld van een norm die volgens het Arbitragehof te eng was bemeten is de oorspronkelijk limitatieve opsomming van discriminatiegronden in de Antidiscriminatiewet. Na te hebben vastgesteld dat de algemene doelstelling van voornoemde wet de bestrijding van *elke* vorm van discriminatie is, oordeelde het Hof dat het niet “pertinent [is] bepaalde discriminatiegronden uit het toepassingsgebied van de wet uit te sluiten”.¹⁷⁶ Zoals VELAERS in een bespreking bij dit arrest schrijft, vereist het discriminatieverbod dat de wetgever coherent is; hij dient het gestelde doel consequent na te streven.¹⁷⁷

172 Cass. 5 oktober 1990, *R.W.* 1990-91, 328, concl. G. D’HOORE.

173 Zie D. VANHEULE, *o.c.*, 416 e.v.

174 Arbitragehof nr. 34/91, 21 november 1991.

175 Arbitragehof nr. 34/91, 21 november 1991, 2.B.5.

176 Arbitragehof nr. 157/2004, 6 oktober 2004, B.13.

177 J. VELAERS, “Het Arbitragehof en de antidiscriminatiewet”, *T.B.P.* 2004, nr. 602, nr. 5.

D. Proportionaliteitstoets

1. ALGEMEEN

666. De laatste fase van het toetsingsproces is de evenredigheids- of proportionaliteitstoets: er dient een evenwichtige verhouding te bestaan tussen het aangewende middel – *in casu* de ongelijke behandeling – en het beoogde doel. Zoals VELAERS opmerkt, geldt ook voor het grondwettelijk gelijkheidsbeginsel dat “het doel de middelen niet heiligt”.¹⁷⁸ De rechter zal een afweging maken tussen, enerzijds, de persoonlijke belangen aantasting die het gevolg is van de ongelijke behandeling en, anderzijds, het publiek belang van het nagestreefde doel. De intensiteit of strengheid waarmee deze afweging gebeurt kan variëren.

2. MARGINALE TOETSING

667. Bij de belangenafweging tussen doel en middel wordt de grens tussen opportuniteits- en wettigheidscontrole bijzonder vaag. De meeste auteurs dringen er dan ook op aan dat de rechter zich in deze fase terughoudend opstelt.¹⁷⁹ De rechter mag in beginsel slechts marginaal toetsten; dit wil zeggen dat hij dient na te gaan of de belangenafweging niet “kennelijk” onredelijk is. Dit blijkt ook uit de rechtspraak die stelt dat het discriminatieverbod is geschonden wanneer er geen “redelijk” verband van evenredigheid bestaat tussen de aangewende middelen en het beoogde doel. De differentiërende maatregel moet “redelijkerwijze” evenredig zijn met het door de wetgever nagestreefde doel.¹⁸⁰

Het kan worden aanvaard dat het door de bestreden bepaling gemaakte onderscheid zijn verantwoording vindt in het nagestreefde doel – de beveiliging van een hoger belang –, in zoverre althans de genomen maatregelen redelijkerwijze kunnen worden aangezien als niet onevenredig met het door de wetgever nagestreefde doel.¹⁸¹

668. Het komt de rechter niet toe om een opportuniteitsoordeel te vellen. Vandaar ook dat de rechter in beginsel niet zal nagaan of het doel van een maatregel niet op een andere wijze zou kunnen worden bereikt.

Het komt het Hof niet toe te oordelen of een door de wet voorgeschreven maatregel opportuun of wenselijk is. Het staat aan de wetgever de maatregelen vast te stellen die nodig zijn om het beoogde doel te bereiken. (...) Het komt het Hof niet toe (...) na te gaan of het door de bevoegde wetgever nagestreefde doel ook nog door andere wettelijke maatregelen zou kunnen worden bereikt.¹⁸²

178 J. VELAERS, *Van Arbitragehof tot Grondwettelijk Hof*, nr. 216.

179 Zie o.a. K. RIMANQUE, “De paradoxale werking van het gelijkheidsbeginsel”, *l.c.*, 13; L. P. SEUTENS, “Gelijkheid en non-discriminatie in de rechtspraak van het Arbitragehof”, in A. ALEN en P. LEMMENS (eds.), *Gelijkheid en non-discriminatie*, Antwerpen, Kluwer, 1991, 108 en J. VELAERS, *Van Arbitragehof tot Grondwettelijk Hof*, nrs. 219 en 223.

180 Arbitragehof nr. 23/89, 13 oktober 1989, B.2.14.

181 Arbitragehof nr. 18/90, 23 mei 1990, B.9.2.

182 Arbitragehof nr. 23/89, 13 oktober 1989, B.2.7.

3. STRENGE TOETSING BIJ INMENGING GRONDRECHTEN EN BASISBEGINSELEN

669. Dit standpunt moet worden genuanceerd wanneer de bestreden maatregel een inmenging vormt in het genot van een grondrecht of een fundamenteel beginsel van de Belgische rechtsorde.¹⁸³ In dat geval zal de proportionaliteitstoets strenger zijn. Het is dan niet voldoende dat er een “redelijk” verband bestaat tussen doel en middel; vereist is dat het onderscheid “noodzakelijk” is om het gestelde doel te bereiken.¹⁸⁴

De naleving van het grondwettelijk gelijkheids- en niet-discriminatiebeginsel vergt dat de beperkingen die aan een categorie van personen worden opgelegd niet verder reiken dan noodzakelijk is om het beoogde doel te bereiken. De evenredigheidstoetsing moet bijzonder stringent zijn wanneer een grondrecht wordt aangetast.¹⁸⁵

670. Volgens verschillende auteurs impliceert de strengere proportionaliteitstoetsing bij grondrechten dat de rechter kan nagaan of het nagestreefde doel niet met andere, minder vrijheidsbeperkende middelen kan worden bereikt.¹⁸⁶ Wanneer dit laatste het geval is beantwoordt het onderscheid immers niet aan de “dwingende maatschappelijke noodzaak” die nodig is om de beperking van een grondrecht te verantwoorden.¹⁸⁷ In de praktijk blijkt echter dat het Arbitragehof niet steeds geneigd is om te onderzoeken of minder belastende middelen voorhanden waren.¹⁸⁸

671. In deel I is gebleken dat het Europees Hof voor de Rechten van de Mens een intensievere toetsing doorvoert wanneer het vaststelt dat een onderscheid is gemaakt op grond van bepaalde, door het Hof als “verdacht” gekwalificeerde gronden (*cf. supra* nrs. 60 e.v.). In de rechtspraak over de artikelen 10 en 11 van de Grondwet zijn geen voorbeelden teruggevonden waarin strengere eisen worden gesteld voor de verantwoording van het gebruik van bepaalde differentiatiecriteria. Het Arbitragehof werkt niet met “suspect classifications” die een bijzondere rechtvaardiging behoeven.¹⁸⁹

672. Schendingen van het evenredigheidsvereiste komen in de rechtspraak veelvuldig voor. Zo overwoog het Arbitragehof al in de zaak *Biorim* dat de verplichting dat de verstrekkers van klinische biologie vennoot moeten zijn van de vennootschap die hun laboratorium uitbaat, de vrijheid van vereniging “al te zeer” aantast en bijgevolg onevenredig is ten aanzien van het beoogde doel, met name het drukken

183 Zie uitgebreid D. VANHEULE, *o.c.*, 430 e.v.

184 Dezelfde formulering wordt gehanteerd in de rechtspraak inzake art. 14 E.V.R.M. *Cf.* deel I, nr. 56.

185 Arbitragehof nr. 74/92, 18 november 1992, B.3.6.

186 Zie o.a. J.-C. SCHOLSEM, *l.c.*, 778; D. VANHEULE, *o.c.*, 431 en J. VELAERS, *Van Arbitragehof tot Grondwettelijk Hof*, nr. 217.

187 J. VELAERS, *Van Arbitragehof tot Grondwettelijk Hof*, nr. 217.

188 Zie C.I.R.C., “La Cour d’arbitrage et Saint-Polycarpe: un brevet de constitutionnalité mal motivé”, *J.T.* 2003, 530-531.

189 Zie ook B. RENAULD, “Revenu garanti aux personnes âgées et égalité des femmes et des hommes”, (noot onder Arbitragehof nr. 9/94, 27 januari 1994), *J.L.M.B.* 1994, 1385.

van de uitgaven in de klinische biologie.¹⁹⁰ Een traditioneel voorbeeld uit de rechtspraak van de Raad van State is het arrest dat bepaalt dat het voorbehouden van de betrekking van klerk aan zij die voldoen aan de lichaamsvereisten voor de legerdienst, een disproportionele voorwaarde is.¹⁹¹ Het beoogde doel kon, aldus de Raad, ook worden bereikt door het voorafgaand geneeskundig onderzoek.

Afdeling 5. Open/gesloten systeem

§ 1. Algemeen

673. In het begrippenkader is aangegeven dat het discriminatieverbod een open of een gesloten structuur kan hebben. Een open systeem laat het oordeel over de rechtvaardigheid van een ongelijke behandeling over aan de rechter. Binnen een gesloten systeem is een (direct) onderscheid op basis van een van de genoemde discriminatiegronden steeds verboden, tenzij in de regelgeving in een expliciete uitzondering is voorzien. De normsteller geeft dus zelf aan welke onderscheiden ontoelaatbaar zijn en welke niet.

674. De Belgische Grondwet kent in beginsel een open systeem. Aangezien de artikelen 10 en 11 van de Grondwet – op geslacht en ideologische en filosofische gezindheid na – zelfs geen discriminatiegronden noemen, kan er van *a priori* ontoelaatbare differentiatiecriteria geen sprake zijn. Ondanks deze vaststelling is in de rechtsleer wel eens gepleit voor een volledig gesloten systeem met betrekking tot bepaalde discriminatiegronden. Volgens een aantal auteurs zijn de gronden ras, huidskleur en geboorte nooit aanvaardbare differentiatiecriteria.¹⁹² Deze zienswijze werd tot uitdrukking gebracht door Advocaat-generaal DUMONT in zijn conclusie bij het arrest van het Hof van Cassatie van 14 januari 1976.

Kortom: onderscheidingen zijn principieel door de Grondwet niet verboden ... maar zij mogen niet op bepaalde criteria steunen: stand, kunne, ras, kleur, taal, godsdienst, politieke overtuiging. (...) Er wordt soms voorgesteld te beslissen, dat een onderscheid ongrondwettelijk is wanneer het ofwel “niet op objectieve maatstaven steunt” ofwel zonder verband is “met het doel of de aard van de wetgeving (of van de belasting)”. Enerzijds echter zijn geslacht, ras, kleur, godsdienst ... “objectieve maatstaven” maar een hierop steunend onderscheid is niettemin ongeoorloofd. Anderzijds kunnen “de aard en het doel van de wetgeving” geëerbiedigd worden ... terwijl niettemin de regels van de meervermelde artikelen 6bis en 14 worden geschonden.¹⁹³

675. LEROY heeft hier tegen in gebracht dat de invoering van een absoluut verbod van onderscheid op één van deze gronden niets toevoegt aan het bestaande toet-

190 Arbitragehof nr. 23/89, 13 oktober 1989, B.2.9.

191 R.v.St., *Elsen*, nr. 8180, 27 oktober 1960.

192 MAST schrijft: “Op het ras gegronde differentiaties heeft het Belgisch recht nooit gekend en wij mogen het als een eer aanrekenen”. A. MAST, “Het gelijkheidsbeginsel”, *l.c.*, 134. Zie ook M. BEGUELIN, *l.c.*, 94; J. VELAERS, *Van Arbitragehof tot Grondwettelijk Hof*, nr. 237 en VAN HEUVEN, *l.c.*, 589-590.

193 Cass. 14 januari 1976, *Arr. Cass.* 1976, 556-557, Concl. F. DUMON.

singskader.¹⁹⁴ Daarenboven, zo argumenteert de auteur, zijn voor alle verdachte gronden, met inbegrip van ras en geslacht, situaties denkbaar waarin een ongelijke behandeling is verantwoord.

676. In de rechtspraak van het Arbitragehof en de Raad van State werden tot dus ver geen absoluut verboden discriminatiegronden vastgesteld (zelfs geen *a priori* verdachte gronden, *cf. supra* nr. 671). Wanneer het Arbitragehof een ongelijke behandeling op basis van een delicaat criterium onderzoekt, zal het, alvorens tot discriminatie te besluiten, steeds hetzij de pertinentie van het onderscheid hetzij de evenredigheid van de maatregel beoordelen.¹⁹⁵

677. De Belgische rechter dient er rekening mee te houden dat bepalingen van internationaal of Europees recht een absoluut verbod kunnen inhouden om bepaalde gronden in aanmerking te nemen voor een ongelijke behandeling. Voorzover het gaat om een ongelijke behandeling op grond van één van deze criteria en zij betrekking heeft op de werkingssfeer van de betrokken internationale bepaling, zal ook naar Belgisch recht een verantwoording niet langer mogelijk zijn. In het hoger geciteerde arrest van het Hof van Cassatie van 1976 besliste het Hof in dit verband dat geen onderscheid tussen individuen mag worden gemaakt *dat door een andere grondwettelijke of een internationale regel verboden is*.¹⁹⁶

§ 2. Geslacht

678. De specifieke verwijzing naar de gelijkheid van de geslachten in artikel 10 lid 3 van de Grondwet doet geen afbreuk aan het principe van het open systeem. Algemeen wordt immers aangenomen dat artikel 10 lid 3 een loutere bevestiging is van het al voordien in de Grondwet vervatte verbod op geslachtsdiscriminatie.¹⁹⁷ Het toekennen van een ruimere draadwijdte aan deze bepaling, die zich bijvoorbeeld zou kunnen vertalen in een striktere juridische toetsing van een onderscheid op grond van het geslacht, is volgens de rechtsleer juridisch onaanvaardbaar.¹⁹⁸ Reeds in zijn advies in de Senaat sloot VERDUSSEN een strengere toetsing nadrukkelijk uit: “Het lijkt ons weinig waarschijnlijk dat de ontworpen bepaling in haar huidige redactie, met name door het Arbitragehof, zo geïnterpreteerd kan worden dat ze impliciet een dergelijke boodschap in zich houdt. Hoewel men inderdaad kan toegeven dat een aantal criteria van onderscheid *a priori* meer aandacht verdienen (het geslacht, het ras, de godsdienst, een handicap, een ziekte enz.), kan men zich immers afvragen op grond waarvan het criterium van het geslacht een bijzonder bevoor-

194 M. LEROY, “Sur la frontière entre distinction admissible et discrimination prohibée”, in *Mélanges R. Vander Elst*, Brussel, Nemesis, 1986, 557-59. Voor een kritiek op de conclusie van DUMONT, zie ook J. DE JONGHE en F. REYNTJENS, *l.c.*, 2119.

195 F. MEERSSCHAUT, *l.c.*, 934.

196 Cass. 14 januari 1976, *Arr. Cass.* 1976, 556-557, Concl. F. DUMONT. In dezelfde zin o.a. Cass. 10 oktober 1977, *Arr. Cass.* 1978, 183; Cass. 18 september 1981, *Arr. Cass.* 1981-82, 103.

197 Zie o.a. G. GOEDERTIER, “De gelijkheid van vrouwen en mannen in de Grondwet”, *l.c.*, 24 en S. VAN DROOGHENBROECK en I. HACHEZ, *l.c.*, 155.

198 S. VAN DROOGHENBROECK en I. HACHEZ, *l.c.*, 156.

rechte plaats zou krijgen ten opzichte van al deze dominante criteria. De omstandigheid dat vrouwen en mannen een fundamenteel deel vormen van de mensheid – een onbetwiste waarheid waarop we later terugkomen – is volgens ons hier geen relevant gegeven. Wanneer het de bedoeling is na te gaan of de overheid zich al dan niet aan discriminatie schuldig heeft gemaakt, is het immers geenszins gerechtvaardigd dat de rechters toegieflijker zouden optreden voor een onderscheid gegrond op het ras bijvoorbeeld dan voor een onderscheid gegrond op het geslacht”.¹⁹⁹ VAN DROOGHENBROECK en HACHEZ hebben er in dit verband aan herinnerd dat in de rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens geen hiërarchie bestaat tussen de verschillende discriminatiegronden van artikel 14 E.V.R.M.²⁰⁰

679. Uit de rechtspraak blijkt dat met het criterium geslacht in sommige gevallen wel en in andere gevallen geen rekening mag worden gehouden. Ter illustratie kan worden verwezen naar de rechtspraak van de Raad van State.²⁰¹

Overwegende dat de gelijkheid van de geslachten reeds door artikel 6 van de Grondwet wordt gewaarborgd; dat dit gelijkheidsvoorschrift er zich echter niet tegen verzet dat de geslachten verschillend worden behandeld mits met het gemaakte onderscheid een rechtsgeldig doel wordt nagestreefd en mits dat onderscheid berust op een in redelijkheid aanvaardbaar motief.²⁰²

680. Een interessant toepassingsgeval is het arrest waarin de Raad van State aanvaardt dat een onderscheid bij de aanwerving voor de functie van turnleraar of turnlerares, al naar gelang het mannelijk of vrouwelijk geslacht van de scholieren, is toegestaan.

Overwegende (...) dat uit de Wet van 19 maart 1964 die het Verdrag van 31 maart 1953 op de politieke rechten van de vrouw goedkeurt, evenwel blijkt dat het geslacht bij het vaststellen van de gedragsverplichtingen geen absoluut verboden criterium van onderscheid is; dat in toestanden waarin de fysieke constitutie van de man of de vrouw als zodanig in redelijkheid geacht kan worden in het algemeen een ongeschiktheid voor taken mede te brengen of een kennelijk gevaar voor de fysieke of morele gaafheid te doen ontstaan, taken bij voorkeur of uitsluitend aan mannen of vrouwen kunnen worden toegewezen, of algemene beschermingsmaatregelen ten voordele van de bedreigde groep kunnen worden genomen; dat in verband met de situatie van de vrouw onder meer in aanmerking worden genomen haar gemiddelde minder fysieke kracht, de bedreiging voor haar fysieke seksuele gaafheid – in het bijzonder dan die van de onvolwassene – haar bijzondere kwetsbaarheid als draagster van nieuw leven; dat

199 *Parl. St.* Senaat 2000-01, nr. 2-465/4, 55.

200 S. VAN DROOGHENBROECK en I. HACHEZ, *l.c.*, 156.

201 Bv. R.v.St., *P.V.B.A. Debeffe*, nr. 18.368, 30 juni 1977 (belasting op vrouwelijke barbedienden); R.v.St., *Storms*, nr. 20514, 22 juli 1980 (onderscheid bij aanstelling als turnleerkraft); R.v.St., *P.V.B.A. Debeffe*, nr. 20.963, 19 februari 1981 (belasting op vrouwelijke barbedienden); R.v.St., *Van de Velde*, nr. 22316, 8 juni 1982 (onderscheid bij aanstelling als turnleerkraft); R.v.St., *Brosens en De Loof*, nr. 28.888-9, 24 november 1987 (onderscheid bij aanstelling als studiemeester-opvoeder). Voor verwijzingen naar vroegere rechtspraak en bedenkingen bij de visie dat een ongelijke behandeling van de geslachten niet *per se* ongrondwettig is, zie P. HUMBLET, “Discriminatie bij aanwerving van overheidspersoneel”, *R.W.* 1988-89, 209-216.

202 R.v.St., *Brosens en De Loof*, nrs. 28.888 en 28.889, 24 november 1987.

derhalve nog steeds kan worden gesteld dat de eigen fysieke constitutie van de vrouw een criterium van onderscheid mag zijn, indien die fysieke constitutie in redelijkheid geacht moet worden een wezenlijk element te zijn bij de belangenafweging die iedere normering onderstelt, hetzij het gaat om het belang van de vrouw, hetzij het gaat om het belang van een adequate vervulling van taken; dat wat geldt voor vrouwen uiteraard, in andere situaties, evenzeer kan gelden voor mannen en het derhalve constitutioneel mogelijk is regelingen vast te stellen waarin met aan de fysieke constitutie van de man verbonden kenmerken rekening wordt gehouden.

Overwegende (...) dat uiteraard als vast gegeven mag worden beschouwd dat jongens en meisjes in de periode van 12 tot 18 jaar een seksueel rijpingsproces doormaken waardoor de eigen fysieke kenmerken van ieder geslacht en de daarmee verbonden psychische instelling, tot volle ontwikkeling komen, overigens volgens een andere tempo; dat, daarvan uitgaande, redelijkerwijze moet worden besloten dat lichamelijke opvoeding (...) het best afzonderlijk gebeurt (...).

Overwegende dat de wettigheid van de regeling volgens welke de lessen lichamelijke opvoeding gescheiden moeten worden gegeven, de wettigheid tot gevolg heeft van de regeling volgens welke leraars bij voorkeur moeten zorgen voor de jongens en leraressen moeten zorgen voor de meisjes; dat die regeling immers ook uit de natuur van de zaak voortvloeit; dat beide groepen leerkrachten, ieder voor hun leerlingen, het best vanuit hun eigen fysieke ervaring begrip zullen hebben voor de fysieke mogelijkheden van hun leerlingen (...).

Overwegende (...) dat die oplossing misschien niet beantwoordt aan het beeld van wat sommigen als het ideaal in de verhouding tussen mensen, ook jonge mensen van verschillend geslacht zien, maar ook voor die aanvaardbaar is als een minder goede maar niet *per se* slechte oplossing, die misschien pedagogisch voor kritiek vatbaar is, maar niet *per se* misvormend voor de persoonlijkheid van jeugdigen en niet *per se* moreel verwerpelijk (...).²⁰³

Afdeling 6. Positieve actie

§ 1. Algemeen

681. Ook in België is gediscussieerd over de aanvaardbaarheid van positieve actie. De essentie van positieve actie is dat bewust een juridische ongelijkheid in het leven wordt geroepen met als doel meer feitelijke gelijkheid te creëren ten gunste van bepaalde (achtergestelde) groepen in de samenleving (*cf. supra* nr. 12). Tal van federale en deelstatelijke wetgeving bevat maatregelen die als positieve actie kunnen worden gekwalificeerd. Er zijn zelfs enkele wetten van kracht die quota instellen, bijvoorbeeld ter bevordering van de politieke of maatschappelijke participatie van bepaalde bevolkingsgroepen.²⁰⁴

203 R.v.St., *Storms*, nr. 20514, 22 juli 1980.

204 Voor een overzicht zie J. THEUNIS, *l.c.*, 167-170.

§ 2. *Rechtspraak Arbitragehof*

682. Het Arbitragehof heeft in verschillende arresten de gelegenheid te baat genomen om de grenzen af te bakenen waarbinnen het positieve actie toelaatbaar acht. We bespreken achtereenvolgens het arrest van 15 juli 1993 inzake artikel 20 van de Cultuurpactwet en het arrest van 27 januari 1994 inzake het gewaarborgd inkomen voor bejaarden.

A. Arrest nr. 65/93

683. In een arrest van 15 juli 1993 beoordeelde het Arbitragehof artikel 20 van de Cultuurpactwet.²⁰⁵ Dit artikel institutionaliseerde de praktijk van politieke benoemingen in de culturele sector. Het vereiste dat de aanwerving, benoeming en bevordering van personeel met culturele functies zou gebeuren, enerzijds, “zonder ideologische en filosofische discriminaties”, maar, anderzijds, “rekening houdend met de noodzaak van een evenwichtige verdeling van de ambten, bevoegdheden en dienst-aanwijzingen tussen de verschillende representatieve strekkingen, alsmede met een minimum aanwezigheid voor elk van de strekkingen”. De onderliggende idee van deze en andere bepalingen uit de Cultuurpactwet was dat “individuele” gelijkheid soms moet wijken voor de bescherming van de “collectieve” gelijkheid van ideologische en filosofische groepen.²⁰⁶ In verschillende arresten had de Raad van State geoordeeld dat deze benadering niet strijdig is met het individuele gelijkheidsbeginsel inzake de gelijke toegang tot de openbare betrekkingen.²⁰⁷

684. Het Arbitragehof heeft de zienswijze van de Raad van State verworpen. Het stelde vast dat artikel 20 niet anders kon worden gelezen dan dat het gelijkheidsbeginsel ondergeschikt wordt gemaakt aan het principe van de evenredige vertegenwoordiging: “Door, na het gelijkheidsbeginsel in herinnering te hebben gebracht, eraan toe te voegen dat over een bepaalde verdeling dient te worden gewaakt, geeft de wet niet aan dat die laatste vereiste ondergeschikt is aan de naleving van het grondbeginsel”.²⁰⁸ Naar mening van het Hof leidde deze bepaling er dan ook toe dat ambtenaren, ondanks hun verdiensten, wegens hun ideologische of filosofische overtuiging konden worden achtergesteld. Bovendien hield artikel 20 het risico in

205 Arbitragehof nr. 65/93, 15 juli 1993. Zie over dit arrest o.a. P. BERCKX, “Art. 20 van de Cultuurpactwet van 16 juli 1973 schendt het grondwettelijk gelijkheidsbeginsel”, *T.B.P.* 1993, 762-772; C. CARETTE, “Het Cultuurpact en pluralisme volgens het Arbitragehof”, *I.c.*, 29-67; J. DE GROOF, “Welk gelijkheidsbeginsel is de moeder van het pluralisme?”, *I.c.*, 63-91; H. DUMONT en X. DELGRANGE, “La loi du pacte culturel et la directive de l'équilibre idéologique et philosophique dans les nominations: sagesse ou monstruosité? À propos de l'arrêt de la Cour d'arbitrage du 15 juillet 1993 (n° 65/93)”, *J.T.* 1994, 2-12; S. MARIQUE, “Entre équilibre et égalité”, *J.L.M.B.* 1994, 78-80 en P. POLELIER, “Individuele rechtsgelijkheid en filosofische strekkingen: vervolg van een evolutie”, *T.B.P.* 1993, 774. Zie ook Arbitragehof nr. 86/93, 16 december 1993; Arbitragehof nr. 7/94, 20 januari 1994 en Arbitragehof nr. 47/99, 20 april 1999.

206 Zie o.a. J. DE GROOF, “Welk gelijkheidsbeginsel is de moeder van het pluralisme?”, *I.c.*, 63-91.
207 Volgens de Raad van State was art. 20 van de Cultuurpactwet niet in strijd met het gelijkheidsbeginsel. Zie bv. R.v.St., *Baekelandt*, nr. 25.988, 20 december 1985. Voor andere verwijzingen, zie P. BERCKX, “Art. 20 van de Cultuurpactwet van 16 juli 1973 schendt het grondwettelijk gelijkheidsbeginsel”, *I.c.*, 763, noot 1.

208 Arbitragehof nr. 65/93, 15 juli 1993, B.5.

“dat diegenen worden achtergesteld die gebruik maken van het aan iedere burger toekomende recht niet in het openbaar stelling te nemen”.²⁰⁹ Een dergelijk stelsel schendt de artikelen 10 en 11 van de Grondwet, aldus het Arbitragehof.

De wetgever kan weliswaar op legitieme wijze evenwichten veilig stellen, maar hij schiet in de naleving van het evenredigheidsbeginsel te kort wanneer hij, om die doelstelling te bereiken, een beroep doet op een stelsel dat de overheid verplicht van het gelijkheidsbeginsel af te wijken op grond van persoonlijke overtuigingen. Dat is des te meer het geval daar het stelsel, op het vlak van de beginselen, een opoffering eist, die zeker is, met het oog op een voordeel, dat hypothetisch blijft. Er ligt immers geen aanmoediging in voor elke ambtenaar om zijn functie op onpartijdige wijze uit te oefenen wanneer de strekking tot dewelke hij wordt aangezet zich te bekennen, officieel wordt gemaakt, en wanneer aan die strekking gevolgen worden vastgeknoot met betrekking tot zijn loopbaan. Ten slotte geeft de wet zelf geen beperking aan van de mate waarin van de gelijkheid kan worden afgeweken ten gunste van de verdelingsnormen die zij eraan in de weg plaatst.²¹⁰

685. De uitspraak van het Arbitragehof lokte veel commentaar uit. Het stelt immers één van de fundamenteën van de Cultuurpactwet in vraag. Volgens DE GROOF bewijst het arrest het tijdsgebonden karakter van de politisering van het cultuurbeleid.²¹¹ De vraag rijst of het Arbitragehof met dit arrest ook een standpunt heeft ingenomen over de grondwettigheid van maatregelen van positieve actie. Artikel 20 van de Cultuurpactwet beoogde immers – ten koste van de individuele gelijkheid – de gelijke behandeling van ideologische en filosofische minderheden. Het Hof sprak zich niet expliciet uit voor of tegen positieve actie.²¹² Het beperkte zich met te stellen dat het nastreven van evenwichten op zich niet verboden is, zolang daarmee geen afbreuk wordt gedaan aan het gelijkheidsbeginsel. Daarbij suggereerde het dat, om in overeenstemming te zijn met het proportionaliteitsbeginsel, dergelijke maatregelen aan twee voorwaarden moeten voldoen. In de eerste plaats mag de “opoffering” op het vlak van de gelijkheid niet ingegeven zijn door een voordeel dat louter hypothetisch is. Ten tweede dient de wet minstens de grenzen aan te geven van de mate waarin van de gelijkheid kan worden afgeweken ten gunste van het te bereiken evenwicht.

B. Arrest nr. 9/94

686. In een arrest van 27 januari 1994 heeft het Arbitragehof voor de eerste maal uitdrukkelijk uitspraak gedaan over de verenigbaarheid van positieve actie met de artikelen 10 en 11 van de Grondwet.²¹³ Het Hof diende zich in deze zaak te beraden over een bepaling uit de Wet van 1 april 1969 tot instelling van een gewaarborgd

²⁰⁹ *Ibid.*

²¹⁰ *Ibid.*

²¹¹ J. DE GROOF, “Welk gelijkheidsbeginsel is de moeder van het pluralisme?”, *l.c.*, 67.

²¹² P. POPELIER, “Individuele rechtsgelijkheid en filosofische strekkingen: vervolg van een evolutie”, *l.c.*, 774.

²¹³ Arbitragehof nr. 9/94, 27 januari 1994, *J.L.M.B.* 1994, 1382, noot B. RENAULD; *J.T.T.* 1994, 106 en *Soc. Kron.* 1994, 85, noot JACQMAIN.

inkomen voor bejaarden. De wet riep een verschil in behandeling in het leven op basis van geslacht. Vrouwen konden vanaf 60 jaar aanspraak maken op het gewaarborgd inkomen, terwijl mannen hiervoor moesten wachten tot hun 65ste verjaardag. Ter verantwoording van deze ongelijkheid verwees de Ministerraad naar de “nasleep van het verleden, die in het nadeel werkt van vrouwen”.²¹⁴

687. Naar oordeel van het Hof zijn “corrigerende ongelijkheden” in bepaalde gevallen toegestaan: “Weliswaar kan worden aanvaard dat in bepaalde omstandigheden ongelijkheden niet-onbestaanbaar zijn met het gelijkheidsbeginsel en het discriminatieverbod, indien zij er juist toe strekken een bestaande ongelijkheid te verhelpen.”. Het Hof stelt echter vier voorwaarden: “Toch moeten dergelijke corrigerende ongelijkheden, om bestaanbaar te zijn met het gelijkheidsbeginsel en het discriminatieverbod, [1] slechts in die gevallen worden toegepast waarin een kennelijke ongelijkheid blijkt; [2] moet het verdwijnen van die ongelijkheid door de wetgever als een te bevorderen doelstelling worden aangewezen; [3] moeten de maatregelen van tijdelijke aard zijn en verdwijnen wanneer het door de wetgever beoogde doel eenmaal is bereikt; [4] en moeten zij niet onnodig andermans rechten beperken”.²¹⁵ *In casu* was het Hof van oordeel dat het door de Ministerraad ingeroepen egaliserende doel van het onderscheid niet voldoende was aangetoond: “De Ministerraad houdt het evenwel bij een globale vergelijking van de situatie van de mannen en die van de vrouwen en blijft in gebreke aan te tonen in hoeverre de bestreden maatregel ertoe bijdraagt een handicap te verminderen indien *in concreto* wordt uitgegaan van een man en een vrouw tussen 60 en 65 jaar oud en zonder middelen van bestaan”.²¹⁶

688. Het arrest nr. 9/94 is in menig opzicht belangrijk. Enerzijds erkent het Hof uitdrukkelijk dat positieve actie niet noodzakelijk in strijd is met de artikelen 10 en 11 van de Grondwet. Het beperkt zich daarbij niet tot de discriminatiegrond geslacht.²¹⁷ Daarenboven wordt geen enkele vorm van positieve actie *a priori* uitgesloten. Anderzijds geeft het Hof met de vier voorwaarden duidelijk aan dat het nauwlettend zal toezien op maatregelen van positieve actie.²¹⁸ In de rechtsleer is onderstreept dat deze voorwaarden in wezen neerkomen op een bijzondere verwoording van de verschillende criteria van het algemeen toetsingskader van het gelijkheidsbeginsel.²¹⁹ De laatste voorwaarde, meer bepaald dat positieve actie niet “onnodig” andermans rechten mag beperken, refereert duidelijk aan het evenredigheids criterium.²²⁰ Er dient met name een evenwicht te bestaan tussen het doel van de maatregel (het bevorderen van de feitelijke gelijkheid van de achtergestelde groep) en

214 Arbitragehof nr. 9/94, 27 januari 1994, B.6.1.

215 Arbitragehof nr. 9/94, 27 januari 1994, B.6.2.

216 *Ibid.*

217 B. RENAULD, “Revenu garanti aux personnes âgées et égalité des femmes et des hommes”, *l.c.*, 1387.

218 J. THEUNIS, *l.c.*, 172.

219 P. VAN ORSHOVEN, “De gecoördineerde Grondwet? De nieuwe Grondwet? De herschikte Grondwet? De Grondwet!”, *TRD&I* 1994, 305 en J. THEUNIS, *l.c.*, 172.

220 B. RENAULD, “Revenu garanti aux personnes âgées et égalité des femmes et des hommes”, *l.c.*, 1387 en J. THEUNIS, *l.c.*, 173.

de erdoor veroorzaakte aantasting van de gelijkheid van de categorie van benadeelde individuen. Het vereiste dat positieve actie tijdelijk is en moet verdwijnen wanneer het door de wetgever beoogde doel eenmaal is bereikt, is vermoedelijk geïnspireerd op artikel 4 § 1 van het Verdrag inzake de uitbanning van alle vormen van discriminatie ten aanzien van vrouwen.²²¹

689. In een uitspraak van 14 juli 1997 bevestigde het Arbitragehof de principes van het arrest nr. 9/94. Na te hebben vastgesteld dat de kwetsieuze wetgeving geen maatregel van positieve actie betrof – aangezien het niet ging om “een tijdelijke maatregel die ertoe strekt een bestaande kennelijke ongelijkheid recht te trekken” – vervolgde het Hof in deze zaak met een toepassing van het normale toetsingskader.²²²

690. Ondertussen heeft ook de Afdeling Wetgeving van de Raad van State de voorwaarden die het Arbitragehof stelt aan maatregelen van positieve actie in haar adviespraktijk overgenomen.²²³

§ 3. Artikel 11bis

691. Het eerste lid van artikel 11bis bepaalt dat “de wet, het decreet of de in artikel 134 bedoelde regel (...) voor vrouwen en mannen de gelijke uitoefening van hun rechten en vrijheden [waarborgen]”. Hoger werd al aangegeven dat deze bepaling een positieve verplichting inhoudt voor de verschillende wetgevende vergaderingen om, eventueel via maatregelen van positieve actie, de achteruitgestelde positie van vrouwen weg te werken.

692. GOEDERTIER is de mening toegedaan dat de invoering van artikel 11bis van de Grondwet in 2002, niet tot gevolg kan hebben dat de door het Arbitragehof gestelde voorwaarden inzake positieve actie niet langer zouden gelden voor de grond geslacht.²²⁴ Artikel 11bis kan volgens de auteur wel een “onrechtstreekse” invloed

221 B. RENAULD, “Revenu garanti aux personnes âgées et égalité des femmes et des hommes”, *l.c.*, 1387 en J. THEUNIS, *l.c.*, 172. Deze bepaling luidt als volgt: “*Adoption by States Parties of temporary special measures aimed at accelerating de facto equality between men and women shall not be considered discrimination as defined in the present Convention, but shall in no way entail as a consequence the maintenance of unequal or separate standards; these measures shall be discontinued when the objectives of equality of opportunity and treatment have been achieved*” (over positieve actie en het VN-Vrouwenverdrag, lees o.a. F. TALHAOU, “De VN-Conventie inzake de uitbanning van alle vormen van discriminatie ten aanzien van vrouwen: een slapend verdrag ontwaakt”, in X, *Mensenrechten. Jaarboek 1994 van het Interuniversitair Centrum Mensenrechten*, Antwerpen, Maklu, 1995, 47-65).

222 Arbitragehof nr. 42/97, 14 juli 1997, B.20.

223 Bv. R.v.St., Afd. Wetgeving, advies van 16 februari 1999, *Parl. St. Kamer* 1998-99, nr. 2057/1, 38 (inzake het wetsontwerp op de gelijke behandeling van mannen en vrouwen ten aanzien van de arbeidsvoorwaarden, de toegang tot het arbeidsproces en de promotiekansen, de toegang tot een zelfstandig beroep en de aanvullende regeling voor sociale zekerheid); R.v.St., Afd. Wetgeving, advies van 4 februari 2002, *Parl. St. Kamer* 2001-02, nr. 50-1578/2, 7-8 (inzake wetsontwerp ter bestrijding van discriminatie en tot wijziging van de Wet van 15 februari 1993 tot oprichting van een Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding). Zie tevens J. VELAERS, *De Grondwet en de Raad van State, afdeling wetgeving*, 74-76 en 195.

224 G. GOEDERTIER, “De gelijkheid van vrouwen en mannen in de Grondwet”, *l.c.*, 29.

hebben op de belangenafweging bij de toetsing van maatregelen van positieve actie aan het discriminatieverbod.²²⁵ De rechter zal er immers onvermijdelijk rekening mee houden dat de grondwetgever de gelijkheid tussen mannen en vrouwen uitdrukkelijk als een na te streven doelstelling heeft aangeduid.

693. Belangrijk is daarenboven dat artikel 11*bis* voor de overheid een *verplichting* inhoudt tot het nemen van maatregelen van positieve actie op het vlak van de gelijke uitoefening van de rechten en vrijheden. De juridische afdwingbaarheid van deze verplichting is evenwel beperkt. VELAERS merkte in dit verband op dat de bepaling geen rechtstreekse werking heeft maar eerder als een “instructienorm” kan worden beschouwd, welke de bevoegde wetgevers aanzet tot het nemen van de passende maatregelen.²²⁶ Overigens was ook de kritiek te horen dat deze uitdrukkelijke verplichting ten onrechte de indruk zou kunnen wekken dat met betrekking tot de andere discriminatiegronden of grondrechten geen positieve verplichtingen op de overheid zouden rusten.²²⁷

Afdeling 7. Verhouding tot andere discriminatieverboden

694. Hoger werd er op gewezen dat de definitie van het grondwettelijk discriminatieverbod is ontleend aan de rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens inzake artikel 14 E.V.R.M. (*cf. supra* nr. 631). Daarnaast is ook een discriminatieverbod opgenomen in artikel 26 van het Internationaal Verdrag inzake Burgerrechten en Politieke rechten.²²⁸ Uit arresten van het Arbitragehof en de Raad van State volgt dat aan de artikelen 10 en 11 van de Grondwet dezelfde inhoudelijke draagwijdte wordt toegekend als aan artikel 26 I.V.B.P.R.²²⁹

Het beginsel van gelijkheid en niet-discriminatie vervat in artikel 26 van het Internationaal Verdrag inzake Burgerrechten en Politieke rechten verschilt niet van datgene dat vervat is in de artikelen 10 en 11 van de Grondwet.²³⁰

²²⁵ *Ibid.* 30.

²²⁶ Zie het advies van J. VELAERS, *Parl. St.* Senaat 2000-01, nr. 2-465/4, 69.

²²⁷ Zie o.a. het advies van M. VERDUSSEN, *Parl. St.* Senaat 2000-01, nr. 2-465/4, 57-58.

²²⁸ Art. 26 I.V.B.P.R. luidt als volgt: “Allen zijn gelijk voor de wet en hebben zonder discriminatie aanspraak op gelijke bescherming door de wet. In dit verband verbiedt de wet discriminatie van welke aard ook en garandeert eenieder gelijke en doelmatige bescherming tegen discriminatie op welke grond ook, zoals ras, huidskleur, geslacht, taal, godsdienst, politieke of andere overtuiging, nationale of maatschappelijke afkomst, eigendom, geboorte of andere status”.

²²⁹ Dit heeft, aldus de Raad van State, belangrijke gevolgen voor het toetsingsmonopolie van het Arbitragehof: “Overwegende dat één zaak is de gelijkheidsregel, een andere welk rechtscollege in België bevoegd is om over de naleving door de wetgever van die regel te waken; dat blijkens art. 142 van de Grondwet en de art. 1 en 26 van de Bijzondere Wet op het Arbitragehof dit rechtscollege het Arbitragehof is; dat weliswaar die artikelen enkel de bepalingen uit de Grondwet vermelden waarin de gelijkheidsregel is neergelegd; dat de omstandigheid dat die regel ook in bepalingen van internationaal recht is neergelegd, niet tot gevolg kan hebben dat afbreuk wordt gedaan aan het internrechtelijk monopolie dat aan het Arbitragehof is verleend (...)”. (R.v.St., *Dhondt*, nr. 104.653, 13 maart 2002, 3.1.3.).

²³⁰ Arbitragehof nr. 88/2004, 19 mei 2004, B.17.

Overwegende dat de verzoekende partijen niet doen inzien hoe artikel 26 van het BUPO-Verdrag hen een ruimer recht op gelijke behandeling verschaft dan de artikelen 10 en 11 van de Grondwet.²³¹

HOOFDSTUK 3. WERKINGSSFEER VAN HET DISCRIMINATIEVERBOD

Afdeling 1. Algemene draagwijdte

695. Het grondwettelijk discriminatieverbod heeft een algemene draagwijdte.²³² Het geldt voor alle gebieden van het maatschappelijke leven. Artikel 11 verbiedt discriminatie in het “genot van de rechten en vrijheden aan de Belgen toegekend”. Uit de rechtspraak blijkt dat deze zinsnede ruim wordt opgevat en verwijst naar elk juridisch beschermd recht. Het Arbitragehof heeft reeds geoordeeld dat artikel 11 niet alleen van toepassing is op de rechten gewaarborgd door de Grondwet, maar ook op de rechten die voortvloeien uit andere interne wetgeving of uit de voor België bindende internationale verdragsbepalingen die directe werking hebben²³³, op de grondbeginselen van de Belgische rechtsorde en op de algemene rechtsbeginselen (bv. het rechtszekerheidsbeginsel).²³⁴

De artikelen 6 en *6bis* van de Grondwet hebben een algemene draagwijdte. Zij verbieden elke discriminatie, ongeacht de oorsprong ervan: de grondwettelijke regels van gelijkheid en van niet-discriminatie zijn van toepassing t.a.v. van alle rechten en vrijheden die aan de Belgen zijn toegekend.²³⁵

696. Hierdoor onderscheidt het grondwettelijk discriminatieverbod zich qua werkingssfeer van artikel 14 E.V.R.M., dat enkel ziet op discriminatie in het genot van de rechten en vrijheden welke in het verdrag of een van de protocollen zijn gewaarborgd (*cf. supra* nrs. 89-95). Het gelijkheidsbeginsel in de artikelen 10 en 11 van de Grondwet toont in dit opzicht meer gelijkenis met de waarborg van artikel 1, protocol nr. 12 E.V.R.M. en het discriminatieverbod opgenomen in artikel 26 I.V.B.P.R. Dit laatste standpunt werd door het Arbitragehof bevestigd.²³⁶

231 R.v.St., *Dhondt*, nr. 104.653, 13 maart 2002.

232 Zie o.a. M. MELCHIOR en P. VANDERNOOT, “Contrôle de constitutionnalité et droit communautaire dérivé”, *R.B.D.C.* 1998, 4; D. VANHEULE, *o.c.*, 336 e.v. en J. VELAERS, *Van Arbitragehof tot Grondwettelijk Hof*, 195.

233 Bv. Arbitragehof nr. 39/91, 19 december 1991.

234 Bv. Arbitragehof nr. 10/93, 11 februari 1993.

235 Arbitragehof nr. 26/90, 14 juli 1990, 3.B.1.

236 Arbitragehof nr. 88/2004, 19 mei 2004, B.17.

Afdeling 2. Ook van toepassing op groepen van personen

697. Hoewel in artikel 10 van de Grondwet sprake is van “de Belgen”, beschermt het gelijkheidsbeginsel niet uitsluitend de individuele burgers, maar kunnen ook groepen van personen er een beroep op doen.

De in de artikelen 6 en 6*bis* ingeschreven regels van gelijkheid en niet-discriminatie zijn niet alleen van toepassing op individuele burgers, maar kunnen ook op groepen van burgers worden toegepast.²³⁷

698. In de rechtspraak is aanvaard dat naast privaatrechtelijke rechtspersonen ook publiekrechtelijke rechtspersonen de bescherming van het gelijkheidsbeginsel kunnen inroepen, inzonderheid de gemeenten²³⁸, de provincies²³⁹ en de Gemeenschappen, de Gewesten en de federale Staat.²⁴⁰ Niet-persoonen kunnen daarentegen geen aanspraak maken op de waarborgen van het discriminatieverbod.²⁴¹ Het Arbitragehof weigerde reeds om verschillende pensioenstelsels²⁴², gebouwen en door de burgemeester genomen beslissingen²⁴³ als personen in de zin van de artikelen 10 en 11 te erkennen.

Afdeling 3. Ook van toepassing op vreemdelingen

§ 1. Artikel 191

699. Overeenkomstig artikel 191 van de Grondwet geniet iedere vreemdeling die zich op het grondgebied van België bevindt, de bescherming verleend aan personen en goederen, behoudens de bij de wet gestelde uitzonderingen.²⁴⁴ Uit deze bepaling heeft het Arbitragehof afgeleid dat ook vreemdelingen zich kunnen beroepen op het in de artikelen 10 en 11 van de Grondwet vastgelegde gelijkheidsbeginsel, “op de dubbele voorwaarde dat zij zich op het Belgisch grondgebied bevinden en dat er niet bij wet van wordt afgeweken”.²⁴⁵ In een later arrest heeft het Arbitragehof hier echter aan toegevoegd dat een wet niet volstaat om een onderscheid tussen Belgen en vreemdelingen te verantwoorden.²⁴⁶

²³⁷ Arbitragehof nr. 13/91, 28 mei 1991, 4.B.2.

²³⁸ Arbitragehof nr. 13/91, 28 mei 1991 en R.v.St., *gemeente Heist-op-den-Berg*, nr. 33.859, 22 januari 1990.

²³⁹ Arbitragehof nr. 31/91, 7 november 1991.

²⁴⁰ Arbitragehof nr. 62/96, 7 november 1996 en Arbitragehof nr. 78/97, 17 december 1997. Zie o.a. G. GOEDERTIER, “De Gemeenschappen en Gewesten als houders van de rechten die in de artikelen 10 en 11 van de Grondwet zijn gewaarborgd”, (noot onder Arbitragehof nr. 78/97, 17 december 1997), *R.W.* 1997-98, 1384-1386.

²⁴¹ F. MEERSSCHAUT, *l.c.*, 905.

²⁴² Arbitragehof nr. 7/91, 18 april 1991.

²⁴³ Arbitragehof nr. 49/94, 22 juni 1994.

²⁴⁴ Zie hieromtrent K. RIMANQUE, “Het gelijkheidsbeginsel: gelijkheidsteken tussen Belgen en vreemdelingen?”, *l.c.*, 279-281.

²⁴⁵ Arbitragehof nr. 20/93, 4 maart 1993, B.2.2., *F. Rechtspr.* 1993, nr. 4, 3, noot M. FOBLETS; *Rev. dr. étr.* 1993, 28, noot M. FOBLETS; *T. Vreemd.* 1993, 14, noot M. FOBLETS en *T.B.P.* 1994, 73-75, noot J. THEUNIS.

²⁴⁶ Arbitragehof nr. 61/94, 14 juli 1994. Zie B. BLERO, “Protection constitutionnelle et internationale des demandeurs d’asile. Quelques considérations à propos de l’arrêt de la Cour d’arbitrage du

Artikel 191 heeft niet tot doel de wetgever er toe te machtigen, wanneer hij een dergelijk verschil invoert, zich te onttrekken aan de eerbiediging van de fundamentele beginselen die in de Grondwet zijn verankerd. (...) Uit artikel 191 vloeit derhalve geenszins voort dat de wetgever, wanneer hij een verschil in behandeling invoert ten nadele van vreemdelingen, zou vermogen er niet over te waken dat dat verschil niet discriminerend zou zijn, ongeacht de aard van de in het geding zijnde beginselen.²⁴⁷

700. Indien, met andere woorden, de wet een uitzondering maakt voor vreemdelingen, dan dient dit onderscheid eveneens te voldoen aan de voorwaarden van het algemeen gelijkheidsbeginsel ingeschreven in de artikelen 10 en 11 van de Grondwet.²⁴⁸ Daarbij is het van geen belang of de ongelijke behandeling betrekking heeft op fundamentele rechten en vrijheden of op andere juridisch erkende rechten.²⁴⁹

701. Tot slot kan hier nog aan worden toegevoegd dat artikel 191 van de Grondwet, in samenhang gelezen met de artikelen 10 en 11 van de Grondwet, enkel van toepassing is indien een verschil in behandeling wordt ingesteld tussen vreemdelingen en Belgen. In zoverre een wet vreemdelingen onderling ongelijk behandelt (bv. asielzoekers en andere vreemdelingen), kan enkel de schending van de artikelen 10 en 11 van de Grondwet worden aangevoerd.²⁵⁰

§ 2. Benoembaarheid vreemdelingen in de burgerlijke en militaire bedieningen

702. Het tweede lid van artikel 10 van de Grondwet behoudt de benoeming tot de burgerlijke en militaire bedieningen voor aan personen die de Belgische nationaliteit bezitten (*cf. supra* nr. 610). Enkel de wetgever kan uitzonderingen op dit principe voorzien.²⁵¹ Uit de adviespraktijk van de Raad van State blijkt dat een afwijking van de nationaliteitsvereiste steeds uitdrukkelijk dient te gebeuren en niet de regel mag worden.²⁵² Er bestaan ondertussen talrijke wettelijke bepaling die specifieke openbare betrekkingen openstellen voor vreemdelingen.²⁵³

→ 14 juillet 1994 annulant partiellement certaines modifications apportées au statut des réfugiés par la loi du 6 mai 1993”, *Rev. b. dr. const.* 1994, 241-282; J.-Y. CARLIER en D. VANHEULE, “Les limites de l’égalité. L’arrêt n° 61/94 de la Cour d’arbitrage du 14 juillet 1994”, *Rev. dr. étr.* 1994, 548-579; M. VAN DE PUTTE, “Herfstnoot bij een zomers arrest”, *T. Vreemd.* 1994, 179-193 en D. RENDERS, “La Cour d’arbitrage et l’article 191 de la Constitution”, *J.L.M.B.* 1995, 1411-1418.

247 Arbitragehof nr. 61/94, 14 juli 1994, B.2.

248 Arbitragehof nr. 4/96, 9 januari 1996, B.3., *T. Vreemd.* 1995, 389, noot L. DENYS.

249 Zie P. BOUCQUEY, “La Cour d’arbitrage et la protection des droits fondamentaux de l’étranger”, *Ann. dr. Louvain* 1996, 296 en D. VANHEULE, *o.c.*, 362.

250 Arbitragehof nr. 77/97, 17 december 1997, B.10.2.

251 Onder het begrip “wet” in art. 10 tweede lid moeten, aldus de Afdeling Wetgeving van de Raad van State, ook decreten en ordonnanties worden verstaan. *R.v.St.*, Afd. Wetgeving, advies van 7 augustus 1997, *Parl. St.* VI. Parl. 1996-97, nr. 720/2, 21-22. Zie J. VELAERS, *De Grondwet en de Raad van State, afdeling wetgeving*, 79.

252 Uit verschillende adviezen van de Raad van State blijkt dat een algemene of principiële gelijkstelling inzake de benoembaarheid van Belgen en vreemdelingen in strijd is met de Grondwet. De wet die op het beginsel van art. 10 tweede lid een uitzondering stelt, moet, aldus de Raad, nauwkeurig aangeven voor welk bijzonder geval de principiële onbenoembaarheid van vreemdelingen wordt opgeheven. *Bv. R.v.St.*, Afd. Wetgeving, advies van 11 juli 1988, *Parl. St.* Kamer B.Z. 1988, nr. 331/2, 2 (inzake een wetsvoorstel op de gelijkstelling en de gelijke behandeling van vreemdelingen en Belgen). Zie uitgebreid J. VELAERS, *De Grondwet en de Raad van State, afdeling wetgeving*, 79.

253 Voor enkele voorbeelden, zie K. RIMANQUE, *De Grondwet, toegelicht, gewikt en gewogen*, 31-32.

703. Artikel 10 lid 2 van de Grondwet moet worden samengelezen met artikel 39 lid 2 van het EG-Verdrag (oud art. 48) dat discriminatie verbiedt inzake werkgelegenheid op grond van nationaliteit (*cf. supra* nr. 331). Het vierde lid van artikel 39 voorziet een uitzondering op het vrij verkeer van werknemers voor “betrekkingen in overheidsdienst”. Deze bepaling wordt door het Hof van Justitie echter beperkend uitgelegd. Volgens het Hof gaat het enkel om betrekkingen die “een rechtstreekse of onrechtstreekse deelneming aan de uitoefening van het openbaar gezag inhouden en werkzaamheden omvatten ter bescherming van de algemene belangen van de Staat of van andere openbare lichamen”.²⁵⁴ Ten aanzien van de burgers van de Europese Unie moet het begrip “burgerlijke bedieningen” in artikel 10 tweede lid bijgevolg conform deze omschrijving worden geïnterpreteerd.²⁵⁵ Het EG-Verdrag heeft immers voorrang op ermee strijdige bepalingen van de Grondwet.²⁵⁶

Afdeling 4. Grondwettelijk gelijkheidsbeginsel en horizontale verhoudingen

704. Het gelijkheidsbeginsel wordt traditioneel opgevat als een norm die de verhouding tussen de overheid en de burgers beheerst. Niet alleen de overheid maakt zich echter schuldig aan discriminerend handelen. Ook privaatrechtelijke personen, natuurlijke en rechtspersonen, bezondigen zich aan discriminaties. De vraag rijst daarom of het discriminatieverbod horizontale werking heeft, of het, met andere woorden, kan worden ingeroepen in geschillen tussen particulieren onderling. In de delen IV en VI wordt in dit verband uitgebreid aandacht besteed aan de op de horizontale verhoudingen gerichte antidiscriminatiewetgeving.

705. Over de horizontale werking van het grondwettelijk gelijkheidsbeginsel bestaat er geen eensgezindheid. Slechts een beperkt aantal auteurs verdedigt de rechtstreekse horizontale werking van de in de Grondwet beschermde rechten en vrijheden.²⁵⁷

²⁵⁴ Zie o.a. H.v.J. 2 juli 1996, *Commissie t. Luxemburg*, C-473/93, *Jur.* 1996, I-3207; H.v.J. 2 juli 1996, *Commissie t. België*, C-173/94, *Jur.* 1996, I-3265; H.v.J. 2 juli 1996, *Commissie t. Griekenland*, C-290/94, *Jur.* 1996, I-3285 en H.v.J. 17 december 1980, *Commissie t. België*, 149/79, *Jur.* 1980, 3881. Lees hieromtrent o.a. J. DE MEYER, “Betrekkingen in overheidsdienst, een opmerkelijk arrest”, in X, *Liber Amicorum J. Mertens de Wilmars*, Antwerpen, Kluwer, 1982, 46-67; E. HONORAT, “Les incidences de la libre circulation des personnes aux fonctions publiques nationales”, *Adm. Publ. (T)* 1997, 3-14; M. LEROY en J. SOHIER, “Les règles supranationales relatives à l'accès à la fonction publique”, *Adm. Publ. (T)* 1997, 53-63; F. RIGAUX en F. DELPERÉE, “Nationalité et citoyenneté. Développements et incidences sur le droit de la fonction publique en Belgique”, *Adm. Publ. (T)* 1997, 15-24 en H. VERSCHUEREN, “De toegang tot de openbare dienst voor EG-onderdanen: macht en onmacht van het Europees Gemeenschapsrecht”, *R.W.* 1991-92, 425-435.

²⁵⁵ Vgl. R.v.St., *Billy*, nr. 51.104, 11 januari 1995. In de literatuur is gesteld dat een dergelijke beperkende interpretatie aansluit bij de oorspronkelijke bedoeling van de grondwetgever. Deze zou geen uitdrukkelijke wetsbepalingen vereist hebben voor de benoeming van vreemdelingen in functies die geen min of meer belangrijke delegatie van de uitoefening van het openbaar gezag in zich houden. Zie K. RIMANQUE, “Het gelijkheidsbeginsel: gelijkheidsteken tussen Belgen en vreemdelingen?”, *I.c.*, 281, en de verwijzing aldaar naar J. THONISSEN, *o.c.*, 21.

²⁵⁶ Inzake art. 10 tweede lid, werd dit bevestigd in het arrest R.v.St., *Orfinger*, nr. 62.920 en 62.922, 5 november 1996, *C.D.P.K.* 1997, 134, verslag O. DAURMONT en *J.T.* 1997, 256, noot R. ERGEC.

²⁵⁷ Zie W. RAUWS en H. SCHYVENS, “De bescherming van werknemersgrondrechten binnen de individuele arbeidsverhoudingen”, in K. RIMANQUE (ed.), *De toepasselijkheid van de grondrechten in private verhoudingen*, Antwerpen, Kluwer, 1982, 181 e.v. en H. WILLEKENS, “De werking van grondrechten in de verhoudingen tussen samenwonende seksuele partners”, in K. RIMANQUE (ed.), *De toepasselijkheid van de grondrechten in private verhoudingen*, Antwerpen, Kluwer, 1982, 353.

Tegen een rechtstreekse horizontale werking van het gelijkheidsbeginsel is ingebracht dat uit de tekst van de Grondwet (“De Belgen zijn gelijk voor de wet”) duidelijk blijkt dat het discriminatieverbod op de overheid is gericht.²⁵⁸

706. Volgens de klassieke opvatting kan er daarentegen wel sprake zijn van een onrechtstreekse horizontale werking van het gelijkheidsbeginsel. Dit betekent dat de artikelen 10 en 11 van de Grondwet in de verhoudingen tussen particulieren kunnen worden toegepast via een privaatrechtelijk inschakelingsmechanisme.²⁵⁹ De doorwerking van het gelijkheidsbeginsel kan bijvoorbeeld geschieden door toepassing van privaatrechtelijke concepten zoals de goede trouw, de goede zeden, de openbare orde of de zorgvuldigheidsnorm.²⁶⁰ In de rechtspraak en de rechtsleer wordt aanvaard dat een inbreuk op het discriminatieverbod een onrechtmatige daad kan zijn in de zin van artikel 1382 van het Burgerlijk Wetboek.²⁶¹

707. Tot slot rijst de vraag of het grondwettelijk toetsingskader relevant is voor de toepassing van het gelijkheidsbeginsel in de horizontale verhoudingen, zij het rechtstreeks of onrechtstreeks.²⁶² In de doctrine is er in dit verband op gewezen dat de beleidsmarge van de overheid veel smaller is dan de privaatautonomie en dat de rechter zich derhalve terughoudender moet opstellen bij de toepassing van het gelijkheidsbeginsel in het privaatrecht.²⁶³ DIRIX schrijft hieromtrent: “Aan gelijkheidsbeginsel en discriminatieverbod komt niet een zelfde betekenis toe in het publiekrecht als in het privaatrecht. In hoofde van de overheid bestaat de verplichting alle burgers die zich in dezelfde omstandigheden bevinden, gelijk te behandelen zonder dat het toegestaan is de enen te begunstigen of de anderen te benadelen. In hoofde van iedere burger stuit het bestaan van een zelfde scrupuleuze verplichting op de privaatautonomie”.²⁶⁴ Uiteindelijk is de rechterlijke toetsing echter in beide gevallen terug te brengen tot het afwegen van belangen, zo schrijft THEUNIS, “zodat het publiekrechtelijk interpretatieschema *mutatis mutandis* kan worden toegepast”.²⁶⁵

258 J. VELAERS, “De horizontale werking van het discriminatieverbod in de antidiscriminatiewet. Enkele constitutionele beschouwingen”, in X, *Vrijheid en Gelijkheid. De horizontale werking van het gelijkheidsbeginsel en de nieuwe antidiscriminatiewet*, Antwerpen, Maklu, 2002, 295. VELAERS wijst er op dat ook uit de wijze waarop een ongelijke behandeling volgens de rechtspraak kan worden verantwoord – door het nastreven van een doelstelling van algemeen belang waarvan de gevolgen niet onevenredig zwaar zijn – blijkt dat het gelijkheidsbeginsel zich tot de overheid richt. Zie ook R.v.St., *De Leener en Ballon*, nr. 30.876, 27 september 1988.

259 Zie F. DE LY, “Het gelijkheidsbeginsel in het contractenrecht”, *R.W.* 1991-92, 1144.

260 Zie o.a. A. VAN OEVELEN, “Eerbiediging van de grondrechten en het woonrecht”, in K. RIMANQUE (ed.), *De toepasselijkheid van de grondrechten in private verhoudingen*, Antwerpen, Kluwer, 1982, 104.

261 Zie hierover W. VAN GERVEN, “Handels- en economisch recht”, in *Beginnelsen van Belgisch privaatrecht*, XIII-IA, Brussel, Story-Scientia, 1989, 24-25.

262 Lees hierover o.a. J. THEUNIS, *l.c.*, 177-178 en M. TISON, “L’égalité de traitement dans la vie des affaires sous le regard du droit belge”, *J.T.* 2002, 697-710.

263 M. TISON, *l.c.*, 710.

264 E. DIRIX, “Grondrechten en overeenkomsten”, in K. RIMANQUE (ed.), *De toepasselijkheid van de grondrechten in private verhoudingen*, Antwerpen, Kluwer, 1982, 56.

265 J. THEUNIS, *l.c.*, 178.

HOOFDSTUK 4. BIJZONDERE TOEPASSINGEN GRONDWETTELIJK DISCRIMINATIEVERBOD

708. Naast het algemeen gelijkheidsbeginsel in de artikelen 10 en 11, bevat de Grondwet een aantal artikelen die een verbod op discriminatie inhouden op specifieke domeinen. De inlassing van deze bepalingen wijst op een bijzondere bekommernis van de grondwetgever die verklaarbaar is door historische omstandigheden. We bespreken achtereenvolgens artikel 24 § 4 van de Grondwet dat een verbod op discriminatie inzake onderwijs behelst en artikel 172 van de Grondwet dat discriminatie inzake belastingen verbiedt.

Afdeling 1. Artikel 24 § 4

§ 1. Algemeen

709. Het gelijkheidsbeginsel in onderwijsaangelegenheden is opgenomen in artikel 24 § 4 van de Grondwet (oud art. 17 § 4 van de Grondwet).²⁶⁶

Alle leerlingen of studenten, ouders, personeelsleden en onderwijsinstellingen zijn gelijk voor de wet of het decreet. De wet en het decreet houden rekening met objectieve verschillen, waaronder de eigen karakteristieken van iedere inrichtende macht, die een aangepaste behandeling verantwoorden.

710. In de doctrine was men het er al vlug over eens dat deze bepaling moet worden opgevat als een bijzondere toepassing van de algemene grondwettelijke principes inzake gelijkheid. Dit blijkt ook uit de verklarende nota van de regering, waarin te lezen staat dat artikel 24 § 4 de gelijkheid formuleert “naar analogie” van de gelijkheid van de Belgen in artikel 10.²⁶⁷ Volgens bepaalde rechtsleer is deze paragraaf vanuit juridisch oogpunt dan ook overbodig.²⁶⁸ Anderen zijn de mening toegedaan dat het in dit artikel niet alleen gaat om een herhaling van het gelijkheidsbeginsel, maar tevens om een “versterking”²⁶⁹ of een “authentieke grondwettelijke interpretatie”²⁷⁰ ervan. VELAERS verdedigt de stelling dat de precisering van de gelijkheid

266 Over het discriminatieverbod in onderwijsaangelegenheden, zie o.a. G. CRAENEN, “Vrijheid en recht volgens artikel 17 van de Grondwet”, *T.B.P.* 1990, 47-48; J. DE GROOF, *De grondwetsherziening van 1988 en het onderwijs*, Brussel, Story-Scientia, 1989, 65-77 en 117-154; J. DE GROOF, “De onwennigheid van het Arbitragehof t.a.v. het gelijkheidsbeginsel inzake onderwijsaangelegenheden”, (noot onder Arbitragehof nr. 23/95, 2 maart 1995), *T.O.R.B.* 1994-95, 266-267; X. DELGRANGE, “L’égalité dans l’enseignement à la lecture de la jurisprudence de la Cour d’Arbitrage”, in B. SCHEPENS (ed.), *Quels droits dans l’enseignement?*, Brugge, la Charte, 1994, 51-94; J. VELAERS, *Van Arbitragehof tot Grondwettelijk Hof*, 230-243; L. VENY, “Onderwijs en Grondwet”, *T.B.P.* 1988, 588-591 en L. VENY, “De gelijkheid van de ‘lat’: de onderwijsrechtsspraak van het Arbitragehof inzake artikel 24, § 4 Gec. G.W.”, in X. Mensenrechten, *Jaarboek 1995-96 van het Interuniversitair Centrum Mensenrechten*, Antwerpen, Maklu, 1996, 49-80.

267 *Parl. St.* Senaat B.Z. 1988, nr. 100-1/1, 5.

268 G. CRAENEN, *l.c.*, 47.

269 J. DE GROOF, *De grondwetsherziening van 1988 en het onderwijs*, 71.

270 J. VELAERS, *Van Arbitragehof tot Grondwettelijk Hof*, 231.

inzake onderwijs tot gevolg heeft dat het Arbitragehof in deze materie minder marginaal en strikter kan toetsen.²⁷¹ Het Arbitragehof ziet in artikel 24 § 4 van de Grondwet een herbevestiging van het algemeen grondwettelijk discriminatieverbod.

Artikel 24 § 4 van de Grondwet herbevestigt inzake onderwijs uitdrukkelijk de beginselen van gelijkheid en niet-discriminatie.²⁷²

711. De parlementaire voorbereidingen maken duidelijk dat artikel 24 van de Grondwet tot doel had een aantal basisbeginselen van het Schoolpact en de gerelateerde wetgeving een grondwettelijke status te geven.²⁷³ Een van deze principes is de onderwijsgelijkheid.²⁷⁴ De omstandigheid dat artikel 24 zijn inspiratie vindt in het Schoolpact impliceert echter niet dat de ongelijkheden die voorkwamen in het Schoolpact daarom in overeenstemming zouden zijn met het discriminatieverbod. Oude en nieuwe wetgeving dient, aldus het Arbitragehof, op dezelfde wijze te worden onderworpen aan de gelijkheidstoets.

In de parlementaire voorbereidingen van artikel 17 wordt vaak verwezen naar de in het Schoolpact en de Wetten van 29 mei 1959, 11 juli 1973 en 14 juli 1974 erkende evenwichten, maar daaruit kan niet worden afgeleid dat artikel 17 enkel tot doel zou hebben gehad aan de in die bepalingen neergelegde beginselen grondwettelijke waarde te geven. (...) De enkele overweging dat een gedifferentieerde behandeling onder de vroegere wetgeving bestond, volstaat niet om vast te stellen dat zij op objectieve verschillen gegrond was en blijft.²⁷⁵

§ 2. Draagwijdte begrippen artikel 24 § 4

712. In artikel 24 § 4 wordt een aantal begrippen gehanteerd dat nadere omschrijving behoeft. Aldus de verklarende nota van de regering worden de termen “wet” en “decreet” in de materiële zin gebruikt en slaan zij dus op alle algemeen geldende normatieve bepalingen.²⁷⁶ Onder “leerlingen en studenten” moeten al diegenen worden verstaan die onderwijs volgen in de ruime betekenis van het woord.²⁷⁷ Het begrip “ouders” verwijst volgens de toenmalige Minister van Onderwijs naar “elk persoon (...) die in rechte of in feite de bewaring van het kind heeft”.²⁷⁸ De term “personeelsleden” is, zo blijkt uit de parlementaire voorbereidingen, ruimer dan de term “leraars” en omvat bijvoorbeeld ook hulpopvoedend en administratief personeel.²⁷⁹

271 *Ibid.*

272 Arbitragehof nr. 34/98, 1 april 1998, B.6.

273 Zie o.a. *Parl. St. Senaat B.Z.* 1988, nr. 100-1/1, 1-2.

274 *Parl. St. Senaat B.Z.* 1988, nr. 100-1/1, 5: “Deze bepaling is geïnspireerd op tal van bepalingen uit de schoolpacttraditie en voornamelijk op het derde hoofdstuk ‘Gelijkheid’ uit het schoolpactprotocol van 1973”.

275 Arbitragehof nr. 38/91, 5 december 1991, B.3.7.

276 *Parl. St. Senaat B.Z.* 1988, nr. 100-1/1, 4: “Dat alle leerlingen of studenten, ouders, personeelsleden en onderwijsinstellingen gelijk zijn voor de wet of het decreet, is dan ook een bindende richtlijn, niet alleen voor wetten en decreten, maar ook voor alle besluiten en beslissingen die krachtens of in uitvoering van een wet of decreet worden getroffen”.

277 J. VELAERS, *Van Arbitragehof tot Grondwettelijk Hof*, 233.

278 *Parl. St. Senaat B.Z.* 1988, nr. 100-1/2, 89.

279 *Parl. St. Senaat B.Z.* 1988, nr. 100-1/1, 5.

713. De meeste discussie vond plaats rond het begrip “onderwijsinstellingen”. Ten eerste is er op gewezen dat, voorzover deze term verwijst naar niet-personen, het een categorie betreft die geen drager van rechten en vrijheden kan zijn.²⁸⁰ Vandaar dat het woord “onderwijsinstellingen” veeleer zou verwijzen naar de inrichtende machten dan naar de individuele scholen die meestal niet over rechtspersoonlijkheid beschikken.²⁸¹ In de tweede plaats rijst de vraag welke instellingen “onderwijsinstellingen” zijn. Het Arbitragehof hanteert hier een ruime interpretatie: “Onder het begrip onderwijsinstellingen dient te worden begrepen alles wat rechtstreeks verbonden is met de onderwijsverstrekking”.²⁸² Artikel 24 § 4 is bijgevolg niet beperkt tot het schoolpactonderwijs en de klassieke “netten”.²⁸³ Ook allerhande “alternatieve scholen”²⁸⁴, universitaire instellingen²⁸⁵, P.M.S.-centra²⁸⁶, en internaten²⁸⁷ hebben recht op een gelijke behandeling overeenkomstig artikel 24 § 4. VELAERS schrijft dat de overheid alle onderwijsinitiatieven gelijk dient te behandelen “ongeacht hun filosofische, religieuze, pedagogische of methodologische origine”.²⁸⁸

§ 3. *Verantwoord onderscheid inzake onderwijs*

714. Bijzonder aan artikel 24 § 4 is dat het een aspect van de gelijkheidstoets expliciteert. De tweede zin van deze bepaling voorziet namelijk dat de wetgever rekening dient te houden met “objectieve verschillen” die een aangepaste behandeling verantwoorden. Deze bevestiging van het objectiviteitscriterium impliceert niet dat elk objectief onderscheid verantwoord is. Ook in onderwijsaangelegenheden

280 G. CRAENEN, *l.c.*, 48.

281 L. VENY, “De gelijkheid van de ‘lat’: de onderwijsrechtspraak van het Arbitragehof inzake artikel 24, § 4 Gec. G.W.”, *l.c.*, 51.

282 Arbitragehof nr. 26/92, 10 juni 1992, 2.B.2.

283 Reeds tijdens de parlementaire voorbereidingen werd dit duidelijk. Zo stelde de bevoegde staatssecretaris het volgende: “Het ontwerp van art. 17 handelt bewust niet over de gelijkheid of de eigen karakteristieken van de grote gevestigde ‘netten’. De tekst ligt niet in de lijn van de strekking om alle onderwijs te herleiden tot twee blokken, het neutrale en het katholieke. Wel wordt het bestaansrecht erkend van vele mogelijke initiatieven van diverse soorten inrichters. Onze Grondwet waarborgt een ruime pluriformiteit van initiatieven ook en vooral binnen het ‘vrije net’. Dit laat voor de toekomst vele evoluties open, waarvan de huidige ‘alternatieve scholen’ (Steiner e.d.) wellicht slechts een voorbode zijn.” (*Parl. St. Senaat B.Z.* 1988, nr. 100-1/2, 36).

284 *Ibid.*

285 Dit bleek reeds uit de verklarende nota van de regering (*Parl. St. Senaat B.Z.* 1988, nr. 100-1/1, 5) en werd nadien bevestigd in de rechtspraak van het Arbitragehof. Zie bv. Arbitragehof nr. 19/93, 4 maart 1993 (inzake de toelatingsvoorwaarden) en Arbitragehof nr. 38/94, 10 mei 1990 (inzake de financiering).

286 Zie o.a. *Parl. St. Senaat B.Z.* 1988, nr. 100-1/1, 5.

287 Over de vraag of ook internaten onder het begrip “onderwijsinstelling” kunnen worden gebracht bestond aanvankelijk enige onduidelijkheid. In de verklarende nota van de regering werd gesteld dat internaten buiten de werkingssfeer van art. 24 § 4 vielen. Deze zienswijze was in de rechtsleer voorwerp van kritiek (zie o.a. J. DE GROOF, *De grondwetsherziening van 1988 en het onderwijs*, 148-151 en J. VELAERS, *Van Arbitragehof tot Grondwettelijk Hof*, 238-240). Uiteindelijk besliste het Arbitragehof dat art. 24 § 4 ook van toepassing is op internaten: “Uit de aard zelf van de zaak volgt dat internaten dienen ter ondersteuning van een school of andere inrichting waar onderwijs wordt verstrekt. Bovendien kan het bestaan van internaten in bepaalde gevallen noodzakelijk zijn om de ouders de mogelijkheid te bieden hun door art. 17 § 1, gewaarborgde schoolkeuze daadwerkelijk te doen” (Arbitragehof nr. 26/92, 2 april 1992, 2.B.2.).

288 J. VELAERS, *Van Arbitragehof tot Grondwettelijk Hof*, 238.

dient aan de voorwaarden van pertinentie en evenredigheid te zijn voldaan.²⁸⁹ De grondwetgever heeft daarenboven een van de objectieve verschillen uitdrukkelijk in de tekst vermeld: “de eigen karakteristieken van iedere inrichtende macht”. Volgens de verklarende nota van de regering gaat het om “de verschillende natuur van de diverse inrichtende machten: de Gemeenschap, andere openbare besturen en vrije feitelijke of rechtspersonen”.²⁹⁰ In de rechtspraak van het Arbitragehof wordt de eigenheid van het gemeenschapsonderwijs en het gesubsidieerd vrij onderwijs als volgt uitgedrukt:

In tegenstelling tot het gemeenschapsonderwijs dat belast is met een openbare dienst in de organieke betekenis van het woord, is het gesubsidieerd vrij onderwijs een functionele openbare dienst, m.a.w. een dienst die ten behoeve van geheel de bevolking of een gedeelte ervan op privé-initiatief wordt georganiseerd met het oog op het vervullen van een taak van algemeen belang.²⁹¹

715. Het Arbitragehof heeft al verschillende keren de gelegenheid te baat genomen om de eigen karakteristieken van de inrichtende machten te identificeren.²⁹² Ter illustratie: de Gemeenschap is, in tegenstelling tot andere inrichtende machten, ertoe gehouden bestendig in te staan voor een voldoende gespreid onderwijsaanbod op het gehele grondgebied²⁹³; de instellingen van het gesubsidieerd vrij onderwijs zijn er niet toe verplicht, zoals de instellingen van het gemeenschapsonderwijs, alle kandidaat-leerlingen op te nemen²⁹⁴; de scholen ingericht door openbare besturen zijn krachtens artikel 24 § 1 laatste lid van de Grondwet ertoe gehouden tot het einde van de leerplicht de keuze aan te bieden tussen onderricht in een van de erkende godsdiensten en de niet-confessionele zedenleer.²⁹⁵ Ook het eigendomsstelsel waaraan schoolgebouwen zijn onderworpen²⁹⁶ en het dienstverband van het personeel²⁹⁷ variëren naargelang het gaat om een openbare dan wel vrije inrichtende macht.

716. Uiteraard kunnen ook andere objectieve criteria dan degenen die verband houden met de karakteristieken van de inrichtende macht, een ongelijke behandeling inzake onderwijs rechtvaardigen. Een aantal voorbeelden van mogelijke objectieve verschillen is opgesomd in de verklarende nota van de regering.²⁹⁸ Zo wordt melding

289 Dit werd reeds erkend in de verklarende nota van de regering. Zie *Parl. St. Senaat B.Z.* 1988, nr. 100-1/1, 6.

290 *Parl. St. Senaat B.Z.* 1988, nr. 100-1/1, 5-6. De verklarende nota geeft vier voorbeelden van “eigen karakteristieken” van de inrichtende macht: een school van de Gemeenschap heeft bepaalde verplichtingen en kan bv. geen leerlingen weigeren; de techniek van financiering van de bouw van scholen is anders naar gelang de Gemeenschap eigenaar wordt (gemeenschapsonderwijs) of niet (gesubsidieerd onderwijs); de bezoldiging van het personeel (wedde in het gemeenschapsonderwijs versus weddetoelage in het vrij onderwijs) en het statuut van het personeel (“contractueel” versus “statutair”) (*ibid.*).

291 Arbitragehof nr. 26/92, 2 april 1992, 3.B.6. Zie J. DE GROOF, “Interpretaties vanwege het Arbitragehof van het artikel 17 van de Grondwet”, *T.O.R.B.* 1991-92, 248-251.

292 Voor een overzicht zie L. VENY, “De gelijkheid van de ‘lat’: de onderwijsrechtspraak van het Arbitragehof inzake artikel 24, § 4 Gec. G.W.”, *l.c.*, 53-55.

293 Bv. Arbitragehof nr. 26/92, 2 april 1992, 3.B.6.

294 Bv. Arbitragehof nr. 27/92, 2 april 1992, 4.B.2.

295 *Ibid.*

296 Bv. Arbitragehof nr. 27/92, 2 april 1992, 5.B.2.

297 Bv. Arbitragehof nr. 66/99, 17 juni 1999, B.3.3.

298 *Parl. St. Senaat B.Z.* 1988, nr. 100-1/1, 6.

gemaakt van de “eigen kenmerken van scholen” die relevant kunnen zijn voor een onderscheid inzake financiering. Gedacht werd onder meer aan het onderwijsniveau, de onderwijsvorm, de afstand tussen scholen van eenzelfde net en het aanbieden van de keuze tussen onderwijs in een van de erkende godsdiensten of de niet-confessionele zedenleer. Daarnaast moet volgens de verklarende nota ook rekening worden gehouden met de “geografische en sociologische inplanting” van scholen (bv. de afstand tot collectieve voorzieningen en de concentratie migrantenkinderen).²⁹⁹ Voorts besteedt de verklarende nota ook aandacht aan de mogelijke verschillen tussen leerlingen of ouders, bijvoorbeeld voor wat betreft de toekenning van studietoelagen. Ondertussen bestaat er een uitgebreide rechtspraak waarin sommige van deze en andere verschillen aan artikel 24 § 4 van de Grondwet werden getoetst.³⁰⁰

Afdeling 2. Artikel 172

§ 1. Algemeen

717. Een tweede bijzondere toepassing van het gelijkheidsbeginsel is het verbod van discriminatie inzake belastingen, dat is opgenomen in artikel 172 van de Grondwet (oud art. 112 van de Grondwet).³⁰¹

Inzake belastingen kunnen geen voorrechten worden ingevoerd.

Geen vrijstelling of vermindering van belasting kan worden ingevoerd dan door een wet.

718. Het verbod op het invoeren van “voorrechten” in de eerste alinea moet worden gezien als een reactie van destituante tegen de fiscale bevoorrechtiging van

²⁹⁹ *Ibid.*

³⁰⁰ Zie o.a. L. VENY, “De gelijkheid van de ‘lat’: de onderwijsrechtspraak van het Arbitragehof inzake artikel 24, § 4 Gec. G.W.”, *l.c.*, 53 e.v.

³⁰¹ Over het discriminatieverbod in fiscale materies, zie o.a. R. ANDERSEN, “Le Conseil d’Etat et le principe d’égalité en matière fiscale”, in R. ANDERSEN en J. MALHERBE (eds.), *Protection des droits fondamentaux du contribuable*, Brussel, Bruylant, 1993, 41-62; E. COLLA, “L’élaboration de la loi fiscale. La règle de l’égalité devant l’impôt dans la jurisprudence de la Cour d’arbitrage”, *Act. dr.* 1993, 295-319; J. KIRKPATRICK, “L’égalité devant l’impôt en droit belge”, in *L’égalité*, III, Brussel, Bruylant, 1975, 7-71; E. KRINGS, “L’égalité en matière fiscale dans la jurisprudence de la Cour de Cassation”, in R. ANDERSEN en J. MALHERBE (eds.), *Protection des droits fondamentaux du contribuable*, Brussel, Bruylant, 1993, 63-93; L. NEEFS, “De gelijkheid in het fiscaal recht”, *R.W.* 1992-93, 30-33; H. SIMONART en A. RASSON, “La jurisprudence de la Cour d’Arbitrage”, in R. ANDERSEN en J. MALHERBE (eds.), *Protection des droits fondamentaux du contribuable*, Brussel, Bruylant, 1993; S. VAN CROMBRUGGE, “De gelijkheid in het fiscaal recht”, *R.W.* 1991-92, 1203-1210; S. VAN CROMBRUGGE, “De gelijkheid in het fiscaal recht”, *Rev. dr. U.L.B.* 1999, 143-184; F. VANISTENDAEL, “De rechtsbescherming van de belastingplichtige onder de Belgische Grondwet: het gelijkheidsbeginsel”, in X, *Liber Amicorum A. Tiberghien*, Antwerpen, Kluwer, 1984, 381-396; J. VAN HOUTTE, *Beginselen van het Belgisch belastingrecht*, Gent, Story-Scientia, 1966, 154-155; P. VAN ORSHOVEN, “‘Inzake belastingen kunnen geen voorrechten worden ingevoerd’. Het gelijkheidsbeginsel in belastingzaken”, in X, *Knelpunten in de fiscale rechtspraak*, Antwerpen, Kluwer, 1994, 1-23; K. VLIEGHE en N. GODEFROID, “Vergelijkende analyse van het fiscale non-discriminatiebeginsel in het Belgisch intern recht, het Verdragsrecht en het Europees belastingrecht”, in X, *Fiscaal Praktijkboek 2003-04. Directe belastingen*, 89-139 en E. WILLEMART, *Les limites constitutionnelles du pouvoir fiscal*, Brussel, Bruylant, 1999, 169-250.

bepaalde standen in het Ancien Régime.³⁰² Zowel in de rechtspraak als de rechtsleer bestaat er echter een algemene consensus dat deze bepaling niets meer is dan een toepassing van het algemeen grondwettelijk discriminatieverbod.

Overwegende (...) dat artikel 112 van de Grondwet, dat het beginsel van de gelijkheid van de Belgen voor de Belastingwet tot uitdrukking brengt, een bijzondere toepassing vormt van artikel 6 van de Grondwet, waarin het beginsel van de gelijkheid van de Belgen voor de wet in het algemeen is verwoord.³⁰³

De artikelen 6 en *6bis* van de Grondwet hebben een algemene draagwijdte. Zij verbeiden elke discriminatie, ongeacht de oorsprong ervan: de grondwettelijke regels van gelijkheid en van niet-discriminatie zijn van toepassing ten aanzien van alle rechten en vrijheden die aan de Belgen zijn toegekend. Zij gelden ook in fiscale aangelegenheden. Artikel 112 van de Grondwet bevestigt dit trouwens; deze bepaling is immers een precisering of bijzondere toepassing van het in artikel 6 van de Grondwet geformuleerde algemene gelijkheidsbeginsel.³⁰⁴

719. Overeenkomstig de tweede alinea van artikel 172 van de Grondwet is het verlenen van vrijstelling of vermindering van belasting voorbehouden aan de wetgever. Het betreft hier een toepassing van het legaliteitsbeginsel dat de gelijkheid van de burgers in de toepassing van de fiscale wet moet garanderen (de gelijkheid *voor* de wet).

720. Net als het algemeen discriminatieverbod heeft het gelijkheidsbeginsel inzake belastingen een hele evolutie doorgemaakt. Vele van de voor de ontwikkeling van het algemeen discriminatieverbod belangrijke arresten hadden trouwens betrekking op fiscale materies. Oorspronkelijk volstond het dat allen die in dezelfde feitelijke omstandigheden verkeerden, op dezelfde wijze werden belast.³⁰⁵ Aan het gelijkheidsbeginsel was dan ook voldaan zodra de belasting een algemeen en onpersoonlijk karakter had.³⁰⁶ In deze rechtspraak is verandering gekomen vanaf eind jaren '60, begin jaren '70. Vandaag wordt een ongelijke behandeling op het vlak van de fiscaliteit onderworpen aan de vaste criteria voor de toetsing aan de artikelen 10 en 11 van de Grondwet (*cf. supra* nrs. 635 e.v.).

302 J. VAN HOUTTE, *o.c.*, 154.

303 R.v.St., *gemeente Lanaken*, nr. 33.905, 30 januari 1990.

304 Arbitragehof nr. 20/91, 4 juli 1991, B.3.

305 Zie bv. R.v.St., *Brouwerij Wielemans-Ceuppens*, nr. 181, 9 december 1949 en Cass. 29 oktober 1968, *Arr. Cass.* 1969, 235.

306 Deze visie laat grote ongelijkheden toe. Ze verhindert namelijk niet dat wordt gewerkt met willekeurige categorieën. In de rechtsleer is het voorbeeld gegeven van een belasting opgelegd aan al de personen van wie de naam met een bepaalde letter begint. Voor de historische evolutie van de inhoud van het fiscale gelijkheidsbeginsel kan o.a. worden verwezen naar S. VAN CROMBRUGGE, "De gelijkheid in het fiscaal recht", *Rev. dr. U.L.B.* 1999, 145-148.

§ 2. Bijzondere kenmerken fiscaal discriminatieverbod

A. Financieel of budgettair doel van belastingen

721. Het doel dat met belastingen wordt nagestreefd is meestal van budgettaire of financiële aard. VAN CROMBRUGGE drukt dit als volgt uit: “Het hoofddoel van een belastingsregeling bestaat er veelal eenvoudig in de Schatkist te stijven en daartoe verschillende categorieën van belastingplichtigen aan te spreken in verhouding tot hun onderscheiden inkomens- en vermogenstoestand. Die financiële hoofddoelstelling van de belasting maakt de omvang van een exploitatie of inkomen in het algemeen een objectief onderscheidingscriterium, dat in redelijk verband staat tot de doelstelling. Hetzelfde geldt voor de progressiviteit van de belasting”.³⁰⁷ Het verkrijgen van de middelen die nodig zijn om de werking van de openbare instellingen te verzekeren kan duidelijk als een doelstelling van algemeen belang worden aangemerkt.³⁰⁸ Dit oogmerk rechtvaardigt op zich echter niet dat de belastingheffende overheid een onderscheid in behandeling invoert tussen verschillende categorieën belastingplichtigen.³⁰⁹ Zo overwoog het Arbitragehof dat “[d]e omstandigheid dat de belasting bestemd is om financiële middelen te scheppen, (...) haar berekeningswijze” niet verantwoord.³¹⁰

722. Naast financiële overwegingen worden met belastingen vaak ook allerhande “nevendoelellingen” van morele, economische, sociale, esthetische of ecologische aard nagestreefd. Ook dit zijn doeleinden van algemeen belang die de federale overheid, gelet op zijn fiscale autonomie, door middel van belastingen kan bevorderen. Met betrekking tot de andere overheden is de situatie complexer. Overeenkomstig de rechtspraak van de Raad van State kunnen ondergeschikte besturen slechts belastingen heffen binnen de perken van hun bevoegdheid. Zo vernietigde de Raad een belastingreglement van de Brusselse agglomeratie waarmee onder meer culturele oogmerken werden nagestreefd.³¹¹ Wat de gemeenten betreft, bestaat er in dit verband echter tegenstrijdige rechtspraak van de Raad van State en het Hof van Cassatie. Dit laatste besliste al zeer vroeg dat het de gemeenten vrij staat met belastingen doelstellingen van openbare moraliteit na te streven.³¹² In de rechtsleer is dit standpunt bijgetreden en is geargumenteed dat het kan worden uitgebreid naar andere nevendoeleinden.³¹³ De Raad van State is evenwel de mening toegedaan dat gemeenten bepaalde van hun sociale of economische betrachtingen niet met fiscale middelen kunnen nastreven.³¹⁴ Wat, tot slot, de Gemeenschappen en de Gewesten

307 *Ibid.* 157.

308 E. COLLA, *l.c.*, 316.

309 E. WILLEMART, *o.c.*, 189.

310 Arbitragehof nr. 16/92, 12 maart 1992, B.3.5.

311 R.v.St., nr. 39.203, 9 april 1992. Zie hieromtrent P. VAN ORSHOVEN, *l.c.*, 10-12.

312 Cass. 19 oktober 1896, *Pas.* 1896, I, 287. Zie ook Luik 2 mei 1990, *F.J.F.* 1990, nr. 90/140.

313 Zie S. VAN CROMBRUGGE, “De gelijkheid in het fiscaal recht”, *Rev. dr. U.L.B.* 1999, 158-159, en de aldaar geciteerde rechtsleer.

314 R.v.St., *gemeente Holsbeek*, nr. 17.514, 16 maart 1976.

betreft, aanvaardt het Arbitragehof dat een deelstatelijke belasting een neveneffect heeft dat niet binnen de haar toegewezen bevoegdheid valt.³¹⁵

B. Ruime beoordelingsvrijheid overheid inzake belastingen

723. De rechtspraak kent de belastingheffende overheid een ruime beoordelings- en beleidsvrijheid toe. De rechter zal slechts marginaal toetsen. Het komt hem niet toe zich uit te spreken over de opportuniteit van een fiscale maatregel. Zo blijkt uit een analyse van de rechtspraak van het Arbitragehof dat het Hof inzake belastingen enkel “de meest flagrante schendingen van het gelijkheidsbeginsel, waarvoor geen enkele verantwoording te vinden is” zal veroordelen.³¹⁶ Een verklaring hiervoor is dat de fiscale politiek bij uitstek een beleidsaangelegenheid is die belangrijke maatschappelijke keuzes reflecteert. Een goede illustratie van de terughoudendheid van het Arbitragehof zijn de verschillende arresten over de milieutaksen. Zowel de selectie van de producten die in aanmerking kwamen voor deze belasting als de differentiaties tussen de producten onderling, werd in bijna alle gevallen aanvaard.³¹⁷

Het komt de wetgever toe te beoordelen of/en in welke mate de zorg voor de milieu-bescherming verantwoordt dat offers worden opgelegd aan degenen die een rol spelen in het economisch gebeuren. De keuze van de producten waarop een milieutaks wordt geheven, de vaststelling van het tarief van de milieutaks, het bepalen van de belastingplichtigen die ervan zijn vrijgesteld en van de datum van inwerkingtreding behoren eveneens tot de beoordelingsbevoegdheid van de wetgever. De wetgever zou echter de grondwettelijke regels van de gelijkheid en de niet-discriminatie schenden mocht hij bij het vaststellen van degenen die de milieutaks verschuldigd zijn en degenen die ervan zijn vrijgesteld of bij het onderwerpen van de belastingplichtigen aan verschillende stelsels, een kennelijk willekeurig of onredelijk onderscheid maken.³¹⁸

724. Het Arbitragehof stelt zich dus terughoudend op bij de analyse van de concrete, feitelijke verantwoording van een onderscheid tussen situaties of producten. Enkel wanneer er voor een maatregel geen enkele wetenschappelijke basis voorhanden is zal een schending worden vastgesteld.³¹⁹ Wetenschappelijke zekerheid is echter niet vereist. Het Hof houdt dan ook weinig rekening met door de verzoekende partijen aangehaalde wetenschappelijke studies die de argumentatie van de overheid in vraag moeten stellen. Ter illustratie kan opnieuw worden verwezen naar de rechtspraak inzake de milieutaksen.

Hoewel er in wetenschappelijke kringen geen volstrekte eensgezindheid bestaat over de bijzondere milieuschadelijkheid van PVC, heeft de wetgever op grond van de hem

315 S. VAN CROMBRUGGE, “De gelijkheid in het fiscaal recht”, *Rev. dr. U.L.B.* 1999, 159-160. Zie o.a. Arbitragehof nr. 31/92, 23 april 1992, 5.B.2.

316 S. VAN CROMBRUGGE, “De gelijkheid in het fiscaal recht”, *Rev. dr. U.L.B.* 1999, 172.

317 *Ibid.* 164-165.

318 Arbitragehof nr. 7/95, 2 februari 1995, B.3.5. en B.3.6.

319 E. WILLEMART, o.c., 197-198. Zie bv. Arbitragehof nr. 1/93, 7 januari 1993, B.1.4. en B.1.5.

bekend zijnde gegevens, in redelijkheid kunnen aannemen dat aan PVC-verpakkingen meer milieuproblemen zijn verbonden dan aan andere verpakkingen.³²⁰

725. Hoger werd reeds belicht dat bij het maken van een kwantitatief onderscheid de verscheidenheid van toestanden mag worden opgevangen in categorieën die slechts op benaderende wijze met de werkelijkheid overeenstemmen (*cf. supra* nr. 657). Dit principe is uiteraard ook van belang in fiscale zaken. Daarenboven is het Arbitragehof bereid rekening te houden met de doeltreffendheid van de differentiatiecriteria en de administratieve en infrastructurele kosten van de toepassing ervan.

Wanneer de fiscale wet tegelijk belastingplichtigen beoogt met verscheiden inkomens- en vermogenstoestand, dient zij deze verscheidenheid aan toestanden noodzakelijkerwijs op te vangen in categorieën die met de werkelijkheid slechts overeenstemmen op vereenvoudigende en benaderende wijze. Dat is des te meer het geval nu in het fiscaal recht de doeltreffendheid van de criteria en de administratieve kosten van de toepassing ervan in aanmerking moeten worden genomen bij de beoordeling van de vraag of zij op redelijke wijze kunnen worden verantwoord. Aan de hand van die gegevens moet worden nagegaan of de wetgever zijn beoordelingsbevoegdheid niet is te buiten gegaan.³²¹

C. Passende afbakening in fiscale zaken

726. Het gelijkheidsbeginsel vereist niet alleen dat gelijke gevallen gelijk worden behandeld, maar verhindert evenzeer dat personen of situaties die fundamenteel verschillend zijn aan een gelijke behandeling worden onderworpen (*cf. supra* nrs. 6 en 634). In de context van het fiscaal recht betekent dit dat het gelijk belasten van fundamenteel verschillende toestanden verboden is. Dit impliceert dat de categorieën die de belastingheffende overheid vaststelt voldoende homogeen en volledig moeten zijn.³²² Zij mogen niet te ruim (overinclusief) of te eng (onderinclusief) worden omschreven.³²³ Ter illustratie kan worden verwezen naar het arrest van het Arbitragehof waarin werd geoordeeld dat een belasting op afvalwater van het Waals Gewest de Grondwet schond omdat het wezenlijk verschillende categorieën, namelijk ondernemingen die hun afvalwater loosden in het oppervlaktewater dan wel in de riolering, aan een gelijke regeling onderwierp.

Het door de decreetgever nagestreefde doel staat hem niet toe zonder verantwoording industriële ondernemingen aan eenzelfde regeling te onderwerpen, waartussen dat wezenlijk verschil bestaat ten aanzien van de ter beoordeling staande maatregel, dat zij hun afvalwater in het oppervlaktewater dan wel in de riolering loodsen.³²⁴

320 Arbitragehof nr. 7/95, 2 februari 1995, B.3.8.

321 Arbitragehof nr. 20/91, 4 juli 1991, B.10.

322 S. VAN CROMBRUGGE, "De gelijkheid in het fiscaal recht", *Rev. dr. U.L.B.* 1999, 177.

323 Zie ook E. COLLA, *l.c.*, 317.

324 Arbitragehof nr. 16/92, 12 maart 1992, B.3.5. Twee voorbeelden uit de rechtspraak van de Raad van State zijn R.v.St., *N.V. Charbonnages d'Abhooz et Bonne-Foi-Hareng*, nr. 12.405, 25 mei 1967 en R.v.St., *Bailly*, nr. 32.370, 12 april 1989.

SELECTE BIBLIOGRAFIE

- ALEN, A., *Handboek van het Belgisch Staatsrecht*, Antwerpen, Kluwer, 1995, 519-528.
- BEGUELIN, M., “Réflexions sur l'égalité devant la loi. A propos d'une divergence entre la jurisprudence de la Cour de Cassation et celle du Conseil d'état”, in *L'Égalité*, IV, Brussel, Bruylant, 1975, 86-104.
- BEIRLAEN, A., “De toepassing van het gelijkheidsbeginsel in de rechtspraak van de Raad van State”, *R.W.* 1991-92, 1223-1228.
- DE JONGHE, J. en REYNTJENS, F., “De twijfels van het Hof van Cassatie”, *R.W.* 1975-76, 2113-2130.
- DE LY, F., “Het gelijkheidsbeginsel in het contractenrecht”, *R.W.* 1991-92, 1141-1160.
- GOEDERTIER, G., “De gelijkheid van vrouwen en mannen in de Grondwet”, in X, *Mensenrechten. Jaarboek 2001-2002 van het Interuniversitair Centrum Menschenrechten*, Antwerpen, Maklu, 2003, 17-55.
- INGBER, L., “À propos de l'égalité dans la jurisprudence belge”, in *L'Égalité*, I, Brussel, Bruylant, 1971, 12-13.
- INGBER, L., “Recht en gelijkheid”, in *Gelijkheid*, VI, Brussel, Bruylant, 1981, 13-48.
- LEROY, M., “Sur la frontière entre distinction admissible et discrimination prohibée”, in *Mélanges R. Vander Elst*, Brussel, Nemesis, 1986, 557-69.
- MARTENS, P., “Egalité et non-discrimination devant le Conseil d'Etat”, in ALEN, A. en LEMMENS, P. (eds.), *Gelijkheid en non-discriminatie*, Antwerpen, Kluwer, 1991, 135-197.
- MAST, A., *Overzicht van het Belgisch grondwettelijk recht*, Gent, Story-Scientia, 1981, 500-511.
- MAST, A., “Het gelijkheidsbeginsel”, *T.B.P.* 1962, 132-137.
- MEERSSCHAUT, F., “Overzicht van rechtspraak. De rechtspraak van het Arbitragehof ten behoeve van de private rechtspraktijk 1992-1997”, *T.P.R.* 1998, 889-1084.
- MOERENHOUT, R., “Bijzondere Wet van 6 januari 1989 op het Arbitragehof. Art. 1°”, in X, *Publiek Procesrecht, Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Antwerpen, Kluwer, losbl.
- PIRET, J.M., “Egalité et non-discrimination dans la jurisprudence de la Cour de cassation”, in ALEN, A. en LEMMENS, P. (eds.), *Gelijkheid en non-discriminatie*, Antwerpen, Kluwer, 1991, 117-133.
- RIMANQUE, K., “De paradoxale werking van het gelijkheidsbeginsel”, *R.W.* 1992-93, 6-15.
- RIMANQUE, K., *De Grondwet, toegelicht, gewikt en gewogen*, Antwerpen, Intersentia, 2003, 31-41.
- SCHOLSEM, J.-C., “L'égalité devant la Cour d'Arbitrage”, in *Liber Amicorum Krings*, Brussel, Story-Scientia, 1991, 773-787.

- SEUTENS, L.P., “Gelijkheid en non-discriminatie in de rechtspraak van het Arbitragehof”, in ALEN, A. en LEMMENS, P. (eds.), *Gelijkheid en non-discriminatie*, Antwerpen, Kluwer, 1991, 95-115.
- THEUNIS, J., “Het gelijkheidsbeginsel. Juridisch interpretatiekader, met bijzondere aandacht voor ‘corrigerende ongelijkheden’ en doorwerking in private rechtsverhoudingen”, in X, *Publiekrecht. De Doorwerking van het publiekrecht in het privaatrecht, Postuniversitaire cyclus Willy Delva 1996/1997*, Gent, Mys & Breesch, 129-181.
- VAN CROMBRUGGE, S., “De gelijkheid in het fiscaal recht”, *Rev. dr. U.L.B.* 1999, 143-184.
- VANDE LANOTTE, J. en GOEDERTIER, G., *Overzicht publiek recht*, Brugge, die Keure, 2001, 319-347.
- VAN DROOGHENBROECK, S. en HACHEZ, I., “L’introduction de l’égalité entre les homes et les femmes dans la Constitution”, *Rev. b. dr. const.* 2002, 2, 153-182.
- VANHEULE, D., *Amerikaanse modellen van grondwettigheidstoetsing toegepast op de rechtspraak van het Arbitragehof over de artikelen 10 en 11 van de Grondwet*, thesis, Universiteit Antwerpen, 2001.
- VAN HEUVEN, D., “Enkele beschouwingen over het gelijkheidsbeginsel”, *R.W.* 1990-91, 585-596.
- VAN LAETHEM, G., “Artikel 6 van de Grondwet”, *Jura Falc.* 1967-68, nr. 2, 19-31.
- VELAERS, J., *Van Arbitragehof tot Grondwettelijk Hof*, Antwerpen, Maklu, 1990, 166-204.
- VELAERS, J., *De Grondwet en de Raad van State, afdeling wetgeving*, Antwerpen, Maklu, 1999, 63-83.

Deel IV

Antiracismewet

HOOFDSTUK 1. ACHTERGRONDEN EN ONTSTAANSGESCHIEDENIS

Afdeling 1. Totstandkoming

§ 1. Verworpen voorstellen

727. De Wet van 30 juli 1981 tot bestraffing van bepaalde door racisme of xenofobie ingegeven daden (Antiracismewet)¹ is de oudste van België's wettelijke instrumenten ter bestrijding van discriminatie. De eerste aanzet tot de totstandkoming ervan, was echter nog eens twintig jaar eerder. Al in 1960 werd er in de Senaat door ROLIN, ORBAN, GEORGE, DERBAIX en VERMEYLEN een voorstel ingediend “houdende strafbaarstelling van uitingen van rassenhaat of godsdienstige onverdraagzaamheid”.² In de Kamer werd nauwelijks een week later een vergelijkbaar voorstel ingediend door MOULIN en DEJACE “ter beteugeling van de opruiing tot rassenhaat en antisemitisme”.³ Beide voorstellen waren vooral gericht op de heropleving van antisemitisme en (neo)nazisme in België (en de rest van Europa).⁴

728. In december van 1966 dienden GLINNE, BOEL, TERWAGNE, BOHY en CUDELL een voorstel in tot bestraffing van bepaalde door racisme of xenofobie ingegeven daden.⁵ Het doel van dit voorstel was ruimer dan de voorgaande en beoogde de bescherming van de “talrijke vreemdelingen” die ten gevolge van naoorlogse migratiestromen (hetzij als vluchteling, hetzij als “gastarbeider”) in België

1 B.S. 8 augustus 1981. Gewijzigd bij Wet 15 februari 1993 (B.S. 19 februari 1993), 12 april 1994 (B.S. 14 mei 1994), 7 mei 1999 (B.S. 25 juni 1999), 20 januari 2003 (B.S. 12 februari 2003) en 20 januari 2003 (B.S. 14 mei 2003). De wet wordt ook wel aangeduid als Racismewet en Wet-MOUREAUX.

2 Voorstel van wet houdende strafbaarstelling van uitingen van rassenhaat of godsdienstige onverdraagzaamheid, *Parl. St.* Senaat 1959-60, nr. 99/1. Het voorstel zag – zoals de titel al doet vermoeden – enkel op *uitingen* (in woord, geschrift of gebaren) van “vijandschap jegens personen die behoren tot een bepaald ras of een bepaalde geloofsbelijdenis”. Daden werden niet gevisieerd.

3 Wetsvoorstel ter beteugeling van de opruiing tot rassenhaat en antisemitisme, *Parl. St.* Kamer 1959-60, nr. 411/1. Naast uitingen van vergelijkbare aard als bedoeld in het voorstel-ROLIN, voorzag dit voorstel tevens in strafverzwaringen voor onder de strafwet vallende daden die gepleegd werden met een racistisch of antisemitisch motief (*cf. infra* nrs. 1340-1347).

4 Zie *Parl. St.* Senaat 1959-60, nr. 99/1, 1; *Parl. St.* Kamer 1959-60, nr. 411/1, 1.

5 Wetsvoorstel tot bestraffing van bepaalde door racisme of xenofobie ingegeven daden, *Parl. St.* Kamer 1966-67, nr. 309/1, 1. Vgl. *Parl. St.* Kamer 1980-81, nr. 214/9, 3.

terecht gekomen waren.⁶ Het voorstel werd echter niet direct aanvaard. GLINNE en DEJARDIN hebben het vervolgens herhaaldelijk (en nagenoeg ongewijzigd)⁷ opnieuw ingediend, maar – door gebrek aan algemene politieke wil⁸ en opeenvolgende kamerontbindingen⁹ – zonder resultaat (respectievelijk op 2 juli 1968, 13 maart 1973, 16 mei 1974 en 25 januari 1978).¹⁰

§ 2. Internationaalrechtelijke impuls: V.N.-Rassendiscriminatieverdrag¹¹

729. In de nazomer van 1975 keurt België het op 7 maart 1966 door de Verenigde Naties tot stand gebrachte Internationaal Verdrag inzake de uitbanning van alle vormen van rassendiscriminatie goed (V.N.-(Rassendiscriminatie)verdrag).¹² Artikel 4 van dit verdrag legt aan de ondertekenende staten onder meer de verplichting op om wetgeving tot stand te brengen om racistische daden en het verspreiden van denkbeelden die gegrond zijn op rassenhaat te beteugelen. Meer bepaald luidt het artikel als volgt:

De Staten die partij zijn bij dit Verdrag veroordelen alle propaganda en alle organisaties die berusten op denkbeelden of theorieën die uitgaan van de superioriteit van een bepaald ras of een groep personen van een bepaalde huidskleur of etnische afstamming, of die trachten rassenhaat en rassendiscriminatie in enige vorm te rechtvaardigen of te

- 6 Het voorstel beoogde de invoeging van een aantal nieuwe strafbepalingen in het Strafwetboek, waaronder de volgende zaken: de discriminatie van “vreemdelingen” of op grond van ras door de openbare macht; beledigen of haat of geweld (trachten te) verwekken tegen “vreemdelingen” of op grond van ras; discriminatie van vreemdelingen of op grond van ras bij het leveren of aanbieden van goederen of diensten. Op dit voorstel werd door LE GRÈVE een amendement ingediend betreffende de bestraffing van het geven van ruchtbaarheid aan discriminatie bij het leveren of aanbieden van goederen of diensten.
- 7 De belangrijkste wijziging was ingegeven door het genoemde amendement van LE GRÈVE (zie vorige noot). Zie ook *Parl. St. Kamer* 1977-78, nr. 258/1, 1; *Parl. St. Kamer* 1979, nr. 214/1, 1.
- 8 *Parl. St. Kamer* 1979, nr. 214/9, 3.
- 9 F. ERDMAN, “Wijziging van de wet van 30 juli 1981 tot bestraffing van bepaalde door racisme en xenofobie ingegeven daden”, *I.c.*, 25.
- 10 Het ging respectievelijk om: Wetsvoorstel tot bestraffing van bepaalde door racisme of xenofobie ingegeven daden, *Parl. St. Kamer* 1968, nr. 22/1 (GLINNE, BOEL, HUREZ, BAUDSON en CUDELL); Wetsvoorstel tot bestraffing van bepaalde door racisme of xenofobie ingegeven daden, *Parl. St. Kamer* 1972-73, nr. 501/1 (DEJARDIN, BOEL, HUREZ, BAUDSON en GONDRIY); Wetsvoorstel tot bestraffing van bepaalde door racisme of xenofobie ingegeven daden, *Parl. St. Kamer* 1974-75, nr. 54/1 (DEJARDIN, BOEL, HUREZ, BAUDSON en GONDRIY); Wetsvoorstel tot bestraffing van bepaalde door racisme of xenofobie ingegeven daden, *Parl. St. Kamer* 1977-78, nr. 258/1 (GLINNE, GONDRIY, DEJARDIN, DEGROEVE en VAN VELTHOVEN). Vgl. B. RENSON, “Racisme, wet en publieke opinie”, *T. Vreemd.* 1985, nr. 32, 9-10; C.G.K.R., *Jaarverslag 1999: Medeburgers en landgenoten*, Brussel, C.G.K.R., 2000, 67-68; M. VAN DE PUTTE, “Wet racisme en xenofobie: 20 jaar rechtspraktijk”, *T. Vreemd.* 2001, nr. 3, 189; X, “Anti-racismewetgeving”, in *Administratieve wegwijzer voor vreemdelingen, vluchtelingen, migranten*, afl. 30, Brussel, Kluwer-VOCOM, 2000, XII, 139-140.
- 11 Zie algemeen K. GROENENDIJK, “Betekenis en gebruik van internationale normen inzake rassendiscriminatie”, *T. Vreemd.* 1986, nr. 40, 3-10; N. LERNER, *The U.N. Convention on the Elimination of all Forms of Racial Discrimination*, Alphen aan den Rijn, Sijthoff & Noordhoff, 1980; E. SCHWELB, “The international Convention on the Elimination of all forms of racial discrimination”, *I.C.L.Q.* 1966, vol. 15; A. WOLTJER, “Het internationaal verdrag inzake de uitbanning van alle vormen van rassendiscriminatie”, *N.J.C.M.-Bulletin* 1999, nr. 3, 407-418. Zie specifiek in relatie tot de Antiracismewet: C.G.K.R., *Aanpak discriminatie en racisme*, Brussel, Politeia, 2004, 5-6.
- 12 Door middel van de Wet 9 juli 1975 houdende goedkeuring van het Internationaal Verdrag inzake de uitbanning van alle vormen van rassendiscriminatie, opgemaakt te New York op 7 maart 1966, *B.S.* 11 december 1975.

bevorderen, en nemen de verplichting op zich onverwijld positieve maatregelen te nemen die erop zijn gericht aan elke vorm van aanzetting tot of aan elke uiting van een zodanige discriminatie een einde te maken en met het oog daarop, met inachtneming van de beginselen vervat in de Universele Verklaring van de Rechten van de Mens en van de rechten die uitdrukkelijk worden genoemd in artikel 5 van dit Verdrag, onder andere:

- a. strafbaar bij de wet te verklaren het verspreiden, op welke wijze ook, van denkbeelden die zijn gegrond op rassuperioriteit of rassenhaat, aanzetting tot rassendiscriminatie, zomede alle daden van geweld of aanzetting daartoe, die zijn gericht tegen een ras of een groep personen van een andere huidskleur of etnische afstamming, alsook het verlenen van steun aan tegen bepaalde rassen gerichte activiteiten, waaronder begrepen de financiering daarvan;
- b. organisaties, alsook georganiseerde en alle andere propaganda-activiteiten die rassendiscriminatie in de hand werken en daartoe aanzetten, onwettig te verklaren en te verbieden, en deelneming aan zodanige organisaties of activiteiten als strafbaar bij de wet aan te merken;
- c. niet toe te staan dat overheidsorganen of overheidsinstellingen, hetzij op nationaal, hetzij op plaatselijk niveau, rassendiscriminatie bevorderen of daartoe aanzetten.

730. Met de Belgische ratificatie van deze tekst werd een nieuwe (internationaal-rechtelijke) impuls gegeven aan het uitvaardigen van wetgeving terzake.¹³ De Antiracismewet moet in juridisch opzicht dan ook in de eerste plaats beschouwd worden als de uitvoering van deze internationale verplichting.¹⁴ Tijdens de voorbereidingen is ook geregeld naar het verdrag verwezen.¹⁵ Belangrijk is in dit opzicht echter wel dat België met betrekking tot het verdrag een voorbehoud heeft gemaakt in relatie tot de vrijheid van meningsuiting, de vrijheid van vergadering en van vereniging.¹⁶ Dit luidt als volgt:

Ten einde te voldoen aan de voorschriften van artikel 4 van het Internationaal Verdrag inzake de uitbanning van alle vormen van rassendiscriminatie zal België er voor zorgen dat zijn wetgeving in overeenstemming wordt gebracht met de verbintenissen die het aangaat door Partij te worden bij het bedoelde Verdrag. Het Koninkrijk België wil

- 13 X, "Anti-racismewetgeving", *l.c.*, 140; B. DEJEMEPPE, "De bestraffing van racistische gedragingen: stand van zaken anno 1996", *Panopticon* 1996, 316; J. HOFKENS en S. DEMEESTERE, *Discriminatierecht in de arbeidsverhoudingen*, Mechelen, Kluwer uitgever / Ced.Samsom, 2003, 27;
- 14 E. BOUTMANS, *o.c.*, 12; W. MAHIEU, "Racisme en ontkenning van genocide", in F. GORLÉ (ed.), *Strafrechtelijke kwalificaties met jurisprudentie, bijzondere wetten*, Brugge, die Keure, 2002, X, 1; L. DUPONT, "De wet van 30 juli 1981 tot bestraffing van bepaalde door racisme of xenofobie ingegeven daden", *Panopticon* 1981, nr. 5, 504; E. BOUTMANS, *De toepassingsmogelijkheden van de racismewet*, Gent, Liga voor Mensenrechten, 1989, 12; L. DENYS, *Vreemdelingenrecht, commentaar*, Heule, U.G.A., 1993, 139; C.G.K.R., *Aanpak discriminatie: regelgeving en rechtspraktijk*, Brussel, Politieia, 2002, 4-5; F. ERDMAN, "Wijziging van de wet van 30 juli 1981 tot bestraffing van bepaalde door racisme en xenofobie ingegeven daden", *l.c.*, 26.
- 15 De tekst werd zelfs bij het Kamerverslag gevoegd (zie *Parl. St. Kamer* 1980-81, nr. 214/9, 6). Naast het verdrag is in de voorbereidingen uitdrukkelijk verwezen naar de resolutie van de Raad van Europa van 31 oktober 1968 betreffende de te nemen maatregelen tegen ophitsing tot rassenhaat en vreemdelingenhaat (*Parl. St. Kamer* 1980-81, nr. 214/9, 6). VOORHOOF geeft ten slotte aan dat België met de wet ook tegemoet komt aan de verplichtingen van het Internationaal Verdrag inzake Burgerrechten en Politieke rechten (I.V.B.P.R.) (D. VOORHOOF, *Handboek mediarecht*, Brussel, Larcier, 2003, 84).
- 16 B.S. 11 december 1975. Naar het betreffende voorbehoud werd tijdens de voorbereidingen van de Antiracismewet ook meermaals verwezen (zie o.m. *Parl. St. Senaat* 1980-81, nr. 594/2, 6).

evenwel de nadruk leggen op het belang dat het hecht aan het feit dat artikel 4 van het Verdrag bepaalt dat de in de alinea's a, b en c bedoelde maatregelen zullen worden genomen met inachtneming van de beginselen vervat in de Universele Verklaring van de Rechten van de Mens en van de rechten die uitdrukkelijk worden genoemd in artikel 5 van het Verdrag. Bijgevolg is het Koninkrijk België van oordeel dat de bij artikel 4 opgelegde verplichtingen dienen samen te gaan met het recht op vrijheid van mening en meningsuiting, alsmede met het recht op vrijheid van vreedzame vergadering en vereniging. Deze rechten worden afgekondigd in de artikelen 19 en 20 van de Universele Verklaring van de Rechten van de Mens en opnieuw bevestigd in de artikelen 19 en 21 van het Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten. Ze worden insgelijks vermeld in de punten viii en ix van alinea d, van artikel 5, van het bedoelde verdrag. Daarenboven wil het Koninkrijk België de nadruk leggen op het belang dat het eveneens hecht aan de eerbiediging van de rechten vermeld in het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden, met name in de artikelen 10 en 11 respectievelijk met belichting tot de vrijheid van mening en van meningsuiting en de vrijheid van vreedzame vergadering en vereniging.

731. Ondanks de ratificatie was het pas in 1979 dat het voorstel werd ingediend dat ook effectief leidde tot de totstandkoming van de Antiracismewet op 30 juli 1981.¹⁷ De oorspronkelijke wet was een door de regering gewijzigde versie van het (voor de zesde maal) heringediende voorstel-GLINNE¹⁸, waardoor België in grote lijnen voldeed aan de verplichtingen van het V.N.-Verdrag.¹⁹

- 17 De totstandkoming werd, naar verluidt, versneld onder invloed van drie schokkende aanslagen in Bologna, Parijs, en vooral ook tegen de Antwerpse synagoge in de Nerviërsstraat. Zie B. RENSON, "Racisme, wet en publieke opinie", *l.c.*, 22; J. VELAERS, "Verdraagzaamheid ook t.a.v. onverdraagzamen? Enkele beschouwingen over de beteugeling van racistische en xenofobe uitingen in een democratische samenleving", in X, *Recht en verdraagzaamheid in de multiculturele samenleving*, Antwerpen, Maklu, 1993, 306; P. KONGS, "De wet op het racisme een maat voor niets", *Barreel* 1984, nr. 27, 14-18. Zie ook *Hand. Senaat* 18 juli 1981, 2228-2229.
- 18 Wetsvoorstel tot bestraffing van bepaalde door racisme of xenofobie ingegeven daden, *Parl. St. Kamer* 1979, 214/1 (ingediend op 28 juni 1979 door GLINNE, GONDY, DEJARDIN, DE-GROEVE en VAN VELTHOVEN). In datzelfde jaar werden in de Senaat nog twee andere voorstellen ingediend met hetzelfde doel. Op 18 oktober werd een voorstel ingediend door KEVERS en VANDEWIELE dat letterlijk overeenkwam met het in de Kamer ingediende voorstel (*Parl. St. Senaat* 1979-80, nr. 272/1). Een hiervan enigszins afwijkend voorstel werd op 29 november door KEVERS, EGELMEERS, MOUREAUX, CLAEYS en RENARD ingediend (*Parl. St. Senaat* 1979, nr. 309/1). Voor een vergelijking van deze en eerdere voorstellen, zie *Parl. St. Senaat* 1980-81, nr. 594/2, 3-7.
- 19 Het voorstel was ten aanzien van eerdere versies aangepast om tegemoet te komen "aan de door België aangegane internationale verplichting" (*Parl. St. Kamer* 1979, nr. 214/1, 3). In de loop van de behandeling werden deze aanpassingen – in belangrijke mate d.m.v. regeringsamendementen – verder doorgetrokken (zie o.m. *Parl. St. Kamer* 1980-81, nr. 214/4). Door deze amendementen werd het voorstel ook omgevormd tot een aparte wet: aanvankelijk ging het om invoegings- en wijzigingsbepalingen in Boek II, Sw. en het Decreet op de drukpers van 20 juli 1831. De regering achtte regeling in een aparte wet echter verkieslijk "aangezien de verspreiding in diverse teksten (...) de duidelijkheid en de rechtszekerheid kan schaden" (*ibid.*, 3). Ook is gesteld dat "dit procédé een betere psychologische weerklank zal hebben" (*Hand. Kamer* 10 februari 1981, 1200). De omvorming ging echter tegen de wil in van de indieners van het voorstel. Hun protesten, en die van andere tegenstanders, hadden o.m. betrekking op het vermeende gevolg "dat de tekst als een uitzonderingswet zou voorkomen en dat de parketten zouden aarzelen om op de toepassing ervan toe te zien. Bovendien heeft de Franse wet [bedoeld wordt de wet waarop het Belgische voorstel mede gestoeld was: Loi no 72-546 du 1 juillet 1972 relative à la lutte contre le racisme, *Journal Officiel* 2 juli 1972], die dezelfde techniek gebruikt als het voorstel (...) aangetoond dat die techniek doelmatig is" (*Parl. St. Kamer* 1980-81, nr. 214/9, 18).

732. Naast de internationaalrechtelijke verplichtingen werd in de voorbereidingen sterk de nadruk gelegd op gebeurtenissen die zouden duiden op de maatschappelijke en politieke noodzaak van de wet:

Twee factoren moeten daarbij worden onderstreept. Enerzijds is daar de economische crisis. Ze is een voedingsbodem, waaruit reacties opschieten zoals het verstoten van vreemdelingen, die voortaan als mededingers in de strijd om een behoorlijk levenspeil of als aansprakelijk voor die crisis worden ervaren. Anderzijds is er het recente ontstaan van nieuwe racistische theorieën en het weer opduiken van oude antisemitische opvattingen (...).²⁰

§ 3. Oorspronkelijke wet

733. De oorspronkelijke wet stelde in essentie vijf misdrijven strafbaar, te weten:

1. in het openbaar aanzetten tot rassendiscriminatie, rassenscheiding, haat of geweld tegen personen of groepen (art. 1, 1^o en 2^o);
2. publiciteit geven aan zijn voornemen rassendiscriminatie te bedrijven (art. 1, 3^o);
3. bedrijven van rassendiscriminatie bij het aanbieden of leveren van goederen of diensten op een plaats toegankelijk voor het publiek (art. 2);
4. behoren tot of medewerking verlenen aan een groep of vereniging die openlijk en herhaaldelijk rassendiscriminatie of rassenscheiding bedrijft (art. 3);
5. bedrijven van rassendiscriminatie in de uitoefening van een openbaar ambt (art. 4).

734. De straffen voor de genoemde daden werden aanvankelijk bewust matig gehouden.²¹ In het parlement werden voor deze voorkeur drie redenen aangevoerd:

Eerst is er de weigering om een soort quakerwetgeving tot stand te brengen die de kwalen, die zij wil bestrijden, in de hand werkt. Voorts is er de vrees dat een overdreven onverzettelijkheid de parketten die met de vordering zijn belast, zal ontmoedigen. Ten slotte is er het dubbele feit dat de wet de uitdrukking dient te zijn van de afkeuring van een samenleving, die zelf het product is van twintig eeuwen christendom en van twee eeuwen rationalisme – die beide een beroep doen op het geweten van de mens – en dat ze geen repressief doel hoeft te hebben. De evolutie van de gedachtenstromingen en de strijd tegen vooroordelen behoren veeleer tot het domein van de opvoeding dan tot dat van het strafrecht, dat alleen gewettigd wordt door het bestaan van overtredingen.²²

²⁰ *Parl. St.* Kamer 1980-81, nr. 214/9, 4. Vgl. *Hand.* Kamer 10 februari 1981, 1191, 1197 en 1199.

²¹ De straffen die stonden op inbreuk op de verschillende artikelen, waren als volgt: art. 1 en 3 – een gevangenisstraf van 8 dagen tot 6 maanden en/of een geldboete van 26 tot 500 frank; art. 2 – een sanctie van 8 dagen tot 3 maanden en/of een geldboete 26 tot 200 frank; art. 4 – een gevangenisstraf van 15 dagen tot 1 jaar.

²² *Parl. St.* Kamer 1980-81, nr. 214/9, 9. Vgl. *Hand.* Senaat 18 juli 1981, 2227. In de M.v.T. worden de (grotendeels analoge) argumenten ietwat anders geformuleerd: “Het christendom doet sedert twintig eeuwen en het rationalisme sedert twee eeuwen via de opvoeding een beroep op het geweten van de mens zonder dat zij er evenwel in geslaagd zijn hem door hun oproepen of acties te overtuigen. Bijgevolg moet de afkeuring door de gemeenschap van de door racisme of xenofobie ingegeven concrete daden ook tot uiting komen in een gematigde bestraffing. Het is belangrijk op dit punt bij de bestraffing matiging te betrachten: bij de in de dertiger jaren in de Verenigde Staten ingevoerde

735. Teneinde de toepassing van de wet beter te verzekeren, maakte de wet het ten slotte mogelijk voor instellingen van openbaar nut en bepaalde verenigingen om in rechte op te treden in alle rechtsgeschillen waartoe de toepassing van de wet aanleiding geeft (art. 5).²³

Afdeling 2. Doorgevoerde wijzigingen

§ 1. Gebrekkige werking: statistieken en verklaringen

736. Al vroeg gingen er stemmen op om de wet slagvaardiger te maken.²⁴ De oorzaak hiervan was de gepercipieerde ondoeltreffendheid van de wet. De statistieken tot (en met) 1991 waren als volgt.²⁵ Van de in totaal 1.667 klachten resulteerden er om te beginnen slechts 1.341 in een beslissing. Van deze laatste ging het om 1.280 (95.4 %) seponeringen. Slechts in 21 gevallen (1.5 %) volgde een veroordeling, terwijl 11 zaken (0.8 %) eindigden in een vrijspraak. 7 zaken (0.5 %) eindigden in een minnelijke schikking.²⁶

737. VELAERS stelt dat deze gebrekkige werking – zijns inziens ten onrechte – niet heeft “geleid tot een fundamentele bezinning over de zin van een strafrechtelijke aanpak van het racisme en xenofobie”.²⁷ Het falen van de wet werd overwegend geweten aan enerzijds een terughoudendheid van slachtoffers, die uit angst voor represailles zelden bereid zouden zijn om klacht in te dienen of toestemming te geven

→ prohibitie en de desbetreffende Quakerwetgeving moet worden aangetekend dat elke soortgelijke wetgeving zich tegen de wetgever kan keren en de kwalen die ze wil bestrijden, in de hand kan werken” (*Parl. St.* Kamer 1979, nr. 214/1, 3). In de oorspronkelijk voorbereidingen wordt ook herhaaldelijk het besef geuit dat een juridische aanpak en “wetten onvoldoende zijn om het racisme op doelmatige wijze tegen te gaan” (*Parl. St.* Kamer 1980-81, nr. 214/9). Zie ook *Parl. St.* Kamer 1980-81, nr. 214/1, 5-6; *Hand.* Kamer 10 februari 1981, 1197, 1199, 1200. Desalniettemin achtte men een juridische aanpak ook noodzakelijk: enerzijds ter bestrijding van uitingen van racisme “in afwachting dat (...) opvoeding betere vruchten afwerpt” en anderzijds als ondersteuning van die opvoeding, door middel van “een strafwetgeving die de strijd tegen racisme bestempelt als een van de grote waarden van onze maatschappij” (*Parl. St.* Senaat 1980-81, nr. 594/2, 9). Vgl. verder B. RENSON, “Racisme, wet en publieke opinie”, *l.c.*, 14.

23 *Cf. infra* nrs. 1031-1045 voor een uitvoerige discussie van de verschillende elementen van het optreden in rechte.

24 Zie voor één van deze vroege criticasters: P. KONGS, *l.c.*, 14. Ook voor de totstandkoming van de wet hadden reeds bepaalde parlementsleden – die het wel eens waren met de noodzaak om racisme en xenofobie te bestrijden – sterke twijfels over het nut en de doeltreffendheid van de aanstaande wet; gesproken werd o.m. van “een denkbeeldige en bedrieglijke bijdrage (...) tot de strijd tegen het racisme” (*Parl. St.* Senaat 1980-81, nr. 594/2, 8; vgl.: *Hand.* Senaat 18 juli 1981, 2231 (STORME)). Ook in de rechtsleer vindt men voorafgaande kritische commentaren, zoals G. DE MOFFAERTS, “Het wetsvoorstel tot bestraffing van sommige door racisme en xenofobie ingegeven daden”, *Bareel* 1980, nr. 12/13, 27-28.

25 Zie *Vr. en Antw.* Kamer 1989-90, 5 maart 1990, 8551 (Vr. nr. 388 PERDIEU) en *Vr. en Antw.* Kamer 1991-92, 9 april 1992, 1727 (Vr. nr. 40 COLLA). Zie ook *Parl. St.* Senaat 1991-92, nr. 117/1, 3; *Parl. St.* Senaat 1993-94, nr. 117/2, 25; *Hand.* Kamer 1993-94, 1046; *Parl. St.* Kamer 1993-94, nr. 1-294/3, 8; *Parl. St.* Kamer 2000-01, nr. 1407/1, 6; *Parl. St.* Kamer 2000-01, nr. 1407/5, 6.

26 De overige 22 zaken bleven onbeslist door buitenvervolginstelling of om andere redenen (onontvankelijkheid, onbevoegdheid, verjaring enz.).

27 J. VELAERS, “Verdraagzaamheid ook t.a.v. onverdraagzamen? Enkele beschouwingen over de betegeling van racistische en xenofobe uitingen in een democratische samenleving”, *l.c.*, 308. Vgl. B. DEJEMEPPE, *l.c.*, 321; D. CUYPERS, “Advies aangaande art. 2bis antiracismewet: bevoegdheid correctionele rechtbank versus arbeidsrechtbank”, in C.G.K.R., *Jaarverslag 1997: Op-Stap naar gelijkwaardigheid*, Brussel, C.G.K.R., 1998, 206-207.

om de strafvordering op gang te brengen. Anderzijds werd het falen van de wet toegeschreven aan een terughoudendheid in de toepassing van de strafwet in de verschillende fasen van de strafrechtsketen:

[De] politie zou de klachten niet overmaken aan het parket, de klachten die rechtstreeks bij het parket worden ingediend, zouden meestal zonder meer worden geseponeerd, de burgerlijke partijstellingen bij de onderzoeksrechter zouden meestal uitmonden in een buitenvervolginstelling door de raadkamer of de kamer van inbeschuldigingstelling, en de enkele zaken die dan toch tot bij de strafrechter raken zouden stuiten op een aarzelende houding om de wet tot te passen.²⁸

§ 2. Eerste wijziging: Wet 15 februari 1993

738. Toch lieten ingrijpende wijzigingen lange tijd op zich wachten. De eerste (formeel beperkte) aanpassing die plaatsvond, was op basis van de Wet van 15 februari 1993 tot oprichting van een Centrum voor Gelijkheid van Kansen en voor Racismebestrijding.²⁹ Door middel van een wijzigingsbepaling in deze wet werd in de Antiracismewet ingevoegd dat het bij die wet opgerichte Centrum voor Gelijkheid van Kansen en voor Racismebestrijding (C.G.K.R.) vanaf zijn totstandkoming in rechte zou kunnen optreden in de rechtsgeschillen waartoe de toepassing van de Antiracismewet aanleiding geeft.³⁰ Een belangrijke reden voor de oprichting van het C.G.K.R. was om de Antiracismewet beter ingang te doen vinden.

§ 3. Tweede wijziging: Wet 12 april 1994

739. De eerste grote wijziging van de wet zelf kwam er pas na twaalf jaar, met de Wet van 12 april 1994 tot wijziging van de wet van 30 juli 1981 tot bestraffing van bepaalde door racisme of xenofobie ingegeven daden.³¹ Het voorstel tot deze wijziging was in 1990 voor de eerste keer ingediend in de Senaat door ERDMAN, maar werd aanvankelijk verworpen. STOCKX geeft aan dat dit voorstel na de

28 J. VELAERS, “Verdraagzaamheid ook t.a.v. onverdraagzamen? Enkele beschouwingen over de betugeling van racistische en xenofobe uitingen in een democratische samenleving”, *l.c.*, 308. Vgl. W. VAN LAETHEM, *Vademecum racismewet. Een beknopte bespreking van de wet van 30 juli 1981 tot bestraffing van bepaalde door racisme en xenofobie ingegeven daden*, Brussel, Ministerie van Binnenlandse Zaken, 1996, 3-4 (zie ook W. VAN LAETHEM, *Vademecum sur la loi sur le racisme. Un aperçu sur la loi du 30 juillet 1981 tendant à réprimer certains actes inspirés par le racisme ou la xénophobie*, Bruxelles, Ministère de l’Intérieur, 1996).

29 B.S. 19 februari 1993. Zie B. HUBEAU, “Het centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding”, *Panopticon* 1994, 495-502.

30 Hiermee vermeed men dat het C.G.K.R., net als overige instellingen en verenigingen, vijf jaar rechtspersoonlijkheid zou moeten hebben, alvorens het in rechte zou kunnen optreden. De betreffende wijzigingsbepaling (art. 7 Wet 15 februari 1993) zag dus op het toenmalige art. 5 van de Antiracismewet en verving het door wat volgt: “De instellingen van openbaar nut en verenigingen die op de dag van de feiten sedert tenminste vijf jaar rechtspersoonlijkheid bezitten, met uitzondering van het Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding dat niet onder deze termijn valt, en zich statutair tot doel stellen de rechten van de mens te verdedigen of rassendiscriminatie te bestrijden, kunnen in rechte optreden in alle rechtsgeschillen waartoe de toepassing van deze wet aanleiding kan geven, wanneer afbreuk is gedaan aan hetgeen zij statutair nastreven” [onze cursivering].

31 B.S. 14 mei 1994.

verkiezingen van 24 november 1991 (met grote winst voor het Vlaams Blok) meer steun kreeg, zodat het opnieuw werd ingediend op 29 januari 1992.³²

740. Het maatschappelijk debat kreeg nog een nadere impuls van Europa. Op 21 april 1993 stemde het Europees Parlement een resolutie over “de heropleving van racisme en vreemdelingenhaat in Europa en het gevaar van rechts-extremistisch geweld”.³³ De resolutie stelde onder meer dat “racisme en vreemdelingenhaat de grondslagen van de democratie, de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden, alsook de gemeenschappelijke grondwettelijke tradities van de lidstaten” ondermijnen.³⁴

741. Onder invloed van deze tendensen kwam volgens commentatoren de discussie over de wijziging van de Antiracismewet in een stroomversnelling terecht.³⁵ Het wetsontwerp werd op 31 maart 1994 definitief gestemd. De wetswijziging bracht een gevoelige uitbreiding van het toepassingsgebied en de gestrengheid van de Antiracismewet.³⁶ De belangrijkste hiervan waren de volgende:

- het verzwaren van de strafmaat om de parketten tot vervolging aan te zetten³⁷, en om voorlopige hechtenis mogelijk te maken³⁸;

32 R. STOKX, “De vernieuwingen aan de racismewet: meer dan een laagje vernis?”, *Panopticon* 1994, 504. Vgl. B. RENSON, “Du renforcement de la lutte contre le racisme et xénophobie: du rêve à la réalité”, *Rev. dr. étr.* 1995, nr. 82, 4. Het ging meer bepaald om het volgende voorstel: Voorstel van wet houdende wijziging van de wet van 30 juli 1981 tot bestraffing van bepaalde door racisme of xenofobie ingegeven daden, *Parl. St.* Senaat 1991-92, nr. 117/1 (ERDMAN, WINTGENS, LOZIE en SEEUWS).

33 *PB.* 1993, C. 150. Ook de Raad van de Europese Gemeenschappen had in 1990 een resolutie uitgevaardigd inzake de bestrijding van racisme en vreemdelingenhaat, waarin de Raad opriep tot wettelijke maatregelen ter bestrijding van racisme en tot stringente toepassing van deze regelgeving (Resolutie van de Raad en de Vertegenwoordigers van de Regeringen van de lidstaten, in het kader van de Raad bijeen, van 29 mei 1990 betreffende de bestrijding van racisme en vreemdelingenhaat, *PB.* 1990, C. 157/1-3). Vgl. J. VELAERS, “Verdraagzaamheid ook t.a.v. onverdraagzamen? Enkele beschouwingen over de beteugeling van racistische en xenofobe uitingen in een democratische samenleving”, *L.c.*, 308.

34 *PB.* 1993, C. 150/127.

35 R. STOKX, “De vernieuwingen aan de racismewet: meer dan een laagje vernis?”, *L.c.*, 504. Een aantal belangrijke wijzigingen van het voorstel vond nog plaats naar aanleiding van de ideeën en suggesties van de zogenaamde “Verontruste Juristen”, een groep juristen van de rechtsfaculteit van de K.U.Leuven, bestaande uit K. BOON, L. DE CAUTER, E. DE SMIJTER, K. HOFACK, F. HUTSEBAUT, P. KLINKHAMERS, S. PARMENTIER, L. PETRE, J. PUT, G. SPIESSENS, R. STOKX, K. TINDEMANS, G. VAN DER BIESEN, W. VAN LAETHEM en K. VERRITH (zie X, “Voorstel van wet houdende wijziging van de Wet van 30 juli 1981 tot bestraffing van bepaalde door racisme of xenofobie ingegeven daden, een reactie vanwege de Verontruste Juristen”, *T. Vreemd.* 1992, 299-313. Zie ook *Parl. St.* Senaat 1991-92, nr. 117/2, 3). Ook de inbreng van het Koninklijk Commissariaat voor het Migrantenbeleid (K.C.M.) werd vermeld (*Parl. St.* Senaat 1991-92, nr. 117/2, 4).

36 De meer repressieve weg die men hiermee insloeg in vergelijking met de oorspronkelijke opzet van de wet (*cf. supra* nr. 734) is bekritiseerd tijdens de voorbereidingen van de wet. Zo werd er gewaarschuwd voor averechtse effecten en een teveel aan sociale controle (*Parl. St.* Senaat 1991-92, nr. 117/2, 8).

37 DEJEMEPPE reageerde hier kritisch op en stelt dat er niet noodzakelijk een causaal verband is tussen de zwaarwichtigheid van de strafmaat en de strafvervolgning, maar dat de redenen voor het falen van de wet wellicht elders moeten worden gezocht. De auteur stelt dat de gekozen koers lijkt op een situatie waarin een geneesheer de dosis medicijnen verhoogt zonder eerst een correcte diagnose te stellen, en vervolgens de doeltreffendheid van het gekozen geneesmiddel te onderzoeken (B. DEJEMEPPE, *L.c.*, 321).

38 Zie *Parl. St.* Senaat 1991-92, nr. 117/2, 24-25. Voor het opleggen van een voorlopige hechtenis moet er op een misdrijf minstens een jaar gevangenisstraf staan.

- het invoegen van een definitie van discriminatie in aansluiting bij het V.N.-Rassendiscriminatieverdrag (art. 1 lid 1);
- het schrappen van de openbaarheidsvereiste voor de bestraffing van rassendiscriminatie bij het goederen- en dienstenverkeer (art. 2);
- het bestraffen van discriminatie in de arbeidsverhoudingen (art. 2bis);
- de mogelijkheid voor vakbonden en beroepsorganisaties om zich burgerlijke partij te stellen bij geschillen in de arbeidsverhoudingen (art. 5).

§ 4. Derde wijziging: Wet 7 mei 1999

742. In 1999 werd opnieuw een wetswijziging doorgevoerd, door middel van de Wet van 7 mei 1999 tot wijziging van de wet van 30 juli 1981 tot bestraffing van bepaalde door racisme of xenofobie ingegeven daden alsook de wet van 23 maart 1995 tot bestraffing van het ontkennen, minimaliseren, rechtvaardigen of goedkeuren van de genocide die tijdens de Tweede Wereldoorlog door het Duitse nationaal-socialistische regime is gepleegd.³⁹ Deze aanpassing verleende voor wat de Antiracismewet betreft de rechter de mogelijkheid om bij toepassing van de wet, reeds bij een eerste veroordeling, een bijkomende straf uit te spreken, namelijk de ontzetting uit de burgerlijke en politieke rechten (art. 5bis).

§ 5. Vierde wijziging: Wet 20 januari 2003

743. De voorlopig laatste wijzigingen aan de Antiracismewet vonden plaats door middel van de Wet van 20 januari 2003 tot versterking van de wetgeving tegen het racisme.⁴⁰ De bewuste aanpassingen vonden (vooral) plaats om uitvoering te geven aan Europese verplichtingen.⁴¹ Voor wat betreft de Antiracismewet ging het hierbij met name om de implementatie van Richtlijn 2000/43/EG van 29 juni 2000 houdende toepassing van het beginsel van gelijke behandeling van personen ongeacht ras of etnische afstamming (Rasrichtlijn).⁴² Deze richtlijn bracht een groot aantal verplichtingen op het gebied van (juridische) racismebestrijding met zich mee voor de lidstaten, waaraan door middel van de aanpassingen voldaan zou moeten zijn.⁴³ De belangrijkste wijzigingen aan de Antiracismewet hielden het volgende in⁴⁴:

³⁹ B.S. 25 juni 1999.

⁴⁰ B.S. 12 februari 2003; *err.* B.S. 14 mei 2003.

⁴¹ Naast de implementatie van internationaal-rechtelijke verplichtingen, dienden de aanpassingen tevens om uitvoering te geven aan het toenmalige regeerakkoord en het zogenaamde “Strijdplan tegen discriminatie” dat door de regering op 17 maart 2000 werd goedgekeurd (*Parl. St. Kamer* 2000-01, nr. 1407/1, 3).

⁴² Deze richtlijn werd opgesteld met toepassing van artikel 13 van het Verdrag van Amsterdam. Hetzelfde geldt voor Richtlijn 2000/78/E.G. van 27 november 2000 tot instelling van een algemeen kader voor gelijke behandeling in arbeid en beroep (Kaderrichtlijn). Van deze laatste is de Antidiscriminatiewet deel de implementatie. Zowel de richtlijnen als de Antidiscriminatiewet worden elders uitgebreid besproken in dit boek (*cf. resp. supra* deel II en *infra* deel VI).

⁴³ Voor een overzicht van de implicaties van de Europese richtlijnen op de Belgische strafrechtelijke aanpak van discriminatie, zie A. DE RUYCK, J. DE VRIENDT en W. DE COCK, “Racisme en xenofobie”, in G. VERMEULEN (ed.), *Aspecten van Europees materieel strafrecht*, Antwerpen/Apeldoorn, Maklu 2002, 335-379.

⁴⁴ De wijzigingen die aangebracht werden aan de Antiracismewet door middel van de Wet van 20 januari 2003 zijn niet de enige ontwikkelingen die relevant zijn voor “rasgerelateerde” discriminatiegronden. De laatste wet bevat namelijk enerzijds ook relevante wijzigingsbepalingen voor

- het opdracht geven tot discriminatie, werd beschouwd als equivalent aan discriminatie (art. 1 lid 2);
- de straffen die golden voor de discriminatie van een persoon in de omstandigheden van artikel 2bis van de wet, werden ook toepasbaar gemaakt ingeval van discriminatie van “een groep, een gemeenschap of de leden ervan”;
- ten slotte werd de arbeidsinspectie bevoegd verklaard om toezicht te houden op de naleving van de wet en de uitvoeringsbesluiten ervan (art. 5ter).

744. Naast deze inhoudelijke wijzigingen, werden ook een aantal terminologische aanpassingen doorgevoerd. Zo werd ten eerste de term “ras” vervangen door een “zogenaamd ras” (cf. *infra* nrs. 761-763) en “rassenscheiding” werd “segregatie”. Ten tweede werd de terminologie die tot dan toe niet geheel consistent gebruikt werd doorheen de tekst, in beginsel eenvormig gemaakt (tot “een zogenaamd ras, de huidskleur, de afkomst of de nationale of etnische afstamming”).⁴⁵

§ 6. Grondwetsherziening van 7 mei 1999: “correctionalisering” (drukpersmisdrijf)⁴⁶

745. Strikt genomen geen wijziging aan de Antiracismewet zelf, maar desalniettemin wel zeer relevant voor de toepassing van de wet, was de grondwetsherziening van 7 mei 1999.⁴⁷ Daardoor werden “drukpersmisdrijven die door racisme of xenofobie”

→ andere wetgeving (te weten: de Wet 15 februari 1993 tot oprichting van een Centrum voor Gelijkheid van Kansen en voor Racismebestrijding en de Wet 13 mei 1999 houdende het tuchtstatuut van de personeelsleden van de politiediensten). Verder bevat ook de Antidiscriminatiewet (burgerrechtelijke en straf)bepalingen die van groot belang zijn voor rasgerelateerde gronden, zie hiertoe het hoofdstuk over de Antidiscriminatiewet (cf. *infra* deel VI). Over de onderlinge verhouding tussen beide wetten, zie *infra* nrs. 1312-1314. Zie ook uitgebreid D. VANHEULE, “De antidiscriminatiewet en de antiracismewet”, in X. *Vrijheid en gelijkheid, de horizontale werking van het gelijkheidsbeginsel en de nieuwe antidiscriminatiewet*, Antwerpen, Maklu, 2003, 389-409.

45 Door eerder (onzorgvuldig) aanpassingswerk was in sommige bepalingen nog altijd sprake van “nationaliteit”, terwijl in de rest van de tekst sprake was van (etnische en) “nationale afstamming”. De aanpassing is overigens niet geheel gelukt: in art. 2bis lid 1 is sinds de jongste wijziging sprake van “een zogenaamd ras, huidskleur, afstamming, afkomst of nationaliteit”.

46 De term “correctionalisering” wordt over het algemeen in de rechtsleer terzake gebruikt. SCHAUS geeft evenwel aan dat dit ongepast is omdat “la correctionnalisation est une procédure spécifique qui permet dans les cas où il y aurait lieu de ne prononcer qu’une peine correctionnelle, en raison de circonstances atténuantes ou d’une cause d’excuse, de renvoyer l’inculpé ou le prévenu devant le tribunal correctionnel” (A. SCHAUS, “Le délit de presse raciste”, in P. LAMBERT (ed.), *Les droits de l’homme au seuil du troisième millénaire. Mélanges en hommage à Pierre Lambert*, Brussel, Bruylant, 2000, 736). Om niet af te wijken van de ingeburgerde terminologie terzake, wordt de term in dit werk desalniettemin gehanteerd.

47 Wijziging aan de Grondwet (art. 150) van 7 mei 1999, B.S. 29 mei 1999. Zie o.m. J. VELAERS, “Vrijheid en verantwoordelijkheid: twee grondwettelijke waarden (enkele beschouwingen over de art. 25 en 150 van de Grondwet), in Senaatscommissie voor justitie”, *Justitie en Media*, Brussel, Moniteur Belge, 1996, 81-100; P. CHARLIER, “Chronique de jurisprudence: 1999-2001, la loi du 30 juillet 981 tendant à réprimer les actes inspirés par le racisme ou la xénophobie”, *J. dr. jeun.* 2002, nr. 212, 7-17; F. ERDMAN, “Naar een effectieve vervolging van racistische publicaties en de strafbaarstelling van negationisme in België”, in G.A.I. SCHUIJT en D. VOORHOOF (eds.), *Vrijheid van meningsuiting, racisme en revisionisme*, Gent, Academia Press, 1995, 201-213; M. GRAMMENS, “Wie is bang voor het volk?”, *Jaarboek* 1995, nr. 200, 1677-1678; E. FRANCIS, “Bedenking bij de ‘correctionalisering’ van racistisch geïnspireerde drukpersmisdrijven”, *R.W.* 1999-2000, 377-394; F. TULKENS, “Pour un droit constitutionnel des médias”, *Rev. b. dr. const.* 1999, 13-22; A. SCHAUS, “Les délits de presse à caractère raciste”, in H. DUMONT e.a. (eds.), *Pas de liberté pour les ennemis de la liberté? Groupements liberticides et droit*, Brussel, Bruylant, 2000, 331

→

bie ingegeven zijn” aan de bevoegdheid van het hof van assisen onttrokken en “gecorrectionaliseerd”.⁴⁸ De doelstelling van deze aanpassing was “dat de Wet van 30 juli 1981 tot bestraffing van door racisme of xenofobie ingegeven daden daadwerkelijk zou kunnen worden toegepast”.⁴⁹ Tot die tijd gold voor alle drukpersmisdrijven dat zij krachtens artikel 150 G.W. enkel voor het hof van assisen konden worden vervolgd. In de praktijk kwam dit vanwege een aantal redenen neer op *de facto* straffeloosheid, daar persmisdrijven hoogstzelden⁵⁰ daadwerkelijk voor assisen kwamen.⁵¹ Door de wijziging werden (enkel) racistische drukpersmisdrijven onder de bevoegdheid van de correctionele rechtbank gebracht (*cf. infra* nr. 796).⁵²

→ -356; A. SCHAUS, “Le délit de presse raciste”, *l.c.*, 735-765; V. OST, “Le raciste, le diffamateur et le nouvel article 150 de la Constitution”, *AM* 2000, 27-35; T. VERBIEST, “La presse électronique”, *AM* 2000, 69-79; D. VOORHOOF, “De ‘correctionalisering’ van racistische drukpersmisdrijven: naar een effectieve strafvervolgning?”, in A. BACKS, S. BAETEN, S. GUTWIRTH en K. LEUS (eds.), *De Gordiaanse knoop van de antidemocratische partijen. De wet als tweesnijdend zwaard?*, Gent, Mys & Breesch, 2001, 38-63; J. VRIELINK, S. SOTTIAUX en D. DE PRINS, “Het Vlaams Blok-arrest, artikel 150 van de Grondwet en de interpretatie van de antiracismewet”, *T. Vreemd* 2004, nr. 2, 93-97.

48 Deze ontwikkeling was reeds bepleit door het Koninklijk Commissariaat voor het Migrantenbeleid in zijn eerste rapport (K.C.M., *Integratiebeleid: een werk van lange adem. Deel I: Bakens en eerste voorstellen*, Brussel, K.C.M., 1989), later werd het voorstel heropgenomen door het C.G.K.R. In de periode van indiening van het bewuste – uiteindelijk goedgekeurde – voorstel waren overigens meerdere andere voorstellen van gelijkaardige strekking ingediend. Zie o.m. *Parl. St. Kamer* 1996-97, nr. 1094/1 (SCHUTTRINGER en LOZIE); *Parl. St. Kamer* 1997-98, nr. 1288/1 (CREYF); *Parl. St. Kamer* 1998-99, nr. 1852/1 (LANDUYT); *Parl. St. Senaat* 1996-97, nr. 1-451/1 (ANCIAUX); *Parl. St. Senaat* 1996-97, nr. 1-472/1 (ERDMAN c.s.); *Parl. St. Senaat* 1996-97, nr. 1-548/1 (BOUTMANS c.s.). Het aangenomen voorstel (DE CLERCK c.s.) was inhoudelijk overgenomen van dat van LANDUYT (zie *Parl. St. Kamer* 1998-99, nr. 1936/1, 3).

49 *Parl. St. Kamer* 1998-99, nr. 1936/2, 4.

50 Een uitzondering hierop betrof een toepassing van de Antiracismewet: Assisenhof Bergen 28 juni 1994, C.G.K.R., *De wet van 30 juli 1981 tot bestraffing van bepaalde door racisme of xenofobie ingegeven daden: rechtspraak antiracisme*, Brussel, C.G.K.R., 1999, 167 (*cf. infra* nr. 990).

51 De redenen voor deze situatie waren volgens de parlementaire voorbereidingen als volgt: “Om velerlei redenen, die vooral een opportuniteitsbeoordeling inhouden, is het Openbaar Ministerie weinig geneigd vervolgingen in te stellen tegen auteurs van drukwerken waarvan de inhoud op grond van de Antiracismewet en Negationismewet of andere wetten strafbaar zou kunnen zijn. De redenen zijn onder meer de grote ruchtbaarheid, de lange duur, de kosten en het ontbreken van een beroepsprocedure in geval van assisenprocedure” (*Parl. St. Senaat* 1998-99, nr. 1231/1, 3). Zie verder B. DEJEMEPPE, *l.c.*, 325; A. SCHAUS, “Les délits de presse à caractère raciste”, in H. DUMONT e.a. (eds.), *Pas de liberté pour les ennemis de la liberté? Groupements liberticides et droit*, Brussel, Bruylant, 2000, 331-356; V. OST, “Le raciste, le diffamateur et le nouvel article 150 de la Constitution”, *AM* 2000, 27-35.

52 Het voorstel stootte overigens bij bespreking op sterke weerstand bij met name de leden van het Vlaams Blok, die een veelheid aan amendementen indienden op het voorstel. Zij argumenteerden o.m.: (1) dat het voorstel hen specifiek viseerde; (2) dat de gebruikte terminologie (m.n. “racisme”) te vaag en te politiek geladen was; (3) dat het voorstel in strijd was met de oorspronkelijke doelstellingen van art. 150 G.W. dat juist de bescherming van politieke geschriften beoogde; (4) dat het voorstel een hellend vlak zou scheppen, in de richting van het totalitarisme; (5) dat de uitzondering een schending vormde van het gelijkheidsbeginsel; (6) dat de bevoegdheid van het hof van assisen inzake persmisdrijven een waarborg is dat de Antiracismewet niet “over-ingeroept” wordt (zie: *Parl. St. Kamer* 1998-99, nr. 49-1936/2; *Parl. St. Senaat* 1998-99, nr. 1-1328/3). De voorstanders en indieners waren daarentegen van mening dat de bijzondere behandeling van racistische drukpersmisdrijven verantwoord was om de volgende redenen: (1) het niet absolute karakter van de vrijheid van meningsuiting; (2) verplichtingen op grond van het V.N.-Rassendiscriminatieverdrag; (3) de slechts onrechtstreekse weerslag op het genot van door het E.V.R.M. gewaarborgde rechten en het feit dat in de meeste andere Europese landen de juryrechtspraak niet als wezenlijk voor de persvrijheid wordt beschouwd; (4) het feit dat – anders dan bij de meeste andere drukpersmisdrijven – de slachtoffers in de betrokken problematiek hele groepen of gemeenschappen zijn en niet slechts een of enkele individuen (*Parl. St. Kamer* 1998-99, nr. 1936/1, 4-5).

HOOFDSTUK 2. INHOUD DISCRIMINATIEVERBOD

Afdeling 1. Definitie (art. 1 lid 1)

746. De oorspronkelijke Antiracismewet voorzag niet in een definitie van discriminatie.⁵³ Pas met de wetswijziging van 1994 werd een expliciete definitie ingevoegd.⁵⁴ De Antiracismewet verstaat sindsdien onder discriminatie “elke vorm van onderscheid, uitsluiting, beperking of voorkeur, die tot doel heeft of ten gevolge heeft of kan hebben dat de erkenning, het genot of de uitoefening op voet van gelijkheid van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden op politiek, economisch, sociaal of cultureel terrein of op andere terreinen van het maatschappelijk leven, wordt teniet gedaan, aangetast of beperkt” (art. 1 lid 1 Antiracismewet).

747. Deze definitie is sterk geïnspireerd door die uit het V.N.-Rassendiscriminatieverdrag. Artikel 1 van dit verdrag stelt dat onder “rassendiscriminatie” wordt verstaan “elke vorm van onderscheid, uitsluiting, beperking of voorkeur op grond van ras, huidskleur, afkomst of nationale of etnische afstamming die ten doel heeft de erkenning, het genot of de uitoefening, op voet van gelijkheid, van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden op politiek, economisch, sociaal of cultureel gebied, of op andere terreinen van het openbare leven, teniet te doen of aan te tasten, dan wel de tenietdoening of aantasting daarvan ten gevolge heeft”.

748. Op verschillende punten is de definitie in de Antiracismewet echter aanmerkelijk ruimer.⁵⁵ Zo spreekt het V.N.-Rassendiscriminatieverdrag slechts van onderscheid (uitsluiting, enz.) dat de erkenning, het genot of de uitoefening van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (enz.) *tot doel of ten gevolge* heeft. In de Belgische wet gaat het ook om onderscheid (uitsluiting enz.) dat de genoemde

53 Wel had de rechtspraak een definitie aangeleverd, eveneens in grote lijnen op basis van het V.N.-Rassendiscriminatieverdrag. Het Hof van Beroep te Brussel had op 4 september 1987 rassendiscriminatie omschreven als: “de onderscheiden, uitsluitingen, beperkingen of voordelen, die gesteund worden op het ras, de huidskleur, de afkomst of de nationale of etnische afstamming, die als doel of als gevolg hebben de erkenning, het genot of de uitoefening van de gelijkheidsvoorwaarden van mensenrechten en fundamentele vrijheden te vernietigen of in het gedrang te brengen met de omstandigheid dat de gelijkheid van behandeling slechts wordt geschonden wanneer het onderscheid arbitrair is, met andere woorden, indien het elke objectieve en redelijke rechtvaardiging mist” (Brussel 4 september 1987, *Pas.* 1987, II, 216; *T. Vreemd.* 1987, nr. 45, 42; *Rev. dr. étr.* 1987, nr. 45, 165). Zie ook C.G.K.R., *Aanpak discriminatie en racisme*, 13.

54 De reden voor de invoeging was een gevoelde noodzaak van meer nauwkeurigheid bij de redactie van de wet. Bovendien zou de definitie – naar het oordeel van de indieners – een rationalisatie mogelijk maken van het taalgebruik in de wet en zou het duidelijk positieve actie toelaten (*Parl. St. Senaat* 1991-92, nr. 117/2, 27-28).

55 De verschillen zouden worden verklaard door het feit dat de definitie in de Antiracismewet mede is gebaseerd op de tekst van art. 90*quater* van de Nederlandse Strafwet en in zekere zin ook op de Franse wet terzake (*Parl. St. Senaat* 1991-92, nr. 117/2, 18).

negatieve consequenties ten gevolge *kan* hebben.⁵⁶ Het oogmerk hiervan is de bewijsvoering te vergemakkelijken. KUSTERS schrijft⁵⁷:

Hierdoor is het dus niet noodzakelijk om aan te tonen dat door het gehanteerde onderscheid een fundamenteel recht of een fundamentele vrijheid effectief in het gedrag komt, maar is het voldoende om aan te tonen dat dit daarvan een mogelijk gevolg *kán* zijn.⁵⁸

749. Daarnaast gaat het ook niet – zoals in het V.N.-Verdrag – enkel om onderscheid dat de erkenning (het genot, enz.) van de rechten van de mens *tenietdoet of aantast*, maar ook om onderscheid dat deze erkenning (het genot, enz.) *beperkt*. Een laatste verschilpunt in de definities betreft de aanduiding van het “openbare leven” (V.N.-Rassendiscriminatieverdrag) *versus* het “maatschappelijk leven” (Antiracismewet). Dit heeft evenwel naar de bedoeling van de wetgever niet te maken met de werkingssfeer of reikwijdte van de termen. De term “maatschappelijk leven” zou enkel gekozen zijn om duidelijk(er) te maken dat het om horizontale relaties tussen burgers onderling gaat: het “openbare leven” zou eerder betrekking hebben op de verticale verhoudingen.⁵⁹ De term sluit de privé-sfeer in beginsel af: gedragingen die zich louter situeren in de privé-sfeer zijn niet strafbaar.⁶⁰

750. De in de definitie opgenomen verwijzing naar (een beperking van de uitoefening van) “de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden” zou volgens de meeste rechtsleer niet beperkt zijn tot onmiddellijk afdwingbare rechten⁶¹, en in beginsel moeten worden gelinkt aan de rechten als opgesomd in artikel 5 V.N.-Rassendiscriminatieverdrag.⁶² In de rechtspraak is de verwijzing (nog) breder opgevat:

56 Het deel van de definitie dat stelt dat het gaat om onderscheid dat de nadelige consequenties *ten gevolge heeft of kan hebben*, betreft het equivalent van indirecte discriminatie (cf. *supra* nrs. 9-11). Zie M. VAN DE PUTTE, *l.c.*, 191.

57 *Parl. St.* Senaat 1993-94, nr. 117/2, 29; B. DEJEMEPPE, *l.c.*, 319.

58 J. KUSTERS, “Discriminatie ten opzichte van alloctonen op de private huurmarkt”, in X, *Vrijheid en gelijkheid, de horizontale werking van het gelijkheidsbeginsel en de nieuwe antidiscriminatiewet*, Antwerpen, Maklu, 2003, 553. Zodanig gaat het voorheen klassieke verweer in dit soort gevallen – namelijk dat de dader aanvoert dat hij niet vermoedde dat zijn handeling de verweten gevolgen zou hebben – niet langer op: dit in aansluiting bij de rechtspraak van het Hof van Cassatie (*Parl. St.* Senaat 1991-92, nr. 117/2, 29). In bepaalde rechtspraak is gesteld dat de toevoeging “in overeenstemming [is] met de klassieke leer van het eventueel opzet” (Gent 21 april 2004, www.antiracisme.be (rechtspraakoverzicht)).

59 *Parl. St.* Senaat 1991-92, nr. 117/2, 29.

60 *Ibid.*, 18-19. Vgl. C.G.K.R., *Aanpak discriminatie: regelgeving en rechtspraktijk*, 16; C.G.K.R., *Aanpak discriminatie en racisme*, 15.

61 Zie o.m. C.G.K.R., *Aanpak discriminatie: regelgeving en rechtspraktijk*, 18; C.G.K.R., *Aanpak discriminatie en racisme*, 16.

62 Art. 5 van het Verdrag luidt: “Overeenkomstig de fundamentele verplichtingen vervat in artikel 2 van dit Verdrag nemen de Staten die partij zijn bij dit Verdrag de verplichting op zich rassendiscriminatie in al haar vormen te verbieden en uit te bannen en het recht van een ieder, zonder onderscheid naar ras, huidskleur of nationale of etnische afstamming, op gelijkheid voor de wet te verzekeren, in het bijzonder wat het genot van de navolgende rechten betreft: (a) het recht op gelijke behandeling door de rechterlijke instanties en alle andere organen die zijn belast met de rechtsbedeling; (b) het recht op persoonlijke veiligheid en bescherming door de Staat tegen geweld of lichamelijk letsel, hetzij toegebracht door overheidsdienaren, hetzij door enige andere persoon, groep of instelling; (c) de politieke rechten, in het bijzonder het recht deel te nemen aan verkiezingen – het actieve en passieve kiesrecht –, dat wordt uitgeoefend op grond van een algemeen en gelijk



De rechten van de mens en de fundamentele vrijheden staan (...) voor het geheel van de rechten, welke bescherming bieden tegen een mogelijk machtsmisbruik van de overheid en welke tevens aan eenieder een vrij en menswaardig bestaan moeten waarborgen. Ze worden door de burger ontleend aan onder meer de Grondwet, de Internationale Mensenrechtenverdragen waarbij België partij is en de door de rechtspraak erkende algemene rechtsbeginselen.⁶³

Afdeling 2. Open/gesloten systeem

§ 1. Algemeen

751. Het principe van discriminatie – zoals bepaald in artikel 1 lid 1 – is op zichzelf genomen niet strafbaar, maar dient steeds gelezen te worden in samenhang met de gedragingen die opgesomd worden in de andere artikelen.⁶⁴ Dit maakt de strekking ervan desalniettemin bijzonder belangrijk.

752. In de gehanteerde definitie is intern geen (uitdrukkelijke) verwijzing opgenomen naar de eventuele rechtvaardigbaarheid van onderscheid dat onder het toepassingsgebied van de wet valt. Sommige rechtsleer leidt hieruit af dat elk onderscheid op basis van de discriminatiegronden, waardoor (mogelijk) afbreuk wordt gedaan aan de fundamentele rechten en vrijheden een discriminatie vormt en dat – in de woorden van KUSTERS – “een dergelijk onderscheid op basis van deze criteria nooit objectief te rechtvaardigen en redelijk kan zijn”.⁶⁵ Ook VOORHOOF stelt

→ kiesrecht, het recht deel te nemen aan de Regering, alsmede aan het bestuur van het land op elk niveau, en op voet van gelijkheid te worden toegelaten tot de landsbediening; (d) andere burgerrechten, met name: i. het recht zich vrijelijk te verplaatsen en te verblijven binnen de grenzen van een Staat; ii. het recht elk land, ook het eigen land, te verlaten en naar het eigen land terug te keren; iii. het recht op een nationaliteit; iv. het recht te huwen en zich een echtgenoot te kiezen; v. het recht op eigendom, hetzij alleen, hetzij te zamen met anderen; vi. het recht te erven; vii. het recht op vrijheid van gedachte, geweten en godsdienst; viii. het recht op vrijheid van mening en meningsuiting; ix. het recht op vrijheid van vreedzame vergadering en vereniging; (e) economische, sociale en culturele rechten, met name: i. het recht op arbeid, op vrije keuze van arbeid, op rechtvaardige en gunstige arbeidsvoorwaarden, op bescherming tegen werkloosheid, op een gelijk loon voor gelijke arbeid, op rechtvaardige en gunstige beloning; ii. het recht vakverenigingen op te richten en zich daarbij aan te sluiten; iii. het recht op huisvesting; iv. het recht op openbare gezondheidszorg, geneeskundige verzorging, sociale zekerheid en sociale diensten; v. het recht op onderwijs en opleiding; vi. het recht op gelijke deelneming aan culturele activiteiten; (f) het recht van toegang tot elke plaats of dienst bestemd voor gebruik door het publiek, zoals vervoermiddelen, hotels, restaurants, café's, theaters en parken”.

63 Gent 21 april 2004, www.antiracisme.be (rechtspraakoverzicht). Zie ook Cass. 9 november 2004, www.antiracisme.be (rechtspraakoverzicht). Het Hof van Cassatie stelt dat de betreffende aanduiding “betrekking heeft op rechten van de mens en fundamentele vrijheden waarvan een burger in de Belgische rechtsorde effectief de erkenning, het genot en de uitoefening heeft”.

64 *Parl. St.* Senaat 1991-92, nr. 117/2, 18. Vgl. W. VAN LAETHEM, “Ik ben geen racist maar ... De toepassingsmogelijkheden van de racismewet”, *Vigiles* 1998, nr. 1, 5; C.G.K.R., *Van integratie naar diversiteit, 10 jaar Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding 1993-2003*, Brussel, C.G.K.R., 2003, 89; C.G.K.R., *Aanpak discriminatie: regelgeving en rechtspraktijk*, 16; C.G.K.R., *Aanpak discriminatie en racisme*, 14.

65 J. KUSTERS, *l.c.*, 561.

inzake de meningsuitingen die de wet viseert dat het verbod op discriminatie in de Antiracismewet te kwalificeren valt als een absoluut verbod.⁶⁶

753. Volgens andere commentatoren biedt de wet wel degelijk – minstens inzake nationaliteit, maar principieel ook voor andere gronden – de mogelijkheid van een afweging en dient de rechter zich ter vaststelling van de vraag of er sprake is van discriminatie in de zin van de wet, te baseren op de criteria die hiervoor geboden worden door het Europees Hof voor de Rechten van de Mens en het Arbitragehof.⁶⁷ Ook de voorbereidingen wijzen in deze richting.⁶⁸ Voorts laten verschillende uitspraken zien dat de wet een dergelijke afweging toelaat, of zelfs vereist. Zo oordeelde het Hof van Beroep te Brussel bijvoorbeeld dat:

[L]’égalité de traitement n’est cependant violée que si la distinction est arbitraire, c’est-à-dire si elle manque de justification objective et raisonnable. [I]l n’est pas contraire aux [droits et libertés fondamentales] d’adopter une politique favorable au nationaux et, dans une certaine mesure, aux ressortissants d’états proches tant sur le plan géographique que sur le plan culturel, ni même de réduire certains avantages accordés précédemment dans une conjoncture économique plus favorable.⁶⁹

754. Ook het Hof van Beroep te Gent stelt in het zogenaamde “*Vlaams Blok*-arrest”:

[M]et “ieder onderscheid, uitsluiting, beperking of voorkeur” dient te worden verstaan, zoals klassiek aanvaard bij beperkingen van grondrechten of nog bij de schending van het gelijkheidsbeginsel, ieder onderscheid, uitsluiting, beperking of voorkeur, die de legitimiteits- en proportionaliteitstoets niet kan doorstaan. Een differentiatie die, zoals door het Europees Hof voor de Rechten van de Mens gesteld, “gesteund is op een objectieve en redelijke rechtvaardiging, die te beoordelen is in verband met het doel en de gevolgen van de betreffende maatregel en rekening houdend met de in een democratische samenleving algemeen heersende principes” is geoorloofd.⁷⁰

§ 2. Terughoudende toetsing

755. Met betrekking tot deze afweging is in bepaalde rechtsleer wel bijkomend gesteld dat zij met terughoudendheid gemaakt dient te worden bij de toepassing van de Antiracismewet. Voor de gewone burger zou het namelijk bijzonder moeilijk zijn om de uitkomst van de betrokken afweging te voorzien, voorts zou van

66 D. VOORHOOF, “De wet bestrijding discriminatie als beperking op de expressievrijheid: ultieme realisatie van het gelijkheidsbeginsel of veelkoppig monster?”, in M. DE VOS en E. BREMS (eds.), *Wet Bestrijding Discriminatie in de praktijk*, Antwerpen, Intersentia, 2004, 185. De auteur stelt dit in vergelijking met de definitie van discriminatie uit de Antidiscriminatiewet, welke laatste daarmee in zijn optiek minder verstrekkende implicaties zou hebben dat de definitie uit de Antiracismewet.

67 C.G.K.R., *Aanpak discriminatie: regelgeving en rechtspraak*, 17-19; C.G.K.R., *Aanpak discriminatie en racisme*, 15; S. SOTTIAUX en J. VRIELINK, “De antiracismewet na het Vlaams-blok-arrest”, *NjW* 2004, nr. 75, 724.

68 Zie o.m. *Parl. St. Senaat* 1991-92, nr. 117/2, 19 en 34.

69 Brussel 4 september 1987, *Pas*, 1987, II, 216; *T. Vreemd*, 1987, nr. 45, 42; *Rev. dr. étr.* 1987, nr. 45, 165.

70 Gent 21 april 2004, www.antiracisme.be (rechtspraakoverzicht).

(bepaalde)⁷¹ particulariseren ook niet eenzelfde redelijkheid verwacht kunnen en mogen worden terzake als van een overheid (*cf. supra* nr. 707). In horizontale relaties waarin de Antiracismewet van toepassing is, zou de test dan ook niet met dezelfde mate van gestrengheid kunnen of mogen worden toegepast.⁷² Dit zou *a fortiori* gelden voorzover de definitie van discriminatie in de Antiracismewet ook betrekking heeft op het concept indirecte discriminatie (*cf. supra* noot 56).⁷³ Relevant is in dit opzicht ook het arrest van het Arbitragehof van 6 oktober 2004 met betrekking tot de Antidiscriminatiewet. In zijn arrest accepteerde het Hof weliswaar de strafbaarstelling van discriminatie, maar enkel onder beperkende voorwaarden (*cf. infra* nrs. 1329-1332).⁷⁴

Afdeling 3. Bijzondere verschijningsvorm: opdracht geven tot discriminatie (art. 1 lid 2)

756. Naast de “gewone” vormen van discriminatie, als bedoeld in artikel 1 lid 1, verbiedt de Antiracismewet in lid 2 van hetzelfde artikel nog een bijzondere verschijningsvorm van discriminatie. Het gaat hierbij om “het opdracht geven tot discriminatie”. De grondslag voor deze invoeging in de Antiracismewet is terug te vinden in artikel 2 lid 4 Rasrichtlijn (*cf. supra* nrs. 143-146). De bepaling luidt: “elke handelwijze die er in bestaat om het even wie opdracht te geven tot discriminatie jegens een persoon, een groep, een gemeenschap of de leden ervan, wordt beschouwd als een discriminatie in de zin van deze wet”. Hoewel in dit lid (evenmin overigens als in art. 3) geen melding wordt gemaakt van de discriminatiegronden, wil dat geenszins zeggen dat het zou zien op alle vormen van discriminatie. Ook hier gaat het slechts om de gronden genoemd in artikel 1 lid 3 (e.v.).

757. Het eveneens in veel andere artikelen van de wet gebruikte “groep” betekent simpelweg: meer dan een persoon met vergelijkbare (“discriminatiegevoelige”) kenmerken in de zin van de wet (een uitzondering daarop is het gebruik van de term in art. 3, *cf. infra* nrs. 956-957).⁷⁵

71 Zo lijkt het gerechtvaardigd om aan de maatregelen en handelingen van werkgevers en (vooral grootschalige) aanbieders van goederen en diensten een meer stringente toetsing te verbinden (zie J. HOFKENS en S. DEMEESTERE, *o.c.*, 115).

72 J. VRIELINK, S. SOTTIAUX en D. DE PRINS, “Het Vlaams Blok-arrest, artikel 150 van de Grondwet en de interpretatie van de antiracismewet”, *l.c.*, 102-104. Ter vergelijking wordt door de auteurs verwezen naar de kritiek van de Raad van State op het voorstel van de Antidiscriminatiewet en de rechtsleer terzake (*cf. infra* nrs. 1197-1198).

73 S. SOTTIAUX en J. VRIELINK, “De antiracismewet na het Vlaams-blokarrest”, *l.c.*, 724-725. Opnieuw was dit ook het geval in de Antidiscriminatiewet. Op dit punt achtte de Raad van State destijds in zijn adviezen het legaliteitsbeginsel *a fortiori* geschonden (*Parl. St. Kamer* 2001-02, 1578/2, 5-6), ook werd de kritiek gedeeld door de oppositie en later hernomen in de rechtsleer (*cf. infra* nr. 1330).

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

75 E. BOUTMANS, *o.c.*, 14.

Afdeling 4. Positieve actie

758. De Antiracismewet voorziet niet expliciet in een mogelijkheid tot het voeren van positieve actie (*cf. supra* nr. 12) ten aanzien van groepen met door de wet beschermde kenmerken.⁷⁶ Desalniettemin wordt positieve actie (door de overheid) door verschillende auteurs wel mogelijk geacht onder de wet, minstens zou het niet in strijd zijn met de wet.⁷⁷ Men baseert zich hierbij onder meer op het feit dat het Verdrag van New York, waarvan de Antiracismewet grotendeels een uitvoering is, in artikelen 1.4 en 2.2 positieve actie uitdrukkelijk toestaat.⁷⁸ Ook de parlementaire voorbereidingen lijken in deze richting te wijzen.⁷⁹

759. Of dit betekent dat ook positieve actie door privé-personen toegestaan zou zijn, is niet duidelijk (vgl. *infra* nrs. 1244-1247). Hoe dan ook, dienen de maatregelen te voldoen aan de door het Arbitragehof – in navolging van het Europees Hof – gestelde eisen (*cf. infra* nrs. 1239-1243).

Afdeling 5. Discriminatiegronden (art. 1 lid 3)

760. De Antiracismewet ziet – zoals reeds uit het voorgaande blijkt – niet op discriminatie in het algemeen, maar enkel op discriminatie op basis van een aantal welbepaalde, aan het V.N.-Rassendiscriminatieverdrag ontleende, gronden. Het gaat hierbij momenteel om: “een zogenaamd ras, de huidskleur, de afkomst of de nationale of etnische afstamming”.⁸⁰

76 B. DEJEMEPPE, *I.c.*, 313; C.G.K.R., *Aanpak discriminatie: regelgeving en rechtspraak*, 19. De voorstellen van de “Verontruste juristen” (*cf. supra* voetnoot 35) hebben dit bij de wetswijziging van 1994 nog proberen te veranderen: X, “Voorstel van wet houdende wijziging van de Wet van 30 juli 1981 tot bestraffing van bepaalde door racisme of xenofobie ingegeven daden, een reactie vanwege de Verontruste Juristen”, *I.c.*, 301-302.

77 W. VAN LAETHEM, *o.c.*, 7; C.G.K.R., *Aanpak discriminatie: regelgeving en rechtspraak*, 19-20; C.G.K.R., *Aanpak discriminatie en racisme*, 18.

78 R. STOKX, “De vernieuwingen aan de racismewet: meer dan een laagje vernis?”, *I.c.*, 505; C.G.K.R., *Aanpak discriminatie en racisme*, 18. Art. 1.4 van het verdrag luidt: “Bijzondere maatregelen die uitsluitend zijn genomen voor de behoorlijke ontwikkeling van bepaalde rasgemeenschappen, etnische groepen of personen die bescherming behoeven om hun een gelijk genot of de gelijke uitoefening van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden te verzekeren, worden niet als rassendiscriminatie aangemerkt, mits deze maatregelen niet tot gevolg hebben dat voor verschillende rasgemeenschappen afzonderlijke rechten in stand worden gehouden en zij niet van kracht blijven nadat de oogmerken waarmede zij zijn genomen, zijn bereikt”. Art. 2.2 stelt voorts: “De Staten die partij zijn bij dit Verdrag nemen, indien de omstandigheden dit vereisen, op sociaal, economisch, cultureel en ander gebied, bijzondere en concrete maatregelen ter verzekering van de behoorlijke ontwikkeling of bescherming van bepaalde rasgemeenschappen of daartoe behorende personen, ten einde hen de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden volledig en gelijkelijk te doen genieten. Deze maatregelen mogen, nadat de oogmerken waarmede zij waren genomen, zijn bereikt, in geen geval de instandhouding van ongelijke of afzonderlijke rechten voor verschillende rasgemeenschappen tot gevolg hebben”.

79 *Parl. St.* Senaat 1991-92, nr. 117/2, 27-28.

80 De opsomming van de criteria is onderhevig geweest aan de nodige wijzigingen zowel voor, tijdens als na de totstandkoming van de wet. Zo verwees het Senaats-voorstel uit 1960 naar “het behoren tot een bepaald ras of een bepaalde geloofsbelijdenis” (*Parl. St.* Senaat 1959-60, nr. 99/1). Het voorstel uit 1966 sprak van “het feit dat een persoon al dan niet tot een bepaald ras behoort en de staat van vreemdeling heeft” (*Parl. St.* Kamer 1966-67, nr. 309/1, 1). Dat evolueerde o.m. naar het begrip “het al dan niet behoren tot een ras of volk of het bezitten van de staat van vreemdeling”. In het in 1979 in de Kamer ingediende voorstel was dan weer sprake van “het (al dan niet) behoren tot een bepaald ras, godsdienst of volk of vreemdeling zijn” (*Parl. St.* Kamer 1979, nr. 214/1). Deze eerdere voor-

§ 1. Zogenaamd ras

761. Tot voor kort zag de Antiracismewet gewoonweg op de grond “ras”. In de Senaat werd destijds met betrekking tot dat begrip gesteld: “de wet hoeft daarvan geen bepaling te geven omdat het zoals zoveel andere begrippen in de context van de geschillen zal worden verhelderd”.⁸¹ In de Kamercommissie werd ras echter begrepen als: “etnische groep die van de andere verschilt door een geheel van lichamelijke eigenschappen die schakeringen van een zelfde soort vertegenwoordigen”.⁸² Men hield er daar dus een tamelijk biologisch of fysiek rassenbegrip op na. Ook in de rechtsleer komt de betreffende definitie herhaaldelijk terug.⁸³

762. VELAERS geeft aan dat die definitie op zichzelf opmerkelijk was, daar noch in het V.N.-Rassendiscriminatieverdrag noch in de voorbereidende werken ervan een nadere omschrijving van het begrip “ras” te vinden is. De enige juridische omschrijvingen van het begrip zijn volgens de auteur te vinden in de Nazi- en Vichywetgeving.⁸⁴ Voorts stelt hij dat het – gezien wetenschappelijke ontwikkelingen in onder meer de genetica – duidelijk is dat “het begrip ‘ras’ op wetenschappelijk drijfzand berust”, “zodat de vraag rijst of het recht (...) niet in de logica van de racisten treedt”⁸⁵ door het begrip te blijven hanteren.

→ stellen sloten naar eigen zeggen aan bij de Aanbeveling nr. 453 (1966) aangenomen door de raadgevende vergadering van de Raad van Europa en bij de Resolutie (68) aangenomen door het Comité van Ministers van de Raad van Europa op 30 oktober 1968, evenals bij art. 20 § 2 I.V.B.P.R. (*Parl. St.* Senaat 1980-81, nr. 594/2, 6). De regeringsamendementen streefden daarentegen conformiteit met het V.N.-Rassendiscriminatieverdrag na en wijzigden de gronden daarom tot “ras, huidskleur, afkomst of nationale of etnische afstamming” (*Parl. St.* Kamer 1980-81, nr. 214/4). In 1994 werd deze opsomming (in bepaalde artikelen) gewijzigd tot “ras, huidskleur, afstamming, afkomst of nationaliteit” (Wet tot wijziging van de wet van 30 juli 1981 tot bestraffing van bepaalde door racisme of xenofobie ingegeven daden, *B.S.* 14 mei 1994). In 2003 werd het adjectief “zogenaamd” toegevoegd aan de grond “ras” en werd nationaliteit (in beginsel) weer (her)vervangen door “nationale afstamming”, waarmee de lijst met gronden zijn huidige samenstelling verkreeg (Wet 20 januari 2003 tot versterking van de wetgeving tegen het racisme *B.S.* 12 februari 2003).

81 *Parl. St.* Senaat 1980-81, nr. 594/2, 13. Zie ook B. DEJEMEPPE, *l.c.*, 319.

82 *Parl. St.* Kamer 1979, nr. 214/9, 11. Het betreft een verwijzing naar een eerdere uitspraak van (de toenmalige) Minister VANDERPOORTEN in de verantwoording bij de regeringsamendementen die stelde dat: “onder ras moet begrepen worden een etnische groep die van de andere verschilt door een geheel van lichamelijke en erfelijke eigenschappen die schakeringen van een zelfde soort vertegenwoordigen” (Amendementen voorgesteld door de regering, *Parl. St.* Kamer 1974, nr. 54/3, 2). Vgl. de amendementen van heer DEFRAIGNE (*Parl. St.* Kamer 1979, nr. 214/2, 3).

83 Zie bv. B. RENSON, “Racisme, wet en publieke opinie”, *l.c.*, 13; W. MAHIEU, *l.c.*, 6; C. VAN DEN WYNGAERT, I. VAN DAELE en S. VANDEDINST, “The position of victims of acts of racism and racial discrimination in Belgium”, *R.I.D.P.* 2002, nr. 1/2, 119; D. COECKELBERGH, “VZW’s tussen integratie en vreemdelingenhaat”, *Z.W.* 1996, 158; X, “Anti-racismewetgeving”, *l.c.*, 142; M. VAN DE PUTTE, *l.c.*, 191. Vgl. ook de definitie van VAN LAETHEM: “groep van mensen die door bepaalde vaste erfelijke eigenschappen wordt gekenmerkt” (W. VAN LAETHEM, *o.c.*, 11 en W. VAN LAETHEM, *l.c.*, 4).

84 J. VELAERS, “Verdraagzaamheid ook t.a.v. onverdraagzamen? Enkele beschouwingen over de betuigeling van racistische en xenofobe uitingen in een democratische samenleving”, *l.c.*, 312.

85 *Ibid.*, 311. Soortgelijke opmerkingen werden ook gemaakt in de loop van de voorbereidingen van de wijziging van 1994, waarbij verwezen werd naar het werk van JACQUARD en andere genetici. Reeds toen gingen stemmen op om het begrip ras uit de tekst te lichten (*Parl. St.* Senaat 1991-92, nr. 117/2, 7).

763. Sinds de jongste wijziging ziet de wet om juist deze redenen op een “zogenaamd ras”. De wetgever stelde dat “het gebruik van het woord ras de indruk kan geven dat de wetgever het bestaan van verschillende rassen bevestigt, terwijl dit concept wetenschappelijk onbestaande is.”⁸⁶ Het doel van het toegevoegde adjectief is dus “om er op te duiden dat het onderscheid enkel bestaat in de geest van de racist en dus niet met een werkelijkheid overeenstemt”.⁸⁷ Op de aanpassing is zowel in het parlement als in de rechtsleer gemengd gereageerd. Sommigen achten de gekozen term een gepaste of minstens acceptabele oplossing voor de geschetste tweespalt.⁸⁸ Critici wijzen daarentegen onder meer op het feit dat men met de formulering afwijkt van hetgeen gebruikelijk is in het internationaal en Europees recht⁸⁹, dat de wetgever zich met de huidige formulering op dwingende wijze mengt in een wetenschappelijk debat⁹⁰ en dat de term de aandacht dreigt af te leiden van de essentie van wat racisme problematisch maakt: namelijk niet zozeer dat het niet gebaseerd zou zijn op een biologische realiteit, maar dat het neerkomt op een miskenning van de waardigheid van een persoon.⁹¹

§ 2. Huidskleur

764. De huidskleur is een morfologisch gegeven dat betrekking heeft op de mate en gradatie van huidpigmentatie van een persoon (of groep). Als zijnde één van de meest direct waarneembare en zichtbare eigenschappen van een persoon, vormt deze grond vaak de basis voor vormen van *ad hoc* onderscheid.

§ 3. Afkomst

765. In het V.N.-Rassendiscriminatieverdrag werd “afkomst” opgenomen op verzoek van India, zodat men in de rechtsleer met betrekking tot dat verdrag vaak aanneemt dat de term mede verwijst naar het begrip “kaste” als gebruikt in de

86 *Parl. St.* Senaat 2001-02, nr. 2-12/15, 64. Vgl. *Parl. St.* Kamer 2000-01, nr. 1407/1, 3, 8, 10-11; *Parl. St.* Kamer 2000-01, nr. 1407/5, 6; *Parl. St.* Senaat 2002-03, nr. 1258/3, 2. Voor VELAERS was het niet dit z.i. eerder semantische aspect dat het probleem vormde bij het gebruik bij het begrip: “Het gebruik van een begrip veronderstelt wellicht niet noodzakelijkerwijze dat er iets aan het begrip beantwoordt, waarvan de wetgever dan het bestaan bevestigt. ‘Ras’ kan ook worden geïnterpreteerd als ‘wat sommigen voorhouden als zijnde een ras’”. Voor de auteur was het probleem veeleer dat een duidelijke juridische beschrijving van het begrip niet mogelijk was (J. VELAERS, “Verdraagzaamheid ook t.a.v. onverdraagzamen? Enkele beschouwingen over de beteugeling van racistische en xenofobe uitingen in een democratische samenleving”, *l.c.*, 312).

87 *Parl. St.* Senaat 2000-01, nr. 2-12/6, 1.

88 P. POPELIER, “Laten we allemaal vriendjes zijn! Over de antidiscriminatiewet en wetgevingsmethoden”, in X, *Vrijheid en gelijkheid, de horizontale werking van het gelijkheidsbeginsel en de nieuwe antidiscriminatiewet*, Antwerpen, Maklu, 2003, 276-277; C.G.K.R., *Aanpak discriminatie en racisme*, 19.

89 Zie o.m. S. VAN DROOGHENBROECK, “La loi du 25 février 2003 tendant à lutter contre la discrimination: les défis d’une ‘horizontalisation’ des droits de l’homme”, *A.P.T.* 2003, nr. 3/4, 224, nr. 40.

90 *Parl. St.* Kamer 2001-02, nr. 50-1578/8, 6 (VAN DEN EYNDE). Zie ook K. ELST, “Racismewet. Een aanzet tot verklappen”, *Nucleus* 2004, nr. 10, 2.

91 J. VRIELINK, S. SOTTIAUX en D. DE PRINS, “De anti-discriminatiewet, een artikelsgewijze analyse (deel 1)”, *NjW* 2003, nr. 23, 261-262.

Indiase Grondwet.⁹² Uit de voorbereidingen van de Antiracismewet blijkt dat opname van de term vooral de bestrijding van het antisemitisme mogelijk moest maken. Toenmalig Minister van Justitie MOUREAUX stelde:

De uitdrukkelijke vermelding van het begrip afkomst, naast de afstamming verantwoordt zich door de betrachting van de wetgever om ook het antisemitisme te beteugelen. Gezien het niet steeds mogelijk is zich als Jood te beroepen op een bepaalde nationale of ethnische afstamming werd hieraan de afkomst toegevoegd.⁹³

766. RENSON wijst er meer specifiek op dat “het begrip ‘afkomst’ (...) de enige bescherming tegen het antisemitisme [is] voor die joden waarvan de nationale afstamming niet gekend is of die, omdat ze niet meer praktiseren, moeilijk hun culturele of ethnische eigenheid kunnen bewijzen”.⁹⁴

§ 4. Nationale of ethnische afstamming

A. Nationale afstamming – nationaliteit

767. In het V.N.-Rassendiscriminatieverdrag is de term “nationale afstamming” geenszins een synoniem van “nationaliteit” in juridische of staatkundige betekenis. De besprekingen laten zien dat hier aanvankelijk enige verwarring over bestond.⁹⁵ Overeenstemming werd bereikt door het invoegen van § 2 en 3 van artikel 1 van het verdrag.⁹⁶ Hierin wordt bepaald dat onderscheid, uitsluiting, beperking of voorkeur tussen onderdanen en niet-onderdanen van een staat niet beschouwd worden als discriminaties in de zin van het verdrag. Ook stellen deze bepalingen dat het verdrag daarmee niet de interne wetgeving met betrekking tot nationaliteit, staatsburgerschap of naturalisatie van een staat aantast, voorzover deze wetgeving tenminste niet resulteert in de discriminatie van een bepaalde nationaliteit in het bijzonder. De term heeft in het verdrag veeleer een etnisch-culturele of etnografische betekenis, te weten “het behoren tot een volkenkundig te onderscheiden groep met een aantal gemeenschappelijke kenmerken: cultuur, eigen tradities, een eigen sociaal leven, een gedeelde geschiedenis”.⁹⁷

92 Zie o.m. N. LERNER, *o.c.*, 29; E. SCHWELB, *l.c.*, 1003; J. VELAERS, “Verdraagzaamheid ook t.a.v. onverdraagzamen? Enkele beschouwingen over de beteugeling van racistische en xenofobe uitingen in een democratische samenleving”, *l.c.*, 311.

93 *Parl. St.* Kamer 1980-81, nr. 214/9, 22-23.

94 B. RENSON, “Racisme, wet en publieke opinie”, *l.c.*, 13. Vgl. E. BOUTMANS, *o.c.*, 14; C.G.K.R., *Aanpak discriminatie: regelgeving en rechtspraktijk*, 22.

95 Zie A/C.3/SR.1304, 4-7.

96 De bewuste paragrafen luiden als volgt: “2. Dit Verdrag is niet van toepassing op vormen van onderscheid, uitsluiting, beperking of voorkeur die door een staat die partij is bij dit Verdrag in acht worden genomen tussen onderdanen en niet-onderdanen. 3. Geen enkele bepaling van dit Verdrag mag zodanig worden uitgelegd dat de wettelijke bepalingen van de Staten die partij zijn bij dit Verdrag, voor zover deze bepalingen op nationaliteit, staatsburgerschap of naturalisatie betrekking hebben, daardoor op enigerlei wijze worden aangetast, mits zij geen discriminatie inhouden ten aanzien van een bepaalde nationaliteit”.

97 J. VELAERS, “Verdraagzaamheid ook t.a.v. onverdraagzamen? Enkele beschouwingen over de beteugeling van racistische en xenofobe uitingen in een democratische samenleving”, *l.c.*, 314.

768. Met betrekking tot de Antiracismewet is in de rechtsleer aanvankelijk hetzelfde gesteld, omdat de nationaliteit evenals in het verdrag als discriminatiecriterium geweerd zou zijn.⁹⁸ Daartegen is evenwel ingebracht dat in de wet de term “nationaliteit” vanaf 1994 uitwisselbaar werd gebruikt met “nationale afstamming” (deels is dit zelfs nu nog het geval).⁹⁹ De wetgever wees er bovendien bij de recente “uniformisering” van de terminologie van de wet (waarbij de bedoeling was om de term “nationaliteit” consequent te vervangen door “nationale afstamming”) nog eens uitdrukkelijk op dat het weglaten van het begrip nationaliteit niet mag worden geïnterpreteerd als zou de “nationaliteit” niet (meer) onder de wet vallen:

Het moet duidelijk zijn dat het gehanteerde begrip “herkomst of nationale afstamming” ruimer is en dus ook de nationaliteit omvat, het kan dus niet dat een werkgever bijvoorbeeld stelt enkel Belgen aan te werven (...). Dergelijke maatregel is door geen enkele functievereiste gerechtvaardigd en discrimineert op basis van nationale afstamming. Wel kan een onderscheid op basis van nationaliteit in sommige gevallen gerechtvaardigd zijn, wanneer het bijvoorbeeld gaat om sportieve gebeurtenissen tussen landen (nationale elftallen, Olympische spelen e.d.m.). In dit laatste geval kan onderscheid op basis van nationaliteit dus wel maar uiteraard niet op basis van nationale afstamming in brede zin.¹⁰⁰

769. Deze ruime interpretatie van het begrip nationale afstamming wordt ook in (recente) rechtspraak gehanteerd. Zo verwijst het Hof van Beroep in Gent in zijn arrest van 21 april 2004 uitdrukkelijk naar deze passage uit de parlementaire voorbereidingen, en besluit daaruit dat de huidige term “als een ruimer begrip [dient] te worden aangezien, dat ook de ‘nationaliteit’ omvat”.¹⁰¹ Temeer – zo stelt het Hof – daar het criterium nationaliteit in de praktijk “ook een dekmantel kan zijn voor een onderscheid op grond van het zogenaamd ras of nog op grond van het etnisch aspect van de nationale afkomst”.¹⁰² Deze zienswijze is bevestigd door het Hof van Cassatie

98 *Ibid.*, 315.

99 Na de wetswijziging van 1994 vermeldde art. 1 lid 2, 1° en 2° de gronden “zijn ras, zijn huidskleur, zijn afkomst of zijn *nationale of etnische afstamming*”, terwijl art. 1 lid 2, 3° en 4°, art. 2, art. 2bis en art. 4 de discriminatiegronden “het ras, de huidskleur, de afstamming, de afkomst of de *nationaliteit*” bevatten (zie Wet 12 april 1994 tot wijziging van de Wet van 30 juli 1981 tot bestraffing van bepaalde door racisme of xenofobie ingegeven daden. B.S. 14 mei 1994). De wijziging van 2003 heeft dit niet geheel rechtgezet: art. 2bis lid 1 ziet momenteel nog altijd mede op *nationaliteit* (meer bepaald somt het bewuste lid momenteel de volgende gronden op: “een zogenaamd ras, huidskleur, afstamming, afkomst of nationaliteit”). Zie J. VRIELINK, “De nieuwe Belgische antidiscriminatiewet. Een kritische bespreking”, *l.c.*, 200.

100 *Parl. St. Kamer* 2000-01, nr. 50-1407/1, 10. Anders gezegd: onderscheid op grond van nationaliteit kan op voorwaarde dat de regeling niet strijdig is met (hogere) rechtsnormen (C.G.K.R., *Aanpak discriminatie: regelgeving en rechtspraak*, 24; S. VAN DROOGHENBROECK, *l.c.*, 224). Zie kritisch C. BAYART, *Discriminatie tegenover differentiatie. Arbeidsverhoudingen na de discriminatiewet. Arbeidsrecht na de Europese ras- en kaderrichtlijn*, Brussel, De Boeck & Larcier, 2004, 378-379.

101 Gent 21 april 2004, www.antiracisme.be (rechtspraakoverzicht).

102 Het Hof stelt vast dat dit bij het Vlaams Blok ook daadwerkelijk het geval is. Specifiek m.b.t. Noord-Afrikanen – bv. – stelt het Hof dat “de tot deze bevolkingsgroep behorende mensen, *zonder enig onderscheid*, worden afgeschilderd als mensen die slechts bereid zijn onze wetten na te leven, zo zulks met bruut geweld wordt afgedwongen”. Dit geeft aldus het Hof “uiting (...) aan het feit dat nationaliteit als dusdanig niet het door het Vlaams Blok weerhouden criterium is”. Ook de hatelijke spotprenten van de partij – waarin allochtonen steevast “met duidelijk raciale trekken en kledij” worden afgebeeld – dragen volgens de rechters bij aan deze vaststelling (Gent 21 april 2004, www.antiracisme.be (rechtspraakoverzicht)).

dat bijkomend stelt dat het V.N.-Rassendiscriminatieverdrag “bepaalt dat dit verdrag niet van toepassing is op vormen van onderscheid, uitsluiting, beperking of voorkeur die door een Staat die partij is bij dit verdrag, in acht worden genomen tussen onderdanen en niet-onderdanen”.¹⁰³ Het bewuste artikel laat evenwel naar het oordeel van het Hof eenzelfde handelwijze niet toe aan particulariseren, voor wie als zodanig wel een verbod terzake geldt.

B. Etnische afstamming: geen taal of godsdienst

770. De etnische afstamming verwijst in het V.N.-Rassendiscriminatieverdrag naar de culturele identiteit van een groep, met uitzondering echter van de taal en de godsdienst van die groep.¹⁰⁴ Ook de Belgische wetgever heeft het zo opgevat. Discriminatie vanwege taal of godsdienst worden in beginsel dus niet beschouwd als een discriminatie op grond van de etnische afkomst.¹⁰⁵ Als motivering tegen eventuele uitbreiding van de gronden werd destijds gewezen op “twee tegenstrijdige gevaren”:

- 1° de uitbreiding van de aangehouden criteria kan worden aan gevoeld als een verwatering van de bedoeling van de wetgever en kan leiden tot een verslapping in de interpretatie ervan. Indien men het aantal te beteugelen feiten nog gaat uitbreiden, bestaat het gevaar dat zij niet worden vervolgd en dat de wet ondoeltreffend wordt;
- 2° de uitbreiding van de criteria daarentegen kan leiden tot het invoeren van het opiniedelict (...).¹⁰⁶

103 Cass. 9 november 2004, www.antiracisme.be (rechtspraakoverzicht).

104 Dit zou o.m. meer blijken uit een ander V.N.-Verdrag, te weten het Internationaal Verdrag inzake Burgerrechten en Politieke rechten. Daarin staat het begrip “etnisch” naast “godsdienstig” en “linguïstisch”. Art. 27 van het bewuste verdrag luidt: “In staten waar zich *ethnische*, godsdienstige of linguïstische minderheden bevinden, mag aan personen die tot die minderheden behoren niet het recht worden ontzegd, in gemeenschap met de andere leden van hun groep, *hun eigen cultuur te beleven*, hun eigen godsdienst te belijden en in de praktijk toe te passen of zich van hun eigen taal te bedienen” [onze cursivering]. Dat etnische afkomst ook in het Rassendiscriminatieverdrag die beperkte betekenis heeft, blijkt volgens VELAERS “uit het feit dat het in de bedoeling lag van de Verenigde Naties om een ander verdrag te sluiten over het verbod van discriminatie op grond van godsdienst of geloof. (...) De discriminatie op religieuze gronden maakt bijgevolg niet het voorwerp uit van het internationaal verdrag, net zomin als de discriminatie op taalkundige redenen. Geen van beide zijn te beschouwen als vormen van rassendiscriminatie” (J. VELAERS, “Verdraagzaamheid ook t.a.v. onverdraagzamen? Enkele beschouwingen over de beteugeling van racistische en xenofobe uitingen in een democratische samenleving”, *l.c.*, 313. Zie ook P. RAMAGA, “The bases of minority identity”, *Human Rights Quarterly* 1992, 409-428; M. SHAW, “The definition of minorities in international law”, in Y. DINSTEIN en M. TABORY (eds.), *The protection of minorities and human rights*, Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1992; P. THORNBERRY, *International law and the rights of minorities*, Oxford, Clarendon Press, 1991, 158 e.v.).

105 L. DUPONT, *l.c.*, 504; L. DENYS, *o.c.*, 141.

106 *Parl. St.* Kamer 1980-81, nr. 214/9, 24. Voorts stelde men dat de voorkeur werd gegeven aan “een beknopte tekst die een duidelijke kwaal wil bestrijden en niet afwijkt van het Internationale Verdrag inzake de uitbanning van alle vormen van rassendiscriminatie” (*ibid.*, 24).

771. Met betrekking tot het tweede argument is in de rechtsleer gesteld dat dit niet erg overtuigend overkomt. De uitsluiting van de criteria taal en godsdienst¹⁰⁷ zou veeleer ingegeven zijn om te verhinderen dat de Antiracismewet van toepassing zou zijn op respectievelijk de communautaire en de ideologische conflicten van de autochtonen in dit land.¹⁰⁸

772. De formele uitsluiting van taal en godsdienst neemt echter niet weg dat raakvlakken en overlappingen in de praktijk onvermijdelijk zijn. Zo werd in het parlement reeds gesteld dat een weigering van toegang tot een café, omdat iemand Arabisch of Spaans spreekt of Moslim is, desalniettemin verboden is, omdat het al te opvallend een dekmantel is voor racisme.¹⁰⁹ Nadien is dit bevestigd in de rechtsleer en rechtspraak.¹¹⁰

773. Het strafrechtelijk luik van de Antidiscriminatiewet ziet wel mede op de grond “geloof of levensbeschouwing”, maar is minder uitgebreid dan de Antiracismewet.¹¹¹ Wel kan elke vorm van discriminatie – dus ook indien die plaatsvindt op basis van geloof, taal of gerelateerde criteria – burgerrechtelijk worden aangevochten op basis van de Antidiscriminatiewet (*cf. infra* deel VI).

107 “Godsdienst” was in het oorspronkelijke voorstel wel opgenomen, maar werd bij amendement geschrapt, zogezegd om overeenstemming te bereiken met de criteria als gehanteerd door het V.N.-Rassendiscriminatieverdrag (*Parl. St. Kamer* 1979-80, nr. 214/4, 3. Vgl. *Hand. Kamer* 10 februari 1981, 1210). Bij amendement heeft men voorts tevergeefs gepoogd discriminatie op grond van taal in te voegen in het voorstel (zie o.m. *Parl. St. Kamer* 1979, nr. 214/2, 1-2 (UYTTENDAELE); *Parl. St. Kamer* 1980-81, nr. 214/5, 1 (VAN DE VELDE) en godsdienst opnieuw op te nemen (zie o.m. *Parl. St. Kamer* 1980-81, nr. 214/5, 4 (MUNDELEER); *Parl. St. Kamer* 1980-81, nr. 214/11, 1-2 (MUNDELEER)).

108 J. VELAERS, “Verdraagzaamheid ook t.a.v. onverdraagzamen? Enkele beschouwingen over de beteugeling van racistische en xenofobe uitingen in een democratische samenleving”, *l.c.*, 313; E. BOUTMANS, *o.c.*, 16-17. Steun hiervoor is o.m. te vinden in de woorden van de Minister MOUREAUX die stelt “dat geen enkele vergelijking mag worden gemaakt tussen de taaltwisten en de rassenscheiding welke toegepast wordt tegenover niet-Belgen of Joden” (*Parl. St. Kamer* 1980-81, nr. 214/9, 24. Zie ook *Parl. St. Senaat* 1980-81, nr. 594/2, 13).

109 Indieners wezen o.m. op het gevaar dat “beide begrippen (...) kunnen worden gebruikt om de beteugeling van racisme of xenofobie te omzeilen. Het is immers gemakkelijk de toepassing (...) te ontwijken en zodoende te ontkomen aan de wet door het verbod van toegang voor vreemdelingen tot bepaalde instellingen te vervangen door een toegangsverbod voor Islamieten of voor personen die de Nederlandse of Franse taal niet machtig zijn. De godsdienst of de taal vormt de band waarop de etnische afkomst of het ras steunt” (*Parl. St. Kamer* 1980-81, nr. 214/9, 23. Zie ook *Parl. St. Senaat* 1980-81, nr. 594/2, 14-15; *Hand. Kamer* 12 februari 1981, 1269). Minister MOUREAUX stelde echter meermaals dat “degenen die de wet pogen te omzeilen met godsdienstige of andere uitvluchten, eveneens strafbaar zullen zijn” (zie o.m. *Parl. St. Senaat* 1980-81, nr. 594/2, 15; *Hand. Kamer* 10 februari 1981, 1210; *Hand. Senaat* 1981, 2231).

110 E. BOUTMANS, *o.c.*, 63-64; B. RENSON, “Racisme, wet en publieke opinie”, *l.c.*, 13; C.G.K.R., *Aanpak discriminatie: regelgeving en rechtspraktijk*, 23; B. DEJEMEPPE, *l.c.*, 323; W. BRUGGMAN en P. LAMBERT, “Racisme”, in X, *Postal Memorialis. Lexicon strafrecht, strafvordering en bijzondere wetten*, Brussel, Ced. Samsom, R 10, 121; C.G.K.R., *Aanpak discriminatie en racisme*, 21. Zie wat betreft rechtspraak o.m. Corr. Brugge 25 september 1995, *T. Vreemd.* 1996, 161.

111 Dit geldt *a fortiori* na de vernietiging door het Arbitragehof van enkele strafbepalingen uit de Antidiscriminatiewet (*cf. infra* nrs. 1348-1353). Het strafrechtelijk luik van de wet omvat nog slechts het “aanzetten tot” (art. 6 § 1 Antidiscriminatiewet). Daarnaast voorziet de wet in strafverzwaringen indien blijkt dat de drijfveren van bepaalde misdrijven gelegen zijn in de “haat tegen, het misprijzen van of de vijandigheid tegen” een persoon wegens de discriminatiegronden – waaronder ook weer “geloof en levensbeschouwing”. Voor het overige kunnen discriminatoire daden echter op basis van die wet niet strafrechtelijk gesanctioneerd worden.

§ 5. *Exhaustief: geen andere gronden*

774. De voorgaande discussie met betrekking tot de inhoud van “etnische afstamming” duidt er reeds op: de opgenomen gronden zijn exhaustief.¹¹² Opname van andere gronden dan taal en godsdienst (*cf. supra* nr. 770) heeft tijdens de voorbereiding nog ter discussie gestaan, maar werd eveneens verworpen. Het ging meer bepaald om een amendement dat de lijst van discriminatiegronden wilde uitbreiden tot:

[G]eslacht, ras, kleur, taal, godsdienst, politieke of andere overtuiging, nationale of maatschappelijke afkomst, behoren tot een nationale minderheid, vermogen, geboorte of andere status.¹¹³

775. De betreffende lijst van gronden – die was ingediend om “te komen tot een striktere toepassing van de voorschriften van het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens”¹¹⁴ – werd door Minister MOUREAUX en de overige commissieleden direct verworpen, op grond van verschillende argumenten. Ten eerste werd gesteld dat het ontwerp alleen strekte “tot toepassing van het Verdrag van New York [het V.N.-Rassendiscriminatieverdrag] en niet van artikel 14 van het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens”. Een tweede argument luidde dat “aanneming van dit amendement de wet ontoepasselijk zal maken”. Ten slotte oordeelde men dat het bewuste amendement “een andere maatschappijvisie impliceert dan het ontwerp wil verwezenlijken. De tekst zelf van het amendement houdt een ondoordachte uitbreiding in van het bestraffingsgebied”.¹¹⁵

776. Verschillende van de voorgestelde gronden zijn inmiddels wel opgenomen in het strafrechtelijk luik van de Antidiscriminatiewet. Het gaat met name om geslacht, godsdienst, vermogen (fortuin) en geboorte (*cf. infra* nrs. 1146-1174). Zoals gezegd zijn de strafrechtelijke bepalingen van de Antidiscriminatiewet wel minder uitgebreid dan de Antiracismewet, maar biedt de wet wel een algemene burgerrechtelijke bescherming tegen discriminatie zonder uitsluiting van gronden (*cf. infra* nr. 1129).

HOOFDSTUK 3. STRAFBARE FEITEN, WERKINGSSFEER EN SANCTIES

777. De Antiracismewet is een (bijzondere) strafwet; alle bepalingen uit de wet zijn van strafrechtelijke aard. In het volgende worden de feiten waarop de wet van toepassing is besproken, met het bijbehorende toepassingsgebied en de direct toepasselijke sancties. Het gaat hierbij ten eerste om bepaalde (gekwalificeerde) dis-

¹¹² Zie o.m. ook uitdrukkelijk W. VAN LAETHEM, *o.c.*, 11.

¹¹³ *Parl. St.* Senaat 1980-81, nr. 594/2, 16.

¹¹⁴ *Ibid.*, 16.

¹¹⁵ *Ibid.*, 17.

criminatoire meningsuitingen. Een tweede categorie wordt gevormd door feitelijke discriminatoire gedragingen en een laatste strafbaarstelling betreft het behoren tot of het verlenen van medewerking aan bepaalde groepen of verenigingen.¹¹⁶

Afdeling 1. Meningsuitingen (art. 1 lid 3)

778. Een eerste categorie strafbare feiten die de Antiracismewet bevat, zijn bepaalde meningsuitingen.¹¹⁷ Krachtens artikel 1 lid 3 van de wet kan worden opgetreden tegen diegene die “in de omstandigheden genoemd in artikel 444 van het Strafwetboek”:

- “aanzet tot discriminatie, haat of geweld jegens een persoon wegens een zogenaamd ras, zijn huidskleur, zijn afkomst of zijn nationale of etnische afstamming” (art. 1 lid 3, 1°);
- “aanzet tot discriminatie, segregatie, haat of geweld jegens een groep, een gemeenschap of de leden ervan, wegens een zogenaamd ras, de huidskleur, de afkomst of de nationale of etnische afstamming van deze leden of van sommigen onder hen” (art. 1 lid 3, 2°);
- “publiciteit geeft aan zijn voornemen tot discriminatie, haat of geweld jegens een persoon wegens een zogenaamd ras, zijn huidskleur, afkomst of nationale of etnische afstamming” (art. 1 lid 3, lid 3°);
- “publiciteit geeft aan zijn voornemen tot discriminatie, haat, geweld of segregatie jegens een groep, een gemeenschap of de leden ervan, wegens een zogenaamd ras, de huidskleur, de afkomst of de nationale of etnische afstamming van deze leden of van sommigen onder hen” (art. 1 lid 3, 4°).

779. Ten aanzien van de bewuste strafbaarstellingen is tijdens de parlementaire besprekingen gesteld dat zij niet de bedoeling behelsden een heksenjacht te gaan organiseren, noch dat men ermee opiniedelicten in de strafwet wilde inschrijven.¹¹⁸ In het bijzonder ten aanzien van de vrijheid van meningsuiting diende de repressie

116 In de rechtsleer wordt wel het onderscheid gemaakt tussen intentiedelicten (voor art. 1 en 3 Antiracismewet) en discriminatiedelicten (voor art. 2, 2bis en 4 Antiracismewet). Het C.G.K.R. maakt een gelijklopend onderscheid tussen zogenaamde “samenlevingsdelicten” en “overlevingsdelicten”. Bij die eerste “wordt door een enkeling of door een groep stemming gemaakt of actie gevoerd tegen een individu of een groep omwille van een bepaald kenmerk” (C.G.K.R., *Van integratie naar diversiteit, 10 jaar Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding 1993-2003*, 49). Bij de tweede categorie wordt aldus het C.G.K.R. “aan een individu of een groep een bepaald recht of een bepaalde dienstverlening ontnomen (...) omwille van een irrelevant kenmerk als huidskleur of afstamming” (*ibid.*, 49). Zie ook J. HOFKENS en S. DEMEESTERE, *o.c.*, 28.

117 Tijdens de oorspronkelijke voorbereidingen is door enkele leden gewezen op het mogelijk problematische karakter van de strafbaarstelling van meningsuitingen. Een lid stelde bv. dat de beoordeling van beledigingen en “aanzetten tot” erg subjectief is: “hierbij is voorzichtigheid geboden en men dient rekening te houden met een soms in overdrijvingen vervallende volkstaal. Aangezien deze materie op een algemene wijze geregeld wordt door het Strafwetboek, zouden alleen de daden bestraft moeten worden” (*Parl. St. Kamer* 1980-81, nr. 214/9, 12). Een ander lid vond ook dat “alleen de daden gestraft moeten worden. Het begrip ‘aanzetting tot haat of geweld en poging daartoe’ is te vaag en kan niet duidelijk omschreven worden” (*ibid.*, 13). De minister reageerde hierop door te stellen dat de gehanteerde begrippen niet vager zijn dan begrippen die reeds voorkomen in het Belgische recht en dat de beoordeling van de inhoud ervan aan de rechterlijke macht wordt overgelaten (*ibid.*, 13).

118 *Parl. St. Kamer* 1979, nr. 214/9, 22-24. D. VOORHOOF, *o.c.*, 90.

uitzonderlijk te blijven. Wel werd het belang van het strafrecht onderstreept als *ultimum remedium* om op te kunnen treden tegen racistische propaganda en aanzet tot vreemdelingenhaat.¹¹⁹

780. De wetgever had uitdrukkelijk de bedoeling om de bewuste bepalingen van de Antiracismewet in te passen in het beschermingskader van de vrijheid van expressie en informatie zoals gewaarborgd in het E.V.R.M.¹²⁰ Zo werd gesteld dat beperkingen ten aanzien van bepaalde uitingen van racisme overeenkomstig artikel 10 E.V.R.M. noodzakelijk zijn in een democratische samenleving, in het belang van de openbare orde, ter voorkoming van strafbare feiten en ter vrijwaring van de rechten en vrijheden van anderen.¹²¹

§ 1. Werkingssfeer: artikel 444 Sw.¹²²

781. Regelmatig wordt in de rechtsleer gesteld dat de “aanzet tot”, of “het publiciteit geven aan een voornemen tot” “discriminatie, (segregatie), haat of geweld” moet plaatsvinden in het *openbaar* om vervolgd te kunnen worden.¹²³ Preciezer uitgedrukt gaat het om de omstandigheden genoemd in artikel 444 van het Strafwetboek. Dit artikel betreft (van oorsprong) de openbaarheidsvereisten van strafbare feiten als laster en eerroof, maar werd door de wetgever *mutatis mutandis* ook van toepassing gemaakt op de strafbare feiten uit artikel 1 (en 3) Antiracismewet.

782. Bij toepassing van de bepalingen die artikel 444 Sw. als toepassingsgebied hebben, mogen rechters in beginsel niet volstaan met de verwijzing naar het artikel in zijn algemeenheid.¹²⁴ Er dient steeds aangegeven te worden op welke wijze de uitlatingen publiek werden gemaakt.¹²⁵ Een basisonderscheid in de wijzen van openbaarmaking in artikel 444 Sw. is hierbij het mondeling dan wel schriftelijk karakter ervan.¹²⁶

119 D. VOORHOOF, “Racismebestrijding en vrijheid van meningsuiting in België: wetgeving en jurisprudentie”, in G.A.I. SCHUIJT en D. VOORHOOF (eds.), *Vrijheid van meningsuiting, racisme en revisionisme*, Gent, Academia Press, 1995, 160; X, “Anti-racismewetgeving”, *l.c.*, 145.

120 D. VOORHOOF, *o.c.*, 84.

121 *Hand.* Senaat 18 juli 1981, 2226. Zie ook D. VOORHOOF, “Racismebestrijding en vrijheid van meningsuiting in België: wetgeving en jurisprudentie”, *l.c.*, 161. Zie kritisch J. VRIELINK, S. SOTTIAUX en D. DE PRINS, “Het Vlaams Blok-arrest, artikel 150 van de Grondwet en de interpretatie van de antiracismewet”, *l.c.*, 109-112.

122 Zie uitgebreid I. DELBROUCK, “Aanranding van de eer of de goede naam van personen”, in X, *Postal Memorialis. Lexicon strafrecht, strafvordering en bijzondere wetten*, Brussel, Ced. Samsom, A15, 17. Zie specifiek in relatie tot de Antiracismewet: C.G.K.R., *Aanpak discriminatie: regelgeving en rechtspraktijk*, 28-32; C.G.K.R., *Aanpak discriminatie en racisme*, 26-29.

123 M. VAN DE PUTTE, *l.c.*, 191; E. BOUTMANS, *o.c.*, 16; D. VOORHOOF, *o.c.*, 82; D. VOORHOOF, “Het Vlaams Blok-arrest: de antiracismewet is geen loutere symboolwet!”, *De Juristenkrant* 2004, 9.

124 Hoewel dit in de rechtspraak met betrekking tot art. 1 van de Antiracismewet wel met enige regelmaat gebeurt.

125 I. DELBROUCK, *l.c.*, 17.

126 *Ibid.*, 17.

A. Mondelinge openbaarmakingen

783. Lid 2, 3 en 4 van artikel 444 Sw. hebben betrekking op mondelinge openbaarmakingen. De (hierna nader te omschrijven) misdrijven in artikel 1 Antiracismewet zijn bij mondelinge uiting als zodanig (enkel) strafbaar in de volgende omstandigheden en/of tegenwoordigheden.

1. IN OPENBARE BIJENKOMSTEN OF PLAATSEN (ART. 444 LID 2 SW.)

784. Artikel 444 lid 2 Sw. bepaalt om te beginnen dat de uiting kan hebben plaatsgevonden “in openbare bijeenkomsten of plaatsen”. Een openbare bijeenkomst is “elke bijeenkomst waartoe het publiek, al dan niet onder bepaalde voorwaarden of al dan niet tegen betaling, wordt toegelaten”.¹²⁷ Een openbare plaats is volgens rechtspraak van het Hof van Cassatie alles wat geen private woonplaats of geen particuliere verblijfplaats van de dader is.¹²⁸ De hoedanigheid is niet afhankelijk van het aantal personen dat er toegang kan hebben. Het volstaat dat zij die er zijn toegelaten, met welk recht ook, een min of meer groot aantal vormen.¹²⁹

785. Hoewel niet-geëxpliciteerd in dit lid, is het wel degelijk vereist dat er ook feitelijk personen aanwezig waren die de boodschap konden horen.¹³⁰ Niet alleen de aard van de plaats is immers van belang, maar vooral ook dat de uitlating in aanwezigheid van meerdere personen op dergelijke wijze geuit werd dat zij diende gehoord te worden door de aanwezigen.¹³¹ Over het algemeen beschouwt het Hof van Cassatie het echter als niet-vereist dat de aanwezigen de uiting ook daadwerkelijk (allemaal) gehoord hebben, of dat zij er aandacht aan hebben geschonken.¹³² Voorts wordt – evenmin als in het volgende lid – niet vereist dat het slachtoffer of leden van de geviseerde groep(en) aanwezig zijn.¹³³

2. IN TEGENWOORDIGHEID VAN VERSCHIEDENE PERSONEN, IN EEN PLAATS DIE NIET-OPENBAAR IS, MAAR TOEGANKELIJK VOOR EEN AANTAL PERSONEN DIE HET RECHT HEBBEN ER TE VERGADEREN OF ZE TE BEZOEKEN (ART. 444 LID 3 SW.)

786. Bij de tweede categorie van plaatsen, als bepaald in artikel 444 lid 3 Sw., gaat het volgens het Hof van Cassatie om “om het even welk lokaal, iedere vergadering

127 C.G.K.R., *Aanpak discriminatie: regelgeving en rechtspraak*, 28; C.G.K.R., *Aanpak discriminatie en racisme*, 26.

128 Cass. 16 maart 1842, *Pas.* 1842, I, 158. Ook het roepen van racistische leuzen “vanuit een venster, die uitgeeft op diverse (private) tuinen, waarin mensen aanwezig zijn, die de uitlatingen kunnen horen” valt dus onder deze bepaling en (uiteraard afhankelijk van de inhoud van de uitlating) onder art. 1 van de Antiracismewet (I. DELBROUCK, *l.c.*, 18).

129 Cass. 16 maart 1842, *Pas.* 1842, I, 159.

130 Cass. fr. 1 februari 1950, *Gaz. Pal.* 1950, I, 307; Cass. Sup. du Luxembourg 22 januari 1969, *Pas. Lux.* 1969-71, 155.

131 I. DELBROUCK, *l.c.*, 17.

132 Cass. 21 juni 1954, *Pas.* 1954, I, 902. DELBROUCK verwijst naast de rechtspraak ook naar het verslag van de Kamercommissie waarin staat lezen dat “het wezenlijke is, dat de uitdrukkingen geuit zijn om door de aanwezigen gehoord te worden” (I. DELBROUCK, *l.c.*, 17).

133 Vgl. W. VAN LAETHEM, *o.c.*, 12.

met welk doel ook, zelfs van lichamen die geen openbare zittingen houden, zoals de raad van beheer van een vennootschap, met deze enkele uitzondering dat het niet om het huis van een particulier mag gaan”.¹³⁴ Kortweg vallen alle ruimtes waar een bijeenkomst voor leden van een vergadering plaatsvindt, behalve particuliere huizen, dus onder toepassing van de bepaling. Het kan gaan om vrijwel elke vorm van vergadering, zelfs private, “waar men enkel via uitnodiging of lidmaatschap toegang krijgt”.¹³⁵

787. Wederom is de bijkomende voorwaarde dat er wel verschillende personen tegenwoordig zijn.¹³⁶ Opnieuw is niet vereist dat de aanwezige personen de woorden hebben gehoord, het volstaat wanneer zij de woorden “konden” horen.¹³⁷

3. IN OM HET EVEN WELKE PLAATS, IN TEGENWOORDIGHEID VAN DE BELEDIGDE EN VOOR GETUIGEN (ART. 444 LID 4 SW.)

788. In lid 4 van artikel 444 Sw. is de plaats niet langer van belang: om het even welke plaats komt in aanmerking. Wel is in dergelijke gevallen de aanwezigheid van degene tot wie de uiting is gericht voor het eerst vereist¹³⁸, alsmede de aanwezigheid van getuigen.¹³⁹ Voor deze aanwezigheid geldt zowel voor getuigen als de geviseerde persoon weer dat zij de woorden hebben gehoord of minstens *konden* horen. Die laatste hoeft daarbij niet te weten of de getuigen de aantijging hebben gehoord.¹⁴⁰ Het aantal vereiste getuigen is voorts niet nader gespecificeerd. Algemeen wordt aangenomen dat het om minimaal twee personen moet gaan.¹⁴¹ Ook bekenden of familieleden komen hiervoor in aanmerking.¹⁴²

B. Schriftelijke openbaarmakingen

789. Lid 5 en 6 van artikel 444 Sw. hebben betrekking op schriftelijke uitingen. Met betrekking tot geschriften die een misdrijf (kunnen) uitmaken in de zin van artikel 1 Antiracismewet, geldt dus dat zij op een van de volgende wijzen openbaar gemaakt moeten worden.

134 Cass. 12 december 1881, *Pas.* 1882, I, 10; Cass. 21 juni 1954, *Arr. Cass.* 1954, 678-679. Ook zaken als aandeelhoudersvergaderingen of vergaderingen in de gemeenteraad vallen dus onder het bereik, zelfs indien deze vergaderingen achter gesloten deuren plaatsvinden (C.G.K.R., *Aanpak discriminatie: regelgeving en rechtspraak*, 29; C.G.K.R., *Aanpak discriminatie en racisme*, 27; A. MAR-CHAL en J. JASPAR, *Droit Criminel*, Brussel, Larcier, 1965, 468).

135 I. DELBROUCK, *l.c.*, 19. Uitzondering op deze regel zijn zuiver private vergaderingen tussen vrienden, kennissen of familieleden.

136 Om hoeveel mensen het moet gaan is niet in de wet opgenomen, maar “wordt geval per geval, rekening houdende met de aard en de omstandigheden, beoordeeld door de rechter” (I. DELBROUCK, *l.c.*, 19).

137 Cass. 21 juni 1954, *Arr. Cass.* 1954, 678-679.

138 De aanduiding van deze geviseerde persoon in art. 444 lid 4 Sw. betreft “de beledigde”. Dit is het geval omdat – zoals gezegd – het bewuste artikel betrekking heeft op het toepassingsgebied van strafrechtelijke beledigingen, laster en eerroof.

139 Cass. 15 januari 1912, *Pas.* 1912, I, 81. Deze aanwezigheid van de beledigde is (dus) niet vereist in de gevallen onder lid 2 en 3 van art. 444 Sw.

140 Cass. 22 oktober 1945, *Arr. Cass.* 1945, 228; *Pas.* 1945, I, 250.

141 Luik 1 april 1925, *Pand. Pér.* 1925, 219. Zie I. DELBROUCK, *l.c.*, 19.

142 Cass. 5 januari 1887, *Pas.* 1887, I, 42.

1. DOOR GESCHRIFTEN, AL DAN NIET GEDRUKT, DOOR PRENTEN OF ZINNEBEELDEN, DIE AANGEPLAKT, VERSPREID OF VERKOCHT, TE KOOP GEBODEN OF OPENLIJK TENTOONGESTELD WORDEN (ART. 444 LID 5 SW.)

790. Op basis van artikel 444 lid 5 Sw. komen geschriften, prenten en zinnebeelden in aanmerking voor vervolging, indien zij een racistische inhoud hebben in de zin van de wet. Bij geschriften kan het bijvoorbeeld gaan om handgeschreven, gedrukte of gefotokopieerde teksten. Prenten kunnen onder meer de vorm aannemen van foto's, tekeningen, gravures en karikaturen. Zinnebeelden – ten slotte – duiden op elke vorm van symboliek (bv. door middel van een pop met de gelaatstreken van de geïmiteerde persoon of groep).¹⁴³

791. Wel moeten al deze zaken op bepaalde wijze openbaar gemaakt worden, namelijk: door aanplakking, verspreiding, verkoop, te koop aanbieden of openbare tentoonstelling. Daarbij is het niet van belang of deze handelingen gebeuren op de openbare weg of in een private woning. Wezenlijk is dat er een effectieve bedoeling en mogelijkheid bestaat tot kennisneming door derden.¹⁴⁴ Het gewone bezit van bijvoorbeeld nazi-emblemen (in een privé-woning) valt daarmee niet onder de wet.¹⁴⁵ Van bekendmaking is echter wel sprake “in geval een geschrift, opgesteld in een exemplaar, door aanplakking ter kennis kwam van een ander persoon”.¹⁴⁶

2. DOOR GESCHRIFTEN, DIE NIET-OPENBAAR GEMAAKT, MAAR AAN VERSCHIEDENE PERSONEN TOEGESTUURD OF MEEGEDEELD WORDEN (ART. 444 LID 6 SW.)

792. Het laatste lid van artikel 444 Sw. beoogt gevallen “waarin geschriften (...) niet openbaar worden gemaakt aan het publiek in het algemeen, maar wel worden toegestuurd of meegedeeld aan verscheidene personen”.¹⁴⁷ Men gaat er vanuit dat aan het vereiste van artikel 444 lid 6 Sw. voldaan is, indien aantijgingen worden vermeld op een open postkaart of op een kaart in open briefomslag, die per post worden verstuurd.¹⁴⁸ Met andere woorden:

Het is voldoende dat de verspreiding het noodzakelijk gevolg moest zijn van het toezenden van het geschrift aan de geadresseerde, wat meebrengt dat dit door de dader gewild werd.¹⁴⁹

¹⁴³ Zie uitvoerig I. DELBROUCK, *l.c.*, 20.

¹⁴⁴ I. DELBROUCK, *l.c.*, 21; C.G.K.R., *Aanpak discriminatie: regelgeving en rechtspraak*, 31; C.G.K.R., *Aanpak discriminatie en racisme*, 28.

¹⁴⁵ Corr. Luik 16 september 1993, C.G.K.R., *De wet van 30 juli 1981 tot bestraffing van bepaalde door racisme of xenofobie ingegeven daden: rechtspraak antiracisme*, 147. Zie ook M. VAN DE PUTTE, *l.c.*, 192.

¹⁴⁶ I. DELBROUCK, *l.c.*, 21.

¹⁴⁷ P. ARNOU, “Aanranding van de eer of de goede naam van personen. Overzicht van rechtspraak 1970-1992”, in X, *Om deze redenen. Liber Amicorum Armand Vandeplas*, Gent, Mys & Breesch, 1995, 56.

¹⁴⁸ Cass. 23 oktober 1893, *Pas.* 1894, I, 17; Cass. 11 november 1912, *Pas.* 1912, I, 442. Vgl. A. VANDEPLAS, “Belediging door geschriften” (noot onder Gent 24 oktober 1977, *R.W.* 1979-80, 1390-1391); M. FAURE en A. MASSET, “Aanranding van de eer of goede naam van personen”, in F. GORLE en A. DE NAUW (reds.), *Strafrechtelijke kwalificaties met jurisprudentie*, Brugge, die Keure, 1992, VI, 7.

¹⁴⁹ Cass. 23 oktober 1916, *Pas.* 1917, I, 290.

793-794. Door het Hof van Beroep te Gent werd (inzake laster) gesteld dat ook een aantijging, vermeld op de adreszijde van een brief, onder toepassing van artikel 444 lid 6 valt.¹⁵⁰ Wel is steeds vereist dat verscheidene personen het geschrift feitelijk onder ogen moeten (kunnen) krijgen. Zo valt een brief onder gesloten omslag aan een bepaald persoon geadresseerd niet onder dit lid, ook niet indien daarin op krachtdadige wijze racistische boodschappen worden verkondigd.¹⁵¹ Aan de andere kant is de mededeling aan slechts één persoon mogelijk wél strafbaar indien men weet dat deze de tekst verder zal verspreiden.¹⁵²

C. Overige media

795. Artikel 444 Sw. wordt in de rechtspraak en rechtsleer niet alleen toegepast waar het gaat om mondelinge of schriftelijke uitingen. Via evolutieve interpretatie vallen ook uitingen door middel van overige media, zoals televisie, radio, internet en bandopnames onder de bepalingen van artikel 444.¹⁵³ Het is dus niet de drager maar de inhoud alsmede het publiekelijk karakter van de uitlating, dat van belang is. Zo vallen gesproken woorden via radio, televisie, bandopnames, CD's enz. onder de bepalingen van artikel 444 lid 2 tot en met 4. Beelden of teksten verspreid door fax, televisie, video, film, cd-rom, SMS-berichten, internet¹⁵⁴ en e-mail ressorteren daarentegen onder de noemer "geschriften" en vallen onder artikel 444 lid 5 en 6.¹⁵⁵

D. (Druk)persmisdrijf

796. Voor 1999 werden racistische geschriften en – volgens bepaalde rechtspraak en rechtsleer¹⁵⁶ – ook uitingen in andere media (doorgaans) gekwalificeerd als (druk)-persmisdrijven, die tot de bevoegdheid van het hof van assisen behoren. Het gevolg hiervan was dat de (correctionele) rechtbanken zich (doorgaans) terzake onbevoegd

150 Gent 24 oktober 1977, *R.W.* 1979-80, 1389, noot A. VANDEPLAS. Vgl. Cass. fr. 15 maart 1983, *Rev. Sc. Crim.* 1984, 671. De argumentatie is dat minstens ook de postbeambten de brief in handen krijgen met het oog op verzending ervan: "het feit dat deze postbeambten door de zwijgplicht verbonden zijn er geen verdere ruchtbaarheid mogen geven aan de op de adreszijde van brief voorkomend aantijging, speelt daarbij geen rol. Nergens wordt vereist dat de personen aan wie de brief werd toegestuurd of is megedeeld, de aantijging ook verder zouden mogen vertellen (P. ARNOU, *l.c.*, 57; J. NYPELS en J. SERVAIS, *Le code pénal belge interprété, III*, Brussel, Bruylant, 1898, 219-220).

151 Corr. Luik 16 september 1993; C.G.K.R., *De wet van 30 juli 1981 tot bestraffing van bepaalde door racisme of xenofobie ingegeven daden: rechtspraak antiracisme*, 147. Zie ook M. VAN DE PUTTE, *l.c.*, 192. Ook is de voorwaarde niet vervuld indien het geschrift uitsluitend gestuurd is naar een echtpaar door middel van één brief, opgesteld in naam van de beide echtgenoten (Corr. Bergen 27 oktober 1953, *J.T.* 1954, II).

152 I. DELBROUCK, *l.c.*, 22.

153 C.G.K.R., *Aanpak discriminatie en racisme*, 29.

154 Zo is expliciet bepaald dat "newsgroups" of discussiefora op het internet vallen onder het toepassingsgebied van art. 444 en daarmee ook onder de Antiracismewet: Corr. Brussel 22 december 1999, *AM* 2000, 134, noot D. VOORHOOF.

155 I. DELBROUCK, *l.c.*, 23. Vgl. C.G.K.R., *Aanpak discriminatie: regelgeving en rechtspraktijk*, 32; C.G.K.R., *Aanpak discriminatie en racisme*, 29.

156 Zie hiervoor D. VOORHOOF, "Racismebestrijding en vrijheid van meningsuiting in België: wetgeving en jurisprudentie", *l.c.*, 171 (m.n. noot 44).

verklaarden.¹⁵⁷ In de praktijk genoten persmisdrijven daardoor *de facto* strafrechtelijke immuniteit, omdat zij in België hoogstzelden daadwerkelijk worden onderworpen aan het oordeel van het hof van assisen. Zoals aangegeven, werden in 1999 echter “drukmisdrijven die door racisme of xenofobie ingegeven zijn” aan de bevoegdheid van het hof van assisen onttrokken en “gecorrectionaliseerd” (*cf. supra* nr. 745).¹⁵⁸ Sindsdien vallen (enkel) racistische drukkermisdrijven in beginsel onder de bevoegdheid van de correctionele rechtbank.

§ 2. “Aanzetten tot” (art. 1 lid 3, 1° en 2°)

A. Algemeen

797. Artikel 1 lid 3, 1° en 2° stellen strafbaar: het aanzetten tot (1) discriminatie, (segregatie), haat of geweld; (2) jegens een persoon (art. 1 lid 3, 1°) of jegens een groep, een gemeenschap of de leden ervan (art. 1 lid 3, 2°); (3) wegens zogenaamd ras, huidskleur, afkomst of nationale of etnische afstamming; (4) in de aangegeven omstandigheden van artikel 444 Sw. (*cf. supra* nrs. 781-795).

1. “AANZETTEN TOT”, MOREEL ELEMENT EN CONTEXT

a. “Aanzetten tot”

798. De bepaling ziet op bepaalde communicatieve uitingen, taaluitingen in het bijzonder, maar het kan bijvoorbeeld ook gaan om gebaren.¹⁵⁹ Teneinde strafbaar te zijn, moeten deze uitingen om te beginnen *aanzetten tot* bepaalde feiten of reacties. Rechtsleer acht de term “aanzetten” verwant met begrippen als aansporen, aandrijven, ophitsen, aanstoken, oproepen en provoceren.¹⁶⁰ Ook het Arbitragehof stelde – bij de toetsing van het zeer gelijkaardige artikel 6 § 1 Antidiscriminatiewet – dat de term begrepen moet worden als “aansporen”, “opzetten” en “aanstoken”.¹⁶¹

¹⁵⁷ Zie o.m. R.K. Nijvel 22 juni 1992; C.G.K.R., *De wet van 30 juli 1981 tot bestraffing van bepaalde door racisme of xenofobie ingegeven daden: rechtspraak antiracisme*, 139; Brussel 3 december 1992; Bergen K.I. 4 januari 1994, *Rev. dr. pén.* 1994, 1030; J.L.M.B. 1994, 506; Corr. Brussel 6 september 1994, *A.J.T.* 1994-95, 50, noot D. VOORHOOF.

¹⁵⁸ Wijziging aan de Grondwet (art. 150) van 7 mei 1999, *B.S.* 29 mei 1999. Voor verwijzingen zie *supra* nr. 745.

¹⁵⁹ Het “aanzetten tot” kan tot uiting komen “door woorden door middel van pamfletten of op enige andere wijze” (W. VAN LAETHEM, *l.c.*, 8), zoals door gebaren als de Hitlergroet (C.G.K.R., *Aanpak discriminatie: regelgeving en rechtspraak*, 27).

¹⁶⁰ E. BOUTMANS, *o.c.*, 15; D. BATSELE, M. HANOTIAU en O. DAURMONT, “La lutte contre le racisme et la xénophobie, mythe ou réalité”, *Rev. trim. D.H.* 1991, 330; D. BATSELE, M. HANOTIAU en O. DAURMONT, *La lutte contre le racisme et la xénophobie*, Brussel, Nemesis, 1992, 22; B. DEJEMEPPE, *l.c.*, 320; W. VAN LAETHEM, *o.c.*, 8; S. SOTTIAUX en J. VRIELINK, “De antiracismewet na het Vlaams-blokarrest”, *l.c.*, 722.

¹⁶¹ Arbitragehof nr. 157/2004, 6 oktober 2004, B.49. Enigszins in afwijking hiervan kan gewezen worden op de interpretatie die het Hof van Beroep van Gent van de term biedt. Het Hof begrijpt “aanzetten tot” als een “algemene aanmoediging” (Gent 21 april 2004, www.antiracisme.be (rechtspraakoverzicht)). Zie kritisch J. VRIELINK, S. SOTTIAUX en D. DE PRINS, “Het Vlaams Blokarrest, artikel 150 van de Grondwet en de interpretatie van de antiracismewet”, *l.c.*, 99-100.

799. Een en ander betekent volgens de rechtsleer dat een loutere belediging niet strafbaar is op basis van deze bepaling, zelfs indien die gerelateerd is aan de discriminatiegronden van de wet.¹⁶² Bijkomende steun hiervoor zoeken commentatoren in het feit dat het oorspronkelijke voorstel-GLINNE wél mede zag op de eenvoudige racistische belediging (*cf. supra* nr. 728). In de loop van de voorbereidingen werd dit evenwel geschrapt ten gunste van de huidige bepaling. Niet elke racistische belediging valt dus onder de Antiracismewet.¹⁶³ Het louter uiten van opinies die een beledigende, racistische inslag hebben en getuigen van misprijzen voor vreemdelingen zou op zichzelf niet strafbaar zijn op basis van de Antiracismewet.¹⁶⁴ Van de racistische woorden dient een dergelijke kracht uit te gaan dat zij ook effectief aansporen of oproepen tot de genoemde praktijken of houdingen. Met andere woorden: (discriminatoire) beledigingen zijn onder de Antiracismewet slechts strafbaar indien zij tevens (bewust) derden ergens toe aansporen of aanzetten.¹⁶⁵

800. Wel zijn beledigingen, evenals laster en eerroof, zelfstandig in het Strafwetboek geregeld.¹⁶⁶ Daarbij gelden voorts sinds de totstandkoming van de Antidiscriminatiewet strafverzwaringen wanneer de feiten aantoonbaar ingegeven zijn door “de haat tegen, het misprijzen van of de vijandigheid tegen” een persoon op basis van (o.m.) de verschillende in de Antiracismewet opgenomen rasgerelateerde gronden (*cf. infra* nrs. 1340-1347). Het beledigen van groepen is echter in beginsel – ook na het invoeren van deze maatregelen – niet strafbaar op basis van de betreffende bepalingen.¹⁶⁷

801. Het is de rechter die op soevereine wijze oordeelt wanneer een bepaalde meningsuiting een aanzet vormt tot geweld, haat of discriminatie.¹⁶⁸ Wel geeft dit veel ruimte voor interpretatie, zoals ook uit de rechtspraak blijkt (*cf. infra* nrs. 822-867):

-
- 162 B. RENSON, “Du renforcement de la lutte contre le racisme et xénophobie: du rêve à la réalité”, *l.c.*, 6.
- 163 M. VAN NOOTEN, “Niet elke racistische belediging valt onder racismewet”, *De Juristenkrant*, 2002, nr. 52, 13. Vgl. C.G.K.R., *De wet van 30 juli 1981 tot bestraffing van bepaalde door racisme of xenofobie ingegeven daden: rechtspraak antiracisme*, 9-10; C.G.K.R., *Aanpak discriminatie: regelgeving en rechtspraak*, 37; M. VAN DE PUTTE, *l.c.*, 192; X, “Anti-racismewetgeving”, *l.c.*, 144.
- 164 D. VOORHOOF, “Racismebestrijding en vrijheid van meningsuiting in België: wetgeving en jurisprudentie”, *l.c.*, 165-167. Vgl.: C.G.K.R., *De wet van 30 juli 1981 tot bestraffing van bepaalde door racisme of xenofobie ingegeven daden: rechtspraak antiracisme*, 11; J. VELAERS, *De beperkingen van de vrijheid van meningsuiting*, Antwerpen/Apeldoorn, Maklu, 1990, 495-496; B. DEJEMEPPE, *l.c.*, 323; C.G.K.R., *Aanpak discriminatie en racisme*, 34-35; E. BOUTMANS, *o.c.*, 15.
- 165 B. DEJEMEPPE, *l.c.*, 322; E. BOUTMANS, *o.c.*, 15; D. VOORHOOF, “Racismebestrijding en vrijheid van meningsuiting in België: wetgeving en jurisprudentie”, *l.c.*, 165; W. MAHIEU, *l.c.*, 7.
- 166 Beledigingen van personen worden in het Strafwetboek geregeld door art. 448 en 561, 7° Sw., laster en eerroof door art. 443 e.v. Sw. Zie ook D. VOORHOOF, “Racismebestrijding en vrijheid van meningsuiting in België: wetgeving en jurisprudentie”, *l.c.*, 165.
- 167 E. BOUTMANS, “De toepassingsmogelijkheden van de herziene racismewet”, in M.-C. FOBLETS, B. HUBEAU en F. TALHAOU (eds.), *Migratie- en Migrantenrecht. Recente ontwikkelingen II*, Brugge, die Keure, 1996, 62; S. SOTTIAUX en J. VRIELINK, “Acht redenen waarom kardinaal Joos niet mag worden veroordeeld”, *De Juristenkrant* 2004, nr. 83, 2-3.
- 168 Corr. Namen 23 september 1993, *Rev. dr. pén.* 1994, 920.

Dezelfde uitlating kan door de ene rechter beschouwd worden als een krachtens de Antiracismewet niet-strafbare belediging, terwijl de andere er een krachtens deze wet strafbaar “aanzetten tot” in ziet.¹⁶⁹

b. Moreel element

802. Indirect verbonden met, maar formeel desalniettemin onderscheiden van, de discussie rondom de inhoudelijke, materiële vereisten die gesteld (moeten) worden aan woorden, gebaren of handelingen om ze al dan niet te kunnen beschouwen als een “aanzetten tot”, is de discussie omtrent het vereiste morele element in hoofde van de dader: de *in casu* vereiste graad van opzet. De parlementaire voorbereidingen geven aan dat het zou moeten gaan om “een wilsmatige betrokkenheid van de dader op de ‘aanzet’”.¹⁷⁰ Wat hiermee juist bedoeld werd, is niet verder verduidelijkt.

803. In de rechtsleer heerst in dit verband onenigheid.¹⁷¹ Een eerste visie stelt dat een “algemeen opzet” (*dolus*) zou volstaan ter vervulling van het moreel element. Dit is meer bepaald de (recente)¹⁷² visie van het C.G.K.R.¹⁷³ De redenering is hierbij dat – aangezien de wet niet expliciet voorziet in een vereiste van “bijzonder opzet” – er dus slechts sprake is van een “algemeen opzet”. De betreffende redenering is bekritiseerd: hoewel een “bijzonder opzet” weliswaar bijna altijd uitdrukkelijk wordt voorzien door de wet, zou dit niet noodzakelijk het geval zijn.¹⁷⁴ Volgens een tweede, dominante mening veronderstelt het aanzetten tot discriminatie, haat of geweld een “bijzonder opzet” (*dolus specialis*): de dader zou de (kwaadwillige) intentie (en de hoop) moeten hebben dat degene tot wie hij zich richt andere personen of groepen zal discrimineren of haten of tegen hen geweld zal gebruiken.¹⁷⁵ Een derde visie

169 C.G.K.R., *De wet van 30 juli 1981 tot bestraffing van bepaalde door racisme of xenofobie ingegeven daden: rechtspraak antiracisme*, 12. Vgl. C.G.K.R., *Aanpak discriminatie: regelgeving en rechtspraktijk*, 38; R. STOKX, “De vernieuwingen aan de racismewet: meer dan een laagje vernis?”, *I.c.*, 507. In bepaalde rechtsleer is daarom wel gepleit voor het eenduidig (zwaarder) strafbaar stellen van racistische beledigingen, omdat dit duidelijker zou zijn en veel problemen zou vermijden. Zie o.m. B. RENSON, “Du renforcement de la lutte contre le racisme et xénophobie: du rêve a la réalité”, *I.c.*, 6-7; D. BATSELÉ, M. HANOTIAU en O. DAURMONT, *I.c.*, 333; D. BATSELÉ, M. HANOTIAU en O. DAURMONT, *o.c.*, 26. Door invoering van de genoemde strafverzwaringen in de Antidiscriminatiewet is dit in zekere zin gebeurd (cf. *infra* nrs. 1340-1347).

170 *Hand. Senaat* 18 juli 1981, 2232.

171 Daarenboven is veel rechtsleer terzake begripsmatig en terminologisch vaag of ambigu.

172 In oudere publicaties gaat het C.G.K.R. er vanuit dat een “bijzonder opzet” vereist zou zijn, zie o.m. C.G.K.R., *De wet van 30 juli 1981 tot bestraffing van bepaalde door racisme of xenofobie ingegeven daden: rechtspraak antiracisme*, 9.

173 C.G.K.R., *Van integratie naar diversiteit, 20 jaar Centrum voor Gelijkheid van Kansen en voor Racismebestrijding. 1993-2003*, 55.

174 In bepaalde gevallen zou een vereiste bijzondere ingesteldheid ook kunnen blijken uit de aard van het misdrijf zelf. Als voorbeeld ter zake is verwezen naar de *animus iniurandi* bij smaad. Ook kan gedacht worden aan art. 448 Sw. (belediging). Zie S. SOTTIAUX en J. VRIELINK, “De antiracismewet na het Vlaams-blokarrest”, *I.c.*, 722. Vgl. L. DUPONT en R. VERSTRAETEN, *Handboek Belgisch Strafrecht*, Leuven, Acco, 1990, 253.

175 W. VAN LAETHEM, *o.c.*, 36; B. DEJEMEPEPE, *I.c.*, 323; D. BATSELÉ, M. HANOTIAU en O. DAURMONT, *o.c.*, 22-24; D. BATSELÉ, M. HANOTIAU en O. DAURMONT, *I.c.*, 330-331; W. VAN LAETHEM, *I.c.*, 7; M. VAN NOOTEN, *I.c.*, 13; D. VOORHOOF, “De antidiscriminatiewet als beperking op de expressievrijheid: ultieme realisatie van het gelijkheidsbeginsel of veelkoppig monster?”, *I.c.*, 153 en 171. Ook BOUTMANS suggereert dit door te stellen dat “de kwade bedoeling van de auteur moet worden bewezen” (E. BOUTMANS, “De toepassingsmogelijkheden van de herziene racismewet”, *I.c.*, 66).

houdt het in het midden en geeft aan dat hoewel uit de tekst niet noodzakelijk een bijzonder opzet kan worden afgeleid, het desalniettemin aangewezen is om minstens een marginale toetsing door te voeren aan de (al dan niet) racistische intentie van de vermeende dader. Voor dit standpunt wordt steun gezocht in het arrest van 21 april 2004 van het Hof van Beroep van Gent, waarin wordt gesteld:

Er mag (...) niet worden voorbijgegaan aan het feit dat de strafrechter, ook al vereist de wet geen bijzonder opzet, (...) aan de hand van de concrete elementen van de zaak marginaal zal dienen te toetsen of het “aanzetten tot discriminatie” nog wel kan worden aangezien als een “door racisme en xenofobie ingegeven daad”, waarvan de wet de bestraffing beoogt en waarvan de rechtsonderhorige, in het kader van het vereiste algemeen opzet, derhalve kan weten dat het een strafrechtelijk beteugelbare daad is. Enkel deze bijzondere aard van het misdrijf wettigt immers de door de wet ingestelde beperking van de vrijheid van meningsuiting.¹⁷⁶

804. In de rechtspraak terzake heerst echter evenmin overeenstemming: de onenigheid in de rechtsleer komt terug in de rechtspraak en wordt soms gezien als een oorzaak voor uiteenlopende jurisprudentie.¹⁷⁷ Naast de visie van het Hof van Beroep van Gent, wordt in bepaalde uitspraken aangegeven dat een (volwaardig) bijzonder opzet vereist zou zijn.¹⁷⁸ Het zwaartepunt lag in de rechtspraak echter (tot voor kort) – in tegenstelling tot in de rechtsleer – op het algemene opzetvereiste: in verreweg de meeste gevallen was er zelfs geen uitdrukkelijke aandacht voor het morele element en ging men er vanuit dat de voorwaarden van het misdrijf vervuld zijn wanneer aan de materiële bestanddelen is voldaan.¹⁷⁹

805. Wellicht is deze discussie beslecht door de uitspraak van het Arbitragehof aangaande het vereiste morele element bij de vrijwel identieke strafbaarstelling

176 Gent 21 april 2004, www.antiracisme.be (rechtspraakoverzicht). Het Hof zou met deze passage volgens VRIELINK, SOTTIAUX en DE PRINS het volgende zeggen: “Hoewel een bijzonder opzet niet vereist is, dient de toetsing (soms) toch verder te gaan dan de simpele vaststelling van een algemeen opzet (...): enerzijds is bijzonder opzet niet vereist, maar anderzijds dient de rechter wel te toetsen of de aanzet in kwestie een door racisme en xenofobie ingegeven daad is. De rechter moet aan de hand van concrete elementen van een zaak *marginale* toetsen aan een ‘racistische intentie’. Deze ‘intentie’, het feit dat het aanzetten tot discriminatie kan worden gezien als ‘ingegeven door racisme of xenofobie’ moet niet zozeer bewezen of aangetoond worden, maar de *afwezigheid* ervan moet, in voorkomend geval, wel de strafrechtelijke schuld uitsluiten” (J. VRIELINK, S. SOTTIAUX en D. DE PRINS, “Het Vlaams Blok-arrest, artikel 150 van de Grondwet en de interpretatie van de antiracismewet”, *l.c.*, 100-101).

177 C.G.K.R., *Van integratie naar diversiteit, 20 jaar Centrum voor Gelijkheid van Kansen en voor Racismebestrijding, 1993-2003*, 55.

178 Corr. Oudenaarde 24 mei 2002, www.antiracisme.be (rechtspraakoverzicht); Corr. Mechelen 20 september 2002, www.antiracisme.be (rechtspraakoverzicht); Corr. Neufchâteau 11 december 1995, *R.R.D.* 1996, nr. 77, 116. Corr. Luik 22 juni 1993, *T. Vreemd.* 1993, afl. 3/4, 195; *J. Proc.* 1993, afl. 234, 29; Corr. Turnhout 5 januari 1999, C.G.K.R., *De wet van 30 juli 1981 tot bestraffing van bepaalde door racisme of xenofobie ingegeven daden: rechtspraak antiracisme*, 330; Corr. Turnhout 18 december 1998, C.G.K.R., *De wet van 30 juli 1981 tot bestraffing van bepaalde door racisme of xenofobie ingegeven daden: rechtspraak antiracisme*, 321.

179 Doorgaans lijkt men dit stilzwijgend aan te nemen. Vonnissen en arresten waar expliciet wordt gesteld dat er sprake is van slechts een algemeen opzet zijn bijzonder schaars. Zie bv. Corr. Luik 28 december 2001, www.antiracisme.be (rechtspraakoverzicht).

van “aanzetten tot” in de Antidiscriminatiewet.¹⁸⁰ Het Hof stelt dienaangaande dat het moet gaan om een “bijzonder opzet”. Daarbij acht het dit “specifieke morele element (...) vervat in de termen zelf die in de wet worden gehanteerd”.¹⁸¹ Naar het oordeel van het Hof moet er, met andere woorden, “sprake (...) zijn van een bijzondere wil om aan te zetten tot discriminatie, haat of geweld”.¹⁸² Bij ontstentenis van dit element zijn meningsuitingen niet strafbaar.¹⁸³

c. Context

806. Naast de inhoud van de uitspraken en het vereiste moreel element, is in de rechtsleer gepleit voor meer aandacht voor de *context* van de geuite woorden, gebaren of handelingen (en, daarmee samenhangend, de potentiële impact ervan).¹⁸⁴ Ter ondersteuning van het belang van dit element is door met name SOTTIAUX en VRIELINK onder meer verwezen naar de rechtspraak van het E.H.R.M. met betrekking tot het begrip “incitement”.¹⁸⁵ Daaruit zou blijken dat de vraag of er sprake is van een “aanzet”, niet louter beantwoord kan worden aan de hand van de inhoud of de aard van de gebruikte woorden, maar dat ook de omstandigheden waarin zij werden geuit (bv. de plaats, het publiek en de autoriteit van de spreker) en het medium waarmee dat gebeurde (bv. een dagblad, een roman en het internet) van belang is.¹⁸⁶

180 In de rechtsleer met betrekking tot de uitspraak is althans eenduidig gesteld dat er geen redenen zijn waarom terzake de interpretatie niet ook zou gelden bij de toepassing van de Antiracismewet. VELAERS stelt dit bv. op basis van de sterk gelijkaardige formuleringen, gecombineerd met het feit dat het Hof het “bijzonder opzet” afleidt uit de termen van de wet (J. VELAERS, “Het Arbitragehof en de antidiscriminatiewet”, *l.c.*, nr. 33). Het Hof laat er immers “geen twijfel over bestaan dat de restrictieve interpretatie die hij voorhoudt niet alleen de door de wetgever gewilde interpretatie is, doch ook de enige die hij grondwetsconform acht” (*ibid.*, nr. 30). Argumenten die tegen een *mutatis mutandis* interpretatie van dit bijzonder opzetvereiste voor de Antiracismewet zouden pleiten, acht de auteur niet overtuigend. Een meer behoedzame houding op basis van het feit dat de Antiracismewet de uitvoering is van het V.N.-Rassendiscriminatieverdrag verwerpt hij bijvoorbeeld, vanwege het voorbehoud dat België juist op dit punt maakte (*cf. supra* nr. 730). Daarnaast wijst de auteur op de discussie in de rechtsleer, waar reeds overwegend uitgegaan wordt van een vereiste van “bijzonder opzet” (*cf. supra* nr. 804). Vgl. S. SOTTIAUX en J. VRIELINK, “Eén arrest, vijf mijlpalen”, *l.c.*, 4.

181 Arbitragehof nr. 157/2004, 6 oktober 2004, B.51. Het Arbitragehof wijst ook op de parlementaire voorbereidingen, waaruit zou blijken dat het om een “opzettelijk misdrijf” dient te gaan. Het Hof bedoelt daarmee (o.m.) de uitlatingen van Minister ONKELINX, die stelde dat “indien er geen sprake is van opzet, er geen strafrechtelijke sanctie mogelijk is”. Uit de voorbereidingen kan echter niet worden afgeleid dat er sprake zou moeten zijn van een *bijzonder* opzet en niet slechts van een algemeen opzet. Zie o.m. J. VELAERS, “De horizontale werking van het discriminatieverbod in de discriminatiewet, enkele constitutionele beschouwingen”, *l.c.*, 325; J. VRIELINK, S. SOTTIAUX en D. DE PRINS, “De anti-discriminatiewet, een artikelsgewijze analyse (deel 2)”, *l.c.*, 296-297.

182 Arbitragehof nr. 157/2004, 6 oktober 2004, B.51. Zie J. VELAERS, “Het Arbitragehof en de antidiscriminatiewet”, *T.B.P.* 2004, nr. 29.

183 Arbitragehof nr. 157/2004, 6 oktober 2004, B.40.

184 S. SOTTIAUX en J. VRIELINK, “De antiracismewet na het Vlaams-blokarrest”, *l.c.*, 723, 100-101. Vgl. E. BREMS en S. VAN DROOGHENBROECK, “Note de Gand (8e ch.), 21 avril 2004”, *J.T.* 2004, 594; S. GUTWIRTH en D. VOORHOOF, “McCarthy is al lang dood en begraven”, *De Juristenkrant* 2004, nr. 94, 2-3.

185 S. SOTTIAUX en J. VRIELINK, “De antiracismewet na het Vlaams-blokarrest”, *l.c.*, 723. Vgl. S. SOTTIAUX, “The ‘Clear and Present Danger Test’ in the Case Law of The European Court of Human Right”, *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* 2003, 64, 653-681.

186 Het betreft meer bepaald de rechtspraak inzake het “aanzetten tot geweld”. Het Hof gaat daarin telkens na of “in such a *context* the content of [the text] must be seen as capable to inciting further violence (...)”. (S. SOTTIAUX en J. VRIELINK, “De antiracismewet na het Vlaams-blokarrest”, *l.c.*, 723).

807. Uit eerdere toepassingen van de Antiracismewet zelf zou ook het belang van dit element blijken. Zo is herhaaldelijk geoordeeld dat een beledigde persoon niet de verantwoordelijkheid kan invoeren van iemand die hem beledigd heeft, indien de belediging uitgelokt was door een eigen voorafgaande overdreven (re)actie.¹⁸⁷ Ook is de context ingeroepen met betrekking tot uitingen gedaan tijdens een verhitte discussie of onder invloed van drank.¹⁸⁸ Verder is voor het feit dat het brengen van de Hitlergroet nu eens wel¹⁸⁹, dan weer niet gekwalificeerd werd als een “aanzet tot”, ook uitdrukkelijk de context van de handeling ingeroepen. Meer bepaald werd in een vonnis van de Correctionele Rechtbank van Oudenaarde een gemeenteraadslid vrijgesproken dat de Hitlergroet gebracht had.¹⁹⁰ De rechter stelde dat “er reeds terecht veroordelingen uitgesproken werden op basis van de Hitlergroet”, waarbij verwezen werd naar de uitspraak van de Correctionele Rechtbank van Brussel van 15 juli 1996 (*cf. infra* nr. 847)¹⁹¹, maar dat het in het laatste geval duidelijk was dat de groet “gebracht werd in een zeer politieke context van de eedaflegging van een gemeenteraad en dat deze groet gevolgd werden [*sic*] door bepaalde hatelijke en misprijzende woorden”. Ten slotte zouden ook vaker veroordelingen volgen voor “aanzetten tot” op grond van de mondelinge uitingen, indien deze gepaard gaan met andere feiten, zoals het toebrengen van slagen en verwondingen. Vaak legt de rechter dan één straf op, waarbij het niet altijd eenduidig is of de straf ook zou zijn opgelegd indien de uitspraken op zichzelf hadden gestaan.¹⁹²

d. Checklist

808. In de rechtsleer is herhaaldelijk het gebruik voorgesteld van – een variatie op – de volgende “check-list” om vast te stellen of zowel het materiële als morele element van “aanzetten tot” voldaan is¹⁹³:

- 187 Corr. Brussel 23 december 1983, *Pas.* 1984, III, 38. Vgl. Corr. Oudenaarde 28 maart 1996, www.antiracisme.be (rechtspraakoverzicht). In deze laatste zaak werd (mede) het volgende overwogen: “Waar beide in de schermutseling betrokken personen schuld hebben, en er van een zekere uitlokking sprake is, dient de straf principieel te blijven”. Zie in afwijking hiervan Corr. Dendermonde 18 maart 1997, www.antiracisme.be (rechtspraakoverzicht). In dit laatste vonnis hielden beklaagden, die racistische beledigingen en gebaren hadden geuit, voor opgehitst te zijn geweest door onterechte verwijten en handelwijze van de slachtoffers (kloppen op auto, enz.). De Rechtbank oordeelde echter dat dit geenszins hun eigen uitval kon rechtvaardigen. Van de chauffeur was in dit laatste geval echter ook bekend dat hij een café uitbaatte waar pamfletten, uithangborden en stickers op de ramen en ingangsdeuren prijkten met een duidelijk racistisch karakter.
- 188 Corr. Neufchâteau 11 december 1995, *R.R.D.* 1996, nr. 77, 116. Zie ook Corr. Marche-en-Famenne 19 juni 1998, www.antiracisme.be (rechtspraakoverzicht).
- 189 Corr. Luik 21 december 1998, *J.L.M.B.* 1999, 78; Corr. Brussel 15 juli 1996, *Rev. dr. étr.* 1996, 415; *T. Vreemd.* 1996, 168.
- 190 Corr. Oudenaarde 24 mei 2002, www.antiracisme.be (rechtspraakoverzicht).
- 191 Corr. Brussel 15 juli 1996, *Rev. dr. étr.* 1996, 415; *T. Vreemd.* 1996, 168.
- 192 Zie o.m. Corr. Brugge 30 juni 1997, C.G.K.R., *De wet van 30 juli 1981 tot bestraffing van bepaalde door racisme of xenofobie ingegeven daden: rechtspraak antiracisme*, 241; Corr. Brugge 13 oktober 1998, C.G.K.R., *De wet van 30 juli 1981 tot bestraffing van bepaalde door racisme of xenofobie ingegeven daden: rechtspraak antiracisme*, 310; Corr. Brugge 30 december 2003, www.antiracisme.be (rechtspraakoverzicht); Corr. Oudenaarde 28 maart 1996, www.antiracisme.be (rechtspraakoverzicht).
- 193 W. VAN LAETHEM, *o.c.*, 36; W. VAN LAETHEM, *l.c.*, 8; C.G.K.R., *Aanpak discriminatie: regelgeving en rechtspraktijk*, 33-34; C.G.K.R., *Aanpak discriminatie en racisme*, 31; S. SOTTIAUX en J. VRIELINK, “De antiracismewet na het Vlaams-blokkarrest”, *l.c.*, 723.

- de precieze bewoordingen (of de concrete daden): waren het zware racistische beledigingen? Kwam er fysieke actie als duw en trekwerk aan te pas? Ging het om manifeste leugens?;
- de manier waarop de woorden werden geuit (of de daden werden gesteld): haatdragend? Agressief? Spottend? Op neutrale toon? Wilde de dader de omstanders opjatten?;
- de context van het gebeuren: gewone burenruzie? Los van enig incident? Tijdens een verhitte discussie? Waren er veel personen aanwezig van wie de dader de aandacht opeiste? Door middel van welk medium vond de uiting plaats?;
- de achtergrond van de dader: staat de persoon bekend als vreemdelingenhater? Houdt hij er extreme opvattingen op na? Gaat het om een rustig persoon?;
- de relevante gegevens omtrent het slachtoffer: was er sprake van provocatie of uitlokking? Was hij een toevallige passant?;
- de wijze waarop de (eventuele) getuigen het gebeuren ervaren: hadden zij de indruk dat de dader hen wilde aanzetten tot haat?¹⁹⁴ Richtte de dader zich enkel tot de vreemdeling?

2. DISCRIMINATIE, (SEGREGATIE), HAAT OF GEWELD

a. Aanzetten tot houdingen of aanzetten tot daden

809. Wat betreft datgene waartoe niet mag worden aangezet, suggereert de wet niet dat dit noodzakelijkerwijs concrete, bepaalde of bepaalbare daden of handelingen zouden moeten zijn. Dit blijkt volgens de meeste commentatoren al uit de tekst van de wet; deze vereist nergens dat aan de aanzet gevolg zou moeten worden gegeven in de vorm van daden.¹⁹⁵ Meer bepaald omschrijft de wet datgene waartoe niet mag worden aangezet als “discriminatie”, “haat”, “geweld”, en – ingeval het gaat om groepen – “segregatie”. Vooral “aanzetten tot haat” zou – gezien de gevoelsmatige aard van het begrip “haat” – niet noodzakelijk het “aanzetten tot haatdragend gedrag” hoeven te betreffen.¹⁹⁶

810. Ook de parlementaire voorbereidingen wijzen er op dat een ruimer toepassingsgebied wordt beoogd dan slechts de aanzet tot concrete daden. Het Hof van Cassatie heeft zich voorts op dit punt expliciet verzet tegen een restrictieve interpretatie van de strafbaarstelling. Het Hof stelde in een arrest van 19 mei 1993 dat het aanzetten tot haat geen provocatie vereist *tot het plegen van duidelijke of concrete daden*.¹⁹⁷ Volgens het Hof voegt men met de veronderstelling van het tegendeel een

¹⁹⁴ Vgl. E. BOUTMANS, *o.c.*, 15.

¹⁹⁵ W. MAHIEU, *l.c.*, 7; W. VAN LAETHEM, *o.c.*, 8; B. RENSON, “Du renforcement de la lutte contre le racisme et xénophobie: du rêve à la réalité”, *l.c.*, 6-7. Zie *contra* o.m. B. DEJEMEPPE, *l.c.*, 323. Die laatste stelt dat de uitdrukkelijke bedoeling vereist is “om derden ertoe te brengen daden te stellen ingegeven door discriminatie of xenofobie”.

¹⁹⁶ J. VELAERS, “Het Arbitragehof en de antidiscriminatiewet”, *l.c.*, nr. 31.

¹⁹⁷ Cass. 19 mei 1993, *Pas.* 1993, I, 498; *Arr.Cass.* 1993, 514; *J.T.* 1993, 573; *Rev. dr. pén.* 1993, 880. Het tegendeel was beweerd door de K.I. van Brussel, die op 3 december 1992 een arrest had gewezen, waarin het stelde: “Zoals uit de geïncrimineerde pamfletten blijkt, willen de verdachten oproepen tot gedragingen van algemene aard zoals ‘weerstand’, ‘invasie’, beroep op bewustwording, vereenzelviging van de inwijking met sommige grote maatschappelijke plagen, maar geenszins tot concrete, bepaalde of bepaalbare daden, als vereist bij de Wet van 30 juli 1981, te deze artikel 1”. Vgl.



voorwaarde toe die de wet niet bevat. Het kan dus volstaan dat anderen bijvoorbeeld geïnspireerd worden tot een sterke afkeer, of tot een algemene negatieve houding.¹⁹⁸

811. Het Arbitragehof stelt echter met betrekking tot het sterk gelijkaardige artikel 6 § 1 uit de Antidiscriminatiewet dat “het aanzetten tot discriminatie, haat of geweld (...) alleen strafbaar is wanneer wordt aangetoond dat er sprake is van een voor-nemen om aan te zetten tot discriminerend, haatdragend en gewelddadig gedrag”.¹⁹⁹ De implicaties van deze uitspraak zijn (nog) niet eenduidig.²⁰⁰ Het Hof spreekt voor het overige in het arrest namelijk steeds over “de bijzonder wil om aan te zetten tot discriminatie, haat of geweld”, zonder te vereisen dat het om gedragingen zou moeten gaan. Door bepaalde commentatoren is terzake dan ook gesteld dat er op basis van de eenmalige afwijking hiervan, noch voor de Antidiscriminatiewet, noch voor de Antiracismewet een reden zou zijn om de bepaling te “herinterpreteren” in die zin dat zij enkel betrekking zou hebben op het aanzetten tot gedrag.²⁰¹

b. Discriminatie

812. Het begrip “discriminatie” dient in de bepaling in beginsel begrepen worden als in artikel 1 lid 1. Het aanzetten tot wettelijk toegestane differentiaties is bijgevolg *sowieso* niet strafbaar (*cf. supra* nrs. 751-754).²⁰² Wel dient er hierbij op te worden gewezen dat het Arbitragehof in zijn arrest van 6 oktober 2004 met betrekking tot het “aanzetten tot discriminatie” in de Antidiscriminatiewet oordeelde dat het hierbij – gezien de vereisten van het legaliteitsbeginsel – enkel kon gaan om het “aanzetten tot directe discriminatie”.²⁰³ Daar de definitie van discriminatie uit de Antiracismewet ook ziet op (het equivalent van) indirecte discriminatie, te weten onderscheid dat bepaalde nadelige consequenties “tot gevolg heeft of kan hebben”,²⁰⁴ rijst de vraag of het betreffende gedeelte uit de definitie uit artikel 1 lid 1 nog wel toepasselijk kan worden geacht in relatie tot het gebruik van het begrip in artikel 1 lid 3.

→ Bergen K.I. 14 januari 1994, *Rev. dr. pén.* 1994, 1030; *J.L.M.B.* 1994, 506.

198 Cass. 19 mei 1993, *R.V.R.* 1993, 171; *J.T.* 1993, 573, met advies van Adv. Gen. PIRET; *J.L.M.B.* 1994, 506, met noot F. JONGEN; *Rev. dr. pén.* 1993, 880.

199 Arbitragehof nr. 157/2004, 6 oktober 2004, B.50.

200 Nog los van de vraag of deze interpretatie *mutatis mutandis* voor zowel de toepassing van de Antidiscriminatiewet als de Antiracismewet zou gelden. Zie hierover in algemene zin J. VELAERS, “Het arbitragehof en de antidiscriminatiewet”, *l.c.*, nr. 33.

201 J. VELAERS, “Het arbitragehof en de antidiscriminatiewet”, *l.c.*, nr. 31.

202 C.G.K.R., *Aanpak discriminatie: regelgeving en rechtspraktijk*, 25; C.G.K.R., *Aanpak discriminatie en racisme*, 23.

203 Arbitragehof nr. 157/2004, 6 oktober 2004, B.53-56. Zie kritisch J. VELAERS, “Het arbitragehof en de antidiscriminatiewet”, *l.c.*, nr. 32.

204 Zie M. VAN DE PUTTE, *l.c.*, 191; J. VRIELINK, S. SOTTIAUX en D. DE PRINS, “Het Vlaams Blok-arrest, artikel 150 van de Grondwet en de interpretatie van de antiracismewet”, *l.c.*, 103.

c. Haat en geweld

813. In de rechtsleer gaat men er vanuit dat de term “geweld” in beginsel voor zich spreekt. Eventueel gebruik ervan is meestal erg duidelijk en zo zou ook het vaststellen van het aanzetten ertoe doorgaans weinig interpretatieproblemen opleveren.²⁰⁵ “Haat” en het aanzetten daartoe worden door commentatoren veelal minder eenduidig geacht, gezien de subjectieve, gevoelsmatige connotatie van het begrip.²⁰⁶ De rechtspraak heeft inzake beide termen niettemin het volgende overwogen:

“[H]aat en geweld” [zijn] vormen van verboden discriminatie bij uitstek, nu zij van aard zijn de meest fundamentele rechten en vrijheden aan te tasten (te weten het recht op leven en op persoonlijke integriteit en het recht niet te worden onderworpen aan vernederende handelingen, die de getroffen in zijn ogen of in de ogen van derden krenken of zijn menselijke waardigheid ernstig aantasten, onverminderd het door de Grondwet gewaarborgd recht op een menswaardig bestaan).²⁰⁷

d. Segregatie

814. Ten aanzien van groepen is er ten slotte een bijkomende gedraging waartoe niet aangezet mag worden: segregatie.²⁰⁸ De reden hiervoor is simpelweg dat de wetgever het niet denkbaar achtte om tot segregatie aan te zetten ten aanzien van een individu. In de parlementaire voorbereidingen is verduidelijkt dat segregatie wordt gezien als:

[E]en collectieve praktijk, ten aanzien van groepen en gemeenschappen van een ander ras of van een andere nationale of etnische afstamming om uitdrukking te geven aan verschillen, uitsluitingen, beperkingen of voorkeuren ten nadele van een bepaalde groep.²⁰⁹

205 B. RENSON, “Racisme, wet en publieke opinie”, *l.c.*, 12.

206 C.G.K.R., *Van integratie naar diversiteit, 10 jaar Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding 1993-2003*, 91; C.G.K.R., *Aanpak discriminatie en racisme*, 23.

207 Gent 21 april 2004, www.antiracisme.be (rechtspraakoverzicht). Vgl. de overwegingen van het Arbitragehof m.b.t. dezelfde termen uit de Antidiscriminatiewet: “De woorden ‘haat’ en ‘geweld’ zijn zodanig ingeburgerd dat iedereen redelijkerwijze weet welke uitlatingen en geschriften, prenten en zinnebeelden die hij verspreidt, binnen het toepassingsgebied van de strafwet vallen” (Arbitragehof nr. 157/2004, 6 oktober 2004, B.50).

208 Voor de wijziging van 2003 ging het om de term “rassenscheiding”. Bij de oorspronkelijke voorbereidingen was overigens door sommigen weerstand geboden tegen opname van dat begrip. Ten eerste omdat aan “rassenscheiding” zagezegd niet noodzakelijk racistische overwegingen ten grondslag zouden liggen: “zij die daarom zonder racist te zijn, menen dat rassenscheiding de beste oplossing vormt voor een multinationale maatschappij, [moeten] het recht krijgen om voor deze levenshouding te kiezen” (*Parl. St. Kamer* 1980-81, nr. 214/9, 27). Ook volgens een senaatslid was “scheiding van de volkeren (...) volkomen gewettigd en kan ze onmisbaar zijn voor hun heil” (*Parl. St. Senaat* 1980-81, nr. 594/2, 11. Zie ook *Parl. St. Kamer* 1980-81, nr. 214/9, 33; *Parl. St. Kamer* 1980-81, nr. 214/5, 3 (BAERT); *Parl. St. Senaat* 1980-81, nr. 594/5, 1-2 (JORISSEN en VANDEZANDE); *Parl. St. Senaat* 1980-81, nr. 594/8, 1 (JORISSEN en VANDEZANDE); *Hand. Senaat* 18 juli 1981, 2228). Een tweede reden van verzet was dat de draagwijdte van de term onduidelijk werd bevonden, hetgeen o.m. een risico zou inhouden van “een nieuw McCarthyisme van links, dat de vaagheid van de begrippen zal uitbuiten om volkomen achterswaardige opvattingen te bestrijden” (*Parl. St. Senaat* 1980-81, nr. 594/2, 11, 10, 19; *Hand. Kamer* 12 februari 1981, 1271; *Hand. Senaat* 18 juli 1981, 2227). Beide typen argumenten blijken (deels) ingegeven door bezorgdheid dat de term toegepast zou kunnen worden op de communautaire problematiek (zie expliciet o.m. *Parl. St. Senaat* 1980-81, nr. 594/2, 11, 17). De mogelijkheid hiertoe is echter stelselmatig ontkend door indianers en ministers (zie o.m. *Parl. St. Senaat* 1980-81, nr. 594/2, 13; *Parl. St. Kamer* 1980-81, nr. 214/9, 24).

209 *Parl. St. Senaat* 1980-81, nr. 594/2, 12.

815. In de rechtspraak is de term – met verwijzingen naar het (Van Dale) woordenboek – voorts wel geduid als “afscheiding van bevolkingsgroepen in een land met gemengde bevolking”.²¹⁰ Rechtsleer hanteert – naast de door de wetgever geboden definitie – onder meer nog als definitie het “[willen] komen tot een systeem van apartheid”²¹¹, dan wel de “al dan niet door een overheid opgelegde scheiding tussen mensengroepen of gemeenschappen op grond van hun ras of de huidskleur en dit op meerdere gebieden van het maatschappelijk leven (sociaal, cultureel en politiek)”.²¹²

3. JEGENS EEN PERSOON (ART. 1 LID 3, 1^o) OF JEGENS EEN GROEP, EEN GEMEENSCHAP OF DE LEDEN ERVAN (ART. 1 LID 3, 2^o)

816. Door de bepaling in lid 3 worden twee categorieën beschermd, waartegen niet mag worden aangezet tot discriminatie, haat of geweld. Op grond van *sub* 1^o gaat het ten eerste om individuele personen en *sub* 2^o biedt bescherming aan groepen, gemeenschappen of de leden ervan.

817. In toepassingen gaat het echter geregeld om beide elementen, vanwege de aard van racistische feiten. Indien in een concreet geval een individueel persoon gevisieerd wordt, dan gebeurt dit bij racistische feiten immers op basis van (al dan niet vermeende) groepskenmerken, zodat een aanzet tot discriminatie, haat of geweld zich vaak ook uitstrekt tot de groep waartoe de persoon (al dan niet vermeend) behoort.

4. WEGENS ZOGENAAMD RAS, HUIDSKLEUR, AFKOMST OF NATIONALE OF ETNISCHE AFSTAMMING

818. De uitlatingen dienen om strafbaar te zijn ten slotte gebaseerd te zijn op welbepaalde kenmerken. Het gaat hierbij meer bepaald om de discriminatiegronden van de wet. Deze zijn exhaustief (*cf. supra* nr. 760). Hoewel de rechterlijke macht terughoudend is om excuses in aanmerking te nemen, strandt de toepassing desalniettemin soms op deze vereiste. Zo besliste de Kamer van Inbeschuldigingstelling van Brussel op 17 februari 1983²¹³ – in navolging van de Raadkamer van Brussel²¹⁴ – tot buitenvervolginstelling van een organisator van een jaarlijks gala voor oudstrijders. Deze laatste had op de uitnodiging voor de betreffende gelegenheid vermeld:

J'espère que tous ceux et celles qui peuvent y assister viendront avec leurs amis; tout le monde peut venir, sauf les bougnouls.

819. Volgens de M.R.A.X. – burgerlijke partij in de procedure – en de Procureur generaal was “bougnouls” een scheldwoord voor Arabieren. Betrokkene beweerde echter alleen slecht geklede mensen te hebben bedoeld. De Kamer accepteerde dit in

210 Gent 21 april 2004, *www.antiracisme.be* (rechtspraakoverzicht).

211 W. VAN LAETHEM, *l.c.*, 15.

212 D. COECKELBERGH, *l.c.*, 158.

213 Brussel (K.I.) 17 februari 1983, *T. Vreemd.* 1983, 62, noot M. BILMANS.

214 Corr. Brussel (Rk. Brussel) 30 december 1982; *T. Vreemd.* 1983, 59.

zoverre dat zij ermee akkoord ging dat de term niet noodzakelijk een pejoratieve, denigrerende, rasgerelateerde implicatie zou hebben.²¹⁵ Bij enkele andere toepassingen werd deze redenering evenwel niet gevolgd en werd de term wel onder de discriminatiegronden gebracht.²¹⁶

820. Voorts werd geoordeeld door de Correctionele Rechtbank van Brussel dat de afbeelding van een persoon, tijdens de gemeenteraadsverkiezingen van oktober 1982, in de figuur van Judas geen rassendiscriminatie uitmaakte. Volgens de Rechtbank was de term in het electorale klimaat in zijn algemene betekenis van verrader gebruikt en wilde noch de uitgever noch de tekenaar “insinueren dat het verraad waarop de karikaturen (...) een allusie maakten, een karakteristiek kenmerk vormt van een volk, een ras, een sociale groep of een religie waartoe” het vermeende slachtoffer beweerde te behoren.²¹⁷ De tekening zette daarmee niet aan tot haat of discriminatie op grond van *ras*. Ook de term “racist” heeft volgens de rechtspraak geen (noodzakelijke) relatie met de discriminatiegronden van de wet.²¹⁸

821. Objectief gerechtvaardigd gebruik van een discriminatiegrond levert ten slotte evenmin een schending van de wet op (*cf. supra* nrs. 751-754). Zo oordeelde het Hof van Cassatie dat uit de enkele vermelding in een arrest van het Hof van Beroep te Bergen dat “het uiterlijk van de beklaagde (...) overeenkomt met de informatie (...) dat de daders Maghrebijnen waren”, geenszins kan worden afgeleid dat het Hof artikel 1 Antiracismewet zou hebben geschonden (*cf. infra* nr. 867).²¹⁹

B. Rechtspraak

822. Verreweg de meeste toepassingen van de Antiracismewet zijn gegrond op de juist besproken bepaling(en). In het volgende wordt slechts een selectie van de vonnissen en arresten terzake besproken, mede ingedeeld naar context (of handeling) teneinde vergelijking met concrete nieuwe zaken te vergemakkelijken.

215 Volgens de raadkamer werd bovendien de goede trouw van de verdachte aangetoond, omdat hij met een Russische getrouwd was. Een redenering die ook tot nogal wat kritiek heeft geleid, evenals het vonnis in het algemeen overigens (zie bv. J.B., “Wet tot betreffing van bepaalde door racisme of xenofobie ingegeven daden”, *Panopticon* 1983, 503; E. BOUTMANS, *o.c.*, 67; W. VAN LAETHEM, *l.c.*, 9).

216 Zie o.m. Corr. Doornik 4 april 2001, www.antiracisme.be (rechtspraakoverzicht); Corr. Brussel 30 juni 1997, C.G.K.R., *De wet van 30 juli 1981 tot bestraffing van bepaalde door racisme of xenofobie ingegeven daden: rechtspraak antiracisme*, 245.

217 Corr. Brussel 30 maart 1984, *Journ. Proc.* 1984, nr. 42, 28; *Rev. dr. étr.* 1985, nr. 36, 168. In beroep verklaarde het Hof van Brussel zich overigens onbevoegd omdat de karikaturen “ne prennent éventuellement leur caractère raciste et xénophobe que par les textes qui y figurent”. Voor de gecombineerde beoordeling daarvan achtte de rechter zich echter destijds niet bevoegd, daar dit een persmisdrijf zou uitmaken aldus het Hof: Brussel 21 oktober 1985, *Rev. dr. étr.* 1985, nr. 36, 168.

218 Corr. Brussel 3 december 1987, www.antiracisme.be (rechtspraakoverzicht).

219 Cass. 28 juni 2000, *Pas.* 2000, I, 1196; *Arr. Cass.* 2000, 1217.

1. OPENBAAR: ALGEMEEN

823. Het roepen van de woorden “vuile Marokkaan ga terug naar je land” naar een Belg van Koerdische origine (om hem vervolgens ook effectief gewelddadig aan te pakken) werd in 1997 door de Correctionele Rechtbank van Brugge beschouwd als een schending van de bepaling.²²⁰ De houding van de beklaagde doet volgens de Rechtbank niet alleen afbreuk aan de reglementaire regels van beleefdheid en gast-vrijheid,

[m]aar getuigt tevens van een manifest misprijzen voor de persoon van het slachtoffer en dit op grond van criteria die puur subjectief zijn en abstractie maken van het respect dat eenieder aan ieder van zijn medemensen zonder onderscheid verschuldigd is.²²¹

824. In een vergelijkbaar geval werd door dezelfde Rechtbank ook als een “aanzet tot” gekwalificeerd, het tijdens een fysieke aanval uiten van slogans,

[w]aarin een beweerde suprematie van het blanke ras werd voorgehouden en waardoor de groep werd aangezet tot geweld jegens een persoon van een ander ras of huidskleur.²²²

825. Ook het op straat uitroepen van “vuile aap, ze moesten u afvoeren naar Polen, heil Hitler” en het daarbij bespugen van het slachtoffer, werd door de Correctionele Rechtbank van Leuven beschouwd als een inbreuk op de bepaling.²²³

826. De uitingen hoeven echter – zoals aangegeven – geenszins samen te gaan met feitelijke handelingen om in aanmerking te komen voor de kwalificatie van de strafbaarstelling in artikel 1 lid 3, 1^o en 2^o. Zo valt de uitspraak dat ze alle migranten op een boot moeten zetten of een bom onder hun bed moeten plaatsen, geuit in een openbare plaats in tegenwoordigheid van de geviseerde, ook onder de strekking van het “aanzetten tot”.²²⁴ Hetzelfde geldt voor de volgende uitingen, gedaan door een medewerker via de bedrijfsmicrofoon in een grootwarenhuis: “c’est l’autre nègre qui partira, nous allons l’enculer”.²²⁵ Andere medewerkers die in dezelfde zaak ook racistische uitlatingen hadden gedaan in vergelijkbare zin, werden vrijgesproken wegens gebrek aan bewijs.

220 Corr. Brugge 30 juni 1997, C.G.K.R., *De wet van 30 juli 1981 tot bestraffing van bepaalde door racisme of xenofobie ingegeven daden: rechtspraak antiracisme*, 241.

221 Ten aanzien van de morele schade maakte het Hof een onderscheid tussen de vergoeding voor een periode van arbeidsongeschiktheid aan de ene kant en aan de andere kan voor “genoegenschade en verlies aan levensvreugde”. Zie C. VAN DEN WYNGAERT, I. VAN DAELE en S. VANDEGINSTE, *l.c.*, 136.

222 Corr. Brugge 13 oktober 1998, C.G.K.R., *De wet van 30 juli 1981 tot bestraffing van bepaalde door racisme of xenofobie ingegeven daden: rechtspraak antiracisme*, 310.

223 Corr. Leuven, 15 september 2000, www.antiracisme.be (rechtspraakoverzicht).

224 Corr. Antwerpen 14 maart 1996, C.G.K.R., *De wet van 30 juli 1981 tot bestraffing van bepaalde door racisme of xenofobie ingegeven daden: rechtspraak antiracisme*, 190.

225 Corr. Brussel 27 november 2001, www.antiracisme.be (rechtspraakoverzicht). De context was als volgt. Een team schoonmakers was tewerkgesteld in een grootwarenhuis. Een zwarte bedrijfsleider had een van hen meegedeeld dat hij van werkplek zou moeten veranderen. Vervolgens namen verschillende andere medewerkers het voor de bewuste collega op, en begonnen racistische beledigingen te uiten.

827. Door de Correctionele Rechtbank van Brussel werd voorts als een “aanzet tot” beschouwd, de weigering in aanwezigheid van anderen om zich door een arts van Afrikaanse origine te laten verzorgen op de spoedafdeling, onder het uitroepen van de woorden: “nee, die vuile ‘bournoul’ zal me niet aanraken”.²²⁶ Eveneens strafbaar was het tijdens een aanslepende burenruzie voortdurend uiten van racistische beledigingen in de volgende zin: “sales turcs ... sales chiens ... retournez dans votre pays” en “grosse truie ... que ne te trébuches pas ... si je doit crever, les turcs crèveront avant moi”.²²⁷

828. Evenzeer werden als een aanzet tot discriminatie beschouwd, uitingen aan het adres van twee allochtonen die luidden als volgt: “sale étranger, sale macaque, retourne dans ton pays” en “pourquoi es-tu marié avec une blanche, on doit te brûler, toi et ta femme”.²²⁸ De uiting “sale arabe, bournoul, retourne dans ton pays”, gericht tegen een allochtoon met wie de dader ruzie had en geuit in aanwezigheid van de politie, werd ook weerhouden als een “aanzet tot”. De rechter oordeelde dat de aanwezigheid van de politie het racistische karakter van de uitingen versterkte.²²⁹

829. In het openbaar roepen naar een allochtoon “aah, het stinkt hier, stinkende Iranees” en “vuile Iranees, bende van Sadam, vuile drugshandelaar” is zowel in eerste aanleg als in beroep weerhouden als een aanzet tot. Het Hof van Beroep stelde terzake:

Wie de uitlatingen gehoord heeft (...) zal er zich zeker toe kunnen aangezet gevoeld hebben Iranezen te minachten. De uitgesproken woorden hadden meer dan de bedoeling enkel het individu (...) te treffen, maar ze getuigden van een discriminerend opzet ten aanzien van het Iraanse volk: dit zou stinken en uit drugshandelaars bestaan en het moet derhalve geminacht of gediscrimineerd worden.²³⁰

830. Ook het – tijdens een ruzie tussen leden van de Forces Nouvelles met personen van Noord-Afrikaanse afkomst – gebruiken van de term “ratons” werd aangemerkt

226 Corr. Brussel 30 juni 1997, C.G.K.R., *De wet van 30 juli 1981 tot bestraffing van bepaalde door racisme of xenofobie ingegeven daden: rechtspraak antiracisme*, 245. Vgl. Corr. Brussel 6 maart 2003, www.antiracisme.be (rechtspraakoverzicht). In dit laatste geval werden tot een (zwarte) verpleegster die aan het werk was in een ziekenhuiskamer racistische beledigingen gericht door de moeder van een patiënt. De Rechtbank erkende in het laatste geval de inbreuk, maar verleende de beklagde opschorting van uitspraak van de veroordeling.

227 Corr. March-en-Famenne 19 juni 1998, C.G.K.R., *De wet van 30 juli 1981 tot bestraffing van bepaalde door racisme of xenofobie ingegeven daden: rechtspraak antiracisme*, 290. Volgens de ouders van het slachtoffer dreven de ruzie en de uitlatingen hun zoon zelfs tot zelfmoord.

228 Corr. Brussel 19 januari 1999, www.antiracisme.be (rechtspraakoverzicht).

229 Corr. Doornik 19 februari 2002, www.antiracisme.be (rechtspraakoverzicht). De rechter overwoog meer bepaald: “que le fait de tenir ces propos en s’adressant à des représentants des forces de l’ordre renforce davantage leur caractère raciste dès lors qu’ils interviennent à la suite d’un incident personnel avec un individu que certains de ces propos concernent”. Zie in afwijking hiervan Corr. Neufchâteau 19 december 1995, www.antiracisme.be (rechtspraakoverzicht). Bevestigd in beroep: Luik 26 juni 1996, C.G.K.R., *De wet van 30 juli 1981 tot bestraffing van bepaalde door racisme of xenofobie ingegeven daden: rechtspraak antiracisme*, 195.

230 Gent 16 september 1999, www.antiracisme.be (rechtspraakoverzicht); Corr. Kortrijk 19 augustus 1998, C.G.K.R., *De wet van 30 juli 1981 tot bestraffing van bepaalde door racisme of xenofobie ingegeven daden: rechtspraak antiracisme*, 303.

als inbreuk op deze bepaling. De rechter overwoog dat de term een “injure raciste” was en dat het gebruik van een dergelijke term daarmee een inbreuk vormt op artikel 1 van de wet.²³¹ Iets vergelijkbaars is gesteld met betrekking tot de term “sale bougnoul”, geuit tijdens een verhitte discussie.²³²

831. Niet elke rechtbank gaat hierin echter – zoals gezegd – even ver. Zo werden de volgende zaken *niet* gekwalificeerd als een “aanzet tot”. Het – tijdens het toebrengen van stokslagen²³³ – uitschelden van het slachtoffer als “Scheißneger” en “Kannibale”. De rechter overwoog het volgende:

Der Angeklagte hat weder zur Rassendiskriminierung aufgerufen noch seine Absicht kundgetan, sie zu betreiben (...) Er hat sich jedoch rassistisch geäußert, indem er der Jugendliche Beleidigungen rassistischer Art zurief. Diese tat ist Gegenstand der allgemeinen Beschuldigung des Artikels 561 des Strafgesetzbuches, die mündliche Beleidigungen mit Polizeistrafen ahndet.²³⁴

832. Verklaren aan de rijkswacht dat men niet van vreemdelingen houdt, is volgens de Correctionele Rechtbank van Neufchâteau geen “aanzet tot” en zelfs geen belediging. De Rechtbank beschouwde deze zaken weliswaar als een uiting van weinig lofwaardige persoonlijke gevoelens, maar stelde dat zij niet beschouwd kunnen worden als een “aanzet” van een of meer mensen ten aanzien van het slachtoffer.²³⁵

833. Door de Correctionele Rechtbank van Namen werden verder de volgende uitlatingen niet geschaard onder artikel 1: “C’est encore un adopté, tu l’as acheté combien ton noir!” en “Espèce de japonais, ne joue pas avec tes baguettes!”.²³⁶ De uitingen werden weliswaar beledigend geacht, maar ze vormden volgens de rechter geen aanzet tot discriminatie of haat in de zin van de Antiracismewet.

834. Ook de uiting “sale négresse – ou sale bougnoule – retourne dans ton pays” werd door de Correctionele Rechtbank van Brussel niet beschouwd als een “aanzet tot”.²³⁷ *In casu* vanwege het feit dat de woorden werden geuit in de context van een burenruzie, zodat zij beschouwd moesten worden als mede uitgelokt door een eerdere overdreven reactie van het vermeende slachtoffer.

231 Corr. Charleroi 23 december 1987, *T. Vreemd*. 1987-88, 22.

232 Corr. Doornik 4 april 2001, www.antiracisme.be (rechtspraakoverzicht).

233 Voor deze feiten werd de persoon in kwestie wel veroordeeld, zij het met een gematigde straf daar het ging “um ein einzigen Schlag ohne Folgen” (Corr. Eupen 7 januari 1991, www.antiracisme.be (rechtspraakoverzicht)).

234 Corr. Eupen 7 januari 1991, www.antiracisme.be (rechtspraakoverzicht). Bevestigd in beroep: Luik 4 juni 1992, C.G.K.R., *De wet van 30 juli 1981 tot bestraffing van bepaalde door racisme of xenofobie ingegeven daden: rechtspraak antiracisme*, 136.

235 Corr. Neufchâteau 19 december 1995, www.antiracisme.be (rechtspraakoverzicht). Bevestigd in beroep: Luik 26 juni 1996, C.G.K.R., *De wet van 30 juli 1981 tot bestraffing van bepaalde door racisme of xenofobie ingegeven daden: rechtspraak antiracisme*, 195.

236 Corr. Namen 10 oktober 2003, www.antiracisme.be (rechtspraakoverzicht).

237 Corr. Brussel 23 december 1983, *Pas*. 1984, III, 38.

835. Zoals gezegd is iemand een “racist” noemen ten slotte hooguit een belediging, maar geen aanzet tot rassenhaat of discriminatie. Zo oordeelde de rechter inzake een voorval waarin een jonge Marokkaan de politicus Simonet in het openbaar uitschold met gebruik van de bewuste term (*cf. supra* nr. 20).²³⁸

2. POLITIEK

836. Binnen een politieke context zijn onder meer de volgende uitlatingen en voorvallen aan de orde gekomen. Ten eerste een scheldtirade tijdens een zitting van de gemeenteraad in Voeren, waarbij een gemeenteraadslid een ander lid, na veelvuldige pesterijen, met dreigende vinger toeriep: “Sale juif, retourne en Israël!”.²³⁹ Dit werd door de Correctionele Rechtbank van Brussel beschouwd als een “aanzet tot”.

837. In een ander “politiek geval” volgde in één deeldossier met betrekking tot artikel 1 een vrijspraak, terwijl een ander tot een veroordeling leidde.²⁴⁰ Het ging om twee leden van het zogenaamde “Burgerinitiatief Oostende”. In het eerste (deel)-dossier werd één van de beklaagden vervolgd vanwege het plaatsen van verschillende teksten in het lokale weekblad *Tips*, bedoeld om kiezers te winnen voor de partij. Het ging daarbij om teksten als:

Elke vreemdeling krijgt van de Oostendse gemeenteraad 33.000 fr. per maand. Niemand verzet zich, de blokjes zwijgen als vermoord. Wilt u deze schande uitschreeuwen in de gemeenteraad?? Stem dan op een burger van burgerinitiatief.

838. De Rechtbank oordeelde na de lezing van alle gepubliceerde teksten, “waarin termen als ‘Vlaams Blok leugenpartij’, ‘de blokjes zwijgen als vermoord’ en ‘bange ja knikkers’ worden gebezigd”, dat de bewuste campagne eerder gericht was “tegen de standpunten van een andere politieke partij en niet in de eerste plaats tegen personen met een andere nationale of etnische afstamming”. De beklaagde werd dan ook niet veroordeeld op basis van de Antiracismewet. Het tweede deeldossier had betrekking op beide beklaagden, aangaande hun verantwoordelijkheid voor de publieke verspreiding van twee geschriften. In een daarvan wordt onder meer gesteld:

Maandag 30 november is in uw buurt een opvangcentrum voor illegalen open gegaan. Op een laffe en valse manier wordt uw wijk gebruikt om een deel van de vreemdelingenstroom die ons land op dit moment overspoelt kwijt te raken. (...) Zij weten goed genoeg dat de wijkbewoners niks willen weten van een opvangcentrum voor illegalen en vreemde criminelen die hun land ontvlucht zijn. De politieke zakkenvullers weten ook

238 Corr. Brussel 3 december 1987, www.antiracisme.be (rechtspraakoverzicht).

239 Corr. Brussel 20 april 1983, *T. Vreemd.* 1983, 15. In de rechtsleer is bij herhaling de juistheid van deze uitspraak in twijfel getrokken. Verschillende commentatoren geven aan dat de rechter eigenlijk art. 448 Sw. had moeten toepassen (E. BOUTMANS, *o.c.*, 15; D. BATSELÉ, M. HANOTIAU en O. DAURMONT, *La lutte contre le racisme et la xénophobie*, Brussel, Nemesis, 1992, nr. 18, 24). Zie *contra* RENSON, die het vonnis wel “in overeenstemming met de teksten en de geest van de wet” acht (B. RENSON, “Racisme, wet en publieke opinie”, *l.c.*, 20).

240 Corr. Brugge 23 april 2002, www.antiracisme.be (rechtspraakoverzicht). Bevestigd in beroep: Gent 30 september 2003, www.antiracisme.be (rechtspraakoverzicht).

verdomd goed dat deze vreemdelingen nooit meer terug naar hun land zullen gaan en dat de overlast dus permanent zal zijn. (...) En niet alleen is er de directe last die men ondervindt zoals verhoogde onveiligheid en criminaliteit, het mooiste voorbeeld is het centrum van onze stad dat nu als het duister wordt, een broeinest is van vreemdelingen die zich herschoold hebben tot drugdealers en afpersers, dieven en hoeren.

839. De rechter achtte *in casu* de wettelijk toelaatbare meningsuiting overschreden, “onder meer door de inwoners van het transitcentrum te bestempelen als ‘vreemde criminelen die hun land ontvlucht zijn’, ‘vreemdelingen die zich herschoold hebben tot drugdealers en afpersers, dieven en hoeren’ of ‘vreemde klaplopers’”. Naar het oordeel van de Rechtbank viel dit woordgebruik onder artikel 1 lid 3, 2^o Antiracismewet.

840. Een gemeenteraadslid van Verviers had het tijdens een vergadering van de raad onder meer over “canaille maghrébine”, hetgeen de Rechtbank ter plaatse een schending achtte van onderdeel twee van artikel 1 lid 3. Volgens de rechter bevatte de interventie van het lid

des propos manifestement et inutilement agressifs et injurieux à l'égard tant des membres (...) d'un groupe de la population (...) les propos tenus ce jour-là avec la publicité dont question à l'article 1^{er} (...) de la loi du 30 juillet 1981 dans la mesure où ils incitent à la discrimination et à la haine à l'égard des membres (...) d'une communauté à raison de son origine ethnique.²⁴¹

841. Het tijdens een lezing – in de lokalen van de Parti des Forces Nouvelles – presenteren van een amalgaam van ideeën die meer weg hebben van een politiek betoog dan van een wetenschappelijk onderzoek en die als enige doel hebben “de présenter la communauté juive comme participants à une gigantesque escroquerie dont elle profite” valt – naar het oordeel van de Correctionele Rechtbank van Brussel – onder de beschreven strafbaarstelling. De beklaagde had onder meer een Jood aangesproken als *persona non grata* en voorts opgeroepen tot geweld tegen de Joodse gemeenschap. De rechter stelde terzake:

Cette insinuation de travestissement à leur seule profit, outre qu'elle est blessant pour les survivants et outrageante pour la mémoire des victimes du nazisme, est de nature à provoquer des réactions passionnelles d'agressivité contre qui se trouvent accusés d'imposture; qu'il s'agit bien d'incitation à la haine.²⁴²

842-843. De voordrachtgever werd schuldig geacht aan dezelfde inbreuk ten opzichte van de zwarte gemeenschap, onder meer door de manier waarop hij deze gemeenschap voorstelde en haar “functie” analyseerde in de “multiraciale samen-

241 Corr. Verviers 5 september 2000, www.antiracisme.be (rechtspraakoverzicht).

242 Corr. Brussel 11 april 1991, *J.L.M.B.* 1991, 804; *Rev. Trim. D.H.* 1991, 415; *Rev. dr.étr.* 1991, 213. Bevestigd in Beroep: Brussel 8 november 1991, C.G.K.R., *De wet van 30 juli 1981 tot bestraffing van bepaalde door racisme of xenofobie ingegeven daden: rechtspraak antiracisme*, 129.

leving”. Daarbij had hij zich volgens de rechter zodanig uitgelaten dat hij aanzette tot haat jegens deze gemeenschap.²⁴³

844. Ook de inhoud van een toespraak van Hubert D., een voorman van Franstalig extreem-rechts, op een bijeenkomst van de provincieraad van Luik, werd zowel in eerste aanleg als in beroep beschouwd als een schending van artikel 1.²⁴⁴ Het bewuste discours – uitgesproken ter gelegenheid van een debat met betrekking tot de goedkeuring van de statuten van het “Centre regional de Verviers pour l’intégration des personnes étrangères ou d’origine étrangère” – bevatte volgens de rechter in eerste aanleg:

Des propos manifestement en inutilement agressifs et injurieux à l’égard de cette partie de la population, par le recours à des amalgames et à des approximations diverses ayant pour effet de présenter ces personnes comme constituant un milieu criminogène important et essentiellement intéressé par l’exploitation des avantages que peut procurer le séjour dans notre pays; Que la référence à des viols d’institutrices commis par ces personnes, qualifiées de barbares est particulièrement révélatrice à cet égard.²⁴⁵

845. De bewuste inhoud vormde volgens de rechter duidelijk een inbreuk op artikel 1 lid 3, 2° (zij het onvoldoende voor het vaststellen van een inbreuk op art. 3 Antiracismewet). Het Hof van Beroep te Luik bevestigde deze uitspraak en achtte het discours vooral ook verwerpelijk vanwege het gebruik van de term “nègre” “lequel dans le contexte actuel revêt une connotation péjorative de type raciste”.²⁴⁶

846. Dezelfde beklaagde werd voor een tweede keer veroordeeld, door de Correctionele Rechtbank van Luik, enerzijds vanwege (her)publicatie van dezelfde tekst.²⁴⁷ Anderzijds achtte de rechter ook een ander artikel (met de titel “Indésirables, expulsions! Avec REF, c’est possible”) alsook een electoraal tractaat (getiteld “Maîtres chez nous”) onacceptabel. In beide teksten werd onveiligheid, criminaliteit en geweld eenzijdig toegeschreven aan vreemdelingen. In beroep werd het vonnis gehandhaafd met uitzondering van de veroordeling. Met toepassing van artikel 65 alinea 2 Sw. (opslorping door voorgaande veroordeling wegens voortgezette uitvoering van eenzelfde misdadig opzet) oordeelde de beroepsrechter dat “la peine prononcée par l’arrêt précité du 18 octobre 1999 suffit à la répression de l’ensemble des infractions commises par le prévenu”.²⁴⁸

243 Vgl. W. MAHIEU, *l.c.*, 10.

244 Corr. Luik 21 december 1998, *J.L.M.B.* 1999, 78. Bevestigd in beroep: Luik 18 oktober 1999, *J.L.M.B.* 1999, 1814.

245 Concreet bevatte de tekst o.m. meer de volgende passage: “Nonobstant les milliards déjà dépenses en gesticulations pro-immigres, les statistiques de la gendarmerie soigneusement dissimulées à l’opinion public, démontrent que la majorité des victimes de violence de toutes catégories sont des autochtones de race blanche alors que celle qui les commettent sont majoritairement des étrangers ou de nouveaux belges de race nord-africaines, nègres, asiatiques ou mulâtres” (geciteerd in Corr. Luik 28 januari 2002, www.antiracisme.be (rechtspraakoverzicht)).

246 Luik 18 oktober 1999, www.antiracisme.be (rechtspraakoverzicht).

247 Corr. Luik 28 januari 2002, www.antiracisme.be (rechtspraakoverzicht).

248 Luik 5 februari 2003, www.antiracisme.be (rechtspraakoverzicht).

3. HITLERGROET

847. Ook het brengen van de Hitlergroet werd verschillende keren onder de strafbaarstelling van artikel 1 lid 3, 1^o en 2^o gebracht. Een belangrijk vonnis is daarbij dat van de Correctionele Rechtbank van Brussel van 1996. De zaak had betrekking op de installatie van de gemeenteraad van Brussel in 1995, waar de Hitlergroet gecombineerd werd met het voeren van een discours dat naar het oordeel van de rechter als discriminerend en beledigend te beschouwen was.²⁴⁹ De Rechtbank overwoog dat het gebaar sterk symbolisch was en onmiskenbaar de fascistische en nazistische ideologie oproep, gebaseerd op racistische overwegingen en verantwoordelijk voor de genocide die Europa heeft gekend in de jaren 1930 en 1940. De rechter stelde:

Attendu que si, comme le plaide la prévenu, aucune disposition légale ne réglemente la manière de prêter serment, il apparaît bien que la référence explicite et volontaire à l'idéologie fasciste qui a prôné la suprématie d'une race par rapport à d'autres et a poursuivi l'extermination desdites races implique en soi l'incitation à la haine, la discrimination, la violence ou la ségrégation (...).²⁵⁰

848. In verschillende vonnissen sindsdien is de groet – gebracht in een vergelijkbare context – evenzeer als “aanzet tot” beschouwd. Hierbij is herhaaldelijk de redenering van de Brusselse Rechtbank (impliciet of expliciet) gevolgd. Zo stelde de Correctionele Rechtbank van Antwerpen bijvoorbeeld ten aanzien van een Hitlergroet gebracht bij de eedaflegging bij de installatie van een gemeenteraad het volgende:

De Hitlergroet is onbetwistbaar verbonden met een fascistisch regime dat, uitgaande van een vermeende suprematie van het ene ras boven het andere, overging tot het plegen van allerlei misdaden, waaronder genocide. Het uitbrengen van de Hitlergroet kan niet op een andere manier geïnterpreteerd worden dan een verwijzing naar deze praktijken waardoor wordt aangezet tot discriminatie, haat, geweld en rassenscheiding (...).²⁵¹

849. Ook in een ander vonnis van de Antwerpse Correctionele Rechtbank, betrekking hebbende op de installatie van de gemeenteraad in Boom, werd deze redenering gevolgd. De rechter overwoog voorts dat “de voorbeeldfunctie die beklaagde (...) tegenover de maatschappij draagt en waarvoor hij zich trouwens vrijwillig verkiesbaar stelde, (...) door de gepleegde feiten ontkracht” werd.²⁵² Tenslotte werd door de Correctionele Rechtbank van Brussel het brengen van de Hitlergroet – onder uiting van de woorden “Heil Hitler, dood aan de Joden” en het tonen van hakenkruizen – door drie leerlingen ten aanzien van hun Joodse leraar, beschouwd als een aanzet tot in de zin van de wet.²⁵³

249 Corr. Brussel 15 juli 1996, *Rev. dr. étr.* 1996, nr. 89, 415; *T. Vreemd.* 1996, 168.

250 *Ibid.*, 168.

251 Corr. Antwerpen 26 maart 2001, www.antiracisme.be (rechtspraakoverzicht). Bevestigd in beroep: Antwerpen 20 juni 2002, www.antiracisme.be (rechtspraakoverzicht).

252 Corr. Antwerpen 4 februari 2002, www.antiracisme.be (rechtspraakoverzicht). Vgl. Antwerpen 20 juni 2002, www.antiracisme.be (rechtspraakoverzicht).

253 Corr. Brussel 20 oktober 2004, www.antiracisme.be (rechtspraakoverzicht).

850. Verschillende andere (al dan niet vermeende) voorvallen van de bewuste groet werden – zoals gezegd – echter niet gekwalificeerd als een “aanzet tot” (en/of het uiten van een voornemen tot).²⁵⁴ Zo sprak de Correctionele Rechtbank van Oudenaarde een gemeenteraadslid vrij dat de Hitlergroet had gebracht.²⁵⁵ De Rechtbank verwees hierbij onder meer naar de context van het gepleegde feit. Gesteld werd dat “er reeds terecht veroordelingen uitgesproken werden op basis van de Hitlergroet” – hierbij werd verwezen naar de eerst besproken casus – maar dat het in dat geval duidelijk was dat de groet “gebracht werd in een zeer politieke context van de eedaflegging van een gemeenteraad en dat deze groet gevolgd werden [*sic*] door bepaalde hatelijke en misprijzende woorden”. Hetzelfde ging volgens de Rechtbank niet op voor de situatie onder beoordeling.

851. In een laatste zaak rondom een (vermeende) Hitlergroet, werd de beklaagde vrijgesproken bij gebrek aan bewijs. Deze laatste hield vol dat hij geen Hitlergroet had gebracht doch “enkel ‘een gebogen armbeweging’ die kan geïnterpreteerd worden als ‘jullie kunnen de pot op’, meer niet”.²⁵⁶ Wel was de Rechtbank van mening dat de armbeweging een smadend karakter had.

4. HORECA

852. De bepalingen uit artikel 1 zijn ook regelmatig toegepast op uitingen gedaan in de context van de horeca.²⁵⁷ Zo is geoordeeld dat het opdracht geven aan (ondergeschikt) personeel in een café om personen van een bepaalde origine (*i.c.* Indiërs) niet te bedienen, neerkomt op het aanzetten tot discriminatie.²⁵⁸ Hierbij werd de argumentatie van de beklaagden “dat zij teveel negatieve respons krijgen van de vaste Belgische klanten, die dreigen om weg te blijven als er dikwijls Indiërs worden toegelaten” verworpen als zijnde irrelevant.²⁵⁹

853. Ook het uitschelden van een collega in een restaurant voor “zwarte” werd door de Correctionele Rechtbank van Turnhout strafbaar bevonden. Meer bepaald

254 De kwalificatie van de Hitlergroet is niet eenduidig: de ene keer wordt het geschaard onder art. 1 lid 3, 1° of 2°, terwijl het in andere gevallen gebracht wordt onder art. 1 lid 3, 3° of 4°. Ondanks deze ambiguïteit van kwalificaties is er in het kader van de overzichtelijkheid toch voor gekozen alle voorvallen van de bewuste groet op één plaats te bespreken.

255 Corr. Oudenaarde 24 mei 2002, www.antiracisme.be (rechtspraakoverzicht).

256 Corr. Antwerpen 23 juni 1999, www.antiracisme.be (rechtspraakoverzicht). Een vergelijkbaar verweer werd in een andere zaak verworpen, zie Corr. Antwerpen 4 februari 2002, www.antiracisme.be (rechtspraakoverzicht). Beklaagde stelde aldaar dat hij bijzonder nerveus was geweest en hierdoor een foutief gebaar had gesteld. In deze laatste zaak waren echter o.m. ook foto's genomen, die afbreuk deden aan het beweerde.

257 Dit staat (in theorie) los van de toepassingen op grond van art. 2 Antiracismewet, dat discriminatie bij het goederen- en dienstenverkeer bestraft (*cf. infra* nrs. 885-915).

258 Corr. Hasselt 27 maart 1995, *A.J.T.* 1995-96, 416; *T. Vreemd.* 1995, 398. In beroep werd dit vonnis bevestigd en de strafmaat nog verzwaaard: Antwerpen 17 november 1995, *A.J.T.* 1995-96, 418, noot E. BREMS. Sinds de expliciete invoeging van het verbod op het “opdracht geven tot discriminatie” (art. 1 lid 2 Antiracismewet), lijken (toekomstige) overeenkomstige feiten ook eenduidig onder die laatste strafbaarstelling te vallen.

259 Ten aanzien van de morele schade van de slachtoffers overwoog de rechter: “dat de aantasting van de psychische integriteit van mensen die op de vlucht zijn of op zoek naar een beter leven of materiële welstand, doch steeds moeten ervaren te worden uitgesloten, zeer pijnlijk is”.

hadden de beklaagden onder meer de volgende zaken gezegd: “die zwarte zal weeral niets aan het doen zijn” en “die zwarte werkt niet graag zeker”. De Rechtbank stelde:

De bewoordingen “die zwarte werkt niet graag zeker” vertolken duidelijk het intentioneel karakter om aan te sporen tot discriminatie en haat op grond van huidskleur (...).²⁶⁰

854. Naast uitbaters en personeel, zijn ook meermaals uitingen van cliënten van café's en restaurants beschouwd als een inbreuk op artikel 1 lid 3, 1^o en 2^o Antiracismewet. Zo werd een klant veroordeeld die in een restaurant op luide toon en wijzend naar het slachtoffer onder meer had gesteld: “zorg dat die makak van mijn eten blijft, anders sla ik u de kop in”.²⁶¹

855. In een ander geval werden twee cafébezoekers veroordeeld. Eén van hen had een Senegalese man “op een bijzonder brutale manier afgesnauwd, beledigd en bespuwd, waarbij racistische opmerkingen werden geuit”. De tweede beklaagde had hierin de eerste gevolgd en had daarnaast toen de groep door de overige aanwezigen werd buitengezet, nog een Hitlergroet gebracht. De Rechtbank overwoog het volgende:

De houding van de beklaagden wekt weerzin op en zette aan tot haat of geweld tegen een medeburger van een andere afkomst, waardoor het algemeen veiligheidsgevoel wordt aangetast; Beklaagden betoonden geen enkel respect voor de medeburger waardoor ook maatschappelijke democratische waarden werden aangetast, zodat hun houding dan ook streng dient beteugeld te worden.²⁶²

856. Vrijspraak volgde in een zaak waarin twee personen in een restaurant beledigingen hadden geuit, waaronder het uitroepen van “les Italiens à la porte!”, en voorts hadden gedreigd het restaurant van de vermeende slachtoffers te laten sluiten. De rechter overwoog dat er geen sprake was geweest van een “aanzet tot”, omdat de woorden geuit waren

dans une contexte d'énervement générale manifestation sous l'influence de la boisson (...) et sans que le public présent dans la salle du restaurant ou à l'extérieur soit pris à témoin.²⁶³

5. VERKEER

857. De inhoud van een woordenwisseling tussen een man van Turkse origine en de beklaagde, ontstaan na een auto-ongeluk, werd door de Correctionele Rechtbank in

260 Corr. Turnhout 18 december 1998, C.G.K.R., *De wet van 30 juli 1981 tot bestraffing van bepaalde door racisme of xenofobie ingegeven daden: rechtspraak antiracisme*, 321.

261 Corr. Turnhout 5 januari 1999, C.G.K.R., *De wet van 30 juli 1981 tot bestraffing van bepaalde door racisme of xenofobie ingegeven daden: rechtspraak antiracisme*, 330.

262 Corr. Antwerpen 28 november 2001, www.antiracisme.be (rechtspraakoverzicht).

263 Corr. Neufchâteau 11 december 1995, R.R.D. 1996, nr. 77, 116.

Leuven ook van een dergelijke aard en inhoud beschouwd dat ze niet slechts beledigingen uitmaakten, maar tevens een aanzet tot discriminatie en haat ten aanzien van het slachtoffer impliceerden (zie ook *infra* nrs. 878-879).²⁶⁴

6. HOOLIGANISME

858. Uitingen van Brugse voetbalsupporters ten aanzien van Turkse supporters van Galatasaray werden ook beschouwd als (o.m.) een schending van de onderhavige bepaling. Het ging meer bepaald om het plegen van een gewelddadige aanval op een voertuig met Turkse inzittenden, gepaard gaande met het massaal roepen van slogans als “die Turkey die” en “Turkse hoeren”:

[D]eze gedragingen zetten immers duidelijk aan tot een algemene houding van discriminatie, haat en geweld. Diverse beklaagden verklaarden ook zelf aan de feiten (...) te hebben deelgenomen omdat zij zich “meegesleurd” voelden met de groep. Zij dienen echter te beseffen dat zij juist doordat zij zelf actief mee de feiten zijn beginnen plegen, op hun beurt anderen hebben aangezet om dergelijke feiten te plegen.²⁶⁵

7. INTERNET

859. In de juist genoemde zaak werd ook geoordeeld dat een voor de gelegenheid verstuurde e-mail een inbreuk vormde op artikel 1 lid 3, 2^o Antiracismewet. Het ging om een bericht dat aan verscheidene personen werd toegestuurd met (o.m.) als inhoud: “het is de bedoeling dat we ons verspreiden in verschillende kleine groepjes en het centrum intrekken op zoek naar Turkish Scum”; en ook: “blijkt het dat er daar een nest Turken opzitten, kunnen we eventueel een aanval doen aan het station”; en met als slot “keep up the good work and tomorrow has to be a day of total destruction”.²⁶⁶

860. Ook de algemene verspreiding van racistische berichten door één persoon op verschillende newsgroups en discussiefora op het internet is – zowel in eerste aanleg als in beroep – aangemerkt als een aanzet tot.²⁶⁷ In een eerste geval gebruikte een persoon in verschillende berichten herhaaldelijk racistische aanduidingen als: “chameliers, macaques, bougnoules, marchands de tapis, bachi-bouzouks”. Hieruit, en uit de strekking van de berichten, bleek volgens de rechter de opzettelijke wil om aan te zetten tot discriminatie, haat, geweld en segregatie ten aanzien van de Marokkaanse en Afrikaanse gemeenschappen in België.²⁶⁸

264 Corr. Leuven 9 september 1997, C.G.K.R., *De wet van 30 juli 1981 tot bestraffing van bepaalde door racisme of xenofobie ingegeven daden: rechtspraak antiracisme*, 247.

265 Corr. Brugge 30 december 2003, www.antiracisme.be (rechtspraakoverzicht).

266 Corr. Brugge 30 december 2003, www.antiracisme.be (rechtspraakoverzicht).

267 Brussel 27 juni 2000, www.antiracisme.be (rechtspraakoverzicht); Corr. Brussel 22 december 1999, *AM* 2000, 134, noot D. VOORHOOF.

268 Corr. Brussel 22 december 1999, *AM* 2000, 134, noot D. VOORHOOF. Opmerkelijk was dat de rechter zich in de bewuste zaak bevoegd achtte, ondanks dat hij de feiten kwalificeerde als een persdelict (het feit vond strikt genomen plaats voor de inwerkingtreding van de correctionalisering van de racistische persmisdrijven (*cf. supra* nr. 745)).

861. In een laatste geval werd een persoon veroordeeld voor het verspreiden van boodschappen die strijdig werden geacht met zowel de Antiracismewet als de Negationismewet. Na herhaaldelijke waarschuwingen door de provider die zonder gevolg bleven, diende deze een klacht in, waarbij de Correctionele Rechtbank van Brussel de feiten bewezen achtte. De exacte inhoud van de berichten werd hierbij in het vonnis niet verduidelijkt.²⁶⁹

8. FEESTEN

862. Geen sprake van een “aanzet tot” was er in het – reeds genoemde – geval van een bal van oudstrijders, waarbij op de uitnodiging vermeld werd dat “bournouls” niet welkom waren (*cf. supra* nr. 819). De Kamer van Inbeschuldigingstelling van Brussel accepteerde dat het gebruik van deze term “ne parait pas impliquer automatiquement une incitation à la discrimination raciale” (evenmin overigens als “une intention de practiquer celle-ci”).²⁷⁰

863. Een veroordeling volgde wel op het draaien van een racistische versie van de Kabouterdans – de “makakkendans” – op een personeelsfeest. Volgens de rechter kon er geen twijfel over bestaan dat de concrete tekst van het lied een rechtstreekse aanzet tot haat, geweld en discriminatie inhield.²⁷¹ De beklaagde kende voorts de inhoud van het nummer en had het bewust ten gehore gebracht.²⁷²

9. AMBTENAREN EN POLITIE

864. Aanpak van discriminatie door politie en (andere) ambtenaren vindt plaats op basis van artikel 4. Waar het echter discriminatoire uitingen of bevelen betreft, worden ook zij in beginsel vervolgd op basis van artikel 1 lid 3.²⁷³ Zo werd een politiecommissaris die op grove wijze zijn racistische ideeën had verkondigd en anderen (daarmee) tot bepaalde feiten had aangezet, zowel in eerste aanleg als in beroep (mede) veroordeeld op basis van artikel 1 lid 3, 2°. Volgens verschillende korpsleden stond beklaagde bekend om zijn racistische en vijandige houding en gedrag ten aanzien van allochtonen. Zo had beklaagde onder meer tegen een interventieteam de volgende uitlatingen gedaan om hen aan te zetten tot hardhandig optreden: “ge moet de stront uit hun lijf knijpen tot je er zelf bij dood valt” en “je

269 Corr. Brussel 15 januari 2002, www.antiracisme.be (rechtspraakoverzicht). Men kan echter aannemen dat het om tamelijk zware feiten ging, gezien de hoge straffen (1 jaar gevangenisstraf).

270 K.I. Brussel 17 februari 1983, www.antiracisme.be (rechtspraakoverzicht).

271 De tekst van het lied omvat o.m. de volgende aanstootgevende coupletten: “Sla een turk op de grond; Stamp met je voeten op zen mond; Sla zen tanden in de lucht; Ga nu zitten want hij vlucht; Ga zo door Brussel-stad; Tot je ze allemaal hebt gehad (...) Sla uw vuist in het rond; Sla makakken op de grond; Blaas moskees in de lucht; Hun geloof dat is een tucht; Stamp ze plat als een gans; Zo gaat de makakkendans”.

272 Corr. Mechelen 20 september 2002, www.antiracisme.be (rechtspraakoverzicht). Het verweer van de beklaagde dat hij het lied op verzoek zou hebben gedraaid, deed naar het oordeel van de rechter “geen afbreuk aan het gegeven dat hij de ‘Makakkendans’ vooraf had geselecteerd en opgenomen in zijn repertorium en het hoe dan ook heeft gedraaid, hoewel hij zulks perfect had kunnen weigeren”.

273 In beginsel ziet art. 4 niet op mondelinge uitlatingen, voorzover die althans niet tevens neerkomen op het willekeurig ontzeggen van een recht, of feitelijke discriminatie (*cf. infra* nrs. 935-936).

moet [er] op kloppen tot je erbij dood valt anders heb je je werk niet goed gedaan”.²⁷⁴ In beroep stelde het Hof van Gent onder meer dat het oog had “voor de problemen die in bepaalde gemeentes met bepaalde delen van de allochtone bevolking (...) kunnen bestaan” en dat het “kan aannemen dat dergelijke problemen niet altijd even gemakkelijk te beheren zijn”. Dit zou echter de begane feiten niet rechtvaardigen:

Dit alles (...) rechtvaardigt [niet] dat (...) de beklaagde, zonder daarbij nog gewag te maken van het hierbij gebruikt volstrekt onbetamelijk en duidelijk racistisch gekleurd taalgebruik, zijn manschappen herhaaldelijk met gedrevenheid aanzette tot het hantieren van geweld ten aanzien van de allochtone bevolking.

865. Na in eerste aanleg te zijn vrijgesproken wegens gebrek aan bewijs²⁷⁵, veroordeelde het Hof van Beroep van Brussel een rijkswachter (mede) op basis van artikel 1 (lid 3, 1^o en 3^o).²⁷⁶ De beklaagde had een man van allochtone afkomst – na hem tijdens een straatcontrole betrappt te hebben op het dragen van een klein zakmes – meegenomen naar het bureau alwaar hij hem verplicht had zich in bijzijn van verschillende manschappen uit te kleden. Daar het slachtoffer weigerde zich van zijn ondergoed te ontdoen, werden hem nog slagen toegebracht. Vervolgens werd hij verplicht tot het doen van drie buigingen, terwijl de beklaagde racistische uitingen deed (waaronder “sale bougnoul”). Het Hof achtte de feiten bewezen, onder meer vanwege het medisch bewijs van slagen en verwondingen.

866. Geen “aanzet tot”, want onvoldoende bewezen, waren vermeend racistische uitlatingen en daden van een agent op de “Waalse Feesten”. Volgens de Correctionele Rechtbank van Namen spraken de verschillende getuigenissen elkaar tegen en waren zij bovendien intern inconsistent. Het enige dat met enige zekerheid kon worden vastgesteld was dat de beklaagde iets gezegd had in de trant van: “on se calme ici, c’est la fête des Wallons pas des Arabes et que le couvre-feu était pour ces derniers”. Deze woorden waren, aldus de rechter, zonder kennis te hebben van hun juiste context en wijze waarop ze geuit werden, onvoldoende om de beklaagde met zekerheid een racistische houding te kunnen verwijten:

Il reste très peu d’éléments pour établir deux infractions dont la première exige l’existence d’une incitation (...) à la discrimination définie par la loi comme étant un comportement ayant ou pouvant avoir pour but de détruire, de compromettre, ou de limiter la reconnaissance, la jouissance ou l’existence des droits de l’homme et des libertés fondamentales, et dont la seconde vise plus particulièrement des situations

274 Gent 23 september 2003, www.antiracisme.be (rechtspraakoverzicht); Corr. Dendermonde 24 december 2002, www.antiracisme.be (rechtspraakoverzicht). Aan deze feiten werd geen afbreuk gedaan door de verklaring van een getuige, die secretaris was van de Turkse gemeenschap, die “vindt dat er meer commissarissen zouden moeten zijn zoals de (...) beklaagde en dat hij de commissaris nog nooit een racistische uitspraak heeft horen doen”.

275 Corr. Brussel 18 december 2002, www.antiracisme.be (rechtspraakoverzicht).

276 Brussel 30 juni 2003, www.antiracisme.be (rechtspraakoverzicht).

arbitraires et des comportements d'exclusion maintenues et pratiquées par certaines administrations.²⁷⁷

867. Ten slotte kon volgens het Hof van Cassatie ook uit de vermelding in een arrest van het Hof van Beroep van Bergen dat “het uiterlijk van de beklaagde (...) overeenkomt met de informatie (...) dat de daders Maghrebijnen waren” niet worden afgeleid dat het Hof van Beroep artikel 1 van de Antiracismewet geschonden zou hebben.²⁷⁸

§ 3. “Publiciteit geven aan een voornemen tot” (art. 1 lid 3, 3° en 4°)

A. Algemeen

868. Artikel 1 lid 3, 3° en 4° stellen strafbaar de persoon die in de omstandigheden van artikel 444 Sw. publiciteit geeft aan een voornemen tot (1) discriminatie, haat, geweld (of segregatie), jegens een persoon (art. 1 lid 3, 3°) of jegens een groep, een gemeenschap of de leden ervan (art. 1 lid 3, 4°) wegens zogenaamd ras, huidskleur, afkomst of nationale of etnische afstamming (2).

869. Er dient op te worden gewezen dat een zeer gelijkaardige bepaling, die oorspronkelijk was opgenomen in de Antidiscriminatiewet, door het Arbitragehof vernietigd werd in zijn arrest van 6 oktober 2004.²⁷⁹ De juiste implicaties van dit feit voor de onderhavige bepaling, zijn echter niet duidelijk. Het Hof verklaarde de bepaling namelijk ongrondwettig vanwege de verwijzing naar de discriminatiegronden van de Antidiscriminatiewet, waardoor elk debat gesmoord zou worden.²⁸⁰ Vanwege deze verwijzing lijkt het mogelijk om er *a contrario* vanuit te gaan dat bij de afwezigheid van een verwijzing naar deze gronden de bepaling wel grondwettig zou kunnen zijn. Ook kan gewezen worden op het feit dat de bepaling in de Antiracismewet een grondslag heeft in het V.N.-Rassendiscriminatieverdrag, terwijl een dergelijke grondslag ontbrak bij de vernietigde bepaling uit de Antidiscriminatiewet.²⁸¹

1. “PUBLICITEIT GEVEN AAN EEN VOORNEMEN TOT”, MOREEL ELEMENT EN CONTEXT

870. In beginsel schuilt het verschil tussen artikel 1 lid 3, 3° en 4° met de onderdelen 1° en 2° (“aanzetten tot”) erin dat de dader van de feiten in de eerstgenoemde bepaling(en) niet zozeer *anderen* aanzet tot bepaalde houdingen of hande-

²⁷⁷ Corr. Namen 15 september 1997, www.antiracisme.be (rechtspraakoverzicht). Bevestigd in beroep: Luik 15 december 1997, C.G.K.R., *De wet van 30 juli 1981 tot bestraffing van bepaalde door racisme of xenofobie ingegeven daden: rechtspraak antiracisme*, 249.

²⁷⁸ Cass. 28 juni 2000, *Pas.* 2000, I, 1196; *Arr. Cass.* 2000, 1217.

²⁷⁹ Arbitragehof nr. 157/2004, 6 oktober 2004. Zie kritisch op dit punt J. VELAERS, “Het arbitragehof en de antidiscriminatiewet”, *l.c.*, nr. 35.

²⁸⁰ Arbitragehof nr. 157/2004, 6 oktober 2004, B.60.

²⁸¹ Tegen het laatste argument kan worden aangevoerd dat België een voorbehoud heeft gemaakt bij het betreffende verdrag juist op dit punt. Zie J. VELAERS, “Het arbitragehof en de antidiscriminatiewet”, *l.c.*, nr. 33.

lingen. Het gaat hier enkel om het geven aan ruchtbaarheid aan *eigen* voornemens door daden, gebaren of meningsuitingen – wanneer de discriminatoire handeling nog niet heeft plaatsgevonden, of zelfs niet zal plaatsvinden.²⁸² Gesteld is dat de strafwaardigheid van een voornemen moeilijk te preciseren is.²⁸³

871. Om te beginnen moet het voornemen uiteraard geuit worden: loutere voornemens blijven immers verborgen en kunnen niet bestraft worden.²⁸⁴ De wijze van uiting moet ook weer voldoen aan de vereisten van artikel 444 Sw. (*cf. supra* nrs. 781-796). Uitingen in strikte privé-sfeer en/of uitingen in de afwezigheid van derden, vallen dus niet onder het verbod. Voorts moet het expliciet gaan om een “voornemen”, dat wil zeggen dat de uiting toekomstgericht moet zijn: een openbare bekentenis over in het verleden gepleegde discriminatie kan geen aanleiding zijn voor toepassing van deze bepaling van de wet.²⁸⁵

872. Tenslotte moet (ook hier) een moreel element voorhanden zijn, en is de context van de uitlatingen van groot belang. Dienaangaande kan *mutatis mutandis* verwezen worden naar de bespreking van de eerste twee onderdelen van hetzelfde lid (*cf. supra* nrs. 802-807).

2. DISCRIMINATIE, HAAT, GEWELD (OF SEGREGATIE), JEGENS EEN PERSOON (ART. 1 LID 3, 3^o) OF JEGENS EEN GROEP, EEN GEMEENSCHAP OF DE LEDEN ERVAN (ART. 1 LID 3, 4^o) WEGENS ZOGENAAMD RAS, HUIDSKLEUR, AFKOMST OF NATIONALE OF ETNISCHE AFSTAMMING

873. Het voornemen waartoe publiekelijk uiting wordt gegeven, dient er – evenals ingeval van het “aanzetten tot” – één te zijn tot discriminatie, haat, geweld (en segregatie) jegens een persoon of jegens een groep, een gemeenschap of de leden ervan wegens de discriminatiegronden van de wet (dus: zogenaamd ras, huidskleur, afkomst of nationale of etnische afstamming). *Mutatis mutandis* geldt met betrekking tot deze elementen opnieuw hetzelfde als in relatie tot de voorgaande bepaling. Voor de inhoud ervan wordt dan ook terugverwezen naar de bespreking ter plaatse (*cf. supra* nrs. 809-821).

B. Rechtspraak

874. Onderdelen 3 en 4 van artikel 1 lid 3 worden minder vaak toegepast dan de eerste twee onderdelen van hetzelfde lid. In de rechtsleer is er voorts op gewezen dat het soms onduidelijk is op welk onderdeel van artikel 1 een vonnis nu juist betrek-

282 W. VAN LAETHEM, *o.c.*, 14; C.G.K.R., *Van integratie naar diversiteit, 10 jaar Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding 1993-2003*, 92; C.G.K.R., *Aanpak discriminatie: regelgeving en rechtspraktijk*, 44; C.G.K.R., *Aanpak discriminatie en racisme*, 41.

283 E. DE DIESBACH, “La loi sur le racisme et la xénophobie”, *J.T.* 1981, nr. 5188, 681.

284 E. BOUTMANS, *o.c.*, 18-19.

285 E. BOUTMANS, *o.c.*, 18; C.G.K.R., *Aanpak discriminatie: regelgeving en rechtspraktijk*, 44; W. VAN LAETHEM, *o.c.*, 15.

king heeft.²⁸⁶ Bovendien zouden met enige regelmaat zaken die duidelijk de uiting van een voornemen behelzen, desalniettemin gekwalificeerd worden als een “aanzet tot” (of *vice versa*). Hoewel er in jurisprudentie niet altijd een duidelijke lijn te ontdekken zou zijn, is wel gesteld dat er drie globale categorieën in de veroordelingen te onderkennen zijn, te weten: uitingen gepaard met geweld of bedreigingen, uitingen zonder geweld en (aankondigingen van) discriminatie in huurzaken.²⁸⁷

1. UITINGEN MET GEWELD OF BEDREIGINGEN

875. Een eerste (wel) duidelijke categorie betreft (racistische) uitingen, die gepaard gaan met, of gevolgd worden door geweld of bedreigingen. Zo werden bepaalde daders in de reeds besproken zaak van de racistische gewelddaden van Brugse voetbalsupporters (*cf. supra* nr. 858), ook schuldig bevonden aan inbreuk op de onderhavige bepaling. De rechter oordeelde:

Het lijdt verder geen twijfel dat het massaal roepen van slogans als *die Turkey die en Turkse hoeren* (...), tegelijk dient te worden beschouwd als het geven van publiciteit aan een eigen voornemen tot discriminatie, haat of geweld.²⁸⁸

876. De Correctionele Rechtbank van Nijvel legde eveneens een band tussen gewelddaden en – voorafgaandelijke – racistische uitingen. Na een vechtpartij met een allochtone familie had de dader in de betreffende zaak op een muur in de wijk de volgende tekst geschreven: “Je chie sur ta sous-race. Retourne dans ton pays, fils de pu de marocain” [*sic*].²⁸⁹ Drie dagen na dit incident verwondde de dader de broer van het eerste slachtoffer. In zijn analyse maakte de rechter een onderscheid tussen de bepalingen in onderdelen 1 en 2 van artikel 1 lid 3 Antiracismewet en de onderdelen 3 en 4 van het bewuste lid door te stellen dat de bewuste uitingen mogelijk doch niet noodzakelijk een aanzet tot discriminatie, haat of geweld inhielden, maar wel duidelijk een voornemen tot geweld betroffen.

877. Ook aangemerkt als zijnde (o.m.) het geven van publiciteit aan een voornemen tot discriminatie, haat en geweld was een conversatie tussen verschillende personen in een café waarin werd overeengekomen over te gaan tot een “rattonade”: een vorm van georganiseerd geweld, specifiek gericht op Noord-Afrikanen.²⁹⁰ Door de Jeugd-

286 S. SOTTIAUX en J. VRIELINK, “De antiracismewet na het Vlaams-blokarrest”, *l.c.*, 721. De auteurs verwijzen o.m. naar Corr. Charleroi 23 december 1987, *T. Vreemd*. 1987-88, 22.; R.K. Nijvel 22 juni 1992, C.G.K.R., *De wet van 30 juli 1981 tot bestraffing van bepaalde door racisme of xenofobie ingegeven daden: rechtspraak antiracisme*, 139; Corr. Oudenaarde 28 maart 1996, www.antiracisme.be (rechtspraakoverzicht); Antwerpen 17 september 1998, C.G.K.R., *De wet van 30 juli 1981 tot bestraffing van bepaalde door racisme of xenofobie ingegeven daden: rechtspraak antiracisme*, 306.

287 J. VRIELINK, S. SOTTIAUX en D. DE PRINS, “Het Vlaams Blok-arrest, artikel 150 van de Grondwet en de interpretatie van de antiracismewet”, *l.c.*, 98-99. De auteurs geven aan dat slechts de eerste en laatste categorie hiervan met recht onder het toepassingsgebied van de betreffende bepaling vallen. Vgl. J. VELAERS, “Het arbitragehof en de antidiscriminatiewet”, *l.c.*, nrs. 34-35.

288 Corr. Brugge 30 december 2003, www.antiracisme.be (rechtspraakoverzicht).

289 Corr. Nijvel 25 juni 2001, www.antiracisme.be (rechtspraakoverzicht).

290 Corr. Brussel 9 maart 1988, C.G.K.R., *De wet van 30 juli 1981 tot bestraffing van bepaalde door racisme of xenofobie ingegeven daden: rechtspraak antiracisme*, 104.

rechtbank van Dinant is ten slotte een minderjarige veroordeeld die – samen met vrienden – drie jongeren van allochtone herkomst had bedreigd. Door het uiten van beledigingen en dreigen met geweld hadden de daders de slachtoffers verplicht een volgende trein te nemen. Ook bleken de daders bekend vanwege hun algemeen racistische uitingen en nationaal-socialistische houdingen.²⁹¹ De rechter stelde:

Que le fait de manifester, en publique et en compagnie d'autres, de manière répétitive, hors tout autre motif d'opposition avéré et par des propos notamment, une attitude hostile à l'égard d'autres jeunes sans autres justification qu'un aspect physique traduisant d'une origine familiale non européenne est révélateur de cette volonté de discriminer (...).²⁹²

2. UITINGEN ZONDER GEWELD

878. Ook wat betreft deze strafbaarstelling gaat het bij de toepassingen echter niet alleen – of zelfs maar vooral – om zaken waarop geweld of feitelijke handelingen volgden. Ook racistische uitingen op zich worden regelmatig bestraft. Zo werd een scheldpartij tegen een Somaliër na een auto-ongeluk door de Correctionele Rechtbank in Leuven van een dergelijke aard en inhoud beschouwd dat het niet slechts beledigend was, maar tevens een voornemen tot discriminatie en haat ten aanzien van het slachtoffer impliceerde. Meer bepaald had de aangeklaagde de volgende bewoordingen gebruikt: “al die zwarte apen worden gelijkgetrokken, het is in België ver gekomen (...) met die zwarte apen”; “dat die zwarte apen nergens voor deugen”; “zwarte zak, zwarte aap” en “zwart crapuul”.²⁹³

879. In een andere verkeersgerelateerde zaak werden beklaagden die racistische beledigingen en gebaren hadden geuit, veroordeeld. Van één van de beklaagden was in het betreffende geval bekend dat hij een café uitbaatte waar pamfletten, uithangborden en stickers op de ramen en ingangsdeuren prijken met een duidelijk racistisch karakter.²⁹⁴ Het verweer – als zouden de beklaagden zijn opgehitst door onterechte verwijten en de handelwijze van de slachtoffers (kloppen op auto, enz.) – werd als ontoereikend beoordeeld om de eigen uitval te rechtvaardigen.²⁹⁵

880. Ook het publiekelijk beledigen van een vrouw van Marokkaanse origine door een Tunesische man werd door de Correctionele Rechtbank van Oudenaarde gekwalificeerd als een inbreuk op artikel 1 lid 3, zowel ten aanzien van het slachtoffer

291 Dit kwam o.m. tot uiting in: “dessins de la croix gammée dans les cahiers, habitude de se saluer entre eux en faisant la salut nazi et en disant ‘I love Hitler, etc.’”.

292 Jeugdrechtbank Dinant 22 oktober 2001, www.antiracisme.be (rechtspraakoverzicht), *J.D.J.* 2002, nr. 213, 41 met noot P. CHARLIER. De beweerde inbreuk op de Negationismewet door de beklagde werd niet bewezen geacht (*cf. infra* nr. 1103).

293 Corr. Leuven 8 februari 1999, C.G.K.R., *De wet van 30 juli 1981 tot bestraffing van bepaalde door racisme of xenofobie ingegeven daden: rechtspraak antiracisme*, 334. Vgl. Corr. Leuven 9 september 1997, C.G.K.R., *De wet van 30 juli 1981 tot bestraffing van bepaalde door racisme of xenofobie ingegeven daden: rechtspraak antiracisme*, 247.

294 Corr. Dendermonde 18 maart 1997, www.antiracisme.be (rechtspraakoverzicht).

295 Vgl. daarentegen Corr. Brussel 23 december 1983, *Pas.* 1984, III, 38; Corr. Oudenaarde 28 maart 1996, www.antiracisme.be (rechtspraakoverzicht). *Cf. supra* nr. 807.

(3°) als ten aanzien van de Marokkaanse gemeenschap (4°).²⁹⁶ Hetzelfde gold, volgens de Correctionele Rechtbank van Gent, met betrekking tot het publiekelijk beledigen van de uitbater van een pitazaak, waarbij zowel de man in kwestie als de gehele Turkse gemeenschap werden gevisieerd:

De opposant heeft zich op een schandelijke manier gedragen, ten aanzien van [het slachtoffer] en ten aanzien van de Turkse gemeenschap in het algemeen, waarbij hij blijk gaf van een totaal gebrek aan respect voor zijn medemens.²⁹⁷

881. Ten slotte geldt ook hier dat niet *alle* racistische uitingen strafbaar worden geacht. Zo bepaalde het Hof van Beroep van Luik, in een bovengenoemd arrest (*cf. supra* nr. 831), dat door middel van de uitingen “Kannibale” en “Scheißneger” geen voornemen werd geuit tot rassendiscriminatie. De uitingen werden wel als racistisch beoordeeld, maar kwamen aldus het Hof enkel in aanmerking voor vervolging op grond van artikel 561 Sw.²⁹⁸

3. HUISVESTING

882. Ook discriminatie in de sfeer van huisvesting is in één geval onder het bereik van artikel 1 lid 3, 3° en 4° Antiracismewet gebracht, en leidde tot een veroordeling. Het ging om een in 2000 in verschillende kranten verschenen advertentie voor de verhuur van een appartement, met de vermelding “étrangers s’abstenir”.²⁹⁹ De rechter stelde uitdrukkelijk dat de betreffende bepaling geen kwaadwillig opzet zou vereisen: “la loi n’exigeant pas une intention méchante”.³⁰⁰

§ 4. Sanctie (art. 1 lid 3)

883. De sanctie voor alle strafbare feiten uit artikel 1 betreft een gevangenisstraf van een maand tot een jaar en een geldboete van vijftig euro tot duizend euro (vermeerderd met de wettelijke opdecimen) of een van die straffen alleen (*cf. infra* nrs. 1005-1008 en 1019 voor eventuele bijkomende straffen).

Afdeling 2. Discriminatoire handelingen

884. Naast bepaalde meningsuitingen stelt de Antiracismewet ook feitelijke discriminatoire handelingen strafbaar. Het gaat daarbij om discriminaties in het goederen- en dienstenverkeer (§ 1) en in arbeidsrelaties (§ 2), alsook om discriminatie door ambtenaren en openbare gezagsdragers (§ 3).

296 Corr. Oudenaarde 23 oktober 1995, C.G.K.R., *De wet van 30 juli 1981 tot bestraffing van bepaalde door racisme of xenofobie ingegeven daden: rechtspraak antiracisme*, 179.

297 Corr. Gent 29 februari 2000, www.antiracisme.be (rechtspraakoverzicht).

298 Luik 4 juni 1992, C.G.K.R., *De wet van 30 juli 1981 tot bestraffing van bepaalde door racisme of xenofobie ingegeven daden: rechtspraak antiracisme*, 136; Corr. Eupen 7 januari 1991, www.antiracisme.be (rechtspraakoverzicht).

299 Corr. Luik 28 december 2001, www.antiracisme.be (rechtspraakoverzicht).

300 Zie evenwel *supra* nr. 805.

§ 1. Goederen- en dienstenverkeer (art. 2)

A. Algemeen

885. Conform het eerste lid van artikel 2 van de Antiracismewet is strafbaar “hij die bij het aanbieden van een levering van een dienst, van een goed of van het genot ervan, discriminatie bedrijft jegens een persoon wegens een zogenaamd ras, zijn huidskleur, afkomst of de nationale of etnische afstamming”. Het tweede lid voorziet in een analoge strafbaarstelling ingeval de “discriminatie bedreven is jegens een groep, een gemeenschap of de leden ervan” wegens diezelfde gronden.

886. Het moet dus ten eerste gaan om het bedrijven, plegen of begaan van feitelijke discriminatie: om handelingen, maatregelen, criteria enz.³⁰¹ Hierbij volstaat een occasionele daad reeds; voor de strafbaarheid op basis van artikel 2 zijn rabiate noch constante feiten vereist.³⁰² Voor het overige komen de vereisten uit artikel 1 terug. Ook hier gaat het zowel om discriminatie ten aanzien van individuele personen als ten aanzien van groepen, gemeenschappen of de leden daarvan en het onderscheid moet – om strafbaar te zijn – hebben plaatsgevonden op basis van de discriminatiegronden “zogenaamd ras, huidskleur, afkomst of nationale of etnische afstamming”. Weigering op andere, bijvoorbeeld ideologische of politieke, gronden is in beginsel niet verboden op grond van dit artikel, zolang het niet gaat om een excuus voor rassendiscriminatie.³⁰³

887. Opnieuw is voor dit misdrijf een moreel element vereist, *in casu* een “algemeen opzet”. Wat dit artikel betreft, bestaat hierover in de rechtsleer geen discussie. Men moet dus de discriminatoire handeling bij het aanbieden van een dienst, een goed of het genot ervan willens en wetens stellen. Hierbij hoeft volgens rechtsleer en rechtspraak geen sprake te zijn van een (ideologisch) racistisch motief of van kwaadwilligheid: “discriminatie” hoeft immers niet noodzakelijk het doel te hebben om achter te stellen, het kan ook slechts het gevolg zijn van een handeling of een criterium.³⁰⁴ De vereiste wil tot discriminatie kan bijvoorbeeld reeds tot uiting komen in het feit dat men – zonder kwaadwilligheid – een bepaalde nationaliteitsvoorwaarde stelt voor kandidaatshuurders: de reden waarom men dit doet, is hierbij in beginsel niet van belang.³⁰⁵ Dit blijkt ook uit de rechtspraak. In huurzaken volstaat het bijvoorbeeld ter vaststelling van een inbreuk dat men in advertenties stelt dat vreemdelingen zich moeten onthouden.³⁰⁶ Het feit dat dit in opdracht gebeurt van de eigenaar wordt niet geaccepteerd als verweer. Ook ten aanzien van

301 W. VAN LAETHEM, *o.c.*, 18; W. VAN LAETHEM, *l.c.*, 9.

302 Antwerpen 25 april 2000, www.antiracisme.be (rechtspraakoverzicht). Zie ook M. VAN DE PUTTE, *l.c.*, 195.

303 E. BOUTMANS, “De toepassingsmogelijkheden van de herziene racismewet”, *l.c.*, 69. Wel kan dergelijk onderscheid burgerrechtelijk worden aangevochten op basis van de Antidiscriminatiewet (*cf. infra* deel VI). Voor wat betreft de overheid, verzetten o.m. ook de Cultuurpactwet (Wet 16 juli 1973) en de Grondwet (*cf. supra* deel III) zich tegen een dergelijke handelwijze.

304 D. COECKELBERGH, *l.c.*, 160; X, “Anti-racismewetgeving”, *l.c.*, 151 (zie evenwel *supra* nr. 755).

305 J. KUSTERS, *l.c.*, 555.

306 Corr. Luik 28 december 2001, www.antiracisme.be (rechtspraakoverzicht).

het deurbeleid van horeca-gelegenheden acht men de inbreuk direct bewezen indien vreemdelingen *tout court* de toegang wordt ontzegd.³⁰⁷ Hierbij is irrelevant of de handeling voortkwam uit racistische motieven of bijvoorbeeld uit de angst voor een slecht imago of de vrees klanten te verliezen.³⁰⁸ De houding van een bepaald cliënteel mag geen reden zijn te discrimineren en neemt ook geenszins het opzet weg in hoofde van de dader.³⁰⁹ In bepaalde gevallen kan een inbreuk op artikel 2 zelfs blijken uit een *prima facie* willekeurige handeling, waarvoor vervolgens geen rechtvaardiging kan worden gegeven.³¹⁰

888. Wel kunnen verschillende objectieve factoren en/of geldige beweegredenen het opzet eventueel weerleggen en zo de handeling haar discriminatoire karakter ontnemen (cf. *supra* nrs. 751-754).³¹¹ Dienaangaande is in de parlementaire voorbereidingen onder meer expliciet gesteld dat “de weigering om aan een vreemdeling te verhuren op grond van zinvolle criteria in overeenstemming is met het beginsel van de proportionaliteit” en dus geen inbreuk vormt op artikel 2.³¹²

889. Ook uit de rechtspraak blijkt dat de rechtvaardigingen velerlei kunnen zijn. Zo kan (redelijke) ongerustheid of vrees een grond zijn voor weigering.³¹³ Dit werd onder meer duidelijk in een vonnis van de Correctionele Rechtbank van Brugge, waarbij een verhuurster van motorfietsen op het punt had gestaan een motorfiets te verhuren aan een persoon met de Turkse nationaliteit. Toen deze laatste echter Turks begon te spreken met een derde persoon, werd de verhuurster ongerust en weigerde verder te gaan met de verhuur. De Rechtbank stelde dat *in casu* de weigering niet was ingegeven door het spreken van Turks, maar vanwege de onzekerheid omtrent de precieze bedoelingen van de kandidaat-huurder en de waarde van het te verhuren goed. Die vrees was volgens de Rechtbank “uiteraard subjectief en (...) misschien ongegrond”, maar kon niet als een opzettelijke vorm van discriminatie worden aangezien.³¹⁴

890. Daarnaast mogen privé-clubs en dancings haast per definitie leden of bezoekers weigeren. De wet verbiedt slechts dat dit doelgericht zou plaatsvinden op basis van de discriminatiegronden³¹⁵, wat niet betekent dat elke weigering van iemand die “drager” is van een van de discriminatiegronden, ook een discriminatie uitmaakt. Bewezen moet worden dat de weigering plaatsvond *op grond van* het discriminatoire criterium en niet vanwege objectieve criteria.³¹⁶ Dancings mogen dus gerust een – op

307 Corr. Antwerpen 21 mei 2000, *www.antiracisme.be* (rechtspraakoverzicht).

308 Corr. Hasselt 27 maart 1995, *T. Vreemd.* 1995, 398.

309 *Ibid.*, 398.

310 Corr. Hasselt 21 november 1996, *T. Vreemd.* 1996, 391.

311 Vgl. C.G.K.R., *Aanpak discriminatie en racisme*, 43.

312 *Parl. St.* Senaat 1991-92, nr. 117/1, 19.

313 J. KUSTERS, *l.c.*, 556.

314 Corr. Brugge 25 september 1995, *T. Vreemd.* 1996, 161. Voor het overige kon de beklagde aantonen regelmatig te verhuren aan vreemdelingen. Ook de aanvankelijke acceptatie speelde volgens de Rechtbank in het voordeel van de beklagde (alsook het feit dat de getuigen uit de directe vriendenkring van het vermeende slachtoffer afkomstig waren).

315 W. VAN LAETHEM, *o.c.*, 19.

316 E. BOUTMANS, “De toepassingsmogelijkheden van de herziene racismewet”, *l.c.*, 68.

objectieve gronden gebaseerd – deurbeleid voeren. Dronken (of anderszins onder invloed zijnde), agressieve of niet-adequaat geklede (of geschoeide) personen mogen uiteraard geweigerd worden. Ook personen met wie eerder problemen geweest zijn, “risico-cliënteel” dus, kunnen worden geweerd.³¹⁷ De maximale capaciteit en hiermee verbonden veiligheid van een gelegenheid kunnen ook worden ingeroepen, evenals het verlenen van prioriteit aan vaste klanten.³¹⁸ Ook systemen van lidkaarten zijn toegestaan, zolang de toekenning hiervan niet discriminatoir is. Verder kunnen ook andere objectieve factoren in het voordeel spelen van de beklaagde, zoals het feit dat er zich veel allochtonen in de discotheek, en/of onder het personeel, bevinden.³¹⁹

891. Twijfel speelt in de onderhavige materie – vanwege het strafrechtelijk vermoeden van onschuld – hoe dan ook in het voordeel van de beklaagde.³²⁰ Dit maakt de bewijsvoering vaak zwaar in dit soort zaken: dikwijls blijkt het moeilijk de aangevoerde objectiverende rechtvaardigingen te weerleggen en aan te tonen dat de weigering in een concreet geval discriminatoir was.³²¹ Vanuit dat oogpunt geeft de rechtsleer aan dat het slachtoffer er belang bij heeft om onmiddellijk na de feiten bij politie of rijkswacht klacht in te dienen of een P.V. te laten opmaken. Wanneer de beklaagde opwerpt dat het (vermeende) slachtoffer bijvoorbeeld dronken, agressief of slecht gekleed was, dan zal de verbaliserende overheid in staat zijn zich uit te spreken over het vermoedelijke waarheidsgehalte van deze beweringen.³²² Toepassingen bevestigen dit.³²³

B. Werkingssfeer

892. De oorspronkelijke tekst van de wet eiste dat de discriminatie gebeurde op een plaats die voor het publiek toegankelijk was. Het oogmerk van de bepaling was daarbij aanvankelijk als volgt:

Artikel 2 beoogt aan eenieder het recht te verzekeren van toegang tot alle plaatsen en diensten bestemd voor openbaar gebruik (...) zonder vrees daaruit verwijderd te worden ingevolge een uitlating van rassendiscriminatie.³²⁴

317 Corr. Turnhout 11 oktober 1990, www.antiracisme.be (rechtspraakoverzicht). Zie ook M. VAN DE PUTTE, *l.c.*, 195.

318 Corr. Veurne 30 januari 1998, www.antiracisme.be (rechtspraakoverzicht).

319 Antwerpen 18 april 1997, C.G.K.R., *De wet van 30 juli 1981 tot bestraffing van bepaalde door racisme of xenofobie ingegeven daden: rechtspraak antiracisme*, 239.

320 Corr. Veurne 30 januari 1998, www.antiracisme.be (rechtspraakoverzicht); Corr. Hasselt 21 november 1996, T. *Vreemd*. 1996 (verkort), 391; C.G.K.R., *De wet van 30 juli 1981 tot bestraffing van bepaalde door racisme of xenofobie ingegeven daden: rechtspraak antiracisme*, 211.

321 J. KUSTERS, *l.c.*, 557.

322 J.-M. JACQUEMIN, “La loi du 30 juillet 1981 tendant à réprimer certains actes inspirés par le racisme ou la xénophobie, chronique d’une loi mal appliquée”, *L’année sociale* 1987, nr. 2, 123; L. DENYS, *o.c.*, 143.

323 Zie o.m. Corr. Dendermonde 21 oktober 1986, T. *Vreemd*. 1986, 19; *Rev. dr. étr.* 1986, 111.

324 *Parl. St.* Kamer 1980-81, nr. 214/9, 20. Naar verluidt zijn kort na het van kracht worden van deze bepaling veel bordjes met “interdit aux étrangers” of “verboden aan vreemdelingen” aan cafés en dancings verdwenen (P. KONGS, *l.c.*, 16 en L. DENYS, *o.c.*, 142).

893. Het vereiste van publieke toegankelijkheid was hierbij zagezegd ingegeven door realiteitszin, daar de bewijsmiddelen ingeval van “niet-openbaarheid” te beperkt werden geacht.³²⁵ Het maakte evenwel dat veel discriminaties niet konden worden bestraft.³²⁶ In 1994 werd de eis daarom geschrapt, als zijnde een “onnodige belemmering (...) voor een verantwoorde toepassing van dit artikel”.³²⁷ Gelijktijdig werd de bepaling zodanig aangepast dat de verhuur van goederen er (beter) bij zou kunnen worden ondergebracht.³²⁸ Gesteld werd dat deze wijzigingen de Antiracismewet ook meer in overeenstemming zouden brengen met de bepalingen van het V.N.-Rassendiscriminatieverdrag.³²⁹

894. Men was er zich destijds van bewust dat deze wijzigingen bewijsmoeilijkheden in het leven zouden roepen. De verantwoording voor de aanpassing werd vooral gezocht in de signaalfunctie die ervan zou uitgaan.³³⁰ Hoe dan ook is de bepaling sindsdien van toepassing op “het leveren of bij het aanbieden van een levering van een dienst, van een goed of van het genot ervan” – simpel gesteld: op het goederen- en dienstenverkeer in algemene zin. De bedoeling van de bepaling is om toegang te waarborgen tot alle goederen en diensten die op welke wijze dan ook worden aangeboden.³³¹ Zowel de private als publieke dienstverlening valt dus onder de bepaling, evenals eventuele kostenloze levering of het aanbod van kostenloze levering van een goed of een dienst.³³²

325 Zie o.m. *Parl. St. Kamer* 1980-81, nr. 214/9, 21 en 26. Zie voor vroege kritiek hierop G. DE MOFFAERTS, *l.c.*, 28 en P. KONGS, *l.c.*, 18.

326 Zie expliciet *Parl. St. Kamer* 1980-81, nr. 214/9, 26 en *Parl. St. Senaat* 1993-94, nr. 117/2, 4. Zie ook E. BOUTMANS, *o.c.*, 20.

327 *Parl. St. Senaat* 1991-92, nr. 117/1, 4. Zie art. 2 Wet 12 april 1994, *B.S.* 14 mei 1994.

328 Omdat de aanvankelijke Antiracismewet de weigering van verhuring van een woongelegenheden op grond van racistische motieven niet strafbaar stelde, werd het toepassingsgebied uitgebreid, door naast het leveren ook het genot van goederen uitdrukkelijk te vermelden in art. 2 (*Parl. St. Senaat* 1991-92, 117/1; *Parl. St. Kamer* 1993-94, nr. 1294/3, 17). Vgl. W. MAHIEU, *l.c.*, 16 en J. KUSTERS, *l.c.*, 552-553. Zie voor een uitvoerige analyse van de toepasselijkheid van de Antiracismewet op de huisvestingscontext van voor deze wijziging, B. HUBEAU, *o.c.*, 86-95.

329 *Parl. St. Senaat* 1991-92, nr. 117/1. Vgl. B. HUBEAU, *Rechthandelingen van vreemdelingen in verband met hun woonsituatie*, Antwerpen, Kluwer Rechtswetenschappen, 1985, 88 en J. KUSTERS, *l.c.*, 552-553. Het toezichhoudend orgaan bij het V.N.-Rassendiscriminatieverdrag, het Comité ter uitbanning van alle vormen van rassendiscriminatie (C.E.R.D.), stelt ook dat het ter beschikking stellen van huisvesting door privé-eigenaars door het verdrag gevisieerd wordt: “to the extent that private institutions influence the exercise of rights or the availability of opportunities, the State Party must ensure that the result has neither the purpose nor the effect of creating or perpetuating racial discrimination” (C.E.R.D.-Committee, General Recommendation XX, 48th session 1996, § 5).

330 In de Senaat werd letterlijk het volgende gesteld: “Deze wijziging zal ongetwijfeld tot gevolg hebben dat de bewijslevering moeilijker wordt, maar dit argument mag geen obstakel vormen voor de voorgestelde wijziging, die moet worden beschouwd als een signaal voor de buitenwacht” (*Parl. St. Senaat* 1993-94, nr. 117/2, 4-5; vgl. *Parl. St. Senaat* 1991-92, nr. 117/2, 11-12).

331 W. VAN LAETHEM, *o.c.*, 17.

332 *Parl. St. Kamer* 1980-81, nr. 214/9, 34 (VAN CAUWENBERGHE). Vgl. W. BRUGGEMAN en P. LAMBERT, *l.c.*, 120 en W. MAHIEU, *l.c.*, 16.

C. Sanctie

895. De sanctie, verbonden aan overtreding van het in artikel 2 neergelegde verbod, betreft een gevangenisstraf van een maand tot een jaar en een geldboete van vijftig euro tot duizend euro (vermeerdert met de wettelijke opdecimen), of één van die straffen alleen (*cf. infra* nrs. 105-1008 en 1019 voor eventuele bijkomende straffen).

D. Rechtspraak

1. DISCOTHEKEN EN DANCINGS

896. Een eerste categorie toepassingsgevallen betreft de discriminatoire behandeling bij discotheken en dancings. Doorgaans gaat het hierbij om een weigering van toegang. Zo werden beklaagden (*i.c.* portiers) door de Correctionele Rechtbank van Dendermonde veroordeeld, omdat zij niet-Belgen de toegang weigerden tot de dancing Z.³³³ Naar eigen zeggen van de beklaagden was het kunnen vertonen van een Belgische identiteitskaart één van de selectiecriteria voor toegang. Bijkomende argumenten van de beklaagden, als zouden de slachtoffers dronken en agressief zijn geweest, werden als onwaarschijnlijk afgewezen, gezien er in het kort erna opgestelde P.V. geen enkele melding van werd gemaakt. Ook werd er gewezen op de correcte kleding van de slachtoffers (“pak met hemd en das”), die dus evenmin een grond voor weigering had kunnen vormen.

897. Ook de Correctionele Rechtbank van Kortrijk veroordeelde een uitbater van een dancing vanwege een discriminatoir toelatingsbeleid. De rechter stelde dat het toelaten van slechts “een beperkt aantal vreemdelingen, waaronder Belgen die het uiterlijk voorkomen van allochtonen vertonen, wijzen op het negeren van de bepalingen van [de Antiracismewet]”. Hierbij luidde het verder:

De houding van een bepaald cliënteel die de instelling van beklagde frequenteren, mag geen voorwendsel zijn om de [Antiracismewet] te negeren. Evenmin mag het argument aangehaald worden door beklagde, dat de rust niet verzekerd wordt, indien hij slechts een aantal vreemdelingen toelaat.³³⁴

898. De Correctionele Rechtbank van Antwerpen veroordeelde voorts enkele dancinguitbaters die een kennelijk racistisch deurbeleid voerden. Volgens de uitleg van de beklaagden werden alleen personen geweigerd die “niet passen in het concept van de instelling”. De rechter stelde dat het natuurlijk de vraag is wat er met dit “concept van de instelling” bedoeld wordt. De beklaagden stelden dat zij er geenszins racistische bedoelingen mee hadden. Zij zouden slechts één doel voor ogen hebben gehad “en dat is de toelating tot de instelling van nette mensen waarmee wij geen moeilijkheden hebben en welke elkaar ook geen moeilijkheden aandoen”. Of, “dat wil

333 Corr. Dendermonde 21 oktober 1986, *T. Vreemd.* 1986, 19; *Rev. dr. étr.* 1986, 111.

334 Corr. Kortrijk 20 oktober 1999, www.antiracisme.be (rechtspraakoverzicht).

concreet zeggen dat ik als norm heb dat personen, van welke gelaatskleur ook, in de zaak worden toegelaten als zij deftig gekleed zijn, als zij geen tekenen van overdreven dronkenschap vertonen, als zij geen tekenen van agressie vertonen, en zo meer". De rechter stelde terzake het volgende:

De rechtbank kan begrip opbrengen voor de bezorgdheid van uitbaters van een instelling (...) om te waken over de veiligheid van hun klanten. Anderzijds kan en mag men zich hier niet achter verschuilen om bepaalde mensen te weigeren die blijkbaar helemaal niet buiten het vermelde concept vallen.³³⁵

899. De rechter stelde dat de feiten er op wezen dat men zich in de bewuste situatie wel "verschuilt achter een beweerd concept van de instelling, maar in de praktijk dit concept blijkt te zijn dat er in principe geen vreemdelingen worden toegelaten". Dit gegeven werd *in casu* concreet bevestigd door een voormalig portier van de instelling die onder meer stelde: "ik kan u in alle eerlijkheid vertellen dat wij als portier van de uitbater (...) opdracht hebben gekregen om vreemdelingen niet binnen te laten". Het Hof van Beroep te Antwerpen bevestigde deze laatste uitspraak. Ten slotte stelde het Hof het volgende in reactie op het verweer dat beklaagden niet "op constante of rabiëte wijze" mensen van vreemde origine zouden weigeren, en dat zij ook foto's en vaststellingen konden voorleggen van gerechtsdeurwaarders om aan te tonen dat zich wel degelijk vreemdelingen bevonden in de dancing:

[V]oor de strafbaarheid voorzien door artikel 2 van de Wet van 30 juli 1981 op het racisme en de xenofobie, [zijn] geen rabiëte hetzij constante feiten vereist (...) doch ook een occasionele daad van racisme [levert] een misdrijf op (...).³³⁶

335 Corr. Antwerpen 26 juni 1998, C.G.K.R., *De wet van 30 juli 1981 tot bestraffing van bepaalde door racisme of xenofobie ingegeven daden: rechtspraak antiracisme*, 296.

336 Antwerpen 25 april 2000, www.antiracisme.be (rechtspraakoverzicht). Ook bijzonder interessant is een reeks elementen en inconsistenties die het Hof aanbrengt als bewijs voor de feitelijk discriminatoire toegang. Zo stelt het Hof dat de verklaringen van discriminatoire toegang door uitbaters Marc B. en Johnny G. om te beginnen bevestigd worden door "de verklaringen van (...) getuigen; de vaststellingen van de verbalisanten; de verklaring van Marc B. aan de verbalisanten 'als ik één binnenlaat komen er twintig'. Overwegende dat beklaagden thans opwerpen dat Mohamed EK. de toegang geweigerd werd gezien hij geen achttien jaar was. Dat deze verklaring niet geloofwaardig is nu beklaagde (...) aan de verbalisanten verklaarde zich de feiten niet te herinneren en Mohamed EK. zich in gezelschap bevond van meerderjarige familieleden aan wie op dat ogenblik eveneens de toegang werd ontzegd. Overwegende dat beklaagden opwerpen dat Ali EK. omwille van zijn agressief gedrag geweigerd werd. Dat deze bewering niet geloofwaardig is nu beklaagde Johnny G. aan de verbalisanten verklaarde zich de feiten niet te herinneren en Ali EK. zich in gezelschap bevond van familieleden waarvan niet beweerd wordt dat ze zich provocatief opstelden doch aan wie op dat ogenblik eveneens de toegang werd ontzegd. Overwegende dat beklaagden opwerpen dat Christian W. geweigerd werd omdat deze zich van meet af aan zeer agressief en provocatief opstelde. Dat deze bewering niet geloofwaardig is nu beklaagde Marc B. aan de verbalisanten verklaarde zich de concrete feiten niet te herinneren en de feiten bevestigd werden door getuige Nadine VS. en de portier Patrick DC. (...) Overwegende dat beklaagden opwerpen dat aan Ahmed J. en diens 'Belgische' vrienden toegang geweigerd werd gezien het gezelschap dronken was. Dat deze bewering niet geloofwaardig is nu beklaagden van deze beweerde dronkenschap geen melding maakten aan de verbalisanten, en de getuigen Glenn T. en Peter W. formeel verklaren dat hen de toegang niet geweigerd werd, doch wel aan Ahmed J. en dit omwille van diens donkerdere huidskleur".

900. In een laatste geval veroordeelde het Hof van Beroep te Hasselt twee beklaagden op grond van artikel 2³³⁷, nadat deze in eerste instantie waren vrijgesproken.³³⁸ Het ging om twee portiers die op verschillende gelegenheden allochtone personen de toegang tot een dancing hadden ontzegd. De geweigerde dancingbezoekers stelden dat dit gebeurde op grond van hun huidskleur en afstamming. Dit leidden zij onder meer af uit het feit dat “hun [blanke] echtgenote of vriend niet de toegang werd ontzegd”. Voor de rechter in eerste aanleg was deze afleiding onterecht en het bewijs onvoldoende. De portier beweerde namelijk dat er wel degelijk ernstige redenen voor weigering waren (druggebruik, vechtersbazen, wangedrag). Hij zou echter deze redenen niet hebben meegedeeld om de bewuste personen niet in aanwezigheid van hun vrienden openlijk te blameren en aldus een escalatie van het conflict te voorkomen. Het feit dat bijna alle geweigerde personen een blanco strafregister hadden en dat er van het vermeende wangedrag van de slachtoffers nooit melding was gedaan bij de politie, was hierbij naar het oordeel van de correctionele rechter geen bewijs van het feit dat de aangevoerde redenen voor weigering drogredenen zouden zijn.³³⁹ Evenmin zou volgens de Rechtbank uit het (grote) aantal soortgelijke klachten kunnen worden afgeleid dat er sprake was van weigering om racistische redenen, “rekening houdend met het groot aantal bezoekers van deze dancing op drukke avonden”.³⁴⁰ Het Hof van Beroep van Hasselt achtte echter de verklaringen van de beklaagden “totaal ongeloofwaardig”. Hierbij leunde de rechter met name op informatie van politiediensten die steeds de beweerde weigeringsgronden ten aanzien van de slachtoffers ofwel niet bevestigden (o.m. omdat er geen melding van werd gemaakt in het P.V.), ofwel ontkrachtten. Anderzijds bleken de portiers niet in staat om uitleg rond hun argumenten te verstrekken of deze op enigerlei wijze nader te staven. De beroepsrechter stelde dat daarmee de ten laste gelegde feiten als bewezen moesten worden beschouwd.³⁴¹

901. Hoewel in het laatste geval dus voldoende bewijs voorhanden bleek, stellen zich in deze context wel regelmatig bewijsproblemen, die dan in het voordeel spelen van de beklaagde. Zo sprak de Correctionele Rechtbank van Hasselt een beklaagde vrij die de toegang tot een discotheek had geweigerd aan een persoon van allochtone origine op basis van de bewering dat het vermeende slachtoffer een “boelzoeker uit het verleden” was. Die laatste hield daarentegen vol dat het louter om discriminatie ging. De rechter stelde:

Er ligt geen enkel objectief bewijs voor die de feitenversie van [het vermeende slachtoffer] geloofwaardiger maakt dan deze van de beklaagde. In deze woord-tegen-woord

337 Hasselt 17 oktober 2003, www.antiracisme.be (rechtspraakoverzicht).

338 Corr. Hasselt (A) 10 mei 2000, www.antiracisme.be (rechtspraakoverzicht).

339 De Rechtbank stelde dat er niet voor elk probleem van dronkenschap of ongepast gedrag klacht wordt neergelegd of een proces-verbaal wordt opgesteld.

340 Voorts speelden de volgende feiten in het voordeel van de beklaagde: het feit dat er zowel klanten als personeelsleden van vreemde origine in de dancing aanwezig danwel tewerkgesteld waren; het feit dat bepaalde geweigerde personen erkennen dat zij reeds eerder in de dancing waren en dat hen destijds de toegang niet geweigerd werd.

341 Hasselt 17 oktober 2003, www.antiracisme.be (rechtspraakoverzicht).

situatie kan bewijsmatig niet besloten worden tot de plichtigheid van de beklaagde aan de feiten hem ten laste gelegd. Beklaagde wordt derhalve vrijgesproken.³⁴²

902. In een ander geval was er volgens getuigenverklaringen sprake van een discriminatoir toegangsbeleid bij een discotheek. De getuigen beweerden dat (enkel) vreemdelingen een fotokopie moesten afleveren van hun identiteitsbewijs en tevens vooraf voor een bepaald bedrag aan consumptiebonnen moesten aankopen, om toegang te verkrijgen tot de betreffende gelegenheid. Het Hof van Beroep van Antwerpen stelde echter dat deze getuigenissen onbetrouwbaar³⁴³ waren en dat het niet zou gaan om een discriminatoir toegangsbeleid. Op basis van het beschikbare bewijs werden volgens het Hof de(zelfde) controlemaatregelen “aangewend zowel tegen Vlaamse personen als tegen personen met vreemde huidskleur of voorkomen”:

[Het is] duidelijk gebleken (...) dat de beklaagde bij het uitoefenen van zijn controle op het binnentreden van personen in zijn eigen instelling en meer bepaaldelijk bij het bepalen van de voorwaarden tot binnenkomen, namelijk voorafgaandelijke lidkaarten op basis van het voorleggen van de identiteitskaarten, geen discriminatie tussen vreemdelingen en Belgen doet.³⁴⁴

903. Ook de Correctionele Rechtbank van Veurne sprak een beklaagde vrij die een groep Brusselse studenten, waarvan het merendeel van buitenlandse afkomst was, toegang had geweigerd tot een dancing. Ondanks indicaties van discriminatoir toegangsbeleid, stelde de rechter dat er hieromtrent twijfel bestond, omdat de door de beklaagde aangehaalde objectieve gronden tevens werden geruggensteund door gegevens van de politie en rijkswacht (“prioriteit voor vaste klanten, veel volk aanwezig, een grote groep die zich aanbood”). Een eerdere tussenkomst van de politie op basis van vergelijkbare feiten lastens de portier, kon aldus de rechter “het arbitrair onderscheidend optreden van de verdachte [in het bewuste geval] niet daarstellen”.³⁴⁵

904. Verder werd een portier vrijgesproken die verschillende allochtonen de toegang had ontzegd tot een discotheek, naar eigen zeggen steeds vanwege het feit dat zij niet in het bezit waren van een lidkaart. De rechter stelde dat het onderzoek “zeer gebrekkig” was geweest: het bestond enkel uit verklaringen van de burgerlijke

342 Corr. Hasselt 21 november 1996, *T. Vreemd*. 1996 (verkort), 391; C.G.K.R., *De wet van 30 juli 1981 tot bestraffing van bepaalde door racisme of xenofobie ingegeven daden: rechtspraak antiracisme*, 211. Andere feiten in dezelfde zaak die geobjectiveerd konden worden door vaststellingen van andere getuigen, werden wél beschouwd als een schending van art. 2.

343 De rechter achtte de getuigenissen onbetrouwbaar, omdat de bewuste personen op 19 december 1987 hadden deelgenomen aan een soort actie of demonstratie tegen de bewuste instelling met vlaggen en gepaard gaande met allerlei protesten.

344 Antwerpen 2 mei 1990, C.G.K.R., *De wet van 30 juli 1981 tot bestraffing van bepaalde door racisme of xenofobie ingegeven daden: rechtspraak antiracisme*, 108.

345 Corr. Veurne 30 januari 1998, www.antiracisme.be (rechtspraakoverzicht). De eerdere tussenkomst, waarnaar werd verwezen, vond plaats op 2 oktober 1992. De feiten waarop het geschil betrekking had vonden plaats op 5 oktober 1996.

partijen, de verklaring van de beklaagde en een verklaring van de bestuurder van de dancing en toonde niet aan dat het toegangsbeleid racistisch was. Zo werd geen onderzoek gedaan naar de vereisten voor het verkrijgen van een lidkaart:

Deze feiten dateren van (...) 1,5 jaar geleden: een bijkomend onderzoek zal niet evenwel kunnen aantonen dat een “lidkaart een bekende truc” is “om racistisch geïnspireerd gedrag te maskeren” nu de verbalisanten op dit punt geen onderzoek hebben gevoerd door bijvoorbeeld de dancingbezoekers naar een lidkaart te vragen.³⁴⁶

905. Op 10 mei 2000 wees ook de Correctionele Rechtbank van Hasselt een vonnis met betrekking tot toegangsweigeringen, waarin vooral vrijspraken volgden wegens gebrek aan bewijs (woord-tegen-woord, (vermoedelijk) objectieve lidkaartregelingen).³⁴⁷ Het betrof een samenvoeging van drie dossiers met betrekking tot verschillende weigeringen van verschillende portiers. De rechter stelde onder meer dat er enkel sprake is van discriminatie in de zin van artikel 2 indien een weigering arbitrair is en elke redelijke en objectieve rechtvaardiging mist. Slechts in één deelzaak volgde een veroordeling. Het betrof een zaak waarin met een verborgen camera de misdrijven waren vastgesteld. Beklaagde argumenteerde met betrekking hiertoe dat het ging om onrechtmatig verkregen bewijs, dat als zodanig ontoelaatbaar zou zijn. De rechter stelde echter:

Het strafprocesrecht wordt gekenmerkt door het beginsel van vrije bewijslevering, behoudens enkele beperkingen, met name is het bewijs onrechtmatig: bij miskennen van materiële wettelijke voorschriften; bij miskennen van formele wettelijke voorschriften; bij miskennen van algemene rechtsbeginselen. Het realiseren van video-opname en een bandopname van een gesprek tussen personen, zelfs buiten hun medeweten, levert op zich geen onrechtmatig verkregen bewijs.³⁴⁸

2. HORECA

906. Het Hof van Beroep van Luik oordeelde dat een cafébaas geen andere (objectieve) redenen kon hebben gehad voor het niet-bedienen van een persoon van allochtone origine, dan racistische:

Attendu en effet que les deux prévenus ne donnent pas d'autre motif plausible a leur décision de refuser à boire au sieur R., que celui, raciste, exposé par cette parti civile et ressenti comme tel les jours des faits; Qu'au contraire, les déclarations des prévenus restent extrêmement vagues sur leur motivations réelle, aucun élément objectif ne venant étayer le fait que, par sa mise vestimentaire, son comportement ou pour quelqu'autre raison, la parti civile eût empêché l'établissement de garder “un certain standing”.³⁴⁹

346 Corr. Hasselt 24 april 2001, www.antiracisme.be (rechtspraakoverzicht).

347 Corr. Hasselt (B) 10 mei 2000, www.antiracisme.be (rechtspraakoverzicht).

348 *Ibid.*

349 Luik 11 maart 1988, *T. Vreemd.* 1988, 62; *Rev. dr. étr.* 1988, 62; *R.R.D.* 1988, 303. Hiermee werd afgeweken van het in eerste aanleg gewezen vonnis (Corr. Namen 31 juli 1987, *Liga Nieuws-brief* 1988, nr. 2).

907. In deze zaak werd ook een (soort van) praktijktest aanvaard als (gedeeltelijk) bewijs (*cf. infra* nrs. 1386-1390). Na een eerdere weigering was het slachtoffer namelijk op een latere datum teruggekeerd in gezelschap van een getuige. Volgens de rechter ging het hier niet om uitlokking:

Attendu enfin que le stratagème utilisé (...) avait pour but non de faire commettre l'infraction par les prévenus, mais de se ménager des preuves testimoniales.

908. Ook de weigering van zowel kelners als uitbaters in een café in Sint-Truiden om vijf Pakistani te bedienen en het verzoek aan hen om de zaak te verlaten, werd door de Correctionele Rechtbank van Hasselt alsook door het Hof van Beroep in Antwerpen beschouwd als een inbreuk op artikel 2.³⁵⁰ Ook hier werd het argument van de “negatieve respons (...) van de vaste Belgische klanten, die dreigen weg te blijven als er dikwijls Indiërs worden toegelaten” verworpen als zijnde irrelevant, daar de “Indiërs” op geen manier de klanten lastig vielen. Het gedrag werd dus niet verantwoord “door het gedrag van de betrokkenen of door andere vormen van eventuele misdragingen”, zodat het enkel en alleen was ingegeven “door redenen inherent aan (...) huidskleur, ras en nationaliteit” hetgeen onacceptabel werd geacht.

909. Een portier die bij het binnengaan van twee personen, één van hen tegenhield met opgave van reden dat de persoon “een vreemdeling was” en “hij past niet in het kader” werd ook veroordeeld.³⁵¹ De rechter stelde eenduidig:

In casu werd de toegang geweigerd aan een persoon van Belgische nationaliteit, enkel en alleen omdat de beklaagde dacht dat hij een vreemdeling was; Deze persoon was vergezeld van een andere persoon die zonder problemen binnen mocht: de weigering werd aldus ingegeven door de huidskleur en afstamming van het slachtoffer en niet om één of andere reden.³⁵²

910. In een initiële verklaring stelde de bewuste portier ook dat “hij aan de deur een selectie doorvoert en niet teveel vreemdelingen binnen laat”. In een later stadium beweerde hij dat hij slechts instructies opvolgde van de uitbater, maar daarvan werd naar het oordeel van de rechter geen enkel bewijs geleverd.

911. Een vonnis van de Correctionele Rechtbank van Brussel uit 2001 was bijzonder soepel in de vaststelling van een schending van artikel 2.³⁵³ In 1998 werd volgens de vermeende slachtoffers in een café in Brussel geweigerd om een bestelling op te nemen van een klas met veel leerlingen van Turkse en Marokkaanse afkomst.

350 Corr. Hasselt 27 maart 1995, *A.J.T.* 1995-96, 416. Antwerpen 17 november 1995, *A.J.T.* 1995-96, 418, noot E. BREMS. De uitbaatster werd bovendien veroordeeld op grond van art. 1 lid 3, 2° vanwege het feit dat zij in aanwezigheid van de verbalisanten stelde dat zij “niet te spreken was over het feit dat er vijf bruine apen haar zaak waren binnengekomen”.

351 Beide personen waren overigens rijkswachters (buiten functie). Toen de portier dit vernam, bood hij zijn verontschuldiging aan.

352 Corr. Antwerpen 21 mei 2001, www.antiracisme.be (rechtspraakoverzicht).

353 Corr. Brussel 5 juni 2001, www.antiracisme.be (rechtspraakoverzicht). Wel achtte de Rechtbank inbreuk op art. 1 lid 3 niet bewezen.

Ondanks gebrekkig onderzoek en beperkt bewijsmateriaal (het café was al twee jaar gesloten, het personeel werd niet geïdentificeerd of ondervraagd) achtte de Rechtbank de discriminatoire weigering bewezen op basis van een enkele getuigenis en werd deze toegerekend aan de eigenaar.

912. Minder soepel was de Correctionele Rechtbank van Hasselt. Deze stelde in relatie tot de vermeend racistische toegangsweigering tot een café in Sint-Truiden, dat de feiten niet werden bewezen door “het zeer summiere strafonderzoek”. Het onderzoek had zich beperkt “tot het acteren van de verklaringen van de betrokken partijen, zonder dat enige verdere onderzoeksverrichting werd gedaan naar de waarachtigheid van de afgelegde verklaringen”.³⁵⁴ Voorts bleek dat het bewuste slachtoffer een regelmatige stamgast was van de gelegenheid, zodat het de rechter aanmerkelijk leek dat het om een vergissing ging, zoals beklaagden volhielden. Zij stelden dat zij het slachtoffer bij vergissing hadden aangezien voor iemand die er de week ervoor een aantal jonge vrouwen had lastiggevallen.

3. HUISVESTING

913. In huisvesting is de rechtspraak vooralsnog bijzonder schaars. Strikt genomen is artikel 2 zelfs maar in één geval toegepast. Het feit dat een immobiliënkantoor als huurvoorwaarde stelde dat kandidaat-huurders “Belg van nature” moeten zijn, werd door de Correctionele Rechtbank van Antwerpen beschouwd als een schending van artikel 2. Het verweer dat de voorwaarde slechts zou hebben betekend dat “de kandidaat-huurders zich hier op natuurlijk wijze thuis moeten voelen” en dat het dus niet de bedoeling was om discriminatie te creëren werd als evident in strijd met de feiten beoordeeld.³⁵⁵

914. In een ander “huurgerelateerd” geval beschouwde de Correctionele Rechtbank van Luik het aanbod van de verhuur van een appartement, met de vermelding “étrangers s’abstenir” wel als een inbreuk op artikel 1 lid 3, 3° en 4° Antiracismewet (*cf. supra* nr. 882).³⁵⁶

4. OVERIGE

915. Een vuilnisman die bij zijn ronde – onder het doen van racistische uitlatingen³⁵⁷ – weigert het huisvuil mee te nemen van een Marokkaans gezin werd zowel in eerste aanleg als in beroep veroordeeld op basis van artikel 2.³⁵⁸ Dat het blijkbaar niet

³⁵⁴ Corr. Hasselt 8 mei 2001, www.antiracisme.be (rechtspraakoverzicht).

³⁵⁵ Corr. Antwerpen 21 juni 1996, *T. Vreemd.* 1996, 165.

³⁵⁶ Corr. Luik 28 december 2001, www.antiracisme.be (rechtspraakoverzicht).

³⁵⁷ De beklaagde werd ook veroordeeld op grond van schending van art. 1 lid 3, 1° vanwege het stellen dat: “er al genoeg problemen met de migranten zijn en dat ze er beter aan zouden doen naar hun land terug te keren”.

³⁵⁸ Corr. Dendermonde 12 februari 1996, www.antiracisme.be (rechtspraakoverzicht). Gent 19 november 1996, C.G.K.R., *De wet van 30 juli 1981 tot bestraffing van bepaalde door racisme of xenofobie ingegeven daden: rechtspraak antiracisme*, 208.

altijd hoeft te gaan om racisme vanwege de *aanbieders* van goederen of diensten, bewijst een vonnis van de Correctionele Rechtbank van Brussel. Hierbij ging het om een situatie waarbij een persoon veroordeeld werd voor de weigering zich te laten verzorgen door een arts van Afrikaanse afkomst, onder het roepen van racistische uitlatingen.³⁵⁹ Ten slotte werd een situatie waarin een verhuurder van motorfietsen, na een aanvankelijke instemming, terugkwam op de overeenkomst een motor te verhuren aan een Turkse klant, niet als een inbreuk op artikel 2 beschouwd (cf. *supra* nr. 889).³⁶⁰

§ 2. Arbeidssfeer (art. 2bis)

A. Algemeen

916. Artikel 2bis – ingevoegd bij de wijziging van 1994³⁶¹ – maakt bestraffing mogelijk van discriminatie in arbeidsrelaties.³⁶² Vanwege het grote maatschappelijke belang van de arbeidsbetrekkingen, werd een strafbaarstelling van rassendiscriminatie onontbeerlijk geacht op dit terrein.³⁶³ Het eerste lid van de bepaling stelt strafbaar: “hij die bij de arbeidsbemiddeling, de beroepsopleiding, het aanbieden van banen, de aanwerving, de uitvoering van de arbeidsovereenkomst of het ontslag van werknemers discriminatie bedrijft jegens een persoon wegens een zogenaamd ras, huidskleur, afstamming, afkomst of nationaliteit”.³⁶⁴ Het maakt hierbij in beginsel niet uit of degene die discrimineert dit doet uit eigen initiatief of in opdracht van een ander.³⁶⁵

359 Corr. Brussel 30 juni 1997, C.G.K.R., *De wet van 30 juli 1981 tot bestraffing van bepaalde door racisme of xenofobie ingegeven daden: rechtspraak antiracisme*, 245.

360 Corr. Brugge 25 september 1995, *T. Vreemd*. 1996, 161.

361 Art. 3 Wet 12 april 1994, *B.S.* 14 mei 1994. De aanvankelijke wet had geen rekening gehouden met de arbeidsproblematiek omdat men vreesde dat opname “onrealistisch” (*Parl. St.* Kamer 1980-81, nr. 214/9, 21) was en aanleiding zou kunnen geven tot talrijke betwistingen: “De redenen om personeelsleden in dienst te nemen kunnen immers veelvuldig zijn en zouden uiteindelijk afhangen van de subjectieve beoordeling van de parketten en de rechtbanken” (*ibid.*, 25; zie ook *Parl. St.* Kamer 1979-80, nr. 214/3). Verder werd de moeilijke bewijsbaarheid aangehaald tegen opname, evenals de vrees dat de bepaling de “indruk zal wekken dat de vreemdeling een bescherming geniet die als discriminerend wordt beschouwd door de gehele bevolking, die (...) een tegengestelde reactie zou kunnen hebben” (*Parl. St.* Kamer 1980-81, nr. 214/9, 25; o.m. Minister MOUREAUX). Zie voor kritiek G. DE MOFFAERTS, *l.c.*, 28; F. TULKENS, “Egalité et discriminations en droit pénal belge”, *R.I.D.P.* 1986, nr. 63, 81-82.

362 C.A.O. nr. 38 van 6 december 1983 betreffende het aannemen en selecteren van werknemers (gewijzigd bij C.A.O. 38bis van 29 oktober 1991, C.A.O. nr. 38ter van 17 augustus 1998, C.A.O. 38quater van 14 juli 1999) bepaalde reeds dat werkgevers bij het aannemen en bij de selectie niet mogen discrimineren (op basis van leeftijd, geslacht, burgerlijke staat, medische voorgeschiedenis, ras, huidskleur, afkomst of nationale of etnische origine, politieke of filosofische overtuiging, lidmaatschap van een vakbond of een andere organisatie, seksuele geaardheid of een handicap). In de praktijk was deze bepaling echter grotendeels betekenisloos.

363 *Parl. St.* Senaat 1991-92, nr. 117/1, 5-6. Ter verantwoording van deze noodzaak werd mede verwezen naar buurlanden.

364 De aanduiding van discriminatiegronden in het betreffende lid is deels – met name voorzover het ziet op “afstamming, (...) of nationaliteit” – het laatste overblijfsel van het vroegere inconsistente gebruik van discriminatiegronden doorheen de wet. In alle overige bepalingen zijn de gronden eenduidig vervangen door “een zogenaamd ras, huidskleur, afkomst, of nationale of etnische afstamming” (cf. *supra* nr. 760).

365 X, “Anti-racismewetgeving”, *l.c.*, 153 en M. VAN DE PUTTE, *l.c.*, 197.

917. Sinds 2003 verbiedt lid 2 ook “discriminatie bedreven (...) jegens een groep, een gemeenschap of de leden ervan wegens het zogenaamde ras, de huidskleur, de afkomst of de nationale of etnische afstamming van deze leden of van sommigen onder hen”. Daarvoor beoogde artikel 2*bis* enkel discriminatie ten overstaan van een persoon. Daar het volgens de wetgever niet uitgesloten was dat bijvoorbeeld bij een collectief ontslag in de eerste plaats allochtonen in een bedrijf gevisieerd worden, werd ook de discriminatie van een groep strafbaar gesteld.³⁶⁶ Daarnaast zou de aanvulling toelaten om eventuele maatregelen van segregatie aan te pakken. Artikel 2*bis* lid 2 sanctioneert dus “bijvoorbeeld ook de inrichting (...) van gescheiden kleedkamers of een aparte refter voor de vreemdelingen binnen de werkplaats”.³⁶⁷

918. Wat betreft het moreel element, geldt voor de strafbaarstelling in artikel 2*bis* een algemeen opzetvereiste. Niettemin blijft daarmee de bewijslevering in dit soort zaken doorgaans zwaar. In de praktijk blijkt het aantonen van (opzettelijke) discriminatie in arbeidsrelaties bijzonder moeilijk, tenzij het gaat om (zeldzame) openlijke discriminatie. Het probleem is hierbij vooral dat het om een sterk afgesloten context gaat, die gekenmerkt wordt door een grote vrijheid voor de werkgevers.³⁶⁸ (Wettige) bewijsmiddelen zijn vaak niet direct voorhanden. Geschriften zijn er veelal niet, of bevinden zich in handen van de wederpartij. Getuigen vormen soms een mogelijkheid, maar zijn vaak of niet beschikbaar, of vrezen zelf represailles als zij tewerkgesteld zijn in dezelfde onderneming. Statistische gegevens tonen voorts vaak de discriminatie onvoldoende aan gezien de vereisten terzake van het strafrecht.³⁶⁹ De toepassing van praktijktests biedt – in de mate dat deze aanvaard wordt in strafrechtelijke procedures³⁷⁰ – enig perspectief, maar vormt niet altijd een voldoende bewijs. Bovendien is toepassing ervan eigenlijk alleen mogelijk bij de aanwerving, terwijl juist daarbij de eventuele schadevergoeding bijzonder laag is (*cf. infra* nrs. 924-926).

B. Werkingssfeer

919. Toen de wetgever in 1994 deze bepaling invoerde, verwijderde hij zoals gezegd ook de openbaarheidsvereisten die tot dan toe golden voor enkele bestaande “discriminatedelicten”. Ook voor dit nieuwe artikel werd een dergelijk vereiste achterwege gelaten.³⁷¹ De bepaling ziet daarmee op tewerkstelling in de ruime zin van het

366 *Parl. St. Kamer* 2000-01, nr. 1407/1, 11. Vgl. C.G.K.R., *Van integratie naar diversiteit, 10 jaar Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding 1993-2003*, 51-52.

367 *Parl. St. Kamer* 2000-01, nr. 1407/1, 11.

368 Zie *Parl. St. Senaat* 1993-94, nr. 117/2, 37. Vgl. C.G.K.R., *Aanpak discriminatie en racisme*, 48.

369 D. CUYPERS, “Advies aangaande art. 2*bis* antiracismewet: bevoegdheid correctionele rechtbank versus arbeidsrechtbank”, *l.c.*, 213.

370 Zie voor een voorbeeld van een aanvaarde (vorm van een) praktijktest in een toepassingsgeval van de Antiracismewet: Luik 11 maart 1988, *T. Vreemd.* 1988, 62; *Rev. dr. étr.* 1988, 62; *R.R.D.* 1988, 303.

371 Evenals met betrekking tot de voorgaande bepaling werd er in het parlement reeds gewezen op de moeilijke bewijslevering die dit (onvermijdelijk) tot gevolg zou hebben.

woord.³⁷² Meer bepaald is discriminatie verboden “bij de arbeidsbemiddeling, de beroepsopleiding, het aanbieden van banen, de aanwerving, de uitvoering van de arbeidsovereenkomst of het ontslag van werknemers”. Voorts ziet de bepaling zowel op private als publieke arbeidsrelaties.³⁷³ Rechtsleer gaat er als zodanig vanuit dat men op basis van artikel 2*bis* ongeacht de wijze waarop men arbeid verricht in alle fasen van het arbeidsproces strafrechtelijk beschermd wordt tegen discriminatie.

C. Rechtspraak

920. Klachten over discriminatie in arbeidsrelaties, zijn er – zo blijkt uit de statistieken van het C.G.K.R. – in overvloed.³⁷⁴ Dat dit effectief duidt op veelvuldige discriminatie, komt ook in onderzoek naar voren.³⁷⁵ Rechtspraak terzake is evenwel bijna onbestaande.³⁷⁶ De twee bekende toetsen aan de Antiracismewet in arbeidsbetrekkingen, leidden bovendien beide niet tot een veroordeling.

921. De eerste kwestie stamt van voor de invoering van artikel 2*bis* en werd destijds nog gevoerd op grond van artikel 2. Het betrof een werkgever die herhaaldelijk bedreigd was door een anonieme oproeper, zogezegd van de Palestijnse Bevrijdingsorganisatie (P.L.O.), waarbij het onmiddellijk ontslag geëist werd van een (overigens abusievelijk) als Joods beschouwde medewerker. Het dreigement bestond erin dat, indien de werkgever geen gehoor zou geven aan de oproep, de instelling van appellante tot ontploffing gebracht zou worden. Ook het gezin van de beheerder werd met de dood bedreigd. Hieropvolgend werd de medewerker daadwerkelijk ontslagen, met vergoeding gelijk aan drie maanden loon. Het Arbeidshof in Gent oordeelde dat dit ontslag niet door racisme was ingegeven, maar uitsluitend steunde op chantage en bedreiging.³⁷⁷ Ook werd benadrukt dat de geïntimeerde geen Jood was en dat de beheerder niet bekend stond om zijn racisme of antisemitisme, kortom:

De reden waarom appellante tot de afdanking van haar werknemer is overgegaan vindt zeker haar oorsprong, niet in racisme, doch wel in de bedreigingen ten overstaan van de firma, het personeel en de familie van de beheerder. Derhalve kan de sanctionering, voorzien door de wetten en verdragen op het racisme, niet worden toegepast.

³⁷² W. VAN LAETHEM, *o.c.*, 21.

³⁷³ B. DEJEMEPE, *l.c.*, 330. Met dien verstande dat objectief onderscheid tussen Belgen en niet-Belgen in de overheidssector in uitzonderlijke gevallen is toegestaan (*cf. supra* nrs. 702-703).

³⁷⁴ In 2002 werden 148 klachten genoteerd met betrekking tot discriminatie in de arbeidssfeer. Volgens het C.G.K.R. was daarbij 32 maal mogelijk sprake van een inbreuk op art. 2*bis*. In 9 gevallen werd klacht neergelegd bij het parket of stelde het C.G.K.R. zich burgerlijke partij. 11 maal werd doorverwezen. Naar aanleiding van de overige klachten werd door bemiddeling of advies geprobeerd verzoening van de partijen te bereiken, met uitzondering van een aantal gevallen van “uitval” (afhaken van klager, getuigen enz.). Zie C.G.K.R., *Van integratie naar diversiteit, 10 jaar Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding 1993-2003*. Zie ook J. HOFKENS en S. DEMEESTERE, *o.c.*, 30.

³⁷⁵ Zie o.m. X, *Etnische discriminatie bij aanwerving*, Brussel, International arbeidsbureau, 1997, 285 p.

³⁷⁶ Wel is art. 1 met enige regelmaat ook in arbeidsrelaties toegepast (zie C.G.K.R., *Van integratie naar diversiteit, 10 jaar Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding 1993-2003*, 65).

³⁷⁷ Arbh. Gent 24 januari 1985, *T.V.B.R.* 1985, 65.

922. In het tweede geval ging het om een jobadvertentie in de bijlage “Vacature”, waarin een commercieel medewerker met “liefst de Nederlandse nationaliteit” werd gevraagd. Zowel de Correctionele Rechtbank van Dendermonde³⁷⁸ als het Hof van Beroep van Gent³⁷⁹ verklaarden zich in deze onbevoegd, omdat het om een drukpersmisdrijf zou gaan dat toen nog tot de exclusieve bevoegdheid van het hof van assisen behoorde. Sinds de “correctionalisering” van persmisdrijven die zijn ingegeven door racisme of xenofobie is dit veranderd (*cf. supra* nr. 745)

D. Sancties

1. ALGEMEEN

923. De algemene sanctie voor inbreuk op artikel 2*bis* komt overeen met die in artikel 2. Dat wil zeggen dat overtreding gesanctioneerd wordt met een gevangenisstraf van een maand tot een jaar en met een geldboete van vijftig euro tot duizend euro (vermeerderd met de wettelijke opdecimen) of met één van die straffen alleen (*cf. infra* nrs. 1005-1008 en 1019 voor eventuele bijkomende straffen).

2. BURGERRECHTELIJKE AANSPRAKELIJKHEID EN HERSTEL

924. De burgerrechtelijke aansprakelijkheid komt lastens het derde lid van artikel 2*bis* voor rekening van de werkgever, voorzover het gaat om “de betaling van boeten waartoe zijn aangestelden of lasthebbers zijn veroordeeld”.

925. Hoewel zich nog geen veroordelingen hebben voorgedaan, zou volgens de rechtsleer van de hoogte van deze (materiële en morele) schadevergoedingen in België niet veel te verwachten zijn.³⁸⁰ De materiële schadebegroting is vooral bij discriminatoire niet-aanwerving (gemiste kans op betrekking) bijzonder laag, gezien de grote beleidsmarge die de werkgever bij en ook na aanwerving heeft (andere sollicitanten, proefperiode). Ten aanzien van morele schadevergoedingen geldt dat de Belgische rechtspraak bij niet-aanwerving ook uitermate terughoudend is.³⁸¹

926. Bij discriminatie bij ontslag zouden de kansen gunstiger zijn, gezien het bestaan van een wettelijke regeling terzake. Artikel 63 Arbeidsovereenkomstenwet kent een schadevergoeding toe aan de willekeurig ontslagen arbeider. De schadevergoeding waarop in dergelijke gevallen aanspraak gemaakt kan worden, staat gelijk aan 6 maanden loon.³⁸² Hoewel voor bedienden geen vergelijkbare bepaling bestaat,

378 Corr. Dendermonde 13 oktober 1998, C.G.K.R., *De wet van 30 juli 1981 tot bestraffing van bepaalde door racisme of xenofobie ingegeven daden: rechtspraak antiracisme*, 317.

379 Gent 18 mei 1999, www.antiracisme.be (rechtspraakoverzicht).

380 D. CUYPERS, “Advies aangaande art. 2*bis* antiracismewet: bevoegdheid correctionele rechtbank versus arbeidsrechtbank”, *l.c.*, 209, zie evenwel *infra*, nr. 1417.

381 *Ibid.*, 209. Een voorbeeld – niet op basis van de Antiracismewet – dat de auteur noemt is dat een manifeste discriminatie van een onderdaan van een E.U.-lidstaat slechts aanleiding gaf tot een veroordeling van 20.000 BEF.

382 *Ibid.*, 211. Zie uitgebreid D. CUYPERS, *Misbruik van ontslagrecht en willekeurig ontslag*, Brugge, die Keure, 1990.

kent de rechtspraak eveneens schadevergoedingen toe aan hen op grond van het beginsel van verbod op rechtsmisbruik. De bewuste sancties worden echter zelden toegepast, vanwege de grote beleidsvrijheid die de werkgever – ook bij het ontslag – heeft.³⁸³

§ 3. Ambtsuitoefening door een ambtenaar (art. 4)

A. Algemeen

927. Strafbbaar is voorts “ieder openbaar officier of ambtenaar, ieder drager of agent van het openbaar gezag of van de openbare macht die in de uitoefening van zijn ambt discriminatie bedrijft jegens een persoon wegens een zogenaamd ras, zijn huidskleur, afkomst of nationale of etnische afstamming, dan wel een persoon de uitoefening van een recht of van een vrijheid waarop deze aanspraak kan maken, op willekeurige wijze onttrekt” (art. 4 lid 1).³⁸⁴ De ambtenaar of openbare officier is evenzeer strafbaar “wanneer de feiten begaan zijn jegens een groep, een gemeenschap of de leden ervan, wegens een zogenaamd ras, zijn huidskleur, afkomst of nationale of etnische afstamming van deze leden of van sommigen onder hen” (art. 4 lid 2).

928. Net als bij artikel 1 lid 3, 3^o en 4^o, dient er ten aanzien van deze bepaling gewezen te worden op het feit dat het Arbitragehof een gelijkaardige bepaling vernietigd heeft in de Antidiscriminatiewet. De betekenis hiervan voor de onderhavige bepaling is voornamelijk niet eenduidig (vgl. *supra* nr. 869).

1. NORMADRESSATEN

929. Volgens de rechtsleer betreffen de normadressaten van artikel 4 ambtenaren in de ruimste zin van het woord.³⁸⁵ In de rechtspraak is deze notie nooit duidelijk gedefinieerd.³⁸⁶ Op basis van de toepassingen zelf is echter duidelijk dat het niet om

383 D. CUYPERS, “Advies aangaande art. 2bis Antiracismewet: bevoegdheid correctionele rechtbank versus arbeidsrechtbank”, *I.c.*, 211. De auteur geeft aan dat rechtspraak in het arbeidsrecht in het bijzonder “schaars en weinig inspirerend” is inzake ontslag om racistische motieven, en verwijst naar de volgende uitspraken: Arbrb. Charleroi 26 oktober 1992, *Soc. Kron.* 1993, 84; Arbh. Gent 24 januari 1985, *T.V.B.R.* 1985, 64; Arbh. Brussel 5 december 1994, *Soc. Kron.* 1997, 131 en Arbh. Bergen 11 april 1983, *T.S.R.* 1984, 94.

384 Deze bepaling is in de oorspronkelijke wet opgenomen omdat de wetgever vreesde dat de bepalingen met betrekking tot het leveren van goederen en diensten niet toegepast zouden kunnen worden “op de weigerachtige houding van een beambte van de overheid of van de openbare macht t.a.v. een vreemdeling die aanspraak maakt op een recht of een vrijheid die hem toekomen. Immers de begrippen “goed” of “dienst” (...) dekken geenszins de begrippen “recht of vrijheid” (*Parl. St. Kamer* 1979, nr. 214/1, 5). In de besprekingen werd er echter op gewezen dat deze daden feitelijk reeds beteugeld werden door art. 151 Sw., daar de rechtsleer van mening is dat “dit artikel van toepassing is zodra de hier bedoelde daad van willekeur in strijd is met de Grondwet of met de bepalingen van een wet waarbij de uitoefening van een door deze laatste gewaarborgd recht wordt geregeld” (*Parl. St. Kamer* 1980-81, nr. 214/9, 15).

385 E. BOUTMANS, *o.c.*, 25; B. DEJEMEPPE, *I.c.*, 334; C.G.K.R., *Aanpak discriminatie: regelgeving en rechtspraktijk*, 67; W. VAN LAETHEM, *o.c.*, 30.

386 C.G.K.R., *De wet van 30 juli 1981 tot bestraffing van bepaalde door racisme of xenofobie ingegeven daden: rechtspraak antiracisme*, 25; X, “Anti-racismewetgeving”, *I.c.*, 156 en M. VAN DE PUTTE, *I.c.*, 198.

ambtenaren in de strikte zin van het woord hoeft te gaan. Een belangrijke bijkomende voorwaarde is dat de bewuste personen moeten handelen in de uitoefening van hun functie. Discriminaties door ambtenaren in hun hoedanigheid van privépersoon vallen niet onder artikel 4.³⁸⁷

2. DISCRIMINATIE BEDRIJVEN OF UITOEFENING VAN RECHTEN OP WILLEKEURIGE WIJZE ONTZEKKEN

a. Uitoefening van rechten op willekeurige wijze ontzeggen

930. In de oorspronkelijke wet was enkel het “op willekeurige wijze ontzeggen van de uitoefening van een recht of vrijheid” strafbaar. Omtrent de inhoud hiervan bestond onenigheid, ten eerste wat betreft de rechten en vrijheden waarom het zou gaan. Volgens sommigen zouden deze beperkt zijn tot de in artikel 151 Sw. genoemde rechten en vrijheden.³⁸⁸ Dat wil zeggen: de door de Grondwet gewaarborgde rechten. Aanvankelijk zou de bepaling namelijk opgenomen worden als artikel 151*bis* in het Strafwetboek. Ook de tekst (van de eerste twee leden) is in grote lijnen gebaseerd op artikel 151 Sw.³⁸⁹ Anderen stellen echter dat geen enkele bepaling van de uiteindelijke wet een dergelijke beperkende interpretatie kan rechtvaardigen.³⁹⁰ Ook rechten die (nog) niet in de Grondwet zijn vastgelegd zouden daarmee in aanmerking komen (vgl. *supra* nr. 750).³⁹¹

931. Om toepassing mogelijk te maken, vereist dit eerste element ten slotte dat het recht op willekeurige wijze ontzegd wordt. Tijdens de parlementaire voorbereidingen werd dit begrip gerelateerd aan het gebruik van de gelijkkluidende term in artikel 151 Sw.³⁹² Daarin wordt het – op basis van de voorbereidende werken terzake – als volgt begrepen:

L'état d'esprit du fonctionnaire qui enfreint les devoirs de sa mission sociale par caprice, mauvaise volonté, par excès de zèle, sous l'effet d'une fausse conception de ses devoirs, par déformation professionnelle, égocentrisme, ou par le détachement du à l'oubli progressif ou à l'ignorance des servitudes de sa fonction, voir même sous l'effet d'une conception idéologique.³⁹³

387 W. MAHIEU, *l.c.*, 24. De ambtenaar die bv. tijdens het weekend medewerking verleent aan een racistische groepering zal net als ieder ander strafbaar zijn op grond van art. 3 van de wet (maar niet op grond van art. 4). Vgl. W. VAN LAETHEM, *o.c.*, 30.

388 B. RENSON, “Racisme, wet en publieke opinie”, *l.c.*, 17.

389 Art. 151 Sw. luidt: “elke daad van willekeur die inbreuk maakt op door de Grondwet gewaarborgde vrijheden en rechten en die bevolen of uitgevoerd wordt door een openbaar officier of ambtenaar, door een drager of agent van het openbaar gezag of van de openbare macht, wordt gestraft met gevangenisstraf van vijftien dagen tot een jaar”. Lid 3, 4 en 5 van art. 4 zijn respectievelijk gebaseerd op art. 152, 153 en 154 Sw.

390 E. BOUTMANS, *o.c.*, 25; B. DEJEMEPPE, *l.c.*, 335; D. BATSELÉ, M. HANOTIAU en O. DAURMONT, *o.c.*, 74 en C. VAN DEN WYNGAERT, I. VAN DAELE en S. VANDEGINSTE, *l.c.*, 127.

391 Ter ondersteuning van de laatste interpretatie is voorts nog aangevoerd dat ook in de parlementaire voorbereidingen nergens wordt gepreciseerd dat het enkel zou (moeten) gaan om grondwettelijke rechten.

392 *Parl. St.* Kamer 1980-81, nr. 214/9, 38.

393 Vgl. B. RENSON, “Le racisme, la loi et l'opinion publique – commentaire sur la loi du 30 juillet 1981 tendant à réprimer certains actes inspirés par le racisme et la xénophobie”, *l.c.*, 17.

932. Rechtsleer geeft aan dat de juiste interpretatie van dit vereiste in elk individueel geval moet worden overgelaten aan de rechter. In algemene zin begrijpen de meeste commentatoren er echter onder dat de ontzegging of weigering “opzettelijk en zonder een redelijke (wettelijke) grondslag” plaatsvindt.³⁹⁴ Wanneer een ambtenaar met andere woorden bijvoorbeeld een wet verkeerd toepast, omdat haar tekst onduidelijk is, en zonder de bedoeling de vreemdeling te benadelen, dan zou er geen willekeur voorhanden zijn.

933. Toepassingen maken dit ook duidelijk. Het Hof van Beroep te Gent had geoordeeld dat er, onder meer vanwege de nationaliteit van een bepaalde beklagde en zijn geringe banden met België, ernstige redenen waren om te geloven dat deze zich aan het gerecht zou onttrekken. Volgens het Hof van Cassatie maakte het Hof van Beroep zich hiermee niet schuldig aan discriminatie in de zin van artikel 4 Antiracismewet, daar het zich gebaseerd had op objectieve gegevens.³⁹⁵ In het bewuste geval was dus geen sprake van willekeur.

b. Discriminatie bedrijven

934. Om de bovenstaande discussie over de inhoud van het verbod in artikel 4 uit te sluiten, werd in 1994 gekozen voor het invoegen van een algemeen verbod op het “bedrijven van discriminatie” in artikel 4.³⁹⁶ Voor de inhoud van dit begrip kan worden terugverwezen naar de basisdefinitie van die term uit artikel 1 (*cf. supra* nr. 746 e.v.). Of dit de duidelijkheid ten goede is gekomen, is volgens sommige auteurs de vraag, daar de basisdefinitie van discriminatie in de Antiracismewet (ook) verwijst naar fundamentele vrijheden.³⁹⁷ Algemeen wordt echter aangenomen dat het niet de bedoeling was dat de toevoeging restrictief zou worden uitgelegd. Verder kan er nog op worden gewezen dat artikel 4 het bedrijven van segregatie door ambtenaren niet expliciet strafbaar stelt.³⁹⁸

c. Meningsuitingen?

935. In artikel 4 wordt het aanzetten tot discriminatie, haat of geweld of het uiting geven van een voornemen daartoe niet heropgenomen. Voor die laatste feiten kan ook een ambtenaar in beginsel enkel worden vervolgd op basis van artikel 1. Ook indien de feiten plaatsvinden tijdens de uitoefening van zijn ambt.³⁹⁹ Dit is vooral belangrijk met het oog op de strafmaat.

394 E. BOUTMANS, “De toepassingsmogelijkheden van de herziene racismewet”, *I.c.*, 76; E. BOUTMANS, *o.c.*, 25; B. DEJEMEPPE, *I.c.*, 335; B. RENSON, “Racisme, wet en publieke opinie”, *I.c.*, 16; D. BATSELE, M. HANOTIAU en O. DAURMONT, *o.c.*, 74 en C. VAN DEN WYNGAERT, I. VAN DAELE en S. VANDEGINSTE, *I.c.*, 127. Volgens W. VAN LAETHEM moet de “afwezigheid van een redelijke grondslag” in de context van de bepaling begrepen worden als de “aanwezigheid van een racistische grondslag” (W. VAN LAETHEM, *o.c.*, 31).

395 Cass. 23 januari 1996, *R.W.* 1996-97, 537; *Arr. Cass.* 1996, 99; *Bull.* 1996, 111.

396 Art. 5 Wet 12 april 1994, *B.S.* 14 mei 1994.

397 E. BOUTMANS, “De toepassingsmogelijkheden van de herziene racismewet”, *I.c.*, 76.

398 R. STOKX, “De vernieuwingen aan de racismewet: meer dan een laagje vernis?”, *I.c.*, 510.

399 W. VAN LAETHEM, *I.c.*, 13. In de mate dat de meningsuiting in hoofde van de ambtenaar niet tevens als een “speech-act” kan worden beschouwd.

936. Naast de Antiracismewet bestaan er voor ambtenaren (in de uitoefening van hun functie) wel verschillende andere verplichtingen die hun meningsuiting aan meer stringente banden leggen dan die van de gewone burger.⁴⁰⁰

3. VAN EEN PERSOON OF GROEP WEGENS DE DISCRIMINATIEGRONDEN

937. De discriminatie of weigering kan evenals in de voorgaande bepalingen gericht zijn op een individueel persoon of op groepen of categorieën van personen, en dient te zijn gebaseerd op een van de discriminatiegronden van de wet (*cf. resp. supra* nrs. 816-821).

B. Sanctie

938. In de rechtspraak is, evenals in de rechtsleer⁴⁰¹, gesteld dat overtredingen op de wet nog minder toelaatbaar zijn voor ambtenaren dan voor gewone burgers.⁴⁰² Dit komt mede tot uitdrukking in de straf die door de wetgever is gesteld. De sanctie die in artikel 4 Antiracismewet opgenomen is, betreft een gevangenisstraf van twee maanden tot twee jaar (*cf. infra* nrs. 1005-1008 en 1019 voor eventuele bijkomende straffen).⁴⁰³

C. Toepassingen

939. De rechtspraak naar aanleiding van artikel 4 is relatief beperkt. Het C.G.K.R. geeft aan dat dit kan worden verklaard doordat mensen die met discriminatoire weigeringen van overheidsambtenaren worden geconfronteerd, zich op andere wetten (kunnen) beroepen om hun rechten te laten gelden (*cf. supra* deel III).⁴⁰⁴

1. RECHTERLIJKE MACHT

940. Eerder werd al een arrest vermeld van het Hof van Beroep van Gent, waarin het had geoordeeld dat er, onder meer vanwege “de geringe banden met België” en de “vreemde nationaliteit” van een beklaagde ernstige redenen waren dat deze laatste

400 Zie o.m. E. DE LUYCK, “Vrijheid van mening, vrijheid van meningsuiting en personen in openbare dienst”, *T.B.P.* 1980, 22-24; I. OPDEBEECK, “Is spreken van de kant van de ambtenaar nog steeds zilver en zwijgen goud?”, in X, *Openbaarheid en openheid van bestuur: (on)begrensde mogelijkheden?*, Brugge, die Keure, 1991, 43-59; J. VELAERS, *o.c.*, 629-635 en J. VAN NIEUWENHOVE, “Extremistische en racistische vormen van meningsuiting door politieambtenaren, rijkswachters en militairen”, *Vigiles* 1995, nr. 4, 1-7.

401 W. VAN LAETHEM, *o.c.*, 29.

402 Corr. 22 december 1999, *AM* 2000, 134. In de bewuste zaak werd de beklaagde, een lid van de gerechtelijke politie, echter wel vrijgesproken. Zie ook M. VAN DE PUTTE, *l.c.*, 199.

403 Deze sanctie is zwaarder dan voor de overige misdrijven in de wet. In het oorspronkelijke voorstel waren alle strafmaten nog gelijk. In de loop van de besprekingen werden de straffen voor art. 4 echter verhoogd, met het oog op de harmonisering met de straffen gesteld bij art. 151 Sw. (*Parl. St.* Kamer 1980-81, nr. 214/9, 21). In 1994 is de strafmaat gelijktijdig met de andere (verder) verhoogd. De argumentatie voor deze specifieke strafbepaling was opmerkelijk: het zou er namelijk om gaan “een aanmoediging en een positief signaal te geven aan degenen die zich dag na dag inspannen om hun taak correct te vervullen zonder discriminatie te bedrijven” (*Parl. St.* Senaat 1993-94, nr. 117/2, 13).

404 C.G.K.R., *Op-stap naar gelijkwaardigheid. Jaarverslag 1994*, Brussel, C.G.K.R., 1994, II, 61.

zich zou onttrekken aan het optreden van het gerecht (*cf. supra* nr. 933). Volgens het Hof van Cassatie maakte het Hof van Beroep zich hiermee niet schuldig aan discriminatie, daar het zich baseerde op objectieve gegevens:

Uit de motivering van de rechters [blijkt] geen vorm van onderscheid, uitsluiting, beperking of voorkeur wegens de nationaliteit van de eiser (...) waardoor hem de uitoefening van een recht of een vrijheid waarop hij aanspraak kan maken op willekeurige wijze wordt ontzegd.⁴⁰⁵

941. Een andere toepassing van de Antiracismewet op de rechterlijke macht betrof een vermeende schending van artikel 1 van de wet die hoger reeds werd besproken (*cf. supra* nr. 867).⁴⁰⁶

2. POLITIE

942. Een belangrijk deel van de toepassingen van artikel 4 heeft betrekking op politie en rijkswacht (vaak in samenhang met art. 1).⁴⁰⁷ Zo werd een politiecommissaris zowel in eerste aanleg als in beroep veroordeeld op basis van artikel 4 (en art. 1 (*cf. supra* nr. 864)) nadat hij op grove wijze zijn racistische ideeën had verkondigd en anderen (daarmee) tot bepaalde feiten had aangezet. Na vrijspraak in eerste aanleg wegens gebrek aan bewijs⁴⁰⁸, veroordeelde ook het Hof van Beroep van Brussel een rijkswachter op basis van artikel 4 in combinatie met artikel 1 (lid 3, 1^o en 3^o)⁴⁰⁹, wegens mishandeling en belediging van een allochtone verdachte (*cf. supra* nr. 865).

943. In verschillende andere zaken volgde een vrijspraak. Zo sprak het Hof van Beroep van Brussel twee agenten vrij van inbreuken op de Antiracismewet in een zaak waarbij beklaagden geweigerd hadden een P.V. op te stellen ter vaststelling van de feiten van een ongeluk tussen een Belg en een vreemdeling (vervolgens werd de vreemdeling nog tegen zijn wil meegevoerd naar het politiebureau, waarbij hij ernstig werd verwond).⁴¹⁰ Volgens het Hof waren er onvoldoende bewijzen dat de handelingen waren ingegeven door racisme of xenofobie. In eerste aanleg werden de feiten nog wel bewezen geacht.⁴¹¹ Evenmin beschouwd als een inbreuk op artikel 4 of artikel 1, waren (vermeende) racistische uitlatingen en daden van een agent op de “Waalse Feesten” (*cf. supra* nr. 866).⁴¹²

405 Cass. 23 januari 1996, *R.W.* 1996-97, 537; *Arr. Cass.* 1996, 99; *Bull.* 1996, 111.

406 Cass. 28 juni 2000, *Pas.* 2000, I, 1196; *Arr. Cass.* 2000, 1217.

407 In die gevallen wordt een korte samenvatting hernomen evenals de verwijzing naar de betreffende jurisprudentie. Voor een meer uitgebreide bespreking van de betreffende uitspraken wordt evenwel verwezen naar de eerdere discussie ervan onder art. 1.

408 Corr. Brussel 18 december 2002, www.antiracisme.be (rechtspraakoverzicht).

409 Brussel 30 juni 2003, www.antiracisme.be (rechtspraakoverzicht).

410 Brussel 28 maart 1998, C.G.K.R., *De wet van 30 juli 1981 tot bestraffing van bepaalde door racisme of xenofobie ingegeven daden: rechtspraak antiracisme*, 265.

411 Corr. Brussel 20 februari 1997, *T. Vreemd.* 1996, nr. 4, 377 e.v. Beklaagden werden in eerste aanleg o.m. veroordeeld op basis van art. 4 wegens het op willekeurige wijze ontzeggen van een recht, *in casu* het recht een P.V. te laten opmaken na een auto-ongeval, omwille van ras, huidskleur, afstamming, afkomst of nationaliteit.

412 Corr. Namen 15 september 1997, www.antiracisme.be (rechtspraakoverzicht). Bevestigd in beroep: Luik 15 december 1997, C.G.K.R., *De wet van 30 juli 1981 tot bestraffing van bepaalde door racisme of xenofobie ingegeven daden: rechtspraak antiracisme*, 249.

3. LEGER

944. Het Krijgshof te Brussel velde twee arresten in relatie tot vermeende misdragingen van Belgische militairen gedurende de V.N.-interventie in Somalië. In een eerste arrest werd een sergeant veroordeeld op grond van artikel 4, omdat hij een Somalisch moslimkind had gedwongen tot het eten van varkensvlees.⁴¹³ In eerste aanleg was de beklaagde nog vrijgesproken door de Krijgsraad.⁴¹⁴ De Krijgsraad had gesteld:

Er [zijn] talrijke aanwijzingen (...) die toelaten te veronderstellen dat de beklaagde er mogelijk racistische motieven op nahoudt. [B]eklaagde [is echter] vrij om te denken wat hij wil. Beklaagde wordt niet vervolgd omwille van zijn opinies.

945. De Krijgsraad achtte onvoldoende bewezen dat de ten laste gelegde gedraging “ook door die opvattingen werd geïnspireerd”. Onterecht, zo stelde het Hof. De feiten die de Krijgsraad voor niet-vaststaand had geacht, bleken volgens het Hof na onderzoek wél bewezen. Beklaagde had aan een kind, “waarvan het redelijkerwijze vaststaat dat het van moslimreligie was, de uitoefening van een recht of een vrijheid ontzegd”. Het Hof stelde:

Dat *in concreto*, meer bepaald de vrijheid van godsdienst en het recht op respect voor de persoonlijke integriteit van het slachtoffer werden aangetast. Dat bedoelde ontzegging bovendien geschiedde om één van de redenen als opgegeven door de Wet van 30 juli 1981 (...); Dat immers naar de mening van hof (...) precies varkensvlees werd toegediend omdat het om een moslim ging, wat in de concrete omstandigheden van de zaak manifest tot die andere conclusie leidt dat de houding van beklaagde, op het moment van de feiten, mede door motieven van racistische aard was bepaald; Dat terzake precies ook het “anders zijn” in ras, huidskleur, afkomst, nationaliteit of etnische afstamming de houding van beklaagde tegenover het kind mede motiveerde.⁴¹⁵

946. Een tweede arrest, met betrekking tot dezelfde interventie in Somalië, leidde tot een vrijspraak.⁴¹⁶ Het ging om een situatie waarbij twee paracommando's een (zwart) kind – naar eigen zeggen in het kader van een spel – hadden heen-en-weergezwierd nabij en boven een kampvuur. De kleding van het kind had hierbij kortstondig vlamgevat, zonder verwondingen tot resultaat. Volgens het Hof waren er in de loop van de interventie “wel een aantal individuele ontsporingen (...) vastgesteld die tot individuele vervolgingen hebben geleid of zullen leiden”. In de bewuste zaak waren er volgens het Hof echter geen bewijzen of aanwijzingen van discriminatie of racisme in hoofde van de beklaagden. Interessant is nog de scheidslijn die de rechter

413 Krijgshof Brussel 7 mei 1998, C.G.K.R., *De wet van 30 juli 1981 tot bestraffing van bepaalde door racisme of xenofobie ingegeven daden: rechtspraak antiracisme*, 278.

414 Krijgsraad Brussel 30 maart 1998, www.antiracisme.be (rechtspraakoverzicht).

415 Tegen het arrest werd overigens nog een cassatieverzoek ingediend op grond van het feit dat het C.G.K.R. als burgerlijke partij niet zou hebben bewezen te handelen met instemming met het slachtoffer (het Somalische kind). Daar dit element echter niet was opgeworpen voor de appèl-rechter, maar een nieuw middel betrof, werd het door het Hof van Cassatie onontvankelijk verklaard (Cass. 13 juni 2000, www.antiracisme.be (rechtspraakoverzicht)).

416 Krijgshof Brussel 17 december 1997, *J.T.* 1998, 286.

aanbrengt tussen de (vermeende) sfeer en houding enerzijds en handelingen anderzijds – zodat indicaties van het eerste niet automatisch kunnen dienen als bewijs voor het laatste:

Het [is] verwerpelijk (...) om, uitgaand van een *a priori* vermoeden dat in een bepaalde groep een racistische sfeer zou heersen, te concluderen dat elk lid van die groep noodzakelijkerwijze bepaalde racistische handelingen stelt.

D. Verschoningsgronden en fraude (art. 4 lid 3 t.e.m. 5)

947. Analooq aan de algemene principes die met betrekking hiertoe in het strafrecht gelden, stellen lid 3 tot en met 5 van artikel 4 verschoningsgronden in ten aanzien van de beroepsmatige hiërarchie, alsook de voorwaarden waaronder zij ingeroepen kunnen worden.⁴¹⁷

1. BEVEL VAN MEERDERE

948. Artikel 4 lid 3 stelt: “Indien de verdachte bewijst dat hij heeft gehandeld op bevel van zijn meerderen, in zaken die tot hun bevoegdheid behoren en waarin hij hen als ondergeschikte gehoorzaamheid verschuldigd was, worden de straffen alleen toegepast op de meerderen die het bevel hebben gegeven”.⁴¹⁸

949. Om toepasselijk te zijn, moet volgens de rechtsleer voldaan zijn aan de volgende voorwaarden.⁴¹⁹ Ten eerste moet het bevel gegeven zijn door een meerdere. Dat wil zeggen: binnen een hiërarchische verhouding. Ten tweede moet de meerdere ook in de bewuste materie bevoegd zijn om het bevel te geven en ten derde mag het bevel niet “klaarblijkelijk” onwettig zijn. De ondergeschikte kan zich dus niet achter deze clause verschuilen indien het bevel duidelijk aanvechtbaar was.⁴²⁰ Het bewijs van het bevel moet geleverd worden door degene die de exceptie inroept.⁴²¹

2. FRAUDE EN BEDRIEGLIJK GEBRUIK

a. Bij verrassing verkregen handtekening

950. Artikel 4 lid 4 stelt: “Indien openbare officieren of ambtenaren beticht worden de bovengenoemde daden van willekeur te hebben bevolen, toegelaten of vergemakkelijkt, en indien zij beweren dat hun handtekening bij verrassing is verkregen, zijn zij verplicht de daad in voorkomend geval te doen ophouden en de schuldige aan te geven; anders worden zij zelf vervolgd”.⁴²² Het is dus aan de (hiërarchisch) verant-

⁴¹⁷ C. VAN DEN WYNGAERT, I. VAN DAELE en S. VANDEGINSTE, *l.c.*, 127.

⁴¹⁸ Vgl. art. 70, 152 en 260 Sw.

⁴¹⁹ Vgl. J. VERHAEGEN, “L’illégalité manifeste et l’exception de la nation en péril”, *J.T.* 1973, 629.

⁴²⁰ C.G.K.R., *De wet van 30 juli 1981 tot bestraffing van bepaalde door racisme of xenofobie ingegeven daden: rechtspraak antiracisme*, 25-26.

⁴²¹ B. RENSON, “Racisme, wet en publieke opinie”, *l.c.*, 17.

⁴²² Vgl. art. 153 Sw.

woordelijke om – indien hij beweert dat zijn bevel, toelating of vergemakkelijking van de (racistische) daden bij verrassing is verkregen – een einde te maken aan de gewraakte daad en om de schuldige aan te geven. Indien de bewuste persoon dat nalaat, dan wordt hij zelf vervolgd.⁴²³

b. Sanctie

951. Artikel 4 lid 5 stelt de straffen vast die verbonden zijn aan het plegen van de “daden van willekeur door middel van de valse handtekening van een openbaar ambtenaar”. Het betreft tien tot vijftien jaar opsluiting in hoofde van de daders van de valsheid en voor hen die er kwaadwillig of bedrieglijk gebruik van maken (*cf. infra* nrs. 1005-1008 en 1019 voor eventuele bijkomende straffen).

Afdeling 3. Behoren tot of medewerking verlenen aan bepaalde groepen of verenigingen (art. 3)

§ 1. Algemeen

952. Een laatste feit dat de Antiracismewet strafbaar stelt, is het behoren tot “een groep of tot een vereniging die kennelijk en herhaaldelijk discriminatie of segregatie bedrijft of verkondigt” of het verlenen van medewerking aan een dergelijke groep of vereniging (art. 3). Deze bepaling dient om uitvoering te geven aan artikel 4b van het V.N.-Rassendiscriminatieverdrag.⁴²⁴ In het parlement is gesteld dat het artikel de deelname aan groeperingen die discriminatie of segregatie bedrijven wil ontmoedigen, “om zo de geleidelijke uitroeiing uit te lokken van deze verenigingen, die bij gebrek aan leden op termijn niet langer zullen kunnen bestaan”.⁴²⁵ In het licht van de vereiste evenredigheid van de maatregel interpreteert hogere rechtspraak de bedoeling van de bepaling echter beperkter:

In het door de wetgever ontworpen systeem heeft de groep of vereniging, het weze een politieke partij, haar verder bestaan en werking, ondanks een veroordeling van haar leden of medewerkers, in handen, nu het haar vrij staat duidelijk afstand te nemen van het verleden en naar de toekomst toe het haar toegerekende wederrechtelijk handelen te staken.⁴²⁶

423 Zie C.G.K.R., *De wet van 30 juli 1981 tot bestraffing van bepaalde door racisme of xenofobie ingegeven daden: rechtspraak antiracisme*, 26.

424 *Parl. St.* Kamer 1979, nr. 214/9, 27. Zie ook E. BOUTMANS, *o.c.*, 22-23; F. ERDMAN, “Wijziging van de wet van 30 juli 1981 tot bestraffing van bepaalde door racisme en xenofobie ingegeven daden”, *l.c.*, 28 en C.G.K.R., *Aanpak discriminatie en racisme*, 50. Op dit punt heeft België echter wel een voorbehoud geformuleerd bij ratificatie (*cf. supra* nr. 730).

425 *Parl. St.* Kamer 1979, nr. 214/9. Zie ook B. DEJEMEPPE, *l.c.*, 330-331; B. RENSON, “Racisme, wet en publieke opinie”, *l.c.*, 16 en C.G.K.R., *Aanpak discriminatie en racisme*, 50.

426 Gent 21 april 2004, www.antiracisme.be (rechtspraakoverzicht). Bevestigd in cassatie: Cass. 9 november 2004, www.antiracisme.be (rechtspraakoverzicht).

953-954. Desalniettemin wordt artikel 3 vaak beschouwd als één van de meest omstreden artikelen in de wet. Zo is beargumenteerd dat het een schending zou uitmaken van de verenigingsvrijheid.⁴²⁷ Anderen geven aan dat dit afhankelijk is van de interpretatie van de bepaling en dat een grondwetsconforme interpretatie mogelijk is.⁴²⁸ Los van de juridische toelaatbaarheid, is aangaande politieke partijen gesteld dat juridische vervolging (politiek) vaak inopportuun is.⁴²⁹

955. In het algemeen impliceert artikel 3 het voorhanden zijn van de volgende constitutieve bestanddelen: het bestaan van een vereniging of groep (A), die kennelijk en herhaaldelijk discriminatie of segregatie bedrijft of verkondigt in de omstandigheden van artikel 444 Sw. (B); het behoren tot die vereniging of groep of het verlenen van medewerking aan die vereniging of groep en het willens en wetens plegen van de feiten (moreel element) (C).⁴³⁰

A. Groep of vereniging

956. Ten eerste moet er dus een “groep” of “vereniging” voorhanden zijn. Het laatste begrip wordt daarbij in de regel opgevat in zijn juridische beperkte betekenis. Dit vormt ook direct de kritiek op deze term: hij zou te beperkend zijn. Met betrekking tot de term “groep” is dan weer het tegendeel beargumenteerd. Deze term zou juist uitzonderlijk ruim en vaag zijn.⁴³¹ Over het algemeen aanvaardt men dat voor het bestaan van een groep in de zin van artikel 3 globaal de volgende criteria gelden:

427 *Hand.* Senaat 24 juli 1981, 2279; *Hand.* Kamer 10 februari 1981, 474. Vgl. D. BATSELÉ, M. HANOTIAU en O. DAURMONT, *o.c.*, 40.

428 Zie bv. E. BOUTMANS, *o.c.*, 21-22. Ook tijdens de voorbereidingen is er op gewezen dat deze bepaling de vrijheid van vereniging niet in het gedrang zou brengen. Zo zouden verenigingen in het licht van de bepaling bv. nog altijd hun eigen toelatingsvoorwaarden mogen vaststellen (*Parl. St.* Kamer 1980-81, nr. 214/9, 27). In de rechtsleer is verder aangegeven dat rekening moet worden gehouden met het verbod op het nemen van preventieve maatregelen m.b.t. de vrijheid van vereniging (art. 20 G.W.) (E. BOUTMANS, *o.c.*, 22-23 en C.G.K.R., *De wet van 30 juli 1981 tot bestraffing van bepaalde door racisme of xenofobie ingegeven daden: rechtspraak antiracisme*, 29). Zie voor een bespreking van de implicaties van het artikel voor de traditionele rechtsleer rondom V.Z.W.'s: D. COECKELBERGH, *l.c.*, 158-163 en D. COECKELBERGH en V. HOBIN, “Vreemdelingen en VZW's: niet langer vreemde eenden in de bijt?”, *Z.W.* 1988, nr. 3, 58.

429 J. VELAERS, “Verdraagzaamheid ook t.a.v. onverdraagzamen? Enkele beschouwingen over de betugeling van racistische en xenofobe uitingen in een democratische samenleving”, *l.c.*, 334-339.

430 Zie uitvoerig Gent 21 april 2004, www.antiracisme.be (rechtspraakoverzicht); Cass. 9 november 2004, www.antiracisme.be (rechtspraakoverzicht). Zie in de rechtsleer o.m. J. VRIELINK, S. SOTTIAUX en D. DE PRINS, “Het Vlaams Blok-arrest, artikel 150 van de Grondwet en de interpretatie van de antiracismewet”, *l.c.*, 97-112.

431 De Franse term in de wet luidt “groupement”, hetgeen preciezer genoemd werd dan “groupe” (*Parl. St.* Kamer 1980-81, nr. 214/9, 35).

Een, in mindere of meerder mate gestructureerde, groepering op vrijwillige basis en met een zekere duurzaamheid. Deze groepering dient niet noodzakelijkerwijze rechtspersoonlijkheid⁴³² te bezitten.⁴³³

957. In de rechtsleer is verder gesteld dat de groepering “niet bepaald veel leden” hoeft te tellen. Als illustraties kunnen gelden: politieke partijen, actiegroepen, sport-sociëteiten enz. Een ander veel aangehaald voorbeeld om de term te verduidelijken, is dat een supportersclub een groep(ering) in de zin van de wet is, maar dat de toevallig bij een bepaalde wedstrijd aanwezige supporters die gezamenlijk racistische slogans roepen (zogenaamde “spreekkoren”), dat niet zijn. Evenmin worden in de rechtsleer (deelnemers aan) eenmalige betogingen of vergaderingen als dergelijke groepen beschouwd.⁴³⁴ In de praktijk is het bestaan van een groep of vereniging een (contextuele) feitenkwesitie, waarover de rechter soeverein oordeelt.⁴³⁵

B. Kennelijk en herhaaldelijk verkondigen of bedrijven van discriminatie of segregatie

1. VERKONDIGEN OF BEDRIJVEN VAN DISCRIMINATIE OF SEGREGATIE

a. Verkondigen of bedrijven

958. De betreffende vereniging of groep – waartoe men behoort of waar men medewerking aan verleent – dient verder kennelijk en herhaaldelijk discriminatie of segregatie te bedrijven of verkondigen.⁴³⁶ Wat betreft “het bedrijven of verkon-

432 De groep zelf wordt immers niet strafbaar gesteld in het kader van art. 3, maar enkel de persoon die er medewerking aan verleent of er lid van is, zodat rechtspersoonlijkheid geenszins een vereiste vormt. Zie o.m. Gent 21 april 2004, *www.antiracisme.be* (rechtspraakoverzicht); Cass. 9 november 2004, *www.antiracisme.be* (rechtspraakoverzicht); Corr. Brugge 23 april 2002, *www.antiracisme.be* (rechtspraakoverzicht) en Gent 30 september 2003, *www.antiracisme.be* (rechtspraakoverzicht) en Corr. Luik 28 januari 2002, *www.antiracisme.be* (rechtspraakoverzicht).

433 Gent 21 april 2004, *www.antiracisme.be* (rechtspraakoverzicht). Zie verder: Corr. Brugge 23 april 2002, *www.antiracisme.be* (rechtspraakoverzicht). Vgl. C.G.K.R., *De wet van 30 juli 1981 tot bestraffing van bepaalde door racisme of xenofobie ingegeven daden: rechtspraak antiracisme*, 28; E. BOUTMANS, *o.c.*, 22; B. DEJEMEPPE, “De bestraffing van racistische gedragingen: stand van zaken anno 1996”, *Panopticon* 1996, 333; E. BOUTMANS, “De toepassingsmogelijkheden van de herziene racismewet”, *l.c.*, 71; C. VAN DEN WYNGAERT, I. VAN DAELE en S. VANDERINGSTE, *l.c.*, 126; C.G.K.R., *Aanpak discriminatie en racisme*, 51; D. VOORHOOF, “De anti-discriminatiewet als beperking op de expressievrijheid: ultieme realisatie van het gelijkheidsbeginsel of veelkoppig monster?”, *l.c.*, 165 en S. SOTTIAUX en J. VRIELINK, “De antiracismewet na het Vlaams-blokarrest”, *l.c.*, 721.

434 C.G.K.R., *De wet van 30 juli 1981 tot bestraffing van bepaalde door racisme of xenofobie ingegeven daden: rechtspraak antiracisme*, 28 en E. BOUTMANS, *o.c.*, 22; E. BOUTMANS, “De toepassingsmogelijkheden van de herziene racismewet”, *l.c.*, 71.

435 B. DEJEMEPPE, *l.c.*, 331; C.G.K.R., *Aanpak discriminatie en racisme*, 52. Bepaalde rechtsleer stelt dat ter objectivering aansluiting gezocht kan worden bij de rechtspraak betreffende “bendevorming”.

436 Aanvankelijk ging het om “openlijk en herhaaldelijk”. Om meer duidelijkheid omtrent de bedoeling van de bepaling te bewerkstelligen is dit bij de wijziging van 1994 veranderd tot de huidige formulering (*Parl. St. Senaat 1991-92*, nr. 117/2, 39; wijziging doorgevoerd bij art. 4 Wet 12 april 1994, *B.S.* 14 mei 1994). Tussentijds is ook nog de term “onmiskienbaar” voorgesteld, maar verworpen (*Parl. St. Senaat 1991-92*, nr. 117/2, 38).

digen van discriminatie of segregatie” is in de parlementaire voorbereidingen gesteld dat hiermee een schending van de overige artikelen van de Antiracismewet bedoeld is:

Artikel 3 moet worden gezien in samenhang met de artikelen 1 en 2, waarvan het een verlengstuk vormt. Artikel 1 beteugelt immers het aanzetten tot discriminatie, rassenscheiding⁴³⁷, haat of geweld wegens ras, huidskleur, afkomst of nationale of ethnische afstamming, terwijl artikel 2 de daden bestraft welke op grond van die criteria discriminerend zijn. Het is noodzakelijk eveneens de deelneming te ontmoedigen aan verenigingen die de in de artikelen 1 en 2 beteugelde daden bedrijven en propageren.⁴³⁸

959. In bepaalde rechtsleer is daarentegen verdedigd dat de reikwijdte van met name het begrip “verkondigen” uit artikel 3 ruimer zou zijn dan de termen die gehanteerd worden in artikel 1. Het argument dat hiertoe wordt aangedragen is – naast de tekst van de wet – het feit dat amendementen die ertoe strekten om te expliciteren dat de termen uit beide artikelen eenzelfde strekking hadden, werden verworpen.⁴³⁹ Deze visie is in hogere rechtspraak uitdrukkelijk verworpen. Zo stelt het Hof van Beroep van Gent in zijn arrest van 21 april 2004 in relatie tot de term “verkondigen” het volgende:

Uit de voorbereidende werkzaamheden volgt dat de wetgever hiermede heeft bedoeld dat de groep of vereniging (zelf of door tussenkomst van haar leden) de misdrijven pleegt genoemd in de artikelen 1 en 2 (en *2bis*) van de wet. Niets meer, maar ook niets minder. Het amendement-VANDERPOORTEN, dat er toe strekte zulks expliciet te vermelden, werd kennelijk enkel verworpen ingevolge het antwoord van Minister MOUREAUX, die, met verwijzing naar het advies van de Raad van State, uitdrukkelijk bevestigde dat de voorgestelde tekst van het artikel 3 geen andere draagwijdte had.⁴⁴⁰

960. Onder het “verkondigen van discriminatie en segregatie” wordt door het Hof in het licht van de aangegeven bedoeling van de wetgever dan ook eenduidig de strafbaarstelling uit artikel 1 van de wet verstaan. Ook in de rechtsleer is doorgaans gesteld dat de term “verkondigen” begrepen moet worden in het verlengde van de termen uit artikel 1, zodat deze ook dezelfde constitutieve elementen zou omvatten

437 In plaats van “segregatie” sprak de Antiracismewet tot de jongste wijziging van “rassenscheiding” (cf. *supra* nr. 743).

438 *Parl. St.* Kamer 1980-81, nr. 214/9, 27 (Minister MOUREAUX). Vgl. *Hand.* Senaat 24 juni 1981, 2280-2281.

439 C.G.K.R., *Aanpak discriminatie: regelgeving en rechtspraktijk*, 58 en C.G.K.R., *Aanpak discriminatie en racisme*, 53. Zie voor de bewuste amendementen en hun besprekingen, *Parl. St.* Senaat 1980-81, nr. 594/4, 1 (STORME); *Parl. St.* Senaat 1980-81, nr. 594/10, 1; (DE MEYER) *Hand.* Senaat 24 juli 1981, 2266; *Parl. St.* Senaat 1980-81, nr. 594/2, 20-21. De amendementen waren ingegeven vanuit de bezorgdheid van de leden dat de terminologie van de wet verder leek te gaan dan de formulering in het V.N.-Rassendiscriminatieverdrag: art. 4b van het verdrag spreekt van organisaties die “rassendiscriminatie” “in de hand werken” of daartoe “aanzetten”. Het strafbaar stellen van “verkondigen” van “rassendiscriminatie of rassenscheiding” hield volgens de leden de mogelijkheid in van een opiniedelict (*Parl. St.* Senaat 1980-81, nr. 594/2, 21).

440 Gent 21 april 2004, www.antiracisme.be (rechtspraakoverzicht). Bevestigd door het Hof van Cassatie: Cass. 9 november 2004, www.antiracisme.be (rechtspraakoverzicht).

(*cf. supra* nr. 797 e.v.).⁴⁴¹ Dit zou ook blijken uit het gebruik in de Franstalige versie van het krachtigere “prôner”, dat “het midden [houdt] tussen ‘aanzetten tot’ en ‘de lof zingen van’”⁴⁴², hetgeen ook in het parlement reeds benadrukt werd:

Le mot “prôner” suggère un engagement qui va au delà de la simple expression d’une opinion. En outre le terme doit se comprendre avec son complément. Dès lors, l’expression “prôner la discrimination raciale” signifie en fait encourager l’acte punissable, inciter à la discrimination ou à la ségrégation.⁴⁴³

961. De term “bedrijven” moet in het licht van het voorgaande evenzeer worden beschouwd in het verlengde van artikelen 2 en *2bis*. Ter vervulling van dit element dient dus te worden bewezen dat de groep of vereniging – waaraan de medewerking uiteindelijk strafbaar is – (kennelijk en herhaaldelijk) de betreffende strafbare handelingen heeft begaan (*cf. resp. supra* nrs. 885 en 916 e.v.).⁴⁴⁴ In de praktijk is het echter overwegend het “verkondigen” waarop toepassingen zich richten (*cf. infra* nrs. 979-1004). Volgens bepaalde rechtsleer zou het ten slotte mogelijk zijn dat daden die op zich niet onder de toepassing van de Antiracismewet vallen, toch mee in overweging genomen worden bij de beoordeling van de aard van de vereniging of groep. Indien bijvoorbeeld een groep regelmatig racistische gewelddaden of aanslagen pleegt of organiseert, dan zou dit medebepalend (kunnen) zijn voor de kwalificatie, ondanks het feit dat die daden op zich geen inbreuken vormen op de Antiracismewet.⁴⁴⁵

b. Van discriminatie en segregatie

962. De tekst vermeldt enkel het bedrijven of verkondigen van “discriminatie” en “segregatie” door de geviseerde groep, waarvan lidmaatschap van of de medewerking aan strafbaar is. Het lidmaatschap van een groep die “haat” of “geweld”

441 Met inbegrip van het door het Arbitragehof – in het kader van de gelijkaardige bepaling in de Antidiscriminatiewet – vereiste “bijzonder opzet” (J. VELAERS, “Het arbitragehof en de antidiscriminatiewet”, *l.c.*, nr. 33).

442 J. VELAERS, “Verdraagzaamheid ook t.a.v. onverdraagzamen? Enkele beschouwingen over de beteugeling van racistische en xenofobe uitingen in een democratische samenleving”, *l.c.*, 335.

443 *Parl. St.* Senaat 1980-81, nr. 594/2, 20 (LALLEMAND). Vgl. *Hand.* Senaat 24 juli 1981, 2271.

444 In de voorbereidingen is weliswaar enkel sprake van art. 2, maar het latere art. *2bis* is zowel in rechtspraak als rechtsleer in de bedoeling van de wetgever ingelezen. Zie in de rechtspraak o.m. Gent 21 april 2004, www.antiracisme.be (rechtspraakoverzicht); Cass. 9 november 2004, www.antiracisme.be (rechtspraakoverzicht). Zie in de rechtsleer W. VAN LAETHEM, *l.c.*, 11; C.G.K.R., *De wet van 30 juli 1981 tot bestraffing van bepaalde door racisme of xenofobie ingegeven daden: rechtspraak antiracisme*, 28; W. BRUGGEMAN en P. LAMBERT, “Racisme”, in X, *Postal Memorialis. Lexicon strafrecht, strafvordering en bijzondere wetten*, Brussel, Ced. Samsom, R 10, 122; L. DENYS, *o.c.*, 143; B. RENSON, “Racisme, wet en publieke opinie”, *T. Vreemd.* 1985, 32, 16; X, “Anti-racismewetgeving”, in *Administratieve wegwijzer voor vreemdelingen, vluchtelingen, migranten*, Brussel, Kluwer-VOCOM, 2000, XII, 160 en S. SOTTIAUX en J. VRIELINK, “De anti-racismewet na het Vlaams-blokarrest”, *l.c.*, 721. Eventueel zou zelfs gedacht kunnen worden aan art. 4, hoewel het voorkomen van een dergelijke groep wellicht niet erg waarschijnlijk is in de betreffende context.

445 W. VAN LAETHEM, *o.c.*, 27 en W. VAN LAETHEM, *l.c.*, 11.

bedrijft of verkondigt, wordt niet uitdrukkelijk strafbaar gesteld. In het licht van de bedoeling van de bepaling stelt de rechtsleer echter dat dit toch onder artikel 3 valt.⁴⁴⁶ Dit is bevestigd in de rechtspraak.⁴⁴⁷

2. KENNELIJK EN HERHAALDELIJK

a. Algemeen

963. De toegevoegde termen “kennelijk en herhaaldelijk” worden doorgaans zeer betekenisvol geacht en gezien als een correctief voor de vaagheid van andere termen in de bewuste bepaling.⁴⁴⁸ De term “herhaaldelijk” spreekt hierbij voor zich: de feiten moeten zich herhaaldelijk hebben voorgedaan en niet occasioneel zijn. Eén racistische publicatie of activiteit door een groepering volstaat dus bijvoorbeeld niet om het lidmaatschap ervan als strafbaar te bestempelen.⁴⁴⁹ Met de term “kennelijk” geeft de wetgever voorts aan dat het om manifeste, onmiskenbare of overduidelijke racistische daden of meningsuitingen moet gaan.⁴⁵⁰ In de woorden van BOUTMANS: “lid zijn van organisaties die weliswaar herhaaldelijk, maar slechts vagelijk van een racistisch karakter getuigen, is niet strafbaar”.⁴⁵¹ Beide nadere kwalificaties dienen tezamen – naar de bedoeling van de wetgever – om uit te sluiten dat een vervolgde persoon eventueel te goeder trouw zou zijn: omtrent de bedoelingen van de groep mag geen twijfel bestaan.⁴⁵² Dit is in de rechtspraak bevestigd. Zo stelt het Hof van Beroep van Gent terzake het volgende:

Met de vereiste dat de groep of vereniging “kennelijk en herhaaldelijk” discriminatie of segregatie bedrijft of verkondigt, heeft de wetgever willen uitsluiten dat “personen te goeder trouw misleid worden of de houding van de groep of vereniging niet kennen of dat zij ertoe blijven behoren, niettegenstaande de houding van de groep of vereniging”, zodat de wil om tot de groep of vereniging te behoren niet langer in twijfel kan worden getrokken.⁴⁵³

964. Door dezelfde vereisten zou volgens het Hof direct ook voldaan zijn aan het voorzienbaarheids- en legaliteitsbeginsel:

Deze vereiste impliceert tevens dat, wat betreft het misdrijf voorzien door het artikel 3 van de Wet van 30 juli 1981, zeker is voldaan aan het voorzienbaarheidsbeginsel. De

446 B. DEJEMEPPE, *l.c.*, 331 en R. STOKX, “De vernieuwingen aan de racismewet: meer dan een laagje vernis?”, *l.c.*, 510.

447 Zie o.m. Gent 21 april 2004, www.antiracisme.be (rechtspraakoverzicht). Bevestigd door het Hof van Cassatie: Cass. 9 november 2004, www.antiracisme.be (rechtspraakoverzicht).

448 E. BOUTMANS, *o.c.*, 23 en S. SOTTIAUX en J. VRIELINK, “De antiracismewet na het Vlaams-blokarrest”, *l.c.*, 726.

449 W. VAN LAETHEM, *o.c.*, 26 en E. BOUTMANS, *o.c.*, 23.

450 W. VAN LAETHEM, *o.c.*, 26 en D. COECKELBERGH, *l.c.*, 160. In de Franse versie is de term “manifeste” gebruikt.

451 E. BOUTMANS, *o.c.*, 23.

452 *Hand.* Kamer 22 januari 1981. Vgl. B. DEJEMEPPE, *l.c.*, 332; W. MAHIEU, *l.c.*, 21.

453 Gent 21 april 2004, www.antiracisme.be (rechtspraakoverzicht). Zie ook Cass. 9 november 2004, www.antiracisme.be (rechtspraakoverzicht).

groep of vereniging dient immers duidelijk en voor eenieder herkenbaar te zijn als een groep of vereniging, die discriminatie bedrijft of verkondigt.⁴⁵⁴

965. Dit is uitdrukkelijk bevestigd door het Hof van Cassatie, dat terzake stelt dat “het aldus om ongelijke behandelingen door de vereniging of groep moet gaan waarvan het voor de beklaagde zonder meer duidelijk is dat zij niet voor een objectieve en redelijke rechtvaardiging vatbaar zijn, hetzij wegens de aard zelf van de behandeling, hetzij op grond van de bestaande rechtspraak”.⁴⁵⁵

966. Volgens bepaalde rechtsleer zouden de vereisten er toe leiden dat bepaalde uitingen of handelingen weliswaar strafbaar kunnen zijn, bijvoorbeeld op basis van artikel 1 of artikel 2 van de wet, zonder dat ze echter in overweging genomen mogen worden bij de beoordeling van het racistisch karakter van de groep omdat het racisme onvoldoende duidelijk of hevig is.⁴⁵⁶ De rechtspraak lijkt doorgaans niet zo ver te gaan.

967. In de praktijk worden als bewijs van het kennelijk racistisch karakter van groepen en verenigingen veelal (vermeend) racistische publicaties aangebracht.⁴⁵⁷ Tot in 1999 gebeurde het daarom nog wel eens dat de rechtbank zich onbevoegd verklaarde, omdat het om drukpersmisdrijven zou gaan.⁴⁵⁸ In bepaalde andere gevallen werd daarentegen schriftelijk bewijs wel geaccepteerd.⁴⁵⁹ Inmiddels is deze discussie door de correctionalisering van de racistische drukpersmisdrijven achterhaald (*cf. supra* nr. 745). De bevoegdheid terzake van de correctionele rechtbank is nu onbetwistbaar.

b. Niet: uitsluitend of hoofdzakelijk

968. Het feit dat de betrokken groep of vereniging “kennelijk en herhaaldelijk” discriminatie of segregatie dient te bedrijven, wil volgens de rechtsleer geenszins zeggen dat “racisme” ook de uitsluitende bezigheid van de beweging zou moeten zijn. Het feit dat een groep of vereniging zich mede bezighoudt met diverse (niet-racistische) thema’s en activiteiten zou zeker niet in de weg staan aan de vaststelling

⁴⁵⁴ Gent 21 april 2004, www.antiracisme.be (rechtspraakoverzicht).

⁴⁵⁵ Cass. 9 november 2004, www.antiracisme.be (rechtspraakoverzicht).

⁴⁵⁶ W. VAN LAETHEM, *l.c.*, 12.

⁴⁵⁷ C.G.K.R., *De wet van 30 juli 1981 tot bestraffing van bepaalde door racisme of xenofobie ingegeven daden: rechtspraak antiracisme*, 30; C. VAN DEN WYNGAERT, I. VAN DAELE en S. VAN-DEGINSTE, *l.c.*, 126.

⁴⁵⁸ Dit gebeurde bv. bij een zaak van de Liga voor Mensenrechten tegen enkele leden van het Vlaams Blok. Om het racistisch karakter van de partij te bewijzen, legde de Liga het 70-puntenplan voor. Op conform advies van het Openbaar Ministerie, kwalificeerde de Correctionele Rechtbank van Brussel de feiten echter als persmisdrijf en verklaarde zich onbevoegd: Corr. Brussel 6 september 1994, *A.J.T.* 1994-95, 50, noot D. VOORHOOF.

⁴⁵⁹ Corr. Luik 22 juni 1993, *J. Proc.* 1993, nr. 234, 29; *T. Vreemd.* 1993, nr. 3-4, 195 en Corr. Namen 23 september 1993, *Rev. dr. pén.* 1993, 920. Beide zaken zijn bevestigd in beroep, zie resp. Luik 26 maart 1997, C.G.K.R., *De wet van 30 juli 1981 tot bestraffing van bepaalde door racisme of xenofobie ingegeven daden: rechtspraak antiracisme*, 220 en Namen 1 maart 1995, www.antiracisme.be (rechtspraakoverzicht).

van een racistisch karakter ervan.⁴⁶⁰ Hoewel de rechtspraak op dit vlak enigszins ambigu is – er is al een vrijspraak geweest op basis van het feit dat racisme niet de hoofdactiviteit was van de betrokken groep⁴⁶¹ – is de meeste rechtspraak op dit vlak in lijn met de doctrine.⁴⁶²

C. “Behoren tot” of “medewerking verlenen aan” en het moreel element

969. Wat betreft het “behoren tot” en/of het “medewerking verlenen aan”, is er in de rechtspraak om te beginnen op gewezen dat “geenszins de cumulatieve aanwezigheid” van beide elementen vereist zou zijn. Het ontplooiën van slechts één van de geïsoleerde activiteiten, levert al strafbaar gedrag op.⁴⁶³ Over de juiste interpretatie van beide termen heeft veel discussie plaatsgehad. De vaagheid ervan is algemeen bekritiseerd, zowel in het parlement⁴⁶⁴ als nadien in de rechtsleer.⁴⁶⁵ Te meer daar artikel 4b van het V.N.-Rassendiscriminatieverdrag – de basis voor het artikel 3 Antiracismewet – slechts de “deelneming aan” de betreffende organisaties of de activiteiten ervan viseert.⁴⁶⁶

970. Het “behoren tot” wil in de eerste plaats lidmaatschap van een groep of vereniging uitdrukken, alsook het deel uitmaken daarvan.⁴⁶⁷ De veronderstelling is dat ieder lid van een vereniging of iedereen die deel uitmaakt van een groep ook het gedachtegoed ervan deelt. Niet enkel actieve, maar ook louter passieve leden kunnen dus strafbaar zijn: “het ontplooiën van enige activiteit binnen de groep of vereniging is hierbij niet vereist”.⁴⁶⁸ Het “behoren tot” is *qua* bewijs contextafhankelijk en een feitenkwestie die uit tal van elementen kan blijken. Mogelijke indicaties ervan zijn: het beschikken over een lidkaart; het voorkomen op de ledenlijst; naar vergaderingen gaan; in het bestuur zetelen en meewerken aan de organisatie van activiteiten; het schrijven van bijdragen in het tijdschrift van de beweging, etc.⁴⁶⁹

460 W. VAN LAETHEM, *o.c.*, 27; B. DEJEMEPPE, *l.c.*, 333; C.G.K.R., *Aanpak discriminatie: regelgeving en rechtspraak*, 58 en C.G.K.R., *Aanpak discriminatie en racisme*, 52.

461 Brussel 4 september 1987, *Pas.* 1987, II, 216; *T. Vreemd.* 1987, nr. 45, 42; *Rev. dr. étr.* 1987, nr. 45, 165.

462 Zie o.m. uitdrukkelijk Gent 21 april 2004, www.antiracisme.be (rechtspraakoverzicht).

463 Gent 21 april 2004, www.antiracisme.be (rechtspraakoverzicht). Zie in de rechtsleer o.m. S. SOTTIAUX en J. VRIELINK, “De antiracismewet na het Vlaams-blokarrest”, *l.c.*, 729.

464 *Hand.* Senaat 24 juli 1981, 1203; *ibid.*, 2278. V.U.-senator BAERT noemde de tekst een vacuüm “wat zowel tot een volkomen ontoepasbaarheid van deze strafrechtsbepaling kan leiden als tot een excessieve toepassing”.

465 B. RENSON, “Racisme, wet en publieke opinie”, *l.c.*, 744; L. DUPONT, *l.c.*, 505; E. BOUTMANS, *o.c.*, 22-23 en J. VRIELINK, S. SOTTIAUX en D. DE PRINS, “Het Vlaams Blok-arrest, artikel 150 van de Grondwet en de interpretatie van de antiracismewet”, *l.c.*, 107-109.

466 De tenlastelegging is weliswaar geïnspireerd op het V.N.-Rassendiscriminatieverdrag, maar de specifieke vorm en bewoordingen zijn veeleer ontleend aan art. 2 van de “Wet op de privé-milities” (Wet 29 juli 1934 waarbij de private militias verboden worden en waarbij de Wet van 3 januari 1933 op de vervaardiging van, den handel in, en het dragen van wapenen en op de handel in munitie, aangevuld wordt, *B.S.* 6-7 augustus 1934).

467 Gent 21 april 2004, www.antiracisme.be (rechtspraakoverzicht). Vgl. W. VAN LAETHEM, *o.c.*, 24.

468 Gent 21 april 2004, www.antiracisme.be (rechtspraakoverzicht); Cass. 9 november 2004, www.antiracisme.be (rechtspraakoverzicht). Vgl. D. COECKELBERGH, *l.c.*, 160.

469 W. VAN LAETHEM, *o.c.*, 24 en D. COECKELBERGH, *l.c.*, 160.

971. Naast het “behoren tot”, wordt ook het “medewerking verlenen aan” de bewuste groepen of verenigingen gevisieerd. Dit is niet nader bepaald of afgebakend, zodat dit element potentieel een bijzonder ruim bereik heeft. Dit blijkt ook uit de strekking die de rechtspraak geeft aan de bepaling. Zo stelt het Hof van Beroep van Gent in zijn arrest van 21 april 2004 dat onder “het ‘verlenen van medewerking’ (...) dient te worden verstaan het op enigerlei wijze verlenen van steun aan de werking van de groep of vereniging”:

[Het] houdt [evenals het “behoren tot”] niet het plegen van als dusdanig strafbare daden in. Het strafbaar karakter van het “behoren tot” en van het “verlenen van medewerking aan” spruit enkel voort uit de wetenschap dat de groep of vereniging, tot dewelke men behoort of aan dewelke men zijn medewerking verleent, kennelijk en herhaaldelijk discriminatie of segregatie bedrijft of verkondigt in de omstandigheden van het artikel 444 van het Strafwetboek.⁴⁷⁰

972. Tijdens de parlementaire voorbereidingen is enkel bijkomend gesteld dat het artikel niet zou toestaan om iemand te veroordelen die lid is geworden van een vereniging waarvan hij niet wist dat zij toevallig racisme ging verkondigen (de “kennelijk en herhaaldelijke” aard van de feiten zou dit mede moeten uitsluiten (*cf. supra* nrs. 963-968)).⁴⁷¹ Dit is uitdrukkelijk bevestigd in de rechtspraak.⁴⁷² Bij het vaststellen van inbreuk op artikel 3 zou het daarmee naar de bedoeling van de wetgever en volgens rechtspraak al met al volstaan dat de (rechts)persoon het algemeen opzet had om respectievelijk “medewerking te verlenen aan” of te “behoren tot” de betreffende groep of vereniging, waarvan men wist of kon weten dat deze racistisch van aard was:

Het misdrijf voorzien door het artikel 3 van de Wet van 30 juli 1981 vereist geen bijzonder opzet. Het volstaat dat de beklaagden wetens en willens behoren tot of hun medewerking verlenen aan een vereniging, die kennelijk en herhaaldelijk discriminatie of segregatie verkondigt in de omstandigheden van het artikel 444 van het Strafwetboek.⁴⁷³

973. Zowel in het parlement als nadien in de rechtsleer, is bij herhaling gewezen op de onredelijke en disproportionele gevolgen waartoe een dergelijke letterlijke interpretatie aanleiding kan geven: het verhuren van een zaal, het verdelen van het verkiezingsdrukwerk, het uitgeven van publicaties, het verlenen van professioneel advies (bv. juridische bijstand), of het houden van een lezing voor de betreffende

470 Gent 21 april 2004, www.antiracisme.be (rechtspraakoverzicht). Bevestigd in cassatie: Cass. 9 november 2004, www.antiracisme.be (rechtspraakoverzicht).

471 *Hand.* Kamer 10 februari 1981, 1211.

472 Gent 21 april 2004, www.antiracisme.be (rechtspraakoverzicht); Cass. 9 november 2004, www.antiracisme.be (rechtspraakoverzicht). Zie in de rechtsleer o.m. B. RENSON, “Racisme, wet en publieke opinie”, *l.c.*, 16.

473 Gent 23 april 2004, www.antiracisme.be (rechtspraakoverzicht). Zie ook Cass. 9 november 2004, www.antiracisme.be (rechtspraakoverzicht).

groep of vereniging – allemaal zouden ze in theorie strafbaar zijn bij deze interpretatie, zelfs indien de bewuste “medewerking” maar eenmalig was.⁴⁷⁴

974. Hoewel dergelijke excessen zich in de praktijk (nog) niet hebben voorgedaan⁴⁷⁵, doet dit naar het oordeel van verschillende commentatoren niet af aan de onaantvaardbaarheid van de bepaling in zijn algemene en letterlijke interpretatie.⁴⁷⁶ Het huidige – beperkte – vervolgingsbeleid zou dan immers neerkomen op een vorm van willekeur, hetgeen *sowieso* niet wenselijk geacht kan worden⁴⁷⁷, en bovendien een risico van politiek misbruik van de bepaling met zich meebrengt.⁴⁷⁸ Voorts vereisen bepaalde analoge strafbaarstellingen – zoals artikel 140 Sw. dat de deelname strafbaar stelt aan enige activiteit van een terroristische groep – wél een bijzonder opzet. Ter voorkoming dat de bepaling in strijd zou komen met de Grondwet en algemene (straf)rechtsbeginselen, waaronder het vermoeden van onschuld, het legaliteitsbeginsel, het verbod op willekeur en discriminatie, de vrijheid van meningsuiting en vereniging is dan ook regelmatig gepleit voor bijzonder restrictieve interpretaties. Als grondwettigheidswaarborg pleiten sommige auteurs meer bepaald voor bijkomende voorwaarden ter vaststelling van een inbreuk op artikel 3.

474 E. BOUTMANS, *o.c.*, 22-23; B. DEJEMEPPE, *l.c.*, 332; W. BRUGGEMAN en P. LAMBERT, “Racisme”, in X, *Postal Memorialis. Lexicon strafrecht, strafvordering en bijzondere wetten*, Brussel, Ced. Samsom, R 10, 123; W. VAN LAETHEM, *o.c.*, 25 en J. VRIELINK, S. SOTTIAUX en D. DE PRINS, “Het Vlaams Blok-arrest, artikel 150 van de Grondwet en de interpretatie van de antiracismewet”, *l.c.*, 107-109. Het laatstgenoemde geval werd ook al in de Kamer aangehaald (*Hand. Kamer* 10 februari 1981, 1203 (BAERT)). In het parlement werd verder aangegeven dat één rechter op die manier potentieel zou volstaan om van alle leden van een bepaalde partij misdadigers te maken (*Parl. St. Kamer* 1998-99, nr. 1934/5, 18 (VAN DEN BROECK)). Ten slotte werd gesteld dat de bepaling – letterlijk genomen – afwijkt van democratische beginselen en ethische normen (*Parl. St. Kamer* 1993-94, nr. 1294/3, 17-18 (COVELIERS)).

475 Doorgaans worden ofwel partijprominenten van (vermeend) racistische partijen vervolgd, ofwel – zoals ingeval van het (laatste) “Vlaams blok-proces” (*cf. infra* nrs. 991-997) – rechtspersonen die materiële steun verlenen van onmisbare aard. Over dergelijke toepassingen bestaat in feite weinig betwisting, zie o.m. W. MAHIEU, *l.c.*, 21 en D. BATSELÉ, M. HANOTIAU en O. DAURMONT, “La lutte contre le racisme et la xénophobie, mythe ou réalité”, *l.c.*, 339.

476 S. SOTTIAUX en J. VRIELINK, “De antiracismewet na het Vlaams-blokarrest”, *l.c.*, 729; J. DE WIT, “McCarthy rukt weer uit”, *De Juristenkrant* 2004, nr. 92, 3.

477 DE WIT stelt in relatie tot het Vlaams Blok-arrest bv. dat het feit dat enkel de V.Z.W.’s vervolgd werden, in feite een vorm van willekeur uitmaakt: alle andere “leden en al hun helpers (zaalverhuurders, drukkers, verspreiders) verleenden net zo goed steun aan een racistische organisatie. Het Centrum-Leman en de Liga kiezen er dus voor om de Racismewet selectief toe te passen met betrekking tot precies dezelfde ‘criminele organisatie’. Dat kan natuurlijk niet” (J. DE WIT, “McCarthy rukt weer uit”, *De Juristenkrant* 2004, nr. 92, 3). Zie kritisch S. GUTWIRTH en D. VOORHOOF, “McCarthy is al lang dood en begraven”, *De Juristenkrant* 2004, nr. 94, 2-3.

478 Een dermate ruime, selectief toepasbare bepaling leent zich – zo wordt geredeneerd – bij uitstek voor politieke manipulatie. In die zin is art. 3 wel vergeleken met de zogenaamde techniek van “guilt by association”. Die vormde in de jaren ‘50 van vorige eeuw in de Verenigde Staten een instrument van de overheid in de strijd tegen het “rode gevaar”. (Vermeende) linkse dissidenten werden vervolgd voor hun steun aan of lidmaatschap van de communistische partij, tot het Supreme Court in 1961 oordeelde dat “guilt by association” strijdig was met het *First Amendment* (*Scales v. United States*, 367 U.S. 203 (1961)). Het Hof oordeelde dat iemands vereniging met een criminele organisatie slechts kan worden gestraft indien die persoon ook de bijzondere intentie heeft om de verboden doelstellingen van die organisatie te ondersteunen: “There must be clear proof that a defendant specifically intends to accomplish the aims of the organization (...). Thus the member for whom the organization is a vehicle for the advancement of legitimate aims and policies does not fall within the ban of the statute: he lacks the requisite specific intent to bring about the overthrow of the government (...). Such a person may be foolish, deluded, or perhaps merely optimistic, but he is not by this statute made a criminal.”. Vandaar dat volgens het Hof enkel de “actieve” en niet de “passieve” leden van een criminele organisatie kunnen worden vervolgd (S. SOTTIAUX en J. VRIELINK, “De antiracismewet na het Vlaams-blokarrest”, *l.c.*, 729).

975. Een eerste voorstel op dat vlak, knoopt aan bij de in hoofde van de te vervolgen (rechts)persoon voor bestraffing vereiste “wetenschap” van het racistische karakter van een vereniging (*cf. supra* nr. 972). Om met onomstotelijke zekerheid van een dergelijke “wetenschap” uit te kunnen gaan – zo is gesteld – zou het noodzakelijk zijn dat de relatie en band van de vervolgte (rechts)persoon met de bedoelde vereniging of groep van bijzonder nauwe aard is. Alleen dan zou er geen redelijke twijfel kunnen bestaan omtrent het bewustzijn van het karakter van de groep in hoofde van de te vervolgen (rechts)persoon. Een tweede voorgestelde oplossing bestaat in het vereisen van een (al dan niet marginaal te toetsen) bijzonder opzet ten aanzien van de medewerking of het lidmaatschap. Rechters zouden met andere woorden moeten toetsen of de “medewerking van” concrete (rechts)personen wel is ingegeven door de bedoeling bij te dragen aan de racistische doelstelling van de groep. De afwezigheid van een dergelijke bedoeling, zou vervolging *sowieso* moeten uitsluiten.⁴⁷⁹

D. Wegens de discriminatiegronden?

976. De discriminatiegronden worden in artikel 3 – evenmin overigens als in artikel 1 lid 2 (*cf. supra* nr. 756) – niet uitdrukkelijk hernomen. Dit heeft aanleiding gegeven tot enige verwarring in zowel rechtsleer als rechtspraak. Zo stelt de Correctionele Rechtbank van Brussel het volgende:

In artikel 1 tweede lid dat betrekking heeft op het aanzetten tot discriminatie, 2 en *2bis* die het bedrijven ervan betreffen en artikel 4 van dezelfde wet wordt discriminatie enkel strafbaar gesteld jegens hetzij een groep, hetzij een persoon wegens het ras, de huidskleur, de afkomst, dan eens de nationale of etnische afstamming, dan anders de nationale of etnische afstamming, dan anders de afstamming of de nationaliteit. In artikel 3 daarentegen worden deze beperkingen niet gesteld en is de strafbaarheid van

⁴⁷⁹ J. VRIELINK, S. SOTTIAUX en D. DE PRINS, “Het Vlaams Blok-arrest, artikel 150 van de Grondwet en de interpretatie van de antiracismewet”, *l.c.*, 108. De huidige ruime toepassingsmogelijkheid zou volgens de auteurs ook op gespannen voet staan met art. 25 G.W. en de daarin vervatte cascade-aansprakelijkheid. Dit artikel bepaalt dat “wanneer de schrijver bekend is en zijn woonplaats in België heeft, (...) de uitgever, de drukker of de verspreider niet [kan] worden vervolgd”. Een te ruime lezing van het “verlenen van medewerking” zou volgens de auteurs direct ook neerkomen op een onaantvaardbare omzeiling van die grondwettelijke cascaderegeling: “Dergelijke interpretatie zou er immers toe leiden dat al wie teksten drukt, uitgeeft of verspreidt van een groep of vereniging die (*wellicht*) kennelijk en herhaaldelijk discriminatie of haat verkondigt (of van een groep die dat in het verleden gedaan heeft), als ‘medewerker’ van die vereniging op grond van art. 3 aansprakelijk gesteld kan worden – terwijl de auteur buiten schot blijft. Het spreekt vanzelf dat deze juridische situatie drukkers, uitgevers en verspreiders noopt tot private censuur: teksten van bepaalde ‘risico-verenigingen’ zullen bij voorbaat niet worden uitgegeven, dit zal *a fortiori* het geval zijn wanneer er reeds een veroordeling van de vereniging heeft plaatsgevonden”. Dit probleem zou echter naar de mening van de auteurs eveneens opgevangen worden door de bijkomende vereiste van een (minstens marginaal getoetst) bijzonder opzet: “Wanneer echter een (marginale) toetsing moet plaatshebben aan het bijzonder opzet van de drukker of uitgever, waaruit blijkt dat zij de racistische inhoud ondersteunen, dan kan art. 3 Antiracismewet ook gezien worden als zijnde in overeenstemming met artikel 25 G.W. In dat geval kan er immers in feite geen discussie zijn over het bestaan van een zelfstandig misdrijf in hoofde van de bewust medewerking verlenende (rechts)persoon” (*ibid.*, 108-109). In dit verband kan ook verwezen worden naar de overwegingen terzake van het Arbitragehof in zijn arrest in relatie tot de Antidiscriminatiewet (Arbitragehof nr. 157/2004, 6 oktober 2004, B.73-75).

het herhaaldelijk bedrijven of verkondigen van discriminatie algemeen en niet afhankelijk van het bestaan van een van deze criteria.⁴⁸⁰

977. In het licht van het herhaaldelijk en op verschillende plaatsen gestelde “que l'article 3 doit s'interpréter à la lumière des articles précédents”, alsook gezien het doel en de beperkingen van de wet als geheel, bestaat er echter geen serieuze twijfel over dat de discriminatiegronden “ingelezen” moeten worden in de bewuste bepaling.⁴⁸¹ Met andere woorden, strafbaar is niet het lidmaatschap van groepen en verenigingen die discriminatie in het algemeen bedrijven of verkondigen, maar slechts het lidmaatschap van groepen en verenigingen die discriminatie op grond van de rasgerelateerde gronden van de wet bedrijven of verkondigen.⁴⁸² Met uitzondering van het geciteerde vonnis van de Correctionele Rechtbank van Brussel is het ook deze laatste interpretatie die men terugvindt in de rechtspraak.

§ 2. Sanctie

978. De straf die momenteel staat op het in artikel 3 omschreven misdrijf is een gevangenisstraf van een maand tot een jaar en een geldboete van vijftig euro tot duizend euro (vermeerderd met de wettelijke opdecimen), of één van die straffen alleen. De wet voorziet niet in de mogelijkheid om tot de ontbinding van racistische verenigingen of groeperingen zelf over te gaan: de groep staat zelf immers niet (direct) terecht bij toepassing van artikel 3.⁴⁸³ Als het echter rechtspersonen zijn die worden vervolgd wegens het verlenen van medewerking of het behoren tot voornoemde groep of vereniging dan kan ten aanzien van die eerstgenoemden bij veroordeling wel de ontbinding als bijkomende, facultatieve straf worden uitgesproken (*cf. infra* nrs. 1005-1008 en 1029 voor andere bijkomende straffen). De veroordeling kan voor de betrokken groep verder nog een aantal onrechtstreekse gevolgen hebben.⁴⁸⁴

480 Corr. Brussel 2001, www.antiracisme.be (rechtspraakoverzicht).

481 L. DUPONT, *l.c.*, 505; M. VAN DE PUTTE, *l.c.*, 199 en T. VANDER BEKEN, “Voor de sport. De strafrechtelijke aanpak van discriminatie vanaf 2003”, in M. DE VOS en E. BREMS (eds.), *Wet Bestrijding Discriminatie in de praktijk*, Antwerpen, Intersentia, 2004, 266.

482 R. STOKX, “De vernieuwingen aan de racismewet: meer dan een laagje vernis?”, *l.c.*, 510.

483 W. VAN LAETHEM, *o.c.*, 23. Men meende bij de totstandkoming van de Antiracismewet dat de onderhavige bepaling een dergelijke mogelijkheid overbodig maakte: “dankzij die bepaling zal men groeperingen kunnen bestrijden welke racisme of xenofobie propageren; men zal in onze wetgeving geen maatregelen moeten opnemen die de politieke overheid in staat stellen die bewegingen te ontbinden” (*Parl. St.* 1980-81, nr. 214/9).

484 Zie o.m. E. BREMS, “Vlaams Blok gedoemd tot ‘aanpassing of terugkeer’”, *De Juristenkrant* 2004, nr. 88, 4; C. VAN VYVE, “Hoe ver reiken gevolgen van Vlaams-Blok-arrest?”, *De Juristenkrant* 2004, nr. 90, 5. VAN VYVE somt een aantal (mogelijke) onrechtstreekse gevolgen van veroordeling op basis van art. 3 op, meer bepaald voor het Vlaams Blok. Ze geeft daarbij aan dat het noodzakelijk om onrechtstreekse gevolgen gaat, gezien het beperkte gezag van gewijsde van rechterlijke uitspraken. Ten aanzien van politieke partijen geldt daarmee dat toepassing van art. 15ter van de Wet 4 juli 1989 betreffende de bepaling en de controle van de verkiezingsuitgaven voor de verkiezingen van de federale Kamers, de financiering en de open boekhouding van de politieke partijen (gewijzigd bij Wet 12 februari 1999 (*B.S.* 17 maart 1999) niet vanzelfsprekend is. Dit artikel bepaalt dat, indien een politieke partij door eigen toedoen of door toedoen van haar componenten, lijsten, kandidaten of gekozenen “duidelijk en door middel van verscheidene, met elkaar overeenstemmende tekenen, aantoonde dat ze vijandig staat tegenover de rechten en vrijheden die gewaarborgd worden door het Europees Verdrag tot bescherming van de Rechten van de Mens

→

§ 3. Toepassingen

979. De meest gekende rechtspraak rondom artikel 3 betreft ongetwijfeld de uitspraken inzake het zogenaamde “Vlaams blok proces” (*cf. infra* nrs. 991-997). Meer in het algemeen heeft zich rondom het artikel door de jaren heen echter een aanzienlijke jurisprudentie ontwikkeld.

A. Verenigingen en groepen algemeen

980. Leden van de groepering L’ASSAUT werden zowel in eerste aanleg als in beroep veroordeeld op basis van artikel 3 (in samenhang met art. 1).⁴⁸⁵ Volgens de rechter zette de bewuste groepering aan tot discriminatie of segregatie: “il suffit (...) de lire la revue publiée mensuellement, de voir ses caricatures, d’examiner ses autocollants”.⁴⁸⁶ Met betrekking tot geweldsdaden gepleegd door enkele leden van de groep stelde de rechter:

Les idées de discrimination prônées ont malheureusement été appliquées dans les faits (...); Que tous les prévenus, membres de L’ASSAUT, peuvent se voir reprocher cette prévention dès l’instant où la mise en œuvre des idées préconisées a abouti à des actes de violence tels ceux démontrés par le dossier, qu’ils aient ou non posé eux-mêmes les actes répréhensibles.⁴⁸⁷

981. Vrijspraak volgde in beroep voor de stichters en uitgevers van de vereniging D.E.L.T.A.⁴⁸⁸ Het vermeende racistische karakter van deze vereniging werd volgens het Hof van Beroep te Brussel niet bewezen door middel van de voorgelegde publicaties, waarin een anti-immigratiepolitiek werd voorgestaan (met slogans als “L’immigration non Européenne, non merci”). Het Hof stelde:

→ en de aanvullende protocollen”, de partijdotatie binnen de vijftien dagen moet worden ingetrokken zo een tweetalige kamer van de Raad van State dat beslist (voor een periode die niet korter mag zijn dan drie maanden noch langer dan één jaar). Niet alleen moet het K.B. dat de procedure moet regelen nog altijd uitgevaardigd worden (zodat de wetsbepaling voorlopig *sowieso* onuitvoerbaar is), daarnaast voert de Raad van State een volledig autonome toetsing door, zodat een eerdere veroordeling hoogstens als gezaghebbende en geenszins als een bindende bron kan worden beschouwd (*ibid.*, 5). Zie ook J. VELAERS, “Anti-democratische partijen in het belgisch publiekrecht”, in A. BACKX, S. BAETEN, S. GUTWIRTH en K. LEUS (eds.), *De Gordiaanse knoop van de antidemocratische partijen. De wet als tweesnijdend zwaard?*, Gent, Mys & Breesch, 2001, 64-117; D. VOORHOOF, “De bestraffing van het aanzetten tot racisme en vreemdelingenhaat in België: symboolwetgeving of effectieve beteugeling?”, in L. WALCKIERS (ed.), *Racisme. Oude kwaal, nieuwe remedies, Noordzuid cahier* 2001, nr. 1, 57/71; D. DE PRINS en S. SOTTIAUX, “Antidemocratische partijen en hun rechters”, *R.W.* 2002, nr. 66:4, 121-131; D. DE PRINS en S. SOTTIAUX, “Het Vlaams Blok, de strafrechter, de racismewet en de partijfinanciering”, in M.-C. FOLETS (ed.), *Migratie- en migrantenrecht, recente ontwikkelingen*, Brugge, die Keure, 2002, 425-445.

485 Corr. Namen 23 september 1993, *Rev. dr. pén.* 1994, 920. Luik 1 maart 1995, *www.antiracisme.be* (rechtspraakoverzicht).

486 In het vonnis zelf wordt niet uitgewijd over de eigenlijke inhoud van deze publicatie.

487 Corr. Namen 23 september 1993, *Rev. dr. pén.* 1994, 920.

488 Brussel 4 september 1987, *Pas.* 1987, II, 216; *T. Vreemd.* 1987, nr. 45, 42; *Rev. dr. étr.* 1987, nr. 45, 165. In eerste aanleg werd de dagvaarding van het M.R.A.X. als niet ontvankelijk beschouwd, vanwege het niet-voldoen aan de vereisten voor burgerlijke partijstelling (*cf. infra* nrs. 1035-1038). Zie uitgebreid over deze zaak H. LOUVEAUX, “L’affaire Delta”, *l’Année sociale* 1987, nr. 2, 131-133.

[L]’égalité de traitement n’est cependant violée que si la distinction est arbitraire, c’est-à-dire si elle manque de justification objective et raisonnable. [I]l n’est pas contraire aux [droits et libertés fondamentales] d’adopter une politique favorable aux nationaux et, dans une certaine mesure, aux ressortissants d’états proches tant sur le plan géographique que sur le plan culturel, ni même de réduire certains avantages accordés précédemment dans une conjoncture économique plus favorable.⁴⁸⁹

982. Volgens het Hof volstonden de bewuste geschriften niet om een schending van artikel 3 te impliceren, en voorts bewezen ze niet dat “l’association aurait pour activité essentielle d’inciter la population Belge à pratiquer à l’égard de ceux-ci une ségrégation arbitraire fondée sur la haine ou le mépris de leur race, de leur religion ou de leur nationalité” (*cf. supra* nr. 968).⁴⁹⁰

983. Een andere uitspraak volgde in een zaak tegen de V.Z.W. DARE. Deze vereniging had als oogmerk “[d]e défendre par tous moyens légaux les personnes victimes d’agressions physiques, morales ou financières sur le territoire belge. Cette défense concerne les ressortissants des pays participant à la Communauté Européenne”. De rechter oordeelde dat deze beperking geenszins een indicatie was van het racistisch of xenofob karakter van de vereniging:

[L]e simple fait de limiter l’action de leur asbl. à certaines catégories de personnes ne peut être considéré comme démonstratif de l’intention de pratiquer la discrimination raciale ou l’incitation à la haine, et ce d’autant plus que les statuts prévoyaient expressément que l’aide aux victimes pourrait s’étendre plus tard à des ressortissants autres que ceux de la Communauté Economique Européenne.⁴⁹¹

984. Voorts werd in deze zaak geoordeeld dat noch het feit dat verschillende leden van de vereniging thuis nazi-emblemen bezaten⁴⁹² noch het feit dat één van hen in een brief gericht aan één persoon racistische uitlatingen had gedaan, onder (art. 1 van) de Antiracismewet viel (en daarmee dus ook geen indicatie kon zijn voor het kennelijk racistisch karakter van de vereniging).

489 Brussel 4 september 1987, *Pas.* 1987, II, 216; *T. Vreemd.* 1987, nr. 45, 42; *Rev. dr. étr.* 1987, nr. 45, 165.

490 In de rechtsleer is dit laatste punt bekritiseerd als zijnde de toevoeging van een nieuw element dat de wet niet bevat, “namelijk dat het aanzetten tot discriminatie de hoofdactiviteit van de in opspraak gebrachte groep moet zijn”. Zie o.m. B. DEJEMEPPE, *l.c.*, 333; D. BATSELÉ, M. HANOTIAU en O. DAURMONT, *o.c.*, 42 en D. BATSELÉ, M. HANOTIAU en O. DAURMONT, *l.c.*, 340; C.G.K.R., *Aanpak discriminatie: regelgeving en rechtspraak*, 63.

491 Corr. Luik 16 september 1993, C.G.K.R., *De wet van 30 juli 1981 tot bestraffing van bepaalde door racisme of xenofobie ingegeven daden: rechtspraak antiracisme*, 147.

492 Zolang niet vaststond dat deze ook in het openbaar gebruikt zouden worden, voor racistische doeleinden: “le fait de détenir à leur domicile privé certains emblèmes nazis, alors qu’il n’est pas établi qu’ils en auraient fait usage en public dans un but xénophobe ou raciste ne constitue pas une infraction à l’article 1er de la loi du 30 juillet 1981”.

B. Politieke partijen

1. P.F.N. (EN AGIR)

985. Leden van de Parti des Forces Nouvelles (P.F.N.)⁴⁹³ zijn verschillende keren aangeklaagd en veroordeeld op basis van (o.m.) artikel 3 Antiracismewet. Zo veroordeelde de Correctionele Rechtbank van Brussel verschillende leden of sympathisanten van de P.F.N., onder meer vanwege het feit dat zij deel uitmaakten van een “groupement qui pratiquait de manière manifeste et répétée la discrimination ou la ségrégation raciale ou encore la prônant”.⁴⁹⁴ In het concrete geval hadden de beklaagden als groep, aansluitend op een reünie van de P.F.N., deelgenomen aan een zogenaamde “rattonade”, een vorm van georganiseerd geweld specifiek gericht tegen Noord-Afrikanen.

986. Ook in een ander geval werd klacht neergelegd tegen verschillende leden van de P.F.N., alsook tegen die van de verwante partij AGIR. Het ging enerzijds om een aantal discriminatoire principes die de partijen in hun programma’s voerden ten aanzien van niet-Europese vreemdelingen, waaronder:

Refus d’inscrire dans la commune de Liège tout nouvel immigré non européen; Suppression des allocations et autres avantages sociaux accordés aux immigrés non européens; Non-renouvellement du permis de travail aux immigrés non européens; Elaboration d’un plan de retour au pays de ces derniers, à commencer par les délinquants.⁴⁹⁵

987. Anderzijds werden ook bepaalde stickers en affiches die de partijen gebruikten in het kader van de gemeenteraadsverkiezingen van 9 oktober 1988 aangevoerd als bewijs van het racistisch karakter van de groepen. Het ging onder meer om een affiche met de slogan “Retour au pays”, met daarop een afbeelding van een Maghrebijns koppel waarvan de vrouw een tas draagt gemerkt “CPAS” (O.C.M.W.), terwijl haar mannelijke partner een tas draagt met de bestemmingen “Kinshasa, Marakech, Alger”, begeleid door een uitwijzende arm die de terugweg indiceert. De K.I. van Luik oordeelde dat:

Les affiches et les tracts utilisés par le parti précité avec au moins l’assentiment des inculpés pourraient être considérés comme excédant les limites de la caricature peut-être nécessaire pour accrocher l’attention du public et comme incitant à la discrimination à la ségrégation, à la haine ou à la violence à l’égard d’une communauté en raison de son origine ethnique.⁴⁹⁶

493 De inmiddels ontbonden P.F.N. was een uiterst rechtse groepering die in nauwe verbinding stond met de voormalige SS'er Léon D. De organisatie was tevens verbonden met het militante Front de la Jeunesse.

494 Corr. Brussel 9 maart 1988, C.G.K.R., *De wet van 30 juli 1981 tot bestraffing van bepaalde door racisme of xenofobie ingegeven daden: rechtspraak antiracisme*, 104.

495 K.I. Luik 28 maart 1991, C.G.K.R., *De wet van 30 juli 1981 tot bestraffing van bepaalde door racisme of xenofobie ingegeven daden: rechtspraak antiracisme*, 110.

496 *Ibid.*, 110.

988. Hierbij ging het – naar het oordeel van de rechter – niet om een drukpersmisdrijf daar de (hoofd)activiteit van de beklaagden niet bestond in het verspreiden van hun ideeën door middel van de pers, maar in het promoten van een politieke partij die zij ondersteunden of waarvan zij kandidaten waren. Als zodanig werden de beklaagden doorverwezen naar de Correctionele Rechtbank van Luik.⁴⁹⁷ Die stelde dat “prôner le rapatriement des immigrés est une chose”, maar dat “le faire d’une manière incitant à la discrimination raciale en est une autre”. De concrete wijze van afbeelden “à caractère outrancier et méchant” kon volgens de rechter – ook gezien het heersende klimaat – niet anders dan aanzetten tot haat ten aanzien van vreemdelingen. Op grond hiervan werden de tenlasteleggingen (mede op grond van art. 3) bewezen geacht. Het Hof van Beroep – dat dezelfde redenering volgt als de K.I. ten aanzien van het drukpersmisdrijf – bevestigde dit oordeel. Ook stelde het dat het geen excuus kan zijn dat de geschriften in verkiezingstijd verspreid werden, daar de bedoeling van de wetgever algemeen en permanent was. Ten slotte oordeelde het Hof met betrekking tot het effectief behoren tot de groepering dat inschrijving op een kieslijst vanzelfsprekend impliceert dat men de standpunten van de partij onderschrijft, zeker als die in de vorm van affiches en overvloedige vlugschriften worden verspreid.⁴⁹⁸

989. Een laatste serie oordelen met betrekking tot (vermeend racistisch drukwerk van) de P.F.N. leidde uiteindelijk ook tot een veroordeling op basis van artikel 3, voor het Hof van Assisen van Bergen. In die voorafgaandelijke oordelen was gesteld dat artikel 1 (en daarmee impliciet ook art. 3) enkel van toepassing kon zijn waar het ging om daden die publiek of individuen aanzetten tot het plegen van concrete, bepaalde en bepaalbare daden of handelingen.⁴⁹⁹ Deze visie werd echter verworpen door het Hof van Cassatie, die oordeelde dat de rechter hiermee een voorwaarde toevoegt aan de wet die hij niet bevat (*cf. supra* nr. 810).⁵⁰⁰

990. De K.I. van Bergen, waarnaar werd doorverwezen, oordeelde dat de P.F.N. weliswaar – zoals elke andere partij – het recht heeft om bepaalde meningen te verdedigen en oplossingen aan te prijzen voor de immigratieproblemen, maar dat de wet verbiedt dat dit gebeurt op basis van een radicale rassendiscriminatie die hoofdzakelijk gestoeld is op het verschil in cultuur en beschaving van de vreemdelingen, en door middel van het aanwenden van beledigende uitspraken of attitudes. Door dit wel te doen wekte de partij aldus de Kamer onvermijdelijk en publiekelijk gevoelens van misprijzen, algemene en onvoorwaardelijke afprijzing en zelfs haat op ten

497 Corr. Luik 22 juni 1993, *Journ. Proc.* 1993, afl. 234, 29.

498 Luik 26 maart 1997, C.G.K.R., *De wet van 30 juli 1981 tot bestraffing van bepaalde door racisme of xenofobie ingegeven daden: rechtspraak antiracisme*, 220.

499 Rk. Nijvel 22 juni 1992, *J.L.M.B.* 1992, 1252 en K.I. Brussel 3 december 1992, www.antiracisme.be (rechtspraakoverzicht). De Kamer stelde: “Zoals uit de geïncrimineerde pamfletten blijkt, willen de verdachten oproepen tot gedragingen van algemene aard zoals ‘weerstand’, ‘invasie’, beroep op bewustwording, vereenzelviging van de inwijking met sommige grote maatschappelijke plagen, maar geenszins tot concrete, bepaalde of bepaalbare daden, als vereist bij de Wet van 30 juli 1981, te deze artikel 1”.

500 Cass. 19 mei 1993, *Pas.* 1993, I, 498; *Arr. Cass.* 1993, 514; *J.T.* 1993, 573; *Rev. dr. pén.* 1993, 880. Zie evenwel Arbitragehof nr. 157/2004, 6 oktober 2004, B.50 (*cf. supra* nr. 811).

aanzien van vreemdelingen.⁵⁰¹ Daar de feiten via drukwerk werden gepleegd, en destijds de correctionalisering van racistische drukpersmisdrijven nog niet was doorgevoerd, verwees de Kamer de zaak door naar het Hof van Assisen van Bergen. Dat sprak de beklaagden vrij van het drukpersmisdrijf, maar bevond hen wel schuldig aan schending van artikel 3.⁵⁰²

2. VLAAMS BLOK

991. Eén van de eerste zaken tegen (leden van) het Vlaams Blok, op grond van artikel 3, dateert uit 1994 en strandde op het (nog niet-gecorrectionaliseerde) drukpersmisdrijf.⁵⁰³ In de zaak had de Liga voor Mensenrechten⁵⁰⁴ twee prominenten – Koen D. en Hans C. – van de partij op grond van het zogenaamde 70-puntenplan voor de rechter gedaagd. Ook werden twintig artikelen – geschreven door de beide beklaagden – voorgelegd ter ondersteuning van de claim.⁵⁰⁵ De rechter overwoog dat de teksten duidelijk het uiten van een mening betreffen, die een mogelijke inbreuk op de strafwet uitmaken. Voorts stelde de rechter vast dat deze mening gepubliceerd werd in een tijdschrift (*Vlaams Blok*), zodat hij concludeerde “dat hieruit alleen besloten kan worden dat voorgaande feiten een persmisdrijf uitmaken die tot de uitsluitende bevoegdheid behoort van het Hof van Assisen”.⁵⁰⁶

992. Het is vooral een andere – meer recente – zaak tegen het Blok die in de media bekend is geworden als hét “Vlaams Blok-proces”.⁵⁰⁷ Dit betrof een zaak van rechtstreekse dagvaarding door het C.G.K.R. en de Liga voor Mensenrechten van drie V.Z.W.’s – te weten “Vlaamse Concentratie”, het “Nationalistisch Vormings-

501 K.I. Bergen 14 januari 1994, *J.L.M.B.* 1994, 506, noot F. JONGEN en *R.D.P.* 1994, 1030.

502 Assisen Bergen 28 juni 1994, C.G.K.R., *De wet van 30 juli 1981 tot bestraffing van bepaalde door racisme of xenofobie ingegeven daden: rechtspraak antiracisme*, 167.

503 Corr. Brussel 6 september 1994, *A.J.T.* 1994-95, 50, noot D. VOORHOOF. Zie voor meer achtergronden D. VOORHOOF, “De liga voor de mensenrechten en de verontruste juristen tegen het Vlaams Blok: een te volgen procedure!”, *J. Proc.* 1993, nr. 259, 1994, 22-23.

504 Het ging in wezen ook om een initiatief van de zgn. “Verontruste Juristen” (cf. *supra* voetnoot 35). Daar zij echter niet voldeden aan de voorwaarden om zich burgerlijke partij te stellen (cf. *infra* nrs. 1035-1038), zochten zij de Liga voor Mensenrechten aan.

505 Volgens de dagende partij wezen o.m. de volgende uitingen in de teksten op een “racistische inborst”: “op en neer wippende negers tijdens een begrafenis – de Hollandse hyena’s en de Zweedse passiesprekers tegen apartheid – wij schamen ons voor ons blank zijn. Daarom laten wij ons de les spellen door een partij staten als Zambia, Zimbabwe (voor mij nog steeds Rhodesië), Mozambique, Tanzania, Ethiopië (voor mij nog steeds Abessinië) e.a.” en “dreigende (r)evolutie gesteund wordt door de algemene linkse gemeenschap in dit land” die “de solidariteit met de gastarbeiders huldigt en de integratie verdedigt” hetgeen volgens de auteur “de nakende ontwrichting van het Avondland betekent”.

506 Zie voor een voorafgaande kritiek op deze visie: D. VOORHOOF, “De liga voor de mensenrechten en de verontruste juristen tegen het Vlaams Blok: een te volgen procedure!”, *l.c.*, 23. Voor een bespreking achteraf zie D. VOORHOOF, “Het proces van de liga voor de mensenrechten tegen het Vlaams Blok”, *J. Proc.* nr. 267, 1994, 12-13. Voor een bespreking vanuit de visie van het Vlaams Blok, zie o.m. J. CEDER, “Proces tegen het Vlaams Blok is een verkrachting van de rechtsstaat”, *Nucleus* november 1994.

507 Zie voor een overzicht van (o.m.) de chronologie tot vlak voor het arrest van het Hof van Beroep van Gent van 21 april 2004, D. VOORHOOF, “Het Vlaams Blok straks veroordeeld wegens aanzet tot racisme? En dan?”, *Samenleving en Politiek* 2004, jrg. 11, nr. 2, 4-12. Voor een overzicht vanuit de optiek van het Vlaams Blok van alle (juridische) maatregelen van de afgelopen jaren (inclusief het arrest van het Hof van Beroep van Gent), zie B. CROLS, “Kroniek van een aangekondigde politieke moord”, *Secessie* 2004, nr. 15, 3-13.

instituut” en de “Nationalistische Omroepstichting” – die onder meer verantwoordelijk zouden zijn voor respectievelijk de financiering van de verkiezingscampagnes van het Vlaams Blok, het verzorgen van T.V.- en radio-uitzendingen voor de partij en het uitgeven van publicaties en het verzorgen van vorming aan leden en mandatarissen ervan.⁵⁰⁸ Het Vlaams Blok zou hierbij volgens de eisers een groepering zijn in de zin van artikel 3 Antiracismewet. In eerste aanleg werden de feiten echter op 29 juni 2001 door de Correctionele Rechtbank van Brussel gekwalificeerd als zijnde een politiek misdrijf.⁵⁰⁹ Volgens de rechter vloede het politieke karakter van het misdrijf voort uit de omstandigheden waarin de inbreuk werd gepleegd, en waren zowel het doel als de rechtstreekse gevolgen van die feiten van louter politieke aard.⁵¹⁰ Het Hof van Beroep te Brussel volgt deze zienswijze in een arrest van 26 februari 2003 in grote lijnen.⁵¹¹ In zijn arrest van 18 november 2003 vernietigde het Hof van Cassatie echter deze kwalificatie van “politiek misdrijf” en herbevestigde het de klassieke interpretatie van het begrip. Volgens het Hof van Cassatie is er enkel sprake van een politiek misdrijf:

Hetzij indien het uit de aard van het misdrijf zelf noodzakelijk bestaat in een rechtstreekse aantasting van de politieke instellingen in hun bestaan, hun inrichting of hun werking; hetzij indien het gepleegd wordt met het oogmerk om zulke aantasting op de politieke instellingen te plegen en het feit, gelet op de bijzondere omstandigheden

508 De politieke partij kan zelf niet strafrechtelijk vervolgd worden, daar zij niet beschikt over rechtspersoonlijkheid.

509 Corr. Brussel 29 juni 2001, www.antiracisme.be (rechtspraakoverzicht).

510 Meer bepaald zou het een “politiek misdrijf” betreffen om de volgende redenen: “Vanwege een gevestigde politieke partij, die democratisch verkozen leden heeft in het Belgische en Europees parlement, is het kennelijk en herhaaldelijk verkondigen van dergelijk programma dat in strijd is met de Belgische wet en dat aanzet tot ongehoorzaamheid tegen deze wet, een politiek misdrijf van zodra de partij van dit misdrijf gebruik maakt om haar doel te verwezenlijken, namelijk de vestiging van een andere politieke orde en dank zij dit misdrijf er in slaagt haar politieke macht te vergroten in de mate dat zij de andere partijen verontrust”. Zie kritisch E. BREMS, “Een slecht vonnis”, *De Juristenkrant* 2001, nr. 33, 2 en E. BREMS, “Politiek misdrijf en racisme”, *Driemaandelijks tijdschrift van de Stichting Auschwitz* 2002, nr. 76/77, 32-33.

511 Brussel 26 februari 2003, www.antiracisme.be (rechtspraakoverzicht). Wel wijkt de redenering enigszins af van die in eerste aanleg. Het Hof stelt: “Dat het ten laste gelegde feit een politiek misdrijf uitmaakt, omdat het bestaat – uiteraard zo het bewezen is – in het plegen van het misdrijf met het oogmerk (in hoofde van de beklaagden) om een politieke partij, meer bepaald het Vlaams Blok, te laten (voort)bestaan en om aan deze partij een substantiële steun te verlenen, met de omstandigheid dat deze politieke partij (op het ogenblik van het plegen van het feit) slechts kan (voort)bestaan mits het plegen van het ten laste gelegde feit door allen die tot deze partij behoren, zelfs indien niet zeker is dat ze allen een politiek oogmerk hebben, zodat meteen vaststaat dat het plegen van dit feit door de beklaagden rechtstreeks voor gevolg heeft de aantasting van de instellingen van het land, waartoe (bestaan en werking van) de politieke partijen behoren, onder meer omwille van de essentiële rol van deze partijen om het behoorlijk functioneren van de democratie te verzekeren (...) Dat (...) dit misdrijf kan worden gelijk gesteld met (wat in bepaalde rechtsleer en rechtspraak) een ‘zuiver politiek misdrijf’ (wordt genoemd), niet omdat elke overtreding, van art. 3 van de Wet tot bestraffing van bepaalde door racisme en xenofobie ingegeven daden uiteraard een politiek misdrijf uitmaakt (wat niet het geval is), maar wel omdat de in dit wetsartikel vernoemde vereniging te dezen een politieke partij is en omdat derhalve het (onder meer omwille van bepaalde activiteiten van de politieke partij) misdadig behoren (zelf) tot een politieke partij wordt ten laste gelegd, misdadig behoren dat (uiteraard) rechtstreeks afbreuk doet aan de politieke instellingen”. Zie over het arrest o.m. PH. TOUSSAINT., “Commentaire. L’affaire du Vlaams Blok: l’introuvable juge”, *Journ. proc.* 2003, nr. 454, 29; D. DE PRINS, “Een gebrekkig gemotiveerd Vlaams-blokarrest”, *TvMR* 2003, nr. 2, 9; D. DE PRINS, “Het einde van het Vlaams-Blokproces?”, *NjW* 2003, nr. 25, 336-337.

waaronder het gepleegd wordt, rechtstreeks zulke aantasting tot gevolg heeft of kan hebben.⁵¹²

993. De door de Brusselse appèlrechters genomen beslissing stemt hiermee naar het oordeel van het Hof van Cassatie niet overeen, daar “een politieke partij zelf geen politieke instelling is”. Het Hof verwees als zodanig de zaak door naar het Gentse Hof van Beroep. De Gentse rechters verklaarden zich in hun arrest van 21 april 2004 niet enkel bevoegd (waarmee ze o.m. de restrictieve interpretatie van het “politiek misdrijf” bevestigden)⁵¹³, maar zij veroordeelden de drie rechtspersonen ook effectief wegens inbreuken op artikel 3 van de wet.⁵¹⁴ Meer bepaald zouden de V.Z.W.’s in de periode tussen 2 juli 1999 en 29 januari 2001 “hebben behoord tot een groep of vereniging die kennelijk en herhaaldelijk discriminatie verkondigt in de omstandigheden genoemd in artikel 444 van het Strafwetboek”, te weten het Vlaams Blok, alsook in diezelfde periode medewerking “hebben verleend aan zodanige groep of

512 Cass. 18 november 2003, www.antiracisme.be (rechtspraakoverzicht). Vgl. Cass. 9 november 2004, www.antiracisme.be (rechtspraakoverzicht). Op de restrictieve interpretatie van het Hof van Cassatie is overigens wel kritiek geleverd. Verschillende commentatoren geven aan dat een interpretatie van de feiten in het “Vlaams blok-proces” als een “politiek misdrijf” wel in het verlengde lijkt te liggen van de bedoeling van de grondwetgever van 1830. In de oorspronkelijke optiek moest art. 150 G.W. er namelijk voor zorgen dat opposanten van het regime niet beoordeeld zouden worden door rechters afkomstig uit het politiek establishment, maar wel door volksrechters. Op die manier wilde de grondwetgever juist radicale tegenstanders van het bestaande politieke stelsel beschermen tegen ongerechtvaardigde onderdrukking door heersende macht. Hoewel tegen deze interpretatie kan worden ingebracht dat de Belgische grondwetgever gezien de specifieke historische omstandigheden (verschillende leden van de Belgische grondwetgevende vergadering waren onder het Hollands bewind vervolgd geweest in politieke processen) een overdreven positief beeld voor ogen had van de politieke delinquent (E. BREMS, “Politiek misdrijf en racisme”, *Driemaandelijks tijdschrift van de Stichting Auschwitz*, nr. 76/77, 2002, 32-33), neemt dit volgens verschillende auteurs niet weg dat de principiële argumenten voor een uitzonderingsbehandeling wel degelijk ook toepasselijk zouden kunnen worden geacht in het geval van het Vlaams Blok, al was het maar om elke schijn of perceptie van partijdigheid te voorkomen. Zie o.m. D. DE PRINS, “Het einde van het Vlaams-Blokproces?”, *NjW* 2003, nr. 25, 336-337; J. VRIELINK, S. SOTTIAUX en D. DE PRINS, “Het Vlaams Blok-arrest, artikel 150 van de Grondwet en de interpretatie van de antiracismewet”, *I.c.*, 89-112; J. DE WIT, “McCarthy rukt weer uit”, *De Juristenkrant* 2004, nr. 92, 2-3.

513 Zie uitvoerig E. BREMS en S. VAN DROOGHENBROECK, “Note de Gand (8e ch.), 21 avril 2004”, *J.T.* 2004, 591-592 en J. VRIELINK, S. SOTTIAUX en D. DE PRINS, “Het Vlaams Blok-arrest, artikel 150 van de Grondwet en de interpretatie van de antiracismewet”, *I.c.*, 91-93.

514 Gent 23 april 2004, www.antiracisme.be (rechtspraakoverzicht). Over het arrest is bijzonder veel geschreven, in de juridische vaktijdschriften, maar vooral ook in gewone pers. Reacties varieerden daarbij sterk en gingen van vernietigend en kritisch tot instemmend of zelfs euforisch. Zie voor een selectie o.m. E. BREMS, “Vlaams Blok gedoemd tot ‘aanpassing of terugkeer’”, *De Juristenkrant* 2004, nr. 88, 1 en 4; D. VOORHOOF, “Haat is geen mening”, *De Standaard* 7 mei 2004; D. KESSELSTEIN, “Ja, haat is een mening”, *t Pallieterke* 12 mei 2004, nr. 20, 4; R. BLANPAIN, “Eerbied voor de mens”, *De Standaard* 7 mei 2004; S. SOTTIAUX en J. VRIELINK, “De antiracismewet na het Vlaams-blok-arrest”, *I.c.*, 718-733; P. HUYS, “Edito”, *Nucleus* mei 2004, nr. 5, 1 en 10; E. BREMS en S. VAN DROOGHENBROECK, “Note de Gand (8e ch.), 21 avril 2004”, *J.T.* 2004, 590-597; D. VOORHOOF, “Het Vlaams Blok-arrest: de antiracismewet is geen loutere symboolwet!”, *TvMR* 2004, nr. 2, 9-11; S. SOTTIAUX, “Het Vlaams Blok-arrest. Matthias Storme versus Jos Vander Velpen: een dubbelinterview”, *TvMR* 2004, nr. 2, 4-8; PH. TOUSSAINT, “Editorial”, *Journ. Proc.* 2004, nr. 480; M. GRAMMENS, “De repressie”, *Journaal* 2004, nr. 418, 3341-3343; M. RUYS, “Vlaams Blok-arrest wekt begrijpelijk onbehagen”, *De Tijd* 26 april 2004; F. KEULENEER, “Pseudo-rechtspraak baart juridische draak”, *Tertio* 29 april 2004; C. VAN VYVE, “Hoe ver reiken de gevolgen van het Vlaams-Blok-arrest?”, *De Juristenkrant* 2004, nr. 90, 5 en J. DE WIT, “McCarthy rukt weer uit”, *De Juristenkrant* 2004, nr. 92, 2-3.

vereniging, te weten de politieke partij het Vlaams Blok”.⁵¹⁵ Als bewijs van het racistische karakter van de partij werd een veelheid aan passages uit het drukwerk en publicaties van de partij aangehaald. Het Hof stelt dienaangaande onder meer:

Uit de door de rechtstreeks dagende partijen overgelegde stukken blijkt ontegensprekelijk dat (...) het Vlaams Blok bij het voeren van haar propaganda, zowel voor als hangende de geïncrimineerde periode, op openlijke en systematische wijze het zogenaamd “zondebokmechanisme” hanteert.

Er wordt in de aldus naar het groot publiek toe gevoerde propaganda permanent een hatelijk beeld van de “vreemdelingen” opgehangen, teneinde bij de bevolking (al dan niet latent reeds aanwezige) gevoelens van vreemdelingenhaat aan te wakkeren, te onderhouden en op de spits te drijven, met als achterliggende bedoeling het behalen van stemmen en, na een desgevallend overweldigend electoraal succes, de op het vlak van de “vreemdelingenpolitiek” voorgestelde zeer verstrekkende discriminerende voorstellen ook in de praktijk te kunnen omzetten.

Het beeld dat aldus van de “vreemdelingen” wordt opgehangen is dat van de vreemdelingen als misdadigers verantwoordelijk voor het gevoel van onveiligheid bij de eigen bevolking ingevolge allerhande criminaliteit, van de vreemdelingen als broodrovers verantwoordelijk voor de werkloosheid bij de eigen bevolking, van de vreemdelingen als profiteurs van de sociale voorzieningen op kosten van de hardwerkende eigen bevolking, van de vreemdelingen als bevoordeeld door de multiculturele maatschappij, gepromoot door de klassieke partijen, ten nadele van de eigen bevolking, die door zelfde klassieke partijen in de kou wordt gelaten, en van de vreemdelingen als ingevolge hun cultuur, godsdienst en gewoontes onintegreerbare fanatiekelingen, die een bedreiging vormen voor de eigenheid en de cultuur van het eigen volk.

994. De hatelijke boodschap dient – mede gezien de “eenzijdige wijze waarop deze gegevens worden aangebracht en (...) de daarbij gehanteerde slogantaal of sarcasme” – volgens het Hof – enkel om de bevolking aan te zetten tot vreemdelingenhaat en deze ook warm te maken voor de voorgestelde discriminerende maatregelen. Te meer daar de “hatelijke beeldvorming van de ‘vreemdelingen’ (...) een permanent gegeven [is] in de door het Vlaams Blok gevoerde propaganda”:

Het beeld wordt daadwerkelijk ingehamerd bij de bevolking. In bepaalde krantjes wordt daar haast op ieder blad en/of zelfs meerdere malen per blad opnieuw op teruggekomen.

995. Het Hof concludeert dat daarmee al met al de “ten exemplatieve titel” aangehaalde uittreksels uit de door het Vlaams Blok, of zijn geleedigheden verspreide teksten “met zekerheid aan[tonen] dat het Vlaams Blok, zowel voor als hangende de geïncrimineerde periode, wetens en willens kennelijk en herhaaldelijk en in de omstandigheden van het artikel 444 van het Strafwetboek heeft aangezet tot haat ten aanzien van bepaalde bevolkingsgroepen niet alleen op grond van hun nationaliteit,

⁵¹⁵ De straffen bedroegen voor elke V.Z.W. afzonderlijk 12.394,67 euro. Op burgerrechtelijk vlak werd aan het Centrum een schadevergoeding toegekend van 5.000 euro en aan de Liga 2.500 euro. Er is op gewezen dat deze bedragen relatief hoog zijn, vergeleken met de gemiddeld toegekende vergoeding voor burgerlijke partijen bij zaken naar aanleiding van de Antiracismewet. Zie S. SOTTIAUX en J. VRIELINK, “De antiracismewet na het Vlaams-blokarrest”, *l.c.*, 720. Zie ook *infra* nr. 1045.

doch tevens op grond van hun zogenaamd ras, minstens op grond van het etnisch aspect van hun nationale afstamming (...), hetgeen (...) te aanzien is als een door de wet verboden vorm van aanzetten tot discriminatie”.

996. Dat de V.Z.W.’s gedurende deze periode medewerking verleenden aan de partij en/of tot de partij behoorden, stond verder volgens het Hof buiten kijf. Naar het oordeel van het Hof dienden de drie beklaagde rechtspersonen “als vaste deelstructuren van de politiek partij het Vlaams blok (...) te worden aangezien”, zodat zij tot de partij “behoren”⁵¹⁶:

Wat betreft het verlenen van medewerking aan de politieke partij het Vlaams Blok is de zaak, zo mogelijk, nog duidelijker nu (...) de drie beklaagden enkel werden opgericht teneinde deel te nemen aan de werking van de politieke partij het Vlaams Blok, zodat de enkele (en overigens vaststaande) uitvoering van hun hierboven omschreven maatschappelijk doel (...) de door het artikel 3 van de Wet van 30 juli 1981 bedoelde medewerking oplevert.⁵¹⁷

997. Tegen de veroordeling werd door de beklaagden beroep ingesteld bij het Hof van Cassatie. Beklaagden dienden niet minder dan eenentwintig cassatiemiddelen in, met – in ondergeschikte orde – vier prejudiciële vragen. Op 9 november 2004 deed het Hof van Cassatie uitspraak in de zaak waarbij het de cassatieberoepen verwierp en voorts oordeelde dat het de opgeworpen prejudiciële vragen niet hoefde te stellen.⁵¹⁸

3. FRONT NATIONAL

998. Daniel F., voorman van het Belgische Front National (F.N.), werd door de Correctionele Rechtbank van Brussel veroordeeld in 2003, onder meer op basis van artikel 3. De klacht had betrekking op verschillende pamfletten alsook het programma van het F.N. In het vonnis verwijst de rechter expliciet naar het arrest van het Hof van Beroep te Brussel van 26 februari 2003, waarin het zich onbevoegd verklaarde in het “Vlaams Blok-proces” (*cf. supra* nr. 992). De Rechtbank stelde dat het onzeker was of de omstandigheden van beide zaken wel (in voldoende mate) vergelijkbaar waren:

Il ne peut être inféré avec une certitude raisonnable que les faits et circonstances ayant motivé cet arrêt (...) seraient identiques ou constitueraient “une espèce identique” à ceux visés par les présentes poursuites.⁵¹⁹

516 Naast deze argumentatie wijst het Hof o.m. nog op de volgende zaken: de sterk overlappende identiteit van (natuurlijke) personen uit enerzijds de V.Z.W.’s en anderzijds uit de politieke partij zelf; de overeenkomende zetels van beklaagden en partij en het feit dat de boekhouding van de beklaagden opgenomen is in de geconsolideerde boekhouding van het Vlaams Blok zelf.

517 Gent 23 april 2004, www.antiracisme.be (rechtspraakoverzicht).

518 Cass. 9 november 2004, www.antiracisme.be (rechtspraakoverzicht).

519 Corr. Brussel 4 juni 2003, www.antiracisme.be (rechtspraakoverzicht).

999. *In casu* hadden de beklaagden naar het oordeel van de Rechtbank in elk geval niet aannemelijk weten te maken dat het om een politiek misdrijf ging in de (beperkte) betekenis die het Hof van Cassatie daaraan in zijn jurisprudentie geeft (*cf. supra* nrs. 992-993). De Rechtbank achtte zichzelf dan ook bevoegd om te oordelen in de bewuste zaak. De rechter stelt terzake:

Attendu que les prévenus n'explicitent pas en quoi les faits mis à leur charge, à les supposer établis, auraient pour effet de porter atteinte à l'ordre politique tel que défini ci-avant, soit à l'existence ou au fonctionnement des institutions exerçant une emprise directe sur l'intérêt général; Qu'aucun élément du dossier ne démontre pareille circonstance et encore moins que cette atteinte – *quod non* – soit sérieuse, c'est-à-dire d'une certaine gravité, et directe.⁵²⁰

4. R.E.F. EN BLOC WALLON

1000. Hubert D., voorman van Franstalig extreemrechts, werd tot op heden twee maal veroordeeld met toepassing van de Antiracismewet. Slechts in de meest recente van deze zaken werd echter ook een schending vastgesteld van artikel 3. In het eerste dossier volgde wel een veroordeling op basis van artikel 1 (*cf. supra* nr. 844), maar werd de beklaagde zowel in eerste aanleg als in beroep vrijgesproken in relatie tot artikel 3. In de zaak ging het om een toespraak die de persoon had gehouden tijdens de zitting van de provincieraad, andere feiten werden niet aanhangig gemaakt. De rechter overwoog dat de feiten van de zaak dan ook niet toelieten te concluderen tot inbreuk op artikel 3:

Les éléments constitutifs de l'infraction à l'article 3 de la loi de 1981 doivent être recherchés sur la seule base des propos tenus devant le conseil provincial et non à partir d'autres faits, peut-être infractionnels, mais qui ne sont pas visés à la citation (...). Qu'il faut bien constater en l'espèce que le discours dont question ne permet pas d'établir l'existence d'un groupement qui se livrerait aux activités réprimées par l'article 3 de la loi de 1981; qu'il reflète uniquement la pensée du prévenu.⁵²¹

1001. De tweede veroordeling was wel mede op basis van artikel 3 (en daarnaast ook weer op basis van art. 1 (*cf. supra* nr. 846)). De rechter stelde dat zowel het R.E.F. als het Bloc Wallon – waarmee de beklaagde geassocieerd was – beantwoordden aan de minimumeisen van een “groep(ering)” in de zin van de wet:

[I]l n'est pas exigé que cette association ait une personnalité civile, il faut qu'elle soit stable et qu'elle présente une structure minimale pour pouvoir réaliser son but (...); Que ce minimum d'organisation est bien présent tant dans le mouvement R.E.F. que dans le mouvement Bloc Wallon, ainsi que le confirme d'ailleurs le journal qui parle de réunions, cotisations ...; Que la répétition des articles incitant au racisme et leur publication régulière atteste bien qu'une organisation existe et que celle-ci remplit la condition de publicité.⁵²²

⁵²⁰ *Ibid.*

⁵²¹ Corr. Luik 21 december 1998, *J.L.M.B.* 1999, 78. Bevestigd in beroep: Luik 18 oktober 1999, *J.L.M.B.* 1999, 1814.

⁵²² Corr. Luik 28 januari 2002, www.antiracisme.be (rechtspraakoverzicht).

1002. Bij de uitingen die concreet als racistisch werden beschouwd, ging het ten eerste om de (her)publicatie van de eerder gewraakte toespraak, met daarin onder meer de volgende passage:

Nonobstant les milliards déjà dépensés en gesticulations pro-immigrés, les statistiques de la gendarmerie soigneusement dissimulées à l'opinion public, démontrent que la majorité des victimes de violence de toutes catégories sont des autochtones de race blanche alors que celle qui les commettent sont majoritairement des étrangers ou de nouveaux belges de race nord-africaines, nègres, asiatiques où mulâtres.⁵²³

1003. Daarnaast achtte de rechter een ander artikel (met de titel “Indésirables, expulsions! Avec R.E.F., c'est possible”) alsook een electoraal tractaat (getiteld “Maîtres chez nous”) onacceptabel. In beide teksten werd onveiligheid, criminaliteit en geweld eenzijdig toegeschreven aan vreemdelingen. In beroep werd het vonnis gehandhaafd met uitzondering van de veroordeling. Met toepassing van artikel 65 lid 2 Sw. (opsloping door voorgaande veroordeling wegens voortgezette uitvoering van eenzelfde misdadig opzet) oordeelt de rechter dat “la peine prononcée par l'arrêt précité du 18 octobre 1999 suffit à la répression de l'ensemble des infractions commises par le prévenu”.⁵²⁴

5. BURGER(INITIATIEF)

1004. Vrijspraak – althans voor wat betreft artikel 3 – was ten slotte, zowel in eerste aanleg als in beroep, het resultaat van een procedure tegen leden van het “Burger-initiatief Oostende”.⁵²⁵ Deze groepering zou op 8 mei 2000 deelnemen aan de gemeenteraadsverkiezingen onder de naam “Burger”. Volgens de rechter vormde de bewuste groepering echter ten tijde van de relevante feiten (nog) geen groep in de zin van de wet:

Onder de termen groep of vereniging wordt een groepering verstaan van een aantal personen die vrijwillig toetreden. Hoewel het niet vereist wordt dat deze rechtspersoonlijkheid zou bezitten, wordt wel verondersteld dat de groepering beschikt over een zekere duurzaamheid en minimale structuur om haar doelstellingen naar buiten uit te verwezenlijken. (...) De beklaagde André J. verklaarde op 11 maart 1999: “Het Burger-initiatief is een losse groep mensen vanuit de wijk, onder de leiding van Eddy H. Er zijn geen lidkaarten, geen vereniging, het is enkel een buurtcomité” (...). De inhoud van de pamfletten, waarover verder zal worden geoordeeld, wijst er duidelijk op dat de oproep tot de bewoners van de wijk Westerkwartier in Oostende om zich te verenigen in wat genoemd werd ‘het Burgerinitiatief’ was ingegeven door het feit dat in de wijk een transitcentrum voor vluchtelingen werd geopend maar ook dat dit “Burgerinitiatief” in die periode nog geen enkele groepsstructuur vertoonde. Naar het oordeel van de rechtbank kan het “Burgerinitiatief” in de periode, weerhouden in de dagvaarding,

⁵²³ *Ibid.*

⁵²⁴ Luik 5 februari 2003, www.antiracisme.be (rechtspraakoverzicht).

⁵²⁵ Corr. Brugge 23 april 2002, www.antiracisme.be (rechtspraakoverzicht). Gent 30 september 2003, www.antiracisme.be (rechtspraakoverzicht). In dezelfde zaak volgde in een ander deeldossier wel een veroordeling op basis van art. 1 (zie *supra* nrs. 837-838).

dan ook niet worden beschouwd als een groep of vereniging in de zin van artikel 3 van de Wet van 30 juli 1982 [*sic*].⁵²⁶

HOOFDSTUK 4. (BIJKOMENDE) SANCTIES EN HANDHAVING

Afdeling 1. Bijkomende sancties en algemene strafrechtelijke regels

§ 1. Bijkomende sancties: ontzetting uit rechten (art. 5bis)

1005. Artikel 5bis van de Antiracismewet maakt het de rechter – sinds de wijziging van 1999⁵²⁷ – mogelijk om de bijkomende sanctie uit te spreken van de ontzetting uit de rechten overeenkomstig artikel 33 van het Strafwetboek. Dit artikel 33 Sw. biedt hoven en rechtbanken de mogelijkheid om – in gevallen die bij wet bepaald zijn⁵²⁸ – veroordeelden tot correctionele straffen bij een eerste veroordeling reeds geheel of ten dele te ontzetten uit hun rechten voor een periode van vijf tot tien jaar.

1006. De Memorie van Toelichting geeft aan dat het oogmerk van het artikel bestaat in de bescherming van het democratisch bestel.⁵²⁹ Tijdens de voorbereidingen is er – door de leden van het Vlaams Blok – veel weerstand geboden tegen de invoering van deze bepaling. De partij voelde zich erdoor geïrriteerd en achtte daarnaast de nieuwe strafmogelijkheid disproportioneel en in strijd met democratische waarden als vrije meningsuiting en tolerantie.⁵³⁰ Ter verantwoording werd door de indieners onder meer verwezen naar internationale bepalingen die beperkingen op de vrijheden mogelijk maken.⁵³¹

526 Corr. Brugge 23 april 2002, www.antiracisme.be (rechtspraakoverzicht). Gent 30 september 2003, www.antiracisme.be (rechtspraakoverzicht).

527 Ingevoegd bij art. 2 Wet 7 mei 1999, *B.S.* 25 juni 1999. Vergelijkbare wijzigingen waren ook reeds voorgesteld bij de wijziging van 1994. Vanwege de al ruim geachte strafbaarstellingen en overwegingen van proportionaliteit werden deze echter allemaal ingetrokken of verworpen (*Parl. St.* Senaat 1991-92, nr. 117/2, 21-22, 31, 35, 47).

528 Zie ook: Cass. 3 januari 1983, *Arr. Cass.* 1983-1984, 491. Art. 5bis biedt als zodanig de vereiste wettelijke basis om toepassing van art. 33 Sw. mogelijk te maken.

529 *Parl. St.* Kamer 1998-99, nr. 1934/1, 2.

530 De heer VAN DEN EYNDE constateert bv. dat de straf o.m. betekent dat men geen toezicht voogd of voogd zal mogen zijn na een enkele veroordeling op grond van de Antiracismewet, terwijl dat zelfs niet het geval is voor zware overtredingen zoals in pedofiliezaken (*Parl. St.* Kamer 1998-99, nr. 1934/5, 6.). Zie verder o.m. *Parl. St.* Kamer 1998-99, nr. 1934/2; *Parl. St.* Kamer 1998-99, nr. 1934/3; en uitvoerig *Parl. St.* Kamer 1998-99, nr. 1934/5, 4-39; *Parl. St.* Senaat 1998-99, nr. 1381/2, 2-3; *Hand.* Senaat 30 april 1999, 7828-7832. De voorgestelde amendementen behelsden de ontzettingsmogelijkheid in haar totaliteit te voorkomen, of – in ondergeschikte orde – de toepassing ervan te beperken tot een aantal rechten en andere ervan uit te sluiten. Bij die laatste ging het de partij eerst en vooral om het recht verkozen te worden en om het recht om openbare ambten, bedieningen of betrekkingen te vervullen (*Parl. St.* Kamer 1998-99, nr. 1934/5, 37).

531 Meer bepaald werd verwezen naar art. 10 § 2 E.V.R.M.; art. 29 U.V.R.M. en art. 5 § 1 I.V.B.P.R. (*Parl. St.* Kamer 1998-99, nr. 1934/5, 2.).

1007. De rechten waarom het gaat, zijn de volgende: het recht om openbare ambten, bedieningen of betrekkingen te vervullen; het recht om verkozen te worden; het recht om enig ereteken te dragen of enige adellijke titel te voeren; het recht om gezworene of deskundige te zijn, als instrumentair of attesterend getuige bij akten op te treden; het recht om in rechte te getuigen anders dan om enkel inlichtingen te geven; het recht om deel uit te maken van enige familieraad, geroepen te worden tot het ambt van voogd, toeziende voogd of curator, behalve over hun eigen kinderen en op gunstig advies van de familieraad, of het ambt van gerechtelijk raadsman of voorlopig bewindvoerder uit te oefenen; het recht om wapens te dragen, deel uit te maken van de burgerwacht of te dienen bij het leger (art. 31 Sw.).

1008. De mogelijkheid van ontzetting bestaat bij toepassing van de Antiracismewet meer bepaald ingeval het “een misdrijf als bedoeld in de artikelen 1, 2, *2bis*, 3 en 4” van de wet betreft. Met andere woorden: voor alle onder de wet ressorterende misdrijven. De bepaling maakt het de rechter dus mogelijk om – naast het uitspreken van de reguliere straf – bij zelfs een eerste veroordeling op grond van de Antiracismewet ook de ontzetting te bevelen van de veroordeelde (natuurlijke) personen uit de genoemde rechten. Het betreft een bijkomende straf, naast de hoofdstraf.⁵³² De straf kan als zodanig niet afzonderlijk worden uitgesproken.⁵³³ Voorts is de optie niet bindend, maar (vooralsnog)⁵³⁴ facultatief: de rechter kan er ook voor kiezen de bijkomende straf niet op te leggen.⁵³⁵ In de praktijk blijkt dat de veroordeling hoogstzelden wordt uitgesproken.⁵³⁶ Ten slotte kan de straf – gezien het verbod op retroactiviteit – enkel van toepassing zijn op feiten die werden gepleegd na 5 juli 1999.⁵³⁷

§ 2. Algemene strafrechtelijke regels: Boek I Sw. (art. 6)

1009. Het zesde en laatste artikel van de Antiracismewet luidt: “alle bepalingen van het Eerste boek van het Strafwetboek, hoofdstuk VII en artikel 85 niet uitgezonderd,

⁵³² *Parl. St. Kamer* 1998-99, nr. 1934/5, 3.

⁵³³ C.G.K.R., *Aanpak discriminatie: regelgeving en rechtspraak*, 76.

⁵³⁴ De facultatieve aard van de bijkomende straf staat momenteel ter discussie: een wetsvoorstel dat strekt tot wijziging van de bepaling werd tijdens dit schrijven in overweging genomen. Indien goedgekeurd, dan zal de ontzetting moeten worden uitgesproken voor een periode van vijf jaar bij elke veroordeling op basis van de Antiracismewet of de Negationismewet, zonder dat hierbij verzachtende omstandigheden, opschorting van het vonnis of uitstel in aanmerking kunnen worden genomen (zie Wetsvoorstel met betrekking tot het verlies van bepaalde burgerlijke en politieke rechten, tot wijziging van de Wet van 30 juli 1981 tot bestraffing van bepaalde door racisme ingegeven daden, alsmede van de Wet van 23 maart 1995 tot bestraffing van het ontkennen, minimaliseren, rechtvaardigen of goedkeuren van de genocide die tijdens de Tweede Wereldoorlog door het Duitse nationaal-socialistische regime is gepleegd, *Parl. St. Kamer* 2003, nr. 185/1 (EERDEKENS)). Goedkeuring lijkt niet onwaarschijnlijk gezien het feit dat het kernkabinet zich achter de maatregel heeft geschaard (B. EECKHOUT, “Arena zet tanden in oprukkend racisme. Strijdsplan goedgekeurd tegen racisme en xenofobie”, *De Morgen* 15 juli 2004 en B. BRINCKMAN, “Federaal actieplan tegen racisme”, *De Standaard* 15 juli 2004, 5). Zie evenwel kritisch E. CLAES en J. VRIELINK, “Antiracisme en rechtsstatelijke strafrechtspleging”, *NjW* 2005, nr. 99, 151-168.

⁵³⁵ *Parl. St. Kamer* 1998-99, nr. 1934/1, 3.

⁵³⁶ Voorzover wij konden achterhalen is de straf slechts een keer opgelegd, meer bepaald in: Corr. Antwerpen 9 september 2003, [www.antiracisme.be \(rechtspraakoverzicht\)](http://www.antiracisme.be/rechtspraakoverzicht). Het betrof de V.H.O.-zaak (cf. *infra* nrs. 1105-1108).

⁵³⁷ W. MAHIEU, *l.c.*, 2 en C.G.K.R., *Aanpak discriminatie: regelgeving en rechtspraak*, 76.

zijn van toepassing op de misdrijven omschreven in deze wet”. Identieke bepalingen zijn opgenomen in zowel de Negationisme- als Antidiscriminatiewet (resp. art. 3 en art. 16), zodat de volgende bespreking *mutatis mutandis* ook geldt voor de strafrechtelijke bepalingen van de betreffende wetten.

1010. Het eerste Boek (art. 1-100*bis*) van het Strafwetboek – “De misdrijven en de bestraffing in het algemeen” – omvat tien hoofdstukken, waarin de algemene regels geformuleerd worden die – behoudens andersluidende bepalingen – ook van toepassing zijn op het bijzonder strafrecht (waaronder de Antiracismewet).⁵³⁸ Een uitzondering geldt hierbij echter voor de regeling van de verzachtende omstandigheden (art. 85 Sw.) en van de strafbare deelneming (hoofdstuk VII Sw.). Met betrekking hiertoe geldt juist het omgekeerde: zij zijn niet van toepassing, tenzij de specifieke wet het uitdrukkelijk voorziet. In de Antiracismewet wordt dit dus gedaan.

1011. Uit deze toepasselijkheid vloeien een aantal belangrijke zaken voort. Een uitgebreide bespreking van deze strafrechtelijke aspecten zou ons te ver voeren. Daarom wordt volstaan met slechts de opsomming van enkele direct relevante aspecten.

*A. Plaats misdrijf*⁵³⁹

1012. Schending van de Antiracismewet is altijd strafbaar wanneer het gebeurt op het grondgebied van het Rijk. Hierbij maakt het niet uit of de daad gesteld wordt door Belgen of vreemdelingen. In bepaalde gevallen kan echter ook een inbreuk op de wet buiten het grondgebied van België worden bestraft. Het gaat hierbij om uitzonderingen op het territorialiteitsbeginsel, die beperkt zijn tot gevallen bij wet bepaald (art. 4 Sw.). Dit is bijvoorbeeld het geval wanneer het feit gepleegd is door

⁵³⁸ Zie L. DUPONT en R. VERSTRAETEN, *o.c.*, 96-98.

⁵³⁹ Zie o.m. J. COLAES en L. DORPE, “Geografische beperkingen aan de gelding van de strafwet”, *I.U.S.* 1979, 3-19; J. D’HAENENS, “De werking van de strafwet naar de plaats en de internationale rechtshulpverdragen”, in *Liber Amicorum Hermann Bekaert*, Gent, Snoeck-Ducaju en zoon, 1977, 96-109; L. DUPONT en R. VERSTRAETEN, *o.c.*, 139-154; J. GILISSEN, “L’application des lois pénales aux militaires à l’étranger dans les rapports européens”, in *Europees strafrecht*, Brussel, Presses Universitaires de Bruxelles, 1970, 299-343; A. MAHILLION, “Des extensions récentes à la possibilité de poursuites à raison d’infractions commises hors du territoire du Royaume”, *Rev. dr. pén.* 1948-49, 513-545; R. NYS, “La répression des actes illicites contre l’aviation civile”, *Rev. dr. pén.* 1971-72, 327-347; F. THOMAS, “De internationale gelding van de strafwet in de ruimte”, in A. DE NAUW en J. D’HAENENS (eds.), *Actuele problemen van strafrecht*, Antwerpen, Kluwer Rechtswetenschappen, 1988, 195-214; C. VAN DEN WYNGAERT, “De toepassing van de strafwet in de ruimte; enkele beschouwingen”, in *Liber Amicorum F. Dumon*, Antwerpen, Kluwer, 1983, 501-525 en J. SPREUTELS, “Escroquerie, chèque sans provision et compétence territoriale”, *Rev. dr. pén.* 1981, 237-258.

een Belg⁵⁴⁰ en er bovendien “op het feit straf gesteld is door de wet van het land waar het is gepleegd” (art. 7 § 1 V.T.Sv.).

1013. Indien het slachtoffer een vreemdeling (niet-Belg) is, dan nog is in bepaalde gevallen vervolging mogelijk. Wederom moet er dan ten eerste op het feit een straf staan in het land waar het gepleegd is. Voorts moet het Openbaar Ministerie dan een vordering instellen en er moet bovendien een voorafgaande klacht zijn van de benadeelde vreemdeling of van zijn familie, of een voorafgaand officieel bericht van de overheid op wiens grondgebied het feit is gepleegd aan de Belgische overheid (art. 7 § 2 V.T.Sv.). Dit laatste dient om dubbele vervolgingen te vermijden.

1014. Ten slotte geldt voor eenieder die aan de militaire wetten is onderworpen, dat hij voor willekeurig welk misdrijf vervolgd kan worden in België (art. 10*bis* lid 1 V.T.Sv.).⁵⁴¹ Voor wat betreft de Antiracismewet is dit in het verleden ook reeds gebeurd.⁵⁴²

B. Immuniteiten

1015. Op verschillende personen is de Antiracismewet niet zonder meer van toepassing, voor hen gelden specifieke regels.⁵⁴³ Enerzijds worden die beperkingen ingegeven door nationaal publiekrecht, anderzijds door het internationaal publiekrecht.⁵⁴⁴ Wat betreft het eerste genieten een aantal categorieën van personen (een zekere) parlementaire onverantwoordelijkheid en -onschendbaarheid.⁵⁴⁵ Het gaat hierbij om leden van het federale parlement, leden van de Gemeenschaps- en Gewestraden, ministers, staatssecretarissen en leden van de Gemeenschaps- en Gewestregeringen.

1016. De parlementaire *onverantwoordelijkheid* die deze personen genieten is beperkt van aard. Geen van hen kan worden vervolgd of aan een onderzoek worden

540 Het gaat hier om het actief personaliteitsbeginsel, krachtens hetwelk onderdanen van een staat aan diens wetten onderworpen blijven, ook wanneer zij zich buiten het grondgebied bevinden. Naast dit beginsel bestaan er nog een aantal andere beginselen op grond waarvan vervolging van in het buitenland gepleegde misdrijven mogelijk is (t.w. het passief personaliteitsbeginsel, het beschermingsbeginsel en het universaliteitsbeginsel), deze zijn evenwel, in het kader van de Antiracismewet, van ondergeschikt belang.

541 Hetzelfde geldt voor degenen die in welke hoedanigheid dan ook verbonden zijn aan een onderdeel van het leger dat zich op buitenlands grondgebied bevindt en voor degenen die gemachtigd zijn om een troepenkorps dat van dit leger deel uitmaakt, te volgen (art. 10*bis* lid 2 V.T.Sv.).

542 Zie Krijgshof Brussel 17 december 1997, *J.T.* 1998, 286; Krijgshof Brussel 7 mei 1998, C.G.K.R., *De wet van 30 juli 1981 tot bestraffing van bepaalde door racisme of xenofobie ingegeven daden: rechtspraak antiracisme*, 278.

543 Zie uitgebreid C. VAN DEN WYNGAERT, *o.c.*, 647-667; L. DUPONT en R. VERSTRAETEN, *o.c.*, 154-158.

544 L. DUPONT en R. VERSTRAETEN, *o.c.*, 154.

545 De parlementaire strafrechtelijke onverantwoordelijkheid is geregeld in art. 58 G.W. Art. 59 G.W. regelt de parlementaire (strafrechtelijke) onschendbaarheid. Art. 120 G.W. maakt deze (strafrechtelijke) immuniteiten tevens toepasselijk op alle leden van de Gemeenschaps- en Gewestraden. Art. 101 lid 2 G.W. behelst de analoge bepaling voor ministers en het laatste lid van art. 104 G.W. heeft betrekking op de federale staatssecretarissen. Dezelfde immuniteit voor wat betreft de Gemeenschaps- en Gewestregeringen, is geregeld in art. 124 G.W.

onderworpen naar aanleiding van een mening of stem, in de uitoefening van zijn ambt of functie uitgebracht. Het biedt dus enkel bescherming aan de meningsuiting: in het kader van de Antiracismewet dus in de eerste plaats voor wat betreft de bepalingen in artikel 1 lid 3 (het “aanzetten tot” en het “publiekelijk uiten van een voornemen”).⁵⁴⁶ Ook gaat het alleen om uitingen gedaan in de uitoefening van de functie: de immuniteit betreft dus niet het publiekelijk optreden op radio of tv of tijdens openbare bijeenkomsten.

1017. De *onschendbaarheid* die deze personen genieten varieert al naar gelang de categorie waarom het gaat. *Grosso modo* kan echter worden gezegd dat deze beschermingsstelsels niet zover gaan dat zij de bewuste personen vrijstellen van alle strafrechtelijke verantwoordelijkheid. Het gaat om tijdelijke en voorwaardelijke beletsels voor het instellen of voortzetten van strafrechtelijke vervolging.⁵⁴⁷

1018. Wat betreft immuniteiten volgens internationaal publiekrecht kan gedacht worden aan buitenlandse staatshoofden die in die hoedanigheid op Belgisch grondgebied verblijven. Zij genieten in beginsel een onbeperkte en absolute strafrechtelijke immuniteit. Ook diplomatieke ambtenaren en hun officiële personeel en inwonende gezinsleden genieten immuniteit. De immuniteit die deze personen genieten kan eventueel worden opgeheven door de zendstaat, waarna de ontvangststaat gerechtigd is de diplomaat te vervolgen.⁵⁴⁸ Het precieze beschermingsstelsel zoals dat momenteel geldt voor de laatste groep wordt geregeld door het Verdrag van Wenen inzake diplomatiek verkeer van 18 april 1961.⁵⁴⁹

C. Bijkomende straffen en andere veroordelingen

1019. Naast de in de bepalingen uitdrukkelijk gestelde straffen en de reeds besproken “ontzetting”, zijn er in bepaalde gevallen nog andere bijkomende straffen mogelijk of verplicht. Zo moet de rechter ten eerste bij veroordeling in sommige gevallen ook de “verbeurdverklaring” opleggen. Meer bepaald is (bijzondere) verbeurdverklaring verplicht van: (1) zaken die het voorwerp van het misdrijf uitmaken, en die welke gediend hebben of bestemd waren tot het plegen van het misdrijf, wanneer zij eigendom van de veroordeelde zijn; (2) zaken die uit het misdrijf voortkomen (art. 42 Sw.). Het kan *in casu* gaan om zaken als bordjes met gewraakte teksten (“verboden toegang voor vreemdelingen”), racistische publicaties, tekeningen of affiches enz.⁵⁵⁰ Daarnaast kan de rechter ook vermogensvoordelen die rechtstreeks verkregen zijn uit het misdrijf verbeurdverklaren (art. 42, 3° Sw.), zoals de

⁵⁴⁶ In mindere mate ook voor wat betreft art. 3, wanneer het gaat om het *verkondigen* van segregatie.

⁵⁴⁷ Voor een heldere en beknopte behandeling van deze materie, zie L. DUPONT en R. VERSTRAETEN, *o.c.*, 154-158.

⁵⁴⁸ Consulaire ambtenaren die geen diplomatieke ambtenaren zijn, genieten slechts een immuniteit inzake strafrechtelijke vervolging en veroordeling voor zover het gaat om handelingen gesteld binnen de uitoefening van de consulaire werkzaamheden (art. 43 Verdrag van Wenen).

⁵⁴⁹ Goedgekeurd bij Wet 30 maart 1968 (*B.S.* 6 juni 1968).

⁵⁵⁰ B. DEJEMEPPE, *l.c.*, 337; E. BOUTMANS, “De toepassingsmogelijkheden van de herziene racismewet”, *l.c.*, 78-79 en C.G.K.R., *Aanpak discriminatie: regelgeving en rechtspraktijk*, 76.

middelen verkregen uit publicaties die aanzetten tot discriminatie, haat of geweld.⁵⁵¹ Ingeval van veroordeling van rechtspersonen bestaat voorts de (facultatieve) mogelijkheid voor de rechter om de ontbinding uit te spreken, wanneer de rechtspersoon opzettelijk is opgericht om de strafbare werkzaamheden te verrichten waarvoor hij werd veroordeeld (art. 7bis en art. 35 Sw.).⁵⁵²

1020. Vanwege het ontbreken van een uitdrukkelijke bepaling terzake kan tenslotte de publicatie van het vonnis (of arrest) niet bevolen worden als bijkomende straf.⁵⁵³ Volgens bepaalde rechtsleer kan de maatregel eventueel wel worden opgelegd als een vorm van burgerlijk herstel of schadevergoeding.⁵⁵⁴ Bij sommige toepassingen is dat ook gebeurd.⁵⁵⁵ De rechtbank oordeelt vrij over dit verzoek.⁵⁵⁶ Soms wordt de vraag hiertoe dan ook geweigerd, om uiteenlopende redenen, zoals de jonge leeftijd van de veroordeelde⁵⁵⁷, de verstreken tijd sinds de feiten⁵⁵⁸, het risico dat publicatie het geschil verder zou aanwakkeren⁵⁵⁹ en de bescherming van de openbare rust.⁵⁶⁰

D. Poging

1021. Pogingen tot misdrijven kunnen (enkel) in bij wet bepaalde gevallen strafbaar zijn (art. 53 Sw.). Daar de bepalingen van de Antiracismewet (en van de Antidiscriminatie- en Negationismewet) dienaangaande het zwijgen bewaren, is poging tot de misdrijven uit die wet niet strafbaar.⁵⁶¹ Enkel wanneer de omschreven misdrijven voltooid zijn, is vervolging mogelijk.⁵⁶² VAN LAETHEM wijst er op dat het bijvoorbeeld niet mogelijk is om bestraft te worden voor het feit dat men een aanvraag indient om lid te worden van een racistische groepering. De wet bestraft het lidmaatschap, maar niet de poging om lid te worden.⁵⁶³

551 E. BOUTMANS, “De toepassingsmogelijkheden van de herziene racismewet”, *l.c.*, 78-79 en C.G.K.R., *Aanpak discriminatie: regelgeving en rechtspraak*, 76.

552 Tot op heden heeft de rechter hiervan bij toepassing van de Antiracismewet, voorzover bekend, geen gebruik gemaakt (deels vanwege het feit dat meestal natuurlijke personen worden vervolgd).

553 In het oorspronkelijke voorstel-GLINNE was publicatie van het vonnis als een mogelijke bijkomende straf opgenomen. In de uiteindelijke tekst werd het echter niet behouden. Ook bij de verschillende herzieningen is het – voor 2003 – zelden uitdrukkelijk ter sprake gekomen (zie voor een uitzondering *Hand. Kamer* 1993-94, 1410). In de Negationismewet is deze bijkomende straf wel uitdrukkelijk voorzien (*cf. infra* nr. 1110).

554 C.G.K.R., *Aanpak discriminatie en racisme*, 67.

555 Zie o.m. Brussel 8 november 1991, C.G.K.R., *De wet van 30 juli 1981 tot bestraffing van bepaalde door racisme of xenofobie ingegeven daden: rechtspraak antiracisme*, 129.

556 E. BOUTMANS, “De toepassingsmogelijkheden van de herziene racismewet”, *l.c.*, 82.

557 Corr. Charleroi 23 december 1987, *T. Vreemd.* 1987-88, 22.

558 K.I. Luik 28 maart 1991, C.G.K.R., *De wet van 30 juli 1981 tot bestraffing van bepaalde door racisme of xenofobie ingegeven daden: rechtspraak antiracisme*, 110.

559 Corr. Namen 23 september 1993, *Rev. dr. pén.* 1994, 920.

560 K.I. Luik 28 maart 1991, C.G.K.R., *De wet van 30 juli 1981 tot bestraffing van bepaalde door racisme of xenofobie ingegeven daden: rechtspraak antiracisme*, 110.

561 Vgl. Cass. 19 november 1934, *Pas.* 1935, I, 56.

562 Op deze algemene regel bestaat evenwel binnen de Antiracismewet een uitzondering: hij die poogt om door middel van een valse handtekening van een openbaar ambtenaar discriminatie te bedrijven tegen vreemdelingen of hen een recht te ontzeggen waarop zij aanspraak kunnen maken, is wel strafbaar (zie W. VAN LAETHEM, *o.c.*, 35).

563 W. VAN LAETHEM, *o.c.*, 34-35. Vgl. E. BOUTMANS, “De toepassingsmogelijkheden van de herziene racismewet”, *l.c.*, 79.

E. Samenloop en opslorping

1022. Vaak gebeurt het dat een beklaagde in “racisme-zaken” voor meerdere feiten tegelijk wordt vervolgd (bv. slagen en verwondingen en “aanzetten tot”, of verschillende inbreuken op de Antiracismewet zelf). In dat geval worden de straffen samen uitgesproken, maar met maximaal het dubbele van de zwaarste straf (art. 60 Sw.). Als echter wordt geoordeeld dat de verschillende feiten de opeenvolgende en voortgezette uitvoering zijn van een zelfde misdadig opzet, dan wordt slechts één straf uitgesproken, en wel de “zwaarste”.⁵⁶⁴ Dit laatste gebeurt met enige regelmaat bij toepassing van de Antiracismewet, gezien de aard van de betrokken daden.⁵⁶⁵

1023. Ook als de beoordeling van de verschillende feiten niet tegelijk gebeurt, dan kan de rechter vrij oordelen over de eventuele “opslorping” door de eerste veroordeling (art. 65 Sw.). Bij veroordeling voor de nieuwe, maar voortgezette feiten volstaat dan de eerdere veroordeling. Ook dit heeft zich reeds voorgedaan bij toepassing van de Antiracismewet.⁵⁶⁶

F. Deelneming

1024. Niet alleen de directe daders van een misdrijf uit de Antiracismewet (of uit de Antidiscriminatiewet of Negationismewet) kunnen strafbaar zijn, maar in beginsel ook degenen die hen *bewust* hebben geholpen bij het plegen ervan (art. 66 en 67 Sw.). Een veelgenoemd voorbeeld in de rechtsleer is dat van de uitbater van een café of dancing, die de kelner of buitenwipper de opdracht geeft vreemdelingen bediening of toegang te weigeren. Een ander voorbeeld is dat van een agent van een immobiliënkantoor die de discriminatoire instructies van een eigenaar-verhuurder opvolgt.⁵⁶⁷ Inmiddels zijn dergelijke handelingen echter ook zelfstandig strafbaar (art. 1 lid 2 Antiracismewet).

G. Verzachtende omstandigheden

1025. De rechter kan – gezien de toepasselijkheid van artikel 85 Sw. – bij veroordeling op grond van alle strafrechtelijke antidiscriminatiewetgeving verzachtende omstandigheden in aanmerking nemen, die tot een lagere strafmaat kunnen leiden. Concreet kan hierdoor de (correctionele) boete zakken tot een minimum van 1 euro (vermeerderd met de wettelijke opdecimen) en de eventuele gevangenisstraf tot een minimum van 1 dag (art. 85 Sw. *j^o* art. 28 en 38 Sw.). Ook kan de rechter volstaan

564 Tussen de strafbare daden kiest de rechter voor sanctionering dan datgene met de hoogste maximumstraf, hij is echter niet verplicht dat maximum ook uit te spreken (zie ook E. BOUTMANS, “De toepassingsmogelijkheden van de herziene racismewet”, *l.c.*, 78).

565 Zie o.m. Corr. Leuven 8 februari 1999, C.G.K.R., *De wet van 30 juli 1981 tot bestraffing van bepaalde door racisme of xenofobie ingegeven daden: rechtspraak antiracisme*, 334.

566 Luik 5 februari 2003, www.antiracisme.be (rechtspraakoverzicht). Het ging om feiten gepleegd door Hubert D. die een speech, waarvoor hij eerder veroordeeld was n.a.v. het voorbrengen ervan, in een later stadium nog eens publiceerde (*cf. supra* nr. 1003).

567 C.G.K.R., *Op-stap naar gelijkwaardigheid. Jaarverslag 1994*, 62 en B. DEJEMEPPE, *l.c.*, 337.

met het opleggen van slechts één van de voorziene straffen (art. 85 Sw.), een mogelijkheid die de Antiracismewet zelf ook reeds biedt, maar de Negationismewet niet. Als enkel een gevangenisstraf bepaald is – zoals in artikel 4 Antiracismewet – dan kan de rechter die straf vervangen door een geldboete van maximaal 500 euro (vermeerderd met de wettelijke opdecimen).

H. Verval van de strafvordering

1026. Relevant zijn ten slotte nog de regels inzake het verval van de strafvordering (en van de burgerlijke rechtsvordering) uit de voorafgaande titel van het Wetboek van Strafvordering. Verschillende zaken kunnen namelijk leiden tot het verval van een vordering op basis van de Antiracismewet. Ten eerste, leidt het eventuele overlijden van de dader tot verval van de strafvordering, de burgerlijke vordering kan nog worden uitgeoefend tegen de rechtsopvolgers van de verdachte (art. 20 V.T.Sv.). Voorts kan verjaring een grond zijn voor verval. Wat betreft feiten vallend onder de Antiracismewet is de verjaringstermijn in beginsel een periode van vijf jaren te rekenen van de dag waarop het misdrijf is gepleegd (art. 21 V.T.Sv.). De verjaring wordt geschorst vanaf de dag van de zitting waarop de strafvordering bij het vonnisgerecht wordt ingeleid (art. 24 V.T.Sv.).

Afdeling 2. Handhaving

1027. Kenmerkend voor de handhaving van de Antiracismewet is het pro-actieve handhavingsapparaat, met aan de ene kant controlerende ambtenaren en aan de andere kant de mogelijkheden voor bepaalde rechtspersonen, in het bijzonder het C.G.K.R., om (o.m.) op te treden in rechte in geval van schending van de wet.⁵⁶⁸

§ 1. Arbeidsinspectie (art. 5ter)

1028. In de eerste plaats is het uiteraard aan politieambtenaren – meer bepaald aan officieren van de gerechtelijke politie – om misdrijven op te sporen, vast te stellen en om deze vervolgens ter kennis te brengen van het Openbaar Ministerie. Artikel 5ter van de wet stelt echter:

Onverminderd de bevoegdheden van de officieren van de gerechtelijke politie, houden de door de Koning aangewezen ambtenaren toezicht op de naleving van deze wet en de uitvoeringsbesluiten ervan.

Deze ambtenaren oefenen dit toezicht uit overeenkomstig de bepalingen van de Wet van 16 november 1972 betreffende de arbeidsinspectie.

1029. Naast de officieren van de gerechtelijke politie, zijn voor het toezicht op de Antiracismewet (alsook op de Antidiscriminatiewet) dus bijkomende ambtenaren

568 D. VANHEULE, *l.c.*, 395 en J. HOFKENS en S. DEMEESTERE, *o.c.*, 32.

bevoegd. Concreet worden hierbij de sociale inspecteurs bedoeld; de leden van de arbeidsinspectie.⁵⁶⁹ Hun bevoegdheden zijn beperkt tot het domein van de arbeidsrelaties.⁵⁷⁰ Het toezicht dat zij uitoefenen, vindt – luidens het tweede lid van artikel 5ter – plaats overeenkomstig de Wet van 16 november 1972 betreffende de arbeidsinspectie. Dit betekent onder meer dat de inspecteurs jaarlijks een routine-bezoek brengen aan iedere onderneming, die bestaat in een algemene controle op de toepassing van de(ze en andere) wet(ten) in de onderneming. Daarnaast zijn ook nog bijzondere bezoeken (of opgelegde controles) alsook systematische controles mogelijk. Hierbij heeft de inspecteur verregaande bevoegdheden.

1030. Zo mogen inspecteurs op elk ogenblik van de dag of de nacht, zonder voorafgaande verwittiging, vrij binnengaan in plaatsen die aan hun toezicht onderworpen zijn.⁵⁷¹ Hierbij staat het hen vrij de werkgever al dan niet op de hoogte te brengen, naargelang dit hen zelf opportuun lijkt. Op locatie mogen de inspecteurs onderzoeken, controles en enquêtes instellen en inlichtingen inwinnen grotendeels naar eigen inzicht en met ruime bevoegdheden.⁵⁷² Ten slotte beschikt de inspecteur over een aantal actiemiddelen om een einde te maken aan de onregelmatigheden die bij controles en onderzoeken worden vastgesteld. Deze gaan van het simpelweg signaleren van een probleem, via het geven van raad of waarschuwingen vergezeld van een termijn waarbinnen aan de voorschriften moet zijn voldaan⁵⁷³, tot het (onmiddellijk) opmaken van een P.V. dat overgebracht kan worden aan de arbeids-auditeur en het invoeren van de bijstand van de politie.⁵⁷⁴ De inspecteur heeft bij het beoordelen van welke van deze maatregelen in een concreet geval het meest aange-
wezen zijn een ruime discretionaire bevoegdheid.

569 *Parl. St. Kamer* 2000-01, nr. 1407/1, 12; *Parl. St. Senaat* 2000-01, nr. 2-12/6, 6. Zie ook Arbitragehof nr. 157/2004, 6 oktober 2004, B.81. Het Arbitragehof acht – in tegenstelling tot hetgeen eisers beweerden – de toegekende bevoegdheid niet van een uitzonderlijke strekking: “In het licht van de algemene doelstelling van de Anti-discriminatiewet, in het algemeen, en de E.G.-Richtlijnen 2000/43/EG en 2000/78/EG, in het bijzonder, is die maatregel redelijk verantwoord”.

570 *Parl. St. Kamer* 2000-01, nr. 1407/1, 27.

571 Alsook die plaatsen waarvan zij redelijkerwijze kunnen vermoeden dat daar personen tewerkgesteld zijn die onderworpen zijn aan de bepalingen van de wetgevingen waarop zij toezicht uitoefenen. Voor de eventuele toegang tot bewoonde lokalen moet de politierechter echter op voorhand toestemming hebben verleend. (art. 4 § 1 lid 1, 1° Arbeidsinspectiewet).

572 Zij hebben hierbij inzonderheid het recht om: (1) de werkgever en de werknemers te verhoren; (2) zich, zonder dat zij zich daarvoor hoeven te verplaatsen, elk krachtens de wet bij te houden document te doen overleggen en daarvan kopies te maken; (3) inzage en afschrift te nemen van ieder document dat zij nodig achten voor het vervullen van hun opdracht; (4) tegen ontvangstbewijs beslag te leggen op ieder document dat als bewijs kan dienen van een overtreding; (5) te eisen dat de wettelijk voorgeschreven mededelingen worden aangeplakt; (6) de identiteit te controleren van de personen die zich op de werkplek bevinden, van de personen te eisen dat zij identiteitsbewijzen overleggen, te trachten met andere middelen (foto-, film- of video-opnamen) de identiteit van de personen te achterhalen (art. 4 § 1 lid 1, 2° Arbeidsinspectiewet).

573 Art. 9 Arbeidsinspectiewet.

574 Art. 10 Arbeidsinspectiewet.

§ 2. Optreden in rechte en (overige) bevoegdheden C.G.K.R.

A. Optreden in rechte: “collectieve actie”⁵⁷⁵ (art. 5)

1. ALGEMEEN

1031. In de regel kunnen enkel rechtstreeks benadeelden een klacht neerleggen of een burgerlijke vordering uitoefenen onder het Belgische strafrecht.⁵⁷⁶ De Antiracismewet voorziet in zekere zin in een uitzondering op deze regel: artikel 5 verleent ook bepaalde rechtspersonen de mogelijkheid om op te treden in rechte in de rechtsgeschillen waartoe de wet aanleiding kan geven.⁵⁷⁷

1032. De reden voor het instellen van deze vorm van “collectieve actie” is om slachtoffers van racisme “te beschermen tegen pressie of gewoon tegen het psychologische klimaat dat hen ervan weerhoudt klacht in te dienen”.⁵⁷⁸ Ondanks deze verantwoording, was artikel 5 van de Antiracismewet waarin deze materie is neergelegd, “onbetwistbaar het artikel dat de grootste meningsverschillen heeft uitgelokt” in het parlement.⁵⁷⁹ De Raad van State had een gelijkkluidende bepaling reeds in 1974 sterk bekritiseerd, en zich tegen een dergelijke burgerlijke partijstelling van rechtspersonen gekant⁵⁸⁰, hoewel er ook destijds reeds vergelijkbare precedënten waren.⁵⁸¹ De Raad vreesde destijds voor een privatisering van de vervolging en het doorbreken van het monopolie van het O.M.:

Door verenigingen de mogelijkheid te bieden een vordering in te stellen, beoogt het voorstel veeleer de beteugeling en bijgevolg het voorkomen van de herhaling der overtredingen die afbreuk doen aan het gestelde doel, dan wel het bekomen van een vergoeding voor morele schade. De door hen ingestelde vordering ligt zeer dicht bij de openbare vordering die wordt ingesteld door de parketten bij de hoven en rechtbanken.⁵⁸²

1033. Dit advies werd herhaald in 1981.⁵⁸³ Ook tijdens de discussies in het parlement is bijzonder veel kritiek geuit op de burgerlijke partijstelling in ondersteuning en

575 Zie voor dit begrip K. WAGNER, “Collectieve acties in het Belgisch recht”, *P.&B./R.D.J.P.* 2001, 150 (vgl. K. WAGNER, “Collectieve acties in het Belgisch recht”, in A.W. JONGBLOED (ed.), *Samen sterk. Over het optreden in rechte van groeperingen*, Den Haag, Boom Juridische Uitgevers, 2002).

576 M. VAN DE PUTTE, *l.c.*, 201.

577 C.G.K.R., *De wet van 30 juli 1981 tot bestraffing van bepaalde door racisme of xenofobie ingegeven daden: rechtspraak antiracisme*, 32. De misdrijven uit de Antiracismewet betreffen echter geen klachtmisdrijven: ook zonder klacht of burgerlijke partijstelling kan het O.M. optreden.

578 *Parl. St.* Kamer 1980-81, nr. 214/9, 8. Zie ook *Parl. St.* Kamer 1979, nr. 214/9, 15.

579 *Parl. St.* Senaat 1980-81, nr. 594/2, 21. Ook de toenmalige regering was tegen het voorstel gekant (P. KONGS, *l.c.*, 15).

580 *Parl. St.* Kamer 1975, nr. 54/2.

581 Zie Wet 31 maart 1898 op de beroepsverenigingen (*B.S.* 8 april 1898); art. 4 Wet 5 december 1968 op de collectieve arbeidsovereenkomsten en de paritaire comités (*B.S.* 15 januari 1969); art. 57 Wet 14 juli 1971 op de handelspraktijken (*B.S.* 30 juli 1971). Vgl. B. RENSON, “Racisme, wet en publieke opinie”, *l.c.*, 18.

582 *Parl. St.* Kamer 1975, nr. 54/2, 3.

583 *Hand.* Senaat 24 juli 1981, 2265.

aanvulling op de kritiek van de Raad.⁵⁸⁴ Gewezen werd onder meer op het gevaar van het ontstaan van een parallelle justitie of zelfs van eventuele heksenjachten of een nieuwe inquisitie ingeval van overrijver van de particuliere instellingen, op de averechtse effecten die een dergelijk aanpak zou kunnen sorteren, op het risico dat de sereniteit van de rechtsbedeling in het gedrang zou worden gebracht en op het feit dat dit tot een vermenigvuldiging van het aantal rechtsgeschillen zou leiden.⁵⁸⁵ De wetgever besloot echter het beginsel van de burgerlijke partijstelling niet op te geven, vanwege het argument van de zwakke sociale en psychologische positie van de slachtoffers⁵⁸⁶, en omdat de toepassing van vergelijkbare wetgeving in Frankrijk bovendien de onmisbaarheid ervan zou hebben aangetoond als waarborg voor effectiviteit.⁵⁸⁷

1034. Relevant in dit opzicht is nog dat het Arbitragehof bij de toetsing van de Antidiscriminatiewet (*cf. infra* deel VI) oordeelde dat de betreffende bevoegdheid wel degelijk grondwetsconform is. Het Hof stelde meer bepaald:

De maatregel berust op een objectief criterium, namelijk de bijzondere aard van de betwistingen waarin het optreden in rechte mogelijk is; bovendien heeft de wetgever rekening kunnen houden met de bijzondere ervaring van de organisaties en verenigingen die gemachtigd zijn om in rechte op te treden. Onder meer rekening houdend met de bepalingen van de voormelde E.G.-richtlijnen [*bedoeld worden de Ras- en Kaderrichtlijn*] die dat type van collectieve vorderingen aanmoedigen (...), is die maatregel niet zonder

584 De minister bv.vreesde “dat de debatten daardoor nog woeliger zouden worden, dat druk zou worden uitgeoefend op de rechterlijke macht en dat de buitenlandse slachtoffers aldus gemanipuleerd kunnen worden door pressiegroepen” (*Parl. St.* Kamer 1980-81, nr. 214/9, 13).

585 Zie o.m. *Parl. St.* Kamer 1980-81, nr. 214/9, 8; *Parl. St.* Senaat 1980-81, nr. 594/2, 7, 22, 23, 28-30; *Parl. St.* Senaat 1980-81, nr. 594/3, 1; *Hand.* Senaat 18 juli 1981, 2224 en 2231; *Hand.* Senaat 24 juli 1981, 2284. Tijdens de voorbereidingen van de wijziging van 1994 – die deze bevoegdheid uitbreidde naar verschillende vertegenwoordigende organen uit de arbeidsfeer (*cf. supra* nr. 741) – werd deze kritiek hernomen (zie o.m. *Parl. St.* Senaat 1991-92, nr. 117/2, 42; *Parl. St.* Kamer 1993-94, nr. 1294/3, 18-19). Ook tijdens de wijziging van 1999 werden vergelijkbare opmerkingen gemaakt (*Parl. St.* Kamer 1998-99, nr. 1934/5, 11). De kritiek vond ook weerklank in de rechtsleer: S. PANCEIRA, “La loi du 30 juillet 1981: un pas vers l’accessibilité à la justice et vers la justice elle-même”, *J.P.* 1983, nr. 23, 33-34 en R. VERSTRAETEN, *De burgerlijke partij en het gerechtelijk onderzoek. Het slachtoffer in het strafproces*, Antwerpen, Maklu uitgevers, 1990, nr. 709-710.

586 Slachtoffers werden als bijzonder kwetsbaar beoordeeld en zouden dus meer behoefte hebben aan steun van buiten af, hetgeen de uitzonderingspositie zou verantwoorden (*Parl. St.* Kamer 1980-81, nr. 214/9, 29).

587 Het betrof hierbij de volgende Franse wet: Loi no 72-546 du 1 juillet 1972 relative à la lutte contre le racisme, *Journal Officiel* 2 juli 1972. Terzake werd het volgende gesteld: “Een grondige ontleding van de balans van zeven jaar toepassing van de Franse wet brengt immers aan het licht dat de toepassing ervan zelden door het Openbaar Ministerie zelf vereist werd. (...) In haast alle (...) tot op heden bekende gevallen is de mogelijkheid om zich burgerlijke partij te stellen van ongemeen groot belang gebleken (...). De meeste zaken die tot op heden krachtens de Wet van 1972 voor de Franse correctionele rechtbanken beslecht werden, werden aanhangig gemaakt na indiening van klachten waarbij de M.R.A.P. [Mouvement contre le Racisme et l’Antisémitisme et pour la Paix] of andere verenigingen zich burgerlijke partij stelden” (*Parl. St.* Kamer 1979, nr. 214/1, 4; zie ook *Parl. St.* Kamer nr. 214/9, 14 en 30). Ook zou in Frankrijk zijn gebleken dat “de vorderingen (...) niet tot overlast [hebben] geleid en de rechtbanken zijn door dat optreden niet herschapen in een forum voor ideologische twistgesprekken” (*Parl. St.* Kamer 1980-81, nr. 214/9, 30). Tegen deze argumenten werd aangevoerd dat “men zich niet moet laten beïnvloeden door de toestand in Frankrijk, aangezien onze parketten meer op eigen initiatief handelen” en dat men voorts vertrouwen behoort te stellen in de bestaande instellingen (*Parl. St.* Kamer 1980-81, nr. 214/9, 14 en 29).

redelijke verantwoording, zelfs niet wat de burgerlijke vordering in strafprocedures betreft.⁵⁸⁸

2. RECHTSPERSONEN

1035. De rechtspersonen waarom het gaat vallen uiteen in drie categorieën. In de eerste plaats is het Centrum voor Gelijkheid van Kansen en voor Racismebestrijding (sinds 1993) gerechtigd om in rechte op te treden (art. 5 lid 1).⁵⁸⁹ Naast dit voorde-
ringsrecht heeft het C.G.K.R. in relatie tot de Antiracismewet nog een aantal
bijkomende opdrachten en bevoegdheden (*cf. infra* nrs. 1047-1049).

1036. Een tweede categorie wordt gevormd door bepaalde “instellingen van open-
baar nut” en “verenigingen”. Met die eerstgenoemde ging het de wetgever in de
eerste plaats om de Belgische “Liga voor de verdediging van de Rechten van de
Mens”.⁵⁹⁰ Bij de tweede ging het destijds alleen nog om de V.Z.W. Mouvement
contre le racisme l’antisémitisme et la xénophobie (M.R.A.X.).⁵⁹¹ Meer in het
algemeen, gaat het echter om alle rechtspersonen van dit type die ten eerste op de
datum van de feiten⁵⁹² ten minste vijf jaar rechtspersoonlijkheid genieten⁵⁹³ en zich
ten tweede in hun statuten tot doel hebben gesteld de mensenrechten te verdedigen of
discriminatie te bestrijden (art. 5 lid 1).⁵⁹⁴

1037. Een derde categorie wordt gevormd door de verschillende representatieve
arbeidsorganisaties. “Teneinde een optimale toepassing van het (...) discriminatie-
verbod te verzekeren in de arbeidsverhoudingen”⁵⁹⁵, mogen ook zij sinds de wijzi-
ging van 1994 optreden in rechte, zij het *enkel* voor wat betreft de toepassing van
artikel 2bis (art. 5 lid 2).⁵⁹⁶ Meer bepaald gaat het om de volgende organisaties:

588 Arbitragehof nr. 157/2004, 6 oktober 2004, B.86. Het Hof verwijst meer bepaald naar art. 7 lid 2 Rasrichtlijn en art. 9 lid 2 Kaderrichtlijn.

589 Zie art. 7 Wet 15 februari 1993, B.S. 19 februari 1993.

590 Inmiddels opgesplitst in twee zusterorganisaties: de Nederlandstalige Liga voor Mensenrechten (www.mensenrechten.be) en de Franstalige Ligue des droits de l’Homme (www.liguedh.org).

591 *Hand.* Kamer 10 februari 1981, 1193.

592 Dus niet op de datum van bv. de rechtsvordering. Vgl. E. BOUTMANS, *o.c.*, 31; W. BRUGGE-
MAN en P. LAMBERT, *l.c.*, 125 en C.G.K.R., *Aanpak discriminatie en racisme*, 64.

593 Een klacht van het V.O.C.O.M., waarbij een van de kopstukken van het Vlaams Blok gedagvaard
werd, werd onontvankelijk verklaard vanwege het niet-beschikken over de juiste termijn van
rechtspersoonlijkheid (zie P. KONGS, *l.c.*, 18).

594 De eisen zijn ingevoerd om het aantal instellingen, dat aanspraak kan maken op de bevoegdheid, te
beperken en om ervoor te zorgen dat hun optreden verantwoord zou zijn (*Parl. St.* Kamer 1980-81,
nr. 214/9, 30). De eis van vijf jaar rechtspersoonlijkheid is meer specifiek ontleend aan de Franse
wet terzake (*cf. supra* nr. 1033) en dient “om te voorkomen dat verenigingen zich naderhand
burgerlijke partij stellen met het oog op een bepaalde vordering” (*Parl. St.* Kamer 1979-80, nr. 214/
4, 3).

595 *Parl. St.* Senaat 1991-92, nr. 117/1, 6; *Parl. St.* Senaat 1991-92, nr. 117/2, 17.

596 Ingevoegd bij art. 6 Wet 12 april 1994, B.S. 14 mei 1994. Voor de vorm van de aanpassing had
art. 132 van de Wet 4 augustus 1978 tot economische heroriëntering (B.S. 17 augustus 1978)
overigens model gestaan. De bevoegdheid van de vakorganisaties is overigens met betrekking tot
art. 2bis zeker niet exclusief: ook de andere organisaties die voldoen aan de vereisten van art. 5
kunnen klacht indienen in arbeidszaken (zie ook R. STOKX, “De vernieuwingen aan de racisme-
wet: meer dan een laagje vernis?”, *l.c.*, 510).

1. de representatieve werkgevers- en werknemersorganisaties, zoals zij zijn bepaald in artikel 3 van de Wet van 5 december 1968 betreffende de collectieve arbeidsovereenkomsten en de paritaire comités;
2. de representatieve organisaties in de zin van de Wet van 19 december 1974 tot regeling van de betrekking tussen overheid en de vakbonden van haar personeel;
3. de representatieve organisaties van de zelfstandigen.

1038. Deze lijst van rechtspersonen is exhaustief. Andere instellingen dan de genoemde komen in beginsel niet in aanmerking voor optreden in rechte met toepassing van de Antiracismewet. Nadere vereisten zijn er echter wel. De rechtspersoonlijkheid moet namelijk verworven en behouden blijven, volgens de bepaling in de wet op de V.Z.W. en de instellingen van openbaar nut.⁵⁹⁷ Dit houdt onder meer in dat de bewuste verenigingen jaarlijks hun ledenlijst moeten neerleggen.⁵⁹⁸ Verder gelden de gewone eisen van het (straf)procesrecht. Zo is de burgerlijke partij, met uitzondering van het C.G.K.R., gehouden een borgsom voor de gerechtskosten te storten wanneer zij de zaak in gang zet.⁵⁹⁹ De rechtspersonen hoeven echter geen eigen schade te bewijzen. Het volstaat dat er “afbreuk is gedaan aan hetgeen zij statutair nastreven”.⁶⁰⁰

3. BEVOEGDHEID

a. Algemeen

1039. Artikel 5 bepaalt niets over de draagwijdte van het collectief actierecht. Details over wat “in rechte optreden” precies inhoudt, werden niet in de Antiracismewet vastgelegd.⁶⁰¹ Bijgevolg heeft het begrip de betekenis die het normaal gesproken heeft in het Belgische (straf)procesrecht.⁶⁰² Dat wil zeggen dat de bewuste

⁵⁹⁷ C.G.K.R., *De wet van 30 juli 1981 tot bestraffing van bepaalde door racisme of xenofobie ingegeven daden: rechtspraak antiracisme*, 32.

⁵⁹⁸ Op grond van het in gebreke blijven terzake zijn vorderingen van verenigingen reeds onontvankelijk verklaard (zie bv. Corr. Brussel 26 mei 1986, www.antiracisme.be (rechtspraakoverzicht); Corr. Dendermonde 21 oktober 1986, *T. Vreemd.* 1986, nr. 40, 19; *Rev. dr. étr.* 1986, nr. 40, 111. In een ander geval werd echter eenvoudig over het niet-voldoen aan dit vereiste heengestapt, en geoordeeld dat het niet-neerleggen van de ledenlijst niet in de weg staat aan de burgerlijke partijstelling, zolang aan de anciënteitsvereiste is voldaan (Corr. Brussel 29 juni 2001, www.antiracisme.be (rechtspraakoverzicht)). Voorts is geoordeeld dat het niet-ononderbroken neerleggen van de ledenlijst in elk geval geen repercussies heeft op de vereiste termijn van rechtspersoonlijkheid, uit die “omstandigheid kan (...) niet worden afgeleid dat [de betrokken vereniging] geen rechtspersoonlijkheid bezat op de dag waarop zij haar toestand weer in orde bracht, maar enkel dat tegenover derden de uitoefening van haar met de rechtspersoonlijkheid verbonden rechten was opgeschort (Gent 21 april 2004, www.antiracisme.be (rechtspraakoverzicht)).

⁵⁹⁹ E. BOUTMANS, “De toepassingsmogelijkheden van de herziene racismewet”, *l.c.*, 82. Volgens bepaalde rechtspraak is de betreffende vereiste echter geen “essentiële en ook niet op straffe van nietigheid voorgeschreven formaliteit”, zodat zij nog “kan worden hersteld in graad van beroep” (Gent 21 april 2004, www.antiracisme.be (rechtspraakoverzicht)).

⁶⁰⁰ E. BOUTMANS, *o.c.*, 31.

⁶⁰¹ K. WAGNER, *l.c.*, 157.

⁶⁰² E. BOUTMANS, “De toepassingsmogelijkheden van de Racisme-wet”, *Panopticon* 1989, 51.

rechtspersonen bij een vermeende schending van de wet de volgende mogelijkheden hebben.

1040. Ten eerste kunnen zij eenvoudige klacht neerleggen bij de procureur des Konings. Hiermee wordt de zaak slechts aangekaart bij de bevoegde gerechtelijke overheid, zonder dat dit noodzakelijk gevolgen hoeft te hebben op het gebied van feitelijke procesvoering: het O.M. is vrij om de zaak niet te vervolgen.⁶⁰³ Een tweede mogelijkheid houdt in dat de rechtspersonen een klacht neerleggen met burgerlijke partijstelling voor de onderzoeksrechter, die dan verplicht is de zaak te onderzoeken. Voorts beschikken de rechtspersonen over de mogelijkheid van een “rechtstreekse dagvaarding”, in welk geval zij de beklaagde(n) direct dagen voor de correctionele rechtbank alsmede voor de burgerlijke kamers.⁶⁰⁴ In beide laatste gevallen kan de klacht niet zonder gevolg worden geseponneerd. Indien het Openbaar Ministerie zelf het besluit heeft genomen om de vermeende dader te vervolgen, dan kunnen de rechtspersonen zich ten slotte aansluiten bij de procedure als burgerlijke partij. Dit kan tot en met de dag van de zitting van de rechtbank zelf, tot aan de sluiting van de debatten.⁶⁰⁵ De rechtspersoon wordt dan een partij in een geschil dat reeds hangende is.⁶⁰⁶ Het is evenwel onmogelijk om voor het eerst op te treden als burgerlijke partij wanneer de zaak reeds in hoger beroep wordt behandeld.⁶⁰⁷

1041. Daar de wetgever heeft bepaald dat de mogelijkheid om in rechte op te treden geldt voor “alle rechtsgeschillen”, is er door verschillende auteurs op gewezen dat de bevoegdheid zich daarmee ook uitstrekt tot andere dan strafrechtelijke procedures.⁶⁰⁸ Zo kunnen de genoemde rechtspersonen bijvoorbeeld een kort geding aanspannen op basis van de wet⁶⁰⁹, of een burgerlijke vordering instellen.⁶¹⁰

b. Optreden namens individuele slachtoffers – optreden in eigen naam

1042. Binnen deze algemene bevoegdheid moet een nader onderscheid gemaakt worden tussen enerzijds zaken waarbij de genoemde rechtspersonen optreden in rechte in naam van individuele slachtoffers van rassendiscriminatie en anderzijds zaken waarin zij in eigen naam optreden.

603 C.G.K.R., *Aanpak discriminatie: regelgeving en rechtspraak*, 73 en C. VAN DEN WYNGAERT, I. VAN DAELE en S. VANDEGINSTE, *l.c.*, 114.

604 K. WAGNER, *l.c.*, 157; B. DEJEMEPPE, *l.c.*, 335; W. MAHIEU, *l.c.*, 27 en C. VAN DEN WYNGAERT, I. VAN DAELE en S. VANDEGINSTE, *l.c.*, 114.

605 X, “Anti-racismewetgeving”, *l.c.*, 165.

606 Het voordeel hiervan is dat dit goedkoop en weinig risicovol is: aangezien de burgerlijke partij niet degene was die de procedure heeft opgestart, draagt de staat en niet zij de kosten van het proces (C. VAN DEN WYNGAERT, I. VAN DAELE en S. VANDEGINSTE, *l.c.*, 114).

607 X, “Anti-racismewetgeving”, *l.c.*, 165.

608 Zie o.m. E. BOUTMANS, “De toepassingsmogelijkheden van de herziene racismewet”, *l.c.*, 83 en D. VOORHOOF, “Racismebestrijding en vrijheid van meningsuiting in België: wetgeving en jurisprudentie”, *l.c.*, 183 en T. VANDROMME, “Negationisme”, *Comm. Straf.* 2004, nr. 51.

609 Zie bv. Voorz. Kort Ged. Antwerpen 15 mei 2003, www.antiracisme.be (rechtspraakoverzicht). Hervormd in beroep: Antwerpen 8 maart 2004, *ongepubliceerd*.

610 C.G.K.R., *Aanpak discriminatie en racisme*, 66 en 70.

1043. Wat betreft het eerste: wanneer het gaat om een misdrijf als bedoeld in artikel 1 lid 3, 1^o, artikel 1 lid 3, 3^o, artikel 2 lid 1, artikel 2bis lid 1 en artikel 4 lid 1 – dus misdrijven gepleegd tegen een (natuurlijk) persoon – dan zijn de vorderingen enkel ontvankelijk als de rechtspersonen kunnen aantonen dat zij de instemming hebben verkregen van de bewuste individuen (art. 5 lid 3). Deze instemming dient uitdrukkelijk te worden bevestigd, nog voor de burgerlijke vordering wordt uitgeoefend.⁶¹¹ De reden voor invoeging van het betreffende vereiste is “om te voorkomen dat tegen de belangen van het slachtoffer in, de rechtbanken tot een forum worden omgevormd, terwijl het slachtoffer zelf geen herstel vraagt”.⁶¹²

1044. In de voorbereidingen is wel gesteld dat een eventuele latere intrekking van de instemming, zonder invloed blijft op een reeds op gang gebrachte strafvordering⁶¹³, hetgeen later herhaaldelijk bevestigd is in de rechtsleer.⁶¹⁴ Voorts blijft het ingeval van burgerlijke partijstelling door een van de genoemde rechtspersonen uiteraard mogelijk dat ook andere partijen zich burgerlijke partij stellen: deze mogelijkheid is niet (wederzijds) uitsluitend.⁶¹⁵

1045. Wanneer de racistische misdrijven evenwel niet zijn gepleegd “jegens personen die individueel worden beschouwd”⁶¹⁶, maar wanneer er gediscrimineerd wordt tegen een groep of gemeenschap, of wanneer een algemeen discriminatoir principe werkzaam is⁶¹⁷, dan kunnen de bewuste rechtspersonen ook optreden in eigen naam.⁶¹⁸

611 Cass. 13 juni 2000, www.antiracisme.be (rechtspraakoverzicht). Zie ook M. VAN DE PUTTE, *l.c.*, 201.

612 *Parl. St. Kamer* 1980-81, nr. 214/9, 21. Vgl. *Parl. St. Kamer* 1980-81, nr. 214/9, 30 en *Parl. St. Kamer* 1979-80, nr. 214/4, 4. Naar het oordeel van Senator STORME verviel met dit vereiste de “enige ernstige fundering” van het artikel – namelijk dat sommige individuen bang zouden zijn om enige procedure in te stellen uit vrees voor represailles – vanwege het feit dat de betrokkene expliciet instemming moet geven (*Parl. St. Senaat* 1980-81, nr. 594/3, 1; *Parl. St. Senaat* 1980-81, nr. 594/2, 22). Tijdens de voorbereidingen van de wijziging van 1994 is – ironisch genoeg met gebruik van het voorgaande argument – door hoofdindieners ERDMAN voorgesteld om het toestemmingsvereiste af te schaffen. Een bijkomend argument was dat een racistische daad hoe dan ook “minder gericht is tegen het slachtoffer in kwestie als individu dan tegen de groep personen waartoe het behoort” (*Parl. St. Senaat* 1991-92, nr. 117/2, 22). Dit voorstel is verworpen om verschillende redenen: ten eerste omdat het afbreuk zou doen aan de individuele vrijheid van slachtoffers om te beslissen al dan niet een vordering in te stellen en ten tweede omdat het een gevaar zou opleveren voor misbruiken door overijverige of fanatieke organisaties (*Parl. St. Senaat* 1991-92, nr. 117/1, 6; *Parl. St. Senaat* 1991-92, nr. 117/2, 7, 41. Zie ook K. WAGNER, *l.c.*, 157; B. RENSON, “Racisme, wet en publieke opinie”, *l.c.*, 12 en B. DEJEMEPPE, *l.c.*, 336; C.G.K.R., *De wet van 30 juli 1981 tot bestraffing van bepaalde door racisme of xenofobie ingegeven daden: rechtspraak antiracisme*, 33.).

613 *Hand. Kamer* 10 februari 1981 (Minister van Justitie).

614 Zie K. WAGNER, *l.c.*, 157; E. BOUTMANS, *o.c.*, 32; C.G.K.R., *Aanpak discriminatie: regelgeving en rechtspraktijk*, 74; W. MAHIEU, *l.c.*, 27 en C.G.K.R., *Aanpak discriminatie en racisme*, 67.

615 C.G.K.R., *Aanpak discriminatie: regelgeving en rechtspraktijk*, 75; C.G.K.R., *Aanpak discriminatie en racisme*, 67.

616 *Parl. St. Kamer* 1980-81, nr. 214/9, 21.

617 In de voorbereidingen luidt het: “wanneer verscheidene personen slachtoffer zijn van de daad of indien een bepaalde groep volledig getroffen wordt, verdwijnt de persoonlijkheid van ieder slachtoffer ten voordele van het door de daad getroffen ‘geheel’ en het eerste lid moet zonder beperking kunnen worden toegepast” (*Parl. St. Kamer* 1980-81, nr. 214/9, 42). Zie ook K. WAGNER, *l.c.*, 157.

618 De (morele) schadeloosstelling voor de bewuste rechtspersonen is doorgaans overigens beperkt. In het verleden kenden rechters vaak slechts één symbolische frank toe (zie o.m. Corr. Brussel 20 april 1983, *T. Vreemd*, 1983, 15; Brussel 8 november 1991, C.G.K.R., *De wet van 30 juli 1981 tot bestraffing van bepaalde door racisme of xenofobie ingegeven daden: rechtspraak antiracisme*, 129;

B. (Overige) bevoegdheden C.G.K.R.

1046. Naast de mogelijkheid om in rechte op te treden, heeft het C.G.K.R. – zoals gezegd – voor de toepassing van de Antiracismewet nog een aantal andere taken en opdrachten.⁶¹⁹ Deze zijn niet omschreven in de wet zelf, maar in de Wet van 15 februari 1993 tot oprichting van een Centrum voor Gelijkheid van Kansen en voor Racismebestrijding⁶²⁰ en in een aantal bijkomende K.B.'s.⁶²¹

1. ALGEMEEN

1047. Het C.G.K.R. werd als officiële federale instelling opgericht in 1993⁶²² en kan beschouwd worden als de “opvolger” van het Koninklijk Commissariaat voor het Migrantenbeleid.⁶²³ Institutioneel is het verbonden aan de diensten van de Eerste

→ Corr. Hasselt 26 juni 1996, www.antiracisme.be (rechtspraakoverzicht); Corr. March-en-Famenne 19 juni 1998, C.G.K.R., *De wet van 30 juli 1981 tot bestraffing van bepaalde door racisme of xenofobie ingegeven daden: rechtspraak antiracisme*, 290; Corr. Leuven 8 februari 1999, C.G.K.R., *De wet van 30 juli 1981 tot bestraffing van bepaalde door racisme of xenofobie ingegeven daden: rechtspraak antiracisme*, 334; Corr. Gent 29 februari 2000, www.antiracisme.be (rechtspraakoverzicht); Antwerpen 25 april 2000, www.antiracisme.be (rechtspraakoverzicht); Corr. Luik 28 december 2001, www.antiracisme.be (rechtspraakoverzicht)). Inmiddels is dit met de komst van de munt-unie “opgewaarderd” tot één euro. In een vonnis rechtvaardigt de Correctiebank van Hasselt een symbolische schadevergoeding (i.e. 1.000 BEF) voor de in rechte optredende rechtspersoon vanwege het feit dat het doel van het herstel er vooral in bestaat “de aandacht van beklaagden te trekken dat hun handelen in strijd is met de doelstellingen van de burgerlijke partij” zodat “de door beklaagden te betalen vergoeding dan ook eerder symbolisch is” (Corr. Hasselt 27 maart 1995, *A.J.T.* 1996-96, 416). Een andere rechtvaardiging voor een beperkte schadevergoeding wordt geboden door de Correctiebank van Luik. Die stelde dat een grote schadevergoeding voor de in rechte optredende rechtspersonen niet wenselijk zou zijn, omdat zij beter de indruk vermijden “de vouloir financer leurs activités avec l'argent de ceux qu'elles poursuivent” (Corr. Luik 21 december 1998, *J.L.M.B.* 1999, 78). Desalniettemin zijn er verschillende gevallen waarin de schadevergoeding voor de rechtspersoon aanmerkelijk hoger lag (zie o.m. Corr. Brussel 15 juli 1996, *Rev. dr. étr.* 1996, 415; *T. Vreemd.* 1996, 168 (100.000 BEF voor zowel M.R.A.X. als C.G.K.R.); Corr. Luik 22 juni 1993, www.antiracisme.be (rechtspraakoverzicht) (100.000 BEF voor M.R.A.X.); Corr. Brussel 22 december 1999, www.antiracisme.be (rechtspraakoverzicht) (100.000 BEF voor C.G.K.R.); Corr. Namen 23 september 1993, *Rev. dr. pén.* 1994, 920 (50.000 BEF voor M.R.A.X.); Corr. Brugge 30 december 2003, www.antiracisme.be (rechtspraakoverzicht) (1.250 euro voor C.G.K.R.); Gent 21 april 2004, www.antiracisme.be (rechtspraakoverzicht) (5.000 euro voor C.G.K.R., 2.500 voor de Liga)). In de regel is echter de vergoeding voor het (eventuele) directe slachtoffer altijd hoger dan voor de rechtspersoon. Slechts bij hoge uitzondering is dit niet het geval (zie ook C. VAN DEN WYNGAERT, I. VAN DAELE en S. VANDEGINSTE, *l.c.*, 137).

619 Zie voor de werking en activiteiten van het C.G.K.R. uitvoerig zijn verschillende jaarverslagen, (ook) te raadplegen op internet: www.antiracisme.be (publicaties).

620 B.S. 19 februari 1993. Gewijzigd door de Wetten van 13 april 1995 (B.S. 25 april 1995), 20 januari 2003 (B.S. 12 februari 2003) en 25 februari 2003 (B.S. 17 maart 2003).

621 Vooral belangrijk is hierbij het K.B. van 28 februari 1993 tot vaststelling van het organiek statuut van het Centrum voor Gelijkheid van Kansen en voor Racismebestrijding, B.S. 2 maart 1993 (gewijzigd bij K.B. van 9 februari 1995 (B.S. 22 februari 1995), K.B. van 20 mei 1996 (B.S. 31 mei 1996) en K.B. van 24 augustus 2001 (B.S. 20 september 2001)).

622 Zie overigens KONGS voor een zeer vroege oproep tot het instellen van een vergelijkbaar Centrum of Instituut, naar voorbeeld van het destijds Nederlandse initiatief terzake (het latere Landelijk Bureau ter Bestrijding van Rassendiscriminatie) en de Britse Commission for Racial Equality (P. KONGS, *l.c.*, 18).

623 M. VAN HAEGENBORGH, “Integratie, inpassing, inburgering, emancipatie en participatie. Het verhaal van de alloctonen in België tijdens de twintigste eeuw”, in *Welzijnsids*, Brussel, Kluwer Editorial, 1997, 14-16; F. TALHAOU, “De institutionele respons op het migrantenbeleid: eindelijk de waarheid of slechts uiterlijke schijn”, in K. DE FEYTER, M.-C. FOBLETS en B. HUBEAU (eds.), *Migratie- en migrantenrecht. Recente ontwikkelingen*, Brugge, die Keure, deel 1,

→

Minister. Voorts heeft het Centrum rechtspersoonlijkheid⁶²⁴ en is het onafhankelijk. Het bestuur is in handen van een Raad van bestuur, waarvan de leden benoemd zijn bij K.B.⁶²⁵ Het dagelijks bestuur is in handen van het zogenaamde “college”, bestaande uit vier coördinatoren⁶²⁶, een directeur en een adjunct-directeur.⁶²⁷

2. OPDRACHTEN, TAKEN EN BEVOEGDHEDEN

1048. De algemene opdrachten van het C.G.K.R. die (direct) relevant zijn voor de werking van de Antiracismewet betreffen vooral: “het bevorderen van de gelijkheid van kansen en het bestrijden van elke vorm van onderscheid, uitsluiting, beperking of voorkeur op grond van een zogenaamd ras, de huidskleur, afkomst, nationale of etnische afstamming”.⁶²⁸ Ter uitvoering van deze opdracht(en) beschikt het Centrum over een waaier aan taken en bevoegdheden.⁶²⁹

1049. Voor wat betreft de Antiracismewet betekent dit concreet dat het C.G.K.R. in de eerste plaats ter beschikking staat van slachtoffers (of getuigen) van racistische handelingen of uitlatingen. Het is daarbij bevoegd voor klachtbehandeling in de

→ 1994, 41-47; B. HUBEAU en M. VAN HAEGENBORGH, “De behandeling van racismeklachten door lokale meldpunten. Instrumenten in minderhedenbeleid en racisme-bestrijding?”, *Panopticon*, 1999, 288.

624 Dit is vooral relevant in het licht van het optreden in rechte. In strafzaken is burgerlijke partijstelling immers in beginsel alleen mogelijk indien een instelling of vereniging beschikt over rechtspersoonlijkheid.

625 K.B. van 3 juni 1993 tot benoeming van de Voorzitter, van de Ondervoorzitter en van de leden van de Raad van bestuur van het Centrum voor Gelijkheid van Kansen en voor Racismebestrijding (B.S. 9 juni 1993). De keuze voor leden van de Raad van bestuur vindt plaats op basis van “hun deskundigheid, hun ervaring, hun onafhankelijkheid en hun moreel gezag”. De feitelijke samenstelling van de Raad is tevens een zaak van politieke evenwichten. Op het moment van schrijven bestond zij uit 10 Nederlandstalige en 10 Franstalige leden en 1 Duitstalig lid, waarbij voor elk van deze leden een plaatsvervangend lid is voorzien. 14 van deze 21 worden hierbij benoemd bij voorstel van de Eerste Minister, de overige 7 worden voorgedragen door de Gemeenschaps- en Gewestregeringen. In al deze gevallen gebeurt de voordracht door middel van een dubbele lijst: voor elk mandaat moet steeds de kandidatuur van minstens 1 man en 1 vrouw worden voorgedragen. Vanuit de schoot van de leden van de Raad, worden ten slotte een voorzitter en een ondervoorzitter benoemd, die elk tot een verschillende taalrol behoren (zie K.B. tot vaststelling van het organiek statuut van het Centrum voor Gelijkheid van Kansen en voor Racismebestrijding, B.S. 2 maart 1993 (laatste wijziging K.B. van 24 augustus 2001 (B.S. 20 september 2001))).

626 Paritair ingedeeld per taalrol.

627 Voor al deze functies geldt dat benoeming plaatsvindt voor een (hernieuwbare) periode van 6 jaar.

628 Zie uitgebreid B. HUBEAU, “Het centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding, over begrippen en opdrachten”, *l.c.*, 495-502; F. TALHAOUÏ, “De institutionele respons op het migrantenbeleid: eindelijk waarheid of slechts uiterlijke schijn?”, in *Migratie- en Migranterecht: recente ontwikkelingen*, Brugge, die Keure, 1995 en J. CORNIL, “L’expérience du centre Belge pour l’égalité des chances et la lutte contre le racisme”, *Rev. trim. D.H.* 2001, 633-647. Naast de genoemde opdracht(en) heeft het C.G.K.R. nog een aantal bijkomende opdrachten, zoals: waken over het respect van de grondrechten van de vreemdelingen en het informeren over de aard en de grootte van de migratiestromen; ontwikkelen van dialoog en overleg tussen alle overheidsactoren en private actoren die betrokken zijn bij het opvang- en integratiebeleid van de immigranten; stimuleren van de bestrijding van de mensenhandel. Deze opdrachten hebben echter minder direct te maken met de juridische bestrijding van discriminatie en racisme en blijven hier dan ook verder onbesproken.

629 Naast het optreden in rechte (n.a.v. verschillende wetten), behoren o.m. de volgende zaken tot de bevoegdheden van het Centrum: het verrichten van studies en onderzoek; doen van aanbevelingen aan de overheid (o.m. i.v.m. discriminatieregeling), instellingen en privé-personen; adviesverstrekken; klachten ontvangen en behandelen; uitvoeren van bemiddelingsopdrachten; ondersteunen en begeleiden van instellingen en rechtshulpverleners enz. (art. 3 Wet 15 februari 1993).

ruimste zin van het woord: het kan kennis nemen van klachten, informatie verstrekken, discriminerende situaties onderzoeken, bemiddelend optreden en eventuele juridische stappen ondernemen (*cf. supra* nrs. 1031-1045).⁶³⁰ Een klacht indienen bij of een vraag richten aan het Centrum kan op verschillende manieren. Het kan om te beginnen ter plaatse, via rechtstreeks contact, zowel op het centrale kantoor in Brussel als bij de daartoe speciaal ingerichte lokale meldpunten.⁶³¹ Ook is melding mogelijk via briefwisseling, e-mail, fax of telefoon.⁶³² Naast slachtoffers kunnen ook andere instellingen en rechtshulpverleners terecht bij het C.G.K.R. voor eventuele ondersteuning en begeleiding.

630 Naar eigen zeggen van het C.G.K.R. vindt de selectie van deze cases plaats op basis van het feit dat het moet gaan om een flagrante inbreuk op de wet en de voorbeeldfunctie die door middel van een vonnis kan worden gesteld, hiermee samenhangend wordt ook de slaagkans in de afweging betrokken.

631 Voor een overzicht van de (contactgegevens van) de lokale meldpunten, zie: www.antiracisme.be (links). Voor een behandeling van de regionale meldpunten, zie B. HUBEAU en M. VAN HAE-GENBORGH, "De behandeling van racismeklachten door lokale meldpunten. Instrumenten in minderhedenbeleid en racisme-bestrijding?", *l.c.*, 287-294.

632 De contactgegevens van het C.G.K.R. zijn als volgt: Koningsstraat 138, B-3000 Brussel. Tel. + 32 (0)2 212.30.00. Fax: + 32 (0)2 212.30.30. Groen nr. 0800 17364. Email: centrum@cntr.be. Op de site van de instelling zijn ook elektronische klachtformulieren te vinden.

SELECTE BIBLIOGRAFIE

- BATSELÉ, D., HANOTIAU, M. en DAURMONT, O., *La lutte contre le racisme et la xénophobie*, Brussel, Nemesis, 1992.
- BOUTMANS, E., “De toepassingsmogelijkheden van de herziene racismewet”, in FOBLETS, M.-C., HUBEAU, B. en TALHAOU, F. (eds.), *Migratie- en Migrantenrecht. Recente ontwikkelingen II*, Brugge, die Keure, 1996, 1-91.
- BRUGGEMAN, W. en LAMBERT, P., “Racisme”, in X, *Postal-Memorialis. Lexicon strafrecht, strafvordering en bijzondere wetten*, Brussel, Ced. Samsom, R10 (losbl.).
- C.G.K.R., *De wet van 30 juli 1981 tot bestraffing van bepaalde door racisme of xenofobie ingegeven daden: rechtspraak antiracisme*, Brussel, C.G.K.R., 1999.
- C.G.K.R., *Aanpak discriminatie en racisme*, Brussel, Politeia, 2004, 11-72.
- DEJEMEPPE, B., “De bestraffing van racistische gedragingen: stand van zaken anno 1996”, *Panopticon* 1996, 313-346.
- JACQUEMIN, J.-M., “La loi du 30 juillet 1981 tendant à réprimer certains actes inspirés par le racisme et la xénophobie: chronique d’une loi mal appliquée”, *L’année sociale* 1987, nr. 2, 119-130.
- MAHIEU, W., “Racisme en ontkenning van genocide”, in GORLÉ, F. (ed.), *Strafrechtelijke kwalificaties met jurisprudentie, bijzondere wetten*, Brugge, die Keure, X (losbl.).
- RENSON, B., “Le racisme, la loi et l’opinion publique – commentaire sur la loi du 30 juillet 1981 tendant à réprimer certains actes inspirés par le racisme et la xénophobie”, *Rev. dr. étr.* 1985, nr. 32, 1-20.
- STOCKX, R., “De vernieuwingen aan de racismewet: meer dan een laagje vernis?”, *Panopticon* 1994, 503-511.
- VAN DE PUTTE, M., “Wet racisme en xenofobie: 20 jaar rechtspraak”, *T. Vreemd.* 2001, nr. 3, 189-201.
- VAN LAETHEM, W., *Vademecum Racismewet. Een beknopte bespreking van de wet van 30 juli 1981 tot bestraffing van bepaalde door racisme en xenofobie ingegeven daden*, Brussel, Ministerie van Binnenlandse Zaken, 1996.
- VELAERS, J., “Verdraagzaamheid ook t.a.v. onverdraagzamen? Enkele beschouwingen over de beteugeling van racistische en xenofobe uitingen in een democratische samenleving”, in X, *Recht en verdraagzaamheid in de multiculturele samenleving*, Antwerpen, Maklu, 1993, 303-347.
- VOORHOOF, D., *Handboek mediarecht*, Brussel, Larcier, 2003, 81-107.
- VRIELINK, J., SOTTIAUX, S. en DE PRINS, D., “Het Vlaams Blok-arrest, artikel 150 van de Grondwet en de interpretatie van de antiracismewet”, *T. Vreemd.* 2004, nr. 2, 89-112.

Deel V

Negationismewet

HOOFDSTUK 1. ACHTERGRONDEN EN ONTSTAANSGESCHIEDENIS

Afdeling 1. Totstandkoming

§ 1. Oorspronkelijk(e) voorstel(len)

1050. De Wet van 23 maart 1995 tot bestraffing van het ontkennen, minimaliseren, rechtvaardigen of goedkeuren van de genocide die tijdens de Tweede Wereldoorlog door het Duitse nationaal-socialistische regime is gepleegd¹, ook wel (Anti)negationisme- of Revisionismewet² genoemd, kwam voort uit een wetsvoorstel – ingediend in de Kamer op 30 juni 1992 – van EERDEKENS en MAYEUR.³ Een nagenoeg identiek voorstel werd enkele maanden later – meer bepaald op 3 november 1992 – ingediend in de Senaat door LALLEMAND, ERDMAN, DE DONNEA, JONCKHEER, WINTGENS, MAES en TAVERNIER.⁴ Het laatste werd bij het Kamer-initiatief gevoegd en vervallen verklaard.⁵

1 B.S. 30 maart 1995; *err.* B.S. 22 april 1995. Gewijzigd bij Wet 7 mei 1999 (B.S. 25 juni 1999).

2 ERDMAN stelt dat deze benaming meer gepast zou zijn. Voor de feiten die de wet strafbaar stelt moet naar zijn oordeel “niet zozeer de terminologie ‘revisionisme’, maar wel het woord ‘negationisme’ (...) worden gebruikt. Het negeren van het historisch feit dat (...) wordt bedoeld werd door de commissie als een strafbaar feit beschouwd. Dit heeft helemaal niets te maken met de benadering van historici van het verleden en/of eventuele herschrijving van de geschiedenis die mogelijkerwijze onder de term ‘revisionisme’ wordt verstaan – weze het dat deze term nu wordt misbruikt” (*Hand. Senaat* 8 maart 1995, 1476). Zie in vergelijkbare zin *Hand. Senaat* 8 maart 1995, 1477. BREMS daarentegen acht de benaming “Revisionismewet” meer gepast, omdat de wet ook het “schromelijk minimaliseren” en het “pogen te rechtvaardigen” van de geïmagineerde genocide beoogt, hetgeen niet neerkomt op negationisme in letterlijke zin van ontkenning (E. BREMS, “Revisionismewet verenigbaar met vrije meningsuiting”, *T. Vreemd.* 1996, nr. 2, 144, nt 2). Zie ook T. VANDROMME, “Negationisme”, *Comm. Straf.* 2004, nr. 3-7.

3 Wetsvoorstel tot bestraffing van het betwisten, in twijfel trekken en ontkennen of het goedpraten van misdrijven tegen de mensheid en oorlogsmisdrijven, *Parl. St.* Kamer 1991-92, nr. 557/1.

4 Voorstel van wet houdende bestraffing van het betwisten, het in twijfel trekken en het ontkennen of het verdedigen van de misdaden tegen de menselijkheid en de oorlogsmisdaden, *Parl. St.* Senaat 1992-93, nr. 517/1.

5 Zie ook *Hand. Senaat* 8 maart 1995, 1476.

1051. Het voorstel-EERDEKENS – dat in grote lijnen gebaseerd was op de Franse Wet terzake van 13 juli 1990⁶ – was op bepaalde punten ruimer en van meer algemene aard dan de uiteindelijke wet. Zo zag het mede op het ontkennen van “oorlogsmisdrijven”. Daarnaast kwam er niet expliciet in tot uiting dat het voorstel enkel betrekking had op de genocide door het Duitse nationaal-socialistische regime. In de loop van de behandeling werd de draagwijdte in dit opzicht dan ook beperkt, verduidelijkt en afgelijnd, ook begripsmatige open- en vaagheden werden aangepast.⁷ Dit alles vond (mede) plaats onder invloed van scherpe maatschappelijke kritiek van met name journalisten, historici, ethici en juristen.⁸ Die kritiek had in hoofdzaak betrekking op de volgende punten. Een eerste cluster argumenten stelde dat een wet niet nodig zou zijn gezien de bestaande mogelijkheden (bv. inzake laster, belediging en antiracisme). Daarnaast werd gevreesd dat de wet de vrijheid van onderzoek en meningsuiting op onaanvaardbare wijze zou beperken (meningen zouden met meningen bestreden moeten worden; de hele historische waarheid over de holocaust zou nog onvoldoende bekend zijn, zodat meer en ongebonden onder-

6 *Parl. St. Kamer* 1991-92, nr. 557/1, 2. De bewuste wet (de “Wet-GAYSSOT”) had een art. 24bis ingelast in de Franse Wet van 29 juli 1881 over de persvrijheid. Dit art. 24bis luidde als volgt: “Seront punis des peines prévues par le sixième alinéa de l'article 24 ceux qui auront contesté, par un des moyens énoncés à l'article 23, l'existence d'un ou plusieurs crimes contre l'humanité tels qu'ils sont définis par l'article 6 du statut du tribunal militaire international annexé à l'accord de Londres du 8 août 1945 et qui ont été commis soit par les membres d'une organisation déclarée criminelle en application de l'article 9 dudit statut, soit par une personne reconnue coupable de tels crimes par une juridiction française ou internationale”. Ook het gelijkaardige voorstel in de Senaat was op dit artikel gebaseerd (*Parl. St. Senaat* 1992-93, nr. 517/1, 2). Zie m.b.t. de Franse wet: A. GROSSER, “La mémoire des crimes”, *Le Monde* 13 september 1990; M. VERON, “Présentation des lois des 12 et 13 juillet 1990”, *Droit pénal* 1990, 2; A. DONNET, “Le délit de révisionnisme. Etude de l'article 9 de la loi française du 13 juillet 1990 tendant à réprimer toute acte raciste, antisémite et xénophobe, ainsi que la jurisprudence antérieure”, *Ann. dr. Louvain* 1993, nr. 3, 423-474; F. MASSIAS, “La liberté d'expression et le discours raciste ou révisionniste”, *Rev. trim. D.H.* 1993, nr. 13, 183-210; J. VELAERS, “Recente ontwikkelingen inzake de beteugeling van racisme en revisionisme in Duitsland en Frankrijk”, in G.A.I. SCHUIJT en D. VOORHOOF (eds.), *Vrijheid van meningsuiting, racisme en revisionisme*, Gent, Academia Press, 1995, 81-97; J.-CL. GAYSSOT en C. LEDERMAN, “Une loi contre l'antisémitisme militant”, *Le Monde* 26 juin 1996; B. BEIGNIER, “De la langue perdue délivre-nous ... Réflexions sur la loi du 13 juillet 1990 dite loi Gayssot”, in X. *Mélanges Pouvoirs et Libertés. Etudes offertes à J. Mourgeon*, Brussel, Bruylant, 1998; J-Ph. FELDMAN, “Peut-on dire impunément n'importe quoi sur la Shoah ? (De l'article 24bis de la loi du 29 juillet 1881)”, *R.I.D.C.* 1998, 229-271; M. TROPER, “La loi Gayssot et la constitution”, *Annales, Histoire, Sciences Sociales* 1999, nr. 6; L. DOUGLAS, “Régenter le passé: le négationnisme et la loi”, in F. BRAYARD (ed.), *Le Génocide des Juifs entre procès et histoire 1943-2000*, Brussel, Complexe, 2000, 213-242 en P. WACHSMANN, “Liberté d'expression et négationnisme”, *Rev. trim. D.H.* 2001, n° spécial, 585-599. In de handelingen werd daarnaast nog expliciet verwezen naar de Oostenrijkse Wet nr. 148 van 1992, die gelijkaardige wijzigingen aanbracht aan art. 3h van de Verbodswet van 8 mei 1945 aldaar (*Hand. Kamer* 1 februari 1995, 736). Zie over de Oostenrijkse wet o.m. F. STURM, “Der Minderheiten- und Volksgruppenschutz”, in R. MACHACEK (ed.), *Grund- und Menschenrechte in Österreich*, Band II, Engel, Kehl, 77-111; W. PLATZGUMMER, “Die strafrechtliche Bekämpfung des Neonazismus in Österreich”, *Ö.J.Z.* 1994, nr. 11, 753-763; N. MARSCHIK, *Die UN-Rassendiskriminierungskonvention im österreichischen Recht*, Wenen, Verlag Österreich, 1999 en P. HILPOLD, *Moderne Minderheitenrecht*, Wenen, Manz, 2001.

7 Oorspronkelijk zag het voorstel op het “betwisten”, “in twijfel trekken”, “ontkennen” en “goedpraten” van de misdrijven tegen de mensheid of oorlogsmisdaden als omschreven in art. 6 van het Statuut van het Internationaal Militair Gerechtshof (art. 1 Wetsvoorstel tot bestraffing van het betwisten, in twijfel trekken en ontkennen of het goedpraten van misdrijven tegen de mensheid en van oorlogsmisdrijven, *Parl. St. Kamer* 1991-92, nr. 48-557/1, 3). Vooral het “in twijfel trekken” werd hierbij als te vaag ervaren (zie D. VOORHOOF, “Noot onder Arbitragehof nr. 45/96, 12 juli 1996”, *Jaarboek Mensenrechten* 1996-97, 346). Uiteindelijk bleef van de termen zelfs enkel het “ontkennen” gehandhaafd, de overige woorden werden vervangen door: “schromelijk minimaliseren”, “pogen te rechtvaardigen” en “goedkeuren” (cf. *infra* nr. 1079).

8 *Hand. Kamer* 1 februari 1995, 23.734. Zie ook T. VANDROMME, “Negationisme”, *l.c.*, nr. 8-9.

zoek nog nodig zou zijn). In samenhang met de voorgaande argumenten werd ook gesteld dat de wet de neutraliteit van de overheid in het gedrang zou brengen: bescherming van de “wetenschappelijke waarheid” werd geen taak geacht van de overheid, geschiedschrijving zou niet in rechtszalen thuishoren. Ten slotte werd de opportuniteit in twijfel getrokken: de toepassing van de Franse wet zou laten zien dat invoering gevaarlijk was, een wettelijk verbod zou voorts enkel de complottheorieën kunnen “bevestigen”. De ideeën zouden daarmee allesbehalve verdwijnen maar slechts ondergronds gaan en daardoor een meer nefaste uitwerking hebben, en processen zouden enkel in het voordeel spelen van de negationisten door hen een mediaforum te bieden.⁹

§ 2. Achtergronden en doelstellingen wet

1052. Een belangrijke reden voor de totstandkoming van de Negationismewet was het feit dat negationistische of revisionistische geschriften en uitingen niet noodzakelijk onder de strafbaarstellingen van de Antiracismewet vielen.¹⁰ De wetgever achtte dit een leemte die aanvulling behoeft.¹¹ Hij was namelijk van mening dat het niet alleen opperen, maar ook staande houden van twijfels omtrent het bestaan van

9 Zie o.m. J. STENGERS, “Een wet tegen het negationisme” (deel 1), *Berichtenblad van het navorings- en studiecentrum voor de geschiedenis van de Tweede Wereldoorlog '30-'50* 1992, nr. 22, 17-19; F. RIGAUX, “Een wet tegen het negationisme (deel 2)”, *Berichtenblad van het navorings- en studiecentrum voor de geschiedenis van de Tweede Wereldoorlog '30-'50* 1992, nr. 22, 19-20; W. DAEM, “De gedachten zijn vrij”, *Knack* 16 december 1992, 42-43; J. VELAERS, “Verdraagzaamheid ook t.a.v. onverdraagzamen? Enkele beschouwingen over de beteugeling van racistische en xenofobe uitingen in een democratische samenleving”, in X. *Recht en verdraagzaamheid in de multiculturele samenleving*, Antwerpen, Maklu, 1993, 343-347; S. GUTWIRTH, “Naar aanleiding van Schindler's List”, *TRD&I* 1994, nr. 4, 397-398; D. VOORHOOF, “Vrijheid van meningsuiting, media, racisme en revisionisme. De marges van het recht”, in H. CORIJN (ed.), *Van wereldburger tot bange blanke man*, Brussel VUBPress, 1994, 33-37; G. VAN DEN BERGHE, *De Standaard* 6 december 1994; L. ABICHT, “Censuur in Vlaanderen?”, *WeL* 1994, nr. 4, 76; K. RAES, “Vrijheid van meningsuiting en de revisionistische geschiedvervalsing”, in G.A.I. SCHUIJT en D. VOORHOOF (eds.), *Vrijheid van meningsuiting, racisme en revisionisme*, Gent, Academia Press, 1995, 31-77; D. VOORHOOF, “Racismebestrijding en vrijheid van meningsuiting in België: wetgeving en jurisprudentie”, in G.A.I. SCHUIJT en D. VOORHOOF (eds.), *Vrijheid van meningsuiting, racisme en revisionisme*, Gent, Academia Press, 1995, 184-192; F. VERLEYEN, “Verboden gedachten”, *Knack* 8 februari 1995, 3; L. VAN ROY, “Overdosis Auschwitz”, *Nucleus* 1995, nr. 2 (februari), 1 en 4; M. GRAMMENS, “De wet-Siegfried Verbeken, ‘revisionisme’ wordt strafbaar gesteld”, *Jaarnaal* 1995, nr. 178, 1494.

10 *Parl. St.* Kamer 1991-92, nr. 557/5, 2, 11 en 17; *Hand.* Kamer 1 februari 1995, 738-739. Dit was gebleken in de rechtspraak: Brussel 8 november 1991, C.G.K.R., *De wet van 30 juli 1981 tot bestraffing van bepaalde door racisme of xenofobie ingegeven daden: rechtspraak antiracisme*, Brussel, C.G.K.R., 1999, 129. Zie ook B. DEJEMEPPE, “De bestraffing van racistische gedragingen: stand van zaken anno 1996”, *Panopticon* 1996, 337; B. BLERO, “La répression légale du révisionnisme”, *J.T.* 1996, nr. 5800, 333; C.G.K.R., *De wet van 30 juli 1981 tot bestraffing van bepaalde door racisme of xenofobie ingegeven daden: rechtspraak antiracisme*, 47; X., “Anti-racismewetgeving”, in *Administratieve wegwijzer voor vreemdelingen, vluchtelingen, migranten*, afl. 30, Brussel, Kluwer-VOCOM, 2000, XII, 183; C.G.K.R., *Aanpak discriminatie: regelgeving en rechtspraak*, Brussel, Politeia, 2002, 78 en C.G.K.R., *Aanpak discriminatie en racisme*, Brussel, Politeia, 2004, 72.

11 *Parl. St.* Kamer 1991-92, nr. 557/5, 2. Voor deze “aanvulling” heeft men bewust de vorm gekozen van een afzonderlijke wet. In de loop van de behandeling is nog voorgesteld – door de toenmalige Minister van Justitie – om de materie te regelen d.m.v. een amendement op de bestaande Antiracismewet. Ook het C.G.K.R. was voorstander van deze oplossing (*Hand.* Kamer 1 februari 1995, 736). De suggestie is echter verworpen op basis van argumenten die daarvoor werden gegeven door BATSELE, HANOTIAU en DAURMONT (vgl. *Parl. St.* Kamer 1991-92, nr. 557/5, 14). Nog altijd wordt echter door sommigen gepleit voor een integratie van beide wetten (zie o.m. H. PANKEN, “Noot onder E.H.R.M. 24 juni 2003”, *R.W.* 2004-05, nr. 9, 356).

de genocide uit de Tweede Wereldoorlog “een voedingsbodem”¹² zou zijn voor “racisme”, voor “stellingen die racisme en uitsluiting als banale gegevens afdoen” en voor de “ontwrichting van de democratie”¹³:

Geschiedvervalsing besmeurt niet alleen de nagedachtenis van de slachtoffers, maar rehabiliteert als het ware een politiek bestel dat radicaal indruist tegen de in onze democratie verankerde gelijkheids- en vrijheidsbeginselen.¹⁴

1053. Naast deze principiële argumenten werden ook pragmatische en politieke redenen aangehaald voor wetgeving terzake. Zo werd gewezen op het feit dat andere “Europese naties” zoals Frankrijk, Oostenrijk, Zwitserland, Duitsland en Nederland¹⁵ al beschikten over wetten “die in straffen voorzien voor hen die de tijdens het nazi-regime gepleegde genocide betwisten, als banaal afdoen of rechtvaardigen”. Enerzijds zou het hiermee volgens de toelichting “onbegrijpelijk zijn indien ons land op dit gebied zou achterblijven”. Anderzijds gaven indieners aan dat België juist door het uitblijven van gelijkaardige wetgeving een Europese “draaischijf [was] geworden voor de verspreiding van revisionistische en negationistische theorieën”.¹⁶

1054. Evenals bij de totstandkoming van de Antiracismewet, bestond er enige bescheidenheid ten aanzien van de mogelijke effecten van de wet. Gesteld werd dat een wettelijk verbod vanzelfsprekend niet zou volstaan om het racisme uit te roeien of om mensen van de “waarachtigheid van de geschiedenis” te overtuigen. Teneinde de collectieve geschiedenis te beschermen en om te voldoen aan de “plicht alles in het werk te stellen om herhaling te voorkomen” werd een wet terzake echter wel nodig geacht.¹⁷

Indien men er niet in slaagt om in het kader van de opvoeding en van het onderwijs aan de komende generaties mee te geven wat de draagwijdte en de basisprincipes van onze samenleving moeten zijn, dreigen deze komende generaties – zoals het thans in bepaalde plaatsen van de wereld al het geval is – de verschrikking te moeten ervaren die uit de

12 *Parl. St. Kamer* 1991-92, nr. 557/1, 2.

13 *Parl. St. Kamer* 1991-92, nr. 557/5, 10.

14 *Parl. St. Kamer* 1991-92, nr. 557/1, 2.

15 Er werd gedurende de handelingen nog gewezen op het feit dat – naast de genoemde landen – ook Griekenland, Italië en IJsland (*Hand. Kamer* 1 februari 1995, 736) alsook Israël (*Hand. Senaat* 8 maart 1995, 1477) dergelijke wetten zouden kennen.

16 *Parl. St. Kamer* 1991-92, nr. 557/5, 11. Ter ondersteuning van deze bewering werd een verklarende nota aangehaald van het C.G.K.R. die opgenomen werd als bijlage: *Parl. St. Kamer* 1991-92, nr. 557/5, 25-27. Vgl. *Hand. Kamer* 1 februari 1995, 739 en 742. Volgens de nota van het C.G.K.R. waren negationistische activiteiten vooral gesitueerd in de kringen van “uiterst rechtse partijen” als “het Vlaams Blok, het Front National of Agir”. De klemtoon lag hierbij aldus het C.G.K.R. “in beide taalgemeenschappen (...) op volkomen verschillende zaken”. Aan Nederlandstalige kant waren de activiteiten vooral gecentreerd rond de werkgroep “Vrij Historisch Onderzoek” (V.H.O.), opgericht en geleid door de Herbert en Siegfried V., “hun activiteit bestaat in de verzending van allerlei revisionistische geschriften, boeken en videotapes naar Vlaamse en Nederlandse scholen, bibliotheken en journalisten”. Aan Franstalige kant “spitst de bedrijvigheid van de revisionisten en negationisten zich (...) vooral toe op de ULB. Door middel van vlugschriften, brochures en boeken trachten zij de Franstalige universiteit te infiltreren en bovendien hun acties onder de dekmantel ‘vrij onderzoek’ te rechtvaardigen”.

17 *Parl. St. Kamer* 1991-92, nr. 557/1, 2-3. Vgl. *Parl. St. Kamer* 1991-92, nr. 557/5, 11; *Parl. St. Senaat* 1994-95, nr. 1-299/2, 10; *Hand. Senaat* 8 maart 1995, 1477. Vgl. D. VOORHOOF, *Handboek mediarecht*, Brussel, Larcier, 2003, 103.

niet-naleving van bepaalde waarden kan voortvloeien. Indien sommigen gebruik maken van een te grote vrijheid om deze waarden aan de toekomstige generaties te ontnemen, dan is een strafwet noodzakelijk.¹⁸

§ 3. Oorspronkelijke wet

1055. In de oorspronkelijke wet definieerde artikel 1 lid 1 het voorwerp van het misdrijf als volgt: “met een gevangenisstraf van acht dagen tot een jaar en met geldboete van zesentwintig frank tot vijfduizend frank wordt gestraft, hij die onder één der omstandigheden bepaald bij artikel 444 van het Strafwetboek, de genocide die tijdens de Tweede Wereldoorlog door het Duitse nationaal-socialistische regime is gepleegd, ontkent, schromelijk minimaliseert, poogt te rechtvaardigen of goedkeurt”. Lid 2 bepaalde dat de term genocide hierbij “dient (...) te worden begrepen in de zin van artikel 2 van het Internationaal Verdrag van 9 december 1948 inzake de voorkoming en bestraffing van genocide”. Lid 3 bepaalde dat recidivisten bijkomend veroordeeld konden worden tot de ontzetting overeenkomstig artikel 33 Sw.

1056. Artikel 2 van de wet voorzag in een tweede bijkomende straf, te weten de bekendmaking van het vonnis in “een of meer dagbladen” en/of de aanplakking ervan, “op kosten van de veroordeelde”. Artikel 3 regelde de toepasselijkheid van (alle bepalingen uit) boek I van het Strafwetboek en artikel 4 gaf bepaalde verenigingen en het Centrum voor Gelijkheid van Kansen en voor Racismebestrijding (C.G.K.R.) de mogelijkheid op te treden in rechte in alle rechtsgeschillen waartoe de toepassing van de wet aanleiding kan geven.

Afdeling 2. Grondwettelijke toetsing, doorgevoerde wijzigingen en toekomstige ontwikkelingen

§ 1. Grondwettelijke toetsing

1057. De grondwettigheid van het voorstel werd door de indieners en voorstanders van het voorstel veelvuldig benadrukt gedurende de voorbereidingen van de wet.¹⁹ Na de toelichting van doel en inhoud van het voorstel luidt de eerste zin uit het Kamer-verslag zelfs:

Dit wetsvoorstel is helemaal niet ongrondwettelijk.²⁰

18 *Parl. St.* Senaat 1994-95, nr. 1-299/2, 4; vgl. *Parl. St.* Senaat 1994-95, nr. 1-299/2, 9-11.

19 Zie o.m. *Hand.* Kamer 1 februari 1995, 737; *Parl. St.* Kamer 1991-92, nr. 557/5, 3.

20 *Parl. St.* Kamer 1991-92, nr. 557/5, 3.

1058. Desalniettemin werd na de totstandkoming van de wet bij het Arbitragehof een tweetal beroepen tot vernietiging ingediend²¹ (evenals een gelijktijdig ingediende (en verworpen) vordering tot schorsing).²² Slechts één van de beroepen bleek ontvankelijk²³, te weten dat van Siegfried V., stichtend lid van de revisionistische V.Z.W. “Vrij Historisch Onderzoek” (V.H.O.).²⁴ Volgens hem schond de wet het gelijkheidsbeginsel doordat de door de wetgever gehanteerde criteria om het toepassingsgebied van de strafbaarstelling te bepalen niet objectief en te ruim zijn. Daardoor zou de wet het recht op vrije meningsuiting te verregaand beperken en ten onrechte bepaalde categorieën van personen door die beperking treffen. De gevolgen van de wet zouden daarmee niet in verhouding staan tot de nagestreefde doelstellingen. Ook klaagde verzoeker het beperkte karakter van de wet aan doordat de strafbaarstelling slechts refereert aan de genocide die tijdens de Tweede Wereldoorlog door het Duitse nationaal-socialistische regime werd gepleegd, terwijl het ontkennen of goedpraten van andere genociden niet werd beoogd.²⁵

- 21 Arbitragehof nr. 45/96, 12 juli 1996, *B.S.* 27 juli 1996; *Arr. Arb.* 1996, 563-595. Zie uitgebreid E. BREMS, *l.c.*, 144-147; D. VOORHOOF, “Noot onder Arbitragehof nr. 45/96, 12 juli 1996”, *l.c.*, 346-353; J. VELAERS, “Het Arbitragehof, de vrijheid van meningsuiting en de wet tot bestraffing van het negationisme en het revisionisme”, (noot onder Arbitragehof nr. 45/96, 12 juli 1996), *C.D.P.K.* 1997, 573-580; F. RINGELHEIM, “Le négationisme contre la loi”, *Rev. Trim. D.H.* 1997, 120-133 en T. VANDROMME, “Negationisme”, *l.c.*, nrs. 10-13.
- 22 Arbitragehof nr. 62/95, 12 juli 1995. De bewuste vordering werd verworpen omdat niet voldaan was aan één van de voorwaarden daartoe, als gesteld in art. 20, 1° Bijzondere Wet Arbitragehof. Het door de verzoeker aangevoerde nadeel – te weten het risico van inbeslagneming van een aanzienlijke voorraad revisionistische lectuur op grond van toepassing van de wet – werd door het Hof niet als een moeilijk te herstellen nadeel aanvaard, omdat teruggave na eventuele vernietiging mogelijk was: “weliswaar zou de verzoeker in afwachting van die teruggave tijdelijk niet de beschikking hebben over de bedoelde geschriften, wat hem in voorkomend geval zou kunnen hinderen in zijn activiteiten. Dat mogelijk tijdelijk nadeel is echter niet van die aard dat het kan worden aangezien als voldoende ernstig om de schorsing van de bestreden bepalingen te rechtvaardigen”.
- 23 Het andere beroep was ingesteld door DELBOUILLE en betrof een verzoek tot gedeeltelijke vernietiging (aanpassing opschrift en terminologie. Het beoogde daarmee juist een *uitbreiding* van de strafbaarstelling). Het belang van verzoeker – dat zijns inziens enerzijds zou berusten op het feit dat hij naaste familie had verloren in Auschwitz en anderzijds omdat hij “geschokt is dat een Staat zich inzake algemene geschiedenis en ideologie het recht toeëigent om wetgevend op te treden op het stuk van wat men moet denken en zeggen” – werd door het Hof onvoldoende geacht. Verzoeker toonde naar het oordeel van het Hof “niet aan in welk opzicht hij persoonlijk door de beperking van de strafbaarstelling rechtstreeks en ongunstig zou kunnen worden geraakt. Het feit dat de verzoeker een wet afkeurt op grond van een persoonlijke, subjectieve appreciatie of op grond van de gevoelens die deze wet bij hem oproepen, kan niet worden aangehouden ter verantwoording van het rechtens vereiste belang” (Arbitragehof nr. 45/96, 12 juli 1996, *B.3.3*, *B.S.* 27 juli 1996; *Arr. Arb.* 1996, 563-595). Zie ook F. RINGELHEIM, *l.c.*, 120.
- 24 *Cf. supra* voetnoot 16. De ontvankelijkheid van het beroep was daarmee evident. Het Hof stelde dat “verzoeker een strafwet aanvecht die de vrijheid van meningsuiting beperkt in een domein waarin hij activiteiten als uitgever beoefent. Hij zou rechtstreeks en ongunstig kunnen worden geraakt door de toepassing van dergelijke wet” (Arbitragehof nr. 45/96, 12 juli 1996, *B.2.4*). Zie ook D. VOORHOOF, “Noot onder Arbitragehof nr. 45/96, 12 juli 1996”, *l.c.*, 348 en F. RINGELHEIM, *l.c.*, 120-121. De activiteiten van Siegfried V. hadden in Nederland reeds tot veroordeling geleid, zie Kort. Ged. Arrondissementsrechtbank Den Haag 4 november 1992, *T. Vreemd.* 1992, 333 met noot P.R. RODRIGUES (vgl. P.R. RODRIGUES, “Hoge raad veroordeelt grensoverschrijdend revisionisme”, *LBR-Bulletin* 1998, nr. 2, 25-26). In beroep werd dit vonnis overigens bevestigd: Den Haag 16 juni 1994. Na dit civiele succes zijn ook strafrechtelijke stappen ondernomen in Nederland, eveneens met veroordeling als resultaat: Rechtbank Den Haag 16 maart 1995; Hof van Den Haag 2 mei 1996; Hoge Raad 25 november 1997.
- 25 Arbitragehof nr. 45/96, 12 juli 1996, *B.5*. Daarnaast ervoeren zij de wet ook als een schending van art. 24 G.W., doordat ze tot gevolg zou hebben “dat het ‘kritische geluid van het revisionisme’ uit de scholen wordt geweerd, wat een verboden preventieve maatregel zou zijn ten opzichte van de inhoud van het onderwijs en een schending van de neutraliteit ervan” (*ibid.*, *B.10.1*). Volgens het Hof kon echter de verplichting van art. 24 “niet impliceren dat meningen moeten kunnen worden geuit of

→

1059. Het Hof verwierp echter het beroep en sloot zich als zodanig niet aan bij de kritieken die de wet, reeds voor haar totstandkoming had ontlokt.²⁶ Het Hof stelde uitdrukkelijk dat de wet beschouwd kon worden als beantwoordend aan een dwingende sociale noodwendigheid.²⁷ Het Hof verwees daarbij naar de dubbele bekommernis van de wet om de beoogde meningsuitingen strafbaar te stellen. Enerzijds ging het om de bestrijding van meningsuitingen die een voedingsbodem zijn voor antisemitisme en racisme en die een bedreiging vormen voor de democratische samenleving, doordat ze streven naar een rehabilitatie van de nazi-ideologie. In die zin – zo stelde het Hof – beoogt de wet “de bestrijding van een specifiek fenomeen dat de democratie kan ontwrichten”.²⁸ Anderzijds was de wet naar het oordeel van het Hof ingegeven door het feit dat “de beoogde meningsuitingen eerrovend en beledigend zijn voor de nagedachtenis van de slachtoffers van de genocide, voor hun nabestaanden en inzonderheid voor het Joodse volk als dusdanig”.²⁹

1060. Voorts kon de wet worden beschouwd als nodig in een democratische samenleving in de zin van artikel 10 E.V.R.M en artikel 19 I.V.B.P.R., “dit wil zeggen als evenredig, in zulk een samenleving aan de door de wetgever nagestreefde doelstelling”. Ter ondersteuning hiervan voerde het Hof de volgende argumenten aan:

De wet is repressief en bevat geen preventieve maatregelen om de verspreiding van de bedoelde meningen te verhinderen. De verwijzing naar artikel 444 van het Strafwetboek geeft aan dat enkel de meningen zijn beoogd die worden geuit in openbare plaatsen of in andere limitatief in dat artikel opgesomde omstandigheden. De wetgever heeft de bedoelde meningsuitingen niet vanwege hun inhoud op zich bestraft, doch vanwege hun nadelige gevolgen voor anderen en voor de democratische samenleving als dusdanig. De bestreden wet wil geenszins het kritisch wetenschappelijk onderzoek van de historische realiteit van de bedoelde genocide belemmeren of enige vorm van zakelijke berichtgeving daarover verhinderen.³⁰

1061. Het Hof stelde voorts vast dat de wet aansloot bij soortgelijke initiatieven in verscheidene andere Europese staten en dat België bij ontstentenis van dergelijke

→ dat met meningen rekening moet worden gehouden zoals die welke bestraft worden door de bestreden wet en (...) de eer en goede naam van anderen aantasten en een bedreiging vormen voor de democratie en aldus die rechten en vrijheden rechtstreeks bedreigen. Evenmin als de bestreden wet in het algemeen kritisch wetenschappelijk onderzoek over de genocide of enige vorm van zakelijk berichtgeving daarover straft, verhindert ze een dergelijk onderzoek of een dergelijke berichtgeving binnen het onderwijsgebeuren” (*ibid.*, B.10.4 en 5).

26 J. VELAERS, “Het Arbitragehof, de vrijheid van meningsuiting en de wet tot bestraffing van het negationisme en het revisionisme”, *I.c.*, 573.

27 Arbitragehof nr. 45/96, 12 juli 1996, B.7.13. Zie ook D. VOORHOOF, “Noot onder Arbitragehof nr. 45/96, 12 juli 1996”, *I.c.*, 349; E. BREMS, *I.c.*, 146; C.G.K.R., *De wet van 30 juli 1981 tot bestraffing van bepaalde door racisme of xenofobie ingegeven daden: rechtspraak antiracisme*, 48; X, “Anti-racismewetgeving”, *I.c.*, 183; C.G.K.R., *Aanpak discriminatie: regelgeving en rechtspraktijk*, 78 en C.G.K.R., *Aanpak discriminatie en racisme*, 74.

28 Arbitragehof nr. 45/96, 12 juli 1996, B.7.12. Vgl. *Parl. St.* Kamer 1991-92, nr. 557/1, 2-3; *Parl. St.* Kamer 1991-92, nr. 557/5, 10.

29 X, “Anti-racismewetgeving”, *I.c.*, 184.

30 Arbitragehof nr. 45/96, 12 juli 1996, B.7.14, B.S. 27 juli 1996; *Arr. Arb.* 1996, 563-595. Zie ook T. VANDROMME, “Negationisme”, *I.c.*, nr. 11-13.

wetgeving de draaischijf van het negationisme zou worden.³¹ Daarnaast werd gewezen op artikel 17 E.V.R.M. dat beoogt om misbruik van grondrechten door een antidemocratisch regime, groeperingen of individuen van de beschermingssfeer van het E.V.R.M. uit te sluiten.³² Enige beoordelingsruimte voor de strafrechter werd ten slotte noodzakelijk geacht “wegens de multipliciteit en subtiliteit van de vormen die de uitdrukking van de negationistische stellingen kan aannemen”.

1062. Het feit ten slotte dat de wet slechts ziet op de “genocide die tijdens de Tweede Wereldoorlog door het Duitse nationaal-socialistische regime is gepleegd” vormt volgens het Hof geen schending van artikelen 10 en 11 G.W. Deze keuze berust niet op een kennelijk verkeerde of onredelijke beoordeling, daar de wetgever een specifieke gedraging heeft willen treffen en aan de vrijheid van meningsuiting slechts een uitzonderlijke en welomschreven beperking heeft willen stellen.³³ Uit de voorbereidingen bleek volgens het Hof voorts dat de wetgever het specifiek noodzakelijk achtte om tegen juist deze feiten op te treden, “omdat zij, parallel met de terugkeer van antidemocratische en racistische stromingen in de maatschappij, de jongste jaren zijn toegenomen”.³⁴

1063. Het Hof kwam daarmee tot de slotsom dat de bestreden bepaling “de artikelen 10 en 11 van de Grondwet, noch op zich, noch in samenhang gelezen met artikel 19 van de Grondwet of met artikel 10 van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens of artikel 19 van het Internationaal Verdrag inzake Burgerrechten en Politieke rechten” schendt.³⁵ Wel stelde het daarbij uitdrukkelijk als vereiste dat de strafrechter, die *in concreto* oordeelt, de wet restrictief zal moeten interpreteren.³⁶ Die restrictieve interpretatie – zo stelt het Hof – dringt zich steeds op en *a fortiori* wanneer de wet de vrijheid van meningsuiting beperkt.³⁷

31 *Ibid.*, B.7.15.

32 *Ibid.*, B.7.16.

33 *Ibid.*, B.8.2.

34 *Ibid.*, B. 8.2. Vgl. *Parl. St.* Kamer 1991-92, nr. 557/5, 11, 12 en 25; *Hand.* Kamer 1 februari 1995, 735, 737, 738, 743 en 744; *Parl. St.* Senaat 1994-95, nr. 1-299/2, 9; *Hand.* Senaat 8 maart 1995, 1477. Ten slotte had de wetgever er volgens het Hof ook nog “op gewezen dat niets belet dat het toepassingsgebied van de wet zou worden uitgebreid indien het ontkennen of goedpraten van soortgelijke feiten zich op even systematische wijze en met het oog op een welbepaalde ideologie zou voordoen, maar heeft geoordeeld dat tot dusver die omstandigheden niet voorhanden zijn” (Arbitragehof nr. 45/96, 12 juli 1996, B.8.3). Vgl. *Parl. St.* Kamer 1991-92, nr. 557/5, 17. Zie ook W. MAHIEU, “Ontkenning van genocide”, in F. GORLÉ (ed.), *Strafrechtelijke kwalificaties met jurisprudentie, bijzondere wetten*, Brugge, die Keure, 2002, X, 1.

35 X, “Anti-racismewetgeving”, *l.c.*, 184.

36 Arbitragehof nr. 45/96, 12 juli 1996, B.7.8. Zie ook K. RAES, *o.c.*, 94.

37 Arbitragehof nr. 45/96, 12 juli 1996, B.7.8. Zie ook J. VELAERS, “Het Arbitragehof, de vrijheid van meningsuiting en de wet tot bestraffing van het negationisme en het revisionisme”, *l.c.*, 579. Dit is nadien bevestigd in de rechtspraak, zie Corr. Brussel 7 november 2000, *A.J.T.* 2000-01, 497 met noot D. VOORHOOF; *AM* 2000, nr. 4, 473; Jeugdrb. Dinant 22 oktober 2001, *J.D.J.* 2002, nr. 213, 41 met noot P. CHARLIER.

§ 2. Doorgevoerde wijzigingen

A. Wijziging: Wet 7 mei 1999

1064. In 1999 werd de eerste en (vooralsnog) enige wijziging aan de wet doorgevoerd, door middel van de Wet van 7 mei 1999 tot wijziging van de wet van 30 juli 1981 tot bestraffing van bepaalde door racisme of xenofobie ingegeven daden alsook de wet van 23 maart 1995 tot bestraffing van het ontkennen, minimaliseren, rechtvaardigen of goedkeuren van de genocide die tijdens de Tweede Wereldoorlog door het Duitse nationaal-socialistische regime is gepleegd.³⁸ Deze aanpassing verleende de rechter – bij toepassing van zowel de Antiracisme- als Negationismewet – de (facultatieve) mogelijkheid om een bijkomende straf uit te spreken, namelijk de ontzetting uit de politieke rechten (art. 5bis).³⁹

B. Grondwetsherziening van 7 mei 1999: “correctionalisering” (druk)persmisdrijf

1065. Strikt genomen geen wijziging aan de Negationismewet zelf, maar toch relevant voor de toepassing van de wet, was de grondwetsherziening van 7 mei 1999 (zie uitvoerig *supra* nr. 745).⁴⁰ Tot die tijd gold voor alle drukpersmisdrijven immers dat zij krachtens artikel 150 G.W. enkel voor het hof van assisen konden worden vervolgd. In de praktijk kwam dit vanwege een aantal redenen *de facto* neer op straffeloosheid. Door de wijziging werden (enkel) “drukpersmisdrijven die door racisme of xenofobie ingegeven zijn” onder de bevoegdheid van de correctionele rechtbank gebracht. Bij de bespreking van het toepassingsgebied van het verbod op negationisme wordt nader ingegaan op de gevolgen van deze aanpassing specifiek voor de Negationismewet (*cf. infra* nrs. 1070-1078).

§ 3. Toekomstige ontwikkelingen

1066. Voor de volledigheid kan melding worden gemaakt van een voorgenomen wijziging aan (o.m.) de Negationismewet door middel van een door de Regering ingediend wetsontwerp.⁴¹ Het betreffende ontwerp voorziet – wat betreft de Negationismewet – in een tamelijk ingrijpende uitbreiding van de strafbaarstelling. Na de

38 B.S. 25 juni 1999.

39 Daarvoor was dit enkel mogelijk in geval van herhaling, door de wetswijziging werd dit ook mogelijk bij een eerste veroordeling (zie *infra* nr. 1109 voor een opsomming van rechten waaruit de veroordeelde ontzet kan worden). De facultatieve aard van de bijkomende straf staat momenteel overigens ter discussie (*cf. supra* nr. 1008). Zie kritisch: F. CLAES en J. VRIELINK, “Antiracisme en rechtsstatelijke strafrechtspleging”, *NjW* 2005, nr. 99, 151-168.

40 Wijziging aan de Grondwet (art. 150) van 7 mei 1999, B.S. 29 mei 1999.

41 Wetsontwerp tot wijziging van de wet van 28 november 2000 betreffende de informaticacriminaliteit, de wet van 30 juni 1994 betreffende het auteursrecht en de naburige rechten, en van de wet van 23 maart 1995 tot bestraffing van het ontkennen, minimaliseren, rechtvaardigen of goedkeuren van de genocide die tijdens de Tweede Wereldoorlog door het Duitse nationaal-socialistische regime is gepleegd, *Parl. St.* Kamer 2003-04, nr. 51-1284/1. Het ontwerp wordt hier behandeld gezien het feit dat het afkomstig is van de Regering. Daarmee kan het immers met enige waarschijnlijkheid rekenen op de instemming door de meerderheid en is de kans reëel dat het ook effectief zal resulteren in een wetswijziging.

(mogelijke) wijziging zou niet enkel – zoals in de huidige situatie – de ontkenning, schromelijke minimalisering, rechtvaardigingspoging of goedkeuring van “de genocide die tijdens de Tweede Wereldoorlog door het Duitse nationaal-socialistische regime is gepleegd” strafbaar zijn, maar de ontkenning enz. van elke “genocide of misdaden tegen de menselijkheid, zoals gedefinieerd door het internationaal recht en erkend door een definitieve Beslissing van het Internationaal Militair Tribunaal, opgericht door het Akkoord van Londen van 8 augustus 1945, of door enig ander Internationaal Tribunaal opgericht door internationale instrumenten en waarvan de bevoegdheid erkend is door België”. Ook het opschrift van de wet zou daarmee bij implicatie gewijzigd worden tot Wet van 23 maart 1995 tot bestraffing van het ontkennen, minimaliseren, rechtvaardigen of goedkeuren van genocide.⁴²

1067. De betreffende wijziging zou nodig zijn daar de huidige Negationismewet “een beperkter toepassingsgebied [heeft] dan wat voorzien is door artikel 6 van het Protocol [bij de Overeenkomst inzake informaticacriminaliteit betreffende de bestraffing van racistische en xenofobe feiten gepleegd met behulp van informaticasystemen]”, waarvan de wijziging een omzetting zou zijn.⁴³ Indieners stellen:

[Artikel 6 van het Protocol] voorziet dat elke Staat de noodzakelijke wetgevende maatregelen dient te voorzien om de verspreiding of andere vormen van publieke terbeschikkingstelling, door middel van een informaticasysteem, van materiaal dat genocide of misdaden tegen de menselijkheid, zoals gedefinieerd door het internationaal recht en erkend door een definitieve Beslissing van het Internationaal Militair Tribunaal, opgericht door het Akkoord van Londen van 8 augustus 1945, of door enig ander internationaal Tribunaal opgericht door internationale instrumenten en waarvan de bevoegdheid erkend is door België, ontkent, minimaliseert, goedkeurt of rechtvaardigt, strafrechtelijk te sanctioneren.⁴⁴

1068. De Raad van State bekritiseerde het voorstel (o.m.) op basis van deze rechtvaardiging, aangezien het verdrag noch het protocol door België waren geratificeerd, of goedgekeurd bij wet. Ze zouden dus (nog) niet van kracht zijn in de interne rechtsorde.⁴⁵ Daarnaast kan er op worden gewezen dat het protocol slechts betrekking heeft op informaticacriminaliteit, terwijl de voorgestelde uitbreiding van de strafbaarstelling geldt voor alle omstandigheden bepaald bij artikel 444 Sw. (*cf. infra* nrs. 1070-1071). Het is daarmee vooralsnog de vraag of de wijziging doorgevoerd zal worden in de huidige vorm.

⁴² *Parl. St.* Kamer 2003-04, nr. 51-1284/1, 31.

⁴³ In zijn algemeenheid stellen de indieners dat het doel van de wijziging zou zijn om “het Belgische recht in overeenstemming te brengen met de Overeenkomst van de Raad van Europa inzake informaticacriminaliteit, opgemaakt te Boedapest op 23 november 2001, en van het aanvullend Protocol bij de Overeenkomst inzake informaticacriminaliteit betreffende de bestraffing van racistische en xenofobe feiten gepleegd met behulp van informaticasystemen, opgemaakt te Straatsburg op 28 januari 2003” (*Parl. St.* Kamer 2003-04, nr. 51-1284/1, 4).

⁴⁴ *Parl. St.* Kamer 2003-04, nr. 51-1284/1, 8.

⁴⁵ *Ibid.*, 14-15. De stand van zaken op 1 januari 2005 was dat België beide instrumenten slechts ondertekend had (op 28 januari 2003).

HOOFDSTUK 2. STRAFBARE FEITEN, WERKINGSSFEER EN SANCTIES (ART. 1)

Afdeling 1. Algemeen

1069. Artikel 1 van de Negationismewet omschrijft het strafbaar gedrag dat door de wet wordt gevisieerd. De bepaling luidt als volgt: “Met gevangenisstraf van acht dagen tot een jaar en met geldboete van zesentwintig frank tot vijfduizend frank wordt gestraft, hij die onder één der omstandigheden bepaald bij artikel 444 van het Strafwetboek, de genocide die tijdens de Tweede Wereldoorlog door het Duitse nationaal-socialistische regime is gepleegd, ontkent, schromelijk minimaliseert, poogt te rechtvaardigen of goedkeurt”.

Afdeling 2. Werkingssfeer (art. 444 Sw.)

§ 1. Algemeen

1070. Het toepassingsgebied van het verbod op negationisme betreft de omstandigheden van artikel 444 van het Strafwetboek, dit wil zeggen dat de tenlasteleggingen moeten geschieden: hetzij in openbare bijeenkomsten of plaatsen; hetzij in tegenwoordigheid van verscheidene personen, in een plaats die niet-openbaar is, maar toegankelijk voor een aantal personen die het recht hebben er te vergaderen of ze te bezoeken; hetzij in om het even welke plaats, in tegenwoordigheid van de beledigde en voor getuigen; hetzij door geschriften, al dan niet gedrukt, door prenten of zinnebeelden die aangeplakt, verspreid of verkocht, te koop geboden of openlijk tentoongesteld worden; hetzij ten slotte door geschriften, die niet openbaar gemaakt, maar aan verscheidene personen toegestuurd of meegedeeld worden.

1071. Voor een uitgebreide bespreking van de inhoud van deze vereisten wordt verwezen naar Deel IV (*cf. supra* nrs. 781-796).

§ 2. (Druk)persmisdrijf

1072. Negationistische ideeën worden veelal verspreid door middel van geschriften of via het internet. Dit maakt de vraag naar de toepasbaarheid van de “correctionalisering” van “(druk)persmisdrijven die door racisme of xenofobie ingegeven zijn” op feiten die vallen onder de Negationismewet bijzonder relevant (*cf. supra* nr. 745).

1073. Vanwege de in artikel 150 G.W. gehanteerde terminologie, bestaat er echter discussie over de mate waarin negationistische geschriften onder het uitzonderingsregime vallen. De correctionalisering geldt enkel voor drukpersmisdrijven ingegeven door racisme of xenofobie. In de tekst wordt niet expliciet gerefereerd aan negatio-

nisme of revisionisme.⁴⁶ Hierbij is echter zeker, zowel op basis van de tekst als de parlementaire voorbereidingen, dat de uitzondering niet uitsluitend geldt voor feiten die (enkel) vallen onder de Antiracismewet:

Door in het grondwetsartikel niet te verwijzen naar de Wet van 30 maart [sic] 1981 kunnen niet alleen drukpersmisdrijven die strafbaar zijn op grond van deze wet, maar ook andere drukpersmisdrijven, zoals laster en eerroof (art. 443 Strafwetboek) en negationisme (Wet van 23 maart 1995), tot de bevoegdheid van de correctionele rechtbank behoren, indien blijkt dat zij zijn ingegeven door racisme of xenofobie.⁴⁷

1074. Uit het citaat kan echter niet worden afgeleid dat (alle) negationistische geschriften noodzakelijk onder het uitzonderingsregime vallen. Eerder wordt – door toevoeging van de termen “indien blijkt” – het tegendeel gesuggereerd. In andere passages van de voorbereidende werken suggereert de (grond)wetgever echter wel dat negationistische feiten in hun algemeenheid onder het uitzonderingsregime vallen; hierin zou enkel niet uitdrukkelijk voorzien zijn, vanwege de voorkeur om algemene en “ruime omschrijvingen te behouden en ervan uit te gaan dat sommige gedragingen onder die twee begrippen vallen”:

Zulks geldt voor de jodenhaat en het revisionisme. (...) Het probleem dat vandaag rijst, ligt in de verspreiding van geschriften waaruit een gebrek aan respect blijkt voor de nagedachtenis van de slachtoffers van de holocaust. Ook die geschriften vallen onder het voorgestelde artikel 150.⁴⁸

1075. Verschillende leden achtten echter voor een dergelijke interpretatie een wijziging van de Negationismewet noodzakelijk, waarbij geëxpliciteerd zou moeten worden “dat het revisionisme is ingegeven door racisme en xenofobie en dat het derhalve onder de toepassing valt van het thans voorgestelde artikel 150”.⁴⁹ Daar een dergelijke wijziging (nog) niet heeft plaatsgevonden is het – op basis van de parlementaire voorbereidingen – minstens twijfelachtig of negationistische geschriften noodzakelijk onder de uitzondering van de grondwettelijke bepaling vallen.

1076. De rechtspraak terzake is voorts eveneens ambigu. Eén rechterlijke uitspraak lijkt er vanuit te gaan dat de uitzondering wel degelijk geldt voor alle negationistische geschriften en uitingen. In de eerste toepassing van de wet stelde de rechter met betrekking tot de toepasselijkheid van het uitzonderingsregime voor feiten vallend onder de Negationismewet met name het volgende:

[I]l n'est pas contesté que le négationnisme est visée par cette modification (...) constitutionnelle.⁵⁰

46 Gedurende de voorbereidingen hadden verschillende belangenverenigingen daarover ook opmerkingen gemaakt (*Parl. St.* Kamer 1998-99, nr. 1936/2, 5).

47 *Parl. St.* Kamer 1998-99, nr. 49-1936/1, 4.

48 *Parl. St.* Kamer 1998-99, nr. 49-1936/2, 6.

49 *Ibid.*, 6 (REYNDERS). Zie ook E. FRANCIS, *l.c.*, 389.

50 Corr. Brussel 7 november 2000, *A.J.T.* 2000-01, 497, met noot D. VOORHOOF.

1077. In volgende uitspraken werd deze visie echter niet gevolgd. Ten aanzien van de activiteiten van de gebroeders V. beargumenteert de correctionele rechter – ter vaststelling van zijn bevoegdheid – uitgebreid dat de negationistische feiten *in casu* ook daadwerkelijk waren ingegeven door racisme.⁵¹

1078. De rechtsleer is ten slotte wél eensluidend. Commentatoren gaan er over het algemeen vanuit dat negationisme zeker niet noodzakelijk ingegeven hoeft te zijn door racisme of xenofobie (o.m. vanwege het feit dat er bv. ook Joodse negationisten zouden bestaan).⁵² De kwalificatie “ingegeven door racisme of xenofobie” zou in die opvatting wel degelijk een *bijkomende* voorwaarde zijn voor negationistische drukpersmisdrijven om in aanmerking te komen voor correctionele behandeling. FRANCIS stelt terzake uitdrukkelijk:

Immers, kan er geen link worden gelegd tussen het revisionisme en het racisme, respectievelijk de xenofobie *motu proprio*, dan moet de correctionele rechtbank zich onbevoegd verklaren en valt de kennisname van het misdrijf onder de o.i. residuaire bevoegdheid van het Hof van Assisen.⁵³

Afdeling 3. Ontkennen, schromelijk minimaliseren, pogen te rechtvaardigen of goedkeuren van de genocide die tijdens de Tweede Wereldoorlog door het Duitse nationaal-socialistische regime is gepleegd

§ 1. Ontkennen, schromelijk minimaliseren, pogen te rechtvaardigen of goedkeuren

A. Algemeen

1079. De uiteindelijk verboden (communicatieve) handelingen, wijken nogal af van hetgeen het oorspronkelijke voorstel viseerde. Aanvankelijk ging het om het “betwisten”, “in twijfel trekken”, “ontkennen” en “goedpraten” van bepaalde historische gebeurtenissen of de omvang ervan.⁵⁴ Vanwege de vaagheid, te grote openheid en ambiguïteit van deze termen⁵⁵, werd echter geopteerd voor “ontkennen, schromelijk minimaliseren, pogen te rechtvaardigen of goedkeuren”.

51 Corr. Antwerpen 9 september 2003, www.antiracisme.be (rechtspraakoverzicht).

52 E. FRANCIS, *l.c.*, 390; D. VOORHOOF, *o.c.*, 2003, 106 en G. VAN DEN BERGHE, “On-g*s*nsur*rd, de proef op de som voor de vrije meningsuiting”, in G. BUELENS, B. BULTINCK, P. DE BUYSSER en D. MERTENS, *De militanten van de limiet, over censuur en vrije meningsuiting*, Leuven, Uitgeverij Van Halewyck, 2000, 91-92. Vgl. o.m. B. CROLS, “Hitler had zijn voorgangers”, *Nucleus* 1995, nr. 2, 7; W. CUYLAERTS, “Revisionisme geen monopolie van één politieke strekking en van alle tijden”, *V.V.L.G.* 27 mei 2001 en K. ELST, “Revisionisten sluiten de boeken”, *Nucleus* 2002, nr. 4, 3-4.

53 E. FRANCIS, *l.c.*, 390. Eenzelfde “expliciete én inhoudelijke motiveringsplicht dienen de correctionele rechtbanken” aldus de auteur “aan te houden wanneer zij zouden oordelen over andere racistische drukpersmisdrijven, zoals beledigingen, laster of eerroof”.

54 Art. 1 Wetsvoorstel tot bestraffing van het betwisten, in twijfel trekken en ontkennen of het goedpraten van misdrijven tegen de mensheid en van oorlogsmisdrijven, *Parl. St. Kamer* 1991-92, nr. 48-557/1, 3.

55 M.b.t. de term “goedpraten” (en het gehanteerde Franse equivalent “apologie”) werd bv. betoogd dat dit te moeilijk invulbaar zou zijn in het strafrecht, hetgeen geaccepteerd werd door indieners (*Parl. St. Kamer* 1991-92, nr. 557/5, 7 (DE CLERCK); *Parl. St. Kamer* 1991-92, nr. 557/5, 8 (EERDEKENS)).

B. Ontkennen en goedkeuren

1080. Volgens het Arbitragehof kan over de betekenis van de begrippen “ontkennen” of “goedkeuren” alvast geen misverstand bestaan:

In het eerste geval wordt het bestaan van de bedoelde genocide in haar totaliteit geloofchend. In het tweede geval hecht men er zijn goedkeuring aan en onderschrijft men aldus dienomtrent de nazi-ideologie.⁵⁶

1081. In de rechtsleer is ter nuancering van deze visie evenwel gewezen op het feit dat uitingen, teneinde te vallen onder de betreffende strafbaarstelling, niet noodzakelijk de Holocaust in haar geheel hoeven te ontkennen of goed te keuren. Artikel 1 lid 2 van de wet verwijst immers naar artikel 2 van het Internationaal Verdrag van 9 december 1948 inzake de voorkoming en de bestraffing van genocide, waarin genocide niet uitsluitend betrekking heeft op feitelijke massamoord (*cf. infra* nrs. 1085-1086). Ook het ontkennen en goedkeuren van (elk van de) onderdelen van de betreffende definitie van genocide valt daarmee onder de wet.⁵⁷

C. Schromelijk minimaliseren en pogen te rechtvaardigen

1082. Omdat volgens de wetgever de bedoelde genocide vaak niet zonder meer wordt ontkend of goedgekeurd, doch op een subtielere wijze wordt betwist of gerechtvaardigd – aan de hand van pseudo-wetenschappelijke studies – is ook het “schromelijk minimaliseren” en het “pogen te rechtvaardigen” opgenomen in de strafbaarstelling. Het gaat met andere woorden om “de bekommernis om het ontwijken van de wet niet al te gemakkelijk te maken”.⁵⁸ Het Arbitragehof geeft aan de bijkomende termen de volgende invullingen:

Het “pogen te rechtvaardigen” gaat minder ver dan het goedkeuren, doch streeft ernaar – door het herschrijven van de historische gegevens – de bedoelde genocide op een aanvaardbare wijze voor te stellen, en aldus de nazi-ideologie te legitimeren.

Bij het strafbaar stellen van het “schromelijk minimaliseren” ten slotte, is de toevoeging van het begrip “schromelijk” van bijzonder belang. Uit de parlementaire voorbereiding blijkt zeer duidelijk dat de wetgever niet het minimaliseren zonder meer, doch enkel het minimaliseren op zeer verregaande en daardoor erge, grove en beledigende wijze beoogt.⁵⁹

1083. In vergelijkbare zin is in de rechtsleer gesteld dat de toevoeging van het adjectief “schromelijk” aan de term “minimaliseren” dient om de goede trouw

⁵⁶ Arbitragehof nr. 45/96, 12 juli 1996, B.7.9.

⁵⁷ T. VANDROMME, “Negationisme”, *l.c.*, nr. 22. De auteur geeft het voorbeeld van het ontkennen van het gewelddadig overbrengen van kinderen van de ene groep naar een andere groep.

⁵⁸ E. BREMS, *l.c.*, 144. Vgl. B. BLERO, *l.c.*, 335 en T. VANDROMME, “Negationisme”, *l.c.*, nrs. 24-26.

⁵⁹ Arbitragehof nr. 45/96, 12 juli 1996, B.7.9. Het Hof verwijst hierbij naar de volgende passages uit de voorbereidingen: *Parl. St. Kamer* 1991-92, nr. 557/3, 2; *Parl. St. Kamer* 1991-92, nr. 557/5, 21-22; *Hand. Kamer* 1 februari 1995, 745.

van de negationist of revisionist uit te sluiten.⁶⁰ Voorts is gesteld dat het “schromelijk minimaliseren” meestal betrekking zal hebben op het aantal slachtoffers. Hierbij dient de Holocaust op een dergelijke wijze te worden voorgesteld dat deze als “marginaal” of “onbeduidend” wordt afgedaan. Men heeft daarbij zoals gezegd niet willen raken aan de vrijheid van wetenschap, zodat enkel het minimaliseren op zeer verregaande en grove, beledigende wijze wordt beoogd.⁶¹ “Pogen te rechtvaardigen” zou voorts het hechten van een “jugement moral positif” aan de genocide omvatten. Hierbij zou echter eveneens een “schromelijke” of “grove” aard ingelezen moeten worden om strijdigheid met de vrijheid van meningsuiting te voorkomen.⁶²

1084. Vermeldenswaard is ten slotte dat handelingen zoals de Hitlergroet of het bezitten van emblemen van het Derde Rijk volgens de voorbereidingen niet onder het toepassingsgebied van de wet vallen.⁶³

§ 2. Van de genocide die tijdens de Tweede Wereldoorlog door het Duitse nationaal-socialistische regime is gepleegd

A. Genocide (art. 1 lid 2)

1085. Artikel 1 lid 2 van de wet bepaalt dat “voor de toepassing van het vorige lid (...) de term genocide [dient] te worden begrepen in de zin van artikel 2 van het Internationaal Verdrag van 9 december 1948 inzake de voorkoming en de bestraffing van genocide”. In het bewuste artikel 2 van dit verdrag wordt onder genocide verstaan⁶⁴:

[E]en van de volgende handelingen, gepleegd met de bedoeling om een nationale, ethnische, godsdienstige groep, dan wel een groep, behorende tot een bepaald ras, geheel of gedeeltelijk als zodanig te vernietigen:

- (a) het doden van leden van de groep;
- (b) het toebrengen van ernstig lichamelijk of geestelijk letsel aan leden van de groep;
- (c) het opzettelijk aan de groep opleggen van levensvoorwaarden die gericht zijn op haar gehele of gedeeltelijke lichamelijke vernietiging;
- (d) het nemen van maatregelen, bedoeld om geboorten binnen de groep te voorkomen;
- (e) het gewelddadig overbrengen van kinderen van de groep naar een andere groep.

1086. De groepskenmerken waarop de nader bepaalde handelingen zich richten, moeten dus nationaliteit, etniciteit, godsdienst of “ras” betreffen. Andere criteria,

⁶⁰ B. BLERO, *l.c.*, 335.

⁶¹ W. MAHIEU, “Ontkenning van genocide”, *l.c.*, 5 en T. VANDROMME, “Negationisme”, *l.c.*, nrs. 25-26. Vgl. *Parl. St.* Kamer 1991-92, nr. 557/5, 21.

⁶² B. BLERO, *l.c.*, 336.

⁶³ *Parl. St.* Kamer 1991-92, nr. 557/5, 23. In bepaalde gevallen is de Hitlergroet – afhankelijk van context – echter wel beschouwd als een inbreuk op de Antiracismewet (*cf. supra* nrs. 847-851).

⁶⁴ De reden voor het opnemen van deze definitie was dat er verschillende definities bestaan van de term genocide en om discussie hieromtrent te voorkomen (*Parl. St.* Senaat 1994-95, nr. 1-299/2, 14).

zoals handicap, komen daarmee in beginsel niet in aanmerking.⁶⁵ Voorts moeten handelingen de bedoeling hebben gehad om de geviseerde groep geheel of gedeeltelijk te vernietigen.

B. Gepleegd door het Duitse nationaal-socialistische regime tijdens de Tweede Wereldoorlog

1087. De wet viseert niet de bestraffing van revisionisme of negationisme van elke willekeurige genocide⁶⁶, maar is uitdrukkelijk beperkt tot de genocide die gepleegd werd door het Duitse nationaal-socialistische regime tijdens de Tweede Wereldoorlog.⁶⁷ Hoewel in de voorbereidingen op verschillende plaatsen gesteld wordt dat hiermee uitsluitend negationisme en revisionisme van de Jodenvervolging en -moord onder de strafbaarstelling valt⁶⁸, is dit geenszins eenduidig. Een dergelijke interpretatie dringt zich alvast op basis van de tekst van de wet niet op. In het licht van de inhoud van de zojuist besproken term “genocide” zou het verbod (kunnen) gelden voor *alle* systematische rassen-, volken- en godsdienstmoordens die tijdens de Tweede Wereldoorlog werden gepleegd door het bewuste regime.⁶⁹ Niet enkel negationisme van de systematische uitroeiing van Joden, maar ook van de vervolgingen van Jehova’s getuigen en Sinti- en Roma(-zigeuners) zouden daarmee onder het verbod (kunnen) vallen.⁷⁰ Met name die laatste groep wordt in de parlementaire voorbereidingen ook herhaaldelijk in de strafbaarstelling vervat geacht.⁷¹ Dit is bevestigd in de rechtsleer.⁷²

1088. Verder hoeven de ontkende, goedgekeurde of schromelijk geminimaliseerde daden niet te hebben plaatsgevonden in Duitsland zelf: “de tekst bedoelt het nationaal-socialisme zoals het ontstaan en gegroeid is in Duitsland en zich dan over de grenzen heen ontwikkeld heeft”, de formulering moet echter niet de “indruk (...) geven dat dit regime alleen in dat gedeelte van Europa heeft bestaan”.⁷³

1089. Wel eenduidig uitgesloten zijn genocides gepleegd door andere regimes dan het Duitse en/of gepleegd in andere periodes dan gedurende de Tweede Wereld-

65 Zie kritisch G. VAN DEN BERGHE, “Ong*nsur**rd, de proef op de som voor de vrije meningsuiting”, *I.c.*, 94.

66 *Parl. St.* Kamer 1991-92, nr. 557/5, 17. Vgl. T. VANDROMME, “Enkele aspecten van de bestraffing van negationisme”, *I.c.*, 271. Zie evenwel *supra* nrs. 1066-1068.

67 Zie o.m. B. BLERO, *I.c.*, 334.

68 Zie o.m. *Parl. St.* Kamer 1991-92, nr. 557/5, 16; *Hand.* Kamer 1 februari 1995, 23.738.

69 *Parl. St.* Kamer 1991-92, nr. 557/5, 11. Er werd niet gekozen voor een terminologie die meer specifiek (enkel) op de Jodenvervolging betrekking had (zoals shoah of holocaust). Zie overigens voor een bespreking van deze termen P. VAN LAETHEM, “De termen holocaust, shoah en genocide”, *Auschwitz Bulletin* 2000, nr. 2, 2-4.

70 B. BLERO, *I.c.*, 334. De verwijzing naar de definitie van het Internationaal Verdrag van 9 december 1948 sluit echter de vervolging van gehandicapten of (andere) ongeneeslijk zieken, alsook van homoseksuelen eenduidig uit van het toepassingsgebied van de wet (*ibid.*, 334).

71 Zie o.m. *Parl. St.* Kamer 1991-92, nr. 557/5, 22. Zie algemeen G. LEWY, *The Nazi Persecution of the Gypsies*, Oxford, Oxford University Press, 2000, 318 p.

72 T. VANDROMME, “Negationisme”, *I.c.*, nr. 18.

73 *Parl. St.* Senaat 1994-95, nr. 1-299/2, 14.

oorlog. Gedurende de voorbereidingen is hierop kritiek geweest.⁷⁴ De wet werd door sommigen ervaren als “discriminerend wat het toepassingsgebied ervan betreft”.⁷⁵ Ter verdediging van de gemaakte keuze werd ingeroepen dat de beperking de efficiëntie van de wet ten goede zou komen⁷⁶, evenals de aflijning van de strafbaarstelling (om zodanig de meningsuiting zo min mogelijk te beperken).⁷⁷ Ook werd de shoah – met zijn systematische, doelbewuste vervolgingen en moorden – van een dergelijk uitzonderlijke en schokkende aard geacht dat deze onvergelijkbaar was met andere oorlogsmisdaden.⁷⁸ Ten slotte stelde zich – naar het oordeel van verschillende leden – vooral ten aanzien van de ontkenning van de geviseerde genocide een maatschappelijk probleem dat noodzaakte tot optreden tegen deze feiten “omdat zij, parallel met de terugkeer van antidemocratische en racistische stromingen in de maatschappij, de jongste jaren zijn toegenomen”.⁷⁹ Zoals vermeld werd deze redenering door het Arbitragehof aanvaard (*cf. supra* nrs. 1057-1063).

§ 3. Moreel element

1090. De wet stelt de boven besproken gedragingen op zichzelf strafbaar. In de rechtsleer is opgemerkt dat een precisering van het beschermde rechtsgoed of een vereiste van een bepaalde (kwaadwillige) ingesteldheid daarbij ontbreekt.⁸⁰ Uit het arrest van het Arbitragehof moeten echter – naar het oordeel van commentatoren – bijkomende voorwaarden terzake worden afgeleid. Het Hof stelt immers:

Of het nu gaat om het ontkennen, het goedkeuren, het pogen te verantwoorden of het schromelijk minimaliseren van de genocide, de door de wet strafbaar gestelde handelingen hebben met elkaar gemeen dat zij nauwelijks kunnen worden geacht te worden gesteld zonder, zij het onrechtstreeks, een misdadige en de democratie vijandige ideologie in ere te willen herstellen en daarbij een of verschillende categorieën mensen ernstig te willen beledigen. De wet vermeldt dergelijke bedoeling niet als een wezenlijk bestanddeel van het misdrijf dat zij invoert, maar uit de parlementaire voorbereiding blijkt

74 Ook in de rechtsleer is zowel voor als na de totstandkoming kritiek geuit op dit punt. VAN DEN BERGHE wijst bv. op het feit dat dit het stereotype beeld bevestigt dat alles aan Hitler of “de” Duitser verwijt, hetgeen zijns inziens de aandacht afleidt van “het weggijken en de medeverantwoordelijkheid van omstanders en de latere geallieerden” en daarmee de verkeerde lessen dreigt te trekken uit het verleden (G. VAN DEN BERGHE, “Ong*s*nsur**rd, de proef op de som voor de vrije meningsuiting”, *l.c.*, 93-94).

75 *Parl. St. Kamer* 1991-92, nr. 557/5, 13. Zie ook *Parl. St. Kamer* 1991-92, nr. 557/5, 2, 6, 19. Er werd o.m. gewezen op de volgende genocides die hierdoor niet in de strafbaarstelling zouden zijn opgenomen: Vietnam, Cambodja, volkerenmoord op het Armeense volk (*Parl. St. Kamer* 1991-92, nr. 557/5, 6; *Hand. Kamer* 1 februari 1995, 741), Joegoslavië (*Parl. St. Kamer* 1991-92, nr. 557/5, 2), de massa-moorden onder de schrikregimes van Stalin en Saddam Hoessein (*Parl. St. Kamer* 1991-92, nr. 557/5, 13), onder het Chinese communistische bewind (*Hand. Kamer* 1 februari 1995, 741) en dat van Rusland ten aanzien van de Oekraïners, de Wolgaduitsers en de Donkozakken (*Hand. Senaat* 8 maart 1995, 1480).

76 *Parl. St. Kamer* 1991-92, nr. 557/5, 14.

77 *Ibid.*, 17, 20 en 22.

78 *Ibid.*, 16. Zie kritisch G. VAN DEN BERGHE, “Ong*s*nsur**rd, de proef op de som voor de vrije meningsuiting”, *l.c.*, 92-94.

79 *Parl. St. Kamer* 1991-92, nr. 557/5, 11, 12 en 25; *Hand. Kamer* 1 februari 1995, 735, 737, 738, 743 en 744; *Parl. St. Senaat* 1994-95, nr. 1-299/2, 9; *Hand. Senaat* 8 maart 1995, 1477. Vgl. in de rechtsleer o.m. E. BREMS, *l.c.*, 147.

80 J. VELAERS, “Het Arbitragehof, de vrijheid van meningsuiting en de wet tot bestraffing van het negationisme en het revisionisme”, *l.c.*, 578.

dat de wetgever daarvan heeft afgezien omdat het uiterst moeilijk is dergelijke bedoelingen te bewijzen – hetgeen blijkt uit diverse ervaringen in België en in het buitenland –, met name omdat dikwijls schijnbaar wetenschappelijke uitdrukkingswijzen worden gehanteerd. De rechter behoudt niettemin een beoordelingsvrijheid. (...) De rechter vermag in bijzondere omstandigheden de afwezigheid, *in concreto*, van de voormelde bedoeling af te leiden.⁸¹

1091. Hoewel de wet dus slecht de “historische waarheid” lijkt te beschermen, blijkt uit de parlementaire voorbereidingen dat andere rechtsgoederen wel degelijk in het geding zijn en dat de geviseerde handelingen voorts nauwelijks kunnen worden geacht te zijn gesteld zonder een kwaadwillige, beledigende intentie en zonder een de democratie vijandig gezinde ideologie in ere te willen herstellen.⁸² De wetgever heeft er in deze redenering slechts van afgezien om dit “bijzonder opzet” uitdrukkelijk te voorzien in de wet, omdat het enerzijds gezien de aard van de betrokken daden vermoed kan worden, maar anderzijds wel bijzonder moeilijk te bewijzen zou zijn. Het – bij marginale toetsing vast te stellen – kennelijk ontbreken van een dergelijk opzet zou echter in voorkomend geval wel tot straffeloosheid moeten leiden.⁸³

1092. De rechtspraak lijkt deze stelling te volgen. Door de Jeugdrechtbank van Dinant werd beslist dat iemand die zich racistisch gedroeg en een houding aannam die verwees naar het nationaal-socialisme, zoals het tekenen van hakenkruizen op schriften, het brengen van de Hitlergroet en het uitroepen van “I love Hitler”, niet veroordeeld kon worden op basis van de Negationismewet, omdat de persoon in kwestie niet of onvoldoende op de hoogte was van de wreedheden van het nazi-regime en hij dus niet wetens en willens de Holocaust kon rechtvaardigen of goedkeuren.⁸⁴

Afdeling 4. Sanctie (art. 1 lid 1)

1093. De straf die voorzien is voor de gedraging als omschreven door artikel 1 betreft een gevangenisstraf van acht dagen tot een jaar en een geldboete van 26 euro

81 Arbitragehof nr. 45/96, 12 juli 1996, B.7.10. Het Hof verwijst hierbij naar de volgende passages uit de parlementaire voorbereidingen: *Parl. St.* Kamer 1991-92, nr. 557/5, 6, 8 en 20; *Hand.* Kamer 1 februari 1995, 737 en 744; *Hand.* Senaat 8 maart 1995, 1.476, 1.478, 1.479 en 1.480. Daarnaast kan ter ondersteuning evenzeer verwezen worden naar: *Parl. St.* Kamer 1991-92, nr. 557/5, 3, 5, 11, 12 en 21-23; *Hand.* Kamer 1 februari 1995, 735.

82 J. VELAERS, “Het Arbitragehof, de vrijheid van meningsuiting en de wet tot bestraffing van het negationisme en het revisionisme”, *l.c.*, 578. Zie ook K. RAES, *Controversiële rechtsfiguren: rechtsfilosofische excursies over de relaties tussen ethiek en recht*, Gent, Academia, 2001, 94-95; T. VANDROMME, “Enkele aspecten van de bestraffing van negationisme”, *R.W.* 2004-05, nr. 7, 270-271; T. VANDROMME, “Negationisme”, *l.c.*, nr. 13. Vgl. G. VAN DEN BERGHE, “On-g*s*nsur**rd, de proef op de som voor de vrije meningsuiting”, *l.c.*, 91.

83 J. VELAERS, “Het Arbitragehof, de vrijheid van meningsuiting en de wet tot bestraffing van het negationisme en het revisionisme”, *l.c.*, 579 en T. VANDROMME, “Negationisme”, *l.c.*, nr. 34-35.

84 Jeugdrb. Dinant 22 oktober 2001, *J.D.J.* 2002, nr. 213, 41 met noot P. CHARLIER. Zie ook T. VANDROMME, “Negationisme”, *l.c.*, nr. 35.

tot 5.000 euro (vermeerderd met de wettelijke opdecieimen). In tegenstelling tot de Antiracismewet laat deze strafomschrijving de rechter niet de keuze om slechts een van deze straffen op te leggen.⁸⁵

1094. Gezien de toepasselijkheid van artikel 85 Sw. op de wet, bestaat de betreffende mogelijkheid desalniettemin wanneer verzachtende omstandigheden in aanmerking worden genomen. Daarnaast kunnen in bepaalde gevallen nog bijkomende sancties worden opgelegd (*cf. infra* nr. 1109).

Afdeling 5. Toepassingen

§ 1. Ante Negationismewet

1095. Voor totstandkoming van de wet, was negationisme en revisionisme niet altijd straffeloos. Verschillende keren is de Antiracismewet toegepast op feiten die inmiddels onder de strafbaarstelling van de Negationismewet gebracht kunnen worden.⁸⁶ De Correctionele Rechtbank van Brussel veroordeelde bijvoorbeeld op 11 april 1991 een persoon die tijdens een debatavond revisionistische standpunten had verkondigd en die tevens van een bepaalde journalist had beweerd dat deze een lid was van de Mossad. De persoon in kwestie werd veroordeeld zowel op basis van artikel 1 van de Antiracismewet als op grond van laster ten aanzien van de journalist in kwestie.⁸⁷ In beroep werd dit vonnis bevestigd. Het Hof stelde dat het gebruikte discours duidelijk de bedoeling van de auteur aantoonde om racistische theorieën in ere te herstellen “qui sont à l’origine de la déportation et de l’anéantissement de millions de Juifs” en:

[Que] le prévenu en vient assez naturellement à exposer ses thèses révisionnistes qui consistent à mettre en doute l’existence des chambres à gaz et la réalité du génocide du peuple juif par les Allemands et que cette manière d’agir est bien dans le chef du prévenu, celle qu’entend réprimer la loi du 30 juillet 1981, dès lors que ses propos, procédant par un amalgame d’idées qui relèvent plus du discours politique que de la recherche scientifique, n’ont pour seul but que de présenter la Communauté juive comme participant à une gigantesque escroquerie dont elle tire le bénéfice; Que cette insinuation de travestissement de la vérité à son seul profit, outre qu’elle est blessant pour les survivants et outrageante pour la mémoire des victimes du nazisme, est de

85 T. VANDROMME, “Negationisme”, *l.c.*, nr. 36. In het parlement heeft nog discussie plaatsgevonden rond de vraag of een gevangenisstraf wel opportuun zou zijn. Men stelde dat een geldboete als sanctie zou volstaan, enerzijds gezien het feit dat een gevangenisstraf een individu niet beter maakt en het hier anderzijds in beginsel geen misdrijf betreft dat met geweld gepaard gaat (*Parl. St. Kamer* 1991-92, nr. 557/5, 6). Men besloot evenwel de betreffende straf te behouden.

86 Zie uitgebreid D. VOORHOOF, “Racismebestrijding en vrijheid van meningsuiting in België: wetgeving en jurisprudentie”, *l.c.*, 187-189.

87 Corr. Brussel 11 april 1991, *J.L.M.B.* 1991. Zie ook D. VOORHOOF, “Racismebestrijding en vrijheid van meningsuiting in België: wetgeving en jurisprudentie”, *l.c.*, 189-190; D. BATSELE, M. HANOTIAU en O. DAURMONT, *La lutte contre le racisme et la xénophobie*, Brussel, Nemesis, 1992, nr. 18, 264.

nature à provoquer des réactions passionnelles d'agressivité contre ceux qui se trouvent accusés d'impotence; qu'il s'agit bien d'incitation à la haine.⁸⁸

1096. Ook is de Antiracismewet met enig succes ingeroepen om het recht op antwoord niet toe te staan voor negationistische propaganda.⁸⁹ Zo accepteerde de Correctionele Rechtbank van Brussel in een vonnis van 20 april 1993 de weigering van opname van een antwoord waarin “de stellingen van het revisionisme” uiteengezet worden als gerechtvaardigd, onder meer vanwege het feit dat “dergelijk optreden valt onder de toepassing van de Wet van 30 juli 1981”. De rechter was van oordeel dat de stellingen van het revisionisme “als doel hebben het Joodse volk te bestempelen als een grote groep van oplichters waaruit zij alleen voordeel halen”.⁹⁰

§ 2. Negationismewet

1097. De rechtspraak naar aanleiding van de Negationismewet zelf is beperkt. Sinds haar totstandkoming is de wet slechts vier maal toegepast.

A. Final Conflict

1098. De eerste eigenlijke toepassing van de wet was in de zogenaamde “Final conflict”-zaak. In de bewuste zaak veroordeelde de Correctionele Rechtbank van Brussel op 7 november 2000 David V. vanwege het feit dat hij via een Brusselse boekhandel een publicatie genaamd *Final Conflict* verspreid had.⁹¹ De twee uitbaters van de boekhandel werden daarentegen vrijgesproken.

1099. De publicatie waarom het ging, was een tijdschrift van revolutionair en radicaal-nationalistische aard, met veel aandacht voor revisionistische en nazistische geschriften. Met betrekking tot het nummer waarom het ging⁹², werd door de rechter onder meer de aandacht gevestigd op een artikel waarin gesteld wordt: “And while

88 Brussel 8 november 1991, C.G.K.R., *De wet van 30 juli 1981 tot bestraffing van bepaalde door racisme of xenofobie ingegeven daden: rechtspraak antiracisme*, 129.

89 Zie uitgebreid D. VOORHOOF, “Het recht op antwoord: geen alibi of dekmantel voor revisionistische propaganda of aanzet tot vreemdelingenhaat”, *T. Vreemd* 1994, nr. 2, 104-107.

90 In een ander geval werd de afwijzing van het antwoordrecht echter niet geaccepteerd. Het ging om dezelfde auteur die in een antwoord op een artikel in *De Morgen* “kort samengevat” had gesteld “dat het revisionisme volgens hem wél zinnig” was, in tegenstelling tot hetgeen in het artikel beweerd was. De Rechtbank overwoog terzake “dat die inhoud, zonder uitwijdingen over wat nu precies revisionisme is of voorstaat, en zonder verwijzingen naar iets concreets, niet als beledigend kan worden beschouwd” en meer specifiek met betrekking tot de Antiracismewet: “[D]at de rechtbank het antwoord herhaaldelijk heeft herlezen, maar daarin geen enkele aanzetting tot discriminatie, haat of geweld jegens een persoon wegens zijn ras, zijn huidskleur, zijn afkomst of zijn nationaliteit kan onderkennen, noch enige andere inbreuk tegen de Wet van 30 juli 1981” (Corr. Brussel 7 januari 1994, www.antiracisme.be (rechtspraakoverzicht)).

91 Corr. Brussel 7 november 2000, *A.J.T.* 2000-01, 497 met noot D. VOORHOOF; *AM* 2000, nr. 4, 473.

92 Te weten nr. 14/15. De inhoud van dit nummer was als volgt: “Interviews: Czech Patriotic Front; Italian musician in Exile - Massimo Morsello; Carl Klang, US Folk Artist; Viking from France; Gary Yarbrough of The Order; Celtic warrior from Wales; Features: Msgr Tiso and Radola Gajda Remembered; White Power or White Cowardice; Nationalism in Hungary; Last PoW of the Vietnam War; Ireland's Little People; Intro to the Third Position; The History of Norway; Skinheads in Colombia; ‘Veneto 4’ Campaign; Did Six Million Really Die?”

it's still legal, Final conflict asks: DID 6 MILLION REALLY DIE?" De Rechtbank overwoog dat de promotie van de revisionistische zienswijze – evenals het aanraden van publicaties over het onderwerp waarvan er verschillende verboden waren – “constituent une minimisation grave, outrancière et offensante auquel tout alibi scientifique se dérobe”.

Les auteurs tentent une approche tendant à justifier le génocide pour le présenter sous un jour déresponsabilisant le régime national-socialiste allemand et partant, susceptible de réhabiliter pareille idéologie hostile à la démocratie et de nature à offenser gravement de nombreux êtres humains de diverses origines ou catégories sociales.

1100. David V. had het tijdschrift verdeeld bij de bewuste boekhandel (hij was dus geen auteur, redacteur of uitgever van het bewuste nummer)⁹³, naar eigen zeggen slechts als wederdienst voor het publiceren van een artikel over zijn “humanitaire activiteiten” in Kroatië en Bosnië. Ook beweerde hij niet te hebben geweten van het bestaan van de Negationismewet. De Rechtbank was echter ongevoelig voor zijn argumenten en stelde:

Que les faits sont graves dès lors que le prévenu a, en parfaite connaissance de cause quoiqu'il prétend actuellement, contrevenu à la disposition légale fondant les poursuites dont le législateur a estimé qu'elle était indispensable aux fins notamment de préserver divers groupes sociaux des propos et thèses offensant gravement la dignité humaine mais également de protéger la démocratie à l'égard d'idéologie qui n'ont de cesse de tenter de l'affaiblir ou de poursuivre sa perte par une tentative de réhabilitation du régime national-socialiste allemand qui est un exemple avéré de négation de la démocratie et de l'individu.

1101. Wat betreft de verantwoordelijke uitbaters van de boekhandel, stelt de rechter dat ook zij in het algemeen veroordeeld zouden kunnen worden wanneer zij geschriften verkopen, te koop aanbieden of aan het publiek tentoonstellen die door de Negationismewet gevisieerd worden. Het niet-respecteren van een wettelijk voorschrift kan aldus de Rechtbank niet geaccepteerd worden op basis van het feit dat het moeilijk zou zijn “d'examiner toute publication exposée en librairie ou qu'un contrôle préalable serait effectué par un distributeur”:

L'importance de l'achalandage en vue de satisfaire une clientèle importante de nature à produire un chiffre d'affaire et un bénéfice plus conséquents implique une adaptation des moyens d'exploitation de nature à répondre aux exigences légales et non seulement aux intérêts économiques.

1102. In dit concrete geval waren er volgens de Rechtbank echter onvoldoende bewijzen om tot veroordeling van de uitbaters over te gaan. De feiten zouden niet aantonen dat zij daadwerkelijk deel hadden gehad aan de realisatie van de inbreuk,

⁹³ In toepassing van art. 25 lid 2 G.W. werd slechts de in België gevestigde verspreider vervolgd, daar auteurs, redacties en uitgever of drukker allen in Groot-Brittannië gevestigd waren (zie D. VOORHOOF, “Verspreider van revisionistisch tijdschrift correctioneel veroordeeld wegens drukpersmisdrijf ‘ingegeven door racisme of xenofobie’”, *A.J.T.* 2000-01, 503).

of dat zij zich opzettelijk onthouden zouden hebben een einde te stellen aan de inbreuk. Ook hun persoonlijkheid zou er niet op wijzen dat zij dergelijk gedrag zouden stellen.

B. “I love Hitler”

1103. De Jeugdrechtbank van Dinant veroordeelde weliswaar een minderjarige op basis van artikel 1 lid 3 Antiracismewet (*cf. supra* nr. 877), maar sprak hem vrij van de tenlastelegging op basis van de Negationismewet.⁹⁴ De gedaagde minderjarige had onder meer hakenkruizen getekend op schriften, de Hitlergroet gebracht en zaken gezegd als “I love Hitler”. De Rechtbank gaf om te beginnen – onder verwijzing naar het arrest van het Arbitragehof – aan dat het noodzakelijk is om de Negationismewet restrictief te interpreteren. Vervolgens stelt het vonnis dat “le juge peut déduire l’absence de volonté de commettre les agissements réprimés des éléments concrets de la cause”. Uit de feiten in de onderhavige zaak leidde de rechter vervolgens af dat er twijfel rijst over de (impliciet) vereiste intentie:

Que le fait d’avoir dessiné des croix gammées sur ses effets scolaires “pour faire comme les autres” et ne pas passer à leur yeux pour “un demeuré” ainsi que le fait d’avoir salué les autres en faisant, pour faire comme eux, le salut nazi tout en n’ayant, semble-t-il, guère de connaissance précise de la réalité des atrocités commises par ce funeste régime, outre qu’ils n’emportent aucune adhésion au génocide commis par le dit régime, ... permettent, vu les circonstances révélées par le dossier, de douter de l’intention de l’auteur d’adhérer ou de justifier ce régime ou encore de tenir des propos ou d’adopter des attitudes infamantes et injurieuses pour la mémoire des victimes; Que les circonstances de l’espèce sont plutôt révélatrices d’une attitude certes moralement condamnable mais commise en qualité de suiveur imbécile et ignorant; Qu’il existe donc un doute qui doit profiter à l’intéressé et justifier son acquittement.⁹⁵

C. Negationisme en internet

1104. Bij een andere toepassing van de wet werd een persoon – eveneens door de Correctionele Rechtbank van Brussel – veroordeeld voor het verspreiden van boodschappen op het internet die strijdig werden geacht met zowel de Antiracismewet als de Negationismewet.⁹⁶ Na herhaaldelijke waarschuwingen door de provider die zonder gevolg bleven, diende deze een klacht in, waarbij de Rechtbank de feiten bewezen achtte. De exacte inhoud van de berichten werd hierbij in het vonnis niet verduidelijkt. Evenmin beargumenteerde de rechter waarom de berichten strafbaar werden geacht.⁹⁷

⁹⁴ Jeugdrb. Dinant 22 oktober 2001, *J.D.J.* 2002, nr. 213, 41 met noot P. CHARLIER.

⁹⁵ Jeugdrb. Dinant 22 oktober 2001, www.antiracisme.be (rechtspraakoverzicht); *J.D.J.* 2002, nr. 213, 41 met noot P. CHARLIER.

⁹⁶ Corr. Brussel 15 januari 2002, www.antiracisme.be (rechtspraakoverzicht).

⁹⁷ Het moet evenwel om tamelijk zware feiten zijn gegaan, gezien de hoge straffen (1 jaar gevangenisstraf).

D. Vrij Historisch Onderzoek

1105. Het bestaan en de activiteiten van de organisatie “Vrij Historisch Onderzoek” (V.H.O.) lagen mee aan de grondslag van de totstandkoming van de Negationismewet (*cf. supra* nr. 1053).⁹⁸ Desalniettemin heeft het tot 2003 geduurd alvorens een veroordeling werd verkregen ten aanzien van de verantwoordelijke broers Siegfried en Herbert V. Op 9 september 2003 werden zij op basis van zowel (art. 1 van) de Antiracismewet als de Negationismewet veroordeeld door de Correctionele Rechtbank van Antwerpen.⁹⁹ Deze veroordeling was onder meer gebaseerd op het drukken en verspreiden van pamfletten waarin promotie werd gevoerd voor boeken met negationistische inslag¹⁰⁰, evenals op het te koop aanbieden van deze boeken onder meer via internet.¹⁰¹

1106. De door beklaagden opgeworpen vraag of de betreffende wetgeving niet in strijd is met “hogere rechtsnormen van Europees recht” werd door de rechter ontkennend beantwoord met verwijzing naar de toetsing door het Arbitragehof (*cf. supra* nrs. 1057-1063). Ook het argument als zouden de geviseerde daden niet ingegeven zijn door racisme en xenofobie werd verworpen, omdat enkele – door deskundige VAN DEN BERGHE¹⁰² aangehaalde – passages uit de gepromote werken “wel degelijk aanzetten tot discriminatie, haat, geweld of rassenscheiding jegens een groep, gemeenschap of de leden ervan”. Hierbij verwees de rechter in het bijzonder naar het boek van BOYER – “Die schlimmsten Feinde unserer Völker” – dat door het V.H.O. te koop werd aangeboden:

Op basis van de door de deskundige aangehaalde passages en samenvattingen blijkt dat het Joodse volk wordt afgeschilderd als een volk van fanatiekelingen, waarbij ongehoorzamen worden vermoord. Zij worden verder beschreven als huichelaars, bedriegers, een volk van dieven en laffe sluipmoordenaars. De auteur ontkent de jodenmoord niet maar praat ze goed door onder meer het jodendom te vergelijken met een poliep,

98 Zie ook D. VOORHOOF, “Antwerpse negationisten van ‘Vrij Historisch Onderzoek’ veroordeeld”, *De Juristenkrant* 2003, nr. 76, 12.

99 Corr. Antwerpen 9 september 2003, www.antiracisme.be (rechtspraakoverzicht); *R.W.* 2004-05, nr. 7, met noot T. VANDROMME. Zie ook H. PANKEN, “Noot onder E.H.R.M. 24 juni 2003”, *l.c.*, 355-356.

100 Eén van de beklaagden wierp met betrekking tot de pamfletten (en stickers) op dat hij deze niet zelf verspreid had. De rechter overwoog dienaangaande echter dat art. 444 Sw. dit ook niet vereist, “maar wel dat de verspreiding het noodzakelijke gevolg is van het toezenden van het geschrift aan de geadresseerde, wat meebrengt dat de verspreiding door de dader gewild was (Cass. 23 oktober 1916, *Pas.* 1917, 1, 290)”. Bij huiszoeken had het gerecht overigens nog meer dan twintig ton pamfletten en boeken in beslag genomen waarvan vele teksten aldus de procureur strijdig waren met zowel de Negationisme- als Antiracismewet.

101 Aangaande de toepasbaarheid van de wet op de (inhoud van de) website stelde de rechter: “Dat ook websites ressorteren onder toepassing van de in de tenlasteleggingen A en B aangehaalde wetten (...) vloeit voort uit de bewoordingen van art. 444 van het Strafwetboek. Informatie en publicaties die te koop worden aangeboden en waarvan een inhoudsopgave wordt weergegeven in een website, zijn toegankelijk voor een zeer groot publiek en beantwoordt onmiskenbaar aan de in art. 444 van het Strafwetboek omschreven verspreiding en openbaarmaking” (Corr. Antwerpen 9 september 2003, www.antiracisme.be (rechtspraakoverzicht)). Zie evenwel T. VANDROMME, “Negationisme”, *l.c.*, nr. 32.

102 Ook het door de beklaagden voorgestelde weren van het deskundigenverslag vanwege vermeende vooringenomenheid van deze expert werd niet door de rechter gevolgd.

waarvan het niet volstaat zijn tentakels te vernietigen maar ook de kop moet worden vernietigd.

1107-1108. Ook het – door beklaagden aangevoerde – vermeende ontbreken van een moreel element werd door de rechter niet aanvaard. Ten eerste vanwege eerdere veroordelingen voor gelijkaardige feiten in zowel Nederland als België, waarbij reeds gewezen was op het schadelijke effect van de geviseerde geschriften. Ten tweede konden beklaagden – gezien het feit dat de pamfletten specifiek met het oog op massaverspreiding gedrukt werden – “niet voorhouden dat het geenszins hun bedoeling is dat de pamfletten en publicaties bij Joodse mensen of andere slachtoffers van oorlogsleed zouden terechtkomen”. Eén van de twee veroordeelden heeft beroep aangetekend tegen het vonnis.

HOOFDSTUK 3. (BIJKOMENDE) SANCTIES EN HANDHAVING

Afdeling 1. Bijkomende sancties

§ 1. *Ontzetting uit rechten (art. 1 lid 3)*

1109. Op grond van artikel 1 lid 3 van de wet, kan een veroordeelde – als bijkomende straf – overeenkomstig artikel 33 van het Strafwetboek tot de ontzetting worden veroordeeld. Deze veroordeling is facultatief en wordt opgelegd naast de hoofdstraf. In de oorspronkelijke tekst was ontzetting slechts mogelijk ingeval van recidive. Door de aanpassing van 7 mei 1999 is de sanctie ook mogelijk ingeval van een eerste veroordeling (zie voor verdere bespreking van deze straf *supra* nrs. 1005-1008). In de toepassingspraktijk van de Negationismewet werd deze bijkomende straf opgelegd ten aanzien van Siegfried en Herbert V. Zij werden bij hun veroordeling in beginsel ook uit hun rechten ontzet voor een periode van 10 jaar. De zaak is evenwel nog hangende in beroep.¹⁰³

§ 2. *Bekendmaking vonnis (art. 2)*

1110. Naast de ontzetting *kan* (dus opnieuw facultatief) ingeval van veroordeling wegens overtreding van de wet “worden bevolen dat het vonnis in zijn geheel of bij uittreksel in een of meer dagbladen wordt bekengemaakt, alsmede dat het wordt aangeplakt, een en ander op kosten van de veroordeelde”. Ook deze bijkomende straf werd in de praktijk bij toepassing van de wet reeds bevolen.¹⁰⁴

103 Corr. Antwerpen 9 september 2003, www.antiracisme.be (rechtspraakoverzicht). De zaak betrof een gecombineerde toepassing van zowel de Antiracismewet als de Negationismewet.

104 Corr. Brussel 7 november 2000, *A.J.T.* 2000-01, 497 met noot D. VOORHOOF; *AM* 2000, nr. 4, 473. Het ging om integrale publicatie in *Le Soir* en *De Standaard*.

§ 3. Algemene strafrechtelijke regels (art. 6)

1111. Artikel 6 bepaalt dat “hoofdstuk VII van het eerste boek van het Strafwetboek en artikel 85 van hetzelfde wetboek (...) op deze wet van toepassing” zijn. Deze bepaling heeft – evenals artikel 6 van de Antiracismewet – tot gevolg dat het *gehele* eerste boek van het Strafwetboek op de wet van toepassing is, inclusief de bepalingen aangaande verzachtende omstandigheden (art. 85 Sw.) en strafbare deelneming (hfdst. VII Sw.) (zie uitvoerig *supra* nr. 1009-1026).¹⁰⁵

Afdeling 2. Handhaving: optreden in rechte (art. 4) en (overige) bevoegdheden C.G.K.R.

1112. Artikel 4 van de wet behelst dat het C.G.K.R., “alsmede iedere vereniging die op het ogenblik van de feiten ten minste vijf jaar rechtspersoonlijkheid geniet, en die zich, op grond van haar statuten, tot doel stelt de morele belangen en de eer van het verzet of van de gedeporteerden te verdedigen” in rechte kunnen optreden “in alle rechtsgeschillen waartoe de toepassing van deze wet aanleiding kan geven”.

1113. De algemene inhoud van de bevoegdheden die aan rechtspersonen toekomen inzake het “optreden in rechte”, zijn uitvoerig besproken in het kader van de Antiracismewet (*cf. supra* nrs. 1031-1045).¹⁰⁶ In het kader van de Negationismewet komt de bewuste bevoegdheid ten eerste opnieuw toe aan het C.G.K.R. Daarnaast is hiertoe iedere vereniging gerechtigd die (1) beschikt over minimaal vijf jaar rechtspersoonlijkheid op het ogenblik van de feiten en (2) statutair tot doel heeft om “de morele belangen en de eer van het verzet of van de gedeporteerden te verdedigen”. Wat betreft de eerste voorwaarde kan weer verwezen worden naar de bespreking van de gelijkkluidende voorwaarde die opgenomen is in de Antiracismewet. De tweede voorwaarde houdt in dat verenigingen (die voldoen aan de anciënniteitsvoorwaarde) *enkel* gerechtigd zijn tot optreden in rechte indien zij in hun statuten opgenomen hebben de morele belangen en de eer van het verzet of van gedeporteerden te verdedigen.

105 De toevoeging impliceert dat men ook expliciet mededaderschap viseert, hetgeen ook duidelijk blijkt uit de voorbereidingen. De bedoeling van de wetgever bestond er uitdrukkelijk in, de wet toepasselijk te maken op: “[A]l degenen die onmiskenbare hulp hebben geboden in de modaliteiten bepaald door deze artikelen. Het is niet degene die zich als de auteur voorstelt die aan de oorsprong ligt van de geschriften waarvan sprake is, maar wel degenen die daarvoor de financiële middelen ter beschikking stellen, en de misdaad mogelijk maken (...)”. Men beoogt dus eveneens degenen die de misdaad financieren, de tekst vertalen, invoeren, enz. (*Parl. St.* Senaat 1994-95, nr. 1-299/2, 5). *Cf. supra* nr. 1024.

106 De invoeging gaf – evenals ingeval van de analoge bepaling in de Antiracismewet – aanleiding tot discussie, zij het lang niet in dezelfde mate (*cf. supra* nr. 1032). Opnieuw wees men erop dat het “beter [was] om niet verenigingen te laten optreden in rechte, maar om ‘vertrouwen te geven aan het gerecht dat bij de toepassing van de wet de nodige onafhankelijkheid, objectiviteit en sereniteit aan de dag kan leggen’ en dat ‘vermeden [moest] worden dat de wet als politiek instrument wordt aangegrepen” (*Parl. St.* Kamer 1991-92, nr. 557/5, 20). Vgl. *Parl. St.* Senaat 1994-95, nr. 1-299/3; *Hand.* Kamer 1 februari 1995, 745; *Hand.* Senaat 8 maart 1995, 1481 en 1484.

1114. Aangaande de overige bevoegdheden van het C.G.K.R. inzake de Negationismewet kan – *mutatis mutandis* – opnieuw verwezen worden naar het bewuste onderdeel van de bespreking van de Antiracismewet (*cf. supra* nrs. 1046-1049).

SELECTE BIBLIOGRAFIE

- BLERO, B., “La répression légale du révisionnisme”, *J.T.* 1996, nr. 5800, 333-337.
- BREMS, E., “Revisionismewet verenigbaar met vrije meningsuiting”, *T. Vreemd.* 1996, nr. 2, 144-147.
- C.G.K.R., *Aanpak discriminatie en racisme*, Brussel, Politeia, 2004, 72-75.
- RAES, K., *Controversiële rechtsfiguren: rechtsfilosofische excursies over de relaties tussen ethiek en recht*, Gent, Academia, 2001, 51-95 (“Het recht op vrijheid van meningsuiting en het probleem van de negationistische geschiedvervalsing”).
- VANDROMME, T., “Negationisme”, *Comm. Straf.* 2004, 159-179.
- VOORHOOF, D., “Noot onder Arbitragehof nr. 45/96, 12 juli 1996”, *Jaarboek Mensenrechten* 1996-97, 346-353.
- VOORHOOF, D., “Racismebestrijding en vrijheid van meningsuiting in België: wetgeving en jurisprudentie”, in SCHUIJT, G.A.I. en VOORHOOF, D. (eds.), *Vrijheid van meningsuiting, racisme en revisionisme*, Gent, Academia Press, 1995, 184-192.
- VELAERS, J., “Het Arbitragehof, de vrijheid van meningsuiting en de wet tot bestraffing van het negationisme en het revisionisme”, (noot onder Arbitragehof nr. 45/96, 2 juli 1996), *C.D.P.K.* 1997, 573-580.

Deel VI

Antidiscriminatiewet

HOOFDSTUK 1. ACHTERGRONDEN EN ONTSTAANSGESCHIEDENIS

Afdeling 1. Verworpen voorstellen¹

1115. Voor de totstandkoming van de Wet van 25 februari 2003 ter bestrijding van discriminatie en tot wijziging van de wet van 15 februari 1993 tot oprichting van een Centrum voor Gelijkheid van Kansen en voor Racismebestrijding² (Antidiscriminatiewet)³ was de bescherming tegen discriminatie in horizontale verhoudingen veeleer zwak en beperkt tot enkele gronden en/of rechtsgebieden.⁴ Dat wil echter niet zeggen dat er in het verleden geen pogingen ondernomen zijn om te komen tot meer omvattende, algemene wetgeving terzake. Deze voorstellen strandden echter tot recent steeds op gebrek aan politieke wil.

1116. Het eerste voorstel dat in dit verband genoemd kan worden, dateert reeds uit de zittingsperiode 1982-83. Het betrof een voorstel om – op het terrein van de arbeid – te komen tot een algemene Antidiscriminatiewet. Het initiatief werd evenwel onder druk van de sociale partners vervangen door C.A.O. nr. 38 van 6 december 1983 betreffende de werving en selectie van werknemers, waarin wordt bepaald dat de

1 Zie uitvoerig P. BORGHS, *De Antidiscriminatiewet. Handleiding bij de wet ter bestrijding van discriminatie*, Antwerpen/Apeldoorn, Garant, 2003, 61-63. Zie ook P. BORGHS, “Wetsvoorstel ADW wordt 16 jaar, eindelijk een anti-discriminatiewet?”, *Zizo* 30 april 2003, 19-20; J. VRIELINK, “De nieuwe Belgische antidiscriminatiewet. Een kritische bespreking”, in X, *Vrijheid en gelijkheid, de horizontale werking van het gelijkheidsbeginsel en de nieuwe antidiscriminatiewet*, Antwerpen, Maklu, 2003, 192-194.

2 B.S. 17 maart 2003, *err.* B.S. 13 mei 2003. Gewijzigd bij Wet 9 juli 2004 (B.S. 15 juli 2004).

3 Daarnaast is de wet ook wel aangeduid als “Anti-discriminatiewet”, “Discriminatiewet”, “Wet bestrijding discriminatie” en – naar Nederlands voorbeeld – als “Algemene wet gelijke behandeling”.

4 Daarbij valt o.m. te denken aan discriminatie op grond van ras (o.m. d.m.v. de Antiracismewet (*cf. supra* deel IV) en de Negationismewet (*cf. supra* deel V)), geslacht (o.m. d.m.v. de Wet gelijkheid man – vrouw, B.S. 19 juni 1999), leeftijd (o.m. art. 2 t.e.m. 11 Wet 13 februari 1998 houdende bepalingen tot bevordering van de tewerkstelling, B.S. 19 februari 1998), handicap (d.m.v. de Wet 16 april van 1963 betreffende de sociale reclassering van de mindervaliden, B.S. 23 april 1963), deeltijdwerknemers en werknemers met een arbeidsovereenkomst van bepaalde tijd (resp. d.m.v. de Wet 5 maart 2002, B.S. 13 maart 2002 en C.A.O. nr. 35 en de Wet 5 juni 2002, B.S. 26 juni 2002). Zie ook J. VELAERS, “De horizontale werking van het discriminatieverbod in de discriminatiewet, enkele constitutionele beschouwingen”, in X, *Vrijheid en gelijkheid, de horizontale werking van het gelijkheidsbeginsel en de nieuwe antidiscriminatiewet*, Antwerpen, Maklu, 2003, 296; C. BAYART, “De opmars van het discriminatierecht in de arbeidsverhoudingen. Europees discriminatierecht van de tweede generatie en aandachtspunten voor de Belgische wetgever bij de implementatie in de Belgische rechtsorde”, *J.T.T.* 2002, 323; J. VRIELINK, “De nieuwe Belgische antidiscriminatiewet. Een kritische bespreking”, *l.c.*, 192; M. DE VOS, “De bouwstenen van het discriminatierecht in de arbeidsverhoudingen”, in M. DE VOS en E. BREMS (eds.), *Wet Bestrijding Discriminatie in de praktijk*, Antwerpen, Intersentia, 2004, 99-100.

aanwervende werkgever sollicitanten niet op discriminerende wijze mag behandelen en in principe geen onderscheid mag maken op grond van leeftijd, geslacht, burgerlijke stand, ziekteverleden, nationaliteit, politieke of levensovertuiging of lidmaatschap van een vakbond of een andere organisatie.

1117. Ook in 1985 werd een initiatief ondernomen om te komen tot een meer algemene Antidiscriminatiewet. Het ging hierbij om het wetsvoorstel tot bestraffing van discriminatie op grond van geslacht, beleving van seksuele en relationele voorkeur, burgerlijke staat en gezinsomstandigheden.⁵ In 1988 werd dit wetsvoorstel opnieuw ingediend in de Kamer door VAN DEN BOSSCHE⁶ en in 1992 nog eens door SWENNEN en LANDUYT.⁷ In 1995 werd dit voorstel onder druk van met name de holebi-beweging weer op de agenda geplaatst van de commissie Justitie van de Kamer, maar behandeling ervan werd door omstandigheden verhinderd. In 1996 dienden LANDUYT en WILLEMS een nieuw wetsvoorstel in ter bestrijding van discriminatie op grond van geslacht en seksuele of relationele voorkeur.⁸ Dit initiatief ontlokte echter scherpe kritiek, waarop de toenmalige CVP de steun voor het voorstel introk.⁹ In 1997 kwam BOURGEOIS vervolgens met een voorstel dat in een geheel andere lijn lag en strekte tot een (zuiver) strafrechtelijke aanpak van

- 5 Wetsvoorstel tot bestraffing van discriminatie op grond van geslacht, beleving van seksuele en relationele voorkeur, burgerlijke staat en gezinsomstandigheden, *Parl. St. Kamer* 1984-85, nr. 1219. BORGHS geeft aan dat het initiatief mede plaatsvond onder impuls van verschillende leden van de Liga voor Mensenrechten, die de SP-Studiedienst (SEVI) bereid vonden om een aantal vertegenwoordigers van de holebi-beweging en de vrouwenbeweging samen te brengen met een Nederlandse specialist inzake het (Nederlandse) voorontwerp gelijke behandeling. De vrouwenbeweging zou echter gaandeweg haar belangstelling hebben verloren voor het voorstel omdat er steeds meer specifiek wetgevend werk kwam m.b.t. de gelijkheid van de geslachten (P. BORGHS, *o.c.*, 61).
- 6 Wetsvoorstel tot bestraffing van discriminatie op grond van geslacht, beleving van seksuele en relationele voorkeur, burgerlijke staat en gezinsomstandigheden, *Parl. St. Kamer* 1988, nr. 339.
- 7 Wetsvoorstel tot bestraffing van discriminatie op grond van geslacht, beleving van seksuele en relationele voorkeur, burgerlijke staat en gezinsomstandigheden, *Parl. St. Kamer* 1991-92, nr. 304.
- 8 Wetsvoorstel ter bescherming tegen discriminatie op grond van geslacht en seksuele of relationele voorkeur, *Parl. St. Kamer* 1995-96, nr. 49-600.
- 9 P. BORGHS, *o.c.*, 62. De weerstand kwam zowel uit politieke, maatschappelijke als academische hoek (zie gedetailleerd P. BORGHS, *l.c.*, 19). De (meer rationele) tegen-argumenten hadden o.m. betrekking op de volgende zaken: de (vermeende) juridische gebreken van het voorstel; de individualisering en balkanisering van de samenleving die een dergelijke wet teweeg zou brengen; de totale gelijkschakeling en homogenisering van de mens die het voorstel zou inhouden; het recht op gelijke behandeling zou geen horizontale werking toekomen; het voorstel zou de vrijheden en de rechtsvrije ruimte in het gedrang brengen; het voorstel zou de intolerantie van de politieke correctheid opleggen en het opiniedelict invoeren; het voorstel zou een voorkeursbehandeling betekenen voor de opgenomen minderheidsgroepen; het verbod op onderscheiden (voorkeurs-)behandeling van gehuwden zou in strijd zijn met hetgeen waarvoor christen-democraten (zouden moeten) staan. Zie o.m. M. VAN DE VOORDE, "Wetsvoorstel", *Kerk en Leven* 12 juni 1996, 2; A. COLEN, "Weg met de liberale democratie?", *De Standaard* 25 mei 1996; F. VERLEYEN, "De gedachtenpolitie", *Knack* 12 juni 1996, 3; F. KEULENEER, "Is er een toekomst voor de christen-democratie?", *Tertio* 1995, nr. 9; F. KEULENEER, H. ARTS en M. STORME, "CVP weet niet meer waaraan ze meewerkt", *De Standaard* 19 juni 1996; M. STORME, "Een totalitair en fundamentalistisch discriminatieverbod de CVP onwaardig", *Denkmeekrant* CVP-jongeren, juni-juli 1996, 2-3; E. ARCKENS, "Niet gelovig", *De Standaard* 25 juni 1996, 11. Voor verdediging van het voorstel en standpunten *pro*, zie o.m. L. WILLEMS, "Anti-discriminatiewet", *Denkmeekrant* CVP-jongeren, juni-juli 1996, 2; L. WILLEMS, "Christen-democraten tegen discriminatie", *De Standaard* 25 mei 1996; L. WILLEMS, "Christen-democraten discrimineren niet", *Keerpunt* 31 mei 1996, nr. 9, 11; X, "CVP begraaft lijn Van Hecke", *De Morgen* 28 juni 1996, 1; X, "CVP gaat Kamiel Kafka achterna", *De Morgen* 2 juli 1996.

allerhande vormen van discriminatie, globaal gebaseerd op de Antiracismewet.¹⁰

1118. In 1999 werd ten slotte – vlak voor ontbinding van het parlement – weer een nieuw voorstel ingediend, door LALLEMAND en MERCHERS (e.a.). Dit voorstel richtte zich reeds in sterke mate op dezelfde gronden als de (oorspronkelijke) wet.¹¹ Het voorstel dat uiteindelijk zou leiden tot de Antidiscriminatiewet was feitelijk een heringediende, en door de regering geamendeerde, versie van deze tekst.¹²

Afdeling 2. Impulsen en doelstellingen

1119. Na de verkiezingen werd in het Regeerakkoord van juli 1999 opgenomen dat “er (...) aan het Parlement een algemene Antidiscriminatiewet [zal] worden voorgesteld die tot doel heeft elke discriminatie, meer in het bijzonder op grond van de seksuele geaardheid tegen te gaan”. Deze clausule leidde na uitwerking tot het zogenaamde “Strijdplan tegen discriminatie”, hetgeen werd goedgekeurd op 17 maart 2000.¹³ De doelstellingen van dit plan – die vrijwel allemaal letterlijk in de uiteindelijke wet zijn terug te vinden – waren de volgende:

(1) een algemene wetgeving goedkeuren tegen alle vormen van discriminatie; (2) de opvang van de slachtoffers van discriminatie verbeteren in samenwerking met alle betrokken openbare en privé-diensten; (3) de gerechtelijke overheden aansporen om degenen te vervolgen die zich discriminerend gedragen; (4) de politieke en institutionele samenhang verstevigen voor alle bepalingen voor positieve acties ter zake tussen de verschillende machtsniveaus; (5) zich voorzien van een onafhankelijke openbare instelling die bevoegd is voor het ten laste nemen van de slachtoffers van discriminatie en die gemachtigd is om aan de overheid een permanente evaluatie te bezorgen van elke vorm van inwerkingstellingsbeleid, en dit door de uitbreiding van de bevoegdheden van het Centrum voor Gelijkheid van Kansen en voor de Strijd tegen het Racisme.¹⁴

10 *Parl. St.* Kamer 1996-97, nr. 49-1089. Het voorstel voorzag in wijziging van het Strafwetboek op verschillende punten (en daarmee tevens tot opheffing van de Antiracismewet). Het had betrekking op de volgende gronden: geslacht, hetero- of homoseksuele aard, ras, huidskleur, godsdienst of levensbeschouwing, politieke of maatschappelijke overtuiging, nationaliteit of sociale afkomst, leeftijd, vermogen, geboorte of status, handicap, gezondheidstoestand of andere lichamelijke kenmerken. Tot de voorgestelde maatregelen behoorden: bestraffing van discriminatoire handelingen (m.u.v. contractuele relaties, behalve bij weigering van toegang tot plaatsen of diensten bestemd voor het publiek) (art. 5); strafverzwaringen voor discriminatoire beweegredenen (art. 6); algemeen verbod op aanzet tot discriminerende handelingen (art. 7); deelname aan activiteiten van kennelijk en herhaaldelijk discriminerende groeperingen of verenigingen (art. 8); bemiddelende bevoegdheden voor het C.G.K.R. (art. 9).

11 Wetsvoorstel ter bestrijding van discriminatie en tot wijziging van de Wet van 15 februari 1993 tot oprichting van een Centrum voor Gelijkheid van Kansen en voor Racismebestrijding, *Parl. St.* Senaat 1998-99, nr. 1-1341/1. Het toenmalige voorstel had betrekking op: geslacht, seksuele geaardheid, burgerlijke stand, geboorte, leeftijd, huidige of toekomstige gezondheidstoestand, een handicap of een fysieke eigenschap.

12 In de voorbereidingen van de Antidiscriminatiewet is ook naar dit eerdere voorstel verwezen (zie *Parl. St.* 2001-02, nr. 2-12/15, 5).

13 P. BORGHS, o.c., 62.

14 Nota betreffende de strijd tegen de discriminatie en betreffende het Centrum voor Gelijkheid van Kansen en voor Racismebestrijding, o.m. in *Parl. St.* Senaat 1999-2000, 2-12/3, bijlage 3, 37-49.

1120. Hierna schaarde de federale regering zich achter het door MAHOUX na de verkiezingen opnieuw ingediende voorstel van LALLEMAND en MERCHIER.¹⁵ Na de uitvaardiging van twee belangrijke Europese richtlijnen, de zogenaamde Ras-¹⁶ en Kaderrichtlijn (*cf. supra* nrs. 510-558)¹⁷, diende de regering nog een aantal amendementen in op dit voorstel die strekten tot omzetting van de bewuste richtlijnen in de nationale wetgeving. Een belangrijke doelstelling van de wet is dan ook om te voldoen aan de bewuste Europese verplichtingen.¹⁸

1121. Het Europese kader is daarmee ook voor de interpretatie van de wet – minstens voorzover deze een omzetting vormt van de richtlijnen¹⁹ – van groot belang, daar de Belgische rechter verplicht is zijn nationaal recht zo ver als mogelijk richtlijnconform te interpreteren²⁰, vanaf het moment dat deze omgezet moeten zijn in de nationale wetgeving.²¹ Daarbij is het niet relevant of de bepalingen

- 15 *Parl. St.* Senaat 1999, nr. 12/1. Hetgeen overigens niet betekende dat de totstandkoming daarna vlot verliep. Zo werden op het voorstel uiteindelijk bijna 300 amendementen ingediend. Zie ook P. POPELIER, “Laten we allemaal vriendjes zijn! Over de antidiscriminatiewet en wetgevingsmethoden”, in X, *Vrijheid en gelijkheid, de horizontale werking van het gelijkheidsbeginsel en de nieuwe antidiscriminatiewet*, Antwerpen, Maklu, 2003, 247. Vgl. P. HUMBLET, “De wet ‘Mahoux’ bekeken door een arbeidsrechtelijke bril”, *A.V.I. Aanwerven, Tewerkstellen en Ontslaan*, nr. 146, 14 februari 2003, 3; J. HOFKENS en S. DEMEESTERE, *Discriminatierecht in de arbeidsverhoudingen*, Mechelen, Ced. Samsom, 2003, 86.
- 16 Ter implementatie van de Rasrichtlijn werd tevens de Antiracismewet aangepast en versterkt (*Parl. St.* Kamer 2001-02, nr. 50-1407). Zie hiertoe *supra* nrs. 743-744.
- 17 Over de onderlinge verhouding tussen de richtlijnen en de Antidiscriminatiewet, zie uitvoerig C. BAYART, *Discriminatie tegenover differentiatie. Arbeidsverhoudingen na de discriminatiewet. Arbeidsrecht na de Europese ras- en kaderrichtlijn*, Brussel, De Boeck en Larcier, 2004.
- 18 In de rechtsleer is dan ook herhaaldelijk gesteld dat – voorzover critici binnen en buiten het parlement de noodzaak of toelaatbaarheid van de wet in vraag stellen – dit enkel betrekking kan hebben op zaken die niet onder de verplichtingen van de richtlijnen vallen. Voorzover de Belgische wet een uitvoering is van de Europese verplichtingen zou kritiek er op bij voorbaat niet ontvankelijk zijn (zie o.m. P. POPELIER, *l.c.*, 264; S. VAN DROOGHENBROECK, “La loi du 25 février 2003 tendant à lutter contre la discrimination: les défis d’une ‘horizontalisation’ des droits de l’homme”, *A.P.T.* 2003, nr. 3/4, 208, nr. 2).
- 19 Om verkaveling in twee uiteenlopende interpretaties te voorkomen, pleit DE VOS ervoor dat in materies waarin de Antidiscriminatiewet geen directe implementatie vormt van de richtlijnen, desalniettemin een richtlijnconforme interpretatie een algemene sturing kan bieden (zonder algemeen verplicht te zijn). Zie M. DE VOS, “De bouwstenen van het discriminatierecht in de arbeidsverhoudingen”, *l.c.*, 72. Vgl. C. BAYART, *o.c.*, 23-24.
- 20 H.v.J. 10 april 1984, *Van Colson*, 14/83, *Jur.* 1984, 1891, r.o. 26. H.v.J. 13 november 1990, *Mareleasing*, C-106/89, *Jur.* 1991, 4135, r.o. 8. In die laatste zaak stelde het Hof dat: “bij de toepassing van het nationale recht, ongeacht of het daarbij gaat om bepalingen die dateren van eerdere of latere datum dan de richtlijn, moet de nationale rechter dit zoveel mogelijk uitleggen in het licht van de bewoordingen en het doel van de richtlijn, teneinde het hiermee beoogde resultaat te bereiken en aldus aan art. 189, 3^{de} alinea E.E.G.-Verdrag te voldoen”. Zie ook C. BAYART, “De discriminatiewet”, *Or.* 2003, nr. 2, 47; C. BAYART, *o.c.*, 19; P. FOUBERT, “Basisconcepten van de wet bestrijding discriminatie en haar verhouding tot andere discriminatieregels”, in M. DE VOS en E. BREMS (eds.), *Wet Bestrijding Discriminatie in de praktijk*, Antwerpen, Intersentia, 2004, 30-31; M. DE VOS, “De bouwstenen van het discriminatierecht in de arbeidsverhoudingen”, *l.c.*, 71; D. CUYPERS, “De antidiscriminatiewet van 25 februari 2003”, in S. SPEE, I. LODEWYCKX, A. MOTMANS en M. VAN HAEGENDOREN (eds.), *Wachten op gelijke kansen ... Jaarboek 2 Steunpunt gelijkekansenbeleid*, Antwerpen/Apeldoorn, Garant, 2004, 120. Naast richtlijnconforme interpretatie is de Belgische rechter er in beginsel toe gehouden om nationale regels – die strijdig zijn met een richtlijn – buiten werking te laten stellen. In het bijzonder zouden hierdoor nationale uitzonderingsmaatregelen die onverenigbaar zijn met de richtlijnen buiten werking kunnen worden gesteld (C. BAYART, *o.c.*, 20-22). *Cf. infra* nrs. 1316-1321.
- 21 Voor de Rasrichtlijn betrof deze datum 19 juli 2003, de Kaderrichtlijn moest geïmplementeerd zijn op 2 december 2003.

van nationaal recht van vroegere of latere datum zijn dan de richtlijn.²²

1122. Meer algemeen en principieel bestaat de doelstelling van de wet in het creëren van een algemeen wettelijk kader om discriminerend gedrag effectief te kunnen bestrijden.²³ De visie van de indieners op de rechten van de mens was naar eigen zeggen “helemaal gebaseerd op de gelijkheid in waardigheid en rechten”.²⁴ Dienaangaande werd overwogen dat er tegen veel vormen van discriminatie tot op heden onvoldoende bescherming bestaat, ondanks het bestaan van grondwetsbepalingen en andere nationale en internationale regels terzake.²⁵ Met name op bepaalde private maatschappelijke terreinen – zoals in arbeidsrelaties en bij de toegang tot bepaalde activiteiten of diensten – zou dit het geval zijn. De wet wil dit probleem verhelpen door te voorzien in effectieve – zowel strafrechtelijke als burgerrechtelijke – bescherming tegen discriminatie op deze en andere terreinen die voor volwaardige deelname aan het maatschappelijk leven van groot belang zijn.²⁶

1123. Bij de gekozen aanpak staan hierbij volgens de toelichting uitdrukkelijk de burgerrechtelijke sancties centraal. Strafsancties werden slechts voorzien voor de “meest ernstige gedragingen”, maar vormen geenszins de essentie van de wet.²⁷

Afdeling 3. Grondwettelijke toetsing

1124. De Antidiscriminatiewet werd gedurende de voorbereidingen door sommigen fel bediscussieerd en betwist, zowel binnen als buiten het parlement.²⁸ Van de wet

22 H.v.J. 13 juli 2000, *Centrosteel*, C-456/98 *Jur.*, 2000, 6007, r.o. 19. Indien een lidstaat een richtlijn niet tijdig of correct omzet in nationaal recht, dan kan in twee gevallen een aansprakelijkheidsvordering tegen de staat gevoerd worden. Dit kan om te beginnen wanneer een particulier zich niet op de (voordelen van de) bepalingen kon beroepen, omdat die bepalingen geen rechtstreekse werking konden hebben en het nationale recht niet richtlijnconform kon worden geïnterpreteerd. Een tweede situatie waarin een staat eventueel aansprakelijk gesteld kan worden wegens niet-omzetting, is wanneer er tegen een particulier met succes niet-omgezette bepalingen van een richtlijn worden ingeroepen (zie C. BAYART, *o.c.*, 19, onder verwijzing naar K. LENAERTS en P. VAN NUFFEL, *Europees recht in hoofdlijnen*, Antwerpen, Maklu, 2003, 689).

23 *Parl. St.* Senaat 2001-02, nr. 12/15, 6.

24 *Parl. St.* Senaat 1999, nr. 2-12/1, 1; *Parl. St.* Senaat 2001-02, nr. 2-12/15, 4.

25 *Parl. St.* Kamer 2001-02, nr. 1407/5, 8.

26 J. VRIELINK, “De nieuwe Belgische antidiscriminatiewet. Een kritische bespreking”, *l.c.*, 194; C.G.K.R., *Aanpak discriminatie en racisme*, Brussel, Politeia, 2004, 79-80; G. JANSSENS, “De antidiscriminatiewet – in vogelvucht”, *T. Vreemd*, 2003, nr. 4, 304.

27 *Parl. St.* Senaat 1999, nr. 2-12/1, 3, 5. Na de grondwettelijke toetsing door het Arbitragehof – waarbij vooral ook het strafrechtelijk luik sterk is ingeperkt – is dit feitelijk *a fortiori* het geval (zie Arbitragehof nr. 157/2004, 6 oktober 2004, *B.S.* 18 oktober 2004).

28 Zie de polemiek in *De Juristenkrant* uit het najaar van 2002, waarin veel van de argumenten van beide zijden aan bod komen: S. SOTTIAUX, “Algemene discriminatiewet is goede zaak”, *De Juristenkrant* 2002, nr. 56, 2-3 (vgl. reeds S. SOTTIAUX, “Pleidooi voor een weloverwogen antidiscriminatiewet, *Samenleving en Politiek* 2002, nr. 5, 43-48); M.E. STORME, “Algemene discriminatiewet leidt onvermijdelijk naar politiestaat”, *De Juristenkrant* 2002, nr. 57, 4; J. VRIELINK, “Van kinderen en badwater. Een reactie op Matthias Storme”, *De Juristenkrant* 2002, nr. 58, 2; K. LEMMENS, “Nous sommes tous des juifs allemands”, *De Juristenkrant* 2002, nr. 59, 2-3; M.E. STORME, “Antidiscriminatiewet”, *De Juristenkrant* 2002, nr. 60, 2; L. MONSEREZ, “Antidiscriminatiewet”, *De Juristenkrant* 2002, nr. 60, 2; L. WAELEKENS, “Antidiscriminatie”, *De Juristenkrant* 2003, nr. 61, 2.

zouden volgens de critici al met al de volgende bedreigingen uitgaan.²⁹ Volgens sommigen zou de wet “onvermijdelijk naar een politiestaat” leiden.³⁰ (Rechts)personen zouden door de wet voor bijna elk onderscheid dat zij maken, voor een rechter gedaagd kunnen worden om hun gedragingen te verantwoorden. Deze toestand zou een onaanvaardbare jurisdisering van de samenleving met zich meebrengen.³¹ Door de horizontale werking van het gelijkheidsbeginsel, zo wordt geargumenteed, zouden de traditionele structuren van zingeving en solidariteit (verder) worden afgebouwd.³² Groepen, verenigingen en scholen zouden hun identiteit moeten prijsgeven ten gunste van een officiële staatsideologie, wat uiteindelijk zou resulteren in de “totale homogenisering” van de mens. Het toepassen van de basisprincipes van het publiekrecht in het privaatrecht is volgens deze criticasters onaanvaardbaar en laat geen ruimte meer voor persoonlijke voorkeuren en wilsautonomie. Nauw verwant aan deze kritiek is de bedreiging die de wet volgens verschillende commentatoren zou opleveren voor de andere fundamentele rechten en vrijheden.³³

1125. Verder is bij herhaling gewezen op de – in de ogen van sommigen onaanvaardbare mate van – rechtsonzekerheid en problemen aangaande het legaliteitsbeginsel die de wet stelt, daar het discriminatieverbod de open norm bij uitstek zou zijn. Burgers zouden hun gedrag niet kunnen afstemmen op de vage normen als vervat in de wet, en evenmin zou de rechterlijke macht gelegitimeerd zijn om autonoom de inhoud van het verbod te bepalen. Ten slotte zijn er verschillende auteurs die beweren dat de wet ondeugdelijk zou zijn, omdat zij ethische principes oplegt, zonder de hoge kosten (in “law and economics”-termen) die dit voor de welstand van de maatschappij met zich meebrengt, in rekening te brengen.³⁴

1126. In dit licht is het wellicht niet verwonderlijk dat de wet geleid heeft tot (een

29 Vgl. J. VELAERS en J. VRIELINK, “Inleiding”, in X, *Vrijheid en gelijkheid, de horizontale werking van het gelijkheidsbeginsel en de nieuwe antidiscriminatiewet*, Antwerpen, Maklu, 2003, 7-9; M. ADAMS, “Vrijheid of gelijkheid? De nieuwe Belgische antidiscriminatiewet en de soevereiniteit in eigen kring”, *R&R* 2003, nr. 2, 89-96. Vgl. ook de kritiek op eerdere voorstellen van een algemene antidiscriminatiewet: zie *supra* voetnoot 9.

30 Zie M.E. STORME, “Algemene discriminatiewet leidt onvermijdelijk naar politiestaat”, *l.c.*, 4; M. E. STORME, “De weerslag van de jurisdisering op vrijheid en gelijkheid in de verhoudingen van de burgerlijke maatschappij”, in X, *Vrijheid en gelijkheid, de horizontale werking van het gelijkheidsbeginsel en de nieuwe antidiscriminatiewet*, Antwerpen, Maklu, 2003, 147-188.

31 M. E. STORME, “De weerslag van de jurisdisering op vrijheid en gelijkheid in de verhoudingen van de burgerlijke maatschappij”, *l.c.*, 147-188. Ook in het parlement was deze kritiek reeds te horen. Zie de bedenkingen van Minister van Justitie VERWILGHEN in die zin: *Parl. St.* Senaat 2000-01, 2-12/15, 13-14.

32 G. VANHEESWIJCK, “De horizontale werking van het discriminatieverbod, een antropologische analyse”, in X, *Vrijheid en gelijkheid, de horizontale werking van het gelijkheidsbeginsel en de nieuwe antidiscriminatiewet*, Antwerpen, Maklu, 2003, 41-77.

33 P. DE POOTER, “De doorwerking van het gelijkheidsbeginsel in de religieuze gemeenschappen en levensbeschouwelijke groepen”, in X, *Vrijheid en gelijkheid, de horizontale werking van het gelijkheidsbeginsel en de nieuwe antidiscriminatiewet*, Antwerpen, Maklu, 2003, 489-509; M.E. STORME, “Algemene discriminatiewet leidt onvermijdelijk naar politiestaat”, *l.c.*, 4.

34 L. WAELKENS, “Antidiscriminatie”, *l.c.*, 2; L. WAELKENS, “Oude wijn in nieuwe vaten, van de Romeinse vrijheid en gelijkheid naar het actuele discriminatieverbod”, in X, *Vrijheid en gelijkheid, de horizontale werking van het gelijkheidsbeginsel en de nieuwe antidiscriminatiewet*, Antwerpen, Maklu, 2003, 37-38. Zie kritisch J. VRIELINK, S. SOTTAUX en D. DE PRINS, “De anti-discriminatiewet, een artikelsgewijze analyse (deel 1)”, *NjW* 2003, nr. 23, 259.

tweetal) beroepen tot vernietiging bij het Arbitragehof.³⁵ Het eerste verzoek was ingediend door de heer VANHECKE e.a. (Vlaams Blok) wegens vermeende schending van de artikelen 10, 11, 12, 14 en 19 van de Grondwet en gericht op de wet in vrijwel al zijn geledingen. Het tweede verzoek was ingesteld door de heer STORME wegens schending van de artikelen 10, 11, 12, 14, 15, 19 en 22 van de Grondwet en was vooral gericht op de strafbepalingen van de wet.³⁶

1127. Beide zaken werden samengevoegd en het Hof deed op 6 oktober 2004 uitspraak in de zaak.³⁷ Het Hof vernietigde verschillende elementen die waren opgenomen in de oorspronkelijke wet, met name:

- de limitatieve opsomming van discriminatiegronden voor wat betreft het burgerrechtelijke en procesrechtelijke luik³⁸;
- artikel 2 § 4, 5^{de} streepje: toepassingsgebied van het burgerrechtelijk luik in relatie tot meningsuitingen;
- artikel 6 § 1, 2^{de} streepje: het openlijk te kennen geven van een voornemen tot discriminatie, haat of geweld;
- artikel 6 § 2: strafrechtelijk verbod op discriminatie door ambtenaren of openbare gezagsdragers.

1128. Voor het overige werden de beroepen verworpen, maar op verschillende punten wel onder voorbehoud van interpretatie. Het Hof legde met name ten aanzien van de volgende zaken dwingende interpretaties op:

- het begrip discriminatie;
- de begrippen “aanzetten tot” en “discriminatie, haat of geweld”;
- beperking van de toepassing van artikel 6 § 1, 1^{ste} streepje van de wet tot het opzettelijk aanzetten tot directe discriminatie;
- toepassing van de stakingsvordering in artikel 19 § 1 van de wet;
- de voorwaarden waaraan maatregelen van positieve actie zijn onderworpen;
- de verschuiving van de bewijslast.

35 B.S. 16 oktober 2003, (ed. 2), 50353. Zie uitvoerig J. VELAERS, “Het arbitragehof en de antidiscriminatiewet”, *T.B.P.* 2004, nr. 10, 601-614.

36 De verzoekende partijen werden ontvankelijk verklaard in hun beroepen in weerwil van het feit dat de ministerraad beide verzoeken kwalificeerde als een *actio popularis*. De ministerraad betoogde verder tevergeefs dat VAN HECKE e.a. niet zouden aantonen dat zij optraden als vertegenwoordigers van een politieke partij. Het feit dat beide verzoekende partijen “rechtstreeks en ongunstig [kunnen] worden geraakt door de toepassing van een dergelijke wet, die zij bestrijden omdat zij afbreuk zou doen aan fundamentele rechten en vrijheden” zou volgens het Hof echter reeds doen blijken van een voldoende belang bij het beroep (Arbitragehof nr. 157/2004, 6 oktober 2004, B.1-3, B.S. 18 oktober 2004).

37 Arbitragehof nr. 157/2004, 6 oktober 2004, B.S. 18 oktober 2004. Zie o.m. S. SOTTIAUX en J. VRIELINK, “Een arrest, vijf mijlpalen”, *De Juristenkrant* 2004, nr. 96, 4; J. DE WIT, “De Antidiscriminatiewet discrimineert”, *De Juristenkrant* 2004, nr. 96, 5; J. FIERENS, “Aïkido! L’arrêt ‘loi anti-discrimination’ de la Cour d’arbitrage”, *Le Journal de Juriste* 2004, nr. 35, 10; J. VELAERS, “Het arbitragehof en de antidiscriminatiewet”, *l.c.*, 601.

38 In zijn beschikkend gedeelte vernietigde het Hof strikt genomen niet de discriminatiegronden uit het *gehele* burgerrechtelijke en procesrechtelijke luik (daar niet alle bepalingen waarin de betreffende opsomming voorkwam, aangevochten waren). De redenering van het Hof is echter wel degelijk algemeen van aard op dit punt, hetgeen eventuele prejudiciële vragen met betrekking tot de resterende (burgerrechtelijke) bepalingen waarin de opsomming voorkomt vermoedelijk zullen bevestigen.

HOOFDSTUK 2. ALGEMENE BEPALINGEN

Afdeling 1. Inhoud discriminatieverbod

§ 1. Discriminatiegronden (art. 2 § 1 en § 2)³⁹

A. Burgerrechtelijk luik – strafrechtelijk luik

1. BURGERRECHTELIJK LUIK: GEEN OPSOMMING VAN GRONDEN

a. Algemeen

1129. Het Arbitragehof vernietigde voor wat betreft het burgerrechtelijk en procesrechtelijk luik de oorspronkelijk door de wetgever geselecteerde gronden:

De bepalingen van artikelen 2 tot 4 en 18 tot 31 zijn derhalve van toepassing op alle discriminaties, ongeacht de grond waarop zij zijn gebaseerd.⁴⁰

1130. Aanvankelijk bood de wet overeenkomstig artikel 2 § 1 en § 2 bescherming tegen (directe en indirecte) discriminatie die steunt op één of meer van de volgende gronden: het 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.⁴¹ De opgenomen gronden hadden hierbij duidelijk een limitatief of exhaustief karakter.⁴² Initiatieven

39 Er is in voorbereidingen gewezen op het feit dat de concrete en specifieke “aard van de discriminatie wijzigt naar gelang het criterium waarop ze is gebaseerd” (*Parl. St. Senaat* 2001-02, nr. 2-12/15, 30). In de volgende discussie worden de gronden overwegend slechts in algemene zin behandeld. Voor concrete voorbeelden zie o.m. P. BORGHS, *o.c.*, 15-18; E. BREMS, “Nieuwe discriminatiegronden in de wet bestrijding discriminatie”, in M. DE VOS en E. BREMS (eds.), *Wet Bestrijding Discriminatie in de praktijk*, Antwerpen, Intersentia, 2004, 37-67. Voor een interessante analyse van type en aard van de klachten naar aanleiding van de wet, opgesplitst naar de (toen nog beperkte) discriminatiegronden, zie C.G.K.R., *Naar een uitbreiding. Jaarverslag 2003*, Brussel, C.G.K.R., 2004, 39-43.

40 Arbitragehof nr. 157/2004, 6 oktober 2004, B.15, B.S. 18 oktober 2004. Met dien verstande – zo stelt het Hof – dat “hiermee geen afbreuk wordt gedaan aan de uitsluiting van discriminatie op grond van ‘het geslacht’ in de bij art. 23 aan het Centrum voor Gelijkheid van Kansen en voor Racismebestrijding opgedragen taak, die de wetgever in dat verband vermocht toe te wijzen aan het Instituut voor de gelijkheid van vrouwen en mannen” (*cf. infra* nr. 1430). In zijn beschikkend gedeelte vernietigde het Hof overigens strikt genomen niet de opsomming van gronden in het *gehele* burgerrechtelijke en procesrechtelijke luik. Zie evenwel *supra* nr. 1127.

41 Op dit punt ging de wetgever oorspronkelijk al verder dan de loutere omzetting van de Kader- en Rasrichtlijn. Met name geslacht, huidskleur, afkomst, nationale afstamming, burgerlijke staat, geboorte, fortuin en huidige of toekomstige gezondheidstoestand worden niet (uitdrukkelijk, zij het in bepaalde gevallen wel indirect) geïmplementeerd door de richtlijnen. Zie C. BAYART, “De discriminatiewet”, *l.c.*, 50.

42 *Parl. St. Senaat* 1999, nr. 2-12/1, 2; *Parl. St. Senaat* 2001-02, nr. 2-12/6, 2-3. Zie ook J. VELAERS, “De horizontale werking van het discriminatieverbod in de discriminatiewet, enkele constitutionele beschouwingen”, *l.c.*, 314; J. VRIELINK, S. SOTTIAUX en D. DE PRINS, “De anti-discriminatiewet, een artikelsgewijze analyse (deel 1)”, *l.c.*, 259; A. DE BOECK, “Doorwerking van het gelijkheidsbeginsel in het contractenrecht. De contractvrijheid in het nauw gedreven?”, in X, *Vrijheid en gelijkheid, de horizontale werking van het gelijkheidsbeginsel en de nieuwe antidiscriminatie-*

→

die strekten tot een (meer) open formulering van de opsomming werden meermaals expliciet verworpen.⁴³ Ook amendementen die andere discriminatiegronden, taal en politieke overtuiging⁴⁴ in het bijzonder, wilden toevoegen aan de opsomming werden afgewezen. Het gevolg hiervan was dat direct onderscheid dat niet gebaseerd was op de opgenomen criteria in beginsel buiten de bescherming van de wet viel.⁴⁵ Gezien deze verregaande gevolgen, was de limitatieve aard van de opsomming veelvuldig bekritiseerd. Temeer daar de wet – zowel door de regering als door de indieners – steeds was voorgesteld als een algemene kaderwet, bedoeld om *alle* vormen van discriminatie te bestrijden.⁴⁶

1131. Reeds in het parlement stelden verschillende leden dat het wellicht onlogisch was om “sommige discriminatiegronden in aanmerking te nemen en andere weer niet”.⁴⁷ Voorts bekritiseerde de Raad van State het voorstel scherp vanwege het ontbreken van met name “klasse” en “politieke overtuiging”.⁴⁸ In de rechtsleer hebben ook verschillende auteurs gesteld dat de wet door zijn selectie van gronden zelf het discriminatieverbod zou kunnen schenden.⁴⁹

→ wet, Antwerpen, Maklu, 2003, 434; J. HOFKENS en S. DEMEESTERE, *o.c.*, 95; P. FOUBERT, *l.c.*, 1; M. DAMBRE, “De wet bestrijding discriminatie en het huurrecht”, in M. DE VOS en E. BREMS (eds.), *Wet Bestrijding Discriminatie in de praktijk*, Antwerpen, Intersentia, 2004, 327. Zie voor argumentatie van de keuze voor een limitatieve opsomming S. VAN DROOGHENBROECK, *l.c.*, 223, nr. 38.

43 Zie o.m. *Parl. St.* Senaat 2001-02, nr. 2-12/15, 101, 109, 213.

44 Politieke overtuiging was wel al opgenomen in C.A.O. nr. 38 betreffende de werving en de selectie van werknemers (*B.S.* 28 juli 1984), zoals gewijzigd door C.A.O. nr. 28^{quater} van 14 juli 1999 en algemeen verbindend verklaard bij K.B. 31 augustus 1999 (*B.S.* 21 september 1999). Zie o.m. K. VAN DEN LANGENBERGH, “Discriminatie van gehandicapten bij aanwerving: een verkennende analyse”, in X, *Vrijheid en gelijkheid, de horizontale werking van het gelijkheidsbeginsel en de nieuwe antidiscriminatiewet*, Antwerpen, Maklu, 2003, 585-591; H. SCHIJVENS, “C.A.O. nr. 38 betreffende de werving en de selectie van werknemers: een stap in de richting van een volwaardig aanwervingsrecht?”, *Soc. Kron.* 1984.

45 J. VELAERS, “De horizontale werking van het discriminatieverbod in de discriminatiewet, enkele constitutionele beschouwingen”, *l.c.*, 317; J. HOFKENS en S. DEMEESTERE, *o.c.*, 95. Zie voor nuancering C. BAYART, *o.c.*, 368-369.

46 Zie o.m. *Parl. St.* Senaat 2001-02, nr. 2-12/15, 6, 22, 49, 52. Zie in de rechtsleer o.m. J. VRIELINK, S. SOTTIAUX en D. DE PRINS, “De anti-discriminatiewet, een artikelsgewijze analyse (deel 1)”, *l.c.*, 258-260; P. FOUBERT, *l.c.*, 2.

47 *Parl. St.* Senaat 2001-02, nr. 12/15, 109.

48 *Parl. St.* Senaat 2000-01, nr. 2-12/5, 13. De Raad bekritiseerde ook het ontbreken van de grond “geloof- en levensovertuiging” (deze gronden werden echter naderhand wel ingevoegd). De overwegende interpretatie van deze uitlatingen van de Raad is dat deze de oorspronkelijke selectie door de wetgever betwistbaar achtte (zie navolgende voetnoot voor verwijzingen). De Raad achtte echter in beginsel een beperkte bescherming van discriminatiegronden niet noodzakelijk strijdig met het gelijkheidsbeginsel. Zie P. FOUBERT, *l.c.*, 25; E. BREMS, “Nieuwe discriminatiegronden in de wet bestrijding discriminatie”, *l.c.*, 40.

49 Zie J. VELAERS, “De horizontale werking van het discriminatieverbod in de antidiscriminatiewet”, *l.c.*, 317-320; J. VRIELINK, “De nieuwe Belgische antidiscriminatiewet. Een kritische bespreking”, *l.c.*, 196 en 200; J. VRIELINK, S. SOTTIAUX en D. DE PRINS, “De anti-discriminatiewet, een artikelsgewijze analyse (deel 1)”, *l.c.*, 260 en 265; P. POPELIER, *l.c.*, 270. Zie *contra* P. FOUBERT, *l.c.*, 18-19 en 25. FOUBERT stelde dat de selectiviteit van de wetgever wat betreft de opgenomen gronden in de Antidiscriminatiewet gerechtvaardigd was, o.m. gezien het voortbestaan van de Antiracismewet en de Wet gelijkheid man – vrouw, “die toch ook beperkte discriminatieverboden inhouden”. Beide wetten zijn echter vrijwel integraal de omzetting van internationale verplichtingen, terwijl dit minder gold voor (de aanvankelijke selectie van gronden in) de Antidiscriminatiewet. Dit zou anders geweest zijn indien de wetgever zich strikt(er) had beperkt tot omzetting van de richtlijnen. Bovendien – en daarmee samenhangend – was de veelheid van gronden in de Antidiscriminatiewet nauwelijks nog een “selectie” te noemen, hetgeen de uitsluiting van de weinige resterende (en

→

1132. De indieners zelf verantwoordden hun aanvankelijke selectie – die overigens nogal verschilde van de uiteindelijk opgenomen gronden⁵⁰ – enerzijds vanuit het feit dat het kenmerken zouden betreffen die de betrokkenen niet zelf kunnen kiezen en die zij niet onder controle hebben.⁵¹ Anderzijds wilde men voorkomen – door het toepassingsgebied van de wet niet te verruimen tot discriminatie op grond van politieke, levensbeschouwelijke of religieuze overtuiging – dat “extremistische partij- en of fundamentalistische organisaties” zich zouden kunnen beroepen op de wet “in een poging om elke vorm van openbare kritiek of tegenspraak betreffende hun politieke keuzes of de politieke gevolgen van hun religieuze denkbeelden te laten verbieden”.⁵²

1133. Verschillende commentatoren stelden dat waarschijnlijk vooral de laatste reden de basis vormde voor de beperking, daar de oorspronkelijke gronden niet allemaal voldeden aan het vereiste van “geworpenheid”, terwijl een aantal (aanvankelijk) uitgesloten gronden juist *niet* het onderwerp waren van vrije keuze.⁵³ Daarnaast is er herhaaldelijk op gewezen dat de verantwoording inzake “keuzevrijheid” op zich ook weinig pertinent of overtuigend was.⁵⁴ Zo stelde VELAERS:

Waarom zou een discriminatie – “een niet-verantwoorde ongelijke behandeling” – anders moeten behandeld worden naargelang parameters in het geding zijn waaraan men al dan niet kan ontsnappen? Wat is de relevantie van de mogelijkheid om te ontsnappen? Is de boodschap misschien dat discriminatie op grond van bv. de politieke

→ bovendien voor de hand liggende) gronden veel problematischer maakte.

50 In het oorspronkelijke voorstel waren slechts de volgende gronden opgenomen: geslacht, seksuele geaardheid, burgerlijke stand, geboorte, leeftijd, vermogen, huidige of toekomstige gezondheids-toestand, een handicap of een fysieke eigenschap. Zie art. 2 § 1 van het oorspronkelijke wetsvoorstel (*Parl. St. Senaat* 1999-2000, nr. 2-12/1).

51 Indieners stelden dat het zou gaan om “een aantal kenmerken die mensen te beurt vallen en die zij niet of niet helemaal onder controle hebben” (*Parl. St. Senaat* 1999-2000, 2-12/1, 2). Ook Minister van Justitie VERWILGHEN gaf aan dat het zou gaan om “parameters die in min of meerdere mate aan de keuze van het individu ontsnappen” (*Parl. St. Senaat* 2001-02, nr. 2-12/15, 7). Ook een nota van de ministerraad terzake bepaalt dat de discriminaties die in de wet worden beoogd slechts betrekking hebben op “identiteiten en levensstijlen die de individuen niet kunnen kiezen of wijzigen” (Nota aangenomen door de ministerraad van 17 maart 2000 betreffende de strijd tegen de discriminaties en betreffende het Centrum voor Gelijkheid van Kansen en voor Racismebestrijding, *Parl. St. Senaat* 1999-2000, 2-12/3, 30).

52 *Parl. St. Senaat* 2001-02, nr. 2-12/15, 6. Vgl. verder *ibid.*, 17 en 23; *Parl. St. Senaat* 1999-2000, nr. 2-12/1, 2-3; *Parl. St. Kamer* 2001-02, nr. 50-1578/8, 16; *Parl. St. Kamer* 2001-02, nr. 50-1407/5, 10. Daarnaast is in de loop van de voorbereidingen de keuze regelmatig verantwoord door verwijzing naar het E.V.R.M. en het Europees recht. BREMS geeft aan dat dit evenmin een sluitende verklaring bood voor de keuze van de wetgever (E. BREMS, “Nieuwe discriminatiegronden in de wet bestrijding discriminatie”, *I.c.*, 38-39).

53 J. VRIELINK, “De nieuwe Belgische antidiscriminatiewet. Een kritische bespreking”, *I.c.*, 196-197; J. VELAERS, “De horizontale werking van het discriminatieverbod in de discriminatiewet, enkele constitutionele beschouwingen”, *I.c.*, 318; P. FOUBERT, *I.c.*, 16. Deze auteurs stellen dat men aan de ene kant moeilijk kan verdedigen dat burgerlijke staat en, in mindere mate, fortuin *geen* onderwerp van vrije keuze zouden zijn. De opname in de loop van de besprekingen van de gronden “geloof of levensbeschouwing” en “nationaliteit” – met betrekking waartoe de keuze ook niet (geheel) aan de persoon ontsnapt – zou nog verder afbreuk doen aan de geboden rechtvaardiging. Voorts zou het aan de andere kant gegeven de eerste verklaring onduidelijk zijn waarom gronden als “ras” en “huidskleur” – eigenschappen bij uitstek waar individuen weinig controle over hebben – konden ontbreken in een opsomming die zagezegd de “gegevenheid” van gronden als uitgangspunt neemt. De betreffende gronden ontbraken immers in de aanvankelijke lijst.

54 Zie voor een uitzondering (in relatie tot het verzekeringswezen): B. WEYTS, “Verzekeraars en de Antidiscriminatiewet”, *NjW* 2004, nr. 85, 1089.

overtuiging of de taal minder erg is, omdat men er kan aan ontsnappen door er andere politieke ideeën op na te houden of een andere taal te spreken? Erg overtuigend klinkt dat niet. In beide gevallen gaat het om een fundamentele vrijheid: de vrijheid van politieke overtuiging en de taalvrijheid. De mindere bescherming daarvan is o.i. bezwaarlijk te verdedigen in het licht van discriminatiebeginsel, dat de wet nochtans beoogt te waarborgen.⁵⁵

1134. Ook BREMS achtte het aangegeven uitgangspunt bedenkelijk: “een filosofie die discriminatie wel toelaat op grond van factoren waarover mensen controle hebben, hecht mijns inziens te weinig waarde aan de individuele autonomie”.⁵⁶ De resterende rechtvaardiging – te weten de geboden waakzaamheid ten aanzien van extreem-rechts – wist evenmin veel auteurs te overtuigen⁵⁷, ten eerste vanwege de disproportionele effecten van de maatregel: discriminatie op grond van om het even welke politieke overtuiging viel door de uitsluiting buiten het toepassingsgebied van de wet.⁵⁸ Ook de algemene aard van de uitsluiting, waardoor deze gold voor de gehele werkingssfeer van de wet, werd vanuit hetzelfde beginsel bekritiseerd.⁵⁹ Ten slotte is gesteld dat de rechtsgelijkheid *a fortiori* in het gedrang kwam vanwege het feit dat de gronden “geloof- en levensovertuiging” wel opgenomen waren, terwijl in relatie daartoe een vergelijkbare angst gerechtvaardigd is als met betrekking tot “politieke overtuiging”.⁶⁰ Temeer daar het ter uitsluiting van de geveesde situaties

55 J. VELAERS, “De horizontale werking van het discriminatieverbod in de discriminatiewet, enkele constitutionele beschouwingen”, *I.c.*, 318. Vgl. J. HOFKENS en S. DEMEESTERE, *o.c.*, 96.

56 E. BREMS, “Nieuwe discriminatiegronden in de wet bestrijding discriminatie”, *I.c.*, 38.

57 Zie o.m. J. VELAERS, “De horizontale werking van het discriminatieverbod in de discriminatiewet, enkele constitutionele beschouwingen”, *I.c.*, 319; J. VRIELINK, S. SOTTIAUX en D. DE PRINS, “De anti-discriminatiewet, een artikelsgewijze analyse (deel 1)”, *I.c.*, 265; S. VAN DROOGHENBROECK, *I.c.*, 226.

58 De gevolgen werden daarmee “disproportioneel” geacht, omdat de uitsluiting van de grond “politieke overtuiging” niet enkel gevolgen heeft voor het geveesde extreem-rechts, maar voor het hele politieke spectrum. Tijdens de voorbereidingen is hier ook op gewezen. Een voorbeeld dat ter sprake kwam betrof de weigering om een oud-militant van de PS of de SP te werven, omdat men vreest voor een negatieve invloed op het personeel (*Parl. St. Senaat* 2001-02, nr. 2-12/15, 108). Rechtsleer wijst er echter op dat het aantal voorbeelden van mogelijke discriminatie *legio* is. Hetzelfde zou overigens *mutatis mutandis* gelden voor de uitsluiting van de grond “taal”. Hierdoor werden niet enkel de communautaire twisten uitgesloten van de werking van de wet, maar dreigden ook discriminaties op grond van “allochtone” talen en taalbeheersing in bepaalde gevallen onbeschermd te blijven.

59 Beargumenteerd is dat een beroep op de wet met inroeping van de grond politieke overtuiging in verreweg de meeste denkbare gevallen niet onverenigbaar zou zijn met de doelstelling van de wet en dat zelfs een beroep op de wet door een extreem-rechtse partij er niet per definitie mee in strijd is, daar het geenszins ondenkbaar is dat (leden van) extreem-rechtse partijen het slachtoffer worden van vormen van discriminatie. In het parlement werd reeds het voorbeeld gegeven van een uitbater van een feestzaal die weigert deze te verhuren voor het huwelijksfeest van iemand die er een antidemocratische politieke overtuiging op nahoudt. Dit zou buiten het toepassingsgebied van de wet zijn gevallen, terwijl men bezwaarlijk zou kunnen voorhouden dat dit past in de strijd tegen antidemocratische overtuigingen (*Beknopt Verslag* Kamer 2002-03, 16 oktober 2002, 9). Zie ook S. VAN DROOGHENBROECK, *I.c.*, 226, nr. 42; E. BREMS, “Nieuwe discriminatiegronden in de wet bestrijding discriminatie”, *I.c.*, 39.

60 J. VELAERS, “De horizontale werking van het discriminatieverbod in de anti-discriminatiewet”, *I.c.*, nr. 38; J. VRIELINK, S. SOTTIAUX en D. DE PRINS, “De anti-discriminatiewet, een artikelsgewijze analyse (deel 1)”, *I.c.*, 265-266. Deze zienswijze is overigens zelfs uitdrukkelijk bevestigd in de voorbereidingen (*Parl. St. Senaat* 1999-2000, nr. 2-12/1, 2-3; *Parl. St. Senaat* 2001-02, nr. 2-12/15, 54; *Parl. St. Kamer* 2001-02, nr. 50-1407/5, 10). Door geloofsovertuiging wel op te nemen en politieke overtuiging niet, discrimineerde de wetgever volgens de genoemde auteurs feitelijk zelf in de bestrijding van discriminatie.

zou volstaan de algemene regels van de wet toe te passen: in de gevallen waarin er een “objectieve en redelijke rechtvaardiging” bestaat voor de uitsluiting van antidemocratische politieke strekkingen is er geen sprake van discriminatie.⁶¹

1135. Ook taal was – in beginsel (*cf. infra* nrs. 1155-1156) – uitgesloten van de aanvankelijke selectie. Hiervoor werd in de voorbereidingen geen uitdrukkelijke rechtvaardiging geboden. In rechtsleer stelt men dat dit vermoedelijk verband hield met de zorg om de taalwetgeving en -evenwichten in België niet in vraag te stellen. Gesteld is dat deze optie in het licht van internationale verdragen en de Grondwet minstens betwistbaar zou zijn.⁶²

1136. Zoals gezegd stelde ook het Arbitragehof zich – voor wat betreft de burgerrechtelijke bepalingen – op het uitgangspunt dat de selectie onaanvaardbaar was. Het Hof stelt met de rechtsleer dat de uitsluiting om te beginnen niet pertinent is in het licht van de algemene doelstelling van de wet, met name de bestrijding van “*elke vorm van discriminatie*”.⁶³ Evenmin is het Hof overtuigd door de bijkomende verantwoording voor de uitsluiting, namelijk om te voorkomen dat extremistische partijen op de wet zouden steunen om discriminatie juist mogelijk te maken of om te proberen elke kritiek op hun politieke standpunten te verbieden. Volgens de rechters is deze argumentatie zonder voorwerp⁶⁴: het systeem van de Antidiscriminatiewet, dat – naar hun oordeel – voor elk onderscheid een objectieve en redelijke verantwoording toelaat, zou zelf al voldoende waarborgen bieden om eventuele misbruiken te verhinderen.⁶⁵

b. Gevolgen

1137. De afwezigheid van uitdrukkelijke gronden, door de vernietiging van de opsomming door het Arbitragehof, heeft gevolgen voor de hele wet. De burgerrechtelijke, arbeidsrechtelijke en procesrechtelijke bepalingen zijn in beginsel allemaal opengebroken en uitgebreid tot alle discriminaties, ongeacht de grond waarop zij zijn gebaseerd.⁶⁶

61 J. VELAERS, “De horizontale werking van het discriminatieverbod in de discriminatiewet, enkele constitutionele beschouwingen”, *I.c.*, 319. Een andere mogelijkheid waarop is gewezen, betrof het opnemen van een anti-misbruikbepaling die stelt dat het invoeren van de wet niet tot gevolg mag hebben dat discriminatie van individuen, groepen of gemeenschappen op welke grond dan ook zou worden mogelijk gemaakt in het publieke leven (J. VRIELINK, “De nieuwe Belgische antidiscriminatiewet. Een kritische bespreking”, *I.c.*, 205).

62 S. VAN DROOGHENBROECK, *I.c.*, 227, nr. 43.

63 Arbitragehof nr. 157/2004, 6 oktober 2004, B.13, *B.S.* 18 oktober 2004

64 Ook is zij naar het oordeel van het Hof in tegenspraak met de algemene doelstelling van de wet. De maatregel wekt naar het oordeel van het Hof “de indruk dat discriminatie op niet-vermelde gronden minder beschermenswaardig is (...) de maatregel benadeelt immers slachtoffers van discriminatie op grond van politieke overtuiging of taal doordat hij hun de bescherming van de wet onttrekt” (Arbitragehof nr. 157/2004, 6 oktober 2004, B.12-14, *B.S.* 18 oktober 2004).

65 Arbitragehof nr. 157/2004, 6 oktober 2004, B.14, *B.S.* 18 oktober 2004. Zie in vergelijkbare zin J. VELAERS, “Het arbitragehof en de antidiscriminatiewet”, *I.c.*, nr. 5. Zie kritisch M. DE VOS, “Anti-discriminatiewet, Arbitragehof en arbeidsrecht: een doos van Pandora”, *De Juristenkrant* 2004, nr. 97, 1.

66 J. VELAERS, “Het arbitragehof en de antidiscriminatiewet”, *I.c.*, nrs. 6-8.

1138. In het kader van de vernietiging van de discriminatiegronden is in bepaalde rechtsleer het belang van discriminatiegronden in het algemeen, alsook het nut van onderscheid tussen directe en indirecte discriminatie in vraag gesteld (*cf. infra* nr. 1175 ev.). Enerzijds zou de vernietiging van de discriminatiegronden het aanduiden van een grond in het algemeen overbodig maken in het burgerlijk recht.⁶⁷ Anderzijds zou het begrippenpaar directe *versus* indirecte discriminatie uitsluitend betekenis hebben in een systeem, waarin uitdrukkelijk wordt voorzien in welbepaalde discriminatiegronden die ofwel limitatief van aard zijn, of waarvoor een strengere toetsing geldt (*cf. supra* nrs. 9-11). In de Antidiscriminatiwet zou daarvan geen sprake meer zijn. Sommige rechtsleer stelt dan ook dat het onderscheid had kunnen verdwijnen, omdat indirecte discriminatie geen autonome betekenis meer zou hebben in het nieuwe systeem.⁶⁸

1139. Andere rechtsleer wijst er echter op dat de gewijzigde situatie noch noodzakelijk de aanduiding van een discriminatiegrond, noch het onderscheid tussen directe en indirecte discriminatie overbodig maakt.⁶⁹ Uit de handhaving van het begrip indirecte discriminatie dient wellicht te worden afgeleid dat het Arbitragehof er vanuit gaat dat noch het betreffende concept, noch de discriminatiegronden noodzakelijk al hun relevantie hebben verloren voor de toepassing van de wet. In eerdere arresten heeft het Hof immers gesteld dat het “niet verantwoord [is] normen zonder reële draagwijdte, die het gevolg zijn van gedeeltelijke vernietigingen, als positiefrechtelijk gegeven te laten bestaan”.⁷⁰ Het Hof vernietigt daarom in de regel alle bepalingen “die onafscheidbaar verbonden zijn met die welke rechtstreeks voor vernietiging in aanmerking komen”.⁷¹

1140. Teneinde inconsistenties te vermijden met eerdere jurisprudentie van het Hof, dient de handhaving van artikel 2 § 2 dan ook wellicht betekenisvol te worden begrepen. Niettegenstaande de vernietiging van gronden in het burgerrechtelijk luik, gaat het Arbitragehof er – bij die veronderstelling – kennelijk van uit dat indirecte discriminatie nog een reële draagwijdte heeft. Zo niet, dan zou het Hof de bepaling immers hebben vernietigd. Bij implicatie lijkt het Hof in deze redenering ook wel degelijk een (grotere) rol open te laten voor bepaalde discriminatiegronden, als verdachte gronden of criteria die een strenge(re) toetsing vereisen.

1141. Ook los van deze redenering valt niet uit te sluiten dat rechtspraak, ondanks de algemene aard van het discriminatieverbod in de wet, in de toekomst toch een aantal verdachte criteria of gronden zal ontwikkelen. Dit zou bijvoorbeeld de gronden kunnen betreffen die opgenomen zijn in de Ras- en Kaderrichtlijn. Daarbij gaat het respectievelijk om ras, etnische afstamming, godsdienst of overtuiging,

67 Discriminatie zou in die veronderstelling uitsluitend worden vastgesteld aan de hand van vergelijking en de vergelijkbaarheidstoets (*cf. infra* nrs. 1175 e.v.).

68 J. VELAERS, “Het arbitragehof en de antidiscriminatiwet”, *l.c.*, nr. 8.

69 S. SOTTIAUX en J. VRIELINK, “Eén arrest, vijf mijlpalen”, *l.c.*, 4.

70 Arbitragehof nr.17/1986, 26 maart 1986, III.3.B.8. Zie J. VELAERS, *Van arbitragehof tot grondwettelijk hof*, Antwerpen, Maklu, 1990, 295.

71 Arbitragehof nr.17/1986, 26 maart 1986, III.3.B.8.

handicap, leeftijd en seksuele geaardheid. Ten slotte behoort het tot de mogelijkheden dat de wetgever zal interveniëren en opnieuw – en met een nieuwe rechtvaardiging – zal voorzien in een aantal gronden.⁷²

1142. Daarmee achten sommige commentatoren het al met al aannemelijk dat de discriminatiegronden en het onderscheid tussen directe en indirecte discriminatie (*cf. infra* nr. 1175 e.v.) ook voor het burgerrechtelijk luik niet (volledig) hun relevantie zullen verliezen.⁷³

2. STRAFRECHTELIJK LUIK

1143. Voor wat betreft het strafrechtelijk luik heeft het Arbitragehof de oorspronkelijke opsomming van gronden niet vernietigd. Ten eerste omdat dit niet mogelijk was, daar in een dergelijk geval “de vereisten van het wettigheidsbeginsel in strafzaken, verankerd in artikel 12 van de Grondwet, niet vervuld [zouden] zijn indien de discriminatie, zonder nadere precisering, een constitutioneel bestanddeel van een misdrijf zou worden”.⁷⁴

1144. Voorzover de strafbepalingen behouden zijn gebleven, was dit onderscheid in gronden naar het oordeel van het Hof niet onevenredig. De ontstentenis zou – gezien de vernietiging van de gronden in het burgerrechtelijke luik – met name niet ten gevolge hebben dat personen die slachtoffer zijn van discriminatie op basis van de uitgesloten gronden (volledig) de bescherming van de wet ontzegd wordt.⁷⁵ Voor het (resterende) strafrechtelijk luik behoudt de oorspronkelijke opsomming dan ook volledig haar relevantie.⁷⁶

B. Zogenaamd ras, huidskleur, afkomst, en nationale of etnische afstamming

1145. De “rasgerelateerde” gronden – “een zogenaamd ras, de huidskleur, de afkomst, de nationale of etnische afstamming” – hadden in de Antidiscriminatiewet vooral belang in het burgerrechtelijk luik, totdat het Arbitragehof daarin in beginsel alle gronden vernietigde. In een belangrijk deel van het strafrechtelijk luik zijn zij niet

72 Tot wetgevende interventie terzake is alleszins opgeroepen door verschillende auteurs. Zie o.m. J. VELAERS, “Het arbitragehof en de antidiscriminatiewet”, *l.c.*, nr. 12; M. DE VOS, “Antidiscriminatiewet, Arbitragehof en arbeidsrecht: een doos van Pandora”, *l.c.*, 1.

73 S. SOTTIAUX en J. VRIELINK, “Eén arrest, vijf mijlpalen”, *l.c.*, 4.

74 Arbitragehof nr. 157/2004, 6 oktober 2004, B.21, *B.S.* 18 oktober 2004.

75 Arbitragehof nr. 157/2004, 6 oktober 2004, B.24-28, *B.S.* 18 oktober 2004. Voorts zou het de wetgever meer bepaald inzake de strafverzwaringen vrijstaan “wanneer hij beslist om het minimum van de toepasselijke straffen voor bepaalde misdrijven op te trekken, daarbij de discriminatiegronden aan te wijzen die hem thans het meest afkeurenswaardig lijken” (*ibid.*, B.28). Zie kritisch J. DE WIT, “De anti-discriminatie wet discrimineert”, *l.c.*, 5.

76 VELAERS bekritiseert de redenering van het Arbitragehof op dit punt. De auteurs stelt dat “men zich niet van de indruk [kan] ontdoen dat het Hof geen hoge eisen stelt aan de ‘redelijke verantwoording’ die de wetgever moet bieden voor de keuzes die hij maakt. We vernemen bv. niet waarom ‘taal’ en ‘politieke overtuiging’ konden worden geweerd”. J. VELAERS, “Het arbitragehof en de antidiscriminatie wet”, *l.c.*, nr. 17. Vgl. J. FIERENS, *l.c.*, 10.

opgenomen wegens overeenkomstige bepalingen in de Antiracismewet. Voor een analyse van de betreffende gronden wordt dan ook verwezen naar de uiteenzetting in het betreffende deel (cf. *supra* nrs. 760-773).

C. Geslacht⁷⁷

1146. Een nadere omschrijving van de grond “geslacht” ontbreekt in de voorbeelden. Desalniettemin bestaat er in de rechtsleer een consensus over dat er – behalve onderscheid op basis van geslacht in enge zin –, op basis van rechtspraak van het Hof van Justitie, ook onderscheid op grond van zwangerschap, bevalling en moederschap onder begrepen dient te worden.⁷⁸ Ook een verschil in behandeling op grond van die laatste kenmerken, vormt als zodanig een direct onderscheid op basis van geslacht.⁷⁹ Voorts is beargumenteerd dat ook (direct) onderscheid op grond van inter- en transseksualiteit onder de bescherming van de grond gebracht kan worden⁸⁰, in de mate dat deze gronden niet (ook) onder “seksuele geaardheid” vallen.⁸¹

77 Rondon “geslacht” heeft in het parlement een uitvoerige discussie plaats gehad in relatie tot het behoud van de term in de Antidiscriminatiewet. Aanvankelijk was hiertoe een negatief advies uitgebracht door het Adviescomité voor gelijke kansen voor vrouwen en mannen. De motivering hiervan was in belangrijke mate geïnspireerd op het advies van 7 maart 2000 van het Bureau van de Raad van gelijke kansen voor mannen en vrouwen (*Parl. St.* Senaat 2001-02, nr. 2-12/15, 46), dat op zijn beurt de argumenten ontleend had aan de (Franse) theorie van de “paritaire democratie” (zie m.n. S. AGACINSKI, *Politique des sexes*, Eds. du Seuil, 1998). Het Comité betoogde dat het speciale en onderscheiden karakter van genderdiscriminatie ertoe noopte de grond uit het wetsvoorstel te lichten en te voorzien in afzonderlijke wetgeving. Verschillende commissieleden sloten zich aan bij de visie van het Adviescomité en ondernamen veelvuldige pogingen om “geslacht” verwijderd te zien uit de wet (de relevante amendementen betreffen o.m. de volgende in de Senaat: Amendementen nrs. 6, 7, 9, 10 en 17 van de regering; Amendementen nrs. 1, 60, 61, 62, 76, 79, 118, 130, 166, 178, 179 en 180 (DE T’ SERCLAES c.s.); Amendementen nrs. 30, 31, 43 (NYSSSENS); Amendement 113, 133 (DE BETHUNE c.s.). In de Kamer is de kwestie ook weer opgeworpen in discussies en o.m. in de volgende amendementen: Amendementen nr. 31 en 32 (ARENS)). De regering en de meerderheid van de commissieleden wensten echter vast te houden aan de grond geslacht, daar het naar hun mening essentieel was om duidelijk aan te geven dat elke vorm van discriminatie – juist ook die op grond van geslacht – onaanvaardbaar is. Vandaar dat enkele concessies werden voorgesteld. De belangrijkste daarvan was dat het C.G.K.R. niet bevoegd zal zijn om klachten te behandelen over deze vorm van discriminatie, maar dat er voor dit doel een apart en onafhankelijk Instituut voor de gelijkheid van vrouwen en mannen in het leven zou worden geroepen. Dit betrof Regeringsamendement 17 ingediend in de Senaat (*Parl. St.* Senaat 2000-01, nr. 2-12/6). Het Instituut is inmiddels ook opgericht. Zie hiervoor de Wet 16 december 2002 houdende oprichting van het Instituut voor de gelijkheid van vrouwen en mannen (*B.S.* 31 december 2002). In de rechtsleer zijn aanpak en houding van de vrouwenbeweging op dit punt, evenals de uitkomst bekritiseerd juist in het licht van emancipatoire doelstellingen (zie o.m. P. POPELIER en J. VRIELINK, “Alle mensen zijn gelijk, maar sommige mensen zijn meer gelijk dan anderen. Over mannen, vrouwen, paritaire democratie en geslachtsdiscriminatie”, *T.B.P.* 2003, nr. 10, 682-696; P. POPELIER en J. VRIELINK, “Verleden, heden en toekomst van de vrouw in de Belgische politiek. Over ontwikkelingen in democratie, pariteit en gelijke behandeling in België”, *Nemesis* 2003, nr. 5/6, 153-164; S. VAN DROOGHENBROECK, *l.c.*, 217, nr. 18. Zie *pro* J. JACQMAIN, “... Et omnia discriminatio. La loi du 25 février 2003 tendant à lutter contre la discrimination et modifiant la loi du 15 février 1993”, *J.D.J.* september 2003, nr. 227, 20).

78 Zie o.m. H.v.J. nr. 177/88, 8 november 1990, *Jur.* 1990, I, 3941; *J.T.T.* 1991, 122 met noot D. DE VOS. Vgl. S. VAN RAEPENBUSH, “Tendances récentes (1998-2003) de la jurisprudence sociale de la cour de justice des Communautés européennes”, *J.T.T.* 2003, 281; S. VAN DROOGHENBROECK, *l.c.*, 224, nr. 39.

79 C.G.K.R., *Aanpak discriminatie en racisme*, 85.

80 J. VRIELINK, S. SOTTIAUX en D. DE PRINS, “De anti-discriminatiewet, een artikelsgewijze analyse (deel 1)”, *l.c.*, 260; S. VAN DROOGHENBROECK, *l.c.*, 224, nr. 39.

81 Zie hiertoe bv. H.v.J. nr. 13/94, 30 april 1996 (*P t. S en Cornwall County Council*), *Jur.* 1996, I, 2143 (cf. *supra* nrs. 434-435).

1147. Naast deze directe vormen kan een veelvoud van onderscheid resulteren in *indirecte* discriminatie op grond van geslacht, in de mate dat dit begrip nog een zelfstandige betekenis heeft na de vernietiging van alle gronden in het burgerrechtelijk luik van de wet (*cf. infra* nr. 1175 e.v.). Daarbij valt onder meer te denken aan maatregelen die – zonder redelijke en objectieve rechtvaardiging – deeltijdwerkers eenzijdig benadelen.⁸²

D. Seksuele geaardheid

1148. Met de term “seksuele geaardheid” bedoelden de indieners van het voorstel in beginsel alleen de heteroseksuele of homoseksuele geaardheid.⁸³ Verschillende keren hebben zij benadrukt dat de wet niet raakt aan de bestaande wetsbepalingen ter bestraffing van seksuele handelingen die de “integriteit”⁸⁴ of de “waardigheid”⁸⁵ van de persoon aantasten. Ook andere leden hebben tijdens de besprekingen gesteld dat met de term “vooral” de heteroseksuele en homoseksuele geaardheid gevisieerd worden.⁸⁶ Ook waarschuwden verschillende leden voor een al te ruime interpretatie van het begrip “seksuele geaardheid”, waardoor het bijvoorbeeld ook pedofilie zou omvatten.

1149. In de rechtsleer wordt unaniem aangenomen dat ook naast homo- en heteroseksuele geaardheid in strikte zin, in elk geval ook biseksualiteit onder de bescherming van de grond valt. Voor een enkele commentator houdt het daarbij echter op. Als bijkomende argumentatie voor een dergelijke beperking, is gesteld dat het begrip “seksuele geaardheid” onderscheiden zou moeten worden van het begrip “seksuele voorkeur”. Gedragingen als pedofilie en masochisme zouden in die visie uitingen zijn van een “seksuele voorkeur” en niet van een “seksuele geaardheid”, omdat een pedofiel of masochist zowel hetero- als homoseksueel geaard zou kunnen zijn.⁸⁷

1150. De meeste rechtsleer geeft het begrip echter een ruimere invulling. Ten eerste vanwege de feitelijke formulering van de discriminatiegrond die een restrictieve interpretatie allesbehalve zou opdringen. Bovendien is herhaaldelijk gewezen op het feit dat een amendement dat diende om te expliciteren dat de term in de bovenstaande restrictieve zin begrepen moest worden – verworpen werd.⁸⁸ Beide zaken zouden impliceren dat de reikwijdte van de term ruimer is dan slechts “hetero- en homoseksualiteit”.⁸⁹ Ter ondersteuning hiervan is ook gewezen op één van de algemene doelstellingen van de wet, met name het bestrijden van discriminatie op grond van kenmerken die een persoon niet kan kiezen of onder controle heeft en die

⁸² J. HOFKENS en S. DEMEESTERE, *o.c.*, 98.

⁸³ *Parl. St.* Senaat 2001-02, nr. 2-12/15, 6.

⁸⁴ *Parl. St.* Senaat 1999, nr. 2-12/1, 2.

⁸⁵ *Parl. St.* Senaat 2001-02, nr. 2-12/15, 4.

⁸⁶ *Ibid.* 15.

⁸⁷ C.G.K.R., *Aanpak discriminatie en racisme*, 86. Zie *contra* o.m. S. VAN DROOGHENBROECK, *l.c.*, 225, nr. 41.

⁸⁸ *Parl. St.* Kamer 2001-02, nr. 50-1578/8, 22.

⁸⁹ J. VRIELINK, S. SOTTIAUX en D. DE PRINS, “De anti-discriminatiewet, een artikelsgewijze analyse (deel 1)”, *l.c.*, 262-263; J. HOFKENS en S. DEMEESTERE, *o.c.*, 101.

fundamentele aspecten van het menszijn betreffen. Ook andere seksuele geaardheden of praktijken – zo wordt gesteld – kunnen dergelijke “niet-gekozen kenmerken” uitmaken, waarvan de vrije beleving essentieel kan zijn voor de zelfontplooiing en identiteit van de betrokkenen.⁹⁰

1151. Zelfs seksuele geaardheden of handelingen die in beginsel strafbaar zijn – zoals pedofilie – zouden niet noodzakelijk uitgesloten zijn van de reikwijdte van de grond. Zo is betoogd dat een weigering van een persoon met pedofiele geaardheid als kandidaat voor een functie in een bedrijf of een administratie, of van toegang tot een café of winkel in beginsel evenzeer een discriminatie uitmaakt.⁹¹ Een dermate ruime invulling van de grond zou verenigbaar zijn met het seksueel strafrecht, zolang men rekening houdt met het feit dat de aanvaardbaarheid van onderscheid in deze gevallen sterk afhankelijk is van context: het strafbaar karakter van een bepaalde oriëntatie levert soms uiteraard een objectieve en redelijke verantwoording op voor onderscheid. Een algehele uitsluiting zou daarmee echter niet verantwoord zijn.⁹²

1152. Wel moet tot slot worden benadrukt dat in de voorbereidingen steeds is beklemtoond dat de wet de seksuele geaardheid *op zich* als grond van discriminatie strafbaar stelt en dus niet het gedrag: “zo is het wangedrag zowel van een homo-seksuele als van een heteroseksuele leraar een voldoende reden voor een school om hem te ontslaan.”⁹³

E. Burgerlijke staat

1153. De grond “burgerlijke staat” verwijst in de eerste plaats naar de huwelijkse staat van een persoon. Ook recente ontwikkelingen op dit vlak – bijvoorbeeld met betrekking tot geregistreerd partnerschap en het huwelijk voor personen van gelijk geslacht – vallen onder de reikwijdte van de bescherming.⁹⁴ Althans voorzover het onderscheid betrekking heeft op de bewuste staat of hoedanigheid en niet op het

90 S. SOTTIAUX, “De seksuele geaardheid als toegelaten/verboden criterium voor ongelijke behandeling”, in X, *Vrijheid en gelijkheid, de horizontale werking van het gelijkheidsbeginsel en de nieuwe antidiscriminatiewet*, Antwerpen, Maklu, 2003, 631; J. VRIELINK, D. DE PRINS en S. SOTTIAUX, “Het kaartenhuis der keuzes. Een rechtsvergelijkende analyse van de Nederlandse Algemene Wet Gelijke Behandeling en de Belgische antidiscriminatiewet”, in R. HOLTMAAT (ed.), *Gelijkheid en (andere) grondrechten*, Deventer, Kluwer, 2004, 242. Al met al betogen de auteurs daarmee dat een beperking van de grond seksuele geaardheid tot “hetero- en homoseksuele geaardheid” wellicht zelfs een onverantwoorde ongelijke behandeling binnen de wet zou kunnen vormen.

91 S. VAN DROOGHENBROECK, *l.c.*, 225, nr. 41; E. BREMS, “Nieuwe discriminatiegronden in de wet bestrijding discriminatie”, *l.c.*, 41-42.

92 S. VAN DROOGHENBROECK, *l.c.*, 225, nr. 41. De auteur geeft de volgende voorbeelden: “S’il se conçoit bien qu’une personne condamnée pour pédophilie soit écartée d’un emploi qui la met en contact avec des enfants, l’on aperçoit par contre difficilement les raisons qui justifierait qu’une telle personne se voit refuser, en raison de son orientation sexuelle, un titre de transport ou une place de parking”.

93 *Parl. St.* Senaat 2001-02, nr. 2-12/15, 40. Zie ook J. VELAERS, “De antidiscriminatiewet en de botsing van grondrechten”, *l.c.*, 368-369.

94 J. VRIELINK, S. SOTTIAUX en D. DE PRINS, “De anti-discriminatiewet, een artikelsgewijze analyse (deel 1)”, *l.c.*, 263; J. HOFKENS en S. DEMEESTERE, *o.c.*, 102; C. BAYART, *o.c.*, 397.

geslacht of de seksuele geaardheid van de betrokken personen of koppels. Indien het laatste het geval is, dan dienen – afhankelijk van het geval – de beide laatste gronden uiteraard als bescherming.⁹⁵

1154. Voorts is in de rechtsleer de vraag opgeworpen naar de mate waarin alleenstaanden een beroep kunnen doen op de grond. Geopperd is dat zij wellicht *sowieso* een beroep kunnen doen op indirecte discriminatie op grond van burgerlijke staat⁹⁶, maar dat de vraag of onderscheid op basis van de grond ook kan leiden tot directe discriminatie in de toekomst zal moeten worden uitgewezen.⁹⁷ Voor wat betreft het burgerrechtelijk luik kunnen alleenstaanden – na het arrest van het Arbitragehof – uiteraard zonder meer een zelfstandig beroep doen op bescherming door de wet.

F. Geboorte

1155. Aan de – *qua* inhoud niet direct evidente – grond “geboorte” is weinig aandacht besteed in het parlement. Door de indieners is slechts aangegeven dat de oorspronkelijke cultuur en de (moeder)taal in de notie vervat zouden zijn.⁹⁸ Naar de bedoeling van bepaalde parlementariërs wilde de wet dus ook voor de interventie door het Arbitragehof bescherming bieden aan discriminatie op grond van taal.⁹⁹ In de rechtsleer was echter herhaaldelijk de vraag opgeworpen of de rechter de wetgever hierin zou, of zelfs maar kon, volgen. Naar de letter van de wet werd de associatie van (moeder)taal met geboorte door de meeste auteurs niet echt vanzelfsprekend geacht.¹⁰⁰ Bovendien had men expliciet geweigerd een verwijzing naar de grond “taal” in de wet zelf op te nemen – getuige de verworpen amendementen terzake.¹⁰¹ Gevolg van één en ander is dat discriminatie op grond van taal in strafrechtelijke aangelegenheden waarschijnlijk nog altijd niet zal kunnen worden aanvaard als een vorm van discriminatie op grond van geboorte in de zin van deze wet.¹⁰²

95 C.G.K.R., *Aanpak discriminatie en racisme*, 85.

96 In de mate dat aangenomen kan worden dat alleenstaanden, vaker dan samenwonenden, ongehuwd zijn (C. BAYART, *o.c.*, 397).

97 *Ibid.*, 397.

98 *Parl. St.* Senaat 2001-02, nr. 2-12/15, 102 en 103.

99 Zie o.m. *Ibid.*, 100, 101, 103, 119 en 177; *Parl. St.* Kamer 2001-02, nr. 50-1578/8, 5.

100 J. VRIELINK, S. SOTTIAUX en D. DE PRINS, “De anti-discriminatiewet, een artikelsgewijze analyse (deel 1)”, *l.c.*, 363; J. HOFKENS en S. DEMEESTERE, *o.c.*, 102; E. BREMS, “Nieuwe discriminatiegronden in de wet bestrijding discriminatie”, *l.c.*, 62; C.G.K.R., *Aanpak discriminatie en racisme*, 88; L.M. VENY, “De wet bestrijding discriminatie in de ambtenarij”, in M. DE VOS en E. BREMS (eds.), *Wet Bestrijding Discriminatie in de praktijk*, Antwerpen, Intersentia, 2004, 141.

101 Zie o.m. *Parl. St.* Senaat 2000-01, nr. 2-12/10, 21-22 (DE CLIPPELE). Men lijkt de grond taal niet expliciet te hebben willen opnemen uit angst voor communautaire debatten (zie *Parl. St.* Senaat 2000-01, nr. 2-12/15, 101). Cf. *supra* nr. 1135.

102 J. VRIELINK, “De nieuwe Belgische antidiscriminatiewet. Een kritische bespreking”, *l.c.*, 202; J. VELAERS, “De horizontale werking van het discriminatieverbod in de discriminatiewet, enkele constitutionele beschouwingen”, *l.c.*, 318.

1156. Meer voor de hand liggende toepassingen zouden zich volgens rechtsleer situeren enerzijds in onderscheid op basis van (sociale) klasse¹⁰³, status¹⁰⁴ en (aan-)geboren) adelstand of -rang¹⁰⁵ en anderzijds in onderscheid op grond van het al dan niet bestaan van bloedbanden (bv. onderscheid tussen wettelijke en adoptief-kinderen) en de geboorte binnen of buiten het huwelijk.¹⁰⁶

G. Fortuin

1157. De grond “fortuin”, duidt op het “vermogen”¹⁰⁷ van een persoon ongeacht of dit klein of groot is.¹⁰⁸ Het parlementair debat aangaande de grond laat voorts vermoeden dat deze ruim geïnterpreteerd zou moeten worden. Zo is terzake onder meer gesteld:

Dankzij het opnemen van het criterium van het vermogen kunnen gevallen bestraft worden waarin een persoon wordt uitgesloten omdat hij tot een sociaal-economisch achtergestelde groep behoort bijvoorbeeld: een persoon die een café wil binnengaan wordt de toegang geweigerd omdat hij niet deftig genoeg is gekleed.¹⁰⁹

1158. Of de (straf)rechter deze brede reikwijdte zal overnemen, is volgens bepaalde rechtsleer zeer de vraag.¹¹⁰ Hierbij wordt enerzijds de tekst van de wet aangehaald,

103 E. BREMS, “Nieuwe discriminatiegronden in de wet bestrijding discriminatie”, *l.c.*, 62. Hiermee – zo geeft de auteur aan – overlapt de grond wel deels met het criterium fortuin (en afkomst). BAYART geeft aan dat deze interpretatie van “geboorte” niet direct voor de hand ligt: “dat mag blijken uit het eerste advies van de Raad van State waarin de Raad (...) zich diende uit te spreken over een ontwerp waarin zowel ‘fortuin’ als ‘geboorte’ als discriminatiegronden waren vermeld. De Raad (...) bekritiseerde dit ontwerp precies omdat ‘het feit te behoren tot een bepaalde sociale klasse’ in dit ontwerp niet was opgenomen als discriminatiegrond” (C. BAYART, *o.c.*, 400, met verwijzing naar *Parl. St. Senaat* 2000-01, nr. 2-12/5, 13).

104 C.G.K.R., *Aanpak discriminatie en racisme*, 88. In het I.V.B.P.R. en het E.V.R.M. waarin de grond ook opgenomen is, wordt deze link met status gelegd.

105 J. HOFKENS en S. DEMEESTERE, *o.c.*, 102.

106 E. BREMS, “Nieuwe discriminatiegronden in de wet bestrijding discriminatie”, *l.c.*, 62.

107 De in het oorspronkelijke voorstel opgenomen grond “vermogen”, kon zich niet verheugen in instemming van regeringszijde. Op grond van een regeringsamendement werd deze grond dan ook geschrapt. Het was de regering niet duidelijk in hoeverre deze kwalificatie verband hield met de eigenheid van een individu, noch aan welke maatschappelijke noodzaak het criterium tegemoet zou komen (*Parl. St. Senaat* 2000-01, nr. 2-12/6, 1-3). In reacties hierop werd dit standpunt echter sterk betwist, zodat besloten werd tot (her)opname. De belangrijkste argumenten hiervoor waren enerzijds dat de grond uitdrukkelijk vermeld staat in art. 1 van het Twaalfde Protocol E.V.R.M. en dat anderzijds de grond noodzakelijk zou zijn om “sociale ongelijkheden” weg te werken. Hierbij was het echter – mogelijk vanwege een vertaalfout – uiteindelijk de grond “fortuin” die werd aangenomen (*Parl. St. Senaat* 2000-01, nr. 2-12/11, 3).

108 In de rechtsleer is gewezen op het misleidende effect dat uitgaat van de gekozen terminologie. In het normale taalgebruik duidt de term immers op een “zeer groot kapitaal”. Het gebruik van deze terminologie schept daarmee de voorwaarden voor onnodige onduidelijkheid, die zelfs gevolgen kan hebben voor het beroep op de wet. Dat die begripsverwarring niet illusoir is, wordt geïllustreerd door het feit dat deze zich zelfs reeds voordoet in de besprekingen in de Kamer, waar een lid stelt: “Vanaf wanneer kan men immers zeggen dat iemand over een ‘fortuin’ beschikt? Dat is een buitengewoon subjectief begrip” (*Parl. St. Kamer* 2001-02, nr. 50-1578/8, 15). Zie J. VRIELINK, S. SOTTIAUX en D. DE PRINS, “De anti-discriminatiewet, een artikelsgewijze analyse (deel 1)”, *l.c.*, 263-264; J. HOFKENS en S. DEMEESTERE, *o.c.*, 103; C. BAYART, *o.c.*, 401.

109 *Parl. St. Senaat* 2001-02, nr. 2-12/15, 104.

110 De vraag is in de rechtsleer opgeworpen voor de rechtspraak in het algemeen. Gezien het feit dat de burgerlijke rechter, sinds de vernietiging van de gronden voor wat betreft dat luik, bevoegd is voor discriminatie in het algemeen, is de betreffende kritiek primair relevant voor wat betreft het strafrechtelijk luik.

waaruit geenszins noodzakelijk blijkt dat ook “sociale klasse” gevisieerd wordt. Anderzijds is gewezen op het feit dat een amendement uitdrukkelijk werd afgewezen dat ertoe strekte “het behoren tot een sociaal-economisch achtergestelde groep” op te nemen als discriminatiegrond.¹¹¹

H. Leeftijd¹¹²

1159. In het parlement werden de implicaties van de opname van de grond “leeftijd” nauwelijks uitgewerkt. Slechts twee voorbeelden kwamen daar ter sprake. Om te beginnen werd het geval genoemd waarin een bejaarde dame een kamer in het huis dat zij zelf bewoont, wil verhuren aan een vrouw van ongeveer dezelfde leeftijd.¹¹³ Dit zou aanvaardbaar zijn en niet gezien kunnen worden als een vorm van discriminatie tegenover jongere mannen of vrouwen. Een tweede voorbeeld was van meer algemene aard: het duidt op het feit dat het verwijderen van iemand uit een werwingsprocedure wegens leeftijd in beginsel wel op discriminatie zou neerkomen.¹¹⁴

1160. Het ontwikkelen van meer specifieke criteria wordt als zodanig volledig naar de rechter doorgeschoven. In de rechtsleer is frequent gewezen op de grote problemen die dit – vooral in het arbeidsrecht – kan opleveren.¹¹⁵ Temeer vanwege het feit dat de Belgische wetgever geen gebruik heeft gemaakt van de (bijkomende) uitzonderingsmogelijkheden en termijnen waarin de Kaderrichtlijn voor deze grond voorziet (zie daarover *infra* nrs. 1221-1228).¹¹⁶

I. Geloof of levensbeschouwing

1161. Geloof en levensbeschouwing waren niet opgenomen in het oorspronkelijke wetsvoorstel. De indieners vreesden dat de inclusie van deze criteria, evenals die van politieke overtuiging, problemen zou kunnen veroorzaken. Fundamentalistische organisaties zouden zich – volgens indieners – immers op de wet kunnen beroepen in een poging “om elke vorm van openbare kritiek of tegenspraak betreffende (...) de politieke gevolgen van hun religieuze denkbeelden te laten verbieden.”¹¹⁷ Ook het advies terzake van het Centrum voor Gelijkheid van Kansen en voor Racismebestrijding (C.G.K.R.) was van deze strekking.¹¹⁸

111 C. BAYART, *o.c.*, 403, onder verwijzing naar: *Parl. St. Senaat* 2000-01, nr. 2-12/7, 7.

112 De Wet 13 februari 1998 verbood al voor de totstandkoming van de Antidiscriminatiewet het stellen van een leeftijdsgrens bij de werving en selectie. De Antidiscriminatiewet breidt dit verbod uit tot alle aspecten van de tewerkstelling.

113 *Parl. St. Senaat* 2001-02, nr. 2-12/15, 78.

114 *Ibid.*, 7. Hoewel dit laatste voorbeeld uiteraard het bestaan van wezenlijke en bepalende beroepsvereisten (*cf. infra* nr. 1200 e.v.) in bepaalde gevallen onverlet laat, bv. bij het casten van iemand voor een bepaalde rol.

115 J. HOFKENS en S. DEMEESTERE, *o.c.*, 103; I. VERHELST en I. DE WILDE, “De gevolgen van de anti-discriminatiewet voor het arbeidsrecht”, *NjW* 2003, nr. 28, 444.

116 Art. 6 Kaderrichtlijn.

117 *Parl. St. Senaat* 2001-02, nr. 2-12/15, 54. Vgl. ook *Parl. St. Senaat* 1999-2000, nr. 2-12/1, 2-3; *Parl. St. Kamer* 2001-02, nr. 50-1407/5, 10.

118 De raad van bestuur van het C.G.K.R. had aanvankelijk de vroegere Minister van Justitie, de heer DECLERCK, voorgesteld om de grond wel op te nemen in de wet. Achteraf is de raad daar echter op teruggekomen omdat men van oordeel was dat dit wellicht meer problemen zou veroorzaken

1162. Bij regeringsamendement werden de betreffende gronden echter alsnog ingevoegd. Ter rechtvaardiging hiervan werd door de regering verwezen naar artikel 13 van het Verdrag van Amsterdam en de Europese Kaderrichtlijn. Het verdrag evenals de daarop gebaseerde Kaderrichtlijn spreken echter van “godsdienst of overtuiging”, waar het in de wet gaat om “geloof of levensbeschouwing”. Dit terminologische verschil werd verklaard vanuit de mogelijk ambigue betekenis van de term “overtuiging”, waaronder bij ruime interpretatie ook “politieke overtuiging” begrepen zou kunnen worden.¹¹⁹ De wetgever wilde echter deze laatste grond uitsluiten van de reikwijdte van de wet, omdat de “recente politieke actualiteit [er] helaas [van] getuigt dat het fundamenteel is om waakzaam te blijven ten overstaan van niet-democratische en liberticide partijen”.¹²⁰

1163. In het algemeen stelde de wetgever dat “overtuigingen die geen verband houden met vragen over het al dan niet bestaan van een god¹²¹ niet onder deze grond begrepen zijn”. In de rechtsleer is gesteld dat de grond niet zo beperkt mag worden geïnterpreteerd dat enerzijds stromingen als het atheïsme, agnosticisme, vrijzinnigheid¹²² en anderzijds “godsdiensten zonder god” zoals (bepaalde stromingen in) het Boeddhisme en Jānisme buiten de boot zouden vallen.¹²³

1164. De bovenstaande invulling behoudt haar relevantie voor het strafrechtelijk luik. Burgerrechtelijk kunnen – sinds het arrest van het Arbitragehof – ook discriminaties in relatie tot voormalig uitgesloten criteria aangevochten worden.

J. Huidige of toekomstige gezondheidstoestand

1165. De opname van de grond “huidige of toekomstige gezondheidstoestand” beoogde onder meer bescherming te bieden aan bestaande (eventueel degeneratieve) ziektes, maar vooral ook aan ziektes die in hoofde van de betrokken persoon nog niet tot uiting waren gekomen maar die (met waarschijnlijkheid) voorspeld kunnen worden op basis van genetische testen.¹²⁴ Wat dit laatste betreft is er in rechtsleer op gewezen dat ook de Wet van 28 januari 2003 betreffende de medische onderzoeken

→ dan oplossen. Zo achtte de raad het onwenselijk dat een dergelijke discriminatiebepaling bv. zou worden opgeworpen bij het conflict over het dragen van de *chador* door enkele meisjesstudenten in een Brusselse school, waardoor de wet van haar doel zou worden afgeleid (*Parl. St.* Senaat 2001-02, nr. 2-12/15, 39).

119 In de rechtsleer is erop gewezen dat deze interpretatie evenwel onjuist zou zijn geweest, daar de betreffende richtlijn onder de genoemde gronden enkel religieuze of filosofische overtuigingen begrijpt. Politieke overtuigingen vallen er dus *sowieso* niet onder. Zie J. VRIELINK, S. SOTTIAUX en D. DE PRINS, “De anti-discriminatiewet, een artikelsgewijze analyse (deel 1)”, *l.c.*, 264.

120 *Parl. St.* Kamer 2001-02, nr. 50-1407/5, 10. Door deze oplossing kwam volgens bepaalde rechtsleer de rechtsgelijkheid in het gedrang (*cf. supra* nr. 1134).

121 *Parl. St.* Senaat 2001-02, nr. 2-12/15, 64.

122 C.G.K.R., *Aanpak discriminatie en racisme*, 92.

123 J. VRIELINK, S. SOTTIAUX en D. DE PRINS, “De anti-discriminatiewet, een artikelsgewijze analyse (deel 1)”, *l.c.*, 264; C. BAYART, *o.c.*, 384.

124 Zie bv. *Parl. St.* Senaat 1999-2000, nr. 2-12/1, 2; *Parl. St.* Senaat 2001-02, nr. 2-12/15, 5, 107.

die binnen het kader van de arbeidsverhoudingen worden uitgevoerd¹²⁵ van belang is.¹²⁶ Artikel 3 § 1 van deze wet bepaalt dat biologische tests, medische onderzoeken of mondelinge informatiegaring met het oog op het verkrijgen van medische informatie over de gezondheidstoestand of stamboom informatie van een werknemer of kandidaat-werknemer niet verricht mogen worden om andere redenen dan die welke verband houden met de huidige geschiktheid van de werknemer voor de openstaande betrekking. Met name verboden – krachtens het tweede lid van de bepaling – zijn voorspellende genetische onderzoeken en aidstests.¹²⁷ Eventuele uitzonderingen hierop kunnen slechts worden voorzien bij K.B.¹²⁸

1166. De formulering van de grond in de Antidiscriminatiewet lijkt de *gewezen* gezondheidstoestand – die bijvoorbeeld wel uitdrukkelijk is opgenomen in C.A.O. nr. 38 – uit te sluiten als verboden grond van discriminatie.¹²⁹ Uit de voorbereidingen valt op te maken dat de indieners wel degelijk ook het medische *verleden* van een persoon beoogden te beschermen.¹³⁰ Dit is nadien in bepaalde rechtsleer bevestigd.¹³¹ Andere auteurs achten de grond – gezien de bewoordingen van de wet – evenwel eenduidig uitgesloten, hetgeen wel gedeeltelijk – zij het indirect – zou kunnen worden opgevangen door andere gronden. Zo stelt BREMS:

Discriminatie op grond van ziekteverleden [is] vaak gebaseerd (...) op een vrees voor het terugkeren van de ziekte, en dus op een toekomstige gezondheidstoestand, of op een verzwakking of andere fysieke verandering die het gevolg is van de ziekte, en die een “fysieke eigenschap” vormt in de zin van de wet.¹³²

1167. Na de grondwettelijke toetsing door het Arbitraghof, waarbij het Hof de gronden voor wat betreft het burgerrechtelijke luik vernietigde, is deze discussie voornamelijk, zo niet uitsluitend, nog relevant voor wat betreft de strafrechtelijke bepalingen.

1168. Of in het algemeen een onderscheid op basis van gezondheidstoestand al dan niet geoorloofd is, hangt sterk af van de context: het gaat er uiteraard om dat – in een bepaald geval – “de verschillende behandeling vooral objectief en redelijkerwijze gerechtvaardigd moet zijn”.¹³³ Bij indiensttreding zou dit betekenen dat “al te

125 B.S. 9 april 2003.

126 C.G.K.R., *Aanpak discriminatie en racisme*, 92.

127 Dit verbod kan bij K.B. worden uitgebreid tot andere biologische tests en medische onderzoeken (art. 3 § 1 lid 3 Wet 28 januari 2003).

128 Art. 5 lid 1 Wet 28 januari 2003.

129 Zie hiertoe ook het (mogelijk niet serieus bedoelde, maar wel pertinente) Amendement nr. 86 van de heer LAEREMANS (*Parl. St. Kamer* 2001-02, nr. 50-1578/6, 11).

130 *Parl. St. Senaat* 2001-02, nr. 2-12/15, 122.

131 J. VRIELINK, “De nieuwe Belgische antidiscriminatiewet. Een kritische bespreking”, *l.c.*, 206; J. VRIELINK, S. SOTTIAUX en D. DE PRINS, “De anti-discriminatiewet, een artikelsgewijze analyse (deel 1)”, *l.c.*, 264; C.G.K.R., *Aanpak discriminatie en racisme*, 92; J. HOFKENS en S. DEMEESTERE, *o.c.*, 104.

132 E. BREMS, “Nieuwe discriminatiegronden in de wet bestrijding discriminatie”, *l.c.*, 55. Vgl. C. BAYART, *o.c.*, 391.

133 *Parl. St. Senaat* 2001-02, nr. 2-12/15, 108.

indringende onderzoeken” bijvoorbeeld uit den boze zijn.¹³⁴ Het onderzoek zou zich strikt moeten beperken tot de vaststelling van geschiktheid.¹³⁵ In het verzekeringswezen blijkt dan weer dat het er om dient te gaan of de betrokken eigenschap de aard van het risico verandert. Indien dit *niet* het geval is dan kan het onderscheid niet worden beschouwd als objectief en redelijk gerechtvaardigd.¹³⁶ Dit betekent bijvoorbeeld dat er vaak meer mogelijkheden bestaan tot het maken van onderscheid bij het afsluiten van levensverzekeringen dan bij gewone verzekeringen (voertuig, brand enz.). Bij die eerste zijn volgens de wetgever “vergaande onderzoeken (...) moreel betwistbaar, maar hebben niets te maken met de problematiek van discriminatie”.¹³⁷

K. Handicap of fysieke eigenschap

1. HANDICAP

1169. De reikwijdte van het begrip handicap is van groot belang, daar (enkel) op basis van hetgeen onder de grond valt, aanspraak gemaakt kan worden op redelijke aanpassingen (*cf. infra* nr. 1249 e.v.). Blijkens de voorbereidingen dient de grond alvast zeer breed te worden opgevat, het gaat om “alle vormen van discriminatie die verband houden met alle soorten handicaps, ongeacht welke”.¹³⁸ De indiener gaf aan dat er bewust gekozen is niet te verwijzen “naar een officiële invaliditeitschaal, naar een specifiek invaliditeitspercentage, noch naar een of andere ziekte”, daar elke opsomming van dien aard een uitsluiting zou impliceren van hetgeen niet vermeld staat.¹³⁹ De wetgever beoogt een erg brede interpretatie van de term die bijvoorbeeld niet beperkt zou zijn tot de criteria die in het sociaal recht worden gebruikt.¹⁴⁰ Van regeringszijde werd het volgende gesteld:

134 *Ibid.*, 122.

135 E. ALOFS en A. DE BECKER, “De antidiscriminatiewet en het bestuursrecht”, *NjW* 2004, nr. 71, 592.

136 *Parl. St.* Kamer 2001-02, nr. 50-1407/5, 16. Zie uitvoerig over de wet in relatie tot het verzekeringswezen: B. WEYTS, *L.c.*, 1082-1091; Y. THIERY, “De Antidiscriminatiewet: verzekeren over dezelfde kam?”, *T.B.H.* 2003, nr. 8, 646-660; K. BERNAUW, “De wet bestrijding discriminatie en verzekeringen”, in M. DE VOS en E. BREMS (eds.), *Wet Bestrijding Discriminatie in de praktijk*, Antwerpen, Intersentia, 2004, 277-308.

137 *Parl. St.* Senaat 2001-02, nr. 2-12/15, 122.

138 *Ibid.*, 158.

139 Tijdens de behandeling in het parlement is twee maal een amendement ingediend teneinde een definitie van het begrip in te lassen, ten eerste in de Senaat. Hierbij werd onder handicap verstaan: “Een fysieke of psychische stoornis of beperking die een belemmering vormt voor een normale toegang tot en/of participatie aan de diverse aspecten van het leven” (*Parl. St.* Senaat 2001-02, nr. 2-12/14, 3). Het amendement beoogde duidelijk te maken “dat het begrip handicap ruim moet worden geïnterpreteerd en niet beperkt mag blijven tot wat thans als een handicap wordt erkend door de bestaande wetgeving” (*Parl. St.* Senaat 2001-02, nr. 2-12/14, 3-4). Nadat werd toegelicht dat het in het raam van de wet geenszins de bedoeling was het begrip handicap restrictief te interpreteren werd het amendement ingetrokken. In de Kamer werd hetzelfde amendement evenwel hernomen (*Parl. St.* Kamer 2001-02, nr. 1578/5, 2-4), waarna het opnieuw werd verworpen. Ditmaal na toelichting van regeringszijde waarbij gesteld werd: “De term ‘handicap’ [mag niet] geïnterpreteerd worden als zou het enkel gaan om mensen die erkend zijn door of voldoen aan de criteria voor prestaties van de deelstatelijke fondsen of voor de tegemoetkomingen toegekend door het Ministerie van Sociale Zaken” (*Parl. St.* Kamer 2001-02, nr. 1578/8, 31). Zie ook K. VAN DEN LANGENBERGH, *L.c.*, 597; J. HUYS, “Het niet voorzien van redelijke aanpassingen voor de persoon met een handicap is een vorm van discriminatie”, *T.S.R.* 2003, nr. 3, 399-408.

140 *Parl. St.* Kamer 2001-02, nr. 1578/8, 31, 48. Zie o.m. J. HUYS, *L.c.*, 400; C.G.K.R., *Aanpak discriminatie en racisme*, 93.

Voor de toepassing van deze wet wordt dus onder handicap verstaan: een fysieke, sensorische, verstandelijke of psychische stoornis of beperking die een belemmering kan vormen voor een evenwaardige participatie aan de in § 3 vermelde toepassingsdomeinen.¹⁴¹

1170. Hoewel een dergelijke ruime interpretatie niet noodzakelijk voortvloeit uit de tekst van de wet zelf¹⁴², ondersteunt de meeste rechtsleer wel een relatief brede interpretatie van het begrip, aangezien de eigenschappen die in de praktijk beleefd worden als handicaps, inderdaad in sterke mate afhankelijk kunnen zijn van de context waarbinnen een persoon functioneert.¹⁴³ Ook zou het geven van een (te) beperkte invulling aan het begrip handicap voorbijschieten aan de vooropgestelde algemene doelstelling van de wet, namelijk het zoveel mogelijk tegengaan van vormen van ongerechtvaardigde gelijke of ongelijke behandeling.¹⁴⁴

1171. Verschillende auteurs geven aan dat zelfs *vermeende* handicaps daarmee onder de (bedoelde) reikwijdte van het begrip (kunnen) vallen.¹⁴⁵ Wat betreft (toekomstige of) gewezen “handicaps” lopen de meningen dan weer uiteen. Volgens sommige auteurs zouden deze wel onder het begrip vallen. Deze visie gaat er vanuit dat “handicaps” niet noodzakelijk onomkeerbaar zijn en dat daarmee ook ten aanzien van (bepaalde) ziektes een verplichting bestaat om redelijke aanpassingen uit te voeren als deze geen onevenredige belasting betekenen.¹⁴⁶ Andere auteurs pleiten hiertegen en zijn van mening dat tijdelijke invaliditeit en ziektes in beginsel *niet* onder de grond gebracht kunnen worden.¹⁴⁷ Onder meer daar de “gezondheidstoestand” immers als aparte discriminatiegrond vermeld stond.¹⁴⁸ Dit zou er direct op kunnen duiden dat het niet de bedoeling zou zijn om te voorzien in een plicht tot aanpassingen ten behoeve van diegenen die behoren tot die laatste categorie.¹⁴⁹ Ten aanzien van de ruime interpretaties wordt hoe dan ook veelal een voorbehoud gemaakt waar

141 *Parl. St.* Kamer 2001-02, nr. 1578/8, 31.

142 Zo stelt VAN DEN LANGENBERGH: “Als het de bedoeling is af te wijken van hetgeen volgens het dagelijks spraakgebruik onder handicap moet worden verstaan, ware het wellicht beter geweest dit meer te benadrukken of beter tot uiting te laten komen in de wettekst” (K. VAN DEN LANGENBERGH, *l.c.*, 597).

143 J. VRIELINK, S. SOTTIAUX en D. DE PRINS, “De anti-discriminatiewet, een artikelsgewijze analyse (deel 1)”, *l.c.*, 265; J. HOFKENS en S. DEMEESTER, *o.c.*, 92; I. AENDENBOOM, “Loi antidiscrimination ou antidérappant? La loi ne se limite pas aux discriminations dans le cadre de l’emploi”, *J.D.J.* 2003, nr. 227, 25.

144 K. VAN DEN LANGENBERGH, *l.c.*, 597.

145 *Ibid.*, 598; C.G.K.R., *Aanpak discriminatie en racisme*, 93.

146 O. DE SCHUTTER, *Discriminations et marché du travail: liberté et égalité dans les rapports d’emploi*, Brussel, Lang, 2001, 197; E. BREMS, “Nieuwe discriminatiegronden in de wet bestrijding discriminatie”, *l.c.*, 55. BREMS geeft verder nog aan dat de afbakening tussen beide categorieën vaak dermate artificieel is, dat het “absurd [zou] zijn dat de ene meer rechten zou hebben dan de andere”.

147 K. VAN DEN LANGENBERGH, *l.c.*, 599.

148 Het valt te bezien in welke mate dit argument nog opgaat na de vernietiging van deze en de andere gronden in het burgerrechtelijk luik door het Arbitragehof.

149 Argument aangevoerd door BREMS, die desondanks zelf de tegengestelde conclusie verdedigt, zie E. BREMS, “Nieuwe discriminatiegronden in de wet bestrijding discriminatie”, *l.c.*, 48-49.

het gaat om de strafrechtelijke reikwijdte van het begrip, vanwege het feit dat het legaliteitsbeginsel zich hiertegen zou verzetten.¹⁵⁰

1172. Ten slotte stelt bepaalde rechtsleer de bevoegdheid van de federale wetgever terzake in vraag.¹⁵¹ Dit punt wordt behandeld bij de bespreking van artikel 2 § 3 aangaande redelijke aanpassingen voor gehandicapten (*cf. infra* nrs. 1263-1267).

2. FYSIEKE EIGENSCHAP

1173. Inzake het criterium fysieke eigenschap werd geen enkele verduidelijking geboden in de voorbereidende werken. Bepaalde rechtsleer stelt dat men – rekening houdend met (één van de) doelstellingen van de wet, namelijk om bescherming te bieden aan gronden die inherent zijn aan een persoon en waarop hij of zij geen vat heeft – kan veronderstellen dat het moet gaan om fysieke eigenschappen waarvoor de betrokken persoon niet zelf heeft gekozen.¹⁵² Te denken valt dan aan het hebben van een kleine of juist een grote gestalte, corpulentie, kaalheid, wijnvlekken, mooi of lelijk zijn, enz.

1174. De formulering van de grond noodzaakt echter niet tot een dermate restrictieve interpretatie. De voorgaande visie wordt dan ook in andere rechtsleer niet gedeeld.¹⁵³ Wel is gesteld dat het op grond van de formulering eenduidig zou moeten gaan om *fysieke* eigenschappen, zodat aspecten die hier strikt genomen geen deel van uitmaken “zoals kapsel, kledij en piercings” niet onder de reikwijdte van de grond zouden vallen.¹⁵⁴ Burgerrechtelijk kan uiteraard na de vernietiging van de discriminatiegronden door het Arbitragehof ook nadelig onderscheid op basis van de laatste criteria aangevochten worden.

§ 2. Definitie

1175. De wet maakt – ook na de toetsing door het Arbitragehof – een onderscheid tussen *directe* en *indirecte* discriminatie (*cf. supra* nrs. 9-10).¹⁵⁵

150 K. VAN DEN LANGENBERGH, *l.c.*, 598; J. VRIELINK, S. SOTTIAUX en D. DE PRINS, “De anti-discriminatiewet, een artikelsgewijze analyse (deel 1)”, *l.c.*, 265; I. AENDENBOOM, *l.c.*, 24.

151 J. VELAERS, “De horizontale werking van het discriminatieverbod in de discriminatiewet, enkele constitutionele beschouwingen”, *l.c.*, 303-305.

152 C.G.K.R., *Aanpak discriminatie en racisme*, 93; C. BAYART, *o.c.*, 389.

153 Aan de bewuste visie wordt o.m. afbreuk gedaan door het feit dat de vooropgestelde doelstelling van de wet onjuist en onhoudbaar wordt geacht (*cf. supra* nrs. 1133-1134). Voorts – en daarmee verbonden – zou zij aanleiding geven tot onoplosbare problemen: op welke fysieke eigenschappen heeft men immers eenduidig “geen vat”. Wijnvlekken kunnen (deels) chirurgisch worden bijgewerkt en corpulentie kan (mede) veroorzaakt worden door een keuze om veel te eten enz. Wat voorts met “onomkeerbare keuzes”, d.w.z. keuzes die een (mate van) geworpenheid met zich meebrengen, zoals (de effecten van) plastische chirurgie of aangebrachte tribale inkervingen of tatoeages?

154 E. BREMS, “Nieuwe discriminatiegronden in de wet bestrijding discriminatie”, *l.c.*, 53.

155 *Cf. supra* nrs. 1137-1142 over het nut van dit onderscheid na de vernietiging van gronden in het burgerrechtelijk luik.

A. Directe discriminatie (art. 2 § 1)

1. ALGEMEEN

1176. Er is, naar artikel 2 § 1 van de wet, sprake van directe discriminatie “indien een verschil in behandeling niet objectief en redelijkerwijze wordt gerechtvaardigd”. Dit is een door het Arbitragehof – door gedeeltelijke vernietiging – “aangepaste” definitie.

1177. In de oorspronkelijke wet luidde de definitie als volgt: “Er is sprake van directe discriminatie indien een verschil in behandeling dat niet objectief en redelijkerwijze wordt gerechtvaardigd, rechtstreeks gebaseerd is op het 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”.

2. VERSCHIL IN BEHANDELING

1178. De definitie van “directe discriminatie” in de Antidiscriminatiewet spreekt van een “verschil in behandeling”. De richtlijnen zien daarentegen op een “ongunstigere behandeling” (*cf. supra* nrs. 209-211). Dit verschil werd ingevoerd door een amendement waarbij evenwel werd opgemerkt dat het slechts om een “materiële correctie” ging.¹⁵⁶ Een amendement dat de definitie (opnieuw) in lijn wilde brengen met die van de richtlijnen werd voorts verworpen, nadat Minister ONKELINX uitdrukkelijk had gesteld dat de in het voorgestelde amendement (en daarmee de in de richtlijnen gehanteerde) definitie dezelfde strekking had als die in het wetsontwerp.¹⁵⁷ Dit is ook benadrukt tijdens de behandeling van de Wet tot versterking van de wetgeving tegen het racisme door de bevoegde minister:

De definities die in beide Europese richtlijnen gegeven worden om de rechtstreekse en onrechtstreekse discriminatie aan te duiden, staan uitdrukkelijk vermeld in de tekst die wordt voorgelegd (...).¹⁵⁸

1179. In de rechtsleer acht men het gebruik van de verschillende termen in de definitie van discriminatie (dus “verschil in behandeling” (Antidiscriminatiewet)

¹⁵⁶ *Parl. St.* Senaat 2001-02, nr. 2-12/15, 138. De wijziging werd doorgevoerd d.m.v. Amendement nr. 116, *Parl. St.* Senaat 2000-01, nr. 2-12/11. Ook bezien vanuit de richtlijn is opgemerkt dat er aan de verschillende terminologie wellicht niet al te zwaar getild moet worden, omdat de Europese Commissie in haar toelichting bij de Kaderrichtlijn bv. het concept directe discriminatie uitlegt als “een verschil in behandeling op grond van een specifiek kenmerk” (zie C. BAYART, *o.c.*, 87 met de verwijzingen aldaar).

¹⁵⁷ Amendement nr. 45, *Parl. St.* Kamer 2001-02, nr. 50-1578/5; *Parl. St.* Kamer 2001-02, nr. 50-1578/8, 12-14.

¹⁵⁸ *Parl. St.* Kamer 2001-02, nr. 1407/5, 10. De enige uitzondering daarop – zo vervolgt de tekst – is om de objectieve en redelijke rechtvaardiging (in bepaalde contexten) ook mogelijk te maken voor direct onderscheid.

tegenover “ongunstigere behandeling” (richtlijnen)) wel degelijk betekenisvol. Men verschilt echter van mening over de wenselijkheid van de formulering als gebruikt in de Belgische wet. DE VOS acht om te beginnen de gehanteerde formulering wenselijk. In de definitie als geboden door de richtlijnen blijft immers – in afwijking van de definitie van de wet – direct onderscheid zonder nadelig gevolg geoorloofd. Het laatste acht de auteur problematisch, omdat het ruimte zou laten voor de gescheiden behandeling van gelijke waarde (de zogenaamde *separate but equal*-doctrine), en daarmee voor segregatiebeleid. Hoewel DE VOS aangeeft dat dit wellicht in Europa in de praktijk niet zo’n vaart zal lopen, pleit hij vanuit conceptueel oogpunt toch tegen het reduceren van het verbod op ongelijke behandeling tot een verbod op ongelijke nadelige behandeling.¹⁵⁹ VAN DROOGHENBROECK – die ook van mening is dat beide formuleringen niet op hetzelfde neerkomen – acht daarentegen de lezing zoals in de richtlijn, die benadeling vereist, meer wenselijk, omdat de wet anders zogezegd tot absurde resultaten zou leiden, zoals het verbieden van aparte toiletten voor mannen en vrouwen.¹⁶⁰ BAYART geeft in een reactie op deze redenering echter aan dat dergelijke maatregelen in een open systeem probleemloos opgevangen kunnen worden door de rechtvaardigingstoets, terwijl het in gesloten systemen ondervangen wordt via een bijzondere uitzonderingsgrond.¹⁶¹

1180. Het Arbitragehof volgt in zijn arrest echter de wetgever in de veronderstelling dat beide formuleringen wel degelijk op hetzelfde (moeten) neerkomen. Het Hof stelt:

Discriminatie kan (...) alleen het voorwerp zijn van de maatregelen waarin de wet voorziet indien zij de personen die tot de gediscrimineerde categorie behoren, benadeelt. Amendementen waarin werd onderstreept dat een verschil in behandeling alleen discriminerend is wanneer het een “nadelig of negatief” effect heeft en waarin vervolgens werd voorgesteld te preciseren dat de gediscrimineerde persoon “ongunstiger [moet zijn behandeld] dan een ander in een vergelijkbare situatie”, werden verworpen omdat de definitie die erin werd voorgesteld “dezelfde strekking [had] als die welke in het wetsontwerp [was] vervat”.

1181. Volgens het Hof zou derhalve wel degelijk een benadeling vereist zijn.¹⁶² De reden voor het inlezen van deze vereiste is voor het Hof enerzijds gelegen in de

159 M. DE VOS, “Worden Europese arbeidsrelaties Amerikaans? Kritische rechtsvergelijkende perspectieven bij de discriminatieverboden in het arbeidsrecht”, *l.c.*, 246-247. Vgl. C. BAYART, *o.c.*, 87-89.

160 S. VAN DROOGHENBROECK, *l.c.*, 232, nr. 68.

161 C. BAYART, *o.c.*, 88.

162 Het Hof bouwt de bewuste redenering op ten aanzien van het begrip discriminatie uit het strafrechtelijke luik van de wet. Dat de redenering echter op dit punt voor het begrip in het algemeen geldt, is niet alleen duidelijk op basis van de geciteerde passages uit de voorbereidingen (die betrekking hadden op de term in art. 2), maar ook uit de verwijzing naar (de formulering van) burgerrechtelijke bepalingen ter bijkomende ondersteuning van de gevolgde interpretatie. Het Hof stelt meer bepaald dat aan de vereiste van benadeling “impliciet [wordt] herinnerd in de proces- en burgerrechtelijke bepalingen van de wet die een vordering tot staking alleen mogelijk maken voor ‘het slachtoffer van de discriminatie’ (art. 19 §§ 1 en 3, 20 en 31 derde lid) of voor bepaalde groeperingen ‘wanneer afbreuk wordt gedaan aan de statutaire opdrachten die ze zich tot doel hebben gesteld’ (art. 31 tweede lid)” (Arbitragehof nr. 157/2004, 6 oktober 2004, B.37, *B.S.*

grotere voorspelbaarheid van de toepassing die het benadelingscriterium met zich mee zou brengen en anderzijds in de waarborging van het belang van de betrokken rechtsvordering.

3. VERGELIJKING EN VERGELIJKBAARHEIDSTOETS

1182. Een verschil in behandeling – dat mogelijk een discriminatie uitmaakt – kan slechts worden vastgesteld door het doorvoeren van een vergelijking met andere personen. Deze vergelijking dient om vast te stellen of degene die zich over een ongelijke behandeling beklaagt ongunstiger behandeld wordt dan een andere (referentie)persoon of comparator. Deze laatste dient zich voorts in vergelijkbare omstandigheden te bevinden als de klager. Deze zogenaamde vergelijkbaarheidstoets dient om vast te stellen of de eiser zich in een vergelijkbare situatie bevond als een anders behandelde persoon of categorie personen, dan wel of een eiser die een gelijke behandeling aan de kaak stelt, zich in een onvergelijkbare situatie bevond in relatie tot een comparator zodat er geen sprake kan zijn van discriminatie.

1183. In de loop van de voorbereidingen van de Antidiscriminatiewet werd bij amendement de vergelijkbaarheidstoets (*cf. supra* nrs. 17-20), die op dat punt nog opgenomen was in de definitie van directe discriminatie, geschrapt.¹⁶³ Bepaalde rechtsleer gaat er vanuit dat de definitie van directe discriminatie in de Antidiscriminatiewet impliciet toch de vergelijkbaarheidstoets omvat.¹⁶⁴ Voor de inhoud van deze toets wordt in de rechtsleer veelal inspiratie gezocht in het Europees recht (*cf. supra* nrs. 212-221).¹⁶⁵ Na de vernietiging van het causaliteitsvereiste (*cf. infra* nrs. 1184-1187) geldt het belang van de vergelijking en de vergelijkbaarheidstoets *a fortiori*, daar de vaststelling van discriminatie er – in de afwezigheid van uitdrukkelijke gronden – in belangrijke(r) mate van deze toets af zal hangen.

4. VERNIETIGD: CAUSALITEITSVEREISTE

a. Voormalige situatie

1184. Voor de vernietiging van delen van de wet door het Arbitragehof, vereiste de definitie van directe discriminatie dat het onderscheid “rechtstreeks gebaseerd” was op de discriminatiegronden van de wet.¹⁶⁶ De oorzaak of reden van de onderschei-

→ 18 oktober 2004).

163 Amendement nr. 116, *Parl. St.* Senaat 2000-01, nr. 2-12/11. In de Ras- en Kaderrichtlijn is de vergelijkbaarheidstoets wel uitdrukkelijk opgenomen voor directe discriminatie (zie art. 2 lid 2a van zowel Ras- als Kaderrichtlijn).

164 C. BAYART, *o.c.*, 92; B. WEYTS, *l.c.*, 1089.

165 Zie uitvoerig C. BAYART, *o.c.*, 92-105.

166 De Antidiscriminatiewet week daarbij met zijn terminologie wel enigszins af van de richtlijnen. Waar de eerstgenoemde zag op een verschillende behandeling die *rechtstreeks gebaseerd* is op de discriminatiegronden, hebben de richtlijnen het over een persoon die ongunstiger wordt behandeld *op grond van* de discriminatiegronden. Commentatoren gingen er terzake vanuit dat dit verschil geen bijzondere aandacht verdiende. O.m. omdat het Hof van Justitie sporadisch ook de afwijkende, in de Antidiscriminatiewet gebezigde, terminologie zou hanteren (C. BAYART, *o.c.*, 107,

→

den behandeling moest dus effectief zijn gelegen in het feit dat een persoon “drager” was van een discriminatiegrond.¹⁶⁷ Indien een verschil in behandeling tussen twee personen die zich in een vergelijkbare situatie bevonden weerlegd (en/of verantwoord) kon worden aan de hand van een factor die volledig losstond van de discriminatiegrond, dan was er in het oude systeem geen sprake van direct onderscheid en daarmee evenmin van directe discriminatie.¹⁶⁸ In een dergelijk geval zou immers geen sprake meer zijn van een causaal verband tussen een discriminatiegrond en het verschil in behandeling.¹⁶⁹

1185. De vaststelling van het vereiste causaal verband kon in de praktijk op verschillende wijzen worden vastgesteld.¹⁷⁰ Een eerste mogelijkheid was dat er openlijk gebruik gemaakt werd van een verboden criterium, of wanneer openlijk werd toegegeven dat een beslissing of handelwijze rechtstreeks gebaseerd was op een beschermd criterium. Indien een onderscheid voorts zou worden gebaseerd op een kenmerk dat rechtstreeks en onlosmakelijk verband hield met een verboden criterium, kon doorgaans ook tot direct onderscheid geconcludeerd worden. Dit zou bijvoorbeeld het geval zijn geweest indien een ongelijke behandeling zou worden gebaseerd op zwangerschap: dit geldt als direct geslachtsonderscheid.¹⁷¹ Ook onderscheid aan de hand van vooroordelen of zogenaamde statistische discriminatie ten aanzien van een beschermde groep, kon in beginsel gelden als direct onderscheid.¹⁷²

→ onder verwijzing naar H.v.J. 17 februari 1998, zaak C-249/96, *Grant*; H.v.J. 7 december 2000, zaak C-79/99, *Schnorbus*, r.o. 33). Sommige commentatoren wezen er echter wel op dat de – zoals gezegd inmiddels vernietigde – formulering in de wet ongelukkig gekozen was, omdat deze zou kunnen doen veronderstellen dat het beschermde criterium rechtstreeks moest worden gebruikt of aangewend, terwijl dat niet het geval hoefde te zijn. De terminologie “op grond van” zou in deze beter duidelijk maken wat de werkelijke draagwijdte van het vereiste oorzakelijk verband zou zijn (C. BAYART, *o.c.*, 107-108).

167 Deze oorzaak of reden diende overigens te worden onderscheiden van het motief of de motivatie, die bij de vaststelling (althans in het burgerlijk recht) in beginsel geen rol spelen. Zie met name C. BAYART, *o.c.*, 106-120 en 281-286. De auteur geeft aan dat een eventueel geëxpliciteerd discriminatoir motief (bv. van racistische aard) wel zal bijdragen aan een eenvoudiger bewijs voor het oorzakelijk verband tussen de ongelijke behandeling en de discriminatiegrond.

168 Dit kon aanleiding geven tot de problematiek van de zogenaamde “mixed motive decisions”, waarbij een beschermd criterium niet de enige reden of oorzaak van een ongelijke behandeling vormt. In dergelijke gevallen is het de vraag of er in voldoende mate aan het causaliteitsvereiste zou zijn voldaan. BAYART stelt dat dit niet eenduidig is op basis van Europees recht. De auteur geeft aan dat in het discriminatierecht van zowel Nederland als het Verenigd Koninkrijk niet vereist is dat het beschermde criterium de enige oorzaak vormt voor een verschil in behandeling (C. BAYART, *o.c.*, 111-112).

169 *Ibid.*, 110.

170 Voor het Europees recht in dit verband *cf. supra* nr. 212.

171 *Ibid.*, 114-115. De auteur geeft aan dat dit principe er toe leidt dat het verschil tussen directe en indirecte discriminatie minder duidelijk wordt. De scheidslijn tussen een situatie waarin een kenmerk onlosmakelijk verband houdt met een discriminatiegrond en die waarin een gehanteerd kenmerk als een neutraal criterium moet worden begrepen dat een disproportionele impact heeft op de beschermde groep (zodat er sprake is van indirect onderscheid) is immers niet altijd even scherp te trekken.

172 Een vooroordeel wordt hierbij begrepen als een onterecht aan een groep toegekende eigenschap. Bij statistische discriminatie is de informatie waarop men zich baseert weliswaar niet onjuist in relatie tot de groep als geheel, maar waar men er zich zonder rekening te houden met de omstandigheden van het individuele geval op baseert, zal er toch sprake zijn van (directe) discriminatie. Een individueel lid uit een groep kan niet zonder meer worden uitgesloten wegens – op basis van zijn groepslidmaatschap – veronderstelde karakteristieken. Zie uitvoerig C. BAYART, *o.c.*, 115-118.

1186. Ten slotte is in de rechtsleer de vraag opgeworpen of – ter vaststelling van een causaal verband – het gehanteerde criterium reëel diende te zijn, of dat de perceptie van het criterium zou volstaan.¹⁷³ In de toelichting bij het ontwerp van de Rasrichtlijn is terzake gesteld dat “the principle of equal treatment must apply irrespective of whether the racial or ethnic origin is real or presumed”.¹⁷⁴ Ook in de toepassing van de Antiracismewet is reeds gebleken dat het er ten aanzien van de rasgerelateerde gronden niet toe doet of het criterium terecht werd toegeschreven aan een slachtoffer, dan wel dat het ging om een (onjuiste) aanname.¹⁷⁵ Ten aanzien van de overige gronden, ging bepaalde rechtsleer er van uit dat hetzelfde zal gelden. Anderen waren voorzichtiger, en stelden dat de rechtspraak diende uit te wijzen of voor de overige gronden wel degelijk hetzelfde gold.¹⁷⁶

b. Huidige situatie

1187. Na het arrest van het Arbitragehof van 6 oktober 2004 geldt het vereiste van causaliteit niet langer (uitdrukkelijk), daar het de woorden “dat” en “rechtstreeks gebaseerd is op het geslacht, een zogenaamd ras, de huidskleur, de afkomst, de nationale of etnische afstamming, 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” uit artikel 2 § 1 van de wet heeft vernietigd (*cf. supra* nrs. 1129-1142). Het is dus in beginsel niet langer noodzakelijk om aan te tonen dat een (vermeende) discriminatie plaatsvond op grond van een bepaald (verboden) criterium.

B. Indirecte discriminatie (art. 2 § 2)

1. ALGEMEEN

1188. Van indirecte discriminatie is, naar artikel 2 § 2, sprake “wanneer een ogenschijnlijk neutrale bepaling, maatstaf of handelwijze als dusdanig een schadelijke weerslag heeft op personen tenzij die bepaling, maatstaf of handelwijze objectief en redelijkerwijze wordt gerechtvaardigd”. Deze definitie is – net als die van directe discriminatie – een deels vernietigde versie van de oorspronkelijke formulering. Bij de totstandkoming van de wet luidde artikel 2 § 2 als volgt: “van indirecte discriminatie is sprake wanneer een ogenschijnlijk neutrale bepaling, maatstaf of handelwijze als dusdanig een schadelijke weerslag heeft op personen op wie een van de in § 1 genoemde discriminatiegronden van toepassing is, tenzij die bepaling, maatstaf of handelwijze objectief en redelijkerwijze wordt gerechtvaardigd” (*cf. supra* nrs. 1129-1142).

¹⁷³ C. BAYART, *o.c.*, 118-119.

¹⁷⁴ COM (1999), 566, 25 november 1999, 1999/0253, 6.

¹⁷⁵ Zie uitvoerig *supra* deel IV.

¹⁷⁶ Zie bv. C. BAYART, *o.c.*, 119. Deze voorzichtigheid baseert de auteur op het feit dat er in de Kaderrichtlijn, in tegenstelling tot de Rasrichtlijn, niet uitdrukkelijk wordt gesteld dat ook een (onjuiste) perceptie van een discriminatiegrond gevisieerd wordt.

2. OGENSCHIJNLIJK NEUTRALE BEPALING, MAATSTAF OF HANDELWIJZE

1189. Indirecte discriminatie viseert, in tegenstelling tot directe discriminatie, geen onderscheid dat rechtstreeks gemaakt wordt op grond van een bepaald criterium. Het gaat bij indirecte discriminatie daarentegen om de feitelijke gevolgen die een ogenschijnlijk neutrale bepaling, maatstaf of handelwijze voor een bepaalde groep heeft. Indirect onderscheid kan bijvoorbeeld worden gecreëerd door een regeling van een werkgever die deeltijdwerkers eenzijdig benadeelt, daar deze maatregel doorgaans tot gevolg zal hebben dat vooral werknemers van het vrouwelijke geslacht worden benadeeld.¹⁷⁷ Indien er in een dergelijk situatie geen (objectieve en redelijke) rechtvaardiging bestaat voor de maatregel (*cf. infra* nrs. 1196-1199), dan is er sprake van indirecte discriminatie.¹⁷⁸

1190. De exacte aanduiding van een concrete bepaling, maatstaf of handelwijze is bij de vaststelling van indirect onderscheid – volgens bepaalde auteurs, die hun redenering baseren op Europees recht – van ondergeschikt belang.¹⁷⁹ Het zou vooral relevant zijn dat een disproportionele impact, op basis van een bepaald criterium, wordt vastgesteld om te kunnen concluderen tot indirect onderscheid en daarmee tot een *vermoeden van* indirecte discriminatie. Een precieze aanduiding van de bron van die disproportionele impact zou minder belangrijk zijn (*cf. supra* nrs. 224-226).¹⁸⁰ In de mate waarin de Antidiscriminatiewet een omzetting vormt van de Europese richtlijnen, dringt deze interpretatie zich gezien de noodzaak van richtlijnconforme interpretatie ook op. Ten aanzien van andere toepassingsgebieden is wel gepleit voor dezelfde benadering.¹⁸¹ Tegen een al te ruime interpretatie kan echter worden ingeroepen dat in het parlement gesteld werd dat het bij indirecte discriminatie “om precies afgelijnde situaties gaat”.¹⁸² Ook is bepaalde rechtsleer terughoudend om het concept een al te ruime invulling te verlenen.¹⁸³

3. SCHADELIJKE WEERSLAG

a. Vergelijking

1191. Een indirect onderscheidende maatregel aan de hand van een (ogenschijnlijk) neutrale bepaling, maatstaf of handelwijze dient enkel te worden gerechtvaardigd, indien deze een “schadelijke weerslag” heeft op personen op wie een van de dis-

¹⁷⁷ C.G.K.R., *Aanpak discriminatie en racisme*, 102.

¹⁷⁸ Zoals gezegd kan deze discriminatie van deeltijdwerkers in de Antidiscriminatiewet ook direct worden aangevochten.

¹⁷⁹ C. BAYART, *o.c.*, 127.

¹⁸⁰ Zie voor voorbeelden van (typen) maatregelen en bepalingen aan de hand waarvan het onderscheid gemaakt kan worden: C. BAYART, *o.c.*, 128-130.

¹⁸¹ C. BAYART, *o.c.*, 130-131.

¹⁸² *Parl. St.* Senaat 2001-02, nr. 2-12/15, 85.

¹⁸³ M. DE VOS, “Worden Europese arbeidsrelaties Amerikaans? Kritische rechtsvergelijkende perspectieven bij de discriminatieverboden in het arbeidsrecht”, *I.c.*, 263-264; M. DE VOS, “De bouwstenen van het discriminatierecht in de arbeidsverhoudingen”, *I.c.*, 78. Vgl. O. DE SCHUTTER, *o.c.*, 108-111.

criminatiegronden van toepassing is. De definitie in de richtlijnen vereist eveneens een dergelijk nadelig effect van de geviseerde handelwijze.¹⁸⁴ Voor de vaststelling van een schadelijke weerslag is vergelijking met een referentiepersoon of comparator noodzakelijk, hoewel dat – net als in het concept directe discriminatie – niet uitdrukkelijk in de definitie van artikel 2 § 2 is opgenomen.¹⁸⁵

b. Vergelijkbaarheidstoets/benadelingstoets

1192. Evenmin opgenomen in de definitie is de vergelijkbaarheidstoets, dat wil zeggen dat het vereiste dat de comparatoren zich in vergelijkbare omstandigheden bevinden. Dit is echter ook het geval in de Ras- en Kaderrichtlijn. Bij indirecte discriminatie speelt de vergelijkbaarheidstoets namelijk een eerder ongeschikte rol en is veeleer sprake van een zogenaamde benadelingstoets (*cf. supra* nrs. 227-229).¹⁸⁶ Als op grond van een neutrale maatstaf een onderscheid wordt gemaakt, dan zou het voor het vaststellen van indirect onderscheid doorgaans volstaan indien vaststaat dat dit zal of kan leiden tot een situatie waarin (individueen uit) bepaalde groepen feitelijk benadeeld worden ten aanzien van (individueen uit) andere groepen.

c. Vaststelling schadelijke weerslag

i. Traditioneel: statistische vergelijking

1193. De schadelijke weerslag werd traditioneel vastgesteld door middel van statistische vergelijking. Daarbij werd een relevante populatie vastgesteld als referentiekader om de impact van de neutrale bepaling, maatstaf of handelwijze te meten. Vervolgens werd de impact van de geviseerde bepaling op de leden van de beschermde groep onderzocht, alsook de impact op andere (groepen van) personen. Tot slot werd nagegaan of de vastgestelde impact ook disproportioneel was, en een “wezenlijk groter gedeelte van een bepaalde groep benadeelde in vergelijking met de andere groep(en)”.¹⁸⁷

184 Zie o.m. P. POPELIER, *l.c.*, 279 en K. VAN DEN LANGENBERGH, *l.c.*, 577. De exacte terminologie van richtlijnen en de wet verschilt evenwel. De richtlijnen spreken terzake immers over een “bijzondere benadeling”. Gedurende de voorbereidingen van de wet werd dit verschil opgemerkt. Een lid stelde terzake dat beide begrippen niet identiek zijn, aangezien de terminologie van de Belgische wet, in (vermeende) tegenstelling tot die van de richtlijnen, zou veronderstellen dat iemand schade ondervonden heeft (*Parl. St. Senaat* 2001-02, nr. 2-12/15, 111). De keuze werd verantwoord door de minsiter op grond van het argument “dat men in de Belgische wetgeving eerder spreekt over ‘schade’ dan over ‘nadeel’” (*ibid.*, 111). In de rechtsleer is ook gesteld dat het verschil marginaal en weinig betekenend is, en dat er in ieder geval geen beletsel bestaat om de term richtlijnconform (in de zin van bijzondere benadeling) te interpreteren. Zie C. BAYART, *o.c.*, 137-138.

185 In de richtlijnen is vergelijking wel uitdrukkelijk ingeschreven. Zowel Ras- als Kaderrichtlijn stellen dat de bijzondere benadeling dient te worden vastgesteld “in vergelijking met andere personen” (zie art. 2 lid 2b van zowel Ras- als Kaderrichtlijn). Uit de voorbereidingen van de Antidiscriminatiewet blijkt verder evenwel dat de wetgever wel degelijk voor de vaststelling van indirect onderscheid een vergelijking veronderstelt (zie o.m. *Parl. St. Senaat* 2001-02, nr. 2-12/15, 85).

186 C. BAYART, *o.c.*, 148-151.

187 C. BAYART, *o.c.*, 153.

- ii. Ras- en Kaderrichtlijn en Antidiscriminatiewet: geen statistische vergelijking meer nodig

1194. In de definities van de Ras- en Kaderrichtlijn is echter elke verwijzing naar een statistische vergelijking verdwenen, in navolging van rechtspraak van het Hof van Justitie inzake nationaliteit (*cf. supra* nrs. 230-233).¹⁸⁸ Ook in de Antidiscriminatiewet zelf is geen verwijzing naar feitelijke statistische vergelijking opgenomen. In beginsel is het dan ook niet vereist dat statistieken worden voorgelegd om aan te tonen dat feitelijk een wezenlijk groter gedeelte van een bepaalde groep wordt getroffen door een ogenschijnlijk neutraal criterium.¹⁸⁹ De hypothetische mogelijkheid van een schadelijk effect of benadeling kan volstaan.¹⁹⁰

1195. In de rechtsleer is er echter op gewezen dat het feit dat statistieken geen noodzakelijke voorwaarden meer zijn om indirecte discriminatie vast te stellen, niet betekent dat – in situaties waarin statistieken voorhanden zijn – er geen statistische vergelijking meer gebruikt mag worden om een “schadelijke weerslag” en daarmee een (potentieel) indirect discriminerend effect aan te tonen.¹⁹¹ Dit volgt in de Antidiscriminatiewet overigens ook uit de bepalingen met betrekking tot de verschuiving van de bewijslast (*cf. infra* nrs. 1381-1384).

§ 3. Open/gesloten systeem

A. De objectieve en redelijke rechtvaardigingstoets (art. 2 § 1 en § 2)

1196. In de definities van zowel directe als indirecte discriminatie wordt de mogelijkheid geboden van een zogenaamde objectieve en redelijke rechtvaardiging. De wet kent dus in beginsel een *open systeem* van toetsing (*cf. supra* nr. 14).¹⁹² In welke

¹⁸⁸ Meer bepaald het *O'Flynn*-arrest: H.v.J. 23 mei 1996, zaak 237/94, *O'Flynn*, r.o. 20-21.

¹⁸⁹ S. VAN DROOGHENBROECK, *l.c.*, 239, nr. 90. Vgl. *supra* nrs. 230-233.

¹⁹⁰ C. BAYART, “De discriminatiewet”, *l.c.*, 51; C. BAYART, “De opmars van het discriminatierecht in de arbeidsverhoudingen. Europees discriminatierecht van de tweede generatie en aandachtspunten voor de Belgische wetgever bij de implementatie in de Belgische rechtsorde”, *l.c.*, 319; C. BAYART, *o.c.*, 166-167. DE VOS bekritiseert deze ontwikkeling daar z.i. een verbod op hypothetische of theoretische discriminatie onverzoenlijk is met het basisconcept van discriminatie, dat zou vereisen dat “het verschil in behandeling, hoewel niet noodzakelijk omvangrijk, niettemin toch reëel moet zijn. Een louter theoretisch of potentieel verschil in behandeling, is immers geen ongelijke behandeling” (M. DE VOS, “Worden Europese arbeidsrelaties Amerikaans? Kritische rechtsvergelijkende perspectieven bij de discriminatieverboden in het arbeidsrecht”, in D. CUYPERS (ed.), *Gelijkheid in het arbeidsrecht. Gelijkheid zonder grenzen?*, Antwerpen, Intersentia, 2003, 246-247 en 251-252).

¹⁹¹ C. BAYART, *o.c.*, 178-179.

¹⁹² H. CLAUWAERT, “Discriminatie op de arbeidsplaats”, *Or.* 2001, nr. 11, 202. Door een regerings-amendement dat stelde dat directe discriminatie onder geen enkele omstandigheid kan worden gerechtvaardigd, leek het er even op dat ook België voor een gesloten systeem zou kiezen. (Amendement nr. 6 van de regering, *Parl. St. Senaat* 2000-01, nr. 2-12/6, 1-3). Een subamendement van de heer MAHOUX voerde echter de rechtvaardigingstoets ook voor directe discriminatie opnieuw in, omdat “het moet duidelijk zijn dat bepaalde vormen van onderscheid te rechtvaardigen zijn en bijgevolg geen discriminatie opleveren” (Amendement nr. 116, *Parl. St. Senaat* 2000-01, nr. 2-12/11, 1-3). De afwijking van de richtlijnen werd verder ook nog als volgt verantwoord: “Die twee richtlijnen willen evenwel discriminatie bestrijden op specifieke terreinen, zoals werkgelegenheid en arbeid, of nog een onderscheid op grond van ras en etnische afkomst. Het voorliggend wetsvoorstel wil daarentegen een algemene wetgeving ter bestrijding van discriminatie invoeren,



gevallen een direct of indirect onderscheid objectief en redelijk verantwoord is, valt op voorhand niet eenduidig vast te stellen, maar moet steeds *in concreto* door de rechter worden beoordeeld.¹⁹³ De toelichting op de wet geeft op dit vlak aan dat “enerzijds (...) de maatregel een objectieve rechtvaardigingsgrond [moet] hebben en een redelijk verband van evenredigheid met het nagestreefde doel, en anderzijds moet de maatregel doeltreffend zijn in vergelijking met andere maatregelen, die blijken geven van meer eerbied voor de rechten van de persoon”.¹⁹⁴ Ook werd tijdens de voorbereidingen regelmatig verwezen naar de toets als neergelegd in de richtlijnen.¹⁹⁵ De rechtsleer acht het daarmee duidelijk dat de wetgever met deze criteria wil aansluiten bij de beoordeling van de draagwijdte van het gelijkheidsbeginsel zoals deze wordt uitgevoerd door het Europees Hof.¹⁹⁶

1197. In het oorspronkelijke voorstel was deze toets ook in meer gedetailleerde zin opgenomen in de definitie zelf.¹⁹⁷ De Raad van State reageerde hierop echter door te stellen dat deze criteria aan burgers weinig zekerheid bieden en dat zij bovendien niet eenduidig *kunnen* worden toegepast in particuliere relaties. De Raad stelde dat de overheid zich op basis van de rechtspraak van het Arbitragehof weliswaar een “vrij nauwkeurig beeld” kan vormen van de criteria van de test, maar dat zulks niet geldt voor gewone burgers:

Particulieren hebben (...) niet zo’n precies beeld van die criteria. Zulks geldt inzonderheid voor het begrip “doel dat wordt nagestreefd met de maatregel die of het gedrag dat als discriminerend wordt beschouwd”. Elke wet streeft steeds een doel na dat vermeld wordt in de Memorie van Toelichting en op basis waarvan de relevantie van het gemaakte onderscheid kan worden nagegaan. Met particulieren is het anders gesteld: hun gedragingen zijn niet noodzakelijk rationeel en kunnen niet altijd beoordeeld worden aan de hand van het utilitaristische criterium van de “even grote of grotere doeltreffendheid” vervat in (...) het voorstel. Voorts bestaat de mogelijkheid dat een

→ wat beantwoordt aan een andere logica dan die welke in de richtlijnen wordt gevolgd. Voor een algemene wettekst lijkt het beter een definitie van discriminatie te hanteren die rekening houdt met een algemeen begrip als objectieve en redelijke verantwoording” (*Parl. St. Senaat* 2001-02, nr. 2-12/15, 100). Vgl. *supra* nrs. 248-251.

193 C.G.K.R., *Aanpak discriminatie en racisme*, 101.

194 *Parl. St. Senaat* 1999-2000, nr. 2-12/1, 4.

195 Zie o.m. *Ibid.*, 4; *Parl. St. Senaat* 2001-02, nr. 2-12/15, 110-112 en 120-121.

196 Deze aansluiting bij de benadering van het Hof van Justitie moet *sowieso* gevolgd worden ten aanzien van de discriminatiegronden en het toepassingsgebied van de richtlijnen (C. BAYART, “De discriminatiewet”, *l.c.*, 56). Het Arbitragehof verwijst voorts naar rechtspraak van E.H.R.M., Cassatie en de Raad van State (Arbitragehof nr. 157/2004, 6 oktober 2004, B.35, B.S. 18 oktober 2004).

197 Aanvankelijk luidde de definitie als volgt: “Onder discriminatie in de zin van deze wet wordt verstaan alle gedragingen die, zonder wettelijke grondslag, direct of indirect tot doel of tot gevolg hebben om op politiek, economisch, sociaal, cultureel of enig ander terrein van het maatschappelijk leven, een onderscheid in te voeren tussen personen, groepen van personen of gemeenschappen, op basis van geslacht, seksuele geaardheid, burgerlijke stand, geboorte, leeftijd, vermogen, huidige of toekomstige gezondheidstoestand, een handicap of een fysieke eigenschap, zonder objectieve rechtvaardigingsgrond en zonder redelijk verband van evenredigheid met het nagestreefde doel. Het onderscheid heeft geen objectieve rechtvaardigingsgrond als het duidelijk vervangen kan worden door andere, even doeltreffende of doeltreffendere maatregelen die getuigen van meer eerbied voor de betrokken personen” (art. 2 § 1 Wetsvoorstel ter bestrijding van discriminatie en tot wijziging van de Wet van 15 februari 1993 tot oprichting van een Centrum voor Gelijkheid van Kansen en voor Racismebestrijding, *Parl. St. Senaat* 1999, nr. 2-12/1, 7-8).

particulier, hetzij een natuurlijk persoon, hetzij een rechtspersoon, in zijn gedragingen rekening houdt met overwegingen die gewoonlijk door de Staat worden aangevoerd, zoals de bescherming van het huwelijk of de bescherming van de goede zeden. Hoe kan in dat geval worden nagegaan of aan het evenredigheidscriterium is voldaan, aangezien het gedrag van de particulier op zich normaal gezien ontoereikend is om de nagestreefde doelstelling te halen en daar alleen toe kan bijdragen en dan vaak nog in zeer geringe mate. Bovendien zullen de particulieren in een democratische en pluralistische samenleving een verschillende kijk hebben op het begrip “algemeen belang” en zullen de gevolgen van hun gedragingen elkaar opheffen.¹⁹⁸

1198. Onder meer in reactie hierop werd de toets vervangen door een meer algemene omschrijving van de redelijkheidstest. In de rechtsleer is gesteld dat het bewuste verantwoordingsschema daarmee slechts bij benadering kan worden toegepast.¹⁹⁹ De criteria die voor particulieren gelden bij het vaststellen of een onderscheid objectief gerechtvaardigd is, zouden ruimer en meer flexibel (moeten) zijn dan die voor de overheid. Zo is er op gewezen dat het “doel” dat een particulier met een ongelijke behandeling nastreeft uiteraard niet noodzakelijk van algemeen belang is, maar doorgaans juist gericht is op eigenbelang. Voorts is betoogd dat men bij de beoordeling van het adequaat karakter van een maatregel evenmin dezelfde resultaten mag verwachten van de éénmansactie van een particulier als van een optreden bij wet.²⁰⁰ Wat volgens de meeste auteurs vooral centraal staat, is dat manifest willekeurig (en schadelijk) onderscheid verboden moet zijn.

1199. Wel is door verschillende commentatoren aangegeven dat men hierbij niet alle “particulieren” over een kam kan scheren, meer bepaald zou men mogen aannemen dat de maatregelen van werkgevers bijvoorbeeld relatief strikt getoetst kunnen worden.²⁰¹ Voorts is benadrukt dat de kritiek niet te ver door moet worden gevoerd: het feit dat (niet alle) particulieren zomaar aan dezelfde redelijkheidstest onderworpen kunnen worden als de overheid wil niet zeggen dat zij aan elke redelijkheidstest onttrokken moeten worden. Temeer daar de rechtspraak meer voorbeelden kent van dergelijke tests.²⁰²

198 *Parl. St.* Senaat 2000-01, nr. 2-12/5, 7-8.

199 S. D'HONDT, “Het begrip discriminatie en zijn werkingssfeer in het wetsvoorstel ter bestrijding van discriminatie. Een kritische benadering”, *TvMR* 2001, 36; J. VELAERS, “De horizontale werking van het discriminatieverbod in de anti-discriminatiewet”, *I.c.*, 306-308; J. VRIELINK, “De nieuwe Belgische antidiscriminatiewet. Een kritische bespreking”, *I.c.*, 209; D. VANHEULE, “De antidiscriminatiewet en de antiracismewet”, in X, *Vrijheid en gelijkheid, de horizontale werking van het gelijkheidsbeginsel en de nieuwe antidiscriminatiewet*, Antwerpen, Maklu, 2003, 400-401; J. VRIELINK, S. SOTTIAUX en D. DE PRINS, “De anti-discriminatiewet, een artikelsgewijze analyse (deel 1)”, *I.c.*, 267; P. POPELIER, *I.c.*, 249-251; C.G.K.R., *Aanpak discriminatie en racisme*, 106; J. HOFKENS en S. DEMEESTERE, *o.c.*, 114-115; G. JANSSENS, *I.c.*, 308; C.G.K.R., *Naar een uitbreiding. Jaarverslag 2003 (bijlagen)*, Brussel, C.G.K.R., 2004, 22; Y. THIERY, *I.c.*, 654-655; P. FOUBERT, *I.c.*, 6; S. VAN DROOGHENBROECK, *I.c.*, 209, nr. 5.

200 J. VELAERS, “De horizontale werking van het discriminatieverbod in de discriminatiewet, enkele constitutionele beschouwingen”, *I.c.*, 306-308. Zie voor een uitgewerkte behandeling van de toets ten aanzien van (private) verzekeraars: Y. THIERY, *I.c.*, 654-659.

201 J. HOFKENS en S. DEMEESTERE, *o.c.*, 115.

202 Zie o.m. P. POPELIER, *I.c.*, 251; S. VAN DROOGHENBROECK, *I.c.*, 237. POPELIER geeft de voorbeelden van mechanismen van het contractenrecht en de regels van buitencontractuele aansprakelijkheid.

B. Arbeidsrelaties: wezenlijke en bepalende beroepsvereisten (art. 2 § 5)

1. ALGEMEEN

a. Strekking uitzondering

i. Limitatieve of exemplatieve lezing

1200. Omtrent de toepasselijkheid van de algemene objectieve en redelijke rechtvaardigingstoets van direct onderscheid in arbeidsrelaties²⁰³, bestaat in de rechtsleer discussie. Deze komt voort uit de vraag naar de juiste lezing van artikel 2 § 5. Dit artikel bepaalt dat op het gebied van de arbeidsbetrekkingen²⁰⁴ “een verschil in behandeling [berust] op een objectieve en redelijke rechtvaardiging indien een dergelijk kenmerk vanwege de aard van de beroepsactiviteit of de context waarin deze wordt uitgevoerd, een wezenlijke en bepalende beroepsvereiste vormt, mits het doel legitiem en het vereiste evenredig aan dat doel is”.

1201. De bewuste bepaling vindt haar grondslag in de Europese Ras- en Kader-richtlijnen²⁰⁵ en is in de loop van de voorbereidingen ingevoegd teneinde strijdigheid van de wet te voorkomen met – het gesloten systeem van – deze richtlijnen (*cf. supra* nrs. 515-517 en 542). De bedoeling van de wetgever was meer bepaald om te verduidelijken dat in arbeidsbetrekkingen, het toepassingsgebied van de Kaderrichtlijn, “een verschil in behandeling slechts berust op een objectieve en redelijke rechtvaardiging indien een dergelijk kenmerk een wezenlijke beroepsvereiste vormt”. Oftewel dat “elk verschil in behandeling gelijk [is] met een discriminatie, behoudens wanneer ze zou berusten op een kenmerk van een wezenlijke beroepsvereiste”.²⁰⁶

203 Het gaat uitdrukkelijk slechts om de strekking van de rechtvaardiging van *direct* onderscheid. Voor indirect onderscheid in arbeidsrelaties bestaat evenzeer als in andere toepassingsgebieden van de wet altijd de principiële mogelijkheid van een algemene redelijke en objectieve rechtvaardiging.

204 Als gedefinieerd in het tweede en het derde streepje van art. 2 § 4.

205 De bepalingen in de richtlijnen (in beide gevallen art. 4) strekken ertoe dat een verschil in behandeling geen discriminatie vormt indien het kenmerk van onderscheid, vanwege de aard van de betrokken beroepsactiviteiten of de context waarin deze worden uitgevoerd, een wezenlijke en bepalende beroepsvereiste vormt, mits het doel legitiem en het vereiste evenredig aan dat doel is. In de rechtsleer is de vraag opgeworpen of de Belgische omzetting – met opname van een algemeen geformuleerde wezenlijke en bepalende beroepsvereiste wel in overeenstemming is met (de bedoeling van) de richtlijnen. De vraag zou zijn of de bepalingen terzake in de richtlijn betekenen dat een lidstaat kan bepalen dat een actor die onder de toepassing van zijn wetgeving valt, het door hem gemaakte onderscheid kan rechtvaardigen als er sprake is van wezenlijke en bepalende beroepsvereisten in algemene, abstracte zin (een aanname waarvan men in België uitgaat) of dat de bepalingen impliceren dat een lidstaat (concrete) uitzonderingen kan bepalen voor wezenlijke en bepalende beroepsvereisten, op voorwaarde dat *de lidstaat* die kan rechtvaardigen. Volgens verschillende auteurs zouden de richtlijnen eerder de laatste interpretatie opdringen (zie C. BAYART, “De discriminatiewet”, *I.c.*, 54-55; M. VAN PUTTEN, “Arbeidsdiscriminatierecht 2001-2003”, in O. VANACHTER (ed.), *Arbeidsrecht, Academiejaar 2003-2004*, 43-44; C. BAYART, *o.c.*, 241). Indien die laatste interpretatie geldt, dan zou de omzetting van de Europese richtlijnen mogelijk niet correct zijn, aangezien de implementatie dan wellicht als onvoldoende transparant zou moeten worden beschouwd. Vgl. JACQMAIN die de definities – op het vlak waar het toepassingsgebied van de wet overlapt met dat van de richtlijnen – “une transposition absolument fautive” acht (J. JACQMAIN, *I.c.*, 22).

206 Amendement nr. 5 van de regering, *Parl. St. Kamer* 2001-02, nr. 50-1578/3, 4.

1202. In de verdere behandeling is overwegend benadrukt dat deze bepaling zo gelezen moet worden dat direct onderscheid op het vlak van arbeidsaangelegenheid *enkel* aanvaardbaar is indien deze steunt op een zogenaamde “wezenlijke en bepalende beroepsvereiste”.²⁰⁷ Ook verschillende commentatoren interpreteren artikel 2 § 5 in deze zin²⁰⁸, vanwege de noodzaak van een richtlijnconforme interpretatie.

1203. Anderen geven aan dat er voor een algemene objectieve en redelijke rechtvaardigingstoets weliswaar geen plaats is om strijdigheid met de richtlijnen te voorkomen, maar wijzen op het feit dat dit niet noodzakelijk betekent dat de wezenlijke en bepalende beroepsvereiste echt de enige uitzonderingsmogelijkheid is inzake arbeidsrelaties. Om te beginnen is de beperkte uitzonderingsmogelijkheid enkel verplicht voor gronden (*c.q.* toepassingsgebieden) die opgenomen zijn in de Kaderrichtlijn. Voorts is in dit verband herhaaldelijk gewezen op de (bijkomende) uitweg die met name artikel 2 lid 5 Kaderrichtlijn zou bieden.²⁰⁹ De bewuste bepaling zou volgens sommigen toelaten dat – naast wezenlijke en bepalende beroepsvereisten – uitzonderingen op de gelijke behandelingsnorm toegestaan zijn onder het toepassingsgebied van de richtlijn, wanneer toepassing van een gesloten systeem anders desalniettemin in strijd zou komen met een door het E.V.R.M. beschermd grondrecht.²¹⁰

1204. Ten slotte zijn er auteurs die van mening zijn dat de objectieve en redelijke rechtvaardigingstoets onverminderd zou kunnen gelden in arbeidsrelaties en dat artikel 2 § 5 gelezen kan worden als een bijkomende, illustratieve rechtvaardigingsmogelijkheid.²¹¹ Uit de tekst van de wet zou in elk geval de limitatieve aard van de rechtvaardiging niet kunnen worden afgeleid. Het algemene criterium van de objectieve en redelijke rechtvaardiging zou in deze redenering nog kunnen blijven bestaan

207 Zie hiertoe in het bijzonder de uiteenzetting van Minister ONKELINX in de Kamer (*Parl. St.* Kamer 2001-02, nr. 50-1407/5, 10-11).

208 D. DE MEIRLEIR, “De antidiscriminatiewet in kort bestek”, in E. BREMS en P. VANDEN HEEDE (eds.), *Bedrijven en mensenrechten. Verantwoordelijkheid en aansprakelijkheid*, Antwerpen/Apeldoorn, ICM/Maklu, 2003, 282; C.G.K.R., *Aanpak discriminatie en racisme*, 107-108; O. DE SCHUTTER, “La loi belge tendant à lutter contre la discrimination”, *J.T.* 2003, nr. 6118, 849; G. JANSSENS, *l.c.*, 309; P. FOUBERT, *l.c.*, 7 en 30-34; M. DE VOS, “De bouwstenen van het discriminatierecht in de arbeidsverhoudingen”, *l.c.*, 91-93; I. AENDENBOOM, *l.c.*, 25; S. VAN DROOGHENBROECK, *l.c.*, 233-234; C. BAYART, *o.c.*, 202-203.

209 J. VELAERS, “De horizontale werking van het discriminatieverbod in de discriminatiewet, enkele constitutionele beschouwingen”, *l.c.*, 312-314; J. VRIELINK, S. SOTTIAUX en D. DE PRINS, “De anti-discriminatiewet, een artikelsgewijze analyse (deel 1)”, *l.c.*, 267; P. POPELIER, *l.c.*, 280; E. ALOFS en A. DE BECKER, *l.c.*, 582-583 en 591.

210 Zie uitdrukkelijk *contra* P. FOUBERT, *l.c.*, 32; S. VAN DROOGHENBROECK, *l.c.*, 234-235; C. BAYART, *o.c.*, 195-198. De betreffende auteurs stellen respectievelijk dat dit art. 2 lid 5 geenszins een dermate ruime uitzonderingsmogelijkheid toelaat (FOUBERT) en dat de bewuste bepaling enkel gericht zou zijn aan de lidstaten en niet aan privé-personen (BAYART en VAN DROOGHENBROECK).

211 I. VERHELST en I. DE WILDE, “De nieuwe anti-discriminatiewet. Invloed op de individuele en collectieve arbeidsverhoudingen”, *l.c.*, 20; I. VERHELST en I. DE WILDE, “De gevolgen van de anti-discriminatiewet voor het arbeidsrecht”, *l.c.*, 445-446. Een eventuele limitatieve lezing zou volgens de betreffende auteur hoogstens gelden ten aanzien van de aanwerving. Ook VAN DEN LANGENBERGH houdt de mogelijkheid van een illustratieve lezing in beginsel open (K. VAN DEN LANGENBERGH, *l.c.*, 592-593).

naast het criterium van de wezenlijke en bepalende beroepsvereiste. Daar is tegen in gebracht dat een dergelijke interpretatie onverdedigbaar zou zijn in het licht van de verplichte richtlijnconforme interpretatie.²¹²

1205. Het Arbitragehof heeft zich niet uitdrukkelijk uitgelaten over deze problematiek. Het Hof stelt wel in algemene zin het volgende met betrekking tot de mogelijkheid van een objectieve en redelijke rechtvaardiging:

De wetgever heeft uitdrukkelijk geopteerd voor een systeem van bescherming tegen discriminatie, waarin een ongelijke behandeling slechts een discriminatie zal uitmaken indien dat verschil in behandeling niet objectief en redelijk wordt gerechtvaardigd.²¹³

1206. Het is echter geenszins duidelijk of deze algemene rechtvaardigingsmogelijkheid – naar het oordeel van het Hof – ook geldt in arbeidsrelaties. Zelfs indien dit het geval zou zijn, dan nog geldt ook voor deze interpretatie dat zij in aanvaring zou komen met de vereisten van de richtlijnen.

ii. Enkel aanwerving of arbeidsbetrekkingen algemeen

1207. Een tweede kwestie die te maken heeft met de strekking van de uitzondering, betreft de vraag naar de fases van het arbeidsproces waarop de uitzondering betrekking heeft. Volgens sommige auteurs zou de beroepsvereiste vooral (of zelfs uitsluitend) gelden bij de “aanwerving”, omdat het moeilijk zou zijn om te spreken van een beroepsvereiste in het kader van bijvoorbeeld ontslag en ontslagprocedures.²¹⁴ Deze auteurs zoeken hiervoor bijkomende ondersteuning in de verantwoording bij amendement nr. 5 van de regering, waarin wordt gesteld dat het criterium van de “wezenlijke en bepalende beroepsvereiste” zou spelen in het kader van aanwerving.²¹⁵ Andere commentatoren echter gaan er van uit dat het wel degelijk om het gehele terrein van de arbeidsrelaties gaat. Naast de tekst van de wet, zou hiervoor steun gevonden kunnen worden in de parlementaire voorbereidingen. Ook in andere stadia van de arbeidsbetrekkingen zou de wezenlijke en bepalende beroepsvereiste van belang zijn. Te denken valt daarbij aan bevordering (indien men niet beschikt over de voor de andere functie wezenlijk en bepalend geachte eigenschappen) of ontslag (ingeval men bv. niet langer beschikt over een bepaalde vereiste eigenschap²¹⁶, of ingeval de context van een activiteit zich wijzigt).²¹⁷

212 C. BAYART, *o.c.*, 202.

213 Arbitragehof nr. 157/2004, 6 oktober 2004, B.13, B.S. 18 oktober 2004.

214 I. VERHELST en I. DE WILDE, “De nieuwe anti-discriminatiewet. Invloed op de individuele en collectieve arbeidsverhoudingen”, *Personeelszaken* 2003, nr. 4, 21; I. VERHELST en I. DE WILDE, “De gevolgen van de anti-discriminatiewet voor het arbeidsrecht”, *l.c.*, 445-446. Vgl. B. VANSCHOEBEKE en E. MATTHYS, *Collectief ontslag en sluiting van onderneming*, Gent, Larcier, 2003, 154-155.

215 *Parl. St.* Kamer 2001-02, nr. 50-178/3, 4.

216 FOUBERT noemt het voorbeeld van “een mannequin die na een ongeval niet meer aan de gestelde fysieke eisen beantwoordt” (P. FOUBERT, *l.c.*, 8).

217 P. FOUBERT, *l.c.*, 8; C. BAYART, *o.c.*, 245-246.

iii. Religieuze organisaties vervat?

1208. Een laatste kwestie betreft de vraag of in artikel 2 § 5 al dan niet de mogelijkheid vervat zit, die geboden wordt door artikel 4 lid 2 Kaderrichtlijn. Dit artikel biedt aan kerken of andere organisaties, waarvan de grondslag op godsdienst of levensbeschouwing gebaseerd is, de mogelijkheid specifieke eisen te stellen aan personen die in hun dienst staan, met het oog op een houding van goede trouw en loyaliteit.²¹⁸ Het amendement dat de “wezenlijke en bepalende beroepsvereiste” uit artikel 2 § 5 invoerde²¹⁹, beoogde dit naar de bedoeling van de indieners in elk geval wel:

Het is vanzelfsprekend dat de interpretatie van deze bepaling moet gebeuren in het licht van artikel 4 punten 2 en 3 van de [Kader]richtlijn (...). Deze punten zullen niet in het corpus van deze wet worden ingevoegd, vermits zij geen normatieve draagkracht hebben in tegenstelling tot punt 1 van hetzelfde artikel. Bovendien moet men erover (...) waken, omwille van de leesbaarheid van de teksten, dat de wettelijke definitie van discriminatie (...) niet nodeloos wordt verzwaaard.²²⁰

1209. Ook in de rechtsleer wordt veelal gesteld, of minstens impliciet aangenomen, dat artikel 2 § 5 – hoewel niet toegespitst op religieuze en levensbeschouwelijke gemeenschappen – desalniettemin mede geldt voor dergelijke groepen en instellingen.²²¹ FOUBERT geeft echter aan dat een dergelijke interpretatie niet de bedoeling lijkt te zijn geweest van de Kaderrichtlijn, zodat een richtlijnconforme interpretatie van artikel 2 § 5 Antidiscriminatiewet wellicht tot het besluit zou leiden dat religieuze en levensbeschouwelijke gemeenschappen zich niet op de wezenlijke en bepalende beroepsvereiste kunnen beroepen.²²²

218 Het artikel luidt: “De lidstaten kunnen op het ogenblik van de vaststelling van deze richtlijn bestaande nationale wetgeving handhaven, of voorzien in toekomstige wetgeving waarin op datum van vaststelling van deze richtlijn bestaande nationale praktijken worden opgenomen, die bepalen dat in geval van kerken en andere publieke of particuliere organisaties, waarvan de grondslag op godsdienst of overtuiging is gebaseerd, voor wat betreft de beroepsactiviteiten van deze organisaties een verschil in behandeling gebaseerd op godsdienst of overtuiging van een persoon geen discriminatie vormt, indien vanwege de aard van de activiteiten of de context waarin deze worden uitgeoefend de godsdienst of overtuiging een wezenlijke, legitieme en rechtvaardige beroepsvereiste vormt gezien de grondslag van de organisatie”.

219 Aanvankelijk had de minister gesteld dat een specifieke bepaling daartoe overbodig was, omdat de mogelijkheid om een objectieve en redelijke rechtvaardiging te bieden volstond om het nodige onderscheid te maken dat aan de wezenlijke beroepsvereisten beantwoordt (*Parl. St.* Senaat 1999-2000, 2-12/15). Hierop is men in de Kamer teruggekomen.

220 Amendement nr. 5 van de regering, *Parl. St.* Kamer 2001-02, nr. 50-1578/3, 4.

221 J. VELAERS, “De horizontale werking van het discriminatieverbod in de discriminatiewet, enkele constitutionele beschouwingen”, *l.c.*, 308-309; J. VELAERS, “De antidiscriminatie en de botsing van grondrechten”, *l.c.*, 354-355; J. VRIELINK, “De nieuwe Belgische antidiscriminatiewet. Een kritische bespreking”, *l.c.*, 218; P. DE POOTER, *l.c.*, 495; P. BORGHS, *o.c.*, 20; A. OVERBEEKE en G. GEUDENS, “Wij zijn zo vrij u af te wijzen ...”. Onderscheid in personeelsbeleid van identiteitsgebonden onderwijsinstellingen”, in X, *Vrijheid en gelijkheid, de horizontale werking van het gelijkheidsbeginsel en de nieuwe antidiscriminatiewet*, Antwerpen, Maklu, 2003, 703-704; C.G.K.R., *Aanpak discriminatie en racisme*, 109-111.

222 P. FOUBERT, *l.c.*, 33.

b. Inhoud uitzondering

1210. De vraag naar de juiste inhoud van de uitzondering en de mogelijke toepassingen ervan, hangt ten dele af van het antwoord dat men geeft op de bovenstaande discussies. Onder dat voorbehoud volgen hieronder enkele overwegingen terzake uit de rechtsleer.

i. Algemeen

1211. Opdat een kenmerk een wezenlijke en bepalende beroepsvereiste zou vormen, dient aan de volgende vereisten te zijn voldaan:

1. de kenmerken moeten wezenlijk en bepalend zijn in het kader van de functie;
2. het doel dat met het onderscheid wordt nagestreefd moet rechtmatig zijn;
3. het vereiste kenmerk moet in een redelijke verhouding staan tot het (rechtmatige) doel.

– Wezenlijk en bepalend

1212. Om te beginnen is het dus noodzakelijk dat er een duidelijke noodzaak of behoefte bestaat. De beoordeling of een kenmerk feitelijk een wezenlijke en bepalende beroepsvereiste vormt, dient beoordeeld te worden vanuit enerzijds de aard van de beroepsactiviteit en anderzijds vanuit de context waarin de activiteit wordt uitgevoerd.²²³ Hierbij dient het steeds te gaan om *specifieke* beroepsactiviteiten.²²⁴ Dit betekent dat de mogelijkheid tot het stellen van een vereiste steeds afhankelijk is van de concrete activiteiten die door een persoon moeten worden verricht. Het feit dat dus voor een bepaalde categorie personen in een bedrijf een beroepsvereiste kan worden gesteld, impliceert niet dat dit ten aanzien van alle personen of functies kan.²²⁵

– Rechtmatig of legitiem doel

1213. De beroepsvereiste dient voorts een legitiem of rechtmatig doel te hebben. De steller ervan dient ermee een hoger belang na te streven, bijvoorbeeld in de bescherming van grondrechten, in de culturele sfeer, of in de commerciële sfeer.²²⁶ Verschillende auteurs geven aan dat bereidheid om tegemoet te komen aan de discriminatoire voorkeur van een bepaald cliënteel of andere werknemers in beginsel niet als legitiem doel in aanmerking komt.²²⁷ Dit blijkt – voor wat betreft de rasgerela-

223 C. BAYART, *o.c.*, 242.

224 Deze interpretatie is niet alleen logisch, maar dringt zich ook op, op basis van richtlijnconforme interpretatie: in de richtlijnen wordt dit vereiste immers uitdrukkelijk gesteld (zie art. 4 lid 1 Kaderrichtlijn en art. 4 Rasrichtlijn).

225 C. BAYART, *o.c.*, 242-243.

226 *Ibid.*, 243.

227 O. DE SCHUTTER, *o.c.*, 64-66; C. BAYART, *o.c.*, 244.

teerde gronden – overigens ook reeds uit toepassing van de Antiracismewet²²⁸, en andere Belgische rechtspraak.²²⁹

– Evenredigheid

1214. Ten slotte dient de beroepsvereiste evenredig te zijn aan het gestelde doel. Hierbij moet onderzocht worden of het vereiste passend en noodzakelijk is en/of er een evenwicht bestaat tussen het nagestreefde doel en het recht op gelijke behandeling. Hierbij wordt nagegaan of er geen andere middelen zijn om het nagestreefde doel te bereiken, die een minder vergaande schending van het recht op gelijke behandeling inhouden.

ii. Toetsingsintensiteit: gronden uit richtlijnen – overige kenmerken

1215. Voor wat betreft de gevallen die onder het toepassingsgebied van de Europese richtlijnen vallen, dringt zich ten aanzien van de wezenlijke en bepalende beroepsvereiste een restrictieve, richtlijnconforme interpretatie op. Daarbij volstaat het bijvoorbeeld niet dat een bepaald kenmerk slechts “nuttig” of “gepast” zou zijn voor het uitoefenen van de beroepsactiviteit en biedt ook de evenredigheidstoets weinig ruimte voor uitzonderingen.²³⁰

1216. In situaties die niet vallen onder het toepassingsgebied van de richtlijnen, heeft de Belgische rechter in beginsel ruimte voor interpretatie en voor een afwijkende, ruimere invulling van de toets. Bepaalde rechtsleer acht het echter wenselijk om ook in die gevallen de Europese toets te hanteren. Zo geeft BAYART aan dat een soepeler toets het zijns inziens niet mogelijk zou maken om de werkelijk legitieme functievereisten te onderscheiden van arbitraire barrières die ten aanzien van bepaalde beschermde groepen worden opgeworpen.²³¹

1217. Wellicht moet deze zorg voor consistentie – sinds de vernietiging door het Arbitragehof van de discriminatiegronden van de wet – echter tot haar juiste proporties worden herleid. Met het verdwijnen van de beperkte lijst van discriminatiegronden is het immers mogelijk om elke ongelijke behandeling aan te vechten als directe discriminatie. De wezenlijke en bepalende beroepsvereiste is daarmee in beginsel tot de algemene uitzonderingsregel geworden in de context van de arbeidsverhoudingen. In een dergelijke situatie leidt een stringente interpretatie van de uitzonderingsmogelijkheid uit artikel 2 § 5 tot onhoudbare resultaten.²³²

228 *Cf. supra* deel IV.

229 Arbrb. Brussel 7 januari 1987, *J.T.T.* 1987, 207. C. BAYART, *o.c.*, 286 met verwijzingen aldaar.

230 *Ibid.*, 245.

231 C. BAYART, *o.c.*, 245. Vgl. M. DE VOS, “De bouwstenen van het discriminatierecht in de arbeidsverhoudingen”, *l.c.*, 72.

232 Zie hierover M. DE VOS, “Anti-discriminatiewet, Arbitragehof en arbeidsrecht: een doos van Pandora”, *l.c.*, 1.

1218. Een ruime(re) interpretatie van wat kan gelden als “wezenlijke en bepalende beroepsvereiste” voor die kenmerken die niet vallen onder de Ras- en Kaderrichtlijn zou hierbij de allergrootste problemen kunnen ondervangen. Enkel voor de gronden die wel opgenomen zijn in de Ras- en Kaderrichtlijn – te weten, ras, etnische afstamming, godsdienst of overtuiging, handicap, leeftijd en seksuele geaardheid – zou de formele, strikte toets moeten worden gehanteerd. Niets zou zich in beginsel tegen een dergelijke dubbele invulling van het concept verzetten, zodat deze oplossing te verkiezen zou zijn boven de problematische gevolgen van het alternatief.

C. Richtlijnconformiteit van het uitzonderingsregime

1. ALGEMEEN: KADERRICHTLIJN EN RASRICHTLIJN

1219. Ten aanzien van de interpretatie van de uitzonderingsmogelijkheden in arbeidsrelaties is reeds gesteld dat zich een richtlijnconforme interpretatie opdringt. Een dergelijke interpretatie zou er volgens de meeste auteurs dan ook toe nopen dat de Antidiscriminatiewet in arbeidsrelaties, minstens waar het gaat om (direct onderscheid op) gronden waarop ook de Kaderrichtlijn ziet, zeker niet onverminderd de mogelijkheid biedt van een algemene redelijke en objectieve rechtvaardigingstoets (*cf. supra* nrs. 1200-1206).

1220. Ten aanzien van de gronden uit en het toepassingsgebied van de Rasrichtlijn geldt hetzelfde. Het toepassingsgebied van deze richtlijn is echter niet beperkt tot de arbeidsrelaties (*cf. supra* nrs. 531-535).²³³ In tegenstelling tot in arbeidsrelaties, biedt de Antidiscriminatiewet hier echter geen duidelijk aanknopingspunt voor richtlijnconforme interpretatie. Volgens bepaalde rechtsleer kan de nationale rechter op dit vlak dan ook enkel concluderen dat de wet strijdig is met het gemeenschapsrecht en moet hij de strijdige bepaling buiten toepassing laten.²³⁴ Dit zou in beginsel impliceren dat de nationale rechter inzake (zogenaamd) ras en etnische afkomst in het kader van de Antidiscriminatiewet evenmin mag openstaan voor een algemene objectieve en redelijke rechtvaardiging van direct onderscheid, dat buiten de arbeidsrechtelijke sfeer valt, maar wel onder het (overige) toepassingsgebied van de Rasrichtlijn.

2. BIJZONDERE IMPLICATIES: DIRECT ONDERSCHIED OP GROND VAN LEEFTIJD EN HANDICAP

1221. In de rechtsleer is gewezen op mogelijke toepassingsproblemen die voortvloeien uit de vereiste richtlijnconforme interpretatie van de uitzonderingsmogelijkheden. Problemen worden op dit vlak – door bepaalde auteurs – vooral voorzien in relatie tot leeftijd en – in mindere mate – met betrekking tot handicap.

²³³ J. HOFKENS en S. DEMEESTERE, *o.c.*, 109-110.

²³⁴ P. FOUBERT, *l.c.*, 31.

1222. Wat betreft de grond leeftijd zouden er om te beginnen problemen (kunnen) voortvloeien uit het feit dat de Belgische wetgever geen gebruik heeft gemaakt van de (bijkomende) uitzonderingsmogelijkheden waarin artikel 6 Kaderrichtlijn voorziet. In dit artikel wordt in het eerste lid gesteld dat lidstaten *kunnen* bepalen “dat verschillen in behandeling op grond van leeftijd geen discriminatie vormen indien zij in het kader van de nationale wetgeving objectief en redelijk worden gerechtvaardigd door een legitiem doel, met inbegrip van legitieme doelstellingen van het beleid op het terrein van de werkgelegenheid, de arbeidsmarkt of de beroepsopleiding, en de middelen voor het bereiken van dat doel passend en noodzakelijk zijn”.²³⁵ De richtlijn laat derhalve de mogelijkheid aan lidstaten om een algemene rechtvaardigingsgrond in te voeren die zelfs bij direct onderscheid kan worden ingeroepen.

1223. In het parlement ging men er van uit dat alle in de richtlijn vervatte uitzonderingsmogelijkheden opgevangen kunnen worden door de algemene rechtvaardigingsgrond van de Antidiscriminatiewet.²³⁶ Voorstellen die tijdens de parlementaire voorbereidingen werden ingediend om artikel 6 Kaderrichtlijn (deels) over te nemen, werden vanuit dit oogpunt overbodig geacht.²³⁷ Verschillende auteurs sluiten zich aan bij deze visie en stellen dat de wetgever indirect gebruik heeft willen maken van de uitzonderingsmogelijkheden geboden ten aanzien van leeftijd door het desalniettemin terzake laten gelden van het open systeem.²³⁸

1224. Andere commentatoren stellen echter dat de richtlijnconforme interpretatie gecombineerd met de “niet-opname” van deze bijkomende uitzonderingsmogelijkheid uit artikel 6 er toe zou kunnen leiden dat er voor (direct) leeftijdsonderscheid in arbeidsrelaties geen algemene rechtvaardiging (naast de wezenlijke en bepalende

235 Daarbij worden in het eerste lid de volgende voorbeelden gegeven: (a) het creëren van bijzondere voorwaarden voor toegang tot arbeid en beroepsopleiding, van bijzondere arbeidsvoorwaarden en -omstandigheden, met inbegrip van voorwaarden voor ontslag en beloning voor jongeren, oudere werknemers en werknemers met personen ten laste, teneinde hun opnemings in het arbeidsproces te bevorderen, en hun bescherming te verzekeren; (b) de vaststelling van minimumvoorwaarden met betrekking tot leeftijd, beroepservaring of -anciënniteit in een functie voor toegang tot de arbeid of bepaalde daaraan verbonden voordelen; (c) de vaststelling van een maximumleeftijd voor aanwerving, gebaseerd op de opleidingseisen voor de betrokken functie of op de noodzaak van een aan pensionering voorafgaand redelijk aantal arbeidsjaren. Het tweede lid van het artikel laat de mogelijkheid open voor staten om in ondernemings- en sectoriële regelingen inzake sociale zekerheid leeftijdsdrempels vast te stellen. De lidstaten kunnen ook een toetredingsleeftijd bepalen of een leeftijd voor het verkrijgen van het recht op pensioen- of invaliditeitsuitkeringen. Verder kunnen lidstaten desbepaald gebruik maken van leeftijdscriteria voor actuariële berekeningen en aanvullende sociale verzekeringen. Vereist is wel steeds dat de toepassing van leeftijdscriteria niet leidt tot discriminatie op grond van geslacht. Zie uitvoerig C. BAYART, *o.c.*, 295-310.

236 De bevoegde minister stelde dit herhaaldelijk uitdrukkelijk, zie o.m. *Parl. St. Kamer* 2001-02, nr. 50-1578/8, 55; *Parl. St. Kamer* 2001-02, nr. 50-1407/15.

237 *Parl. St. Kamer* 2001-02, nr. 50-1578/8, 53; *Parl. St. Kamer* 2001-02, nr. 50-1578/13, 1; *Parl. St. Kamer* 2001-02, nr. 50-1407/5, 14-15 en 41-43. Ook in de rechtsleer is tijdens de totstandkoming (tevergeefs) gepleit voor uitdrukkelijke opname van de uitzonderingsmogelijkheden. Zie o.m. C. BAYART, “De opmars van het discriminatierecht in de arbeidsverhoudingen. Europees discriminatierecht van de tweede generatie en aandachtspunten voor de Belgische wetgever bij de implementatie in de Belgische rechtsorde”, *l.c.*, 329.

238 Zie o.m. E. ALOFS en A. DE BECKER, *l.c.*, 592; E. BREMS, “Nieuwe discriminatiegronden in de wet bestrijding discriminatie”, *l.c.*, 66; M. DE VOS, “De bouwstenen van het discriminatierecht in de arbeidsverhoudingen”, *l.c.*, 95-96.

beroepsvereiste) geboden kan worden. Tenzij de wetgever gebruik maakt van de in artikel 6 voorziene mogelijkheid om uitzonderingsbepalingen in de nationale wetgeving op te nemen – zo luidt de redenering – kan direct onderscheid op basis van leeftijd in beginsel niet door particulieren worden gerechtvaardigd.²³⁹ Een werkelijk open systeem zou terzake volgens deze auteurs wellicht niet door het Hof van Justitie worden aanvaard.

1225. Naast dit probleem is er op gewezen dat de wetgever evenmin gebruik gemaakt heeft van de uitzonderingsbepalingen die op basis van de Kaderrichtlijn gemaakt kunnen worden ten aanzien van de toepasbaarheid van de grond “leeftijd” en “handicap” op de strijdkrachten. Met de bewuste uitzonderingsmogelijkheid uit artikel 3 lid 4 wil de Kaderrichtlijn vermijden dat zij tot gevolg zou hebben dat de strijdkrachten, de politie, het gevangeniswezen of de noodhulpdiensten gedwongen worden om personen in dienst te nemen of houden die niet de vereiste capaciteiten bezitten om alle taken te verrichten die zij wellicht moeten vervullen met het oog op de legitieme doelstelling van handhaving van het operationele karakter van deze diensten.

1226. De uitzonderingsmogelijkheid werd uitdrukkelijk opgenomen vanwege rechtspraak van het Hof van Justitie waaruit blijkt dat maatregelen van lidstaten inzake de strijdkrachten niet zonder meer onttrokken zijn aan de toepassing van het gemeenschapsrecht om de enkele reden dat zij de openbare veiligheid en landsverdediging dienen. Ook hier ging de Belgische wetgever er blijkbaar van uit dat deze uitzondering gevat is onder de algemene rechtvaardigingsmogelijkheid. Opnieuw is in de rechtsleer de vraag opgeworpen naar de toelaatbaarheid hiervan.²⁴⁰

1227. Gezien het feit dat de Europese instellingen al vermoedden dat een verbod op discriminatie op grond van leeftijd en handicap in de lidstaten voor problemen zou zorgen, voorziet de Kaderrichtlijn in een verlengde omzettingstermijn voor die gronden.²⁴¹ De Belgische wetgever had aanvankelijk geen gebruik gemaakt van deze mogelijkheid. De bepalingen rondom leeftijd en handicap zijn tegelijk met de rest van de wet in werking getreden.²⁴² Na invoering van de wet is echter meer het besef gegroeid van de problematische aard van deze handelwijze. Naar verluidt zou België daarom in het kader van haar notificatieverplichtingen aan de Europese Commissie hebben aangegeven dat zij toch gebruik wenst te maken van de extra termijn van drie jaren die voorzien is in de Kaderrichtlijn om de bepalingen met betrekking tot

239 C. BAYART, “De opmars van het discriminatierecht in de arbeidsverhoudingen. Europees discriminatierecht van de tweede generatie en aandachtspunten voor de Belgische wetgever bij de implementatie in de Belgische rechtsorde”, *I.c.*, 329; C. BAYART, “De discriminatiewet”, *I.c.*, 53-54; J. HOFKENS en S. DEMEESTERE, *o.c.*, 112; G. JANSSENS, *I.c.*, 311; P. FOUBERT, *I.c.*, 34; C. BAYART, *o.c.*, 312-313.

240 J. HOFKENS en S. DEMEESTERE, *o.c.*, 92.

241 Art. 18 lid 2 Kaderrichtlijn stelt: “teneinde met bijzondere omstandigheden rekening te houden kunnen de lidstaten indien nodig beschikken over drie extra jaren vanaf 2 december 2003, ofwel een totaal van maximaal 6 jaar, om de bepalingen met betrekking tot discriminatie op grond van leeftijd en handicap uit te voeren”.

242 P. FOUBERT, *I.c.*, 34.

discriminatie op grond van leeftijd en handicap in te voeren.²⁴³ Bepaalde commentatoren gaan er daarom van uit dat de omzettingstermijn voorzien door de Kaderrichtlijn nog niet verstreken is, wat discriminatie op grond van leeftijd en handicap betreft.²⁴⁴

1228. Verwacht kan worden dat de wet op dit punt dus op afzienbare termijn aangepast zal worden, zodat deze alsnog zal voorzien in bijzondere uitzonderingsmogelijkheden op het vlak van handicap en leeftijd, in de zin van artikel 3 lid 4 en artikel 6 Kaderrichtlijn.²⁴⁵

§ 4. Andere grondrechten (art. 3)

A. Algemeen

1229. De verhouding van de voorgestelde gelijkheidsnorm met andere grondrechten is in de wet “geregeld” in één enkel artikel. Het betreft artikel 3, dat luidt: “Deze wet doet geen afbreuk aan de bescherming en de uitoefening van de in de Grondwet en in de internationale mensenrechtenconventies opgenomen fundamentele rechten en vrijheden”.²⁴⁶ Het artikel betreft een poging om tegemoet te komen aan de kritiek van de Raad van State, die de aandacht vestigde “op het feit dat een wetgeving die discriminatie strafbaar stelt, gelijke tred moet houden met (...) fundamentele vrijheden.”²⁴⁷ De Raad stelde voorts:

De wetgever mag de burgers niet verplichten om in alle handelingen van hun maatschappelijk leven en bij het uiten van hun mening de ideeën van de overheid inzake “bestrijding van discriminaties” over te nemen. Hoewel de wetgever discriminatie door bepaalde gedragingen of het afleggen van bepaalde verklaringen kan verbieden, moet de wet de noodzakelijke waarborgen bieden ter bescherming van de overige fundamentele rechten en vrijheden die verankerd zijn in de Grondwet en het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden.²⁴⁸

243 C. BAYART, *o.c.*, 23, onder verwijzing naar T. CLAEYS, “Opzeggingstermijnen: de formule Claeys 2004”, *Or.* 2004, 10 en mondelinge informatie van de FOD Werkgelegenheid, Arbeid en Sociaal Overleg.

244 C. BAYART, *o.c.*, 23.

245 Gezien de te voorziene problemen terzake heeft het C.G.K.R. in zijn publicaties al gepleit voor een aanpassing van de wet in deze zin, waarbij het aangeeft dat ook de sociale partners daarvoor gewonnen lijken. Zie C.G.K.R., *Aanpak discriminatie en racisme*, 91.

246 Tijdens de discussies in Kamer en Senaat is er op gewezen dat deze bepaling bevreemdend zou zijn, daar wetten in het algemeen niet de bedoeling (kunnen) hebben afbreuk te doen aan de betreffende normen. Het ging meer bepaald om de heer CEDER die in reactie op de betreffende bepaling stelde: “Ik kan niet wachten op de wet die zegt: ‘deze wet doet, waar nodig, afbreuk aan de Grondwet en de mensenrechtenverdragen’. Ik dacht dat wetten nooit de bedoeling hebben afbreuk te doen aan deze normen, maar ik leer elke dag bij” (*Hand. Senaat* 2000-01, 20 december 2001, 51. Zie ook Amendement nr. 99 van de heer LAEREMANS, *Parl. St.* Kamer 2001-02, nr. 50-1578/6, 14 en *Parl. St.* Kamer 2001-02, nr. 50-1578/8, 22). Vgl. S. VAN DROOGHENBROECK, *l.c.*, 209, nr. 5.

247 *Parl. St.* Senaat 2001-02, nr. 2-12/15, 66.

248 *Parl. St.* Senaat 2000-01, nr. 2-12/5, 9.

1230. Ook veel senaatsleden hadden zich op dit vlak bijzonder kritisch uitgelaten over het aanvankelijke voorstel.²⁴⁹ VELAERS geeft aan dat er minstens twee lezingen van de bewuste bepaling mogelijk zijn. Een eerste interpretatie is dat het artikel impliceert dat de wet elke beperking van een fundamenteel recht of een vrijheid zou uitsluiten.²⁵⁰ Een dergelijke interpretatie zou echter volgens de auteur geen coherente lezing opleveren van de wet, omdat elke bepaling van de wet die raakt aan andere grondrechten daarmee als ongeschreven beschouwd zou moeten worden. In een tweede – in de rechtsleer vrij algemeen geaccepteerde – lezing, impliceert artikel 3 dat de artikelen van de wet die een fundamenteel recht of een vrijheid beperken, alleen kunnen worden toegepast in de mate dat die toepassing in een concreet geval beantwoordt aan de beperkingsvoorwaarden die in de Grondwet en in de internationale verdragen zijn bepaald.²⁵¹

1231. De idee van de bepaling is daarmee om te benadrukken dat de wet niet te ver zal (mogen) gaan bij het bestrijden van discriminatie. Deze interpretatie lijkt te worden ondersteund door de voorbereidingen. Daar werd onder meer gesteld dat het erom gaat “de gulden middenweg te vinden tussen het verbieden van bepaalde gedragingen of het afleggen van bepaalde verklaringen die tot discriminatie kunnen leiden enerzijds en de bescherming van de fundamentele rechten en vrijheden (recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer, vrijheid van meningsuiting, vrijheid van vereniging) anderzijds”.²⁵² Als een gedraging of een onderscheid gerechtvaardigd is op basis van de vrijheden, “als gedefinieerd in de nationale en internationale regels, gaat het om een geoorloofde en aanvaardbare gedraging of onderscheid, en niet om discriminatie”.²⁵³ Pas indien “een onderscheid een misbruik vormt van de uitoefening van een vrijheid, is er sprake van discriminatie”.²⁵⁴ De wet confronteert dus “de fundamentele vrijheden (vrijheid van meningsuiting, vereniging enz.) en het onaanvaardbare karakter van discriminatie met elkaar”.²⁵⁵

1232. De wetgever heeft geweigerd om meer concrete voorwaarden voor de betrokken afwegingen te formuleren²⁵⁶; de afweging terzake wordt bewust overgelaten aan de rechter: “men moet aanvaarden dat de precieze werkingssfeer (...) uiteindelijk

249 In de Senaat is een veelheid van amendementen ingediend op dit vlak (zie o.m. amendementen nrs. 8, 31B, 32, 58, 64, 65, 69, 71, 86, 88, 95, 96, 97, 126, 144, 146, 154 en 156). De huidige formulering lijkt hierbij overigens te zijn gekozen om te “vermijden dat slechts aan één bepaalde vrijheid zou worden gerefereerd” (*Parl. St. Senaat 2001-02*, nr. 2-12/15, 148).

250 Deze interpretatie wordt aangehangen door STORME. Zie o.m. M.E. STORME, “Algemene discriminatiewet leidt onvermijdelijk naar politiestaat”, *l.c.*, 4.

251 J. VELAERS, “De antidiscriminatiewet en de botsing van grondrechten”, *l.c.*, 340-343.

252 *Parl. St. Senaat 2001-02*, nr. 2-12/15, 96.

253 *Ibid.*, 118.

254 *Ibid.*, 118.

255 *Ibid.*, 66.

256 Zo werd zelfs m.b.t. een schijnbaar evident voorbeeld van discriminatie van een vereniging die een activiteit organiseert die toegankelijk is voor het publiek en daarbij alleen vrouwen toelaat, in de Senaat aangegeven dat de vraag of dit valt onder de normale uitoefening van de vrijheid van vereniging aan de rechter moet worden overgelaten (*Parl. St. Senaat 2001-02*, nr. 2-12/15, 118). Zie ook J. VRIELINK, S. SOTTIAUX en D. DE PRINS, “De anti-discriminatiewet, een artikels-gewijze analyse (deel 1)”, *l.c.*, 274.

door de rechters wordt verduidelijkt op basis van de feitelijke omstandigheden”.²⁵⁷

B. Toetsingskader

1233. In de rechtsleer is geprobeerd om te komen tot een kader van waaruit de afweging tussen de verschillende rechten plaats kan hebben.²⁵⁸ Uitgangspunt daarbij is dat een algemene hiërarchie tussen grondrechten wordt afgewezen.²⁵⁹ Vrijheden hebben dus niet zonder meer voorrang op het gelijkheidsbeginsel, maar omgekeerd heeft ook het discriminatieverbod geen voorrang op de vrijheden.²⁶⁰ Gezien het ontbreken van deze hiërarchie dient een conflict tussen grondrechten altijd *in concreto*, door middel van een afweging te worden opgelost.²⁶¹ Hierbij zou de rechter volgens VELAERS de volgende stappen kunnen volgen: (1) concrete bestandsopname; (2) vaststelling van de geloofwaardigheid van de grondrechtenaanspraak: de coherentie- en consistentietest; (3) nastreven van praktische concordantie: criterium van “vergelijkende doeltreffendheid” en criterium van “afhankelijkheid” en (4) belang van beperkingsclausules. In het volgende worden deze verschillende toetsingselementen kort uitgewerkt.

1. CONCRETE BESTANDSOPNAME

1234. In de eerste plaats dient de rechter alle concrete aspecten van een (al dan niet vermeend) conflict tussen grondrechten zo zorgvuldig en gedetailleerd mogelijk in kaart te brengen. Zowel het belang van de betrokken burger als dat van de samenleving in haar geheel dienen hierbij in acht genomen te worden, waarbij de rechter ook oog moet hebben voor het feit dat niet alle vrijheden in iedere situatie voor iedereen hetzelfde belang hebben. De volgende vragen dienen meer bepaald aan de orde te komen: wat is de reële inzet voor beide partijen?; welk is hun concreet belang?; in welke mate is elk van de in het geding zijnde grondrechten werkelijk in de concrete rechtsverhouding betrokken?; in welke mate is de grondrechtenaanspraak wezenlijk voor degene die ze formuleert?; in welke mate is de kern van dat grondrecht in het geding? enz.

2. VASTSTELLING VAN DE GELOOFWAARDIGHEID VAN DE GRONDRECHTENAAISPRAAK: DE COHERENTIE- EN CONSISTENTIETEST

1235. Vervolgens dient te worden stilgestaan bij de feitelijke geloofwaardigheid van de grondrechtenaanspraak. Hierbij mag worden verwacht, zowel van degene die zich beroept op het discriminatieverbod, als van degene die zich, in zijn verweer tegen het

²⁵⁷ *Parl. St.* Senaat 2001-02, nr. 2-12/15, 118.

²⁵⁸ J. VELAERS, “De antidiscriminatie en de botsing van grondrechten”, *l.c.*, 330-340.

²⁵⁹ C.G.K.R., *Naar een uitbreiding. Jaarverslag 2003 (bijlagen)*, 24.

²⁶⁰ J. VELAERS, “De antidiscriminatie en de botsing van grondrechten”, *l.c.*, 331.

²⁶¹ P. BORGHS, *o.c.*, 22.

discriminatieverbod beroept op een fundamentele vrijheid, dat dit op een geloofwaardige, dat wil zeggen coherente en consistente, wijze plaatsvindt.²⁶²

3. NASTREVEN VAN PRAKTISCHE CONCORDANTIE: CRITERIUM VAN “VERGELIJKENDE DOELTREFFENDHEID” EN CRITERIUM VAN “AFHANKELIJKHEID”

1236. Indien er sprake blijkt van een reëel conflict tussen grondrechten, dan dient de rechter te bezien of een “praktische concordantie”, of een verzoening, tussen beide rechtsgoederen mogelijk is.²⁶³ Hierbij dient voor beide partijen te worden gekeken naar de beschikbaarheid van “alternatieven” waardoor beide rechten worden ontzien.²⁶⁴ Daarnaast dient te worden gekeken naar de mate waarin een grondrecht-drager afhankelijk is van degene die hem uitsluit. Het gaat dan om de vraag of de (potentieel) gediscrimineerde de discriminatie al dan niet kan ontlopen. Deze afhankelijkheid is groter naarmate de voorziening waarvan men uitgesloten wordt, meer kenmerken heeft van een monopolie.

4. BELANG VAN BEPERKINGSCLAUSULES

1237. Wanneer praktische concordantie onmogelijk is vanwege het feit dat beide grondrechtenaanspraken lijnrecht tegenover elkaar staan, dan dient een afweging plaats te vinden door de rechter. Hierbij moet deze oordelen welke van de in het geding zijnde rechten *in concreto* het zwaarst weegt. Bij deze afweging dienen de beperkingsclausules van de betrokken grondrechten als uitgangspunt te worden genomen. De door de Antidiscriminatiewet verleende horizontale werking mag hierbij – zoals gezegd (*cf. supra* nrs. 1229-1232) – niet leiden tot een beperking van grondrechten die niet beantwoordt aan de in de Grondwet of internationale verdragen bepaalde beperkingsvoorwaarden.

1238. Voor de vrijheid van godsdienst of levensbeschouwing, de vrijheid van mening en meningsuiting, de vrijheid van onderwijs, de vrijheid van vergadering en vereniging zou dit onder meer betekenen dat de horizontale werking van het discriminatieverbod niet mag leiden tot preventieve maatregelen maar enkel tot regelende of

262 VELAERS geeft de volgende voorbeelden: “Wie (...) als verantwoordelijke van een school, een ziekenhuis of een vereniging, een onderscheid maakt op grond van geloof of levensbeschouwing en zich daarbij beroept op de eigen vrijheid van onderwijs, van godsdienst, of van vereniging, zal moeten duidelijk maken dat hij inderdaad zelf die geloofsovertuiging aanhangt en ze op een coherente en consequente wijze tot grondslag van zijn instelling heeft gemaakt. Enige coherentie mag ook worden verwacht van wie zich op zijn recht op een niet-discriminatoire behandeling beroept. Wie beweert te worden gediscrimineerd op grond van zijn geloofsovertuiging omdat hij niet in staat is de religieuze voorschriften te onderhouden tijdens de werkuren, zal slechts worden gehoord wanneer het duidelijk is dat hij zelf, buiten de werkuren, consequent leeft volgens dat geloof” (J. VELAERS, “De antidiscriminatie en de botsing van grondrechten”, *l.c.*, 333).

263 Dit gezien het feit dat de beide grondrechten steeds *a priori* als even eerbiedwaardig gelden (*Ibid.*, 334).

264 VELAERS stelt ter illustratie het volgende: “Wie (...) de uitsluiting van vrouwen als priester in de RK-kerk aanklaagt als een discriminatie op grond van geslacht, zal meestal niet worden gehoord. Enerzijds gaat het immers om een wezenlijk aspect van de inrichtingsvrijheid van kerken, en anderzijds staat het eenieder vrij zelf een kerk te stichten die vrouwen wel toelaat priester te worden. Door een schisma kunnen de grondrechten van beide partijen worden ontzien” (*Ibid.*, 334-335).

repressieve maatregelen. Bovendien dient de betreffende beperking bij wet te zijn voorzien²⁶⁵, en moet deze vooral ook noodzakelijk zijn in een democratische samenleving.²⁶⁶

§ 5. Positieve actie (art. 4)

A. Algemeen: restrictieve interpretatie

1239. Artikel 4 biedt de mogelijkheid²⁶⁷ om onder het toepassingsgebied van de wet een beleid van positieve actie te voeren. Sinds de gedeeltelijke vernietiging door het Arbitragehof dient dit artikel aldus te worden gelezen: “de bepalingen van deze wet vormen geen belemmering voor het nemen of handhaven van maatregelen die beogen, om de volledige gelijkheid in de praktijk te waarborgen, de nadelen te voorkomen of te compenseren [en dit ongeacht de grond waarop de maatregel van positieve actie is gebaseerd].” Dit betreft een wijziging ten aanzien van de oorspronkelijke formulering, waarin sprake was van een verwijzing naar de discriminatiegronden van de wet.²⁶⁸ De bewoordingen van de bepaling zijn voor het overige sterk gebaseerd op de Kaderrichtlijn.²⁶⁹

1240. Naast de vernietiging van de verwijzing naar de discriminatiegronden, legde het Arbitragehof in zijn arrest ook een dwingende interpretatie van artikel 4 op. Door eisers werden de mogelijkheden tot positieve actie – in de gebruikte formulering – te verregaand geacht, zodat zij een schending zouden inhouden van artikelen 10 en 11 G.W. Door zowel de Raad van State als in de rechtsleer was echter reeds

265 Een vereiste waaraan *in casu* volgens VELAERS duidelijk voldaan is, gezien het feitelijke bestaan enerzijds van de Antidiscriminatiewet alsook het feit dat deze voldoet aan de voor de overige (bv. inzake kenbaarheid, duidelijkheid en voorspelbaarheid in de toepassing) door het Europees Hof gestelde voorwaarden (die immers tamelijk ruim zijn (*cf. supra* deel I)). *Ibid.*, 337-338.

266 Die laatste voorwaarde leidt er in de optiek van VELAERS overigens toe dat de Antidiscriminatiewet vaak restrictief geïnterpreteerd zal moeten worden. Dit zou noodzakelijk zijn om recht te doen aan de ruimenkendheid, verdraagzaamheid en openheid die volgens het Europees Hof voor de Rechten van de Mens een democratische samenleving vooral kenmerken. De auteur wijst er op dat deze verdraagzaamheid volgens het Hof immers niet enkel toekomt aan personen of minderheden die kunnen rekenen op de sympathie van de politiek-correct denkende elite van de samenleving. Daarmee zou eens te meer gelden dat de burger zijn eigen accenten mag blijven leggen en eigen voorkeuren kan doen blijven gelden (*cf. supra* nrs. 1196-1199). Ook onderstreept de auteur in dat verband het belang van het evenredigheidsbeginsel. Een beperking van een grondrecht ingevolge het (horizontaal werkende) discriminatieverbod kan slechts als “nodig in een democratische samenleving” worden beschouwd, wanneer het evenredigheidsbeginsel niet wordt geschonden. Wanneer de horizontale werking van het gelijkheidsbeginsel ertoe leidt dat het wezen of de kern van een fundamentele vrijheid zou worden aangetast, dan moet dit beginsel beschouwd worden als geschonden. J. VELAERS, “De antidiscriminatie en de botsing van grondrechten”, *l.c.*, 338-340. Vgl. D. DE PRINS, “De verhouding tussen verenigingsvrijheid en antidiscriminatie naar Belgisch, Nederlands en Amerikaans recht. Over het discriminatieverbod en de toegang tot politieke partijen”, in X, *Vrijheid en gelijkheid, de horizontale werking van het gelijkheidsbeginsel en de nieuwe antidiscriminatiewet*, Antwerpen, Maklu, 2003, 534.

267 Het gaat geenszins om een verplichting. Zie o.m. J. VRIELINK, “De nieuwe Belgische antidiscriminatiewet. Een kritische bespreking”, *l.c.*, 219; K. BERNAUW, *l.c.*, 287.

268 Het artikel luidde aanvankelijk als volgt: “de bepalingen van deze wet vormen geen belemmering voor het nemen of handhaven van maatregelen die beogen, om de volledige gelijkheid in de praktijk te waarborgen, de nadelen verband houdende met een van de gronden bedoeld in artikel 2, te voorkomen of te compenseren”.

269 Art. 7 lid 1 Kaderrichtlijn. Over positieve actie in het Europees recht *cf. supra* nrs. 252-268.

gewezen op het feit dat er op dit vlak niet slechts rekening gehouden diende te worden met deze wet, maar ook met de relevante jurisprudentie ter zake.²⁷⁰ De huidige criteria voor positieve actie zijn vastgesteld door het Hof van Justitie, en bij analogie door het Arbitragehof, vooral in relatie tot geslachtsdiscriminatie. Op basis hiervan kunnen maatregelen van positieve actie enkel worden toegepast in die gevallen waarin: (1) een kennelijke ongelijkheid bestaat; (2) het verdwijnen van deze ongelijkheid door de wetgever als een te bevorderen doelstelling wordt aangewezen; (3) deze maatregelen van tijdelijke aard zijn; (4) deze maatregelen verdwijnen wanneer het door de wetgever beoogde doel is bereikt; (5) deze maatregelen anderen rechten niet onnodig beperken.

1241. In de mate dat deze criteria restrictiever (zouden) zijn dan de bepaling in de wet²⁷¹, zou zich volgens commentatoren dan ook een restrictieve interpretatie opdringen. Dit werd ook al uitdrukkelijk gesteld in het parlement.²⁷² Het Arbitragehof sluit zich – onder verwijzing naar de parlementaire voorbereidingen – uitdrukkelijk bij deze visie en criteria aan.²⁷³

B. Concreet

1242. Het voorgaande zou volgens de rechtspraak van het Europees Hof van Justitie concreet betekenen dat een maatregel van positieve actie er niet in mag bestaan dat kandidaten voor wie een kenmerk geldt op grond waarvan een positieve actie beleid wordt gevoerd en die dezelfde kwalificaties hebben als hun mede-kandidaten *automatisch* voorrang genieten.²⁷⁴ Een voorrangsregeling mag niet onvoorwaardelijk zijn en moet steeds een objectieve beoordeling van de kandidaten inhouden die toelaat rekening te houden met de bijzondere situatie van alle kandidaten.²⁷⁵ Een maatregel van positieve actie kan slechts betekenen dat kandidaten uit een door het beleid geviseerde categorie, bij gelijke kwalificatie als hun mede-kandidaten wat betreft

270 Zie het tweede advies van de Raad van State bij het wetsvoorstel: *Parl. St. Kamer* 2001-02, nr. 50-1578/2, 7-8. Zie in de rechtsleer o.m. J. VELAERS, “De horizontale werking van het discriminatieverbod in de discriminatiewet, enkele constitutionele beschouwingen”, *l.c.*, 309; J. VRIELINK, S. SOTTIAUX en D. DE PRINS, “De anti-discriminatiewet, een artikelsgewijze analyse (deel 1)”, *l.c.*, 274-275; O. DE SCHUTTER, “La loi Belge tendant à lutter contre la discrimination”, *l.c.*, 853; P. FOUBERT, *l.c.*, 15.

271 Volgens verschillende auteurs zou dit ook het geval zijn: zo zou het gebruik van de term “voorkomen” in de wet suggereren dat er van kennelijke ongelijkheid wellicht niet altijd sprake zou hoeven zijn, maar bv. enkel van een risico op of een waarschijnlijkheid van ongelijkheid. Voorts kan de term “handhaven” uit de wetsbepaling de indruk wekken dat de maatregelen niet tijdelijk van aard zouden hoeven te zijn (J. VRIELINK, S. SOTTIAUX en D. DE PRINS, “De anti-discriminatiewet, een artikelsgewijze analyse (deel 1)”, *l.c.*, 274-275).

272 Tijdens de behandeling in het parlement is herhaaldelijk benadrukt dat men wilde aansluiten bij de gangbare criteria inzake positieve actie. Er werden zelfs verschillende amendementen ingediend die de beoordelingscriteria uitdrukkelijk beoogden op te nemen in het artikel (zie amendement nr. 147, *Parl. St. Senaat* 2000-01, nr. 2-12/11, 17-18 en amendement nr. 55, *Parl. St. Kamer* 2001-02, nr. 50-1578/5, 9-10). Deze amendementen werden weliswaar verworpen, maar niet omdat men de criteria niet accepteerde. Men achtte het enkel niet verstandig een uit de rechtspraak voortvloeiende interpretatie in een wet te bevroren: *Parl. St. Kamer* 2001-02, 50 -1578/8, 54.

273 Arbitragehof nr. 157/2004, 6 oktober 2004, B.76-79, B.S. 18 oktober 2004.

274 H.v.J. 17 oktober 1995, *Kalanke* C-450/93, *Jur.* 1995, I-3051.

275 H.v.J. 28 maart 2000, *Badeck*, C-158/97, *Jur.* 2000, I-1875.

geschiktheid, bekwaamheid en arbeidsprestaties, bij voorrang worden aangeworven of bevorderd, tenzij uit een objectieve beoordeling blijkt dat persoonlijke criteria de balans doen overslaan in het voordeel van een niet-beschermde kandidaat.²⁷⁶

1243. Wel hoeft positieve actie in beginsel niet beperkt te blijven tot het domein van aanwerving en bevordering, maar kan het ook slaan op de toepassing van andere voorrangsregels in het kader van arbeidsverhoudingen.²⁷⁷ Op basis van de tekst van de wet lijkt toepassing zich mogelijk zelfs uit te strekken tot sociale, politieke, culturele en economische activiteiten.

C. Enkel mogelijk voor lidstaten?

1244. Bepaalde rechtsleer geeft aan dat de implementatie van de richtlijnen op het punt van positieve actie onzorgvuldig heeft plaatsgevonden. De richtlijnen zouden in beginsel enkel lidstaten toelaten bijzonder maatregelen te nemen of te handhaven, dat wil zeggen: overheidsmaatregelen ter bevordering van gelijke behandeling.²⁷⁸ Zo stelt DE SCHUTTER:

En réalité, plutôt qu'au particulier à qui il est interdit de pratiquer la discrimination, l'article 4 de la loi du 25 février 2003 – comme les articles 5 en 7 § 1^{er} des directives 2000/43/CE et 2000/78/CE, qui ont le même objet – paraît s'adresser au législateur, qui veut mettre en œuvre une politique de discrimination positive: il est douteux que le particulier puisse prendre appui sur l'article 4 de la loi afin de conduire une politique de discrimination positive avant que le cadre en soit arrêté par le législateur, qui y mettra les bornes qu'impose le règles constitutionnelles et internationales qui ont été rappelées.²⁷⁹

1245. DE VOS stelt zelfs dat de Belgische wetgever een afwijkingsbeleid voor private personen niet *mocht* instellen. In deze visie zou de draagwijdte van de bepaling niet die zijn van de letterlijke tekst:

Wie toch een letterlijke lezing wil aanhouden mag die – gelet op de plicht tot richtlijnconforme interpretatie – alleen toepasselijk achten buiten de materiële werkingssfeer van de Europese basisrichtlijnen. (...) Voor de werkgever en andere betrokken partijen gelden onverkort de algemene verboden op discriminatie op grond van de diverse wettelijk beschermde kenmerken. Die verboden bevatten geen onderscheid tussen positieve en negatieve discriminatie.²⁸⁰

276 H.v.J. 11 november 1997 *Marschall*, C-409/95, *Jur.* 1997, I-636. Er is op gewezen dat deze criteria uiteraard geen verband mogen houden met een verboden discriminatiegrond.

277 H.v.J. 476/99, 19 maart 2002 (*Lommers t. Minister van Landbouw, Natuurbeheer en Visserij*), *Jur.* 2002, 2891.

278 Welke daarenboven aan strikte voorwaarden zouden zijn verbonden. Zie M. DE VOS, "De bouwstenen van het discriminatierecht in de arbeidsverhoudingen", *I.c.*, 83.

279 O. DE SCHUTTER, "La loi Belge tendant à lutter contre la discrimination", *I.c.*, 853. Vgl. CLAEYS die stelt dat artikel 4 "waarschijnlijk de maatregelen genomen door publieke overheden beoogt" (T. CLAEYS, *I.c.*, 9).

280 M. DE VOS, "De bouwstenen van het discriminatierecht in de arbeidsverhoudingen", *I.c.*, 83.

1246. Diversiteitsbeleid zou daarmee volgens de auteurs – minstens op het toepassingsgebied van en voor de gronden uit de richtlijnen – enkel mogelijk zijn in zoverre de formele verboden van discriminatie gerespecteerd blijven. Ter ondersteuning van deze visie is in de eerste plaats een tekstargument aangevoerd uit de richtlijnen. Deze vereisen “specifieke maatregelen”, hetgeen er op zou kunnen wijzen dat een rechtvaardigingsgrond van maatregelen van positieve actie waarop de individuele werkgever zich kan beroepen, niet geoorloofd zou zijn. Een tweede argument zou zijn gelegen in het feit dat de Commissie in haar Toelichting bij het ontwerp van de Rasrichtlijn aangeeft dat het artikel inzake positieve actie de lidstaten de mogelijkheid biedt om “de nodige wetgevings- of administratieve maatregelen” te nemen om ongelijkheid te voorkomen en te corrigeren.²⁸¹

1247. BAYART geeft echter aan dat uit dit alles niet noodzakelijk moet worden afgeleid dat de richtlijnen ook zouden *verbieden* om in het nationale recht een rechtvaardigingsgrond voor positieve actie voor de individuele werkgever te voorzien. Minstens zou deze vraag niet met volle zekerheid beantwoord kunnen worden. Er zouden ook indicatoren zijn die aangeven dat een individuele werkgever uit de privé-sector wel een beleid van positieve actie zou mogen voeren (binnen de grenzen van de Europese rechtspraak), zonder dat hiertoe een gedetailleerd nationaal kader voorhanden is.²⁸²

§ 6. *Bijzondere verschijningsvormen van discriminatie*

1248. Naast de algemene definities, voert de Antidiscriminatiewet enkele bijzondere verschijningsvormen van discriminatie in, te weten: het ontbreken van redelijke aanpassingen (art. 2 § 3), (bepaalde) pesterijen (art. 2 § 6) en het opdracht geven tot discriminatie (art. 2 § 7). Dit heeft tot gevolg dat het hele juridische instrumentarium ter bestrijding van discriminatie direct ook toepasselijk is op deze zaken.²⁸³

A. Redelijke aanpassingen (art. 2 § 3)

1. ALGEMEEN

1249. Artikel 2 § 3 van de wet stelt – na aanneming van een regeringsamendement in de Kamer²⁸⁴ – dat het ontbreken van redelijke aanpassingen voor de persoon met een handicap een discriminatie (in de zin van de wet) vormt. De regering was van mening dat de ongelijke behandeling van personen met een handicap er wezenlijk in

281 COM (1999), 566, 25 november 1999, 1999/0253, 9. Zie C. BAYART, *o.c.*, 273.

282 C. BAYART, *o.c.*, 274-275. De auteur verwijst in het bijzonder naar de zaak *Lommers*, waarin werd aanvaard dat een werkgever (uit de publieke sector, maar optredend als werkgever) een eigen regeling inzake positieve actie uitvaardigde (H.v.J. 19 maart 2002, zaak C-476/99, *Lommers*, *PB. C.* 188, 6). In de Nederlandse context, die de origine van de zaak vormde, zijn voorts volgens de auteur gelijkaardige uitzonderingsbepalingen voorzien voor positieve actie als in de Antidiscriminatiewet.

283 Vgl. J. HUYS, *l.c.*, 408.

284 Regeringsamendement nr. 2 in de Kamer (*Parl. St.* Kamer 2001-02, nr. 50-1578/3, 2-3). Zie uitgebreid in relatie tot de wordingsgeschiedenis van de bepaling: J. HUYS, *l.c.*, 395-399.

bestaat dat met hun verschillende mogelijkheden geen rekening wordt gehouden.²⁸⁵ Om doeltreffend discriminatie tegen gehandicapten te bestrijden werd het derhalve noodzakelijk geacht om een verplichting tot aanpassingen van de omgeving van de betrokkenen in te voeren. De achterliggende idee is dat een strikte toepassing van het gelijkheidsbeginsel in formeel juridische zin, niet resulteert in gelijkwaardige participatie aan het maatschappelijk leven.²⁸⁶

1250. De bepaling dient in belangrijke mate om de wet in overeenstemming te brengen met de Europese Kaderrichtlijn (*cf. supra* nrs. 538-541). Daarin wordt in artikel 5 voorzien in een verplichting tot het maken van “redelijke aanpassingen” “teneinde te waarborgen dat het beginsel van gelijke behandeling met betrekking tot personen met een handicap nageleefd wordt”.²⁸⁷ De in de wet ingevoegde bepaling gaat echter op een belangrijk punt aanmerkelijk verder dan de richtlijn. Waar deze laatste namelijk enkel van toepassing is in arbeidsaangelegenheden, is de werking van artikel 2 § 3 daartoe niet beperkt. De bepaling geldt voor *alle* door de wet bestreken terreinen. Er dient dus niet alleen in arbeidsaangelegenheden voorzien te worden in redelijke aanpassingen, maar bijvoorbeeld ook bij het leveren van goederen en diensten aan het publiek of bij allerhande economische, sociale, culturele of politieke activiteiten toegankelijk voor het publiek.²⁸⁸

1251. De wetgever heeft bewust nagelaten een nadere omschrijving van de aanpassingsplicht op te nemen in de wet, daar deze afhankelijk zou zijn van de context zodat

²⁸⁵ *Parl. St. Kamer* 2001-02, nr. 50-1578/3, 2.

²⁸⁶ C. BAYART, “Opmars van het discriminatierecht in de arbeidsverhoudingen”, *l.c.*, 321; J. HOFKENS en S. DEMEESTERE, *o.c.*, 121. Zie voor een analyse van de oorsprong van de notie “redelijke aanpassingen”: O. DE SCHUTTER, “La loi Belge tendant à lutter contre la discrimination”, *l.c.*, 850.

²⁸⁷ Art. 5 Kaderrichtlijn (“redelijke aanpassingen voor gehandicapten”) luidt: “Teneinde te waarborgen dat het beginsel van gelijke behandeling met betrekking tot personen met een handicap nageleefd wordt, wordt voorzien in redelijke aanpassingen. Dit houdt in dat de werkgever, naargelang de behoefte, in een concrete situatie passende maatregelen neemt om een persoon met een handicap in staat te stellen toegang tot arbeid te hebben, in arbeid te participeren of daarin vooruit te komen dan wel om een opleiding te genieten, tenzij deze maatregelen voor de werkgever een onevenredige belasting vormen. Wanneer die belasting in voldoende mate wordt gecompenseerd door bestaande maatregelen in het kader van het door de lidstaten gevoerde beleid inzake personen met een handicap, mag zij niet als onevenredig worden beschouwd”. Om het wetsvoorstel in overeenstemming te brengen met het betreffende gedeelte van de richtlijn was overigens al in de Senaat een amendement ingediend. Het ging hier om Amendement nr. 169 (subamendement op Amendement nr. 9) van mevrouw DE SCHAMPHELAERE (*Parl. St. Senaat* 2000-01, nr. 2-12/14, 2-3). Het betreffende artikel volgde de richtlijn nauwkeurig en had dan ook enkel betrekking op het terrein van arbeid. Dit amendement werd bij stemming in de Commissie verworpen. O.a. omdat de redactie van het amendement problemen zou stellen. Volgens enkele commissieleden betrof het opleggen van de verplichting om redelijke aanpassingen effectief uit te voeren een bevoegdheid van de Gemeenschappen en Gewesten, niet van de federale overheid. Het aangenomen amendement is “van meer principiële aard”, zodat het bevoegdheidsprobleem zich niet zou stellen. In de woorden van mevrouw VAN GOOL stelt de bepaling “dat het niet-doorvoeren van redelijke aanpassingen een discriminatie inhoudt zonder dat het evenwel de verplichting oplegt om de redelijke aanpassingen uit te voeren” (*Parl. St. Kamer* 2001-02, nr. 50-1578/8, 5). *Cf. infra* nrs. 1263-1267.

²⁸⁸ Er werd in de Kamer nog een amendement ingediend om de toepassingsfeer van de verplichting te beperken tot de reikwijdte van de Kaderrichtlijn (Amendement nr. 47, *Parl. St. Kamer* 2001-02, nr. 1578/5, 2-4 (SCHAUVLIEGE)). Dit amendement werd echter ingetrokken na argumentatie van regeringszijde (*Parl. St. Kamer* 2001-02, nr. 1578/8, 28-32 en 48-49. Zie K. VAN DEN LANGE-NBERGH, *l.c.*, 603; J. HUYLS, *l.c.*, 398).

gevreesd werd dat een definitie restrictief zou werken.²⁸⁹ Volgens de voorbereidingen betreffen de aanpassingen waartoe de wet aanleiding kan geven “alle nodige concrete maatregelen, voorzover redelijk, die ertoe bijdragen dat de persoon met een handicap geen schadelijke weerslag ondervindt van de omgevingsfactoren”.²⁹⁰ Meer concreet werden de volgende voorbeelden genoemd:

Architecturale aanpassingen die bijvoorbeeld rolstoeltoegankelijkheid garanderen, de technische hulpmiddelen die bijvoorbeeld doven en blinden toelaten te communiceren, het gebruik van een vereenvoudigd taalgebruik voor mensen met mentale beperkingen, de reorganisatie van taakverdelingen, het verlenen van assistentie aan de persoon met een handicap.²⁹¹

1252. De aanpassingsplicht slaat dus duidelijk niet alleen op materiële aanpassingen, zoals de fysieke toegankelijkheid, maar in arbeidsrelaties bijvoorbeeld ook op sociale en organisatorische aanpassingen zoals aanpassingen van werk- en rusttijden en opleidings- en integratiemiddelen.²⁹² Dit kan ook worden afgeleid uit de Kaderrichtlijn.²⁹³ Er is wel gesteld dat de reikwijdte van de aanpassingsplicht hoe dan ook ruim moet worden opgevat, in het licht van de doelstelling ervan.²⁹⁴ Andere commentatoren stellen echter in vraag of de aanpassingsplicht werkelijk een dermate verregaande impact kan hebben op de contractsverhouding tussen werkgever en werknemer als door de wetgever bedoeld is.²⁹⁵

1253. In bepaalde rechtsleer is er ten slotte op gewezen dat de aanpassingsverplichting niet tevens geldt voor zogenaamde “associates” van personen met een handicap (verwanten, collega’s, assistenten enz.), ten aanzien bijvoorbeeld van uurregelingen op het werk.²⁹⁶

2. REDELIJKHEIDSTEST

1254. De wet bepaalt verder dat “als een redelijke aanpassing wordt beschouwd de aanpassing die geen onevenredige belasting betekent, of waarvan de belasting in voldoende mate gecompenseerd wordt door bestaande maatregelen” (art. 2 § 3 lid 2). In de voorbereidingen worden deze criteria aangevuld en gepreciseerd. De beoordeling van de redelijkheid van aanpassingen dient *in concreto* als volgt te gebeuren.²⁹⁷ Ten eerste dient gevraagd te worden of er *überhaupt* aanpassingen mogelijk zijn die

289 *Parl. St. Kamer* 2001-02, nr. 50-1578/8, 30.

290 *Ibid.*, 27.

291 *Ibid.*, 27.

292 K. VAN DEN LANGENBERGH, *l.c.*, 603; O. DE SCHUTTER, “La loi Belge tendant à lutter contre la discrimination”, *l.c.*, 851.

293 C. BAYART, “De discriminatiewet”, *l.c.*, 57. Meer bepaald overweging 20 Kaderrichtlijn.

294 K. VAN DEN LANGENBERGH, *l.c.*, 607. Indien men dit niet doet, zo luidt het argument, zal namelijk het beoogde doel, de volwaardige participatie van gehandicapten in de samenleving, niet bereikt kunnen worden.

295 J. HOFKENS en S. DEMEESTERE, *o.c.*, 123.

296 J. HUYS, *l.c.*, 401.

297 Zie ook J. VRIELINK, “De nieuwe Belgische antidiscriminatiewet. Een kritische bespreking”, *l.c.*, 210-212; P. BORGHS, *o.c.*, 23-25; I. VERHELST en I. DE WILDE, “De nieuwe anti-discriminatiewet. Invloed op de individuele en collectieve arbeidsverhoudingen”, *l.c.*, 19-20.

een concrete persoon met een handicap in staat zouden stellen op evenwaardige wijze aan een welbepaalde activiteit te participeren. Dit betekent doorgaans dat er om te beginnen een of meer concrete personen met een handicap moeten zijn. Er moet met andere woorden – evenals voor de toepassing van de richtlijn – een behoefte bestaan. In de afwezigheid daarvan kunnen aanpassingen *sowieso* niet redelijk geacht worden, zodat het ontbreken ervan geen discriminatie kan vormen.²⁹⁸ Ook moet de betreffende persoon – los van de beperkende omgevingsfactoren – wezenlijk in staat zijn tot participatie.²⁹⁹ Ten slotte dient bij de mogelijkheid van evenwaardige participatie de concrete doeltreffendheid in aanmerking te worden genomen. In de afwezigheid hiervan kan een aanpassing niet redelijk genoemd worden. In de parlementaire voorbereidingen wordt dienaangaande het voorbeeld genoemd van een persoon met een motorische handicap die slechts een kortlopend arbeidscontract van een maand heeft, en die op grond daarvan geen grondige verbouwing van de arbeidsplaats of een volledige herstructurering van de arbeidstaken in zijn bedrijf kan opeisen.³⁰⁰

1255. Een tweede criterium betreft de vraag of de aanpassingen een onevenredige belasting vormen in hoofde van diegenen op wie de aanpassingsplicht rust. Aanpassingen die weliswaar doeltreffend zijn om gelijkwaardige participatie mogelijk te maken, maar die in een concreet geval een onhaalbare financiële of organisatorische belasting creëren, hoeven niet te worden doorgevoerd. Deze beoordeling van evenredigheid behelst dus feitelijk een differentiatie van de “aanpassingsverplichting” in functie van de concrete mogelijkheden en draagkracht van eenieder.³⁰¹ In het parlement werd het voorbeeld gegeven dat een grote bankinstelling wel alle modellen van contracten in braille beschikbaar dient te hebben, terwijl aan een kleine zelfstandige restauranthouder niet dezelfde eis gesteld kan worden aangaande zijn menukaarten.³⁰²

1256. Een derde – nauw aan het voorgaande gelieerd – criterium betreft de vraag of er niet reeds maatregelen bestaan die de belasting (bv. financieel) reduceren voor degene voor wie de aanpassingsverplichting geldt. Hierbij valt te denken aan over-

298 Dit eerste criterium – aangaande o.m. “mogelijkheid” en “behoefte” – is niet in de tekst van de wet opgenomen (in tegenstelling tot de richtlijn). Volgens bepaalde rechtsleer betekent dit echter niet dat de rechter het zomaar buiten beschouwing kan laten. Voorzover een persoon nooit in de mogelijkheid kan worden gesteld van participatie, kan een aanpassing immers moeilijk beschouwd worden als redelijk. Hetzelfde geldt *over het algemeen* indien er geen behoefte bestaat. Wel hoeft deze “behoefte” niet altijd feitelijk of concreet te zijn: het kan – m.n. bij bepaalde vormen van publiek aanbod van goederen en diensten – ook gaan om een grote (statistische) waarschijnlijkheid van een behoefte (zie J. VRIELINK, S. SOTTIAUX en D. DE PRINS, “De anti-discriminatiewet, een artikelsgewijze analyse (deel 1)”, *l.c.*, 268). Te denken valt bij dit laatste bv. aan grote bankinstellingen die hun contracten *bij voorbaat* tevens in braille beschikbaar moeten stellen (*Parl. St. Kamer* 2001-02, nr. 50-1578/8, 30). Vgl. K. VAN DEN LANGENBERGH, *l.c.*, 604-605; P. BORGHS, *o.c.*, 25.

299 Als illustratie van de onmogelijkheid van participatie is het voorbeeld gegeven van een blinde persoon die wenst als vliegtuigpilot te functioneren (*Parl. St. Kamer* 2001-02, nr. 5-1578/8, 30).

300 *Parl. St. Kamer* 2001-02, nr. 50-1578/8, 30.

301 K. VAN DEN LANGENBERGH, *l.c.*, 605.

302 *Parl. St. Kamer* 2001-02, nr. 50-1578/8, 30. Ten aanzien van die laatste zou het volstaan indien de bediening de kaart opleest.

heidssubsidies, maar ook aan de tussenkomst van geregionaliseerde fondsen voor sociale integratie van personen met een handicap inzake arbeidspostaanpassingen of persoonlijke assistentie, of privaatrechtelijke maatregelen (zoals tussenkomsten van verzekeraars in aanpassingskosten of technische hulpmiddelen). De aanwezigheid hiervan kan de “netto-kost” van aanpassingen reduceren, zodat deze alsnog als evenredig (en daarmee als redelijk) kunnen worden beoordeeld.³⁰³

3. VERHOUDING MET KLASSIEKE DISCRIMINATIE OP GROND VAN HANDICAP³⁰⁴

1257. Bij herhaling is in de rechtsleer de vraag opgeworpen naar de verhouding tussen deze bijzondere verschijningsvorm van discriminatie op grond van handicap en de klassieke vormen van discriminatie op basis van diezelfde grond. De Antidiscriminatiewet lijkt het ontbreken van redelijke aanpassingen te hebben ingeschreven, onderscheiden van directe en indirecte discriminatie op grond van handicap. Vooral het naast elkaar bestaan van indirecte discriminatie en de bijzondere verschijningsvorm kan problemen opleveren.

1258. De weigering om te voorzien in redelijke aanpassingen voor personen met een handicap maakt slechts een discriminatie uit wanneer de belasting daarvan – rekening houdend met eventuele compensaties – niet onevenredig is. Aanpassingen kunnen dus onredelijk zijn louter op grond van financiële of budgettaire argumenten. Indirect onderscheid kan daarentegen slechts gerechtvaardigd worden op objectieve en redelijke gronden, waarbij in arbeidsrelaties zelfs nóg minder ruimte voor rechtvaardiging is (cf. *supra* nrs. 1200-1206). In beginsel volstaan echter louter budgettaire overwegingen niet ter rechtvaardiging van indirect onderscheid, althans indien men vaststaande rechtspraak van het Hof van Justitie inzake geslachtsdiscriminatie naar analogie toepast.³⁰⁵ Een onredelijke aanpassing, en dus geen discriminatie in die (bijzondere) zin, kan daarmee wel een indirecte discriminatie uitmaken. Die laatste vorm verplicht echter niet uitdrukkelijk tot het doorvoeren van redelijke aanpassingen.³⁰⁶

303 Rechtsleer geeft aan dat dit laatste element direct betekent dat ook de overheid een belangrijk aandeel heeft in het gestalte geven van het recht op redelijke aanpassingen. Het betekent namelijk dat door subsidiëring wordt vermeden dat werkgevers zich al te gemakkelijk op het argument van onevenredige belasting kunnen beroepen om zo aan de aanpassingsplicht te ontsnappen (K. VAN DEN LANGENBERGH, *l.c.*, 606). DE SCHUTTER stelt zelfs dat de aanpassingsplicht, en daarmee samenhangend het discriminatieverbod op grond van handicap, staat of valt met de subsidies die de overheid toekent in geval van aanpassing van de werkplek (O. DE SCHUTTER, *o.c.*, 200).

304 Zie C. BAYART, “Opmars van het discriminatierecht in de arbeidsverhoudingen”, *l.c.*, 331; J. HOFKENS en S. DEMEESTERE, *o.c.*, 125-126.

305 C. BAYART, “De opmars van het discriminatierecht in de arbeidsverhoudingen. Europees discriminatierecht van de tweede generatie en aandachtspunten voor de Belgische wetgever bij de implementatie in de Belgische rechtsorde”, *l.c.*, 322; C. BAYART, “Discriminatie in de arbeidsverhoudingen. De ras- en kaderrichtlijn: technieken en potentiële gevolgen”, in D. CUYPERS (ed.), *Gelijkheid in het arbeidsrecht. Gelijkheid zonder grenzen?*, Antwerpen, Intersentia, 2003, 16-18; M. DE VOS, “De bouwstenen van het discriminatierecht in de arbeidsverhoudingen”, *l.c.*, 78- 82; C. BAYART, *o.c.*, 279-281 en 317-323.

306 J. HOFKENS en S. DEMEESTERE, *o.c.*, 126.

1259. In de Kaderrichtlijn stelt artikel 2 lid 2b, ii dat er geen sprake is van indirecte discriminatie indien de werkgever³⁰⁷ voor personen met een bepaalde handicap door nationale wetgeving verplicht is tot het doorvoeren van redelijke aanpassingen. Met andere woorden: als de nationale wetgeving een werkgever verplicht tot het treffen van redelijke aanpassingen, terwijl deze aanpassingen in een concreet geval onredelijk zijn, dan zou het indirecte onderscheid daarmee op basis van de richtlijn ook direct gerechtvaardigd zijn.³⁰⁸

1260. Over de juiste interpretatie van deze bepaling, en daarmee de implicaties ervan voor de Belgische wet³⁰⁹, lopen de meningen echter uiteen. VAN PUTTEN stelt dat de verhouding tussen beide verschijningsvormen op grond van dit artikel en de vereiste richtlijnconforme interpretatie zo gelezen moet worden dat overwegingen van kostprijs die een aanpassing onredelijk maken ook direct en in algemene zin gelden als rechtvaardiging voor het indirecte onderscheid dat de (formeel gelijke) behandeling van een gehandicapte in een concreet geval impliceert. Wanneer geen redelijke aanpassingen mogelijk zijn, is er ook nooit sprake van indirecte discriminatie.³¹⁰

1261. DE VOS pleit hier echter tegen. Hij stelt dat de richtlijnen niet toelaten om het verbod van indirecte discriminatie *volledig* te herleiden tot het principe van redelijke aanpassingen. Zijn inziens kan het verbod op indirecte discriminatie de werkgever, of andere personen op wie de aanpassingsplicht rust in het kader van de wet, wel degelijk dwingen tot aanpassingen die de plicht tot redelijke aanpassingen overstijgen:

Dat lijkt een contradictie, maar is het niet, althans niet *in abstracto*. In de filosofie van de Kaderrichtlijn en de wet zijn redelijke aanpassingen compenserende ingrepen voor een concrete behoefte binnen de context van een bestaande arbeidsorganisatie, terwijl onrechtstreekse discriminatie die arbeidsorganisatie zelf in vraag stelt.³¹¹

1262. De “verhoudingsbepaling” in de richtlijn zou daarmee alleen een uitzondering bieden op het anderszins toepasselijke verbod van indirecte discriminatie, ongeacht de oorbaarheid van de bestreden (“discriminatoire”) behandeling, zij zou *niet* betekenen dat indirecte discriminatie niet wordt verboden van zodra redelijke aanpassingen niet meer mogelijk zijn.³¹²

307 Of “iedere andere persoon of organisatie waarop de richtlijn van toepassing is”.

308 J. HOFKENS en S. DEMEESTERE, *o.c.*, 126; C. BAYART, “De opmars van het discriminatierecht in de arbeidsverhoudingen. Europees discriminatierecht van de tweede generatie en aandachtspunten voor de Belgische wetgever bij de implementatie in de Belgische rechtsorde”, *l.c.*, 321-322.

309 Bij wege van richtlijnconforme interpretatie.

310 Zie o.m. M. VAN PUTTEN, *l.c.*, 45.

311 M. DE VOS, “De bouwstenen van het discriminatierecht in de arbeidsverhoudingen”, *l.c.*, 81.

312 *Ibid.*, 81-82.

4. FEDERALE BEVOEGDHEIDSVERDELING

a. Algemeen

1263. Zowel in het parlement als in de rechtsleer is de vraag opgeworpen of de federale wetgever met de bepaling inzake redelijke aanpassingen niet zijn bevoegdheid te buiten is gegaan. Volgens bepaalde rechtsleer zou deze vraag zich mogelijk zelfs uitstrekken tot alle bepalingen in de wet die discriminatie op grond van handicap beogen tegen te gaan.³¹³ Artikel 5 § 1, II lid 4 Bijzondere Wet Hervorming Instellingen³¹⁴ merkt namelijk het beleid inzake mindervaliden als een persoonsgebonden aangelegenheid aan, waarvoor de Gemeenschappen bevoegd zijn³¹⁵, hetgeen de Raad van State bij herhaling bevestigd heeft.³¹⁶

1264. Over het algemeen richt de kritiek zich echter vooral op artikel 2 § 3. Zowel de aard als het ruime toepassingsgebied van de bepaling zouden hierbij volgens commentatoren de bevoegdheidsverdeling schenden. Op grond van artikel 6 § 1, VI lid 12 Bijzondere Wet Hervorming Instellingen zou de federale wetgever namelijk wel bevoegd kunnen worden beschouwd indien de wetgever zich had beperkt tot een strikte uitvoering van de richtlijn, die de verplichting tot redelijke aanpassingen enkel oplegt aan de werkgever (art. 5 Kaderrichtlijn).³¹⁷ De huidige bepaling zou echter volgens verschillende auteurs niet grondwetconform zijn.³¹⁸

1265. De wetgever was zich terdege van de problematiek bewust. Hij heeft dan ook geprobeerd de kwestie te omzeilen door de bepaling niet direct en positief te formuleren als een *verplichting* tot het voeren van een beleid van aanpassingen of positieve actie. Er is daarentegen voor een indirecte invalshoek gekozen, door middel van de negatieve bepaling dat het “niet willen rekening houden met de bijzondere

313 J. VELAERS, “De horizontale werking van het discriminatieverbod in de discriminatiewet, enkele constitutionele beschouwingen”, *l.c.*, 303. Vgl. J. HOFKENS en S. DEMEESTERE, *o.c.*, 143.

314 *B.S.* 15 augustus 1980.

315 Uit de voorbereidingen van dit artikel moet volgens VELAERS worden afgeleid dat de globaliteit van het beleid inzake mindervaliden in beginsel aan de Gemeenschappen toekomt, op twee uitdrukkelijk in het artikel vermelde uitzonderingen na. Deze uitzonderingen betreffen: “a) de regelen betreffende en de financiering van de toelagen aan de mindervaliden, met inbegrip van de individuele dossiers; b) de regelen betreffende de financiële tegemoetkoming voor de tewerkstelling van mindervalide werknemers, die toegekend wordt aan de werkgevers die mindervaliden tewerkstellen” (J. VELAERS, “De horizontale werking van het discriminatieverbod in de discriminatiewet, enkele constitutionele beschouwingen”, *l.c.*, 303).

316 J. VELAERS, *De grondwet en de Raad van State, afdeling wetgeving: vijftig jaar adviezen aan de wetgevende vergaderingen, in het licht van de rechtspraak van het Arbitragehof*, Antwerpen/Apeldoorn, Maklu, 1999, 712 e.v.

317 VELAERS geeft aan dat de federale wetgever op basis van dit artikel namelijk – naast de twee genoemde uitzonderingen – ook nog bevoegd is inzake arbeidsrechtelijke bepalingen die specifiek voor mindervaliden gelden, zoals bv. deze over de verplichte aanwerving van mindervaliden (Advies R.v.St. 10 augustus 1994 over een ontwerp van decreet “relatif à l’intégration des personnes handicapées”) of over het loon van mindervaliden tewerkgesteld in beschutte werkplaatsen (Advies R.v.St. 25 oktober 1989, over een voorontwerp van programmawet, *Parl. St.* Kamer 1989-90, 975/2). Zie J. VELAERS, “De horizontale werking van het discriminatieverbod in de discriminatiewet, enkele constitutionele beschouwingen”, *l.c.*, 304.

318 J. VELAERS, “De horizontale werking van het discriminatieverbod in de discriminatiewet, enkele constitutionele beschouwingen”, *l.c.*, 304. Vgl. K. VAN DEN LANGENBERGH, *l.c.*, 603.

situatie van personen met een handicap, meer bepaald het niet willen uitvoeren van redelijke aanpassingen, deel uitmaakt van het begrip discriminatie zelf”.³¹⁹ Volgens verschillende commentatoren is het echter de vraag of deze aanpak ook het Arbitragehof zal kunnen overtuigen.³²⁰ VELAERS stelt terzake eenduidig:

Wat niet rechtstreeks kan, kan uiteraard evenmin onrechtstreeks (...). Voor het mindervalidenbeleid zijn de Gemeenschappen bevoegd. Anders oordelen zou impliceren dat de federale wetgever, via de zgn. eigen bevoegdheid om het discriminatieverbod te handhaven, een flink stuk van de Gemeenschaps- en Gewestbevoegdheden naar zich toe kan trekken.³²¹

1266. De aanpak van de wetgever is echter ook verdedigd in de rechtsleer. Zo stelt HUYS dat het in de bepaling (en in de Antidiscriminatiewet in het algemeen) niet gaat om beleidsmaatregelen ten aanzien van personen met een handicap, maar ten aanzien van de aanbieders van werk, goederen, diensten en van activiteiten toegankelijk voor het publiek. Het zijn de laatste zaken die op basis van de wet moeten openstaan voor alle medeburgers, zonder discriminatie, hetgeen ten aanzien van personen met een handicap ook zou inhouden dat de federale wetgever langs deze weg kan voorzien in een plicht tot redelijke aanpassingen. De auteur concludeert:

Niet de beoogde doelstelling, *in casu* de inclusie van personen met een handicap in de reguliere samenleving, wel de inhoud van de rechtsnorm is van doorslaggevend belang voor de bevoegdheidstoewijzing.³²²

1267. In andere rechtsleer komt de problematiek niet of nauwelijks uitdrukkelijk ter sprake en lijkt de gekozen aanpak, minstens stilzwijgend, aanvaard te worden als legitiem.³²³

b. Decretaal niveau

1268. De al dan niet toepasselijkheid van artikel 2 § 3 Antidiscriminatiewet zal voor wat betreft de arbeidsrelaties op het vlak van de Gemeenschappen niet betekenen dat voor werkgevers of intermediaire organisaties geen verplichting zou bestaan tot het voorzien in redelijke aanpassingen. Op Vlaams niveau bepaalt namelijk artikel 5 § 4 van het Decreet van 8 mei 2002 houdende evenredige participatie op de arbeidsmarkt dat deze actoren moeten voorzien in redelijke aanpassingen teneinde te

319 *Parl. St.* Kamer 2001-02, nr. 50-1578/8, 29.

320 J. VELAERS, “De horizontale werking van het discriminatieverbod in de discriminatiewet, enkele constitutionele beschouwingen”, *I.c.*, 305; J. VRIELINK, S. SOTTIAUX en D. DE PRINS, “De anti-discriminatiewet, een artikelsgewijze analyse (deel 1)”, *I.c.*, 268; P. FOUBERT, *I.c.*, 10; M. DE VOS, “De bouwstenen van het discriminatierecht in de arbeidsverhoudingen”, *I.c.*, 98-99. Het Arbitragehof heeft zich in zijn arrest van 6 oktober 2004 niet hoeven uitspreken over de problematiek (Arbitragehof nr. 157/2004, 6 oktober 2004, *B.S.* 18 oktober 2004).

321 J. VELAERS, “De horizontale werking van het discriminatieverbod in de discriminatiewet, enkele constitutionele beschouwingen”, *I.c.*, 305. Vgl. J. VRIELINK, “De nieuwe Belgische antidiscriminatiewet. Een kritische bespreking”, *I.c.*, 210; K. VAN DEN LANGENBERGH, *I.c.*, 603.

322 J. HUYS, *I.c.*, 410.

323 J. HOFKENS en S. DEMEESTERE, *o.c.*, 124-125.

waarborgen dat het beginsel van gelijke behandeling nageleefd wordt.³²⁴ Deze bepaling is ook niet beperkt tot personen met een handicap.³²⁵ Op het niveau van de Franse Gemeenschap behelst artikel 8 van het Decreet van 19 mei 2004 houdende toepassing van het beginsel van gelijke behandeling³²⁶ eveneens dat voorzien moet worden in redelijke aanpassingen. Voor het Waals Gewest is de materie voorts geregeld in artikel 6 van het Decreet van 27 mei 2004 betreffende de gelijke behandeling inzake tewerkstelling en beroepsopleiding.³²⁷ In beide decreten is wél (uitdrukkelijk) vereist dat het gaat om personen met een handicap. Ook de Duitse Gemeenschap heeft in haar Decreet van 17 mei 2004 betreffende de garantie van een gelijke behandeling op de arbeidsmarkt voorzien in een verplichting tot redelijke aanpassingen in arbeidsrelaties (art. 13).³²⁸ Ook in dit laatstgenoemde decreet is de verplichting in beginsel beperkt tot personen met een handicap.

1269. In de rechtsleer is wel gesteld dat de invoering van deze decretale bepalingen de discussie over de bevoegdheidsverdeling voedt: “wanneer zowel de federale wetgever als de (...) decreetgever het principe van de redelijke aanpassingen opleggen in gelijklopende toepassingsferen moet – zolang men gelooft in exclusieve bevoegdheidspakketten – één van beide zijn grondwettelijke bevoegdheden overschrijden”.³²⁹

B. Pesterijen (art. 2 § 6)

1270. De wet beschouwt ook “pesterijen” als een vorm van discriminatie, en wel “wanneer er sprake is van ongewenst gedrag dat tot doel of tot gevolg heeft dat de waardigheid van een persoon³³⁰ wordt aangetast en een bedreigende, vijandige,

324 Het artikel luidt als volgt: “Teneinde te waarborgen dat het beginsel van gelijke behandeling nageleefd wordt, moet worden voorzien in redelijke aanpassingen. Dit houdt in dat de intermediaire organisaties en de werkgever, naargelang de behoeften, in een concrete situatie passende maatregelen nemen om toegang tot arbeid te hebben, in arbeid te participeren of daarin vooruit te komen dan wel om een opleiding te genieten, tenzij deze maatregelen voor de werkgever een onevenredige belasting vormen. Wanneer die belasting in voldoende mate wordt gecompenseerd door bestaande maatregelen, mag zij niet als onevenredig worden beschouwd”. Zie ook J. HUYS, *l.c.*, 391; O. DE SCHUTTER, “La loi Belge tendant à lutter contre la discrimination”, *l.c.*, 850-851; C.G.K.R., *Aanpak discriminatie en racisme*, 84.

325 P. BORGHS, *o.c.*, 25; M. VAN PUTTEN, *l.c.*, 44-45. Het was de uitdrukkelijke bedoeling van de decreetgever de verplichting van redelijke aanpassingen uit te breiden naar alle “kansengroepen” (*Parl. St.* VI. Parl. 2000-01, nr. 653/7, 10). Kansengroepen zijn hierbij alle groepen van de bevolking op actieve leeftijd die niet op een evenredige wijze vertegenwoordigd zijn op de arbeidsmarkt. De Vlaamse Regering bepaalt, na advies van de SERV de nadere omschrijving van deze groepen (art. 2, 1° Decreet Evenredige Participatie).

326 *B.S.* 7 juni 2004.

327 *B.S.* 23 juni 2004.

328 *B.S.* 13 augustus 2004.

329 M. DE VOS, “De bouwstenen van het discriminatierecht in de arbeidsverhoudingen”, *l.c.*, 99.

330 BORGHS stelt dat de verwijzing naar “een persoon” zou impliceren dat niet één concreet iemand hoeft te zijn aangevallen, maar dat verenigingen die gerechtigd zijn tot optreden in rechte een vordering kunnen instellen zodra een groep van de bevolking wordt gevisieerd (P. BORGHS, *o.c.*, 26).

beledigende, vernederende of kwetsende omgeving wordt gecreëerd” (art. 2 § 6).³³¹ Evenals veel andere bepalingen bevatte dit artikel oorspronkelijk een verwijzing naar de discriminatiegronden van de wet. De geviseerde pesterijen dienden “verband te houden met” die gronden. Deze terminologie had in de rechtsleer aanleiding gegeven tot discussie over de aard van dit vereiste verband.³³² Nu het Arbitragehof het betreffende element evenwel vernietigd heeft (*cf. supra* nrs. 1129 e.v.), is deze discussie grotendeels achterhaald: de bepaling heeft nu betrekking op iedere denkbare pesterij ongeacht of er een verband met welke discriminatiegrond dan ook bestaat.³³³

1271. De bepaling werd opgenomen bij regeringsamendement³³⁴ in de Senaat, om gevolg te geven aan de Kaderrichtlijn (*cf. supra* nr. 538).³³⁵ Met dit oogmerk was inzake arbeidsrelaties reeds de Wet van 11 juni 2002 betreffende de bescherming tegen geweld, pesterijen en ongewenst seksueel gedrag op het werk³³⁶ tot stand gebracht en specifiek voor Vlaamse (arbeids)aangelegenheden ook het Decreet van

331 Deze definitie wijkt af van die in de wet betreffende de bescherming tegen geweld, pesterijen en ongewenst seksueel gedrag op het werk, waarin het begrip “pesterijen op het werk” gedefinieerd wordt als: “elk onrechtmatig en terugkerend gedrag, buiten of binnen de onderneming of instelling, dat zich inzonderheid kan uiten in gedragingen, woorden, bedreigingen, handelingen, gebaren, en eenzijdige geschriften en dat tot doel of gevolg heeft dat de persoonlijkheid, de waardigheid of de fysieke of psychische integriteit van een werknemer of een andere persoon waarop dit hoofdstuk van toepassing is bij de uitvoering van het werk wordt aangetast, dat zijn betrekking in gevaar wordt gebracht of dat een bedreigende, vijandige, beledigende, vernederende of kwetsende omgeving wordt gecreëerd”.

332 Verschillende commentatoren stelden dat de pesterijen waarop de Antidiscriminatiewet betrekking zou moeten hebben, meer dan een *toevallig* of *incidenteel* verband moesten vertonen met de discriminatiegronden. Veel vormen van pesterijen kwamen naar het oordeel van deze auteurs namelijk niet neer op discriminatie, zelfs indien er sprake zou zijn van een ogenschijnlijk of incidenteel verband. Gesteld werd dat men diende te voorkomen dat ieder pestgedrag ten aanzien van personen voor wie een discriminatiegrond kan gelden, direct geïnterpreteerd zou worden als discriminatie. Te meer daar aangegeven is dat bij pesterijen bijna *per definitie* mede gebruik gemaakt wordt van elementen die weliswaar in verband gebracht kunnen worden met de discriminatiegronden, zonder dat dit hoeft te betekenen dat er daadwerkelijk sprake is van discriminatie. Enkel in gevallen waarin het gebruik van een nauw aan een discriminatiegrond gerelateerd kenmerk, niet incidenteel noch louter “instrumenteel” te noemen zou zijn, maar waarbij discriminatoir onderscheid naar het betrokken kenmerk feitelijk een van de primaire aanleidingen, oorzaken of doelen van de pesterijen waren, kon met betrekking tot pesterijen volgens deze commentatoren met recht gesproken worden van discriminatie in de zin van deze bepaling (J. VRIELINK, S. SOTTIAUX en D. DE PRINS, “De anti-discriminatiewet, een artikelsgewijze analyse (deel 1)”, *I.c.*, 269; J. HOFKENS en S. DEMEESTERE, *o.c.*, 126-127; P. FOUBERT, *I.c.*, 11. Vgl. *Parl. St.* Kamer 2001-02, nr. 1578/2, 7). Ten aanzien van deze interpretatie zijn vragen opgeworpen inzake de praktische toepasbaarheid ervan, daar het immers een zeer moeilijke opdracht is voor de rechter om te achterhalen of een slachtoffer van discriminatie geviséerd werd omwille van een kenmerk dat verband houdt met een verboden discriminatiegrond, dan wel gepest werd om andere redenen (P. FOUBERT, *I.c.*, 12). Meer principiële werd tegen de restrictieve interpretatie ingebracht dat die er van uit zou gaan dat een gedraging formeel discriminerend moest zijn alvorens zij een pesterij in de zin van de wet kon zijn. In afwijking hiervan werd gesteld dat deze aanname niet noodzakelijk is en dat men de wet ook zo kon interpreteren dat elk ongewenst gedrag dat verband houdt met (minstens) een van de discriminatiegronden en dat de vereiste gevolgen heeft, een intimidatie (en dus (ook) een discriminatie) is in de zin van de wet, los van de vraag of dit gedrag tevens een formele discriminatie is (M. VAN PUTTEN, *I.c.*, 46-47).

333 Voorzover die uiteraard onder het toepassingsgebied van de wet valt.

334 Amendement nr. 6 van de regering (*Parl. St.* Senaat 2000-01, nr. 2-12/6, 1-3).

335 De richtlijn spreekt weliswaar van “intimidatie”, maar geeft aan dat dit begrip gedefinieerd kan worden in overeenstemming met de nationale wetgeving en praktijken van de lidstaten (art. 2 lid 3 Kaderrichtlijn).

336 *B.S.* 22 juni 2002.

8 mei 2002 houdende evenredige participatie op de arbeidsmarkt (art. 5 § 1 lid 2). Desalniettemin achtte de wetgever het wenselijk dat pesterijen ook in de Antidiscriminatiewet zouden figureren om bescherming te bieden tegen alle andere vormen van pesterijen die niet door de betreffende teksten werden beoogd.

C. Opdracht geven tot discriminatie (art. 2 § 7)

1272. Artikel 2 § 7 is, evenals de voorafgaande paragraaf, deels vernietigd door het Arbitragehof op het punt van de verwijzing naar de discriminatiegronden (*cf. supra* nrs. 1129 e.v.). Het artikel luidt in de huidige redactie als volgt: “elke handelwijze die er in bestaat wie ook opdracht te geven zich discriminerend op te stellen jegens een persoon, een groep, een gemeenschap of een van hun leden, wordt beschouwd als een discriminatie in de zin van deze wet”.³³⁷

1273. De betreffende bepaling werd oorspronkelijk ingevoegd bij regeringsamendement tijdens de behandeling in de Kamer.³³⁸ Het amendement diende om elke discussie te vermijden omtrent de correcte omzetting van de richtlijnen, die beide het opdracht geven tot discriminatie uitdrukkelijk beschouwen als discriminatie (*cf. supra* nrs. 522-538).³³⁹ Er wordt in de bepaling, evenmin als in de richtlijnen, een onderscheid gemaakt naar het type discriminatie waartoe opdracht gegeven zou moeten worden: opdracht geven tot zowel de klassieke vormen – directe en indirecte discriminatie – alsook tot de bijzondere verschijningsvormen lijkt als zodanig te worden gevisieerd.

1274. Inzake de vraag hoe openlijk en actief een opdracht tot discrimineren moet zijn, lopen de meningen uiteen. Volgens FOUBERT zou de terminologie impliceren dat de “opdrachtgever” minstens op de hoogte moet zijn van het bestaan van de discriminatie.³⁴⁰ DE PRINS pleit daarentegen in bepaalde burgerrechtelijke gevallen – meer bepaald in huurzaken – voor een ruimere toerekening aan “opdracht- of lastgevers”, enerzijds daar het foutief niet-sluiten van een overeenkomst zeer dicht bij de klassieke *culpa in non contrahendo* zou liggen en anderzijds op basis van een

337 De oorspronkelijke formulering van art. 2 § 7 was als volgt: “Elke handelwijze die er in bestaat wie ook opdracht te geven zich discriminerend op te stellen jegens een persoon, een groep, een gemeenschap of een van hun leden op een van de gronden bedoeld in § 1, wordt beschouwd als een discriminatie in de zin van deze wet”.

338 Het gaat om Regeringsamendement nr. 6 in de Kamer (*Parl. St. Kamer* 2001-02, nr. 50-1578/3, 5), met (Sub)amendement nr. 137 van mevrouw MOERMAN (*Parl. St. Kamer* 2001-02, nr. 50-1578/6, 30).

339 Zie art. 2 § 4 van beide richtlijnen. Het principe, dat werd opgenomen op voorstel van het Europees parlement, dient te waarborgen dat discriminerend gedrag bij de wortels kan worden aangepakt. Zie Verslag over het voorstel voor een richtlijn van de Raad houdende tenuitvoerlegging van het beginsel van gelijke behandeling van personen ongeacht ras of etnische afstamming, 16 mei 2000, doc. nr. A5-136/2000, 15; Voorstel voor een richtlijn van de Raad houdende tenuitvoerlegging van het beginsel van gelijke behandeling van personen ongeacht ras of etnische afstamming, *P.B. 2001*, L. 178. Zie in de rechtsleer C. BAYART, *o.c.*, 68.

340 P. FOUBERT, *l.c.*, 13.

sterke stroming in de rechtsleer die voorstander is van een ruimere toerekening aan opdrachtgevers van onrechtmatige daden gepleegd door een vertegenwoordiger in de uitoefening van zijn functie. De auteur stelt meer bepaald het volgende:

De opdrachtgever creëert immers zelf een risico door gebruik te maken van een vertegenwoordiger. Het lijkt onbillijk dat wie een ander rechtssubject gebruikt om zich te laten vertegenwoordigen, achteraf kan kiezen welke daden hem wel en niet toegerekend kunnen worden, afhankelijk van wat hem goed uitkomt.³⁴¹

1275. De rechtspraak terzake lijkt vooralsnog de eerste hypothese te steunen. In een zaak van (vermeend) discriminatoire huurweigering wees de Voorzitter van de Rechtbank te Gent de thesis af dat de door een vertegenwoordiger gepleegde discriminatoire contractweigering toegerekend kon worden aan de eigenaars en lastgevers.³⁴²

Afdeling 2. Werkingssfeer en afbakeningen

§ 1. Werkingssfeer

1276. De Antidiscriminatiewet heeft een zeer breed toepassingsgebied, met een verregaande doorwerking van het gelijkheidsbeginsel in horizontale verhoudingen. Artikel 2 § 4 stelt dat elke vorm van directe of indirecte discriminatie verboden is bij of in de volgende materies.

A. Het leveren of het ter beschikking stellen van goederen en diensten aan het publiek (art. 2 § 4, 1^{ste} streepje)

1277. Deze bepaling ziet – naar algemene interpretatie – op *alle* aspecten van het leveren of het ter beschikking stellen van goederen en diensten, van het weigeren deze te leveren of ter beschikking te stellen tot de voorwaarden en de uitvoering van levering.³⁴³ Ook kan het gaan om zowel publieke als private goederen en diensten.³⁴⁴ Het aanbieden en het genot van goederen en diensten zijn niet uitdrukkelijk vervat in de tekst. De meeste rechtsleer stelt echter dat desalniettemin aangenomen mag worden dat dit onder het toepassingsgebied van de wet valt.³⁴⁵

341 D. DE PRINS, “Stakingsvordering tegen individuele discriminatie. Handelingen gesteld door vertegenwoordigers”, *NjW* 2004, nr. 62, 261. Zie ook D. DE PRINS, “Gediscrimineerd homopaar krijgt geen rechtsherstel”, *De Juristenkrant* 2004, nr. 84, 1 en 12.

342 Voorz. Rb. Gent 31 december 2003, *NjW* 2004, 205.

343 Zie o.m. P. BORGHS, o.c., 28; C.G.K.R., *Aanpak discriminatie en racisme*, 95.

344 C.G.K.R., *Aanpak discriminatie en racisme*, 96; E. ALOFS en A. DE BECKER, *l.c.*, 583. De laatstgenoemde auteurs trekken overigens wat betreft de toepasselijkheid van de wet op de openbare dienst(verlening) in twijfel of dit wel iets toevoegt aan de reeds voordien bestaande verplichtingen van de overheid. Op bepaalde punten zouden andere verplichtingen voor de overheid verder voeren. De toegevoegde waarde van de wet zien de auteurs vooral in de rechtsbescherming voor slachtoffers van discriminatie en meer bepaald in de actiemiddelen waarin de wet voorziet (E. ALOFS en A. DE BECKER, *l.c.*, 584-585).

345 A. DE BOECK, *l.c.*, 435; C.G.K.R., *Aanpak discriminatie en racisme*, 96; M. DAMBRE, *l.c.*, 325; S. VAN DROOGHENBROECK, *l.c.*, 228, nr. 48.

1278. De toevoeging “aan het publiek” dient voorts aan de ene kant om aan te sluiten bij de terminologie van de Rasrichtlijn terzake. Minstens even belangrijk is echter dat men hiermee “nogmaals [wil] benadrukken dat [de wet] niet ingaat tegen de bescherming van de persoonlijke levenssfeer noch tegen de verrichtingen die zich daar afspelen”.³⁴⁶ De Raad van State was immers van oordeel geweest dat het oorspronkelijke wetsvoorstel te sterk ingreep op de private betrekkingen. Volgens bepaalde rechtsleer betekent dit niet dat de wet in het geheel niet van toepassing is op het leveren van goederen door particulieren.³⁴⁷ Ter vaststelling van de toepasselijkheid van de wet gaat het veeleer om de aard van de verhouding of de “markt” waarop men zich richt. Er wordt in dat opzicht wel een onderscheid gemaakt tussen “private” en “publieke” horizontale relaties, of anders geformuleerd tussen de horizontale relaties waarbij de burgers zich tot het publiek richten en deze die ze in de eigen private kring van bijvoorbeeld het gezin of private verenigingen ontwikkelen.³⁴⁸ De laatstgenoemde verhoudingen zouden zijn vrijgesteld van de werking van de wet, de eerste niet.³⁴⁹ Wel is – ter nuancering van de tweedeling – herhaaldelijk gesteld dat de beoordeling over de toelaatbaarheid van een verschil in behandeling bij het leveren van een dienst niet op dezelfde (stringente) manier zal gebeuren als de dienst aangeboden wordt door een overheid, een bedrijf of een particulier.³⁵⁰

B. Arbeidsrelaties (art. 2 § 4, 2^{de} en 3^{de} streepje)

1. ALGEMEEN

1279. Wat betreft tewerkstelling is de wet enerzijds van toepassing op “de voorwaarden voor toegang tot arbeid in loondienst, tot onbetaalde arbeid of als zelfstandige, met inbegrip van de selectie- en aanstellingscriteria, ongeacht de tak van activiteit en op alle niveaus van de beroepshiërarchie, met inbegrip van de bevorderingskansen alsook de werkgelegenheid en arbeidsvoorwaarden, met inbegrip van ontslag en bezoldiging, zowel in de privé-sector als in de overheidssector” (art. 2 § 4, 2^{de} streepje). Anderzijds bepaalt het 3^{de} streepje van dezelfde paragraaf dat de wet eveneens geldt voor “de benoeming of de bevordering van een ambtenaar of de aanwijzing van een ambtenaar voor een dienst”.

1280. Met deze beide elementen wil de wetgever volgens bepaalde commentatoren het gehele terrein van arbeid beslaan.³⁵¹ Ongeacht de wijze waarop men arbeid

³⁴⁶ Zie Amendement nr. 116 van de heer MAHOUX c.s. (*Parl. St.* Senaat 2000-01, nr. 2-12/11, 1-3).

³⁴⁷ A. DE BOECK, *l.c.*, 435; M. DAMBRE, *l.c.*, 326.

³⁴⁸ J. VELAERS, “De antidiscriminatie en de botsing van grondrechten”, *l.c.*, 344.

³⁴⁹ De grens tussen beide is uiteraard vloeiend. Volgens verschillende auteurs zou bv. ook het verhuren van een kamer in de eigen woning, of het aanwerven van huispersoneel uitgesloten zijn van de werking van de wet (J. VELAERS, “De antidiscriminatie en de botsing van grondrechten”, *l.c.*, 345. Vgl. Y. THIERY, *l.c.*, 649-651). Andere commentatoren achten dit “minder evident” (S. VAN DROOGHENBROECK, *l.c.*, 228, nr. 47).

³⁵⁰ A. DE BOECK, *l.c.*, 424; C.G.K.R., *Aanpak discriminatie en racisme*, 96.

³⁵¹ J. VRIELINK, S. SOTTIAUX en D. DE PRINS, “De anti-discriminatiewet, een artikelsgewijze analyse (deel 1)”, *l.c.*, 270; C.G.K.R., *Aanpak discriminatie en racisme*, 97; J. HOFKENS en S. DEMEESTERE, *o.c.*, 90; C. BAYART, *o.c.*, 412-415.

verricht wordt men dus beschermd tegen discriminatie. Zowel de arbeid in loondienst, de onbetaalde of vrijwillige arbeid als arbeid als zelfstandige worden beoogd, zowel in de privé-sector als in de overheidssector.

1281. Wat betreft de specifieke implicaties van het laatste element van de werkingsfeer – de overheidssector – heeft het naast elkaar bestaan van beide elementen, tezamen met de exacte formulering ervan, geleid tot discussie over de mate waarin artikel 2 § 4, 2^{de} streepje al dan niet eveneens zou gelden voor ambtenaren. Er bestaat overeenstemming over het feit dat de bepaling in elk geval wel geldt voor contractanten in dienst bij de overheid, maar sommige auteurs ontkennen dat dit ook het geval zou zijn voor ambtenaren in de strikte zin van het woord. De bescherming van die laatsten zou dan eenzijdig worden voorzien door artikel 2 § 4, 3^{de} streepje.³⁵² Daarmee zou de wet op het vlak van de aanwerving en tewerkstelling van ambtenaren beperkter zijn dan wat geldt voor arbeid in loondienst, arbeid als vrijwilliger of arbeid als zelfstandige. Het toepassingsgebied van de wet – zo wordt gesteld – is voor ambtenaren immers beperkt tot de benoeming, bevordering en aanwijzing voor een bepaalde dienst.³⁵³

1282. De meeste rechtsleer is echter van oordeel dat artikel 2 § 4, 2^{de} streepje in beginsel onverminderd geldt voor ambtenaren³⁵⁴, sommige commentatoren stellen zelfs dat artikel 2 § 4, 3^{de} streepje eerder overbodig zou zijn.³⁵⁵ Bepaalde auteurs hebben betoogd dat de bewoordingen van artikel 2 § 4, 2^{de} streepje tot verwarring kunnen leiden. Wat betreft het eerste deel van de bepaling geldt immers dat ambtenaren in beginsel niet vallen onder de categorie van “zelfstandigen” en “vrijwilligers”, maar evenmin verricht een ambtenaar strikt genomen “arbeid in loondienst”.³⁵⁶ Ook het tweede deel van de bepaling biedt geen uitsluitel.³⁵⁷ Desalniettemin zou de bepaling om verschillende redenen toch gelden voor ambtenaren. Om te beginnen omdat de voorbereidingen dit suggereren. Zo stelde Minister ONKELINX uitdrukkelijk dat artikel 2 § 4, 3^{de} streepje slechts gezien moest worden als een aanvulling op het voorafgaande element dat evenwel eveneens zou gelden voor

352 I. VERHELST en I. DE WILDE, “De gevolgen van de anti-discriminatiewet voor het arbeidsrecht”, *l.c.*, 440-441; I. VERHELST en I. DE WILDE, “De nieuwe anti-discriminatiewet. Invloed op de individuele en collectieve arbeidsverhoudingen”, *l.c.*, 18.

353 *Ibid.*, 18.

354 J. VRIELINK, S. SOTTIAUX en D. DE PRINS, “De anti-discriminatiewet, een artikelsgewijze analyse (deel 1)”, *l.c.*, 270; J. HOFKENS en S. DEMEESTERE, *o.c.*, 90; C.G.K.R., *Aanpak discriminatie en racisme*, 98; E. ALOFS en A. DE BECKER, *l.c.*, 585-587; L.M. VENY, *l.c.*, 119-120. De laatste auteur biedt een uitvoerige bespreking van de verschillende statutaire personeelsstatuten in het kader van de (discriminatie)gronden van de Antidiscriminatiewet (*ibid.*, 125-148).

355 C.G.K.R., *Aanpak discriminatie en racisme*, 98.

356 E. ALOFS en A. DE BECKER, *l.c.*, 586. De auteurs geven aan dat de laatste term – “arbeid in loondienst” – immers verwijst “naar de terminologie van de Wet van 3 juli 1978 betreffende de arbeidsovereenkomsten en meer bepaald naar de verhouding werkgever-werknemer, waarbij de werknemer zich verbindt, tegen loon en onder gezag van de werkgever, arbeid te verrichten. Ambtenaar daarentegen is, krachtens art. 1 van het Algemeen Principesbesluit (APKB) van 22 december 2000, elkeen die in vast dienstverband tewerkgesteld is in overheidsdienst. De constitutionele elementen van deze definitie zijn de ‘tewerkstelling in overheidsdienst’ enerzijds en het ‘vaste dienstverband’ anderzijds. De bezoldiging van een ambtenaar maakt geen wezenlijk kenmerk uit van de definitie (...)” (*ibid.*, 586).

357 Zie uitvoerig *ibid.*, 586-587.

ambtenaren.³⁵⁸ Belangrijker lijkt echter het argument van richtlijnconforme interpretatie dat door sommige auteurs is aangevoerd.³⁵⁹ De richtlijnen maken immers geen onderscheid naargelang de betrokkenen als werknemer dan wel als ambtenaar in dienst van de overheid werkt: het toepassingsgebied strekt zich eenduidig uit tot beide categorieën. De weliswaar gebrekkige formulering van artikel 2 § 4, 2^{de} streepje zou dan ook zo moeten worden geïnterpreteerd dat zij wel degelijk van toepassing is op alle arbeidsverhoudingen, “waaronder ook deze tussen de overheid en haar personeel en dit ongeacht de wijze van aanwerving (contractueel dan wel statuutair)”.³⁶⁰

1283. De bescherming geldt voorts “ongeacht de tak van activiteit”, hetgeen betekent dat alle arbeidssectoren in beginsel gebonden zijn door de wet.³⁶¹ Ook worden alle niveaus van de beroepshiërarchie geïnviseerd.³⁶² Zowel de aanwerving van een arbeider als van een bediende, ongeacht of het bij die laatste gaat om een hogere of een lagere bediende, moet dus plaatsvinden conform het discriminatieverbod als neergelegd in de wet.³⁶³ Ten slotte geldt de wet voor nagenoeg alle fasen van het arbeidsproces.

1284. Wat betreft dat laatste wordt directe en indirecte discriminatie – om te beginnen – meer bepaald verboden bij toegangsvoorwaarden voor arbeid. Hierbij worden alle fasen – gaande van sollicitatie tot de aanwerving geïnviseerd, dus onder meer: sollicitatiegesprekken, persoonlijkheidsonderzoek, psychologische testen, interne en externe aanwervingspolitiek enz.³⁶⁴ Ook de vaststelling van selectiecriteria – zoals diploma’s, taalvereisten, fysisch voorkomen, etniciteit, geslacht enz. – valt uitdrukkelijk onder het toepassingsgebied.³⁶⁵

1285. Tijdens de tewerkstelling is het niet toegestaan dat werknemers promotiekanalen worden ontzegd op grond van discriminatoire overwegingen, of op grond van

358 De minister stelt dat de bewuste bepaling desalniettemin nodig kan zijn in het licht van de Rasrichtlijn die betrekking heeft op de toepassing van het beginsel van gelijke behandeling van personen, ongeacht ras of etnische afstamming. Deze richtlijn bepaalt namelijk dat zowel de privé-sector als de overheidssector tot de toepassingsfeer behoren. Het niet-vermelden van de ambtenaren zou volgens de minister aanleiding kunnen geven tot een controverse over de vraag of zij al dan niet beoogd zijn (*Parl. St.* Senaat 2001-02, 2-12/15, 127). Dat de wetgever aanneemt dat ambtenaren wel degelijk vallen onder het tweede gedachtestreepje van art. 2 § 4 blijkt ook impliciet uit art. 25 waarin het nodig werd geacht om “betrekkingen die worden geregeld door een statuut van publiek recht” uitdrukkelijk uit te zonderen van de aan art. 2 § 4, 2^{de} streepje gelijklopende categorieën (*cf. infra* nr. 1365).

359 E. ALOFS en A. DE BECKER, *l.c.*, 586-587.

360 *Ibid.*, 587.

361 I. VERHELST en I. DE WILDE, “De nieuwe anti-discriminatiewet. Invloed op de individuele en collectieve arbeidsverhoudingen”, *l.c.*, 18; I. VERHELST en I. DE WILDE, “De gevolgen van de anti-discriminatiewet voor het arbeidsrecht”, *l.c.*, 440.

362 Beide element zijn overgenomen uit art. 3 lid 1 Kaderrichtlijn.

363 Vgl. o.m. I. VERHELST en I. DE WILDE, “De nieuwe anti-discriminatiewet. Invloed op de individuele en collectieve arbeidsverhoudingen”, *l.c.*, 18.

364 J. HOFKENS en S. DEMEESTERE, *o.c.*, 90.

365 Zie uitvoering C. BAYART, *o.c.*, 417-430.

maatregelen die *de facto* discriminatie tot gevolg hebben.³⁶⁶ Voorts is de wet van toepassing op het loon en de loonsvoorwaarden.³⁶⁷ Bijgevolg dient de werkgever het discriminatieverbod als vervat in de wet onder meer in acht te nemen bij de “toekenning van basisloon, bonussen, sociale voordelen, aanvullende sociale verzekeringen en dergelijk meer”.³⁶⁸ HOFKENS en DEMEESTERE stellen dat – op grond van artikel 3 lid 3 Kaderrichtlijn – uitkeringen, die worden verstrekt door wettelijke of daarmee gelijkgestelde stelsels (met inbegrip van de stelsels voor sociale zekerheid of voor sociale bescherming) in beginsel niet onder deze notie van loonsvoorwaarden vallen.³⁶⁹ Ten slotte is de wet ook van toepassing op de beëindiging van arbeidsverhoudingen en het ontslag.

1286. Wat betreft de arbeidsvoorwaarden – die niet nader omschreven worden door de wet of de parlementaire voorbereidingen – is wel gesteld dat het aangewezen zou zijn deze te interpreteren in dezelfde zin als in de Wet van 7 mei 1999 op de gelijke behandeling van mannen en vrouwen (Wet gelijkheid man – vrouw).³⁷⁰ Die wet definieert – in artikel 13 – de arbeidsvoorwaarden als “de bepalingen en de praktijken die betrekking hebben op de arbeidsovereenkomst en de bestuursrechtelijke statutaire regelingen, de stage- en leerovereenkomst, de collectieve arbeidsovereenkomsten, de arbeidsduur en arbeidsduurregeling, de feestdagen, de zondagsrust, de nachtarbeid, de arbeidsreglementen, de arbeid van jeugdige werknemers, de ondernemingsraden, de comités voor preventie en bescherming op het werk, de vakbondsafvaardigingen en de raden en comités van dezelfde aard die in de openbare sector bestaan, de bevordering van de arbeid en de lotsverbetering van de werknemers, het loon en de bescherming ervan, de beroepenclassificatie, het betaald verlof en het vormingsverlof, de jaarlijkse vakantie alsook het welzijn van de werknemers bij de uitvoering van hun werk”.³⁷¹

366 Sommige commentatoren stellen dat er niet wordt gesproken van *bevorderingsvoorwaarden*, maar van *kansen* omdat promotievoorwaarden vaak niet geformaliseerd zijn en louter berusten op een discretionaire appreciatie van de directie of de hiërarchische oversten van de betrokken werknemers. Om in dit verband discriminatie aan te tonen zou men zich dus wel moeten baseren op een theoretische inschatting van de “kansen” van een persoon om aanspraak te kunnen maken op een promotie (I. VERHELST en I. DE WILDE, “De gevolgen van de anti-discriminatiewet voor het arbeidsrecht”, *I.c.*, 440). Zie kritisch BAYART, voorzover de redenering van VERHELST en DE WILDE ertoe zou leiden dat werkgevers zich zouden kunnen verschuilen achter “informele procedures” en “discretionaire appreciaties” (C. BAYART, *o.c.*, 430).

367 Zie uitvoerig C. BAYART, *o.c.*, 437-451. De auteur geeft aan dat vooral op dit punt belangrijke toepassingsproblemen kunnen rijzen voor de Antidiscriminatiewet, m.b.t. het gebruik van het criterium leeftijd en het criterium anciënniteit in de sectorale loonbarema's (*ibid.*, 448).

368 J. HOFKENS en S. DEMEESTERE, *o.c.*, 91. Vgl. I. VERHELST en I. DE WILDE, “De gevolgen van de anti-discriminatiewet voor het arbeidsrecht”, *I.c.*, 440.

369 J. HOFKENS en S. DEMEESTERE, *o.c.*, 91.

370 *B.S.* 19 juni 1999.

371 HOFKENS en DEMEESTERE wijzen er hierbij op dat “het loon en de bescherming ervan” uit deze notie van arbeidsvoorwaarden kunnen worden weggelaten, daar deze in de Antidiscriminatiewet uitdrukkelijk en afzonderlijk vermeld worden bij de omschrijving van haar materiële werkingssfeer (J. HOFKENS en S. DEMEESTERE, *o.c.*, 91).

1287. Voorts dient de wet niet alleen op het vlak van de individuele arbeidsbetrekkingen te gelden maar ook op het vlak van de collectieve arbeidsbetrekkingen.³⁷² Het dwingend karakter van de Antidiscriminatiewet primeert boven de C.A.O. (*cf. infra* nrs. 1315-1317).³⁷³ De wet zou dan ook onverminderd in acht genomen moeten worden bij de onderhandeling van collectieve arbeidsovereenkomsten op nationaal, sectoraal of ondernemingsvlak.

2. ONDUIDELIJKHEDEN VAN EN (MOGELIJKE) BEPERKINGEN OP DE WERKINGSSFEER IN ARBEIDSRELATIES

a. Onduidelijkheden³⁷⁴

1288. Ondanks de ruime opzet van de bepaling is er in de rechtsleer op gewezen dat opsomming een aantal zaken in het ongewisse laat.³⁷⁵

i. Adviesorganen en onderwijs tijdens of voorafgaand aan een arbeidsverhouding

1289. Volgens bepaalde rechtsleer is het niet geheel duidelijk of functies in bestuurs- en adviesorganen, alsook het volgen van onderwijs, scholing en vorming tijdens of voorafgaand aan een arbeidsverhouding onder het toepassingsgebied van de bepaling vallen.³⁷⁶ Aangaande het laatste is echter gesteld dat dit in de eerste plaats behoort tot de bevoegdheden van de deelstaten, zodat het aan hen is om hier wetgevend op te treden³⁷⁷, hetgeen de Vlaamse decreetgever ook reeds gedaan heeft.³⁷⁸ Voorzover voorts scholing en vorming diensten zijn die aangeboden worden aan het publiek vallen zij uiteraard onder artikel 2 § 4, 2^{de} streepje.³⁷⁹

372 D. CUYPERS, "There will never be equality in the servant's hall. Gelijkheid in het arbeidsrecht", in X, *Vrijheid en gelijkheid, de horizontale werking van het gelijkheidsbeginsel en de nieuwe antidiscriminatiewet*, Antwerpen, Maklu, 2003, 462; I. VERHELST en I. DE WILDE, "De gevolgen van de anti-discriminatiewet voor het arbeidsrecht", *l.c.*, 441; J. HOFKENS en S. DEMEESTERE, *o.c.*, 91.

373 Zie ook art. 51 C.A.O.-Wet en art. 18 Antidiscriminatiewet.

374 Op een (zijdelings) gerelateerd punt is er in de rechtsleer ook herhaaldelijk op gewezen dat de verplichting tot sociale dialoog, zoals bepaald in art. 11 Rasrichtlijn en art. 13 Kaderrichtlijn niet uitdrukkelijk werd opgenomen in de wet (P. POPELIER, *l.c.*, 266; J. HUYS, *l.c.*, 420-421; D. CUYPERS, "There Will Never Be Equality in the Servant's Hall. Gelijkheid in het arbeidsrecht", *l.c.*, 457). Ook in het parlement is dit aangestipt (*Parl. St.* Senaat 2001-02, nr. 2-12/15, 59). CUYPERS wijst er op dat men zou kunnen stellen dat in België deze verplichting reeds van kracht is via talrijke andere sociaalrechtelijke bepalingen (D. CUYPERS, "There Will Never Be Equality in the Servant's Hall. Gelijkheid in het arbeidsrecht", *l.c.*, 457). CLAUWAERT wijst er voorts op dat de richtlijnen terzake geen verplichting instellen, maar eerder een aanmoediging inhouden (H. CLAUWAERT, *l.c.*, 208).

375 J. VRIELINK, S. SOTTIAUX en D. DE PRINS, "De anti-discriminatiewet, een artikelsgewijze analyse (deel 1)", *l.c.*, 270.

376 De Kader- en Rasrichtlijn voorzien (bij benadering) wel in deze werkingssfeer. Zie art. 3 lid 1b van beide richtlijnen.

377 Op grond van art. 4, 16° Bijzondere Wet 8 augustus 1980 tot hervorming der instellingen, *B.S.* 15 augustus 1980.

378 Zie art. 2 lid 12, art. 3 lid 1 en art. 5 Decreet houdende evenredige participatie op de arbeidsmarkt, *B.S.* 26 juli 2002.

379 C.G.K.R., *Aanpak discriminatie en racisme*, 97.

ii. Lidmaatschap werkgevers- of werknemersorganisaties

1290. De vraag of de Antidiscriminatiewet al dan niet van toepassing is op het lidmaatschap van, of de betrokkenheid bij een werkgevers- of een werknemersorganisatie of enige organisatie waarvan de leden een bepaald beroep uitoefenen – een mogelijkheid waarin krachtens de richtlijnen voorzien moet worden – komt elders aan de orde (*cf. infra* nrs. 1296-1301).

b. Federale bevoegdheidsverdeling: onderwijs

1291. Artikel 2 § 4, 2^{de} en 3^{de} streepje lijken (evenals art. 2 § 5) de Antidiscriminatiewet in beginsel ook toepasselijk te maken waar het onderwijsaangelegenheden betreft. De wetgever achtte dit – blijkens de voorbereidingen – ook het geval.³⁸⁰ In de rechtsleer is de federale bevoegdheid terzake in twijfel getrokken³⁸¹, daar onderwijs principieel tot de bevoegdheid behoort van de Gemeenschappen.³⁸² Ook de residuaire bevoegdheid van de federale wetgever voor burgerlijk recht kan volgens deze rechtsleer geenszins verhinderen dat de Gemeenschappen uitsluitend bevoegd zijn om de contractuele relatie tussen een onderwijsinstelling en de leerlingen te regelen. Hetzelfde geldt voor het statuut van het onderwijzend personeel.

1292. Het zou dus enkel toekomen aan de Gemeenschappen om het discriminatieverbod in het onderwijs te waarborgen. Het Vlaams Parlement heeft overigens reeds voorzien in decreten die de gelijke kansen waarborgen enerzijds van leerlingen inzake toegang tot de gesubsidieerde onderwijsinstellingen³⁸³ en anderzijds van leerkrachten inzake arbeidsparticipatie in de bewuste instellingen.³⁸⁴ Volgens de betreffende rechtsleer zou de federale Antidiscriminatiewet daarmee echter op grondwetconforme wijze restrictief moeten worden geïnterpreteerd en niet van toepassing moeten worden beschouwd op het onderwijs.

1293. In één van de eerste toepassingen van de Antidiscriminatiewet, wordt deze laatste desalniettemin van toepassing geacht in de onderwijssector. De Hasseltse Rechtbank, zetelend zoals in kort geding, paste de wet in de betreffende zaak zonder

380 Zie o.m. *Parl. St.* Senaat 2001-02, nr. 2-12/15, 17, 18, 20, 71, 83-86, 88 en 148; *Parl. St.* Kamer 2001-02, nr. 50-1578/8, 46-47 en 49.

381 J. VELAERS, “De horizontale werking van het discriminatieverbod in de discriminatiewet, enkele constitutionele beschouwingen”, *l.c.*, 301-302; A. OVERBEEKE en G. GEUDENS, *l.c.*, 700; P. BORGHS, *o.c.*, 11-12; L.M. VENY *l.c.*, 116-117.

382 Op deze algemene bevoegdheid gelden slechts drie, uitdrukkelijk in art. 127 § 1 lid 2 G.W. genoemde, uitzonderingen: (a) de bepaling van het begin en het einde van de leerplicht; (b) de minimale voorwaarden voor het uitreiken van diploma's; en (c) de pensioenregeling.

383 Decreet Vl. Gem. 28 juni 2002 betreffende gelijke onderwijskansen I, *B.S.* 14 september 2002. Zie uitgebreid A. OVERBEEKE, “Non-discriminatie en gelijke kansen inzake schoolkeuze in het Vlaamse onderwijs”, in X, *Vrijheid en gelijkheid, de horizontale werking van het gelijkheidsbeginsel en de nieuwe antidiscriminatiewet*, Antwerpen, Maklu, 2003, 707-756.

384 Decreet Vl. Gem. 8 mei 2002 houdende evenredige participatie op de arbeidsmarkt, *B.S.* 26 juli 2002. Zie A. OVERBEEKE en G. GEUDENS, *l.c.*, 647-706.

meer toe op een kledingvoorschrift als gesteld door een (openbare) school (*cf. infra* nrs. 1441-1442).³⁸⁵

C. De vermelding in een officieel stuk of in een proces-verbaal (art. 2 § 4, 4^{de} streepje)

1294. Discriminerende bepalingen in officiële stukken en processen-verbaal vallen ook onder het toepassingsgebied van de wet. Omtrent deze “officiële stukken” is in de voorbereidingen inhoudelijk weinig bepaald. In het normale taalgebruik duidt deze term uiteraard om te beginnen op documenten van overheidswege (paspoorten, identiteitskaarten, attesten van de bevolkingsdienst of dienst burgerlijke stand). Daarnaast komen waarschijnlijk ook bepaalde documenten van private rechtspersonen in aanmerking, voorzover deze bij wet erkende rechtsgeldigheid hebben (zoals diploma’s, verzekeringspolissen en notariële akten).³⁸⁶

1295. Belangrijk is verder dat niet elke vermelding van een onderscheidend criterium in dergelijke stukken verboden is. Dit zou immers betekenen dat de loutere weergave van iemands geslacht of fysieke eigenschappen op een paspoort reeds strijdigheid met de wet zouden opleveren. In sommige officiële stukken zijn bepaalde vermeldingen of onderscheiden dus zonder meer toegestaan, maar “dezelfde elementen kunnen echter wel discriminatoir zijn in andere officiële documenten, bijvoorbeeld in processen-verbaal van ordehandhavers”.³⁸⁷ Bepaalde rechtsleer stelt dat het er om zou gaan of een vermelding al dan “niet ter zake doet”. Volgens anderen leidt deze zuivere “doel-rationaliteit” echter tot (te) veel onduidelijkheid, zodat ook de waarschijnlijkheid van discriminatoire implicaties van een vermelding in ogenschouw genomen dient te worden. Overeenstemming bestaat er over het feit dat voor de beoordeling van de toelaatbaarheid van een vermelding vooral ook de context van wezenlijk belang is.³⁸⁸

*D. De toegang tot en de deelname aan, alsook elke andere uitoefening van een economische, sociale, culturele of politieke activiteit toegankelijk voor het publiek (art. 2 § 4, 6^{de} streepje)*³⁸⁹

1296. Het verbod in artikel 2 § 4, 6^{de} streepje dient als een soort vangnet dat een groot deel van het niet door de voorgaande bepalingen beslagen openbare leven viseert.³⁹⁰ Zowel de toegang tot, de deelname aan als elke andere (eigen) uitoefening

385 Voorz. Hasselt 5 oktober 2004, *T. Vreemd* 2004, nr. 4 (noot J. VRIELINK en S. SOTTIAUX).
 386 J. VRIELINK, S. SOTTIAUX en D. DE PRINS, “De anti-discriminatiewet, een artikelsgewijze analyse (deel 1)”, *l.c.*, 270; C.G.K.R., *Aanpak discriminatie en racisme*, 98; S. VAN DROOGHENBROECK, *l.c.*, 229, nr. 54.
 387 *Parl. St.* Senaat 1999-2000, 2-12/15, 92.
 388 J. VRIELINK, “De nieuwe Belgische antidiscriminatiewet. Een kritische bespreking”, *l.c.*, 215; C.G.K.R., *Aanpak discriminatie en racisme*, 98.
 389 Hoewel deze bepaling na de vernietiging van het oorspronkelijke 5^{de} streepje ook gezien zou kunnen worden als het nieuwe 5^{de} streepje, wordt – om verwarring te voorkomen – de oude telling aangehouden.
 390 Zie o.m. J. VELAERS, “De horizontale werking van het discriminatieverbod in de discriminatiewet, enkele constitutionele beschouwingen”, *l.c.*, 298.

van de activiteiten moet zonder discriminatie op welke grond dan ook verzekerd zijn.³⁹¹

1297. De specificatie “toegankelijk voor publiek” is – evenals in het geval van de analoge toevoeging in de bepaling betreffende de levering van goederen en diensten – opgenomen in het kader van de bescherming van de privé-sfeer en de vrijheid van vereniging.³⁹² Deze bescherming lijkt naar de bedoeling van de wetgever *in casu* bijzonder verregaand. Bij de verantwoording van het amendement dat de bewuste passage toevoegde³⁹³, stelde hoofdindieners MAHOUX uitdrukkelijk het volgende:

Het ligt niet in de bedoeling om hoe dan ook in te grijpen in de organisatie en de keuze van activiteiten van een vereniging bijvoorbeeld. Zodra evenwel een activiteit toegankelijk is voor het publiek en dus niet meer in de persoonlijke levenssfeer ligt, of alleen aan de leden van een vereniging is voorbehouden, mogen er bij het publiek geen vormen van discriminatie ontstaan.³⁹⁴

1298. Het verbod is dus bedoeld om enkel te gelden bij activiteiten die “niet enkel voorbehouden zijn aan de leden van de vereniging”.³⁹⁵ Sommige rechtsleer volgt deze interpretatie en sluit het verenigingsleven uit van de werkingssfeer van de wet vanaf dat er een vereiste van lidmaatschap geldt voor toegang tot de activiteiten ervan. Pas wanneer verenigingen hun activiteiten openstellen voor het publiek, of althans niet meer het vereiste van lidmaatschap stellen, vallen zij in deze optiek onder het toepassingsgebied van de wet.³⁹⁶

1299. Andere auteurs wijzen echter op het feit dat activiteiten van verenigingen die lidmaatschap vereisen niet noodzakelijk (allemaal) uitgesloten zijn van het toepassingsgebied van de wet.³⁹⁷ Dit zou immers betekenen dat het *alle* verenigingen

391 C.G.K.R., *Aanpak discriminatie en racisme*, 100.

392 Ter verantwoording werd verwezen naar Amendement nr. 49 van de heer MAHOUX (*Parl. St. Senaat* 2000-01, nr. 2-12/7, 18-19). Er werd opnieuw aangegeven dat de wet “uiteraard niet slaat op de zuiver private betrekkingen tussen individuen, met inbegrip van de betrekkingen die ontstaan in het kader van een vereniging tussen personen, die daarvoor hun eigen redenen hebben en daarbij hun eigen, gemeenschappelijke criteria hanteren”.

393 In reactie op de eerste kritiek van de Raad van State die o.m. stelde dat de bepaling de vrijheid van vereniging te zeer in het gedrang dreigde te brengen. De Raad zei in dit verband: “de vrijheid van vereniging omvat inzonderheid het recht om de interne organisatie van de vereniging vrijelijk vast te stellen: de stichters bepalen de vorm van de vereniging (...), de voorwaarden om lid te worden, de organen en de personen die er deel van uitmaken, alsmede de interne discipline”. Volgens de Raad is het verder rechte perfect geoorloofd dat “verenigingen alleen openstaan voor bepaalde personen op grond van de criteria vermeld in (...) het voorstel” (*Parl. St. Senaat* 2000-01, nr. 2-12/7, 18-19).

394 Verantwoording bij Amendement nr. 49 (*Parl. St. Senaat* 2000-01, nr. 2-12/7, 18).

395 *Parl. St. Senaat* 2001-02, nr. 2-12/15, 96. Sommige parlementariërs waren van mening dat deze aanpassing niet ver genoeg voerde en dat de bepaling ofwel veel te vaag is en een onaanvaardbare bron van rechtsonzekerheid vormt (zie bv. Amendementen nrs. 33 en 34, *Parl. St. Kamer* 2001-02, nr. 50-1578/4, 3-5 (ARENS)) ofwel dat de bepaling nog altijd in strijd is met de vrijheid van vereniging (zie Amendement nr. 50, *Parl. St. Kamer* 2001-02, nr. 50-1578/5, 5 (SCHAUVLIEGE)).

396 C.G.K.R., *Aanpak discriminatie en racisme*, 100.

397 J. VELAERS, “De antidiscriminatiewet en de botsing van grondrechten”, *l.c.*, 346-352; D. DE PRINS, “De verhouding tussen verenigingsvrijheid en antidiscriminatie naar Belgisch, Nederlands en Amerikaans recht. Over het discriminatieverbod en de toegang tot politieke partijen”, *l.c.*, 516-517; J. VRIELINK, D. DE PRINS en S. SOTTIAUX, “Het kaartenhuis der keuzes. Een rechtsvergelijkende analyse van de Nederlandse Algemene Wet Gelijke Behandeling en de Belgische antidiscriminatiewet”, *l.c.*, 251-252; J. HOFKENS en S. DEMEESTERE, *o.c.*, 92-93; D. VOOR-

volledig zou vrijstaan om op basis van elk willekeurig criterium leden te selecteren, hetgeen weinig aannemelijk wordt geacht.³⁹⁸ Ook de tekst van de wet zou een ruimere lezing niet uitsluiten. De wet zou volgens deze rechtsleer met name wél zien op het lidmaatschap van “publieke” verenigingen, dat wil zeggen verenigingen die de voorwaarden voor lidmaatschap stellen in algemene termen, zodat eenieder die eraan beantwoordt, kan toetreden. Discriminatie van kandidaat-leden van dergelijke verenigingen zou volgens deze rechtsleer namelijk gelijkgesteld kunnen worden met discriminatie bij de toegang van een door de vereniging georganiseerde activiteit en/of een aan het publiek aangeboden dienst.³⁹⁹ Ter bijkomende ondersteuning van deze visie wordt vaak gewezen op de uiteenzetting van Minister ONKELINX in de Kamer, die stelde dat het “lidmaatschap van een vakvereniging (...) vervat is in de woorden ‘de toegang tot en de deelname aan, alsook elke andere uitoefening van een economische, sociale, culturele of politieke activiteit toegankelijk voor het publiek’”.⁴⁰⁰ Wat voor vakverenigingen geldt, zou volgens deze rechtsleer ook (moeten) gelden voor politieke partijen en andere (publieke) verenigingen.⁴⁰¹

1300. Volgens de betreffende auteurs ging het de wetgever er daarmee wellicht uitsluitend om het lidmaatschap van *zuiver private* verenigingen buiten de werkingsfeer van de wet te plaatsen. Met dergelijke verenigingen worden dan besloten verenigingen bedoeld met een zuiver *intuitu personae*-lidmaatschap.⁴⁰² Zulke verenigingen richten zich immers niet tot het publiek, zodat de wet (enkel) op hen niet van toepassing is. Op (meer) publieke verenigingen, echter, zou de wet wel degelijk van toepassing zijn.⁴⁰³

→ HOOFF, “De wet bestrijding discriminatie als beperking op de expressievrijheid: ultieme realisatie van het gelijkheidsbeginsel of veelkoppig monster?”, in M. DE VOS en E. BREMS (eds.), *Wet Bestrijding Discriminatie in de praktijk*, Antwerpen, Intersentia, 2004, 162.

398 D. DE PRINS, “De verhouding tussen verenigingsvrijheid en antidiscriminatie naar Belgisch, Nederlands en Amerikaans recht. Over het discriminatieverbod en de toegang tot politieke partijen”, *I.c.*, 516. De auteur geeft aan dat de – zijns inziens onredelijke – implicatie hiervan zou zijn dat *alle* verenigingen – ongeacht hun grootte of functie – probleemloos en zonder een rechtvaardiging te hoeven geven Joden, gehandicapten, vrouwen enz. van lidmaatschap zouden kunnen uitsluiten.

399 D. DE PRINS, “De verhouding tussen verenigingsvrijheid en antidiscriminatie naar Belgisch, Nederlands en Amerikaans recht. Over het discriminatieverbod en de toegang tot politieke partijen”, *I.c.*, 516; J. VELAERS, “De antidiscriminatie en de botsing van grondrechten”, *I.c.*, 347; J. VRIELINK, S. SOTTIAUX en D. DE PRINS, “De anti-discriminatiewet, een artikelsgewijze analyse (deel 1)”, *I.c.*, 272-273; Y. THIERY, *I.c.*, 649-651.

400 *Parl. St. Kamer* 2001-02, nr. 50-1578/8, 37. Minister ONKELINX gaf de uiteenzetting om te verduidelijken dat een amendement (ingegeven door art. 3 lid 1d Kaderrichtlijn) dat ertoe strekte de wet uitdrukkelijk van toepassing te maken op de representatieve (arbeids)organisaties niet noodzakelijk was, daar het voorstel daar reeds op van toepassing zou zijn.

401 De richtlijn legt dit laatste toepassingsgebied echter niet uitdrukkelijk op, in tegenstelling tot de toepasselijkheid op de vakverenigingen. De rechtsleer is overigens eensgezind dat het lidmaatschap van een vakvereniging, niet alleen op basis van de uiteenzetting van ONKELINX, maar vooral ook op grond van richtlijnconforme interpretatie, onder het toepassingsgebied van de wet valt. Zie o.m. O. DE SCHUTTER, “La loi Belge tendant à lutter contre la discrimination”, *I.c.*, 848.

402 J. VELAERS, “De antidiscriminatie en de botsing van grondrechten”, *I.c.*, 348; J. HOFKENS en S. DEMEESTERE, *o.c.*, 93-94.

403 De (gedeeltelijke) toepasselijkheid van de wet op de ledenselectie door bepaalde verenigingen zou volgens deze rechtsleer overigens niet ten koste hoeven te gaan van de bekommernis van de wetgever en de Raad van State om de verenigingsvrijheid te vrijwaren. Ten eerste vanwege de vrijstelling van de zuiver private verenigingen. Ten tweede echter blijft ook voor de meer publieke verenigingen steeds een objectieve en redelijke verantwoording van het onderscheid mogelijk. Ook moet de beperking via art. 3 (*cf. infra* nrs. 1229-1238) van de wet voldoen aan de beperkings-

→

1301. Wat de rechterlijke macht met de passage zal aanvangen blijft daarmee vooralsnog een open vraag, de bepaling zelf lijkt echter geen van beide interpretaties op voorhand uit te sluiten.⁴⁰⁴

*E. Vernietigd: het verspreiden, het publiceren of het openbaar maken van een tekst, een bericht, een teken of enig andere drager van discriminerende uitlatingen (voormalig art. 2 § 4, 5^{de} streepje)*⁴⁰⁵

1302. Het oorspronkelijke artikel 2 § 4, 5^{de} streepje werd door het Arbitragehof vernietigd, wegens schending van artikel 19 G.W.⁴⁰⁶ De bepaling vormde een burgerrechtelijk verbod op het verspreiden, het publiceren of het openbaar maken van discriminerende uitlatingen.⁴⁰⁷ De concrete “uitingsvormen” waarbij of waarin discriminerende uitlatingen verboden waren, betroffen “teksten”, “berichten”, “tekens” “of enig andere drager”. Wat betreft teksten kon het bijvoorbeeld gaan om de inhoud van dagbladen, magazines, enz. Ook zaken als discriminatoire voorstellen of aanbiedingen van verhuur of verkoop via (kranten)advertenties zouden hieronder zijn gevallen.⁴⁰⁸ Berichten konden volgens rechtsleer verder zowel schriftelijk als elektronisch zijn. Bij tekens zou voorts in de eerste plaats gedacht kunnen worden aan swastika’s, brandende kruizen, White-powersymbolen enz. Door middel van de restcategorie “enig andere drager”, werden zaken als radio, televisie, film of internet gevisieerd.

1303. De bepaling beoogde slechts “materiële” dragers; het ging niet om louter verbale discriminatoire uitlatingen in afwezigheid van een “medium”.⁴⁰⁹ In de genoemde dragers waren “discriminerende uitlatingen” verboden. Op grond van dit begrip was het onderdeel in de rechtsleer bijzonder scherp bekritiseerd. De meest

→ voorwaarden uit art. 11 lid 2 E.V.R.M. Wanneer zich een conflict tussen verenigingsvrijheid en gelijke behandeling (zoals begrepen in de wet) voordoet, zou de rechter dus een afweging moeten maken tussen beide rechtswaarden. Het criterium dat bij deze afweging centraal zou moeten staan is volgens deze auteurs dat toetreding niet geweigerd kan worden op basis van de (discriminatie)gronden van de wet, tenzij de bewuste toetreding de vereniging verplicht om afbreuk te doen aan (één van) haar wezenlijke overtuigingen of doelstellingen (J. VELAERS, “De antidiscriminatie en de botsing van grondrechten”, *l.c.*, 346-352; D. DE PRINS, “De verhouding tussen verenigingsvrijheid en antidiscriminatie naar Belgisch, Nederlands en Amerikaans recht. Over het discriminatieverbod en de toegang tot politieke partijen”, *l.c.*, 516-517 en 539; J. VRIELINK, S. SOTTIAUX en D. DE PRINS, “De anti-discriminatiewet, een artikelsgewijze analyse (deel 1)”, *l.c.*, 273).

404 J. VRIELINK, “De nieuwe Belgische antidiscriminatiewet. Een kritische bespreking”, *l.c.*, 217.

405 Tijdens de voorbereidingen werd er op gewezen dat deze bepaling ook ongelukkig geformuleerd was. Naar de letter van de wet stelde zij immers dat discriminerende geschriften zelf toegestaan zijn, maar dat deze “alleen (...) niet op discriminerende wijze [mogen] worden gepubliceerd en verspreid” (*Hand. Senaat* 2000-01, 20 december 2001, 52).

406 Arbitragehof nr. 157/2004, 6 oktober 2004, B.71-75, *B.S.* 18 oktober 2004.

407 Zie o.m. J. VELAERS, “De antidiscriminatie en de botsing van grondrechten”, *l.c.*, 376-377; J. VRIELINK, “De nieuwe Belgische antidiscriminatiewet. Een kritische bespreking”, *l.c.*, 216; D. VOORHOOF, “De antidiscriminatiewet als beperking op de expressievrijheid: ultieme realisatie van het gelijkheidsbeginsel of veelkoppig monster?”, *l.c.*, 195-196; S. VAN DROOGHENBROECK, *l.c.*, 230, nr. 58.

408 A. DE BOECK, *l.c.*, 436.

409 VAN DROOGHENBROECK stelt dat de bepaling “couvrir l’ensemble des mediums de communication” (S. VAN DROOGHENBROECK, *l.c.*, 229, nr. 56).

voor de hand liggende, wetssystematische interpretatie was namelijk volgens de meeste commentatoren om het begrip “discriminatie” te interpreteren aan de hand van artikel 2 § 1 en § 2 van de wet. Op basis daarvan konden discriminerende, en dus verboden, uitlatingen in theorie twee vormen aannemen. Enerzijds kon het gaan om een uiting waarin een onderscheid werd gemaakt dat rechtstreeks gebaseerd was op een van de discriminatiegronden van de wet en waarvoor geen objectieve en redelijke rechtvaardiging bestond. Anderzijds kon het ook gaan om uitingen waarin een ogenschijnlijk neutrale bepaling, maatstaf of handelwijze als dusdanig een schadelijke weerslag had op personen op wie een van de discriminatiegronden van toepassing was, tenzij die uiting opnieuw objectief en redelijkerwijze gerechtvaardigd kon worden.

1304. Bepaalde rechtsleer achtte daarmee de problemen met dit element dermate onoplosbaar dat het beter “opgeheven” of “weggegomd” zou worden.⁴¹⁰ Andere auteurs achtten een grondwetconforme interpretatie – met enige moeite – desalniettemin mogelijk.⁴¹¹ Steun hiervoor werd in de eerste plaats gevonden in de voorbereidingen van de wet. De wetgever wilde zelf door middel van de bepaling geenszins een ruim mandaat geven aan de bestrijding van elke “onderscheid makende” opinie. In het parlement werd onder meer gesteld dat – vooraleer uitlatingen discriminerend geacht kunnen worden – er minstens sprake moest zijn van een sterk beledigend of vernederend karakter van de uitlatingen.⁴¹² Voorts werd er ook op gewezen dat de context⁴¹³ van de betreffende uitlating sterk in ogenschouw moet worden genomen, alsook de erdoor veroorzaakte gevolgen en schade. Ook de adviezen van de Raad van State en de daaraan gegeven gevolgen zijn bij herhaling ingeroepen voor een restrictieve interpretatie.⁴¹⁴ Om tegemoet te komen aan de (eerste) kritiek van de Raad werd (o.m.) artikel 3 in de wet gevoegd, waarin uitdrukkelijk wordt gesteld dat de wet geen afbreuk doet aan rechten en vrijheden. Desondanks bleef de Raad ook

410 D. VOORHOOF, “De wet bestrijding discriminatie als beperking op de expressievrijheid: ultieme realisatie van het gelijkheidsbeginsel of veelkoppig monster?”, *l.c.*, 199.

411 J. VELAERS, “De antidiscriminatie en de botsing van grondrechten”, *l.c.*, 373-375; J. VRIELINK, S. SOTTIAUX en D. DE PRINS, “De anti-discriminatiewet, een artikelsgewijze analyse (deel 1)”, *l.c.*, 270-272.

412 Zie ook *Parl. St.* Senaat 2000-01, nr. 2-12/8, 4-5.

413 Senatoren VANDENBERGHE en DE SCHAMPELAERE wezen hier op. Zij gaven het voorbeeld van de nationale veiligheidsdiensten, die lijsten aanleggen van o.m. discriminatoire tekens.

414 De Raad was in zijn adviezen namelijk bijzonder kritisch over de wijze waarop het oorspronkelijke voorstel de vrijheid van meningsuiting aan banden leek te leggen. Zich inspirerend op rechtspraak van het Europees Hof stelde de Raad in zijn eerste advies o.m. “[D]at er geen grond is om beperkingen op te leggen aan het recht van de burgers om, zelfs op luide en polemische toon die het openbaar debat vaak kenmerkt, hun mening te uiten over, bv., de respectieve rol van man en vrouw in de maatschappij of binnen het koppel, de leeftijd waarop de meerderjarigheid ingaat, de rechten van homoparen, de kinderrechten, het ongehuwd samenleven, het uit de echt scheiden, het fiscaal, sociaal en gezondheidsbeleid, het beleid ten aanzien van personen met een handicap enz., zelfs als die meningen ‘de Staat of een of andere groep van de bevolking schokken, verontrusten of kwetsen’. Zo ook zou het overdreven zijn een straf te stellen op het maken van een seksistische grap of het spotten met de seksuele geaardheid of met een fysiek kenmerk van een bekend persoon, voor zover die grap of die spottentij niet verwordt tot een belediging, laster of eerroof of een inbreuk op de persoonlijke levenssfeer” (*Parl. St.* Senaat 1999-2000, 2-12/5, 10).

bij zijn tweede advies vragen stellen bij de bepaling en het citeerde terzake het arrest van het Arbitragehof over de Wet op de partijfinanciering en stelde dat de redenering van het Hof *mutatis mutandis* voor het onderhavige artikel gold.⁴¹⁵

1305. De rechtsleer was unaniem over het feit dat dit al met al wilde zeggen dat het begrip “discriminerende uitlatingen” niet in wetssystematische zin geïnterpreteerd mocht worden en evenmin gelijkgesteld mocht worden met beledigende of krenkende uitspraken. Bepaalde commentatoren lieten het daarbij en stelden dat de grens van het toelaatbare wél bereikt zou worden wanneer de geviseerde personen of groepen duidelijk als minderwaardig zouden worden voorgesteld.⁴¹⁶ Anderen gingen verder en vereisten dat de uitlatingen “onnodig grievend” zouden zijn of “bedoeld om tot publieke afkeer te inspireren” alvorens er sprake kon zijn van een inbreuk op de bepaling: “niet wat gezegd wordt, doch de wijze waarop, staat dan centraal”.⁴¹⁷ Verschillende auteurs trokken nog verdergaande conclusies. Zij stelden dat het al dan niet grievend karakter van een uitspraak te zeer afhangt van de inborst van het individu of de groep waarop de uitlating gericht is: een afbakening van de vrijheid van meningsuiting aan de hand van dergelijke subjectieve gevoelens zou dit recht op termijn volledig kunnen uithollen. Zij volgden daarom de Raad van State en gaven aan dat de meningsuitingen die artikel 2 § 4, 5^{de} streepje viseerde dienden aan te sporen tot het schenden van een geldende rechtsregel of tot wetteloos handelen, waarbij – voor de santionering – voorts veel aandacht zou moeten zijn voor de context waarin de uiting plaatsvindt (de plaats, het publiek) alsook het medium waarmee zij verspreid wordt (bv. een dagblad, een roman, internet, enz.).⁴¹⁸

415 De Raad stelde m.b.t. het arrest meer bepaald het volgende: “Er behoort te worden op gewezen dat na het voormelde advies [het eerste advies], het arrest 10/2001 van 7 februari 2001 van het Arbitragehof gewezen is in een gelijkaardige aangelegenheid, in verband met de Wet van 14 februari 1999 (...). Die wet strekt ertoe een einde te maken aan de financiering van politieke partijen die duidelijk en d.m.v. verscheidene, met elkaar overeenstemmende tekenen, aantonen dat ze vijandig staan tegenover de rechten en vrijheden die gewaarborgd worden door het Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden. Het Arbitragehof heeft geoordeeld dat die wet geacht kan worden in overeenstemming te zijn met de Grondwet op voorwaarde dat zij restrictief wordt geïnterpreteerd en niet van toepassing is op een partij die alleen zou hebben voorgesteld deze of gene regel van het Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens of van een van de protocollen ervan anders te interpreteren of te herzien, of die kritiek zou hebben geuit op de filosofische of ideologische uitgangspunten van die internationale instrumenten. Daarbij dient ‘vijandigheid’ volgens het Arbitragehof te worden begrepen als een aansporing tot het schenden van een geldende rechtsregel (inzonderheid een aansporing tot het plegen van geweld en tot het zich verzetten tegen voormelde regels). Die interpretatie geldt *mutatis mutandis* voor art. 2 § 3, 5^{de} streepje van het ontwerp” (*Parl. St. Kamer* 2001-02, 50-1578/2, 6).

416 C.G.K.R., *Aanpak discriminatie en racisme*, 99. Ook VELAERS komt in eerste instantie uit op deze interpretatie, maar wijst er op die op gespannen voet staat met vereisten aangaande de vrijheid van meningsuiting (J. VELAERS, “De antidiscriminatie en de botsing van grondrechten”, *l.c.*, 375-386).

417 J. VELAERS, “De antidiscriminatiewet en de botsing van grondrechten”, *l.c.*, 375-386. Zie ook M. ADAMS, “Vrijheid en gelijkheid bij Ronald Dworkin, een rechtsfilosofische excursie”, in X, *Vrijheid en gelijkheid, de horizontale werking van het gelijkheidsbeginsel en de nieuwe antidiscriminatiewet*, Antwerpen, Maklu, 2003, 144-145.

418 J. VRIELINK, S. SOTTIAUX en D. DE PRINS, “De anti-discriminatiewet, een artikelsgewijze analyse (deel 1)”, *l.c.*, 270-272.

1306. Het Arbitragehof deed weinig pogingen om te komen tot dergelijke grondwetsconforme interpretaties van de bepaling.⁴¹⁹ Het Hof stelt met betrekking tot de bepaling het volgende:

De wet geeft niet aan waarin of wanneer die discriminerende uitlatingen de in een democratische samenleving toelaatbare drempel overschrijden van het verkondigen van ideeën welke kunnen “schokken, verontrusten of kwetsen”. Aldus voldoet de bepaling niet aan de strikte vereisten waaraan de beperking van de vrijheid van meningsuiting is onderworpen.⁴²⁰

1307. Artikel 19 § 1 (stakingsvordering) dat in samenhang met deze bepaling was aangevochten, werd door het Hof wel in stand gehouden, zij het met een restrictieve interpretatie ten aanzien van het in artikelen 19 en 25 van de Grondwet gewaarborgde verbod op preventieve maatregelen in het algemeen en het verbod van censuur in het bijzonder (*cf. infra* nrs. 1366-1367).⁴²¹

§ 2. Afbakening werkingssfeer in relatie tot gerelateerde wetgeving

1308. Het toepassingsgebied van de nieuwe wet raakt op een aantal punten aan dat van andere en voorafgaande wetgeving op het terrein van de gelijke behandeling. Het gaat hier vooral om de Wet van 7 mei 1999 op de gelijke behandeling van mannen en vrouwen (Wet gelijkheid man – vrouw) enerzijds en de Antiracismewet (*cf. supra* deel IV) anderzijds.

A. Wet gelijkheid man – vrouw (art. 5)⁴²²

1309. De toepassing van de Antidiscriminatiewet is beperkt voor wat betreft discriminaties op grond van het criterium geslacht. Deze beperking is neergelegd in artikel 5 van de wet, dat als volgt luidt: “met uitzondering van hoofdstuk III en van

419 Zie kritisch J. VELAERS, “Het arbitragehof en de antidiscriminatiewet”, *l.c.*, nrs. 36-38. Er kan nog worden opgemerkt dat dit op gespannen voet staat met het subsidiariteitsbeginsel dat het Hof afkondigt van het burgerlijk recht op het strafrecht, waar het de bestrijding van discriminatoire meningsuitingen betreft. Het Arbitragehof stelt dienaangaande immers: “de Staat [moet], in het bijzonder bij het nemen van maatregelen die de vrijheid van meningsuiting kunnen beperken, vermijden dat strafrechtelijke maatregelen worden genomen wanneer andere maatregelen, zoals burgerrechtelijke sancties, het mogelijk maken de nagestreefde doelstelling te bereiken” (Arbitragehof nr. 157/2004, 6 oktober 2004, B.18, *B.S.* 18 oktober 2004).

420 Arbitragehof nr. 157/2004, 6 oktober 2004, B.73, *B.S.* 18 oktober 2004. Zie kritisch J. VELAERS, “Het arbitragehof en de antidiscriminatiewet”, *l.c.*, nrs. 36-38.

421 Arbitragehof nr. 157/2004, 6 oktober 2004, B.75, *B.S.* 18 oktober 2004. Vgl. in de rechtsleer vooraf J. VELAERS, “De antidiscriminatie en de botsing van grondrechten”, *l.c.*, 376-377; J. VRIELINK, “De nieuwe Belgische antidiscriminatiewet. Een kritische bespreking”, *l.c.*, 216; D. VOORHOOF, “De antidiscriminatiewet als beperking op de expressievrijheid: ultieme realisatie van gelijkheid-beginsel of veelkoppig monster?”, *l.c.*, 195-196; S. VAN DROOGHENBROECK, *l.c.*, 230, nr. 58.

422 *B.S.* 19 juni 1999. Zie over deze wet o.m. C. VAN LAERE, “De praktische impact van de vernieuwde wetgeving inzake gelijke behandeling van mannen en vrouwen”, *Or.* 2000, 112-120; P. HUMBLET, “Gelijke behandeling van mannen en vrouwen: een *status quaestionis*”, in D. CUYPERS (ed.), *Gelijkheid in het arbeidsrecht. Gelijkheid zonder grenzen?*, Antwerpen, Intersentia, 2003, 119-139; P. HUMBLET en C. VANLAERE, “Wet gelijkheid man-vrouw: update”, *T.S.R.* 2000, 347-406; I. VAN TILBORGH, “Gelijke behandeling in het Belgisch recht”, in O. VANACHTER (ed.), *Gelijke behandeling en arbeidsverhoudingen*, Antwerpen/Gronningen, Intersentia rechtswetenschappen, 1999, 75-104; J. HOFKENS en S. DEMEESTERE, *o.c.*, 47-70.

artikel 19 §§ 3 en 4, die van toepassing blijven, worden de discriminaties op grond van het geslacht en die betrekking hebben op de aangelegenheden als bedoeld in artikel 2 § 4, 2^{de} en 3^{de} streepje uitsluitend onderworpen aan de bepalingen van de Wet van 7 mei 1999 op de gelijke behandeling van mannen en vrouwen ten aanzien van de arbeidsvoorwaarden, de toegang tot het arbeidsproces en de promotiekansen, de toegang tot een zelfstandig beroep en de aanvullende regelingen voor sociale zekerheid”. Het doel van de bepaling is om in te gaan op de opmerkingen van de Raad van State betreffende de noodzaak om samenhang te verzekeren tussen de Antidiscriminatiewet en de Wet gelijkheid man – vrouw.⁴²³ De bepaling stelt – simpel gezegd – dat discriminaties op grond van geslacht, die betrekking hebben op arbeidsaangelegenheden, niet vallen onder het toepassingsgebied van de Antidiscriminatiewet. De bescherming tegen geslachtsdiscriminatie wordt op het betreffende rechtsgebied dus in beginsel eenzijdig geregeld door de Wet gelijkheid man – vrouw.

1310. Op dit algemene principe gelden twee belangrijke uitzonderingen. Ten eerste, de strafbepalingen uit hoofdstuk III. De Wet gelijkheid man – vrouw kent namelijk geen gelijkwaardige bepalingen. Een tweede uitzondering geldt voor de bepalingen betreffende de statistische gegevens en de praktijktests die ook niet (uitdrukkelijk) aan de orde komen in de Wet gelijkheid man – vrouw.⁴²⁴ Anders(om) gesteld vallen discriminaties op grond van geslacht volledig binnen het toepassingsgebied van het strafrechtelijk luik van de wet. Ook vallen dergelijke discriminaties binnen het burgerrechtelijk luik, met uitzondering van de discriminaties die worden begaan bij aangelegenheden als bedoeld in de Wet gelijkheid man – vrouw, die bij voorrang worden geregeld door de burgerrechtelijke bepalingen van die laatste wet. Dit laatste echter zonder afbreuk te doen aan de mogelijkheid om een beroep te kunnen doen op statistische gegevens of praktijktests.

1311. Belangrijk is voorts dat voor de behandeling van klachten het C.G.K.R. niet bevoegd is, maar dat hiervoor een speciaal Instituut voor de gelijkheid van vrouwen en mannen werd ingesteld (*cf. infra* nrs. 1430-1433).⁴²⁵

423 *Parl. St.* Kamer 2001-02, nr. 50-1578/3, 6-7.

424 Deze laatste uitzondering betreft in feite enkel een *verduidelijking*. Het ontbreken van een expliciete verwijzing naar de praktijktests en statistische gegevens betekent niet dat deze niet aangewend zouden kunnen worden in het kader van de Wet gelijkheid man – vrouw.

425 Deze exclusieve bevoegdheid is door het Arbitragehof bevestigd. Het Hof stelde dat door de vernietiging van de gronden in het burgerrechtelijke luik “geen afbreuk wordt gedaan aan de uitsluiting van discriminatie op grond van ‘het geslacht’ in de bij art. 23 aan het Centrum voor Gelijkheid van Kansen en voor Racismebestrijding opgedragen taak, die de wetgever in dat verband vermocht toe te wijzen aan het Instituut voor de gelijkheid van vrouwen en mannen” (Arbitragehof nr. 157/2004, 6 oktober 2004, B.15, *B.S.* 18 oktober 2004).

B. Antiracismewet⁴²⁶

1. ALGEMEEN

1312. De Antidiscriminatiewet kent voorts toepassingsbeperkingen in relatie tot rassendiscriminatie.⁴²⁷ Ook deze beperkingen werden ingevoerd naar aanleiding van opmerkingen van de Raad van State, die stelde dat de wet geharmoniseerd diende te worden met de Antiracismewet.⁴²⁸ Bij deze harmonisatie werd er in beginsel voor gekozen rassendiscriminatie – dat wil zeggen discriminatie op grond van een zogenaamd ras, de huidskleur, de afkomst en de nationale of etnische afstamming – uit het strafrechtelijk luik van de Antidiscriminatiewet te lichten. Rassendiscriminatie wordt dus op strafrechtelijk vlak in beginsel enkel geregeld door de Antiracismewet. Op dit principe geldt een uitzondering voor de strafverzwaringen die de Antidiscriminatiewet invoert. Deze zijn wel tevens van toepassing op rassendiscriminatie.

2. WEDERZIJDSE BEÏNVLOEDING

1313. Tussen de Antidiscriminatie- en de Antiracismewet bestaan (mogelijke) interferenties, die aanleiding geven tot vragen over wederzijdse beïnvloeding. Wat dit betreft is vooral gewezen op de potentiële effecten van de stakingsvordering uit de Antidiscriminatiewet. Deze procedure kan een directe invloed hebben op de beteugeling van de inbreuken op de Antiracismewet. De vordering kan immers gevoerd worden op basis van criteria die overlappen met de gronden van de Antiracismewet. Daar de procedure voorts voorziet in een uitzondering op de basisregel *le criminel tient le civil en état*, wordt er over de strafvordering pas uitspraak gedaan nadat over de vordering tot staking een in kracht van gewijsde getreden beslissing in gewezen (*cf. infra* nrs. 1411-1414).

1314. De rechtsleer acht dit overigens niet *per se* negatief, daar voor het slachtoffer de stakingsvordering – die immers verloopt *zoals* een procedure in kort geding (*cf. infra* nr. 1362 e.v.) – doorgaans vlugger en efficiënter rechtsherstel kan bieden, dan

⁴²⁶ Zie uitgebreid over deze wet *supra* deel IV. Voor een bespreking van de verhouding tussen de Antiracisme- en de Antidiscriminatiewet, zie D. VANHEULE, *l.c.*, 389-409.

⁴²⁷ Het vervangen van de Antiracismewet heeft even ter discussie gestaan, maar – onder andere o.i.v. het C.G.K.R. – heeft men beide wetten gescheiden gehouden. De argumenten hiervoor waren: de symbolische waarde van de Antiracismewet; de grote bekendheid ervan onder het algemene publiek en de diensten die haar moeten toepassen; de waardevolle jurisprudentie die er rond ontstaan is (die moeilijk te valoriseren zou zijn indien de wet volledig opgenomen zou worden in de algemene Discriminatiewet); de grotere reikwijdte van het strafrechtelijk luik van de Antiracismewet; en de eenduidigheid van de Antiracismewet (*Parl. St. Senaat* 2001-02, nr. 2-12/15, 27. Vgl. C.G.K.R., *Jaarverslag 1999: Medeburgers en landgenoten*, Brussel, C.G.K.R., 2000, 83-85). POPELIER voegt hieraan nog toe dat de verschillende internationale verplichtingen ook dwingen tot een gelede regulering (m.n. inzake racisme zijn (verregaande) strafrechtelijke bepalingen verplicht), terwijl voor een algemene kaderwet als de Antidiscriminatiewet zachtere methoden aangewezen zijn (P. POPELIER, *l.c.*, 266). Zie kritisch over het naast elkaar blijven bestaan van beide wetten: E. BREMS, “Is het verkieslijk de antiracismewet als een aparte wet te behouden?”, *TvMR* 2001, 24-28.

⁴²⁸ Zie de Toelichting bij Amendement nr. 10 van de regering (*Parl. St. Kamer* 2001-002, nr. 50-1578/3). Zie verder voor de kritiek van de Raad: *Parl. St. Senaat* 2000-01, nr. 2-12/5, 5-6.

een strafrechtelijke veroordeling met vergoeding van de geleden schade als burgerlijke partij.⁴²⁹ Wel achten commentatoren het risico reëel dat door deze situatie het vermoeden van onschuld in het gedrang zou kunnen komen. De situatie kan zich immers voordoen dat de strafrechter moet oordelen ten aanzien van een beklaagde, van wie door de burgerlijke rechter – mogelijk zelfs met toepassing van een verdeelde bewijslast (cf. *infra* nrs. 1381-1385) – is vastgesteld dat hij zijn onschuld niet kon bewijzen. Of in die situatie *de facto* nog veel ruimte is voor het vermoeden van onschuld, wordt door sommigen betwijfeld.⁴³⁰ Dit argument werd ook aangevoerd voor het Arbitragehof. Het Hof stelde terzake het volgende:

In de hypothese dat de omkering van de bewijslast, toegepast in een burgerlijke zaak, ten gevolge van artikel 22 zesde lid van de (...) wet, later het bewijs in een strafzaak zou kunnen beïnvloeden, zou de strafrechter niettemin ertoe gehouden zijn de bewijsstukken *in concreto* te beoordelen en het vermoeden van onschuld van de beklaagde te eerbiedigen.⁴³¹

C. Overige bijzondere discriminatieverboden⁴³²

1315. Naast de discriminatiewetgeving waaraan de Antidiscriminatiewet zelf uitdrukkelijk verwijst en in relatie waartoe zij haar verhouding regelt, bestaan er nog andere mogelijke overlappende en conflicterende non-discriminatieregels in het Belgisch recht, voornamelijk in het arbeidsrecht. Hierbij gelden – gezien het zwijgen terzake van de Antidiscriminatiewet – de algemene voorrangsregels. Indien bijvoorbeeld de arbeidsrechtelijke regeling geen wet in formele zin is (bv. C.A.O. nr. 38), dan zal de Antidiscriminatiewet primeren.⁴³³ Wanneer het om twee wetten in formele zin gaat, dan dient te worden teruggevallen op adagia als *lex posterior derogat priori* en *lex specialis derogat legi generali*.⁴³⁴ In de voorbereidingen is met betrekking daartoe gesteld dat de Antidiscriminatiewet enkel algemene middelen wil aanreiken, zonder te raken aan meer specifieke instrumenten die reeds op bepaalde terreinen gelden.⁴³⁵ Op basis hiervan is in de rechtsleer betoogd dat de Antidiscriminatiewet gezien moeten worden als een *lex generalis*, waarvan bijzondere discriminatiewetgeving kan afwijken zolang zij niet door de wetgever is bijgesteld, zelfs indien deze van een vroegere datum is.⁴³⁶

429 Zie o.m. D. VANHEULE, *l.c.*, 407.

430 *Ibid.*, 408. Zie in diezelfde zin J. HOFKENS en S. DEMEESTERE, *o.c.*, 137.

431 Arbitragehof nr. 157/2004, 6 oktober 2004, B.84, B.S. 18 oktober 2004.

432 Zie uitvoerig M. DE VOS, “De bouwstenen van het discriminatierecht in de arbeidsverhoudingen”, *l.c.*, 99-102; C. BAYART, *o.c.*, 43-46.

433 C. BAYART, *o.c.*, 42-43.

434 Voor een uitvoerige analyse van m.n. de verhouding van de Antidiscriminatiewet tot de Wet 28 april 2003 betreffende de aanvullende pensioenen (B.S. 15 mei 2003, *err.* 26 mei 2003), zie C. BAYART, *o.c.*, 451-462.

435 *Parl. St.* Senaat 2001-02, nr. 2-12/15, 70-71. Zie ook S. VAN DROOGHENBROECK, *l.c.*, 219-220.

436 M. DE VOS, “De bouwstenen van het discriminatierecht in de arbeidsverhoudingen”, *l.c.*, 101; C. BAYART, *o.c.*, 47. Zie voor een bespreking van de mogelijke conflicten tussen de Antidiscriminatiewet en andere (gelijke behandelings)normen in arbeidsrelaties: C. BAYART, *o.c.*, 43-46.

D. Normen die onderscheid organiseren⁴³⁷

1. ALGEMEEN

1316. Naast mogelijke conflicten met andere antidiscriminatienormen, kan de Antidiscriminatiewet ook in aanvaring komen met normen die juist onderscheid organiseren. Dat wil zeggen normen die zelf criteria hanteren die – in het kader van de wet – kunnen resulteren in directe of indirecte discriminatie. Hierbij valt onder meer te denken aan regelingen inzake taalgebruik, C.A.O.'s die leeftijd of anciënniteit hanteren bij de toekenning van voordelen of rechten, regelingen waarin rechten of voordelen worden bepaald op grond van het loon of jaarloon van een persoon en wettelijke regelingen inzake arbeidsongeschiktheid en inzake welzijn. Ook hier gelden in beginsel de algemene juridische voorrangsregels, zij het dat deze een andere uitwerking kunnen hebben dan waar het gaat om de overlappende antidiscriminatie-regels.

2. LEX INFERIOR

1317. Indien de norm die het onderscheid organiseert een *lex inferior* is (C.A.O., K.B. enz.), dan heeft de Antidiscriminatiewet – voorzover zich uiteraard een conflict voordoet met de Antidiscriminatiewet – opnieuw voorrang. De rechtsleer benadrukt echter de complexe en delicate afweging die in deze bij het vaststellen van een conflict gemaakt moet worden.⁴³⁸ Het zal daarbij bijvoorbeeld voor werkgevers lang niet altijd eenvoudig zijn om met zekerheid te bepalen of een bepaalde arbeidsregulering al dan niet conflicteert met de Antidiscriminatiewet.

3. GELIJKWAARDIGE NORMEN

1318. Wat betreft normen die in beginsel op gelijke hoogte staan, is in de rechtsleer wel een onderscheid gemaakt tussen enerzijds situaties waarbij er geen conflict is met Europees recht (omdat de norm niet onder het toepassingsgebied van de richtlijn valt of omdat de norm europeesrechtelijk gerechtvaardigd kan worden) en anderzijds situaties waarin dat conflict er wél is.⁴³⁹

a. Geen conflict met Europees recht

1319. In de eerstgenoemde gevallen dient het conflict opnieuw opgelost te worden aan de hand van adagia *lex posterior derogat priori* en *lex specialis derogat legi generali*. Ten aanzien van wetgeving die van latere datum is dan de Antidiscriminatiewet, leiden beide stelregels volgens de rechtsleer tot voorrang van de latere wet die

⁴³⁷ C. BAYART, *o.c.*, 46-50.

⁴³⁸ M. DE VOS, "De bouwstenen van het discriminatierecht in de arbeidsverhoudingen", *I.c.*, 104; C. BAYART, *o.c.*, 47.

⁴³⁹ *Ibid.*, 47-50.

het onderscheid organiseert.⁴⁴⁰ Dergelijk onderscheid zou daarmee geoorloofd zijn, althans op basis van het discriminatieverbod dat neergelegd is in de Antidiscriminatiewet. Wel is ten aanzien van deze interpretatie de vraag opgeworpen in de rechtsleer of wetgeving die differentiatie organiseert eigenlijk wel gezien kan worden als een *lex specialis* in vergelijking met de Antidiscriminatiewet.⁴⁴¹ Ook deze ambiguïteit leidt echter ten aanzien van nieuwere wetgeving in beginsel niet tot voorrang van de Antidiscriminatiewet.

1320. Voor wetgeving die van een vroegere datum is dan de Antidiscriminatiewet, zijn de meeste commentatoren de mening toegedaan dat de laatstgenoemde wet in beginsel voorrang zou moeten krijgen. De *lex posterior*-regel werkt hier ten eerste in het voordeel van de Antidiscriminatiewet, terwijl ten tweede – zoals gezegd – niet geheel duidelijk is of de *lex specialis*-regel wel degelijk werkt in het voordeel van de regeling die het onderscheid invoert. Ten slotte zou ook de basisfilosofie van de Antidiscriminatiewet tot voorrang leiden: die kent immers een bijzonder belangrijke betekenis toe aan de bestrijding van discriminatie, die moeilijk verzoenbaar zou zijn met het voortbestaan van eventuele wettelijk georchestreerde discriminatie.⁴⁴² Wetten die onderscheid invoeren en die van een eerdere datum zijn dan de Antidiscriminatiewet, mogen dus enkel worden toegepast zolang zij niet ingaan tegen de recentere wet.

b. Wel conflict met Europees recht

1321. Indien de wet die onderscheid organiseert, valt onder het toepassingsgebied van de Europese richtlijnen, en indien beide met elkaar in conflict zijn, dan is de situatie in beginsel eenvoudig. De betreffende wet is dan eveneens in conflict met de Antidiscriminatiewet, omdat die richtlijnconform geïnterpreteerd moet worden. BAYART geeft aan dat het conflict in dergelijke situaties via een Europeesrechtelijke omweg opgelost zal moeten worden: “De richtlijnen verplichten lidstaten immers om discriminatie in arbeidsrechtelijke regelgeving op te heffen”.⁴⁴³ Er moet dus worden nagegaan of de onderscheidmakende wet niet buiten werking gesteld kan worden via de Europeesrechtelijke toetsing (via het stellen van een prejudiciële vraag aan het H.v.J.). Indien dat het geval is, dan krijgt de Antidiscriminatiewet daardoor *de facto* voorrang. Een dergelijke feitelijke voorrang kan de Antidiscriminatiewet daarmee in beginsel zelfs krijgen boven wetten van latere datum.⁴⁴⁴

440 M. DE VOS, “De bouwstenen van het discriminatierecht in de arbeidsverhoudingen”, *I.c.*, 104; C. BAYART, *o.c.*, 49.

441 M. DE VOS, “De bouwstenen van het discriminatierecht in de arbeidsverhoudingen”, *I.c.*, 104. BAYART geeft ook aan dat bv. in Nederland de A.W.G.B. de status van *lex specialis* geniet (C. BAYART, *o.c.*, 50).

442 M. DE VOS, “De bouwstenen van het discriminatierecht in de arbeidsverhoudingen”, *I.c.*, 105.

443 C. BAYART, *o.c.*, 50.

444 *Ibid.*, 50. Zie anders M. DE VOS, “De bouwstenen van het discriminatierecht in de arbeidsverhoudingen”, *I.c.*, 104.

HOOFDSTUK 3. STRAFBEPALINGEN

Afdeling 1. Federale bevoegdheidsverdeling

1322. Voorafgaand aan de beschrijving van de concrete strafbaarstellingen van de wet moet er op worden gewezen dat in bepaalde rechtsleer de bevoegdheid van de federale wetgever terzake in vraag is gesteld. Volgens de betreffende rechtsleer zou de federale wetgever door middel van de strafbepalingen uit de wet zijn bevoegdheid te buiten zijn getreden, “aangezien de bescherming van grondrechten in het algemeen en van het discriminatieverbod in het bijzonder niet tot exclusieve federale bevoegdheid behoort”.⁴⁴⁵ Dit zou maken dat de federale wetgever terzake geen verbodsbepalingen van algemene strekking zou kunnen uitvaardigen.

1323. De Raad van State gaat er daarentegen vanuit dat het algemeen discriminatieverbod een soort overkoepelende kadernorm is, die tot de residuaire federale bevoegdheid behoort.⁴⁴⁶ Als zodanig zouden er, met eerbiediging van de federale kaderwet, bij decreet en ordonnantie bijzondere discriminatieverboden kunnen worden uitgevaardigd, door de onderscheiden Gemeenschappen en Gewesten, ieder binnen hun bevoegdheid. De aangehaalde rechtsleer stelt echter dat deze visie induist tegen het beginsel van de exclusiviteit van bevoegdheden, daar uit artikel 11 van de Bijzondere Wet van 8 augustus 1980 volgt dat de Gemeenschaps- en Gewestraden exclusief bevoegd zijn om in Gemeenschaps- en Gewestaangelegenheden strafbepalingen uit te vaardigen. Alleen zij zouden daarmee bevoegd zijn om in de bewuste aangelegenheden discriminatie te beteugelen.⁴⁴⁷ Het Arbitragehof heeft zich over de betreffende materie in zijn arrest van 6 oktober 2004 niet hoeven uitspreken.⁴⁴⁸

445 J. VELAERS, “De horizontale werking van het discriminatieverbod in de discriminatiewet, enkele constitutionele beschouwingen”, *l.c.*, 299-301; P. POPELIER, *l.c.*, 266-267; L.M. VENY, *l.c.*, 115.

446 *Parl. St.* Senaat 1999-2000, nr. 2-12/4, 1-3. De Raad stelde: “Hoewel de federale overheid discriminaties in aangelegenheden die onder de bevoegdheid van de Gemeenschappen en de Gewesten ressorteren niet rechtstreeks kan verbieden, kan zulk een verbod evenwel voortvloeien uit de uitoefening door de federale overheid van haar bevoegdheden inzake o.m. burgerlijk recht, handelsrecht of arbeidsrecht. (...) Voor strafzaken kan een soortgelijke redenering worden gevolgd. In art. 4 van het voorstel worden als strafbare feiten beschouwd het aanzetten tot discriminatie, het openlijk te kennen geven van het voornemen tot discriminatie en de omstandigheid dat een ambtenaar zich in de uitoefening van zijn ambt aan discriminatie schuldig maakt. De omstandigheid dat die strafbare feiten kunnen worden begaan in een aangelegenheid die onder de bevoegdheid van de Gemeenschappen en de Gewesten ressorteert of dat een ambtenaar van een Gemeenschaps- of Gewestregering zich daaraan schuldig maakt doet niets af aan de bevoegdheid van de federale wetgever om verbodsbepalingen van algemene strekking uit te vaardigen. Het dient ook duidelijk te zijn dat de werkingssfeer van het voorstel noodzakelijkerwijze beperkt is tot de aangelegenheden die onder de bevoegdheid van de federale overheid ressorteren en dat de verwijzing in art. 2 § 1 eerste lid en art. 8 eerste lid tweede streepje, naar het economische, sociale en culturele domein niet aldus mag worden uitgelegd dat in gewestelijke en gemeenschapsaangelegenheden een discriminatieverbod wordt uitgevaardigd dat verder reikt dan wat hiervoren is uiteengezet”.

447 J. VELAERS, “De horizontale werking van het discriminatieverbod in de discriminatiewet, enkele constitutionele beschouwingen”, *l.c.*, 300-301.

448 Arbitragehof nr. 157/2004, 6 oktober 2004, *B.S.* 18 oktober 2004.

Afdeling 2. Strafbare feiten

§ 1. “Aanzetten tot” (art. 6 § 1)

A. Algemeen

1324. Artikel 6 § 1 van de wet stelt strafbaar: “Hij die in een van de omstandigheden als bedoeld in artikel 444 van het Strafwetboek aanzet tot discriminatie, haat of geweld jegens een persoon, een groep, een gemeenschap of de leden ervan, wegens het geslacht, de seksuele geaardheid, de burgerlijke staat, de geboorte, het fortuin, de leeftijd, het geloof of de levensbeschouwing, de huidige of toekomstige gezondheids-toestand, een handicap of een fysieke eigenschap”.

1325. Een nagenoeg identieke bepaling is opgenomen in de Antiracismewet (art. 1 lid 3), zodat voor een algemene bespreking van de strekking ervan *mutatis mutandis* grotendeels verwezen kan worden naar de ter plaatse geboden analyse (*cf. supra* nrs. 781-808). Hier worden slechts de verschilpunten belicht.

1. CAUSALITEITSVEREISTE: DISCRIMINATIEGRONDEN

a. Algemeen

1326. Een eerste verschilpunt betreft de discriminatiegronden op basis waarvan niet mag worden aangezet tot haat, discriminatie of geweld. Het gaat daarbij voor de toepassing van (het strafrechtelijk luik van) de Antidiscriminatiewet om “het geslacht, de seksuele geaardheid, de burgerlijke staat, de geboorte, het fortuin, de leeftijd, het geloof of de levensbeschouwing, de huidige of toekomstige gezondheids-toestand, een handicap of een fysieke eigenschap” (*cf. supra* nrs. 1145-1174 voor een nadere omschrijving van deze gronden).

b. Uitsluitingen

1327. De opsomming van gronden is – ook na de toetsing door het Arbitragehof – limitatief. Dat wil zeggen dat “aanzetten tot” op basis van andere gronden niet in aanmerking komt voor vervolging op grond van dit artikel. Wat betreft de rasgerelateerde gronden geldt dat deze in de opsomming van artikel 6 § 1 zijn weggelaten, vanwege de genoemde analoge bepaling(en) als opgenomen in de Antiracismewet (*cf. supra* nrs. 781-808); terzake bestaat voor slachtoffers dan ook wel degelijk een (minstens) equivalente rechtsbescherming.

1328. Voor andere gronden, die niet opgenomen zijn in het artikel (waaronder taal en politieke overtuiging) bestaat geen vergelijkbare strafrechtelijke bescherming. Het

Arbitragehof oordeelde dat dit – in tegenstelling tot diezelfde uitsluiting in het burgerrechtelijk luik – gerechtvaardigd was (*cf. supra* nrs. 1143-1144).⁴⁴⁹

2. DISCRIMINATIE ALS STRAFRECHTELIJK BEGRIIP

1329. Een andere discrepantie ten aanzien van de bepaling in de Antiracismewet is gelegen in het verschillende discriminatiebegrip als gehanteerd in beide wetten.⁴⁵⁰ Aangaande de inhoud van dit begrip in het strafrechtelijk luik van de Antidiscriminatiewet, heeft het Arbitragehof zich uitgesproken.

1330. Zowel in het parlement, als door de Raad van State waren bedenkingen gemaakt bij de problemen met het legaliteitsbeginsel die de wet op dit punt zou kunnen opleveren.⁴⁵¹ Ook in de rechtsleer is bij herhaling en *quasi*-unaniem gesteld dat het begrip “discriminatie” in de zin van artikel 2 § 1 en § 2 van de wet wellicht te vaag was voor strafrechtelijk gebruik en daardoor strijdig met het legaliteitsbeginsel.⁴⁵² Deze kritiek gold volgens zowel de Raad van State als de rechtsleer *a fortiori* daar de term discriminatie (ook) zag op “indirecte discriminatie”.

1331. Ook in het verzoek tot (gedeeltelijke) vernietiging voor het Arbitragehof werd sterk ingezet op deze problematiek. Het Hof oordeelde echter dat het begrip in de context van artikel 6 het legaliteitsbeginsel niet schond, althans rekening houdend

449 Zie kritisch J. DE WIT, “De anti-discriminatiewet discrimineert”, *l.c.*, 5.

450 D. VANHEULE, *l.c.*, 389-409.

451 Zie wat betreft de kritiek van de R.v.St. o.m. *Parl. St.* Senaat 1999-2000, nr. 2-12/4, 4; *Parl. St.* Kamer 2001-02, nr. 1578/2, 5-6. Zie ook de uitgebreide “legisprudentie” van de Raad hierover: J. VELAERS, *o.c.*, 90-96. In het parlement werd de kritiek o.m. door senatoren VANDENBERGHE en DE SCHAMPHELAERE verwoord, zij stelden dat het “onaanvaardbaar [is] om de burgers een principieel verbod van onderscheid op te leggen waarvan de concrete inhoud niet op voorhand vaststaat; de vereisten van legitiem doel en proportionaliteitstest voldoen niet aan de eis van voorzienbaarheid die aan een strafbaarstelling moet worden gegeven: zij gaan immers uit van een inschatting door de betrokken persoon, die achteraf het voorwerp zal uitmaken van een evaluatie” (*Parl. St.* Senaat 1999-2000, 2-12/10, 11. Zie ook *Parl. Hand.* Senaat 2000-01, 20 december 2001, 2-168, 42; *Parl. St.* Kamer 2001-02, 1578/8, 58). Zie P. POPELIER, *l.c.*, 269. Ook Minister van Justitie VERWILGHEN stelde uitdrukkelijk: “Voor het bepalen van de inhoud van strafbaarstellingen moet het legaliteitsbeginsel worden gerespecteerd. Een van de belangrijke elementen hiervan is de voorzienbaarheid van de gedragingen die worden geïncrimineerd: het moet voor de rechtsonderhorige *a priori* voldoende duidelijk vaststaan waarin het ongeoorloofde gedrag precies bestaat. (...) De vereisten van legitiem doel en de proportionaliteitstest voldoen evenwel niet aan de eis van voorzienbaarheid die aan een strafbaarstelling moet worden gegeven: zij gaan immers uit van een inschatting door de betrokken persoon, die achteraf voorwerp zal uitmaken van een evaluatie. Bovendien kan de vraag worden gesteld naar de strafwaardigheid van een gedrag. Teneinde niet te overcriminaliseren, is het een goed uitgangspunt om enkel die gedragingen te bestraffen die een inbreuk vormen op belangrijke maatschappelijke waarden waarover een consensus bestaat. Het is derhalve moeilijk verdedigbaar om de burgers een principieel verbod van onderscheid op te leggen waarvan de concrete inhoud niet op voorhand vaststaat” (*Parl. St.* Senaat 2001-02, 2-12/15, 7 en 8). Zie uitgebreid J. VELAERS, “De horizontale werking van het discriminatieverbod in de discriminatiewet, enkele constitutionele beschouwingen”, *l.c.*, 322-325.

452 J. VELAERS, “De horizontale werking van het discriminatieverbod in de discriminatiewet, enkele constitutionele beschouwingen”, *l.c.*, 322-326; P. POPELIER, *l.c.*, 267-269; J. VRIELINK, S. SOTTIAUX en D. DE PRINS, “De anti-discriminatiewet, een artikelsgewijze analyse (deel 2)”, *NjW* 2003, nr. 24, 296-297; D. VOORHOOF, “De antidiscriminatiewet als beperking op de expressievrijheid: ultieme realisatie van het gelijkheidsbeginsel of veelkoppig monster?”, *l.c.*, 185-188; T. VANDER BEKEN, “Voor de sport. De strafrechtelijke aanpak van discriminatie vanaf 2003”, in M. DE VOS en E. BREMS (eds.), *Wet Bestrijding Discriminatie in de praktijk*, Antwerpen, Intersentia, 2004, 271.

met de volgende interpretatie. Ten eerste zou voor de invulling van het begrip aansluiting moeten worden gezocht bij vaste rechtspraak terzake, van onder meer het E.H.R.M., het Arbitragehof, het Hof van Cassatie en de Raad van State.⁴⁵³ Een tweede waarborg die voldoende duidelijkheid omtrent het begrip zou scheppen, betreft het feit dat de gediscrimineerde persoon – in weerwil van wat de tekst van de wet zou kunnen doen vermoeden – *ongunstiger* of *nadeliger* moet worden behandeld dan een ander in een vergelijkbare situatie (*cf. supra* nrs. 1178-1180).⁴⁵⁴ Ten slotte zou het begrip “discriminatie” in artikel 6 § 1 enkel directe discriminatie (mogen) betreffen en geen indirecte discriminatie.⁴⁵⁵ Uit de parlementaire voorbereidingen kon daarentegen worden afgeleid dat de wetgever ook het aanzetten tot indirecte discriminatie beoogde.⁴⁵⁶ Het Arbitragehof stelde:

[H]et [is] moeilijk denkbaar op welke manier opzettelijk zou kunnen worden aangezet tot een “ogenschijnlijk neutrale handelwijze”, of tot een daad waarvan de discriminerende aard alleen tot uiting komt door de “schadelijke weerslag” ervan.⁴⁵⁷

1332. Het vage element dat deze definitie naar het oordeel van het Hof bevat, zou niet verenigbaar zijn met “de vereiste van voorzienbaarheid die inherent is aan de strafwet”.⁴⁵⁸ De strafbaarstelling zou bijgevolg enkel aan het wettigheidsbeginsel voldoen “indien zij in die zin wordt geïnterpreteerd dat zij alleen betrekking heeft op het opzettelijk aanzetten tot directe discriminatie”.⁴⁵⁹ De rechtsleer geeft ten slotte aan dat vooral ook het vereiste “bijzonder opzet” terzake een waarborg is voor de wettigheid van de strafbaarstelling van discriminatie (*cf. supra* nr. 805).⁴⁶⁰

⁴⁵³ Arbitragehof nr. 157/2004, 6 oktober 2004, B.35, *B.S.* 18 oktober 2004.

⁴⁵⁴ In de tekst is immers – voor wat betreft directe discriminatie – sprake van “een verschil in behandeling” (art. 2 § 1 Antidiscriminatiewet). Het Hof verwijst echter naar het feit dat “[a]men-dementen waarin werd onderstreept dat een verschil in behandeling alleen discriminerend is wanneer het een ‘nadelig of negatief’ effect heeft en waarin vervolgens werd voorgesteld te preciseren dat de gediscrimineerde persoon ‘ongunstiger [moet zijn behandeld] dan een ander in een vergelijkbare situatie’, werden verworpen omdat de definitie die erin werd voorgesteld ‘dezelfde strekking [had] als die welke in het wetsontwerp [was] vervat’ (Arbitragehof nr. 157/2004, 6 oktober 2004, B.36, *B.S.* 18 oktober 2004). Zie voor de betreffende passages in de parlementaire voorbereidingen: *Parl. St.* Kamer 2001-02, nr. 50-1578/8, 11-13.

⁴⁵⁵ Arbitragehof nr. 157/2004, 6 oktober 2004, B.53-56, *B.S.* 18 oktober 2004.

⁴⁵⁶ De tekst die door de Senaat was aangenomen had enkel betrekking op (aanzetten tot) directe discriminatie (*Parl. St.* Kamer 2001-02, nr. 50-1678/1, 4). Door het weglaten van het woord “directe”, ten gevolge het regeringsamendement dat werd aangenomen door de Kamer (*Parl. St.* Kamer 2001-02, nr. 50-1678/3, 7 en *Parl. St.* Kamer 2001-02, nr. 50-1678/8, 56-57), stelde het Arbitragehof dat het duidelijk was dat de wet beide vormen van discriminatie beoogde (Arbitragehof nr. 157/2004, 6 oktober 2004, B.53, *B.S.* 18 oktober 2004).

⁴⁵⁷ Arbitragehof nr. 157/2004, 6 oktober 2004, B.55, *B.S.* 18 oktober 2004. Nochtans rijst hierbij de vraag of het niet perfect denkbaar is dat iemand bv. werkgevers aanzet werkervaring en een perfecte kennis van het Nederlands te vragen – ‘ogenschijnlijk neutrale criteria’ – en daarbij toch weet dat hij hen daardoor aanzet jongeren en allochtonen uit te sluiten en dit ook beoogt. Dit zou een ‘aanzetten tot indirecte discriminatie’ op grond van leeftijd en etnische afkomst zijn.

⁴⁵⁸ Arbitragehof nr. 157/2004, 6 oktober 2004, B.55, *B.S.* 18 oktober 2004. Datzelfde vage element verhindert naar het oordeel van het Hof echter niet “dat een burgerrechtelijke maatregel kan worden genomen tegen indirecte discriminatie”.

⁴⁵⁹ *Ibid.*, B.55.

⁴⁶⁰ J. VELAERS, “Het arbitragehof en de antidiscriminatiewet”, *l.c.*, nr. 25.

3. INTERPRETATIE OVERIGE ELEMENTEN DOOR ARBITRAGEHOF

a. Algemeen

1333. Het Arbitragehof bood in zijn arrest van 6 oktober 2004 niet alleen een nadere interpretatie van het begrip “discriminatie” als gehanteerd in artikel 6 van de Antidiscriminatiewet. Ook andere constitutieve bestanddelen werden nader omschreven. Voorts had het Hof aandacht voor het morele element dat vereist is ter vervulling van de strafbaarstelling in het betreffende artikel (meer bepaald “bijzonder opzet”).

1334. Daar – zoals gezegd – de bepaling voor het overige vrijwel identiek is aan artikel 1 lid 3 (1° en 2°) Antiracismewet, wordt er in beginsel vanuit gegaan dat de betreffende omschrijvingen gelden voor beide wetten.⁴⁶¹ Voor het overige wordt dan ook verwezen naar de bespreking ter plaatse (*cf. supra* nrs. 781-808).

b. Uitingen – daden

1335. Een laatste punt waarover het Arbitragehof zich in relatie tot de bepaling uit artikel 6 § 1 uitsprak, betrof het feit dat de wet door opname van deze strafbaarstelling wel de vervolging van meningsuitingen mogelijk maakt, maar niet de vervolging van de “overeenkomstige” daden. In bepaalde rechtsleer was gesteld dat het artikel daarmee zou indruisen tegen de logica van het (straf)rechtssysteem in het algemeen. Enkel het intentiedelict kan worden bestraft, maar het “delict” zelf niet. Dit werd door verschillende commentatoren als onlogisch beschouwd, daar in beginsel aan meningsuitingen een grotere mate van bescherming toekomt dan aan feitelijke gedragingen.⁴⁶² De bepaling zou daarmee op gespannen voet staan met beginselen van proportionaliteit en gelijkheid, tenzij deze met meer dan gewone terughoudendheid zou worden geïnterpreteerd.⁴⁶³ Toepassing leek de betreffende

461 Zie in de rechtsleer VAN DROOGHENBROECK die pleit voor identieke interpretatie van de bepalingen in beide wetten (S. VAN DROOGHENBROECK, *l.c.*, 246). Vgl. J. VELAERS, “Het arbitragehof en de antidiscriminatiewet”, *l.c.*, nr. 33.

462 J. VRIELINK, “De nieuwe Belgische antidiscriminatiewet. Een kritische bespreking”, *l.c.*, 228-229; P. POPELIER, *l.c.*, 270; J. VELAERS, “De horizontale werking van het discriminatieverbod in de discriminatiewet, enkele constitutionele beschouwingen”, *l.c.*, 321-322; J. VRIELINK, S. SOTTIAUX en D. DE PRINS, “De anti-discriminatiewet, een artikelsgewijze analyse (deel 2)”, *l.c.*, 297; I. VERHELST en I. DE WILDE, “De nieuwe anti-discriminatiewet. Invloed op de individuele en collectieve arbeidsverhoudingen”, *l.c.*, 21; D. VOORHOOF, “De wet bestrijding discriminatie als beperking op de expressievrijheid: ultieme realisatie van het gelijkheidsbeginsel of veelkoppig monster?”, *l.c.*, 188-189. Meningsuitingen en geuite voornemens ontleen hun strafbaar karakter immers vooral aan deze gevreesde feitelijke gedragingen, daar deze eerste de laatste kunnen uitlokken hetgeen een wezenlijke dreiging voor de openbare orde of voor het politieke klimaat kan inhouden. VAN DROOGHENBROECK werpt terzake voorts op dat het inconsistent zou zijn dat strafrechtelijke vervolging voor daden onder de Antidiscriminatiewet in beginsel niet mogelijk is, terwijl dat wel kan op basis van andere normen die discriminatieverboden instellen (S. VAN DROOGHENBROECK, *l.c.*, 246-247). Het Arbitragehof schuift (ook) dit laatste argument evenwel terzijde (Arbitragehof nr. 157/2004, 6 oktober 2004, B.58, B.S. 18 oktober 2004).

463 De Antiracismewet ging overigens aanvankelijk uit van hetzelfde principe. Zie echter het technisch commentaar van de Minister van Justitie bij de strafrechtelijke aspecten van het wetsvoorstel. VERWILGHEN stelde dat de rechtvaardiging dat sommige artikelen ingegeven zijn door de Antiracismewet niet volstaat en dat uit de (aanvankelijke) gebrekkige werking van die laatste wet

→

auteurs slechts gerechtvaardigd indien de schade die aangericht wordt door de geviseerde meningsuitingen van een dermate ruime aard is, dat deze een algemeen en breed gedragen klimaat (kunnen) doen ontstaan waarin discriminatie, haat en geweld kunnen gedijen.⁴⁶⁴

1336. Het Arbitragehof stelt terzake dat de bepaling geen afbreuk doet aan het gelijkheidsbeginsel. In tegenstelling tot de rechtsleer zoekt het Hof de rechtvaardiging daarvoor niet in de impact die de geviseerde uitingen zouden moeten hebben.⁴⁶⁵ Volgens het Hof rechtvaardigt het – door hem vereiste – “bijzonder opzet” de strafrechtelijke sanctionering van meningsuitingen. Rekening houdend met dit vereiste “vermocht [de wetgever] er redelijkerwijze van uit gaan dat uitlatingen en geschriften die tot doel hebben discriminerende handelingen te legitimeren, strafrechtelijk moeten worden bestraft, terwijl de discriminerende handelingen zelf zich meer lenen tot burgerrechtelijke sancties”.⁴⁶⁶

B. (Druk)persmisdrijf

1337. Aan de strafbaarstelling van artikel 6 § 1 is overigens een belangrijk probleem verbonden. Immers, indien de uitingen bedoeld in de bepaling worden verwezenlijkt door middel van de drukpers, zijn zij als drukpersmisdrijf te kwalificeren en kan strafvervolgning slechts gebeuren voor het Hof van Assisen.⁴⁶⁷ Hetzelfde geldt in beginsel wanneer de uitspraken een met een drukpersmisdrijf samenhangend misdrijf uitmaken. Daarbij kan gedacht worden aan het mondeling aanzetten tot discriminatie, haat of geweld terwijl dezelfde uitingen ook gepubliceerd en verspreid werden via de drukpers (boek, tijdschrift, pamflet enz.).⁴⁶⁸ Volgens bepaalde rechtspraak en rechtsleer kunnen (druk)persmisdrijven ook verwezenlijkt worden door middel van de audiovisuele media⁴⁶⁹ of via internet.⁴⁷⁰

→ conclusies hadden moeten worden getrokken worden voor nieuwe wet (*Parl. St.* Senaat 2001-02, nr. 2-12/15, 167).

464 J. VELAERS, “De horizontale werking van het discriminatieverbod in de discriminatiewet, enkele constitutionele beschouwingen”, *l.c.*, 322. Vgl. D. VOORHOOF, “De wet bestrijding discriminatie als beperking op de expressievrijheid: ultieme realisatie van het gelijkheidsbeginsel of veelkoppig monster?”, *l.c.*, 190.

465 J. VELAERS, “Het arbitragehof en de antidiscriminatiewet”, *l.c.*, nr. 18.

466 Arbitragehof nr. 157/2004, 6 oktober 2004, B.58, B.S. 18 oktober 2004. Vgl. *Parl. St.* Senaat 2001-02, nr. 2-12/15, 72, 88, 163 en 168. Zie verder J. VELAERS, “Het arbitragehof en de antidiscriminatiewet”, *l.c.*, nr. 18.

467 S. VAN DROOGHENBROECK, *l.c.*, 249, nr. 126; D. VOORHOOF, “De wet bestrijding discriminatie als beperking op de expressievrijheid: ultieme realisatie van het gelijkheidsbeginsel of veelkoppig monster?”, *l.c.*, 190. Zie algemeen D. VOORHOOF, *Handboek mediarecht*, Brussel, Larcier, 2003, 76-77 en 96-100. Op dit probleem werd reeds gewezen door de Raad van State in zijn eerste advies bij de wet (*Parl. St.* Senaat 2000-01, nr. 12/5, 15).

468 Cass. 28 mei 1985, *R.W.* 1985-86, 806, met noot D. VOORHOOF.

469 Brussel 1985, *R.W.* 1985-86, 806; Brussel 7 juni 1991, *R.D.P.* 1992, 131; Corr. Brussel 24 maart 1992, *J.L.M.B.* 1992, 1242 en Brussel 25 mei 1993, *J.T.* 1994, 104. In afwijking hiervan Cass. 9 december 1981, *Pas.* 1982, I, 482 en Brussel 14 januari 1993, *J.L.M.B.* 1994, 995, met noot F. JONGEN. Voor verwijzingen zie D. VOORHOOF, “De wet bestrijding discriminatie als beperking op de expressievrijheid: ultieme realisatie van het gelijkheidsbeginsel of veelkoppig monster?”, *l.c.*, 191.

470 Corr. Brussel 22 december 1999, *AM* 2000, nr. 1/2, 134, met noot D. VOORHOOF en Brussel 27 juni 2000, *AM* 2001, nr. 1, 142, met noot D. VOORHOOF. Zie voor verwijzingen D.

→

1338. In 1999 werden (druk)persmisdrijven die zijn ingegeven door racisme of xenofobie onttrokken aan de bevoegdheid van het hof van assisen, zodat terzake nu de correctionele rechtbank bevoegd is (*cf. supra* nr. 745).⁴⁷¹ Voor andere persmisdrijven geldt het uitzonderingsregime echter niet. Tenzij dus kan worden aange- toond dat de aanzet tot discriminatie als bedoeld in artikel 6 § 1 is ingegeven door racisme of xenofobie (hetgeen het geval kan zijn voor sommige gevallen van “aan- zetten tot” discriminatie, haat of geweld op grond van geboorte of geloof of levens- beschouwing), is terzake uitsluitend het hof van assisen bevoegd. In de rechtsleer is dan ook gesteld dat dit wel eens zou kunnen betekenen dat feiten vallend onder artikel 6 § 1 in veel gevallen *de facto* strafrechtelijke immuniteit zullen genieten.⁴⁷²

C. Sanctie

1339. De in het artikel voorziene sancties betreffen een gevangenisstraf van een maand tot een jaar en een geldboete van vijftig tot duizend euro (vermeerderd met de wettelijke opdecimen), of een van die straffen alleen (*cf. infra* nrs. 1354-1355 voor eventuele bijkomende straffen).

→ VOORHOOF, “De wet bestrijding discriminatie als beperking op de expressievrijheid: ultieme realisatie van het gelijkheidsbeginsel of veelkoppig monster?”, *l.c.*, 191. Zie verder M. ISGOUR, “Le délit de presse sur internet a-t-il un caractère continu?” (noot onder Voorz. Rb. Brussel (Kort Ged.) 2 maart 2000), *AM* 2001, nr. 1, 151-157.

471 Wijziging aan de Grondwet (art. 150) van 7 mei 1999, *B.S.* 29 mei 1999. Zie o.m. J. VELAERS, “Vrijheid en verantwoordelijkheid: twee grondwettelijke waarden (enkele beschouwingen over de artikelen 25 en 150 van de Grondwet), in Senaatscommissie voor justitie”, *Justitie en Media*, Brussel, Moniteur Belge, 81-100; P. CHARLIER, “Chronique de jurisprudence: 1999-2001, la loi du 30 juillet 981 tendant à réprimer les actes inspirés par le racisme ou la xénophobie”, *J. dr. jeun.* 2002, nr. 212, 7-17; F. ERDMAN, “Naar een effectieve vervolging van racistische publikaties en de strafbaarstelling van negacionisme in België”, in G.A.I. SCHUIJT en D. VOORHOOF (eds.), *Vrijheid van meningsuiting, racisme en revisionisme*, Gent, Academia Press, 1995, 201-213; M. GRAMMENS, “Wie is bang voor het volk?”, *Journal, de nieuwsbrief van Mark Grammens* 21 december 1995, nr. 200, 1677-1678; E. FRANCIS, “Bedenking bij de ‘correctionalisering’ van racistisch geïnspireerde drukpersmisdrijven”, *R.W.* 1999-2000, 377-394; F. TULKENS, “Pour un droit constitutionnel des médias”, *Rev. b. dr. const.* 1999, 13-22; A. SCHAUS, “Les délits de presse à caractère raciste”, in H. DUMONT e.a. (ed.), *Pas de liberté pour les ennemis de la liberté? Groupements liberticides et droit*, Brussel, Bruylant, 2000, 331-356; A. SCHAUS, “Le délit de presse raciste”, P. LAMBERT (ed.), *Les droits de l’homme au seuil du troisième millénaire. Mélanges en hommage à Pierre Lambert*, Brussel, Bruylant, 2000, 735-765; V. OST, “Le raciste, le diffamateur et le nouvel article 150 de la Constitution”, *AM* 2000, 27-35; T. VERBIEST, “La presse électronique”, *AM* 2000, 69-79; D. VOORHOOF, “De ‘correctionalisering’ van racistische drukpersmisdrijven: naar een effectieve strafvervolging?”, in A. BACKS, S. BAETEN, S. GUTWIRTH en K. LEUS (eds.), *De Gordiaanse knoop van de antidemocratische partijen. De wet als tweesnijdend zwaard?*, Gent, Mys & Breesch, 2001, 38-63; J. VRIELINK, S. SOTTIAUX en D. DE PRINS, “Het Vlaams Blok-arrest, artikel 150 van de Grondwet en de interpretatie van de antiracismewet”, *T. Vreemd.* 2004, nr. 2, 93-97.

472 S. VAN DROOGHENBROECK, *l.c.*, 249-250, nr. 126; D. VOORHOOF, “De wet bestrijding discriminatie als beperking op de expressievrijheid: ultieme realisatie van het gelijkheidsbeginsel of veelkoppig monster?”, *l.c.*, 191-192. VOORHOOF acht het waarschijnlijk dat deze vaststelling het pleidooi zal uitlokken om art. 150 G.W. aan te passen in die zin dat het hof van assisen ook niet langer bevoegd is voor (druk)persmisdrijven ingegeven door “discriminatie” (*ibid.*, 192). VAN DROOGHENBROECK stelt dat het opmerkelijk is dat hiertoe – ondanks opmerkingen van de Raad van State terzake – tijdens de verdere voorbereidingen geen enkele intentie werd geuit (S. VAN DROOGHENBROECK, *l.c.*, 250, nr. 128).

§ 2. Verzwarende omstandigheden bij misdrijven: verwerpelijke (discriminatoire) beweegreden (art. 7 t.e.m. 14)

1340. Rechtstreeks geïnspireerd door Duitse wetgeving⁴⁷³, behelzen de artikelen 7 tot en met 14 – door middel van invoeging van een aantal artikelen in het Strafwetboek – een aantal strafverzwaringen⁴⁷⁴, te weten⁴⁷⁵:

- boek II, titel VII, hoofdstuk V Sw. (misdrijven in verband met aanranding van de eerbaarheid en verkrachting)⁴⁷⁶;
- artikelen 393 tot 405*bis* Sw. (misdrijven in verband met opzettelijk doden en opzettelijk toebrengen van lichamelijk letsel)⁴⁷⁷;
- artikelen 422*bis* en 422*ter* Sw. (misdrijven in verband met schuldig verzuim)⁴⁷⁸;
- boek II, titel VIII, hoofdstuk IV Sw. (misdrijven in verband met vrijheidsberoving, foltering en huisvredebreuk door bijzondere personen)⁴⁷⁹;
- artikel 442*bis* (misdrijven in verband met belaging)⁴⁸⁰;
- boek II, titel VIII, hoofdstuk V Sw. (misdrijven in verband met laster, eerroof en grafschennis)⁴⁸¹;
- artikelen 510 tot 514 Sw. (misdrijven in verband met brandstichting)⁴⁸²;
- artikelen 528 tot 532 Sw. (misdrijven in verband met vernieling of beschadiging van roerende eigendommen).⁴⁸³

1341. Ten aanzien van de opgesomde misdrijven voorzien de artikelen 7 tot en met 14 in het invoeren van bepaalde “drijfveren”⁴⁸⁴ als persoonlijke verzwarende omstandigheid. De geldende (minimum) strafmaat van de genoemde delicten kan hierdoor – overeenkomstig hetgeen bepaald in het relevante artikel – worden ver-

⁴⁷³ *Parl. St.* Senaat 1999-2000, nr. 2-12/3, 41.

⁴⁷⁴ De betreffende bepalingen voorzien niet *direct* in strafverzwaringen, maar *indirect*, d.m.v. wijzigingen in het Strafwetboek. Dit betreft een aanpassing die doorgevoerd is in de Kamer. De tekst zoals aanvankelijk goedgekeurd in de Senaat schreef de strafverzwaringen gewoon in de nieuwe wet in. Omwille van de leesbaarheid van de teksten werd het echter verkieslijk geacht om de verzwarende omstandigheden uit te drukken in het corpus van het Strafwetboek (*Parl. St.* Kamer 2001-02, nr. 50-1578/8, 41).

⁴⁷⁵ Een argumentatie voor de keuze voor juist deze artikelen en misdrijven werd niet geboden in de voorbereidingen. Ook is de lijst in de loop van de besprekingen in Senaat en Kamer meermalen gewijzigd zonder argumentatie. In de rechtsleer is dan ook gewezen op de tamelijk arbitraire indruk die de opsomming maakt. Ook is gesteld dat het verkieslijk ware geweest om probleemsituaties uit de praktijk te inventariseren en als uitgangspunt te laten dienen (J. VRIELINK, “De nieuwe Belgische antidiscriminatiewet. Een kritische bespreking”, *l.c.*, 230). Het Arbitragehof acht daarentegen de selectie “niet zonder redelijke rechtvaardiging”, gezien de betrokken misdrijven, “waaruit de rechter kan afleiden, na te hebben vastgesteld dat het misdrijf is bewezen, dat een van de drijfveren van de dader haat, misprijzen of vijandigheid, ingegeven door een van de in de wet opgesomde gronden, was” (Arbitragehof nr. 157/2004, 6 oktober 2004, B.69, *B.S.* 18 oktober 2004).

⁴⁷⁶ Bij art. 7 van de wet, d.m.v. het invoegen van art. 377*bis* in het Strafwetboek.

⁴⁷⁷ Bij art. 8 van de wet d.m.v. invoeging van art. 405*quater* in het Strafwetboek.

⁴⁷⁸ Bij art. 9 van de wet d.m.v. invoeging van art. 422*quater* in het Strafwetboek.

⁴⁷⁹ Bij art. 10 van de wet d.m.v. invoeging van art. 438*bis* in het Strafwetboek.

⁴⁸⁰ Bij art. 11 van de wet d.m.v. invoeging van art. 442*ter* in het Strafwetboek.

⁴⁸¹ Bij art. 12 van de wet d.m.v. invoeging van art. 453*bis* in het Strafwetboek. Zie uitgebreid D. VOORHOOF, “De wet bestrijding discriminatie als beperking op de expressievrijheid: ultieme realisatie van het gelijkheidsbeginsel of veelkoppig monster?”, *l.c.*, 192-194.

⁴⁸² Bij art. 13 van de wet d.m.v. invoeging van art. 514*bis* in het Strafwetboek.

⁴⁸³ Bij art. 14 van de wet d.m.v. invoeging van art. 532*bis* in het Strafwetboek.

⁴⁸⁴ VANDER BEKEN wijst op het feit dat het specifieke karakter van de term “drijfveer” geen duidelijke strafrechtelijke betekenis heeft. Het zou daarmee naar zijn oordeel onduidelijk zijn hoe het bestaan ervan aangetoond dient te worden (T. VANDER BEKEN, *l.c.*, 274-275).

zwaard voor diegenen op wie de verzwarende omstandigheid (persoonlijk) van toepassing is.⁴⁸⁵ Strafverzwaringen hebben gewoonlijk een verplichtend karakter. De strafrechter die het bestaan ervan vaststelt is verplicht er rekening mee te houden bij de kwalificatie.⁴⁸⁶ De tekst van de Antidiscriminatiewet suggereert evenwel duidelijk dat de strafverzwaringen *in casu* facultatief zijn, aangezien gesteld wordt dat de straf “*kan* (...) worden verdubbeld”.⁴⁸⁷ Voorts is er gedurende de parlementaire voorbereidingen op gewezen dat de verzwaring uiteraard steeds plaats moet vinden overeenkomstig artikel 54 Sw., dat de maximumstraffen van het strafrecht bepaalt.⁴⁸⁸

1342. De “drijfveren” die aanleiding geven tot de strafverzwaring betreffen *de haat tegen, het misprijzen van of de vijandigheid tegen een persoon wegens* diens zogenaamd ras, zijn huidskleur, zijn afkomst, zijn nationale of etnische afstamming, zijn geslacht, zijn seksuele geaardheid, zijn burgerlijke staat, zijn geboorte, zijn leeftijd, zijn fortuin, zijn geloof of levensbeschouwing, zijn huidige of toekomstige gezondheids-toestand, een handicap of een fysieke eigenschap.⁴⁸⁹ Hierop geldt één uitzondering en wel voor wat betreft de misdrijven in verband met aanranding van de eerbaarheid en verkrachting. Daarbij zijn de gronden “leeftijd” alsook “huidige of toekomstige gezondheidstoestand” weggelaten, daar het bewuste hoofdstuk naar het oordeel van de wetgever al afdoende voorzag in strafverzwarende maatregelen.⁴⁹⁰

1343. De selectie van gronden is overigens (tevergeefs) voor het Arbitragehof aangevochten, vanwege de ontstentenis van “politieke overtuiging” en “taal”. Het Arbitragehof overwoog terzake dat het aan de wetgever vrij staat, “wanneer hij

485 Het is hierbij dus mogelijk dat er – van twee personen die beide betrokken zijn bij een zeker misdrijf – gezien de verschillende motivatie slechts een in aanmerking komt voor strafverzwaring.

486 L. DUPONT en R. VERSTRAETEN, *Handboek Belgisch strafrecht*, Leuven/Amersfoort, Uitgeverij Acco, 1990, 442-443.

487 D. VOORHOOF, “De wet bestrijding discriminatie als beperking op de expressievrijheid: ultieme realisatie van het gelijkheidsbeginsel of veelkoppig monster?”, *I.c.*, 193; T. VANDER BEKEN, *I.c.*, 273.

488 Het aanvankelijke ontwerp voorzag in een verdubbeling van zowel de correctionele als de criminele straffen. Minister van Justitie VERWILGHEN merkte echter in zijn technisch commentaar op dat dit tot de (voor het Belgisch strafrecht) merkwaardige conclusie zou kunnen leiden dat een dader tweemaal een levenslange straf zou moeten uitzitten voor bepaalde misdrijven (*Parl. St. Senaat* 2001-02, nr. 2-12/15, 166). Mede gezien deze beperking van de strafverhoging tot de minimumstraffen, stelt het Arbitragehof dat de maatregel ook in verhouding staat tot het beoogde doel en daarmee niet onevenredig is (dit is voorts het geval daar de maatregel “de toepassing niet uit[sluit] van de art. 79 tot 85 van het Strafwetboek op grond waarvan de straf van opsluiting en de gevangenisstraf kunnen worden verminderd in geval van verzachtende omstandigheden, noch van de bepalingen van de Wet van 29 juni 1964 betreffende de opschorting, het uitstel en de probatie”). Meer in het algemeen stelt het Hof dat het tot de bevoegdheid van de wetgever behoort, om te beoordelen of het aangewezen is de rechters te dwingen tot gestrengheid wanneer het erom gaat inbreuken te bestraffen die het algemeen belang ernstig schaden (Arbitragehof nr. 157/2004, 6 oktober 2004, B.67, *B.S.* 18 oktober 2004).

489 In tegenstelling tot de voorgaande bepaling, gaat het hier dus *ook* om de gronden die betrekking hebben op rassendiscriminatie.

490 Zie evenwel VANDER BEKEN die aangeeft dat deze redenering niet correct is: “De bestaande verzwarende omstandigheden maken immers deel uit van het materieel element van het misdrijf (bv. verkrachting *van* een kind) terwijl de nieuwe verzwarende omstandigheden enkel betrekking hebben op het moreel element (bv. verkrachting *omdat* het een kind of een bejaarde is)” (T. VANDER BEKEN, *I.c.*, 274).

beslist om het minimum van de toepasselijke straffen voor bepaalde misdrijven op te trekken, daarbij de discriminatiegronden aan te wijzen die hem thans het meest afkeurenswaardig lijken” (*cf. supra* nrs. 1143-1144).⁴⁹¹

1344. De persoonlijke verzwarende omstandigheid kan *in concreto* worden toegepast indien “de haat tegen, het misprijzen van of de vijandigheid tegen” een persoon wegens (een of meer van) de relevante discriminatiegronden “een van de drijfveren” vormden. Het is daarmee niet noodzakelijk dat negatieve discriminatoire gevoelens de enige of zelfs maar de *voornaamste* drijfveer vormden voor het betreffende misdrijf.⁴⁹² Een specifiek misdrijf kan dus *mede* voortkomen uit volstrekt andere drijfveren, zonder dat dit de toepassing van de strafverzwaringen onmogelijk zou maken. In de rechtsleer is het voorbeeld genoemd van een situatie waarin een persoon een roofmoord pleegt waarbij de voornaamste drijfveer geconstitueerd wordt door winstbejag, maar waarbij de selectie van het specifieke slachtoffer in belangrijke mate ingegeven is door haatgevoelens jegens de betreffende persoon op grond van een van de relevante discriminatiegronden (bv. geloof).⁴⁹³

1345. Wel is er bij herhaling op gewezen dat de bepalingen geenszins impliceren dat elk (genoemd) misdrijf, waarbij het slachtoffer een persoon is voor wie een der relevante discriminatiegronden kan gelden, direct in aanmerking komt voor strafverzwaring. Misdrijven die gericht zijn op een persoon uit een “beschermde categorie”, maar die bijvoorbeeld geboren zijn uit zuiver opportunistische overwegingen komen niet voor strafverzwaring in aanmerking. Zo stellen VRIELINK, SOTTIAUX en DE PRINS:

Om een cru voorbeeld te geven: het feit dat een overvaller gehandicapte of bejaarde slachtoffers selecteert, maakt niet dat hij (automatisch) in aanmerking komt voor strafverzwaring. Eén van de drijfveren moet immers nog wel altijd aantoonbaar gelegen zijn in haat, misprijzen of vijandigheid op grond van de relevante eigenschap van het slachtoffer.⁴⁹⁴

491 Arbitragehof nr. 157/2004, 6 oktober 2004, B.29, B.S. 18 oktober 2004. M.a.w. “In zoverre de wet, in haar huidige redactie, de drijfveren voor misdrijven die worden ingegeven door haat, misprijzen en vijandigheid wegens politieke overtuiging of taal, niet vermeldt in de art. 7 tot 14, schendt de wet de in het middel aangevoerde bepalingen niet”. Het Hof overwoog voorafgaand dat de ontstentenis van beide discriminatiegronden wel onevenredig zou zijn indien zij “ertoe zou leiden de personen die daarvan het slachtoffer zijn de bescherming van de wet te ontfangen”. Het Hof stelt echter dat dit niet het geval is door de gedeeltelijke vernietiging van de burgerrechtelijke bepalingen. Daardoor wordt discriminatie op basis van de genoemde gronden wel beschermd door de niet-strafrechtelijke maatregelen (Arbitragehof nr. 157/2004, 6 oktober 2004, B.26, B.S. 18 oktober 2004). Zie kritisch J. DE WIT, “De anti-discriminatiewet discrimineert”, *l.c.*, 5.

492 Dit is ook de uitdrukkelijke bedoeling van de gekozen formulering, dewelke een wijziging inhield ten aanzien van de oorspronkelijke tekst waar gesproken werd van *de* drijfveer (*Parl. St.* Senaat 1999-2000, nr. 2-12/1, 9). De wetgever wilde echter vermijden dat de dader van een misdrijf – bij een strikte interpretatie van deze laatste formulering – zou kunnen ontsnappen aan de toepassing van de bepaling door simpelweg niet-discriminatoire, maar tevens “geldige”, drijfveren aan te voeren voor zijn daad.

493 J. VRIELINK, “De nieuwe Belgische antidiscriminatiewet. Een kritische bespreking”, *l.c.*, 232.

494 J. VRIELINK, S. SOTTIAUX en D. DE PRINS, “De anti-discriminatiewet, een artikelsgewijze analyse (deel 2)”, *l.c.*, 299.

1346. Ook het Arbitragehof stelde bij toetsing van de bepaling dat de verhoging van het strafminimum alleen mogelijk is indien niet alleen wordt aangetoond dat het slachtoffer van het misdrijf tot één van de in de wet opgesomde categorieën van personen behoort, “maar ook dat de drijfveer van het misdrijf meer bepaald haat, misprijzen of vijandigheid was, ingegeven door het feit dat het slachtoffer tot een van die categorieën behoorde”.

1347. Commentatoren geven aan dat zich in het effectief aantonen van deze drijfveren de grootste moeilijkheid in de toepassing van deze bepalingen situeert. Ook in het parlement werd er al op gewezen dat “het peilen naar de drijfveren van een misdrijf en het bewijs ervan juridisch [een] loodzware opdracht [is]”.⁴⁹⁵ In de rechtsleer is aangegeven dat dit element wellicht afgeleid zal moeten worden uit bepaalde gedragingen of uitlatingen.⁴⁹⁶

§ 3. Vernietigde strafbepalingen

A. Openlijk zijn voornemen te kennen geven tot discriminatie, haat of geweld (voormalig art. 6 § 1, 2^{de} streepje)

1348. Een eerste (straf)bepaling die het Arbitragehof vernietigd heeft in zijn arrest van 6 oktober 2004 betrof (vroeger) artikel 6 § 1, 2^{de} streepje. Dit onderdeel luidde als volgt: “[h]ij die in een van de omstandigheden als bedoeld in artikel 444 van het Strafwetboek openlijk zijn voornemen te kennen geeft tot discriminatie, haat of geweld jegens een persoon, een groep, een gemeenschap of de leden ervan, wegens het geslacht, de seksuele geaardheid, de burgerlijke staat, de geboorte, het fortuin, de leeftijd, het geloof of de levensbeschouwing, de huidige of de toekomstige gezondheidstoestand, een handicap of een fysieke eigenschap”. De bepaling was gebaseerd op een gelijkaardig artikel uit de Antiracismewet (art. 1 lid 3, 3^o en 4^o Antiracismewet).⁴⁹⁷ Het Arbitragehof stelt dat dit verbod “verder gaat dan nodig is om het nagestreefde doel te bereiken”:

Zulk een verbod, doordat het verwijst naar de discriminatiegronden opgesomd in artikel 6 § 1 tweede streepje, smoort elk debat omdat het verhindert dat diegene die dat voornemen uit, kan worden tegengesproken en ervan zou kunnen worden afgebracht dat voornemen te verwezenlijken.⁴⁹⁸

1349. In de rechtsleer is terzake gesteld dat het Hof daarmee kennelijk het principe huldigt dat een democratische samenleving het beste antwoordt op slechte ideeën

⁴⁹⁵ *Parl. St.* Senaat 2001-02, nr. 2-12/15, 29-30. Zie ook J. VRIELINK, “De nieuwe Belgische antidiscriminatiewet. Een kritische bespreking”, *I.c.*, 232-233; D. VOORHOOF, “De wet bestrijding discriminatie als beperking op de expressievrijheid: ultieme realisatie van het gelijkheidsbeginsel of veelkoppig monster?”, *I.c.*, 193-194.

⁴⁹⁶ T. VANDER BEKEN, *I.c.*, 275.

⁴⁹⁷ Wat niet (noodzakelijk) betekent dat de betreffende bepaling ook in strijd met de Grondwet zou zijn (*cf. supra* nr. 869).

⁴⁹⁸ Arbitragehof nr. 157/2004, 6 oktober 2004, B.60, B.S. 18 oktober 2004.

door betere ideeën in de plaats te stellen.⁴⁹⁹ Het Hof stelt dat het uiten van een dergelijk voornemen propaganda kan worden, als het door middel van geschriften, prenten of zinnebeelden gebeurt (zoals bepaald bij art. 444 vierde lid Sw.). In dat geval echter zou het volgens het Hof aanleiding kunnen geven tot burgerrechtelijke maatregelen binnen de werkingssfeer van de wet. En als het uiten van een dergelijk voornemen ten slotte zou aanzetten tot discriminatie, haat of geweld, dan is het strafbaar op basis van de resterende bepaling uit artikel 6 § 1 van de wet.⁵⁰⁰

1350. VELAERS stelt kritisch dat door de vernietiging van het artikel het kind met het badwater is weggegooid. De strafbaarstelling had in zijn ogen namelijk – restrictief begrepen – betrekking op uitingen die als “speech-acts” kunnen worden beschouwd. Uitingen – met andere woorden – die een onmiddellijk effect hebben, en waarbij woord en wederwoord illusoir zijn.⁵⁰¹

B. Discriminatie door openbare macht (voormalig art. 6 § 2)

1351. Voormalig artikel 6 § 2 lid 1 bepaalde dat “iedere openbare officier of ambtenaar, iedere drager of agent van de openbare macht [wordt gestraft] die zich in de uitoefening van zijn ambt schuldig maakt aan discriminatie jegens een persoon, een groep, een gemeenschap of de leden ervan op basis van het geslacht, de seksuele geaardheid, de burgerlijke staat, de geboorte, het fortuin, de leeftijd, het geloof en de levensovertuiging, de huidige of toekomstige gezondheidstoestand, een handicap of een fysieke eigenschap”. Lid 2 tot en met 4 voorzagen in de procedures en regels aangaande de hiërarchische bevoegdheidsregeling en frauduleus handelen.⁵⁰² Ook deze strafbaarstelling was vrijwel integraal ontleend aan de Antiracismewet

499 S. SOTTIAUX en J. VRIELINK, “Eén arrest, vijf mijlpalen”, *I.c.*, 4; J. VELAERS, “Het arbitragehof en de antidiscriminatiewet”, *I.c.*, nr. 34.

500 Arbitragehof nr. 157/2004, 6 oktober 2004, B.61, B.S. 18 oktober 2004. VELAERS geeft aan dat dit alternatief geen soelaas biedt, omdat het verschil er immers in is gelegen dat het bij de vernietigde bepaling ging om het uiten van het eigen voornemen om tot discriminatie, haat of geweld over te gaan en niet om anderen aan te zetten dat te doen (J. VELAERS, “Het arbitragehof en de antidiscriminatiewet”, *I.c.*, nr. 34).

501 De auteur geeft de volgende voorbeelden: “Een bordje ‘Marokkanen worden niet toegelaten’ is de verbale variant van de buitenwijper die de instructie heeft gekregen om er geen enkele door te laten. En wanneer een groep Turkse voetbalsupporters verbaal wordt belaagd en bedreigd door hooligans [zie Corr. Brugge 30 december 2003, www.antiracisme.be (rechtspraakoverzicht)] is het niet het moment om een debat te organiseren” (J. VELAERS, “Het arbitragehof en de antidiscriminatiewet”, *I.c.*, nr. 34). Vgl. het commentaar van FIERENS, die terzake stelt: “c’est peut-être oublier un peu vite le prosélytisme qui peut découler de la publicité donnée à l’intention de discriminer. Celle-ci vise rarement à instaurer un débat, parce qu’on ne discute guère avec Dame Bêtise” (J. FIERENS, *I.c.*, 10).

502 De betreffende onderdelen luiden als volgt: “Indien de verdachte bewijst dat hij heeft gehandeld op bevel van zijn meerderen, in zaken die tot hun bevoegdheid behoren en waarin hij hen als ondergeschikte gehoorzaamheid verschuldigd was, worden de straffen alleen toegepast op de meerderen die het bevel hebben gegeven. Indien de openbare officieren of ambtenaren die ervan verdacht of beticht worden de daden van discriminatie te hebben bevolen, toegestaan of vergemakkelijkt, beweren dat hun handtekening bij verrassing is gekregen, zijn zij verplicht de daad in voorkomend geval te doen ophouden en de schuldige aan te geven, anders worden zij zelf vervolgd. Indien een van de voormelde discriminerende daden is gepleegd door middel van de valse handtekening van een openbaar ambtenaar, worden de daders van de valsheid en zij die er kwaadwillig of bedrieglijk gebruik van maken, gestraft met opsluiting van tien jaar tot vijftien jaar”.

(art. 4).⁵⁰³ Het was het enige artikel van de wet waarbij discriminatoire handelingen zelf bestraft werden met strafrechtelijke sancties. Het artikel viseerde enkel discriminatie door personen in openbare dienst, voor gewone burgers waren geen analoge bepalingen opgenomen. Die laatste kwamen (en komen) op dit vlak enkel voor burgerrechtelijke vervolging in aanmerking. De wetgever rechtvaardigde dit onderscheid vanuit het standpunt dat ambtenaren het voorbeeld moeten geven wat eerbied voor de wet en gelijke behandeling van eenieder betreft.⁵⁰⁴ De in het artikel 6 § 2 voorziene sanctie betrof een gevangenisstraf van twee maanden tot twee jaar.

1352. Het Arbitragehof vernietigde de bepaling.⁵⁰⁵ Hierbij gaf het aan dat het op zich tot de beoordelingsvrijheid van de wetgever behoort om vast te stellen welk gedrag een strafrechtelijke sanctie verdient. Het Hof geeft echter aan dat de gemaakte keuzes hierbij wel redelijkerwijze moeten worden verantwoord. Dat laatste was naar het oordeel van het Hof niet het geval voor de strafbaarstelling van artikel 6 § 2. Verzoekers hadden gepleit dat met name het ontbreken van politieke overtuiging en taal een ongerechtvaardigd verschil in rechtsbescherming opleverde ten aanzien van de betreffende gronden. Het Hof gaf hierin de eisers gelijk en stelde dat de aangevoerde rechtvaardigingen van deze uitsluiting “niet [kunnen] volstaan om dat verschil in behandeling tussen slachtoffers van discriminaties te verantwoorden, terwijl het erom gaat gedragingen waaraan overheden zich schuldig maken, te bestraffen”.⁵⁰⁶ Ten aanzien van de strafrechtelijke sanctionering van discriminatie door de overheid, dus in verticale relaties, past het volgens het Hof in deze niet om een onderscheid te maken in gronden. In tegenstelling tot bij de burgerrechtelijke bepalingen was het hierbij voor het Hof niet mogelijk om de opgenomen discriminatiegronden te vernietigen, om de bepaling op die manier open te stellen. Het probleem hiermee was dat bij een dergelijke handelwijze het legaliteitsbeginsel in het gedrang zou komen: het strafbaar stellen van discriminatie in het algemeen, zonder een nadere omschrijving van enigerlei criteria, zou naar het oordeel van het Hof niet voldoen aan de vereisten van artikel 12 van de Grondwet.⁵⁰⁷

503 Hetgeen opnieuw niet noodzakelijk betekent dat de betreffende bepaling ook in strijd met de Grondwet zou zijn (*cf. supra* nr. 928).

504 *Parl. St.* Senaat 2001-02, nr. 2-12/15, 81 en 173. In de rechtsleer is deze visie bevestigd: daar het discriminatieverbod in de eerste plaats geldt in verticale relaties, kon het volgens de meeste auteurs niet geaccepteerd worden dat een openbare gezagsdrager in de uitoefening van zijn functie burgers discrimineert. Wel stelden commentatoren quasi-unaniem dat deze redenering *enkel* opgaat voorzover het gaat om verticale relaties tussen ambtenaren en burgers. Het werd niet gerechtvaardigd geacht dat ambtenaren (openbare officieren enz.) strenger zouden worden afgerekend daar waar het bv. aankwam op (discriminatoire) pesterijen. Zie o.m. J. VRIELINK, S. SOTTIAUX en D. DE PRINS, “De anti-discriminatiewet, een artikelsgewijze analyse (deel 2)”, *l.c.*, 298; I. VERHELST en I. DE WILDE, “De nieuwe anti-discriminatiewet. Invloed op de individuele en collectieve arbeidsverhoudingen”, *l.c.*, 22; I. VERHELST en I. DE WILDE, “De gevolgen van de anti-discriminatiewet voor het arbeidsrecht”, *l.c.*, 447.

505 Arbitragehof nr. 157/2004, 6 oktober 2004, *B.S.* 18 oktober 2004.

506 *Ibid.*, B.21.

507 J. VELAERS, “Het arbitragehof en de antidiscriminatiewet”, *l.c.*, nrs. 15 en 23.

1353. Kort gezegd zat het Hof naar eigen oordeel gevangen tussen een schending van het discriminatiebeginsel (bij niet-openstelling van het discriminatieverbod) en een schending van het legaliteitsbeginsel (bij openstelling van het discriminatieverbod). Vandaar dat het artikel in zijn geheel vernietigd werd.

Afdeling 3. Bijkomende straffen en algemene strafrechtelijke regels

§ 1. Ontzetting uit rechten (art. 15)

1354. Artikel 15 van de wet luidt: “onverminderd de toepassing van de artikelen 31 en 32 van het Strafwetboek kunnen de daders van de in artikel 6 bedoelde misdrijven worden veroordeeld tot ontzetting overeenkomstig artikel 33 van hetzelfde wetboek”. Voor een bespreking van deze bepaling wordt verwezen naar deel IV (*cf. supra* nrs. 1005-1008).

§ 2. Toepasselijkheid algemene strafrechtelijke regels (art. 16)

1355. Artikel 16 bepaalt dat “de bepalingen van boek I van het Strafwetboek, hoofdstuk VII en artikel 85 niet uitgezonderd, (...) van toepassing [zijn] op de misdrijven bedoeld in deze wet”. De implicaties van dit artikel – dat opnieuw eveneens opgenomen is in de Antiracismewet – worden eveneens besproken in deel IV (*cf. supra* nrs. 1009-1026).

HOOFDSTUK 4. BURGERRECHTELIJKE BEPALINGEN

Afdeling 1. Nietige bedingen (art. 18)⁵⁰⁸

§ 1. Algemeen

1356. “De bedingen van een overeenkomst die strijdig zijn met de bepalingen van deze wet en de bedingen die bepalen dat een of meer contracterende partijen bij voorbaat afzien van de rechten die door deze wet gewaarborgd worden, zijn nietig,” aldus artikel 18 van de wet.

1357. Het artikel verklaart meer bepaald twee typen bedingen nietig. Ten eerste, bedingen die strijdig zijn met de bepalingen van de wet. Dit zou volgens rechtsleer

⁵⁰⁸ Zie ook uitvoerig P. Taelman, “Het handhavingsrecht van de Wet Bestrijding Discriminatie”, in M. de Vos en E. Brems (eds.), *Wet Bestrijding Discriminatie in de praktijk*, Antwerpen, Intersentia, 2004, 203-207. Voor een uitgebreide behandeling van de contractrechtelijke aspecten van de Antidiscriminatiewet, zie A. de Boeck, *l.c.*, 413-444. Voor een specifieke behandeling van contractuele problemen van allochtonen op de private huurmarkt, zie J. Kusters, *l.c.*, 541-571 en M. Dambre, *l.c.*, 321-347.

bijvoorbeeld impliceren dat het niet mogelijk is om te bepalen dat een huurovereenkomst opgezegd kan worden indien de huurder zou scheiden of van nationaliteit zou veranderen, of om clausules van prijsdifferentiaties te bedingen die ongerechtvaardigd onderscheid maken.⁵⁰⁹ Een tweede type, betreft bedingen die bepalen dat contracterende partijen op voorhand afzien van de rechten die de wet juist waarborgt. De nietigheid van bedingen die strijdig zijn met de bepalingen van de wet, zou immers met inroeping van de contractsvrijheid in theorie omzeild kunnen worden door het opnemen van een beding dat erin voorziet dat (een of meerdere) contracterende partijen *afzien* van deze rechten. Om dit te voorkomen, worden dergelijke bedingen ook nietig verklaard.⁵¹⁰

1358. De bepaling is een omzetting van de richtlijnen⁵¹¹, waarin gewag wordt gemaakt van “bepalingen in individuele of collectieve contracten of overeenkomsten, interne reglementen van ondernemingen en in regels waaraan de vrije beroepen en werkgevers- en werknemersorganisaties onderworpen zijn”. In het licht van de vereiste richtlijnconforme interpretatie is in bepaalde rechtsleer gesteld dat het begrip “overeenkomst” uit de wet, in deze ruime zin begrepen moet worden.⁵¹²

§ 2. Aard van de nietigheid

1359. Hoewel dit niet is verduidelijkt in de wet of in de voorbereidingen, gaat de rechtsleer er vanuit dat de in artikel 18 voorziene nietigheid – op grond van het feit dat de Antidiscriminatiewet te kwalificeren is als van openbare orde – absoluut van aard is.⁵¹³ TAELEMAN geeft aan dat aan deze absolute aard van de nietigheid drie gevolgen verbonden zijn. Ten eerste kan de nietigheid door elke belanghebbende worden ingeroepen, en dus niet enkel door de partij die door de bepaling beschermd wordt, alsook door het Openbaar Ministerie en zelfs ambtshalve door de rechter. In de tweede plaats is het onmogelijk absoluut nietige rechtshandelingen te bevestigen en ten derde kan een absolute nietigheid in elke stand van het geding worden ingeroepen, zelfs voor het eerst op het niveau van cassatie.⁵¹⁴

§ 3. Gevolgen

1360. De nietigverklaring in de Antidiscriminatiewet betreft een gedeeltelijke nietigheid: enkel het (gewraakte) beding wordt nietig verklaard bij toepassing van artikel 18 en dus niet de overeenkomst in zijn geheel. De achterliggende idee hiervan is de

509 J. VRIELINK, “De nieuwe Belgische antidiscriminatiewet. Een kritische bespreking”, *I.c.*, 236; A. DE BOECK, *I.c.*, 436.

510 J. VRIELINK, S. SOTTIAUX en D. DE PRINS, “De anti-discriminatiewet, een artikelsgewijze analyse (deel 2)”, *I.c.*, 299; M. DAMBRE, *I.c.*, 341.

511 Resp. art. 16 Kaderrichtlijn en art. 14 Rasrichtlijn.

512 G. JANSSENS, *I.c.*, 316. Vgl. I. VERHELST en I. DE WILDE, “De nieuwe anti-discriminatiewet. Invloed op de individuele en collectieve arbeidsverhoudingen”, *I.c.*, 22; P. TAELEMAN, “Het handhavingsrecht van de Wet Bestrijding Discriminatie”, *I.c.*, 205; C. BAYART, *o.c.*, 352-353.

513 P. TAELEMAN, “Het handhavingsrecht van de Wet Bestrijding Discriminatie”, *I.c.*, 204; C. BAYART, *o.c.*, 353-354.

514 P. TAELEMAN, “Het handhavingsrecht van de Wet Bestrijding Discriminatie”, *I.c.*, 204.

bescherming van de zwakste partij in de overeenkomst, *in casu* het slachtoffer van discriminatie.⁵¹⁵ Wel is benadrukt dat het uiteraard niet gaat om een “automatische” nietigheid, gezien het in beginsel open systeem van de wet, wat maakt dat de (beweerde) overtreder de mogelijkheid heeft om te weerleggen dat het gelaakte onderscheid discriminatoir zou zijn, of om het onderscheid te rechtvaardigen.⁵¹⁶

1361. In navolging van rechtspraak van het Hof van Justitie is in de rechtsleer verder gesteld dat de nietigheid van een discriminerende bepaling tot gevolg heeft dat het slachtoffer van de discriminatie aanspraak kan maken op dezelfde voorwaarden als de groep ten opzichte waarvan hij benadeeld werd, zelfs retroactief.⁵¹⁷ Aan de verworven rechten van de bevoordeelde partij kan echter in beginsel niet geraakt worden.⁵¹⁸

Afdeling 2. Vordering tot staking⁵¹⁹

§ 1. Algemeen

A. Strekking

1362. De Antidiscriminatiewet voorziet als centraal rechtsmiddel in een vordering tot staken, daar de wetgever de mogelijkheid voor de rechter om zeer snel een einde te maken aan discriminerend gedrag één van de meest doeltreffende wijzen acht om discriminatie te bestrijden.⁵²⁰ Voor deze vordering werd volgens de wetgever inspiratie gevonden in de Wet op de handelspraktijken.⁵²¹ Desalniettemin bestaan er enkele belangrijke verschillen tussen beide vorderingen.⁵²² Dit maakt dat hetgeen ten aanzien van de ene stakingsvordering werd beslist, niet blindelings of onverkort naar een andere stakingsvordering kan worden getransponeerd.⁵²³

515 *Parl. St.* Senaat 1999-2000, nr. 2-12/1, 6; *Parl. St.* Senaat 2001-02, nr. 2-12/15, 9. Vgl. A. DE BOECK, *l.c.*, 436; P. BORGHS, *o.c.*, 35; P. Taelman, “Het handhavingsrecht van de Wet Bestrijding Discriminatie”, *l.c.*, 206.

516 A. DE BOECK, *l.c.*, 436; P. Taelman, “Het handhavingsrecht van de Wet Bestrijding Discriminatie”, *l.c.*, 207; J. VRIELINK, “De nieuwe Belgische antidiscriminatiewet. Een kritische bespreking”, *l.c.*, 207-209.

517 J. HOFKENS en S. DEMEESTERE, *o.c.*, 135-136. De auteurs verwijzen naar de volgende arresten van het Hof: H.v.J. nr. 102/88, 13 december 1989 (*Ruzius-Wilbrink v. Bestuur van de bedrijfsvereniging voor overheidsdiensten*), *J.T.T.* 1990, 2591; H.v.J. nr. 33/89 (*Kowalska v. Hamburg*) *J.T.T.* 1991, 127; H.v.J. nr. 184/89 (*Nimz v. Hamburg*), *J.T.T.* 1991, 346.

518 Cass. 27 januari 1994, *Soc. Kron.* 1994, 75 noot J. JACQMAIN. Zie I. VERHELST en I. DE WILDE, “De nieuwe anti-discriminatiewet. Invloed op de individuele en collectieve arbeidsverhoudingen”, *l.c.*, 22.

519 Zie uitgebreid P. Taelman, “De stakingsvordering in de antidiscriminatiewet. Een maat voor niets?”, *NjW* 2004, nr. 69, 506-519; P. Taelman, “Het handhavingsrecht van de Wet Bestrijding Discriminatie”, *l.c.*, 208-245.

520 *Parl. St.* Senaat 1999, nr. 2-12/1, 6; *Parl. St.* Senaat 2001-02, nr. 2-12/15, 9.

521 *Ibid.*, 10. Zie C. BAYART, “De discriminatiewet”, *l.c.*, 60; P. Taelman, “Het handhavingsrecht van de Wet Bestrijding Discriminatie”, *l.c.*, 209.

522 C. BAYART, “De discriminatiewet”, *l.c.*, 60; P. Taelman, “De stakingsvordering in de antidiscriminatiewet. Een maat voor niets?”, *l.c.*, 507; P. Taelman, “Het handhavingsrecht van de Wet Bestrijding Discriminatie”, *l.c.*, 209-210.

523 P. Taelman, “De stakingsvordering in de antidiscriminatiewet. Een maat voor niets?”, *l.c.*, 507; P. Taelman, “Het handhavingsrecht van de Wet Bestrijding Discriminatie”, *l.c.*, 210.

1363. In algemene zin biedt artikel 19 § 1 lid 1 de vorderingsgerechtigden – te weten het vermeende slachtoffer van discriminatie of één van de in artikel 31 bedoelde groeperingen (*cf. infra* nrs. 1428-1430)⁵²⁴ – de mogelijkheid om een beroep te doen op de “voorzitter van de rechtbank van eerste aanleg of, naar gelang van de aard van de daad, de voorzitter van de arbeidsrechtbank of van de rechtbank van koop-handel”⁵²⁵ om het bestaan vast te stellen van een zelfs onder het strafrecht vallende daad waardoor de bepalingen van de wet worden overtreden, en de staking ervan te bevelen.⁵²⁶

1364. Het stakingsbevel kan gericht zijn tegen elke overtreder van de wet, dus zowel tegen een particulier of tegen de overheid, een contractpartij of toekomstige contractpartij, een werkgever of toekomstige werkgever, een paritair comité, enz. De eisende partij hoeft volgens de rechtsleer geen schade of gevaar voor schade te bewijzen, het volstaat dat de norm miskend werd.⁵²⁷

B. Beperkingen toepassingsgebied

1365. Op het toepassingsgebied van de stakingsvordering gelden de volgende beperkingen. Ten eerste kan de vordering – ingevolge artikel 5 van de wet – niet worden toegepast in relatie tot discriminatie op grond van geslacht in de arbeidsverhoudingen (*cf. supra* nrs. 1300-1311).⁵²⁸ Daarnaast is in statutair dienstverband tewerkgesteld overheidspersoneel uitgesloten van de mogelijkheid om een beroep te doen op de vordering.⁵²⁹ Aan artikel 578 Ger. W. – dat de bevoegdheid van de arbeidsrechtbank omschrijft – wordt door artikel 25 van de Antidiscriminatiewet immers een nieuwe bepaling toegevoegd krachtens dewelke de arbeidsrechtbank ook kennis neemt van de geschillen betreffende de discriminaties, in de zin van de wet, in de arbeidsrechtelijke sfeer “met uitzondering evenwel van de betrekkingen die worden

524 Zie uitvoerig *ibid.*, 214-222.

525 Naar gelang de discriminatie dus werd gepleegd in een aangelegenheid die tot de bevoegdheid van respectievelijk de rechtbank van eerste aanleg, de arbeidsrechtbank of de rechtbank van koop-handel behoort, wordt aldaar de vordering ingeleid. Zie P. Taelman, “De stakingsvordering in de antidiscriminatiewet. Een maat voor niets?”, *l.c.*, 512-513.

526 Hoewel de wet, in tegenstelling tot andere regelgeving, niet uitdrukkelijk voorziet in de mogelijkheid een beroep te doen op de stakingsrechter bij een dreigende wetsovertreding, sluit dit volgens Taelman een preventieve vordering tot staking niet uit. Volgens de auteur zou – gelet op de algemene draagwijdte van art. 18 lid 2 Ger. W. – een vordering ook toelaatbaar zijn wanneer deze strekt tot vaststelling dat een daad die met zekerheid of naar alle waarschijnlijkheid zal gesteld worden een overtreding insluit van de Discriminatiewet (P. Taelman, “De stakingsvordering in de antidiscriminatiewet. Een maat voor niets?”, *l.c.*, 508).

527 *Ibid.*, 507. Ter vaststelling hiervan komt – zo geeft dezelfde auteur aan – geen opportuniteits-beoordeling toe aan de stakingsrechter: “van zodra hij het bestaan van een wetsovertreding vast-stelt, moet hij deze doen ophouden, hoe gering of weinig storend de overtreding ook is: er bestaat ter zake geen *de-minimis*verweer”. Vgl. I. DEMYNCK, “Rechtshandhaving door de stakings-rechter”, *R.W.* 2001-02, 1240; G. STRAETMANS, “De opportuniteit van de opportuniteitsbeoordeling van de vordering tot staking door de rechter” (noot bij Vz. Kh. Brugge 8 januari 1993), *Jaarboek Handelpraktijken* 1993, Diegem, E. Story-Scientia, 1994, 364.

528 P. Taelman, “De stakingsvordering in de antidiscriminatie wet. Een maat voor niets?”, *l.c.*, 509; P. Taelman, “Het handhavingsrecht van de Wet Bestrijding Discriminatie”, *l.c.*, 213-214.

529 Contractanten in overheidsdienst die het slachtoffer worden van discriminatoir gedrag vanwege de overheid (als werkgever), zullen wel in dezelfde mate als de werknemers tewerkgesteld in de private sector van de stakingsvordering gebruik kunnen maken (E. Alofs en A. De Becker, *l.c.*, 593).

geregeld door een statuut van publiek recht”. Voor ambtenaren blijft een procedure voor de Afdeling Administratie van de Raad van State bijgevolg de enige actiemogelijkheid in geval van discriminatoire beslissing van de overheid (als werkgever) met betrekking tot één van de aspecten van hun arbeidsrelatie.⁵³⁰

1366. Naast deze algemene regels, zijn door het Arbitragehof in zijn arrest van 6 oktober 2004 nog enkele specifieke beperkingen gesteld aan de toepassing van de vordering als neergelegd in artikel 19 van de wet teneinde de grondwetsconformiteit ervan te waarborgen. Het Hof stelde dat de rechter bij de toepassing van artikel 19 § 1 “rekening [zal] dienen te houden met het bij de artikelen 19 en 25 van de Grondwet gewaarborgde verbod van preventieve maatregelen in het algemeen en het verbod van censuur in het bijzonder, wat impliceert dat het rechtelijke optreden slechts mogelijk is wanneer er reeds een verspreiding is geweest”.⁵³¹ Hoewel het burgerrechtelijke verbod op “discriminerende uitlatingen” vernietigd werd door het Hof, zou het immers – op basis van een louter tekstuele interpretatie – nog mogelijk zijn geweest om de staking te bevelen van daden die bijvoorbeeld strijdig zijn met artikel 6 § 1 (“aanzetten tot”).⁵³²

1367. Voorzover de stakingsvordering betrekking heeft op een beperking van de vrijheid van meningsuiting moet de rechter naar het oordeel van het Hof bovendien nagaan of de beperking van dat recht *in concreto* noodzakelijk is, beantwoordt aan een dwingende sociale noodwendigheid en evenredig is met de wettige doelstelling die door die bepaling wordt nagestreefd. Kortom:

Met toepassing van het bestreden artikel 19 § 1 kunnen derhalve geen beperkingen worden opgelegd aan het recht van de burgers om, zelfs op polemische toon die het openbaar debat kan kenmerken, hun mening te uiten over maatschappelijke fenomenen, zelfs wanneer die meningen de Staat of een andere groep van de bevolking “schokken, verontrusten of kwetsen”.⁵³³

530 E. ALOFS en A. DE BECKER, *l.c.*, 593. Volgens VAN DROOGHENBROECK zou het echter een discriminatie uitmaken indien ambtenaren in deze procedure voor de Raad geen gebruik zouden kunnen maken van de bewijsmiddelen als vervat in de Antidiscriminatiewet (voorzover gebaseerd op de richtlijnen), zie S. VAN DROOGHENBROECK, *l.c.*, 242, nr. 100.

531 Arbitragehof nr. 157/2004, 6 oktober 2004, B.75, *B.S.* 18 oktober 2004. In de rechtsleer is de bewuste stellingname door het Hof herhaaldelijk aangeduid als een mijlpijl in de geschiedenis van de bescherming van de vrijheid van meningsuiting (zie S. SOTTIAUX en J. VRIELINK, “Eén arrest, vijf mijlpalen”, *l.c.*, 4; J. VELAERS, “Het arbitragehof en de antidiscriminatiewet”, *l.c.*, nr. 39). Voor het arrest was in de rechtsleer overigens al herhaaldelijk aangegeven dat de stakingsvordering in combinatie met de beperkingen op de vrije meningsuiting die de wet invoert geenszins een mandaat vormden tot het nemen van preventieve maatregelen terzake. Zie J. VELAERS, “De antidiscriminatie en de botsing van grondrechten”, *l.c.*, 376-377; J. VRIELINK, “De nieuwe Belgische antidiscriminatiewet. Een kritische bespreking”, *l.c.*, 216; D. VOORHOOF, “De antidiscriminatiewet als beperking op de expressievrijheid: ultieme realisatie van het gelijkheidsbeginsel of veelkoppig monster?”, *l.c.*, 195-196; S. VAN DROOGHENBROECK, *l.c.*, 230, nr. 58.

532 J. VELAERS, “Het arbitragehof en de antidiscriminatiewet”, *l.c.*, nr. 38.

533 Arbitragehof nr. 157/2004, 6 oktober 2004, B.75, *B.S.* 18 oktober 2004. J. VELAERS, “Het arbitragehof en de antidiscriminatiewet”, *l.c.*, nrs. 38-41.

§ 2. Voorwerp vordering en mogelijk rechtsherstel

1368. Stakingsvorderingen zijn er in de regel op gericht om iemand een bepaald verbod op te leggen. De bepaling wordt door commentatoren dan ook in de eerste plaats relevant geacht voor het beëindigen van structurele discriminaties of van een patroon van discriminatie.⁵³⁴ In beginsel is de vordering echter niet uitsluitend toepasbaar op situaties die nog bestaan op het moment dat de vordering wordt ingeleid. Het kan evenzeer gaan om gevallen waarin de bewuste situatie reeds een einde heeft genomen, maar waarbij gevaar voor herhaling bestaat. Hierbij kan gedacht worden aan het geval waarin een persoon om discriminatoire redenen de toegang ontzegd wordt in een dancing of restaurant of aan een situatie van discriminatoire weigering van verhuur of verkoop, waarbij de goederen inmiddels niet meer ter beschikking zijn.⁵³⁵ Dit kan ook worden afgeleid uit één van de weinige uitspraken in relatie tot de wet, waarbij de rechter stelde:

De omstandigheid dat de vordering tot staken een eenmalige handeling beoogt die definitief beëindigd is, geeft geen aanleiding tot de ontoelaatbaarheid van de vordering wegens gebrek aan belang wanneer niet kan worden uitgesloten dat deze handeling wordt herhaald. Het stakingsbevel dient immers veeleer de onwettige praktijk te verbieden en niet een welbepaalde daad. Er kan slechts sprake zijn van gebrek aan belang indien het herhalingsgevaar objectief kan worden uitgesloten, namelijk indien er omstandigheden voorhanden zijn die, onafhankelijk van de wil en de houding van de betrokkenen, een herhaling van de vermeende inbreuk onmogelijk maken.

Het feit dat het appartement inmiddels werd verhuurd aan een derde en de beweerde inbreuk derhalve een einde heeft genomen, kan *in casu* het belang in hoofde van eiser niet wegnemen. Het kan immers niet worden uitgesloten dat het appartement in de toekomst terug beschikbaar wordt en aan het publiek te huur wordt aangeboden. Het gevaar voor herhaling van de beweerde inbreuk kan derhalve niet objectief worden uitgesloten. Eiser dient dan ook over de mogelijkheid te beschikken de staking ervan te bevelen om in de toekomst met de vermeende praktijken niet meer te moeten worden geconfronteerd.⁵³⁶

1369. Over de mate waarin de vordering in dergelijke individuele gevallen echter ook zinvol zou (kunnen) zijn, althans voor de eiser in kwestie, heerst onenigheid. Het C.G.K.R. is alvast van mening dat dit wél het geval is, al stelt het zich wel op het standpunt dat in dit soort gevallen de rechter “nooit iemand zal kunnen dwingen een bepaalde overeenkomst te sluiten of uit te voeren op niet-discriminerende wijze”.⁵³⁷ Dit laatste – de onmogelijkheid tot herstel *in natura* – is voor andere commentatoren juist één van de redenen om de zin van de vordering in dergelijke gevallen te

534 D. DE PRINS, “Stakingsvordering tegen individuele discriminatie. Handelingen gesteld door vertegenwoordigers”, *I.c.*, 262; A. DE BOECK, *I.c.*, 439; C.G.K.R., *Naar een uitbreiding. Jaarverslag 2003 (bijlagen)*, 29; M. DAMBRE, *I.c.*, 347.

535 C.G.K.R., *Naar een uitbreiding. Jaarverslag 2003 (bijlagen)*, 30.

536 Rb. Gent 31 december 2003, *NJW* 2004, nr. 60, 205-206.

537 Hoogstens – zo stelt het C.G.K.R. – zal de rechter via een dwangsom (*cf. infra* nrs. 1407-1410) hetzelfde effect kunnen beogen (C.G.K.R., *Naar een uitbreiding. Jaarverslag 2003 (bijlagen)*, 29).

betwijfelen.⁵³⁸ De vordering kan hoogstens leiden positief bevel, wanneer die positieve daad neerkomt op een verbod de gewraakte praktijk verder te zetten.⁵³⁹ Dit zou ook blijken uit hogere rechtspraak.⁵⁴⁰ De aldus geponeerde onmogelijkheid van contractsdwang door de stakingsrechter, zou maken dat het rechtsherstel op grond van de vordering in dergelijke zaken sterk beperkt is. Temeer daar de stakingsrechter klassieke burgerlijke sancties, zoals de ontbinding van een overeenkomst, de nietigverklaring van een onrechtmatig beding of de toekenning van een schadevergoeding⁵⁴¹ evenmin kan uitspreken.⁵⁴²

1370. Enkele auteurs betwisten echter deze vermeende onmogelijkheid van contractsdwang. Zo stelt KUSTERS dat het “bevel tot staking van iets niet te doen (...) logischerwijs resulteert in de plicht om iets wel te doen”.⁵⁴³ Deze (beweerde) plicht zou in bepaalde omstandigheden naar haar oordeel vatbaar zijn voor uitvoering *in natura*. Bij huurovereenkomsten zou dit bijvoorbeeld het geval zijn wanneer de positie van een particuliere huurder neigt naar een absolute machtspositie, bijvoorbeeld door het bekleden van een monopolie, of in de mate dat de verhuurder een taak bekleedt gelijkaardig aan die van de overheid. Een andere basis voor contractsdwang zou geboden worden wanneer de wederzijdse onderhandelingen reeds in een zodanig stadium gevorderd waren, dat de wederpartij het gewettigde vertrouwen had dat een contract zou worden gesloten, hetgeen slechts onderbroken

538 D. DE PRINS, “Stakingsvordering tegen individuele discriminatie. Handelingen gesteld door vertegenwoordigers”, *l.c.*, 262; A. DE BOECK, *l.c.*, 439; D. CUYPERS, “There will never be equality in the servant’s hall. Gelijkelijkheid in het arbeidsrecht”, *l.c.*, 469; J. HOFKENS en S. DEMEESTERE, *o.c.*, 137; P. HUMBLET, “De wet ‘Mahoux’ bekeken door een arbeidsrechtelijke bril”, *l.c.*, 10; E. ALOFS en A. DE BECKER, *l.c.*, 584; K. BERNAUW, *l.c.*, 301; S. VAN DROOGHENBROECK, *l.c.*, 242-243, nr. 102.

539 P. Taelman, “De stakingsvordering in de antidiscriminatiewet. Een maat voor niets?”, *l.c.*, 508; P. Taelman, “Het handhavingsrecht van de Wet Bestrijding Discriminatie”, *l.c.*, 211.

540 In dit verband is ten eerste gewezen op een beslissing van het Hof van Beroep te Brussel over de draagwijdte van de vordering tot staking in de Wet Handelspraktijken (hierbij dient men echter rekening te houden met de verschillen tussen de betrokken vorderingen (*cf. supra* nr. 1362)). Het Hof oordeelde “dat de rechter in staking, door de staking te bevelen van een onrechtmatige verkoopsweigeren, niet onrechtstreeks de gedaagde verplicht een contract aan te gaan, maar uitsluitend verbiedt onrechtmatig te weigeren”, hetgeen volgens het Hof neerkomt op “een bevel, niet tot contracteren, maar wel op de markt op te treden zonder discriminatie of willekeur of enige miskenning van een positieve norm” (Brussel 31 mei 1988, *T.B.H.* 1989, 711). Zie ook Y. THIERY, *l.c.*, 659; S. VAN DROOGHENBROECK, *l.c.*, 243, nr. 102. Ook het Hof van Cassatie heeft een beslissing gewezen waaruit volgens commentatoren zou blijken dat contractsdwang onaanvaardbaar zou zijn. *In casu* ging het om de rechtsvordering uit de Wet gelijke behandeling van mannen en vrouwen ten aanzien van (discriminatoir) ontslag. Met betrekking hiertoe stelde het Hof dat de dienstbetrekking niet hersteld kon worden (Cass. 20 juni 1989, *J.T.T.* 1988, 43). Zie D. CUYPERS, “There will never be equality in the servant’s hall. Gelijkelijkheid in het arbeidsrecht”, *l.c.*, 469; J. HOFKENS en S. DEMEESTERE, *o.c.*, 137; P. HUMBLET, “De wet ‘Mahoux’ bekeken door een arbeidsrechtelijke bril”, *l.c.*, 10).

541 Een uitzondering hierop vormt de veroordeling tot schadevergoeding wegens procesrechtsmisbruik in het raam van de stakingsvordering zelf (P. Taelman, “De stakingsvordering in de antidiscriminatiewet. Een maat voor niets?”, *l.c.*, 508).

542 P. Taelman, “De stakingsvordering in de antidiscriminatiewet. Een maat voor niets?”, *l.c.*, 508; P. Taelman, “Het handhavingsrecht van de Wet Bestrijding Discriminatie”, *l.c.*, 212. In het oorspronkelijke voorstel was nog voorzien dat de stakingsrechter een schadevergoeding zou kunnen toekennen. De Raad van State wees er echter in zijn advies op dat deze mogelijkheid niet in overeenstemming viel te brengen met de eigenheid van een stakingsvordering (*Parl. St.* Senaat 2000-01, nr. 2-12/5, 16-17). Daarop werd deze mogelijkheid geschrapt (*Parl. St.* Senaat 2000-01, nr. 2-12/7, 17; *Parl. St.* Senaat 2000-001, nr. 2-12/15, 202).

543 J. KUSTERS, *l.c.*, 566.

werd bij het blijken van een bepaald (persoons)kenmerk van de huurder (bv. de allochtone identiteit).⁵⁴⁴ Verder is er op gewezen dat er in de rechtspraak ook wel degelijk in bepaalde sectoren beslissingen bekend zijn waar rechters – in afwijking van de algemene regel – partijen toch tot uitvoering van overeenkomsten hebben gedwongen.⁵⁴⁵

§ 3. Procedure (art. 22)

A. Zoals in kort geding

1371. Overeenkomstig artikel 22 lid 1 Antidiscriminatiewet wordt de vordering tot staken “ingesteld en behandeld zoals in kort geding”. De vordering loopt daarmee volgens de vormen van het kort geding, als bepaald in de regels van artikel 148-149 G.W. en artikel 1035-1041 Ger. W. In wezen heeft de vordering met een kort geding verder niets uitstaande, de voorzitter van de rechtbank die over de stakingsvordering oordeelt moet zich immers ten gronde uitspreken over de vraag of de bepalingen van de wet al dan niet zijn overtreden.⁵⁴⁶ Voorts wordt de urgentie in een procedure “zoals in kort geding” wettelijk vermoed en hoeft deze in tegenstelling tot in een klassieke kort gedingrechtspleging niet te worden aangetoond.⁵⁴⁷

1372. Taelman geeft aan dat de bevoegdheid tot de stakingsvordering *zoals* in kort geding, als verleend door de Antidiscriminatiewet, een beroep op de gewone rechter in kort geding niet uitsluit. De auteur acht deze mogelijkheid ook nuttig inzake discriminatiezaken, bijvoorbeeld om een bevel te verkrijgen tot het nemen van positieve maatregelen.

544 J. KUSTERS, *l.c.*, 566-567; M. DAMBRE, *l.c.*, 346. D. DE PRINS wijst inzake deze hypothese echter op het feit dat dit vaak geen sociaal wenselijke oplossing zal zijn, daar “een onwillige verhuurder (...) zijn huurder immers op verschillende manieren het leven zuur [kan] maken” (D. DE PRINS, “Stakingsvordering tegen individuele discriminatie. Handelingen gesteld door vertegenwoordigers”, *l.c.*, 262. Zie ook D. DE PRINS, “Gediscrimineerd homopaar krijgt geen rechtsherstel”, *l.c.*, 1 en 12.

545 Vz. Kh. Luik 3 mei 1990, *Jaarboek Handelspraktijken* 1990, 346; Brussel 17 mei 1990, *Jaarboek Handelspraktijken* 1990, 220. Zie Y. THIERY, *l.c.*, 659. De auteur acht het bij het opleggen van dit soort positieve verplichtingen van groot belang dat op zeer nauwkeurige wijze de grenzen van het bevel worden aangegeven en dat de rechter zich houdt aan de formulering van de eiser. Vgl. I. BUELENS, D. COUNYE en J. STUYCK, “Verkoopsweigeren en eerlijke handelsgebruiken”, *T.B.H.* 1995, 802; J. STUYCK, “De vordering tot staking: samenloopregels en uitvoering van het bevel tot staking”, in J. STUYCK (ed.), *Handelspraktijken anno 1996*, Antwerpen, Kluwer 1996, 227 e.v.

546 P. Taelman, “De stakingsvordering in de antidiscriminatiewet. Een maat voor niets?”, *l.c.*, 512. Zie uitgebreid over de rechtsplegingen “zoals in geding”: C. DALCQ, “Les actions comme en référé”, in J. ENGLEBERT en H. BOULARBAH (eds.), *Le référé judiciaire*, Brussel, Ed. du Jeune Barreau de Bruxelles, 2003, 145-147; J. VAN COMPERNOLLE en M. STORME (eds.), *De ontwikkeling van de procedures ‘zoals in kort geding’*, Brussel, Kluwer-Bruylant, 1994, 220 p.

547 P. Taelman, “De stakingsvordering in de antidiscriminatiewet. Een maat voor niets?”, *l.c.*, 512.

B. Procedureverloop

1. GEDINGINLEIDEND STUK

1373. Artikel 22 lid 2 Antidiscriminatiewet bepaalt dat de stakingsvordering wordt ingesteld bij verzoekschrift. Het vierde lid van hetzelfde artikel voorziet in toezending van het verzoekschrift – door middel van de griffier – aan de tegenpartij.⁵⁴⁸ Aangezien de rechtspleging bovendien strekt tot het inleiden van een hoofdvordering zijn in beginsel de artikelen 1034*bis* tot en met 1034*sexies* Ger. W. cumulatief toe te passen op de vormvoorschriften als vervat in het derde lid van de Antidiscriminatiewet zelf.⁵⁴⁹ Zowel de vormvoorschriften van artikel 1034*ter* en 1034*quater* Ger. W. als die uit de Antidiscriminatiewet zelf zijn daarbij voorgeschreven op straffe van nietigheid. Bij onverenigbaarheid hebben de bepalingen uit de Antidiscriminatiewet voorrang. Samenlezing van de vormvoorschriften in de Antidiscriminatiewet en artikel 1034*ter* en 1034*quater* Ger. W. zou daarmee al met al resulteren in de volgende vermeldingen die, op straffe van nietigheid moeten opgenomen worden in het verzoekschrift:

- de dag, de maand en het jaar;
- de naam, de voornaam, het beroep en de woonplaats van de verzoeker en, in voorkomend geval, zijn hoedanigheid en inschrijving in het ondernemingsregister;
- de naam, de voornaam en de woonplaats van de natuurlijke persoon of rechtspersoon tegen wie de vordering wordt ingesteld;
- het onderwerp en de uiteenzetting van de middelen van de vordering;
- de rechter voor wie de vordering aanhangig wordt gemaakt;
- de handtekening van de verzoeker of van zijn advocaat.

Het [verzoekschrift] moet op straffe van nietigheid vergezeld zijn van een getuigenschrift van woonplaats van de persoon die – als verweerder – moet worden opgeroepen.⁵⁵⁰

1374. Taelman – die de z.i. ongelukkige optie van de wetgever voor gedinginleiding via verzoekschrift bekritiseert – werpt de vraag op of, ter vervanging van het verzoekschrift op tegenspraak, ook een dagvaardingsexploot kan worden aangevend om een stakingsvordering in te leiden. Hij verwijst daarbij enerzijds naar een arrest van 1 oktober 1990 van het Hof van Cassatie, waarin het Hof oordeelde dat een rechtsplegingsbepaling volgens dewelke de inleiding van een bepaald geding bij verzoekschrift plaatsvindt in de regel de inleiding van zulk geding bij dagvaarding niet ongeldig maakt.⁵⁵¹ Anderzijds zouden ontwikkelingen in cassatierechtspraak

548 Hetgeen duidelijk maakt dat het een tegensprekelijke, en geen eenzijdige, verzoekschriftprocedure betreft (P. Taelman, “De stakingsvordering in de antidiscriminatiewet. Een maat voor niets?”, *l.c.*, 513; P. Taelman, “Het handhavingsrecht van de Wet Bestrijding Discriminatie”, *l.c.*, 227).

549 Op grond van art. 12 Ger. W. betreffende de regels inzake een vordering die het geding opent. Zie P. Taelman, “De stakingsvordering in de antidiscriminatiewet. Een maat voor niets?”, *l.c.*, 513.

550 P. Taelman, “Het handhavingsrecht van de Wet Bestrijding Discriminatie”, *l.c.*, 228-229.

551 Cass. 1 oktober 1990, *Arr. Cass.* 1990-91, 111; *Pas.* 1991, I, 102; *J.T.* 1992, 475 met noot J. Romain.

wel tot enige voorzichtigheid nopen.⁵⁵² In de praktijk blijken deze procedureproblemen nog geen rol te hebben gespeeld.

2. KENNISGEVING EN WACHTTERMIJNEN

1375. Artikel 22 lid 2 bepaalt dat het verzoekschrift in vier exemplaren moet worden neergelegd ter griffie van de bevoegde rechtbank of dat deze in een ter post aangezekende brief verzonden moeten worden aan deze griffie. Na ontvangst van verzoekschrift en na betaling van de rolrechten (art. 1034*sexies* Ger. W. *j*^o art. 269 W. Reg.) verwittigt de griffier de tegenpartij bij gerechtsbrief, waarbij een exemplaar van het verzoekschrift is gevoegd, en nodigt haar uit te verschijnen ten vroegste drie dagen en ten laatste acht dagen na het verzenden van de brief (art. 22 lid 4 Antidiscriminatiewet).

1376. In rechtsleer is gewezen op het feit dat deze kennisgeving via gerechtsbrief in combinatie met een korte dagvaardingstermijn onvoldoende garanties zou inhouden voor de geadresseerde.⁵⁵³ Indien de postbeambte namelijk de gerechtsbrief niet aan de bestemming in persoon noch aan diens woonplaats ter hand kan stellen, dan laat die eerste enkel een bericht na dat hij is langsgekomen (art. 46 § 2 Ger. W.). De brief wordt vervolgens gedurende acht dagen op het postkantoor in bewaring gehouden, binnen welke termijn hij afgehaald kan worden door de geadresseerde in persoon of door de houder van een schriftelijke volmacht.⁵⁵⁴ De dagvaardingstermijn zou volgens cassatierechtspraak aanvangen met de afgifte door de griffiediensten van de gerechtsbrief aan de postdiensten.⁵⁵⁵ Het Arbitragehof gaat er daarentegen vanuit dat de termijnen ingaan op de datum waarop de gerechtsbrief ter hand is gesteld aan de geadresseerde in persoon of aan zijn woonplaats bestaanbaar zou zijn met artikelen 10 en 11 G.W.⁵⁵⁶ De wachttermijn wordt gerekend vanaf de dag die daarop volgt, en omvat ook zater-, zon- en feestdagen (art. 52 *j*^o art. 48 Ger. W.).

1377. Gezien de korte dagvaardingstermijn zou te verwachten zijn dat de bestemming vaak te laat kennis zal krijgen van de oproepingsbrief en het bijgevoegde verzoekschrift. Deze gang van zaken zou een behoorlijke verdediging in het gedrang brengen, en moeilijk te verenigen zijn met de kwaliteitsvereisten als vervat in artikel 6 lid 1 E.V.R.M.⁵⁵⁷

552 P. Taelman, "Het handhavingsrecht van de Wet Bestrijding Discriminatie", *l.c.*, 230-231.

553 P. Taelman, "De stakingsvordering in de antidiscriminatiewet. Een maat voor niets?", *l.c.*, 515; P. Taelman, "Het handhavingsrecht van de Wet Bestrijding Discriminatie", *l.c.*, 231-232. De auteur verwijst voor een eerdere, vergelijkbare kritiek op eenzelfde bepaling in de Handelspraktijkenwet naar J. LAENENS, "De vordering tot staking herbezocht", in J. STUYCK en P. WYTINCK (eds.), *De nieuwe wet handelspraktijken*, Brussel, E. Story-Scientia, 1992, 168.

554 P. Taelman, "De stakingsvordering in de antidiscriminatiewet. Een maat voor niets?", *l.c.*, 515.
555 Voor verwijzingen zie P. Taelman, "De stakingsvordering in de antidiscriminatiewet. Een maat voor niets?", *l.c.*, 515.

556 Arbitragehof nr. 2003/170, *R.W.* 2003-04, 1145 met noot J. LAENENS; *J.L.M.B.* 2004, 140, met noot D. PIRE. Zie P. Taelman, "De stakingsvordering in de antidiscriminatiewet. Een maat voor niets?", *l.c.*, 515.

557 P. Taelman, "De stakingsvordering in de antidiscriminatiewet. Een maat voor niets?", *l.c.*, 515. Opnieuw zou dit volgens de auteur illustreren dat het voorschrift van (enkel) een verzoekschrift op tegenspraak als gedinginleidende akte, ongelukkig is.

3. UITSpraak EN MEDEDELING

1378. Het vonnis als gewezen naar aanleiding van de stakingsvordering is uitvoerbaar bij voorraad, niettegenstaande enig rechtsmiddel en zonder borgtocht (art. 22 lid 7 Antidiscriminatiewet). De griffier deelt vervolgens de uitspraak onverwijld mee aan de partijen, en aan de procureur des Konings.⁵⁵⁸

4. OPHEFFING STAKINGSBEVEL

1379. Artikel 19 § 1 lid 2 Antidiscriminatiewet bepaalt dat de voorzitter van de rechtbank de opheffing van de staking kan bevelen, zodra bewezen is dat een einde is gemaakt aan de overtreding van de wet. Dit onderdeel is in de rechtsleer scherp bekritiseerd, in navolging van de kritiek van STUYCK op de gelijkkluidende bepaling in de Handelspraktijkenwet:

Bij de mogelijkheid die de stakingsrechter (...) gegeven wordt zijn stakingsbevel op te heffen zodra bewezen is dat een einde werd gemaakt aan de inbreuk, blijft men perplex. Van twee dingen één: ofwel is het zeker dat de overtreding niet meer voortduurt of zal worden herhaald en dan is de opheffing van het stakingsbevel nutteloos, ofwel is dit niet zeker en dan is opheffing van het stakingsbevel een vrijbrief voor een gedraging die initieel verboden werd.⁵⁵⁹

1380. In het kader van de Handelspraktijkenwet is – voorzover bekend – geen gebruik gemaakt van de bepaling, hetgeen Taelman ook wenselijk acht ten aanzien van de bepaling uit de Antidiscriminatiewet.⁵⁶⁰ Als een partij zich er toch op zou willen beroepen dan dient naar het oordeel van de betreffende auteur opnieuw een vordering te worden ingeleid voor de stakingsrechter, ditmaal op initiatief van de partij die eerder werd veroordeeld, daar niet werd voorzien in een “blijvende saisine” van de stakingsrechter.

§ 4. Bijzondere bewijsregelen en verdeling van de bewijslast (art. 19 § 3 en § 4)

A. Verdeling van de bewijslast

1381. De derde paragraaf van artikel 19 voert een verschuiving in van de bewijslast: “[w]anneer het slachtoffer van de discriminatie of een van de in artikel 31 bedoelde groeperingen voor het bevoegde gerecht feiten, zoals statistische gegevens of prak-

⁵⁵⁸ Taelman geeft aan dat de informatieverlening aan de procureur des Konings (vermoedelijk) het oogmerk heeft om het parket aan te zetten om tot strafvervolgning over te gaan van de partij tegen wie het stakingsbevel werd uitgesproken, daar het inwilligen van de stakingsvordering immers impliceert dat de Antidiscriminatiewet werd overtreden (P. Taelman, “De stakingsvordering in de antidiscriminatiewet. Een maat voor niets?”, *l.c.*, 516; P. Taelman, “Het handhavingsrecht van de Wet Bestrijding Discriminatie”, *l.c.*, 233).

⁵⁵⁹ J. Stuyck, “De vordering tot staking: samenloopregels en uitvoering van het bevel tot staking”, *l.c.*, 258. Geciteerd in P. Taelman, “De stakingsvordering in de antidiscriminatiewet. Een maat voor niets?”, *l.c.*, 516.

⁵⁶⁰ P. Taelman, “Het handhavingsrecht van de Wet Bestrijding Discriminatie”, *l.c.*, 236.

tijktests, aanvoert die het bestaan van een directe of indirecte discriminatie kunnen doen vermoeden, valt de bewijslast dat er geen discriminatie is, ten laste van de verweerder". Deze bewijslastverdeling is ingegeven door bepalingen van gelijkaardige strekking in beide Europese richtlijnen⁵⁶¹ (*cf. supra* 272) en vanuit de overweging dat het bewijs van discriminatie vaak zo moeilijk te leveren is dat een dergelijke verschuiving essentieel is.⁵⁶²

1382. Er is herhaaldelijk op gewezen dat deze bepaling geen omkering van de bewijslast invoert, maar (slechts) een verdeling.⁵⁶³ De verschuiving verandert in elk geval niets aan de initiële aanvoeringslast in hoofde van het vermeende slachtoffer.⁵⁶⁴ De persoon die zich door niet-toepassing van het beginsel van gelijke behandeling te zijner aanzien benadeeld acht⁵⁶⁵, of de in artikel 31 bedoelde (in rechte optredende) rechtspersonen, dienen eerst te bewijzen dat er een vermoeden van discriminatie bestaat. Indien dit het geval is, dan (pas) verschuift de bewijslast naar de verweerder. Die laatste moet dan weerleggen dat er sprake was van discriminatie, of minstens dat zijn gedraging objectief en redelijk te verantwoorden viel of dat de situatie van de personen die vergeleken worden, niet vergelijkbaar is.⁵⁶⁶ Dit werd ook benadrukt door het Arbitragehof, dat van oordeel was dat de bewijslastverdeling daarom niet onevenredig is.⁵⁶⁷

1383. De formulering van artikel 19 § 3 doet vermoeden dat de verdeling van de bewijslast enkel van toepassing zou zijn waar het gaat om "directe en indirecte discriminatie", en (dus) niet waar het gaat om het "opdracht geven tot discriminatie" of om "discriminatoire pesterijen".⁵⁶⁸ Bepaalde rechtsleer geeft echter aan dat men

561 Het gaat hier om art. 8 Rasrichtlijn en art. 10 Kaderrichtlijn, waarvan het relevante deel in beide gevallen als volgt luidt: "1. De lidstaten nemen, overeenkomstig hun nationale rechtsstelsels, de nodige maatregelen om ervoor te zorgen dat, wanneer personen die zich door niet-toepassing te hunnen aanzien van het beginsel van gelijke behandeling benadeeld achten, voor de rechter of een andere instantie feiten aanvoeren die directe of indirecte discriminatie kunnen doen vermoeden, de verweerder dient te bewijzen dat het beginsel van gelijke behandeling niet werd geschonden".

562 In de woorden van de indieners: "Het slachtoffer van discriminatie staat meestal in een zwakke positie tegenover degene die de discriminerende handeling verricht" (*Parl. St.* Senaat 1999, nr. 2-12/1, 4). Vgl. *Parl. St.* Senaat 2001-02, nr. 2-12/15, 8 en 27. Vgl. Arbitragehof nr. 157/2004, 6 oktober 2004, B.83, B.S. 18 oktober 2004.

563 P. BORGHS, *o.c.*, 36; P. FOUBERT, *l.c.*, 12.

564 J. HOFKENS en S. DEMEESTERE, *o.c.*, 133. Gezien het vereiste type feiten stelt BUYSENS zelfs dat de plicht voor de eiser in werkelijkheid al (deels) wordt ingevuld als een subjectieve bewijslast (H. BUYSENS, *l.c.*, 288).

565 De in de wet gebruikte verwijzing naar de begunstigde van de norm als "het slachtoffer van de discriminatie", is strikt genomen inaccuraat. Het is immers juist de juridische procedure die moet vaststellen of de bedoelde eiser in een concreet geval ook daadwerkelijk het slachtoffer van discriminatie is. Zie J. VRIELINK, "De nieuwe Belgische antidiscriminatiewet. Een kritische bespreking", *l.c.*, 238; P. Taelman, "Het handhavingsrecht van de Wet Bestrijding Discriminatie", *l.c.*, 250.

566 D. CUYPERS, "There will never be equality in the servant's hall. Gelijkheid in het arbeidsrecht", *l.c.*, 464; C. BAYART, *o.c.*, 340-341.

567 Arbitragehof nr. 157/2004, 6 oktober 2004, B.83, B.S. 18 oktober 2004. Het Hof oordeelde meer bepaald dat de "door de wetgever ingevoerde maatregel berust op een objectief criterium, namelijk de aard van de vorderingen waarbij de omkering van de bewijslast wordt ingevoerd. De maatregel is zeker pertinent om de door hem beoogde doelstelling van efficiënte bescherming tegen discriminatie te waarborgen, en is, gelet op de voorwaarden waaronder hij geldt, daarmee niet onevenredig".

568 Inzake "redelijke aanpassingen" – de laatste bijzondere verschijningsvorm van discriminatie (*cf. supra* nrs. 1249-1262) is de verdeling minder relevant, daar het bewijs van het ontbreken van een

→

op grond van richtlijnconforme interpretatie zou kunnen aanvoeren dat de verdeling van de bewijslast ook betrekking moet hebben op de bewijsvoering inzake pesteringen.⁵⁶⁹

1384. De feiten die de bewijslast ten laste van de verweerder kunnen doen vallen, betreffen “elk feit dat door de eiser duidelijk genoeg wordt aangetoond en waardoor verondersteld kan worden dat er sprake is van discriminatie”.⁵⁷⁰ De Raad van State stelde in zijn advies dat inzake de bewijslast in gevallen van discriminatie

de vermoedens die deze omkering van bewijslast mogelijk maken niet gewichtig, precies en met elkaar overeenstemmend behoeven te zijn – aangezien dan de algemene regel zou gelden – maar voor het allerm minst relevant genoeg en degelijk moeten zijn.⁵⁷¹

1385. Een tweetal voorbeelden⁵⁷² van dergelijke feiten wordt in de wet uitdrukkelijk genoemd, namelijk “statistische gegevens” en “praktijktests” (ook wel: “situatie-tests”).⁵⁷³ De reden voor deze expliciete verwijzing zou enkel zijn dat dit relatief nieuwe bewijsmiddelen betreffen voor het Belgisch recht. De vermeldingen zijn in elk geval geenszins exhaustief bedoeld.⁵⁷⁴ In het volgende worden beide middelen kort besproken.

1. PRAKTIJKTESTS

a. Algemeen⁵⁷⁵

1386. Praktijktests zijn oorspronkelijk ontwikkeld in sociologisch onderzoek dat beoogde discriminerend gedrag empirisch vast te stellen.⁵⁷⁶ Meer en meer worden

→ bepaalde aanpassing doorgaans vrij gemakkelijk te leveren zal zijn (P. FOUBERT, *l.c.*, 12). Hetgene wat in dergelijke situaties vooral ter discussie staat is de redelijkheid van de voorgestelde aanpassing.

569 P. FOUBERT, *l.c.*, 12-14. Ook de voorbereidingen wijzen volgens de auteur in deze richting (*Parl. St.* Kamer 2001-02, nr. 50-1578/3, 5).

570 *Parl. St.* Senaat 2001-02, nr. 2-12/15, 191.

571 *Parl. St.* Kamer 2001-02, nr. 50-1578/2, 9. Vgl. BUYSENS die ook stelt dat indien de eiser feiten zou moeten aanvoeren “die gewichtige precieze en met elkaar overeenstemmende vermoedens vormen, het niet meer nodig is de bewijslast te keren, aangezien zulke vermoedens op zich reeds een bewijs vormen waarmee de gegrondheid van de vordering van de eiser kan worden aangetoond” (H. BUYSENS, *l.c.*, 293. Zie ook O. DE SCHUTTER, “La loi Belge tendant à lutter contre la discrimination”, *l.c.*, 854; M. DAMBRE, *l.c.*, 343). Zie *contra* M. DE VOS, “De bouwstenen van het discriminatierecht in de arbeidsverhoudingen”, *l.c.*, 83-86. Volgens de laatste auteur volstaat de huidige Belgische bewijsregeling om te voldoen aan de Europese verplichtingen en er zou geen reden zijn op in art. 19 § 3 een nog flexibeler bewijsstandaard te lezen.

572 Andere feiten waarvan in de rechtsleer wordt vermoed dat zij de verschuiving kunnen bewerkstelligen betreffen o.m. het stellen van “gevoelige” vragen tijdens een selectiegesprek, of zogenaamde “smoking gun statements” die een ontslagbeslissing voorafgaan (C. BAYART, “De discriminatiewet”, *l.c.*, 60).

573 Beide middelen werden uitdrukkelijk in de wet opgenomen op advies van het C.G.K.R.: *Parl. St.* Senaat 2001-02, nr. 2-12/15, 43. Zie ook C. BAYART, *o.c.*, 340.

574 Een van de eerste toepassingen van de wet lijkt dit nochtans wel te suggereren (Vz. Kort Ged. Gent 31 december 2003, *NjW* 2004, nr. 60, 205-206; cf. *infra* nrs. 1437-1439). Zie kritisch C.G.K.R., *Naar een uitbreiding. Jaarverslag 2003 (bijlagen)*, 31.

575 Zie ook H. BUYSENS, *l.c.*, 296-297.

576 Zie o.m. M. GRAS, F. BOVENKERK, K. GORTER, P. KRUISWIJK en D. RAMSOEDH, *Een schijn van kans*, Arnhem, Gouda Quint, 1996, 183 p.

deze tests tevens gebruikt in het kader van gerechtelijke procedures.⁵⁷⁷ Praktijktests bestaan typisch uit een tweetal groepen: een groep personen met een bepaald – voor discriminatie vatbaar – (persoons)kenmerk en een controlegroep voor wie het betreffende kenmerk niet geldt. Tussen de beide groepen vindt (groepsgewijze) *matching* plaats, dat wil zeggen dat – afgezien van het kenmerk dat onderzocht wordt – personen in beide groepen zoveel mogelijk dezelfde kenmerken hebben op alle relevante vlakken. Bijvoorbeeld op het vlak van uiterlijk voorkomen (haar-dracht, kleding, schoeisel, houding enz.) bij het testen van de (mogelijk discrimina-toire) toegang tot discotheken, of op het vlak van de cognitieve capaciteiten bij de sollicitatie voor een bepaalde functie (taalbeheersing, kennis, diploma's, ervaring, enz.). Verdere gangbare eisen zijn dat de testpersonen op geen enkele wijze een relatie met (de organisatie van) de verzoeker hebben, noch met (die van) de beklaagde. Ook dienen testpersonen geen strafrechtelijk verleden te hebben. Door nu de leden van beide groepen afzonderlijk van elkaar in een welbepaalde praktijksituatie te laten participeren, probeert men door vergelijking van de reacties een beter beeld te krijgen van de vermeende aanwezigheid van discriminatie. Naast “fysieke” prak-tijktests, zijn ook telefonische, schriftelijke of “elektronische” varianten denkbaar.

b. Concreet

i. Beoordelingsmarge en uitvoeringsbesluit

1387. De rechtsleer terzake heeft er op gewezen dat praktijktests in de juridische praktijk vaak niet door rechters geaccepteerd worden.⁵⁷⁸ De meeste commentatoren verwachten echter dat de expliciete vermelding van de test in de wet als mogelijk bewijsmiddel, er in elk geval toe zal leiden dat men de praktijktest niet meer *a priori* zal (kunnen) verwerpen.⁵⁷⁹ Tegelijk is herhaaldelijk gesteld dat de bewijslast bij het aanvoeren van een praktijktest uiteraard ook niet zonder meer naar de verweerder verschuift.⁵⁸⁰ Dit blijkt ook uit de tekst van de wet. Artikel 19 § 3 stelt duidelijk dat het moet gaan om praktijktests “die het bestaan van discriminatie kunnen doen vermoeden” – de rechter beschikt dus over een beoordelingsmarge, zodat een prak-tijktest niet in alle gevallen de bewijslast omkeert. Wanneer een eisende partij zich op een dergelijke test beroept dan is het in een concreet geval aan de rechter om te

577 Zie o.m. R. BOGGS, J. SELLERS en M. BENDICK jr., “Use of testing in civil rights enforce-ment”, in M. FIX en R. STRUYCK, *Clear and convincing evidence. Measurement of discrimination in America*, Washington D.C., The urban institute press, 1992, 345-375.

578 A. DE BOECK, *l.c.*, 439; J. VRIELINK, “De nieuwe Belgische antidiscriminatiewet. Een kritische bespreking”, *l.c.*, 239. Vgl. M.-C. FOLETS, “Migranten nu ook contractanten”, in M.-C. FOLETS, B. HUBEAU en S. PARMENTIER (eds.), *Migranten kleuren het recht in. Over de bijdrage van nieuwe minderheden tot het recht*, Leuven, Acco, 1997, 215.

579 *Parl. St.* Senaat 2001-02, nr. 2-12/15, 197. Zie ook J. KUSTERS, *l.c.*, 564; J. VRIELINK, S. SOTTIAUX en D. DE PRINS, “De anti-discriminatiewet, een artikelsgewijze analyse (deel 2)”, *l.c.*, 301; M. DAMBRE, *l.c.*, 345.

580 J. VRIELINK, “De nieuwe Belgische antidiscriminatiewet. Een kritische bespreking”, *l.c.*, 238; P. TAELEMAN, “Het handhavingsrecht van de Wet Bestrijding Discriminatie”, *l.c.*, 250; R. STEEN-NOT, “De gevolgen van de wet bestrijding discriminatie op de positie van de consument”, in M. DE VOS en E. BREMS (eds.), *Wet Bestrijding Discriminatie in de praktijk*, Antwerpen, Intersentia, 2004, 311.

oordelen of uit die test op overtuigende wijze een vermoeden van discriminatie kan worden afgeleid. Pas indien de rechter dit het geval acht, dan is het aan de verwerende partij om te weerleggen dat de ongelijke behandeling discriminatoir is.⁵⁸¹

1388. Wat betreft de concrete (vorm- en uitvoerings)vereisten die aan de in de wet bedoelde praktijktests gesteld zullen worden, staat nog weinig vast. Specifieke regels daaromtrent worden nader bepaald bij koninklijk besluit (art. 19 § 4 lid 2) dat – ten tijde van het schrijven – nog altijd niet uitgevaardigd was.⁵⁸² De regels van het K.B. moeten dienen als waarborg dat de betreffende test niet gepaard ging met uitlokking of deloyale handelingen, noch dat deze aanleiding kan geven tot een (te) verregaande inmenging in de privé-sfeer: hierop werd zowel in de Senaat als door de Raad van State gewezen⁵⁸³, en ook nadien is in de rechtsleer terzake bezorgdheid geuit.⁵⁸⁴

ii. Rol gerechtsdeurwaarder

1389. De enige bijkomende bepaling die in de wet zelf opgenomen is, betreft het feit dat men de praktijktest “kan laten uitvoeren door een gerechtsdeurwaarder” (art. 19 § 4 lid 1). Het gaat hierbij uitdrukkelijk om een *facultatieve* werkwijze.⁵⁸⁵ De bedoeling hiervan is om de wettigheid (en neutraliteit) van de vaststellingen te bevesti-

581 Zie ook *Parl. St.* Senaat 2001-02, nr. 2-12/15, 196-197. In het licht hiervan is in de rechtsleer wel gewezen op de weigerachtige en bijzonder stringente houding die de rechtspraak steeds heeft aangenomen tegen bewijs via privé-detectives. Bepaalde rechtsleer acht het waarschijnlijk dat eenzelfde terughoudendheid aan de dag gelegd zal worden ten aanzien van de beoordeling van praktijktests. Zie H. BUYSENS, *l.c.*, 302-303; D. CUYPERS, “There will never be equality in the servant’s hall. Gelijheid in het arbeidsrecht”, *l.c.*, 465.

582 De Raad van State had geadviseerd dat het ontoelaatbaar was om een dermate moeilijke kwestie over te laten aan de Koning (*Parl. St.* Kamer 2001-02, nr. 50-1578/2, 8-9), de regering legde dit advies evenwel naast zich neer. De delegatie aan de Koning werd enerzijds verdedigd met het argument dat het de soepelste oplossing was en tegelijk de meeste rechtszekerheid zou bieden (men wilde de minimumvoorwaarden waaraan een test moest voldoen niet overlaten aan de jurisprudentie). Anderzijds zou de methode van een uitvoeringsbesluit het ook gemakkelijker maken om de betreffende voorwaarden te wijzigen als uit een evaluatie van de regelgeving zou blijken dat er in de praktijk problemen zouden zijn (*Parl. St.* Senaat 2001-02, nr. 2-12/15, 198-199). Zie voor verwijzingen P. Taelman, “Het handhavingsrecht van de Wet Bestrijding Discriminatie”, *l.c.*, 256. Voor ondersteuning van de visie van de Raad, zie S. VAN DROOGHENBROECK, *l.c.*, 244. De auteur stelt (o.m. op grond van art. 8 E.V.R.M. en art. 15 en 22 G.W.) dat de testen – gezien het feit dat zij een inmenging (kunnen) vormen in het privé-leven – bij wet geregeld moeten worden.

583 Zie het advies van de R.v.St. (*Parl. St.* Kamer 2001-02, nr. 50-1578/2, 9). De Raad benadrukte in zijn advies dat de bewijslevering en -voering volgens correcte en loyale procedures moest verlopen met eerbiediging van de woning (art. 15 G.W.), het privé- en gezinsleven (art. 22 G.W.), het briefgeheim (art. 29 G.W.) en het beroepsgeheim (art. 458 Sw.). Vgl. *Parl. St.* Senaat 2001-02, nr. 2-12/15, 185-190. Toepassing in arbeidsrechtelijke relaties is voorts bekritiseerd vanwege het feit dat werkgevers op die wijze tijd en geld investeren in sollicitanten die geen kandidaat zijn (maar daarentegen meehelpen aan bewijsvorming tegen hen). In de Kamer werd daarom een amendement ingediend om het bewijsmiddel te schrappen, doch dit werd verworpen (Amendement nr. 139, *Parl. St.* Kamer 2001-02, nr. 1578/7, 1-2).

584 Zie o.m. I. VERHELST en I. DE WILDE, “De gevolgen van de anti-discriminatiwet voor het arbeidsrecht”, *l.c.*, 449; P. HUMBLET, “De wet ‘Mahoux’ bekeken door een arbeidsrechtelijke bril”, *l.c.*, 12; H. BUYSENS, *l.c.*, 302-303; O. DE SCHUTTER, “La loi Belge tendant à lutter contre la discrimination”, *l.c.*, 855.

585 Door een eerdere formulering werd ten onrechte de indruk gewekt dat de praktijktest *enkel* bij middel van een vaststelling door een gerechtsdeurwaarder kan worden opgesteld en voorgelegd (*Parl. St.* Kamer 2001-02, nr. 50-1578/3, 12-13). Zie ook A. DE BOECK, *l.c.*, 438.

gen.⁵⁸⁶ De concrete taak die de gerechtsdeurwaarder bij de uitvoering van de praktijktest zal (kunnen) vervullen, wordt vermoedelijk nader uitgewerkt in het te verschijnen K.B. In de rechtsleer is terzake verondersteld dat het enerzijds zou kunnen gaan om het valideren van de methode (bv. het vaststellen dat de groep proefpersonen en de controlegroep beide aan bepaalde voorwaarden beantwoorden) en anderzijds om het constateren van de feiten (bv. het opnemen van verklaringen van de partijen, vaststellen van weigering personen toe te laten of bepaalde klanten te aanvaarden).

1390. Hoewel in de rechtsleer de achterliggende idee van de mogelijkheid veelal is bijgetreden, zijn wel verschillende vraagtekens gezet bij de werkbaarheid ervan. Zo is er op gewezen dat een vaststelling door een gerechtsdeurwaarder in de praktijk lang niet altijd mogelijk of realistisch is, vooral indien men uit de openbare sfeer treedt (bv. bij wervings- of bevorderingsprocedures). Ook zou de medewerking aan de test tot problemen kunnen leiden vanwege de deontologische verplichtingen van gerechtsdeurwaarders: zij mogen hoe dan ook niet hun medewerking verlenen aan de uitlokking van verklaringen en feiten die zij geacht worden vast te stellen.⁵⁸⁷ Een vaststelling door een gerechtsdeurwaarder die zijn hoedanigheid niet heeft bekendgemaakt verliest voorts in beginsel zijn authentiek karakter en kan slechts als inlichting of vermoeden gelden.⁵⁸⁸ Ten slotte wordt het waarschijnlijk geacht dat men geen gebruik zal kunnen maken van een gerechtsdeurwaarder indien de test gebruikt zal worden in strafrechtelijke aangelegenheden (*cf. infra* nrs. 1403-1404), daar gerechtsdeurwaarders niet bevoegd zijn voor het vaststellen van misdrijven.⁵⁸⁹

2. STATISTISCHE GEGEVENS

a. Algemeen

1391. Naast praktijktests kunnen ook “statistische gegevens” een vermoeden van discriminatie creëren. Rondom dit begrip is hoegenaamd niets bepaald in de wet en in de voorbereidingen.⁵⁹⁰ Zo duidt de wet niet aan hoe de gegevens tot stand moeten komen, zodat aangenomen wordt dat het kan gebeuren op eenzijdig initiatief van één van de partijen, maar ook in het raam van een op verzoek van de partijen of ambtshalve gelast deskundig onderzoek.⁵⁹¹

1392. Evenmin is ingegaan op de vereisten die (zouden moeten) gelden in relatie tot de gegevens om bewijswaarde te hebben. In de rechtsleer is echter wel herhaaldelijk

⁵⁸⁶ F. SNOECK, “Antidiscriminatiewet”, *Nieuwsbrief van de conferentie van gerechtsdeurwaarders* 2003, nr. 2, 7; O. DE SCHUTTER, “La loi Belge tendant à lutter contre la discrimination”, *l.c.*, 855.

⁵⁸⁷ H. BUYSENS, *l.c.*, 301.

⁵⁸⁸ *Ibid.*, 301-302.

⁵⁸⁹ J. VRIELINK, “De nieuwe Belgische antidiscriminatiewet. Een kritische bespreking”, *l.c.*, 241; F. SNOECK, *l.c.*, 7.

⁵⁹⁰ Evenmin zal worden voorzien in een K.B. terzake. Een amendement met deze strekking is nog verworpen (Amendement nr. 165 (*Parl. St. Senaat* 2000-01, nr. 2-12/13, 1)).

⁵⁹¹ H. BUYSENS, *l.c.*, 294.

gewezen op het feit dat een te brede interpretatie de rechten van de verweerder op onaanvaardbare wijze in het gedrang zou brengen, daar het in elke situatie voor een eiser wel mogelijk zal zijn om gunstig statistisch materiaal te vinden.⁵⁹² Ter vaststelling van de relevantie van de statistische gegevens, zijn door verschillende auteurs de volgende criteria aangedragen.⁵⁹³ Om te beginnen zou het aangedragen statistisch materiaal – om een vermoeden van discriminatie te creëren – volgens verschillende commentatoren in beginsel *direct* betrekking moeten hebben op de persoon of organisatie van de verweerder. Indien dit niet het geval is, dan zouden de bewuste gegevens in redelijkheid geen vermoeden van discriminatie kunnen veroorzaken in het concrete geval.⁵⁹⁴ Andere rechtsleer stelt daarentegen dat dit uitgangspunt – hoewel ogenschijnlijk evident – op geen enkele wijze blijkt uit de wettekst, noch uit de parlementaire voorbereidingen.⁵⁹⁵

1393. Eensgezindheid bestaat er wel over het feit dat de hoeveelheid gevallen waarop de statistische gegevens betrekking hebben, voldoende groot moet zijn om (statistisch) betrouwbaar te zijn. Als voorbeeld is wel gegeven dat het feit dat een verhuurder met twee kamers – in een wijk met een hoog percentage allochtonen – geen allochtone huurders heeft, (statistisch gezien) geen vermoeden van discriminatie kan creëren. Dit zou wel het geval zijn indien hij in dezelfde wijk vijftig kamers zou verhuren. Een laatste criterium betreft het feit dat de (vermeend discriminatoire) discrepantie ten aanzien van het “gemiddelde” voldoende significant moet zijn. De afwijking van wat als norm geldt, moet voldoende groot zijn om discriminatie te doen vermoeden.⁵⁹⁶ Als voorbeeld is opnieuw de verhuurder met vijftig kamers aangebracht: indien die 35 % van zijn kamers verhuurd heeft aan huurders van allochtone afkomst, terwijl het percentage allochtonen voor de wijk als geheel 40 % zou zijn dan zou dit volgens rechtsleer – gezien het (te) kleine verschil – niet kunnen dienen om de bewijslast te doen omkeren.

592 J. VRIELINK, S. SOTTIAUX en D. DE PRINS, “De anti-discriminatiewet, een artikelsgewijze analyse (deel 2)”, *I.c.*, 301-302; D. CUYPERS, “There will never be equality in the servant’s hall. Gelijkheid in het arbeidsrecht”, *I.c.*, 465.

593 J. VRIELINK, “De nieuwe Belgische antidiscriminatiewet. Een kritische bespreking”, *I.c.*, 240; M. DAMBRE, *I.c.*, 344; D. CUYPERS, “There will never be equality in the servant’s hall. Gelijkheid in het arbeidsrecht”, *I.c.*, 465.

594 Zie o.m. J. VRIELINK, S. SOTTIAUX en D. DE PRINS, “De anti-discriminatiewet, een artikelsgewijze analyse (deel 2)”, *I.c.*, 301.

595 C. BAYART, *o.c.*, 344. Voor wat betreft statistieken die dienen in het kader van het bewijs van indirecte discriminatie zou het uitgangspunt volgens de auteur ook op gespannen voet staan met evoluties die zich in het Europese recht terzake voorgedaan hebben. Voor wat betreft het aanwenden van statistieken om een vermoeden van directe discriminatie te wekken, kan volgens BAYART wel verdedigd worden dat de statistieken betrekking dienen te hebben op het gedrag van de discriminator.

596 CUYPERS wijst erop dat ook het H.v.J. geoordeeld heeft dat een relatief klein verschil geen statistisch bewijs uitmaakt: H.v.J. (voltallig Hof) 9 februari 1999, C-167/97, *Regina/Secretary of state for Employment; ex parte Seymour-Smith en Perz* (D. CUYPERS, “There will never be equality in the servant’s hall. Gelijkheid in het arbeidsrecht”, *I.c.*, 465).

b. Problemen

1394. In de rechtsleer zijn verschillende problemen opgeworpen die gelden ten aanzien van het gebruik van statistische gegevens als bewijsmateriaal. Om te beginnen is de beschikbaarheid ervan niet altijd evident. Statistisch materiaal is niet altijd voorhanden en de kosten van het verzamelen ervan kunnen een belangrijke barrière vormen.⁵⁹⁷ Indien er relevant materiaal beschikbaar is, dan zal dit zich in de regel bij de verweerder bevinden, hetgeen een bijkomend probleem is.⁵⁹⁸

1395. Voorts is de relevantie van het statistisch bewijs voor bepaalde groepen in vraag gesteld. De eenduidige afbakening van de doelgroep is immers belangrijk voor statistische vaststellingen. Ingeval van geslachtsonderscheid is dit het eenvoudigst, maar voor veel andere kenmerken is dit minder het geval. Ook kan de vergelijkbaarheid van de (geconstrueerde) categorieën een barrière vormen.⁵⁹⁹ Ten aanzien van allochtonen stelt CUYPERS bijvoorbeeld dat de afbakening moeilijk is en afhangt van vage en niet-wettelijk vastgelegde criteria. Wat betreft de vergelijkbaarheid en/of benadeling stelt zich verder het probleem dat deze “groep” als geheel genomen relatief ondergekwalificeerd is, hetgeen een harde statistische vergelijking moeilijk maakt. De werkgever zal zich daardoor voor vele beroepscategorieën kunnen verschuilen achter ontbrekende beroepskwalificaties bij “allochtonen”.⁶⁰⁰

1396. Voorts kan ook de gevoelige aard van de informatie een barrière vormen. Zo is er op gewezen dat statistisch bewijs vaak nauwelijks benut kan worden bij de discriminatie van holebi's, daar het informeren naar en verzamelen van statistieken over seksuele geaardheid al gauw een inmenging in de privé-sfeer betekent (o.m. volgens het Europees Hof van Justitie).⁶⁰¹ Het bijhouden en verwerken van deze gegevens zou daarmee in strijd zijn met bepalingen inzake privacybescherming⁶⁰², maar ook met die van de wet zelf.

B. (Voldoende) bewijs door middel van praktijktest?

1397. Artikel 19 § 4 lid 1 luidt: “Het bewijs van discriminatie (...) kan worden geleverd met behulp van een praktijktest die kan worden uitgevoerd door een gerechtsdeurwaarder”.⁶⁰³

597 C. BAYART, *o.c.*, 152. De auteur wijst er op dat in de Antidiscriminatiewet het individu echter niet (altijd) genoodzaakt is om zelf statistische gegevens te verzamelen, daar hij zich kan beroepen op (meer algemene) gegevens die door het C.G.K.R., belangenverenigingen of onderzoeksinstituten worden verzameld en bekendgemaakt (C. BAYART, *o.c.*, 188).

598 C. BAYART, *o.c.*, 152.

599 O. DE SCHUTTER, *o.c.*, 95 e.v.

600 D. CUYPERS, “There will never be equality in the servant’s hall. Gelijkheid in het arbeidsrecht”, *l.c.*, 465. Vgl. J. HOFKENS en S. DEMEESTERE, *o.c.*, 134.

601 Cf. E.H.R.M. 22 oktober 1981, *Dudgeon*, Série A, nr. 45; E.H.R.M. 27 september 1999, *Grady*, *European Human Rights Reports* 2000, 493.

602 D. CUYPERS, “There will never be equality in the servant’s hall. Gelijkheid in het arbeidsrecht”, *l.c.*, 458.

603 Strikt genomen heeft het Arbitragehof de opsomming van gronden niet vernietigd in dit artikel. Zie evenwel *supra* nr. 1127.

1398. Over de juiste lezing van deze bepaling bestaat onenigheid. Een eerste interpretatie ziet de bepaling slechts als een uitdrukkelijke erkenning van de praktijktest als een bewijsmiddel, waar artikel 19 § 3 voorziet in de feitelijke toepassingsmogelijkheid ervan.⁶⁰⁴ Een tweede interpretatie gaat er daarentegen van uit dat de praktijktesten als bedoeld in respectievelijk artikel 19 § 3 en § 4 een verschillend doel dienen. Waar de test in artikel 19 § 3 dient ter creatie van een vermoeden van discriminatie dat de bewijslastverdeling kan bewerkstelligen, zou artikel 19 § 4 voorzien dat de praktijktest ook op zichzelf genomen een voldoende bewijs van discriminatie kan vormen.⁶⁰⁵ Gesteld wordt dan dat deze laatste praktijktest weliswaar niet (wezenlijk) afwijkt van die zoals bedoeld in § 3, daar dezelfde regels van toepassing zullen zijn op hun uitvoering, maar dat het wel waarschijnlijk is dat de rechter in de praktijk meer stringente eisen zal stellen aan de toepassing van deze regels wil een praktijktest daadwerkelijk een *voldoende* bewijs voor discriminatie kunnen vormen.

1399. Beide visies lijken op basis van de tekst van de wet verdedigbaar. De voorbereidingen lijken eerder steun te bieden aan de laatste mening.⁶⁰⁶ De vraag is echter of deze *in abstracto* ogenschijnlijk verschillende interpretaties *de facto* tot andere uitkomsten (kunnen) leiden, gezien de logica van de wet. Immers, gezien het overwegend open systeem en de daarmee samenhangende per definitie bestaande mogelijkheid tot weerlegging of rechtvaardiging van een (*i.e.* experimenteel “aangetoond” en dus doorgaans bovendien indirect) onderscheid valt moeilijk in te zien hoe een zogenaamd “volledig” bewijs door een praktijktest tot wezenlijk andere gevolgen zou leiden dan ingeval een dergelijke test een “vermoeden” van discriminatie zou behelzen. In beide gevallen zal de verweerder minstens moeten worden toegestaan een weerlegging en/of zelfs een rechtvaardiging te bieden van het gemaakte, ver-

604 A. DE BOECK, *l.c.*, 438. Vanuit dit gezichtspunt stelt de auteur dan ook dat het logischer ware geweest indien de volgorde van de beide paragrafen omgedraaid zou zijn.

605 J. VRIELINK, S. SOTTIAUX en D. DE PRINS, “De anti-discriminatiewet, een artikelsgewijze analyse (deel 2)”, *l.c.*, 302; P. BORGHS, *o.c.*, 38; I. VERHELST en I. DE WILDE, “De gevolgen van de anti-discriminatiewet voor het arbeidsrecht”, *l.c.*, 491; P. Taelman, “Het handhavingsrecht van de Wet Bestrijding Discriminatie”, *l.c.*, 355; R. STEENNOT, *l.c.*, 311-312; M. DAMBRE, *l.c.*, 344-345.

606 In het amendement dat de regels invoerde wordt gesteld dat de “voorgestelde paragraaf 4 (...) tot doel heeft de mogelijkheid te creëren om vaststellingen van discriminatie te laten doen door situatietests” (Amendement nr. 15 van de regering, *Parl. St. Senaat* 2000-01, nr. 2-12/6, 6-7), in de Senaatscommissie luidde het dat de paragraaf “tot doel [heeft] de mogelijkheid te scheppen om het bewijs van discriminatie te leveren met behulp van een situatietest” (*Parl. St. Senaat* 2001-02, nr. 2-12/15, 185-186). Waar deze stellingen nog voor beide uitleggen vatbaar zijn, volgde uit de besprekingen voor het overige duidelijk dat in elk geval een deel van de leden dacht dat aan de praktijktest als bedoeld in de respectieve paragrafen een andere rol toekwam. Zo stelde een commissielid een “gebrek aan samenhang vast tussen § 3, waarin de situatietest een vermoeden van discriminatie tot stand kan brengen, en § 4 volgens welke het bewijs van discriminatie (...) kan worden geleverd” (*Parl. St. Senaat* 2001-02, nr. 2-12/15, 187. Vgl. *ibid.*, 188-189). Vertegenwoordigers van de regering spraken deze – bij herhaling geuite – visie, als zou er een verschil in bewijskracht zijn tussen de in § 3 en § 4 bedoelde praktijktesten geenszins tegen, maar verdedigden de optie (zie o.m. *Parl. St. Senaat* 2001-02, nr. 2-12/15, 187). Buiten deze discussie zou men de tweede mening ook (eerder bij implicatie) kunnen afleiden uit het feit dat er verschillende amendementen ingediend werden om de situatie van de verschillende bewijskracht aan te passen (zie Amendement nr. 263, *Parl. St. Senaat* 2002-03, nr. 2-12/21; Amendement 264, *Parl. St. Senaat* 2002-03, nr. 2-12/21, 2). Beide amendementen werden verworpen, maar opnieuw werd de visie als zou de praktijktest bedoeld in § 4 een voldoende bewijs kunnen zijn, niet tegengesproken (*Parl. St. Senaat* 2002-03, nr. 2-12/22, 16-17).

meend discriminatoire onderscheid. In beide gevallen zal de discriminatie pas (juridisch) vaststaan indien een dergelijke weerlegging of rechtvaardiging niet geboden kan worden.⁶⁰⁷

C. Toepasselijkheid bewijsregelen

1. TOEPASSELIJK IN VORDERING TOT STAKING/IN BURGERRECHTELIJK LUIK ALGEMEEN

1400. De bepaling omtrent de bewijslastverdeling en de erkenning van de praktijktest als bewijsmiddel zijn opgenomen onder artikel 19, hetgeen (samen met andere artikelen) de regels omtrent de door de wet ingestelde stakingsvordering betreft. Strikt genomen zouden daarmee op basis van wetssystematische lezing de bewuste regels enkel toepassing kunnen vinden in het kader van de bewuste vordering. Op dit standpunt stelt bepaalde rechtsleer zich ook.⁶⁰⁸

1401. In de tekst zelf komt deze beperking niet tot uiting.⁶⁰⁹ De voorbereidingen spreken voorts overwegend in algemene termen over de verdeling van de bewijslast en de erkenning van de praktijktest. Nergens blijkt dat de wetgever de bedoeling had de bewuste regels te beperken tot de stakingsvordering, het tegendeel lijkt eerder het geval.⁶¹⁰ Weinig rechtsleer gaat uitdrukkelijk in op de kwestie⁶¹¹; gezien de (algemene aard van de) formuleringen terzake en de doorgaans van de stakingsvordering gescheiden bespreking lijkt men echter veelal impliciet aan te nemen dat de regels gelden in burgerrechtelijke zaken in het algemeen.⁶¹²

1402. Specifiek wat betreft de verdeling van de bewijslast dringt zich hoe dan ook een richtlijnconforme interpretatie op: de richtlijnen bepalen dat de lidstaten de bewuste verdeling moeten invoeren “wanneer personen die zich door niet-toepassing te hunnen aanzien van het beginsel van gelijke behandeling benadeeld achten, voor de rechter of een andere instantie feiten aanvoeren die directe of indirecte discriminatie kunnen doen vermoeden”. Deze bewoordingen lijken weinig ruimte te bieden voor restrictieve, wetssystematische lezing.

607 Tenzij men de verweerder bij een zogenaamd “volledig bewijs” elke mogelijkheid van rechtvaardiging of weerlegging zou willen ontzeggen, hetgeen echter in strijd zou zijn met de logica van de wet en rechten van verdediging.

608 D. DE MEIRLEIR, *l.c.*, 284. Zie (eerder impliciet) ook I. VERHELST en I. DE WILDE, “De gevolgen van de anti-discriminatiewet voor het arbeidsrecht”, *l.c.*, 448-449.

609 P. Taelman, “Het handhavingsrecht van de Wet Bestrijding Discriminatie”, *l.c.*, 253.

610 Zowel in het terzake ingevoegde amendement als in de bespreking worden steeds algemene termen gehanteerd, zoals “geschillen inzake discriminatie” (Amendement nr. 15 van de regering, *Parl. St. Senaat* 2000-01, nr. 2-12/6, 7), “burgerrechtelijke discriminatiezaken” (*ibid.*, 7), “een gerechtelijke procedure” (*Parl. St. Senaat* 2001-02, nr. 2-12/15, 188), “burgerlijk gebied” (*Parl. St. Kamer* 2001-02, nr. 50-1578/8, 7). Op geen enkel moment wordt daarentegen in de voorbereidingen uitdrukkelijk gesteld dat de regels enkel toepasselijk zijn op de stakingsvordering.

611 Voor een uitzondering, zie P. Taelman, “Het handhavingsrecht van de Wet Bestrijding Discriminatie”, *l.c.*, 253.

612 Zie o.m. H. BUYSSENS, *l.c.*, 290-299; J. VRIELINK, S. SOTTIAUX en D. DE PRINS, “De anti-discriminatiewet, een artikelsgewijze analyse (deel 2)”, *l.c.*, 300-302; P. BORGHS, *o.c.*, 35-38; J. HOFKENS en S. DEMEESTERE, *o.c.*, 133-134.

2. TOEPASSELIJKHEID IN STRAFZAKEN

1403. De bewijsmiddelen van praktijktests en statistische gegevens worden in de Antidiscriminatiewet slechts uitdrukkelijk erkend in het burgerrechtelijke luik. Volgens bepaalde rechtsleer betekent dit echter niet dat praktijktests (en statistisch bewijs) bij voorbaat geen enkele plaats toekomt in strafrechtelijke kwesties.⁶¹³ Ook in de Senaat werd hierop gewezen door vertegenwoordigers van het C.G.K.R.⁶¹⁴

1404. Hierbij is wel steeds benadrukt dat de bewuste bewijsmiddelen in het strafrecht – vanwege het vermoeden van onschuld – uiteraard niet kunnen dienen ter verschuiving van de bewijslast.⁶¹⁵ De meeste commentatoren zien echter niet direct goede redenen waarom praktijktests in het strafrecht niet zouden kunnen dienen als partieel bewijsmateriaal, waarbij het in het concrete geval steeds aan de rechter is te beslissen of het gebruik ervan is toegestaan. Als precedent terzake is regelmatig gewezen op een arrest van het Hof van Beroep van Luik van 11 mei 1998, waarin het gebruik van een dergelijke test werd toegestaan.⁶¹⁶ Over het algemeen stelt men dat de test in voorkomend geval zal moeten worden gestaafd met andere bewijsmiddelen.

§ 5. Drukkingsmiddelen

A. Publicatie en/of aanplakking (art. 19 § 2)

1405. Artikel 19 § 2 eerste lid biedt de rechter de mogelijkheid van openbaarmaking van de geconstateerde overtreding: “De voorzitter van de rechtbank kan bevelen dat zijn beslissing of de samenvatting die hij opstelt, wordt aangeplakt tijdens de door hem bepaalde termijn, zowel buiten als binnen de inrichtingen van de overtreder of de lokalen die hem toebehoren, en dat zijn vonnis of de samenvatting ervan in kranten of op enige andere wijze wordt bekendgemaakt, dit alles op kosten van de overtreder”. Het tweede lid stelt bijkomend: “Deze maatregelen van openbaarmaking mogen evenwel slechts opgelegd worden indien zij er kunnen toe bijdragen dat de gewraakte daad of de uitwerking ervan ophouden”.

613 J. VRIELINK, S. SOTTIAUX en D. DE PRINS, “De anti-discriminatiewet, een artikelsgewijze analyse (deel 2)”, *l.c.*, 302; P. BORGHS, *o.c.*, 37.

614 *Parl. St. Senaat* 2001-02, nr. 2-12/15, 197, uiteenzetting door dhr. DE MEIRLEIR.

615 *Parl. St. Senaat* 1999-2000, nr. 2-12/3, 30; *Parl. St. Senaat* 2000-01, nr. 2-12/6, 6-7; *Parl. St. Senaat* 2002-03, nr. 2-1258/3, 18; *Parl. St. Senaat* 2001-02, nr. 2-12/15, 12, 185-186 en 190. In het oorspronkelijke voorstel was de verschuiving ingelast onder het hoofdstuk I, Algemene Bepalingen. Hiermee zou de bepaling echter ook betrekking hebben gehad op de strafrechtelijke procedures. Door aanneming van (Regerings)amendement nr. 3 werd deze aanvankelijke vergissing verholpen. Ook de richtlijnen wijzen expliciet op het feit dat de verdeling van de bewijslast niet van toepassing kan zijn op strafprocedures (art. 8 derde lid Rasrichtlijn en art. 10 lid 3 Kaderrichtlijn).

616 Luik 11 mei 1998, www.antiracisme.be (rechtspraakoverzicht). Cf. *supra* nr. 907.

1406. Openbaarmaking van schending van antidiscriminatiewetgeving wordt gezien als een belangrijk wapen tegen het (plegen of) voortduren van discriminaties.⁶¹⁷ De openbaarmaking zoals voorzien in deze bepaling kan vrijwel elke vorm aannemen die de rechter bepaalt en komt voor de kosten van de overtreder. Het tweede lid voert een doelmatigheidsbeperking in die erin bestaat dat de betreffende maatregelen van openbaarmaking slechts mogen worden opgelegd indien zij ertoe kunnen bijdragen dat de gewraakte gedragingen of de effecten ervan ophouden.⁶¹⁸ Voorzover de gewraakte daad of de uitwerking ervan nog niet gestaakt zijn, is in de rechtsleer wel gesteld dat het aannemelijk lijkt dat de overtreder er bij openbaarmaking per definitie belang bij heeft de gewraakte daad te staken en dat de betreffende maatregel – tenzij in uitzonderlijke gevallen – dus aan het vereiste van het tweede lid zal voldoen.⁶¹⁹

B. Dwangsom (art. 20)

1407. Artikel 20 van de wet geeft aan dat de rechter de mogelijkheid heeft om – op verzoek van de eiser – een dwangsom op te leggen om degene die de discriminatie heeft gepleegd te dwingen de gewezen beslissing na te leven. Het eerste lid van de bepaling luidt: “De rechter kan op verzoek van het slachtoffer van de discriminatie of van een van de in artikel 31 bedoelde groeperingen degene die de discriminatie heeft gepleegd, veroordelen tot de betaling van een dwangsom wanneer aan die discriminatie geen einde is gemaakt”.⁶²⁰

1408. Lid twee stelt voorts: “De rechter doet een uitspraak overeenkomstig de artikelen 1385*bis* tot 1385*novies* [*sic*] van het Gerechtelijk Wetboek”. Dit betreft de dwangsombepalingen vervat in het Gerechtelijk Wetboek. Op grond van artikel 1385*bis* geldt hierbij een tweetal beperkingen op de mogelijkheid van het opleggen van een dergelijke dwangsom. Ten eerste kunnen dwangsommen niet opgelegd worden indien men is veroordeeld tot de betaling van een geldsom. Een tweede beperking geldt ten aanzien van “vorderingen ter zake de nakoming van arbeidsovereenkomsten”. Volgens het Hof van Cassatie verbiedt de bepaling niet dat een dwangsom wordt opgelegd ter nakoming van verplichtingen die weliswaar zonder de arbeidsovereenkomst niet zouden ontstaan zijn, maar geen betrekking

617 *Parl. St.* Senaat 2000-01, nr. 2-12/7, 5. Zie ook P. Taelman, “De stakingsvordering in de antidiscriminatiewet. Een maat voor niets?”, *I.c.*, 516; J. Vrielink, S. Sottiaux en D. de Prins, “De anti-discriminatiewet, een artikelsgewijze analyse (deel 2)”, *I.c.*, 300.

618 Deze bepaling geeft volgens de rechtsleer aan dat de bekendmaking als sanctiemechanisme in de wet eerder een remediërend dan een repressief karakter heeft (C. Bayart, *o.c.*, 81).

619 J. Vrielink, S. Sottiaux en D. de Prins, “De anti-discriminatiewet, een artikelsgewijze analyse (deel 2)”, *I.c.*, 300. Voor wat betreft arbeidsrelaties is wel gesteld dat publicatie bijzonder schadelijk kan zijn voor het imago van een onderneming ten aanzien van commerciële relaties maar ook ten aanzien van potentiële sollicitanten (I. Verhelst en I. de Wilde, “De gevolgen van de anti-discriminatiewet voor het arbeidsrecht”, *I.c.*, 449).

620 Strikt gezien is het vanuit juridisch oogpunt overbodig deze mogelijkheid in de wet op te nemen. Art. 1385*bis* Ger. W. maakt het immers – zoals ook de Raad van State benadrukt – reeds voor iedere rechter mogelijk om, op vordering van een van de partijen, een dwangsom op te leggen indien aan de hoofdveroordeling niet voldaan wordt (*Parl. St.* Senaat 2000-01, nr. 2-12/5, 17). Zie ook P. Taelman, “De stakingsvordering in de antidiscriminatiewet. Een maat voor niets?”, *I.c.*, 51.

hebben op verplichtingen die *kenmerkend* zijn voor een arbeidsovereenkomst.⁶²¹ Voorts ligt in een arrest van 20 oktober 1997 van het Benelux-Gerechtshof besloten dat een dwangsomveroordeling kan verbonden worden aan verplichtingen die niet-kenmerkend zijn voor een arbeidsovereenkomst, althans indien die vordering wordt ingesteld na de beëindiging van de arbeidsovereenkomst.⁶²²

1409. Over wat dit precies zou impliceren voor de mogelijkheid van het opleggen van een dwangsom in arbeidsaangelegenheden, blijven de meningen in de rechtsleer uiteenlopen. Zo achten VERHELST en DE WILDE een vordering tot gelijke behandeling in die mate essentieel voor de arbeidsovereenkomst dat geen dwangsom gekoppeld zou kunnen worden aan het bevel tot staken.⁶²³ HOFKENS en DEMEESTERE zijn minder stellig, maar vermoeden dat in de meeste gevallen waarin personen gediscrimineerd worden op het vlak van de arbeids- en loonsvoorwaarden geen dwangsom zal kunnen worden opgelegd.⁶²⁴

1410. Taelman wijst er daarentegen op dat stellingen als de voorgaande zeker niet onverkort kunnen worden bijgetreden.⁶²⁵ Ten eerste, omdat de stakingsvordering een einde beoogt te stellen aan onrechtmatig gedrag. Dit zou betekenen dat het geen vordering betreft die valt onder de uitzondering van artikel 1385*bis* Ger. W. Bovendien rijst volgens dezelfde auteur de vraag of het gegeven dat het discriminatieverbod nu opgenomen is in een bijzondere wet, niet tot gevolg heeft dat respect voor deze regel niet (langer) als een kenmerkende prestatie van een arbeidsovereenkomst kan worden gekwalificeerd, zodat er wel degelijk een dwangsom verbonden zou kunnen worden aan het stakingsbevel.⁶²⁶

§ 6. Uitzondering op voorrang strafvordering (art. 22 lid 5 en 6)⁶²⁷

1411. Artikel 22 lid 5 bepaalt dat “over de ingestelde vordering (...) uitspraak [wordt] gedaan niettegenstaande vervolging wegens dezelfde feiten voor enig ander

621 Cass. 30 november 1998, *R.W.* 1998-99, 1388. Zie J. HOFKENS en S. DEMEESTERE, *o.c.*, 138.

622 Benelux Hof 20 oktober 1997, *R.W.* 1997-98, 772, concl. O.M.; *J.T.T.* 1997, 479; *A.J.T.* 1998-99, 90. Zie P. Taelman, “De stakingsvordering in de antidiscriminatiewet. Een maat voor niets?”, *l.c.*, 517.

623 I. VERHELST en I. DE WILDE, “De nieuwe anti-discriminatiewet. Invloed op de individuele en collectieve arbeidsverhoudingen”, *l.c.*, 23. De auteurs zoeken voor deze visie steun in het advies van de Raad van State bij de Antidiscriminatiewet. Deze stelde dienaangaande het volgende: “Indien de wetgever het toepassingsgebied van de dwangsom wenst uit te breiden tot beslissingen betreffende de tenuitvoerlegging van een arbeidsovereenkomst, dient dat duidelijker te worden aangegeven” (*Parl. St. Senaat* 2000-01, nr. 2-12/5, 17).

624 J. HOFKENS en S. DEMEESTERE, *o.c.*, 138-139.

625 P. Taelman, “Het handhavingsrecht van de Wet Bestrijding Discriminatie”, *l.c.*, 239. Vgl. verder BLANPAIN die in algemene zin stelt dat het verbod om te discrimineren een verplichting is die weliswaar zonder arbeidsovereenkomst niet zou ontstaan zijn, maar als dusdanig niet kenmerkend is voor deze overeenkomst, zodat ingeval van discriminatie wel degelijk een dwangsom ten laste van de werkgever kan worden uitgesproken (R. BLANPAIN, “Gelijke behandeling”, *A.V.I. Overlegorganen*, Mechelen, Kluwer, nr. 284.1, 7).

626 P. Taelman, “De stakingsvordering in de antidiscriminatiewet. Een maat voor niets?”, *l.c.*, 517. De auteur verwijst hierbij naar Vz. Rb. Luik 10 maart 2003, *J.L.M.B.* 2003, 751.

627 Zie o.m. D. VANHEULE, *l.c.*, 406-407; P. Taelman, “De stakingsvordering in de antidiscriminatiewet. Een maat voor niets?”, *l.c.*, 518-519.

strafgerecht". Het zesde lid van datzelfde artikel bepaalt dat wanneer een vordering tot staking van bij de strafrechter aanhangig gemaakte feiten ingesteld is, over de strafvervolgung pas uitspraak wordt gedaan nadat over de vordering tot staking een in kracht van gewijsde getreden beslissing gewezen is.

1412. Dit laatste vormt een uitzondering op het adagium *le criminel tient le civil en état*. De strafvordering kan tengevolge hiervan op ieder ogenblik worden stilgelegd door het instellen van een vordering tot staken.⁶²⁸ In de rechtsleer is aangegeven dat een dergelijke schorsing in beginsel niet in de weg staat aan normaal opsporingsonderzoek door het parket: de getuigen, benadeelden en verdachten mogen (verder) worden ondervraagd, een deskundige mag worden aangesteld, beslag mag worden gelegd, een huiszoeking met toestemming van de beklaagde mag worden verricht.⁶²⁹

1413. Wat evenwel niet op gang gebracht mag worden is het gerechtelijk onderzoek, via klacht in handen van de onderzoeksrechter. Evenmin kunnen dwangmaatregelen worden genomen. Ook is de rechtstreekse dagvaarding tijdens de periode van de schorsing niet ontvankelijk.⁶³⁰

1414. In de rechtsleer is gesteld dat de situatie als voorzien zelden een (zware) handicap zal vormen voor de strafvervolgung.⁶³¹ Wel is de vraag opgeworpen naar de invloed van de beslissing voortvloeiend uit de stakingsvordering op de nog te vellen uitspraak van de strafrechter (vgl. *supra* nrs. 1313-1314).⁶³² In dit opzicht is gesteld dat – zonder een uitdrukkelijke wetsbepaling in die zin – de uitkomst van de stakingsvordering de beoordelingsvrijheid van de strafrechter in beginsel niet aan banden kan leggen.⁶³³ De beslissing van de stakingsrechter zou slechts kunnen gelden als een feitelijk vermoeden waarvan de appreciatie aan het oordeel en aan het beleid van de rechter wordt overgelaten. Ondanks deze – formeel gezien – relatieve autonomie, is door VANHEULE de vraag opgeworpen of er *de facto* voor een “beklaagde ten aanzien van wie een burgerrechtelijke rechter reeds heeft vastgesteld dat hij zijn onschuld niet kan bewijzen (...) nog veel ruimte is voor het

628 Om te voorkomen dat deze tijd in mindering wordt gebracht op de verjaringstermijn van het betreffende strafbare feit, is gedurende de opschorting de verjaring van de strafvordering geschorst (art. 22 lid 5).

629 P. Taelman, “Het handhavingsrecht van de Wet Bestrijding Discriminatie”, *l.c.*, 241.

630 P. Taelman, “De stakingsvordering in de antidiscriminatiewet. Een maat voor niets?”, *l.c.*, 518. Met verwijzing naar D. VAN GERVEN, “Le droit d’action en matière de protection de l’environnement”, *J.T.* 1993, 521; A. VANDEPLAS, “De strafsancities in de nieuwe wet handelspraktijken”, in J. STUYCK en P. WYTINCK (eds.), *De nieuwe wet handelspraktijken*, Brussel, E. Story-Scientia, 1992, 352.

631 Ten eerste vanwege het feit dat de regel slechts toepassing vindt wanneer door de benadeelde een bevel tot staking wordt gevorderd. Daarenboven moeten de klachtdoende partij en de partij die de staking vordert dezelfde zijn en zich richten tegen dezelfde verdachte, en ten slotte is vereist dat de feiten die het voorwerp uitmaken van de strafvervolgung tezelfdertijd het voorwerp zijn van de vordering tot staking. Zie P. Taelman, “De stakingsvordering in de antidiscriminatiewet. Een maat voor niets?”, *l.c.*, 518. De auteur verwijst naar A. VANDEPLAS, *l.c.*, 352.

632 Zie o.m. D. VANHEULE, *l.c.*, 406; P. Taelman, “De stakingsvordering in de antidiscriminatie wet. Een maat voor niets?”, *l.c.*, 518.

633 P. Taelman, “De stakingsvordering in de antidiscriminatie wet. Een maat voor niets?”, *l.c.*, 519.

vermoeden van onschuld”.⁶³⁴ Het Arbitragehof stelde in dit verband uitdrukkelijk dat de strafrechter ertoe gehouden is om de bewijsstukken *in concreto* te beoordelen en het vermoeden van onschuld van de beklaagde te eerbiedigen.⁶³⁵

Afdeling 3. Schadevergoedingen en (repesaille)ontslagbescherming

§ 1. Schadevergoeding bij discriminatie

A. Algemeen

1415. De Antidiscriminatiewet voorziet zelf niet uitdrukkelijk in algemene schadevergoedingen voor begane discriminaties.⁶³⁶ Voor wie onrechtmatig gediscrimineerd wordt en daardoor aantoonbare schade lijdt, bestaat in beginsel slechts de mogelijkheid op herstel door middel van gemeenrechtelijke bepalingen, waaronder artikel 1382 B.W.⁶³⁷ en regels van contractuele- of buitencontractuele aansprakelijkheid.⁶³⁸

1416. Dit gegeven is veelvuldig bekritiseerd, omdat het doorgaans moeilijk blijft om ten eerste de discriminatie te bewijzen, ten tweede een reële schade aan te tonen en tenslotte het oorzakelijk verband tussen de beide aannemelijk te maken.⁶³⁹ Ten aanzien van discriminatoire weigering bij aanwerving is er bijvoorbeeld op gewezen dat het, wanneer de discriminatie op zich al bewezen kan worden, vrijwel nooit zeker zal zijn dat de klager zonder discriminatie wel zou zijn aangenomen. Zelfs indien dit laatste vast zou staan, achten verschillende commentatoren het waarschijnlijk dat de schadevergoeding louter symbolisch zal blijven.⁶⁴⁰

634 D. VANHEULE, *l.c.*, 408.

635 Arbitragehof nr. 157/2004, 6 oktober 2004, B.84, *B.S.* 18 oktober 2004.

636 P. BORGHS, *o.c.*, 31. Het oorspronkelijke voorstel van MAHOUX voorzag wel in art. 8 lid 2 dat “onverminderd andere sancties (...) elke vorm van discriminatie grond op[levert] tot schadevergoeding” (*Parl. St.* Senaat 1999, nr. 2-12/1, 9). De Raad van State gaf echter in zijn advies aan dat deze bepaling overbodig was, daar “elke overtreding van de wet (...) immers een schuld op[levert] in de zin van art. 1382 Burgerlijk Wetboek en kan derhalve aanleiding geven tot schadevergoeding naar gelang van de veroorzaakte schade” (*Parl. St.* Senaat 2000-01, nr. 2-12/5, 16). De bepaling werd daarop bij regeringsamendement geschrapt (Amendement nr. 14 van de regering, *Parl. St.* Senaat 2000-01, nr. 2-12/6, 6). Zie P. TAELEMAN, “Het handhavingsrecht van de Wet Bestrijding Discriminatie”, *l.c.*, 245.

637 *Parl. St.* Senaat 2000-01, nr. 2-12/5, 16.

638 C. BAYART, *o.c.*, 359.

639 J. HOFKENS en S. DEMEESTERE, *o.c.*, 140; D. CUYPERS, “There will never be equality in the servant’s hall. Gelijkheid in het arbeidsrecht”, *l.c.*, 467.

640 CUYPERS geeft aan dat – in het enige vonnis dat hierover in de Belgische rechtspraak werd gepubliceerd – de schadevergoeding beperkt bleef tot 500 euro vanwege het verlies van een kans: Rb. Brussel 9 februari 1990, *Soc. Kron.* 1990, 311. Zie D. CUYPERS, “There Will Never be Equality in the Servant’s Hall. Gelijkheid in het arbeidsrecht”, *l.c.*, 468. BAYART geeft aan dat de volgende zaken o.m. in aanmerking komen als schadeposten bij discriminatie bij de aanwerving: de nutteloos geworden kosten die werden gedaan met het oog op het sluiten van het contract, het daarmee gepaard gaande tijdsverlies, de morele schade die voortvloeit uit de discriminatie, de gemiste kans om een alternatief contract met een derde te sluiten (C. BAYART, *o.c.*, 433-434). Ten aanzien van de vraag of ook andere schade, en dan in het bijzonder het positieve contractbelang, in aanmerking komt voor vergoeding, is de auteur echter – evenals ander rechtsleer – terughoudend. De meeste commentatoren aanvaarden dat een positief contractbelang enkel voor schadevergoeding in aanmerking komt wanneer de partijen een “point of no return” hadden bereikt (C. BAYART, *o.c.*, 434; A. DE BOECK, *l.c.*, 415-444).

1417. Verschillende andere auteurs wijzen er echter op dat het vereiste van doeltreffende, evenredige en afschrikkende sancties van de Europese richtlijnen, de rechtbanken (wellicht) zal nopen tot een strengere veroordeling van bewezen gevallen van discriminatie, gezien de verplichte richtlijnconforme interpretatie van het Belgische recht.⁶⁴¹ Hiertegen is ingebracht dat het “afschrikwekkend” karakter van de sancties vooral zou moeten worden gezocht in de strafbepalingen van de wet.⁶⁴² Die laatste stelling is op haar beurt weer bestreden met het argument dat de wetgever ervoor gekozen heeft discrimineren zelf niet strafbaar te stellen. Er zou derhalve geen afschrikwekkend effect van strafrechtelijke sancties kunnen uitgaan, omdat die er voor de overeenkomstige feiten gewoonweg niet zijn.⁶⁴³

B. Bevoegdheidsbepalingen

1418. Bij een procedure tot het verkrijgen van een schadevergoeding via de burgerlijke rechter, dient rekening te worden gehouden met twee bevoegdheidsvoorschriften die de Antidiscriminatiewet door middel van wijzigingsbepalingen vervat in artikelen 25 en 26 heeft ingevoerd in het Gerechtelijk Wetboek. Door middel van artikel 25 is artikel 578 Ger. W. aangevuld met een *litt.* 13°, dat bepaalt dat geschillen betreffende discriminatie in de zin van de Antidiscriminatiewet en “die betrekking hebben op de voorwaarden voor toegang tot arbeid in loondienst of onbetaalde arbeid, met inbegrip van de selectiecriteria en de aanstellingscriteria, ongeacht de tak van activiteit en op alle niveaus van de beroepshiërarchie, met inbegrip van de bevorderingskansen, alsook de voorwaarden van werkgelegenheid en de arbeidsvoorwaarden, met inbegrip van de voorwaarden van ontslag en bezoldiging, zowel in de privé-sector als in de overheidssector, met uitzondering van de betrekkingen die worden geregeld door een statuut van publiek recht” ressorteren onder de bevoegdheid van de arbeidsrechtbank. De bevoegdheid van de arbeidsrechtbanken is niet beperkt tot gevallen waarin reeds een arbeidsovereenkomst gesloten werd. Geschillen in verband met discriminatoire weigering tot aanwerving dienen eveneens voor de arbeidsrechtbank te worden gebracht. Geschillen over statutaire tewerkstelling van overheidspersoneel vallen daarentegen niet onder de bevoegdheid van de arbeidsgerechten.⁶⁴⁴ De wijzigingsbepaling als vervat in artikel 26 Antidiscriminatie-

641 C. BAYART, “De discriminatiewet”, *I.c.*, 62; J. HOFKENS en S. DEMEESTERE, *o.c.*, 141; T. DE BOECK en I. VANDERREKEN, “Enkele (nieuwe) juridische grenzen aan het wervings- en selectieproces”, *Or.* 2003, nr. 11, 238; C. BAYART, *o.c.*, 360-361. BAYART verwijst daarnaast inzake arbeidsrelaties ook nog naar rechtspraak van het Hof van Justitie in kader van het geslachtsdiscriminatierecht, waaruit kan worden afgeleid dat wanneer in het nationale recht gekozen wordt voor sanctionering via een schadevergoeding, deze vergoeding in een passende verhouding met de geleden schade dient te staan: “concreet betekent dit (1) dat een schadevergoeding niet beperkt mag zijn tot een louter symbolische vergoeding (zoals de terugbetaling van de sollicitatiekosten); (2) dat een maximale schadevergoeding ten belope van drie maandsalarissen in regel niet volstaat als sanctie voor discriminatie bij de aanwerving; en (3) dat een schadevergoeding van drie maandsalarissen wel kan ontstaan in de situatie waarin de werkgever het bewijs levert dat de sollicitant ook bij een niet-discriminerende selectie de betrekking niet zou hebben gekregen (C. BAYART, “Discriminatie in de arbeidsverhoudingen. De ras- en kaderrichtlijn: technieken en potentiële gevolgen”, *I.c.*, 39).

642 P. Taelman, “Het handhavingsrecht van de Wet Bestrijding Discriminatie”, *I.c.*, 245-246.

643 C. BAYART, *o.c.*, 360.

644 P. Taelman, “Het handhavingsrecht van de Wet Bestrijding Discriminatie”, *I.c.*, 247.

wet, maakt de arbeidsrechtbank – door middel van een aanvulling met een *litt.* 10° van artikel 581 Ger. W. – eveneens bevoegd voor geschillen betreffende de discriminatie bij de toegang tot arbeid als zelfstandige.⁶⁴⁵

§ 2. (Represaille)ontslagbescherming en schadevergoeding (art. 21)

A. Algemeen

1419. Hoewel de wet – zoals gezegd – niet voorziet in een algemene bescherming tegen discriminatoir ontslag, voorziet zij wel in een “ontslagbescherming”⁶⁴⁶ voor een specifieke categorie van beschermde werknemers, die in bepaalde omstandigheden aanspraak kunnen maken op schadevergoeding. Het gaat om artikel 21 dat als doel heeft om uitvoering te geven aan de door de richtlijnen vereiste bescherming tegen represailles.⁶⁴⁷ Paragraaf 1 van de bepaling luidt als volgt: “De werkgever die een werknemer tewerkstelt die, hetzij op het vlak van de onderneming of van de dienst die hem tewerkstelt, overeenkomstig de vigerende procedures, hetzij bij de Inspectie van de sociale wetten een met redenen omklede klacht heeft ingediend of voor wie de Inspectie van de sociale wetten is opgetreden, of die een rechtsvordering instelt of voor wie een rechtsvordering wordt ingesteld met toepassing van de bepalingen van deze wet betreffende de promotiekansen, de arbeidsvoorwaarden, met inbegrip van de ontslagvoorwaarden of van de Wet van 30 juli 1981 tot bestraffing van bepaalde door racisme of xenofobie ingegeven daden, mag de arbeidsverhouding niet beëindigen, behalve om redenen die vreemd zijn aan die klacht of aan die rechtsvordering”.

1420. De begunstigden van de norm zijn de volgende categorieën werknemers, voorzover hun procedures en klachten betrekking hebben op de bepalingen uit de Antidiscriminatie-⁶⁴⁸ of Antiracismewet (art. 21 § 1):

1. degene die op het vlak van de onderneming of de dienst die hem tewerkstelt overeenkomstig de vigerende procedures een met redenen omklede klacht heeft ingediend;
2. degene die bij de Inspectie van de sociale wetten een met redenen omklede klacht heeft ingediend;

⁶⁴⁵ *Ibid.*, 247.

⁶⁴⁶ Hoewel de betreffende bescherming doorgaans wordt aangeduid als “ontslagbescherming”, strekt zij verder dan louter een bescherming tegen ontslag. Zij beschermt zowel tegen ontslag als tegen een (eenzijdige) wijziging van arbeidsvoorwaarden om redenen die niet vreemd zijn aan de klacht of rechtsvordering. Zie M. VAN PUTTEN, *l.c.*, 50.

⁶⁴⁷ Art. 11 Kaderrichtlijn (“bescherming tegen represailles”) bepaalt: “De lidstaten nemen in hun nationale wetgeving de nodige maatregelen op ter bescherming van werknemers tegen ontslag of enige andere nadelige behandeling waarmee de werkgever reageert op een klacht binnen de onderneming of op een procedure gericht op het doen naleven van het beginsel van gelijke behandeling”. Terwijl art. 9 Rasrichtlijn als volgt luidt: “De lidstaten nemen in hun nationale wetgeving de nodige maatregelen op om personen te beschermen tegen een nadelige behandeling of nadelige gevolgen als reactie op een klacht of op een procedure gericht op het doen naleven van het beginsel van gelijke behandeling”.

⁶⁴⁸ Die betrekking hebben op “de promotiekansen en de arbeidsvoorwaarden, met inbegrip van de ontslagvoorwaarden”.

3. degene voor wie de Inspectie van de sociale wetten is opgetreden;
4. degene die een rechtsvordering instelt;
5. degene voor wie een rechtsvordering wordt ingesteld.

1421. Ten aanzien van al deze personen is het de werkgever verboden om de arbeidsverhouding te beëindigen of de arbeidsvoorwaarden eenzijdig te wijzigen⁶⁴⁹, tenzij om redenen die vreemd zijn aan de bedoelde klacht of rechtsvordering. Het gaat enkel om personen die *direct* betrokken zijn bij de klacht of rechtsvordering. De bescherming geldt niet voor derden, zoals voor eventuele getuigen.⁶⁵⁰ Opgemerkt is dat de werkgever niet altijd op de hoogte zal zijn van de ontslagbescherming, gelet bijvoorbeeld op het beroepsgeheim⁶⁵¹ van de Inspectie van sociale wetten.⁶⁵²

B. Bewijslast en termijnen

1422. De bewijslast van het feit dat de reden van het ontslag, of de eenzijdige wijziging van de arbeidsvoorwaarden, vreemd is aan de bedoelde klacht of rechtsvordering rust – op grond van artikel 21 § 2 – in twee gevallen op de werkgever:

1. wanneer de werknemer wordt ontslagen of de arbeidsvoorwaarden eenzijdig worden gewijzigd binnen twaalf maanden volgend op het indienen van de klacht;
2. wanneer de werknemer wordt ontslagen of de arbeidsvoorwaarden eenzijdig worden gewijzigd nadat een rechtsvordering werd ingesteld, en dit tot drie maanden na het in kracht van gewijsde gaan van de (daarop gewezen) rechterlijke beslissing.

1423. Ingeval het een klacht bij ofwel de onderneming zelf, ofwel bij de Inspectie van de sociale wetten betreft, beslaat de ontslagbescherming dus een periode van twaalf

649 Het laatste element, het verbod op eenzijdige wijziging van de arbeidsvoorwaarden, is niet uitdrukkelijk opgenomen in art. 21 § 1. Er is gesteld dat dit duidelijk een vergetelheid zou betreffen. Sommige auteurs achten het op grond hiervan desalniettemin betwistbaar of een eenzijdige wijziging van de arbeidsvoorwaarden die geen beëindiging van de arbeidsovereenkomst impliceert, aanleiding kan geven tot de ontslagbescherming zoals voorzien in de wet (I. VERHELST en I. DE WILDE, “De nieuwe anti-discriminatiewet. Invloed op de individuele en collectieve arbeidsverhoudingen”, *I.c.*, 24; I. VERHELST en I. DE WILDE, “De gevolgen van de anti-discriminatiewet voor het arbeidsrecht”, *I.c.*, 450). Daar kan tegen in gebracht worden dat het betreffende element wel uitdrukkelijk is opgenomen in de overige paragrafen van het artikel dat de bescherming regelt. Ook de richtlijnen vereisen de ruime interpretatie (art. 9 Rasrichtlijn; art. 11 Kaderrichtlijn). Zie C. BAYART, *o.c.*, 82.

650 In de Wet betreffende de bescherming tegen geweld, pesterijen en ongewenst seksueel gedrag is deze bescherming wel ook voorzien voor getuigen in de bedoelde procedures. In het parlement zijn hiertoe bij de voorbereiding van de Antidiscriminatiewet ook amendementen ingediend (zie *Parl. St.* Kamer 2001-02, nr. 50-1578/3, 14, 18). Deze werden echter verworpen vanwege het feit dat de reikwijdte van de bescherming erdoos te ver zou gaan, daar het aantal betrokken personen niet langer te schatten zou zijn vooral in grote ondernemingen. In de praktijk zou een dergelijke bepaling daarmee zo gezegd ontoepasbaar zijn. Zie kritisch J. VRIELINK, “De nieuwe Belgische antidiscriminatiewet. Een kritische bespreking”, *I.c.*, 242-244.

651 Zie art. 12 Wet 16 november 1971 betreffende de arbeidsinspectie, *B.S.* 8 december 1972.

652 I. VERHELST en I. DE WILDE, “De nieuwe anti-discriminatiewet. Invloed op de individuele en collectieve arbeidsverhoudingen”, *I.c.*, 24. TAELEMAN verwijst naar Arbrb. Brussel 7 januari 1987, *J.T.T.* 1987, 206 waaruit volgt dat het van geen tel is of de werkgever voor het ontslag al dan niet van de klacht op de hoogte was dan wel of er dan niet gevolg aan werd verleend (P. TAELEMAN, “Het handhavingsrecht van de Wet Bestrijding Discriminatie”, *I.c.*, 257).

maanden die direct volgt op dag van het indienen van de klacht. Bij een rechtsvordering beslaat de bescherming de volledige termijn van de vordering zelf, met inbegrip van drie maanden volgend op het in kracht van gewijsde gaan van de rechterlijke beslissing. Wanneer de werkgever een werknemer ontslaat, of zijn arbeidsvoorwaarden eenzijdig wijzigt, binnen deze periodes dan wordt de bewijslast gedragen door de eerste.

C. Procedure en schadevergoedingen bij handelen van werkgever in strijd met de wet

1424. Indien de werkgever toch de arbeidsverhouding beëindigt of de arbeidsvoorwaarden eenzijdig wijzigt in strijd met het bepaalde in § 1, dan moet de werknemer⁶⁵³ de werkgever in beginsel verzoeken opnieuw in dienst te worden genomen (art. 21 § 3 lid 1). Dit verzoek moet worden gedaan bij aangetekende brief binnen dertig dagen na de kennisgeving van de opzegging of van de eenzijdige wijziging van de arbeidsvoorwaarden. De werkgever moet zich op zijn beurt binnen dertig dagen volgend op de kennisgeving van de brief over het verzoek uitspreken (art. 21 § 3 lid 2). In dat geval zijn er twee mogelijkheden. Wanneer de werkgever de werknemer opnieuw opneemt in de onderneming, dan moet de eerste de tweede zijn functie onder dezelfde voorwaarden als voorheen laten uitoefenen. Verder moet de werkgever de werknemer het wegens het ontslag of wijziging van de arbeidsvoorwaarden gederfde loon betalen alsmede de werkgevers- en werknemersbijdragen op dat loon (art. 21 § 3 lid 3).

1425. De tweede mogelijkheid is dat de werkgever na het genoemde verzoek besluit om de werknemer niet opnieuw op te nemen, of de werknemer zijn functie niet onder dezelfde voorwaarden als voorheen te laten uitoefenen. Indien in een dergelijk geval geoordeeld werd dat het ontslag of de eenzijdige wijziging van de arbeidsvoorwaarden indruiste tegen de bepalingen van § 1, dan moet de werkgever de werknemer een schadevergoeding betalen. Afhankelijk van de keuze van de werknemer kan deze vergoeding ofwel bestaan uit een forfaitair bedrag dat overeenstemt met het brutoloon voor zes maanden, ofwel uit de werkelijk door de werknemer geleden schade. Als voor de laatste mogelijkheid wordt gekozen, dan moet de werknemer wel de omvang van de geleden schade kunnen bewijzen (art. 21 § 4).

1426. Indien de werknemer het in artikel 21 § 3 eerste lid bedoelde verzoek *niet* indient, dan is de werkgever, of de werknemersorganisatie waarbij de werknemer is aangesloten, toch verplicht dezelfde vergoeding uit te betalen in de volgende gevallen (art. 21 § 5):

1. wanneer het bevoegde rechtscollege de feiten van discriminatie bewezen acht;
2. wanneer de werknemer de arbeidsovereenkomst verbreekt, omdat het gedrag van de werkgever in strijd is met de bepalingen van de artikel 21 § 1, wat volgens de werknemer een reden is om de arbeidsovereenkomst zonder opzegging of voor het verstrijken ervan te verbreken;

⁶⁵³ Of de werknemersorganisatie waarbij deze is aangesloten.

3. wanneer de werkgever de werknemer heeft ontslagen om een dringende reden, op voorwaarde dat het bevoegde rechtsorgaan dit ontslag voor ongegrond houdt en in strijd acht met de bepalingen van artikel 21 § 1.

HOOFDSTUK 5. HANDHAVINGSORGANEN

Afdeling 1. Arbeidsinspectie (art. 17)

1427. (Vermeende) slachtoffers van discriminatie in arbeidsrelaties kunnen voor ondersteuning om te beginnen de arbeidsinspectie inschakelen. Dit wordt voorzien in artikel 17 lid 1, dat luidt: “Onverminderd de bevoegdheden van de officieren van gerechtelijke politie, houden de door de Koning aangewezen ambtenaren toezicht op de naleving van de bepalingen van deze wet en de uitvoeringsbesluiten ervan”. Het tweede lid van het artikel bepaalt verder: “Deze ambtenaren oefenen dit toezicht uit overeenkomstig de bepalingen van de Wet van 16 november 1972 betreffende de arbeidsinspectie”. Een gelijkkluidende bepaling is opgenomen in de Antiracismewet, zodat naar de bespreking ter plaatse verwezen kan worden (*cf. supra* nrs. 1028-1030).

Afdeling 2. Optreden in rechte en de (overige) bevoegdheden van het C.G.K.R. en het Instituut voor de gelijkheid van vrouwen en mannen

§ 1. Optreden in rechte (art. 31)

A. Algemeen

1428. Evenals de Antiracismewet (en Negationismewet) biedt de Antidiscriminatie-wet ten slotte, naast de natuurlijke personen die slachtoffers menen te zijn geworden van discriminatie, ook aan enkele rechtspersonen de mogelijkheid in rechte op te treden in de geschillen waartoe de wet aanleiding kan geven. Deze mogelijkheid is overigens ook verplicht op grond van de richtlijnen.⁶⁵⁴ De materie is neergelegd in artikel 31 van de wet.

1429. De bevoegdheid geldt enerzijds voor dezelfde rechtspersonen als die waarvoor de Antiracismewet de mogelijkheid openstelt (*cf. supra* nrs. 1035-1038), daarnaast verklaart de wet het Instituut voor de gelijkheid van vrouwen en mannen bevoegd inzake geslachtsdiscriminaties. Op basis van lid 3 van de bepaling geldt dat, indien

⁶⁵⁴ Art. 9 Kaderrichtlijn verplicht de lidstaten ertoe de mogelijkheid om in rechte op te treden open te stellen voor “verenigingen, organisaties of andere rechtspersonen die er, overeenkomstig de in de nationale wetgeving vastgestelde criteria, een rechtmatig belang bij hebben dat deze richtlijn wordt nageleefd”. Deze verplichting geldt uiteraard enkel voor het toepassingsgebied van de richtlijn: dat de Antidiscriminatiewet de bevoegdheid in algemene zin biedt, is een vorm van voluntaristisch optreden van de kant van de Belgische wetgever.

het slachtoffer een (individueel) natuurlijk persoon of een rechtspersoon is, de vordering van de in rechte optredende rechtspersoon enkel ontvankelijk is indien deze laatste bewijst dat hij handelt met (uitdrukkelijke) instemming van het slachtoffer. Voor een algemene omschrijving van deze vereisten alsook van de inhoud van de bevoegdheid – die overigens zowel op burgerrechtelijk als strafrechtelijk vlak geldt⁶⁵⁵ – wordt verwezen naar deel IV (*cf. supra* nrs. 1039-1045).⁶⁵⁶

B. Instituut voor de gelijkheid van vrouwen en mannen

1430. Het voor geslachtsdiscriminaties ingestelde Instituut voor de gelijkheid van vrouwen en mannen was aanvankelijk is niet uitdrukkelijk opgenomen in artikel 31 dat de rechtspersonen opsomt die bevoegd zijn tot optreden in rechte naar aanleiding van de geschillen waartoe de Antidiscriminatiewet aanleiding kan geven. Volgens artikel 4 van de Wet van 16 december 2002 houdende oprichting van het Instituut voor de gelijkheid van vrouwen en mannen zou het Instituut wel in algemene zin bevoegd zijn om “in rechte op te treden in rechtsgeschillen waartoe de toepassing van de strafwetten en andere wetten die specifiek tot doel hebben de gelijkheid van vrouwen en mannen te waarborgen, aanleiding kan geven”. Het was echter niet eenduidig of laatstgenoemde bepaling van aard was om het Instituut vrij te stellen van de vereiste vijf jaar rechtspersoonlijkheid die – behoudens andersluidende bepalingen – in beginsel noodzakelijk is voor het optreden in rechte naar aanleiding van de Antidiscriminatiewet. Vandaar dat door middel van de Wet van 9 juli 2004 (Programmawet) het eerste lid van artikel 31 werd aangepast teneinde het Instituut uitdrukkelijk de betreffende bevoegdheid te verlenen, indien het gaat om geslachtsdiscriminaties.⁶⁵⁷

§ 2. Overige bevoegdheden van het C.G.K.R. en het Instituut voor de gelijkheid van vrouwen en mannen

A. Overige bevoegdheden C.G.K.R.

1431. Het C.G.K.R. verkreeg door middel van de Antidiscriminatiewet een aantal bijkomende bevoegdheden.⁶⁵⁸ Hetgeen terzake reeds in het deel over de Antiracis-

655 In een eerdere versie was het artikel onderdeel van het burgerrechtelijke hoofdstuk (nl. als art. 14 (*Parl. St.* Kamer 2001-02, nr. 50-1578/1)). Het is echter speciaal verplaatst naar een apart hoofdstuk om tot uitdrukking te brengen dat de bevoegdheid van de verschillende rechtspersonen om in rechte op te treden geldt op zowel burgerrechtelijk als strafrechtelijk vlak. Dit gaf in de Kamer overigens aanleiding tot verwarring. Sommige kamerleden dachten dat het C.G.K.R. en de andere instanties daarmee feitelijk zouden kunnen vervolgen (*Parl. St.* Kamer 2001-02, nr. 50-1578/6, 24-25). Die bevoegdheid komt uiteraard echter enkel toe aan het Openbaar Ministerie. Op strafrechtelijk vlak wordt slechts bedoeld dat de genoemde rechtspersonen zich burgerlijke partij kunnen stellen en/of rechtstreeks kunnen dagvaarden wanneer een strafbaar feit wordt gepleegd dat vermeld wordt in hoofdstuk III van de wet (*Parl. St.* Senaat 2000-01, nr. 2-12/5, 18). Zie uitgebreid *supra* nrs. 1039-1045.

656 Er kan nog worden opgemerkt dat het Arbitragehof heeft geoordeeld dat de betreffende bevoegdheid voor rechtspersonen grondwetconform is. Zie Arbitragehof nr. 157/2004, 6 oktober 2004, B.86, B.S. 18 oktober 2004.

657 Wet van 9 juli 2004 (Programmawet), B.S. 15 juli 2004.

658 De indieners prezen de “opvoedende rol” van het C.G.K.R. en zijn “vermogen tot conflictbeheer-



mewet werd gesteld, geldt evenwel in algemene lijnen *mutatis mutandis* voor discriminatie in het algemeen, met uitzondering van discriminatie op grond van geslacht.

B. Overige bevoegdheden Instituut voor de gelijkheid van vrouwen en mannen

1432. Het C.G.K.R. is (enkel) onbevoegd voor geslachtsdiscriminaties.⁶⁵⁹ Hiertoe werd bij Wet van 16 december 2002 een speciaal Instituut voor de gelijkheid van vrouwen en mannen opgericht.⁶⁶⁰ Het Instituut heeft als taak “toe te zien op de naleving van de gelijkheid van vrouwen en mannen, elke vorm van discriminatie en ongelijkheid op basis van het geslacht te bestrijden en instrumenten en strategieën die gestoeld zijn op een geïntegreerde aanpak van de genderdimensie uit te werken” (art. 3 Wet van 16 december 2002).⁶⁶¹

1433. Om deze taken uit te kunnen voeren, beschikt het Instituut over verschillende bevoegdheden.⁶⁶² Voor wat betreft de (toepassing van de) Antidiscriminatiewet

→ sing” (*Parl. St.* Senaat 1999, nr. 2-12/1, 7). Op de bevoegdheidsuitbreiding is echter ook kritiek geuit. Zo overwoog bv. de Raad van State “dat de bevoegdheden die aan het Centrum worden toevertrouwd, uitzonderlijk en buitensporig zijn niet alleen vanuit het oogpunt van het gemene recht, maar ook vanuit het oogpunt van de bijzondere wetten waarbij een toezichthoudende bevoegdheid is opgedragen aan sommige instellingen waarvan de wettelijke waarborgen inzake onafhankelijkheid evenwel groter zijn dan die welke vervat zijn in de genoemde Wet van 15 februari 1993” (*Parl. St.* Kamer 2001-02, nr. 50 1407/1, 23-25).

659 Aangaande de reikwijdte van het begrip geslachtsdiscriminatie is niets nader bepaald. Of (deels) overlappende kwesties daarmee tot de bevoegdheid van het Instituut of die van het C.G.K.R. behoren is onduidelijk. Te denken valt aan (discriminatie op grond van) trans- en interseksualiteit, of nog discriminatie op basis van allochtone vrouwen, voorzover de discriminatie in verband staat tot beide gronden enz.

660 Wet 16 december 2002 houdende oprichting van het Instituut voor de gelijkheid van vrouwen en mannen, *B.S.* 31 december 2002. Zie verder K.B. 19 maart 2003 tot vaststelling van het organieke statuut van het Instituut voor de gelijkheid van vrouwen en mannen (*B.S.* 31 maart 2003); K.B. 19 maart 2003 met betrekking tot de aanduiding en de uitoefening van managementfuncties binnen het Instituut voor de gelijkheid van vrouwen en mannen (*B.S.* 31 maart 2003); K.B. 24 maart 2003 houdende benoeming van de leden raad van bestuur van het Instituut voor de gelijkheid van vrouwen en mannen (*B.S.* 31 maart 2003). Het Instituut nam bij zijn totstandkoming de bevoegdheden over van de Directie van de gelijke kansen van de F.O.D. Werkgelegenheid, Arbeid en Sociaal Overleg. Op 1 juni 2003 werd het personeel ervan naar het Instituut overgeheveld. Het Instituut heeft het statuut van een overheidsinstelling van categorie B.

661 Er is in de rechtsleer gesteld dat de oprichting van het Instituut zelf reeds op gespannen voet zou staan met de doelstelling van een geïntegreerde aanpak van de genderdimensie. Zie o.m. P. POPELIER en J. VRIELINK, “Alle mensen zijn gelijk, maar sommige mensen zijn meer gelijk dan anderen. Over mannen, vrouwen, paritaire democratie en geslachtsdiscriminatie”, *l.c.*, 682-696; S. VAN DROOGHENBROECK, *l.c.*, 217, nr. 18. Zie positief J. JACQMAIN, *l.c.*, 20-21.

662 Het Instituut is meer bepaald bevoegd om: “1. de studies en onderzoeken betreffende gender en gelijkheid van vrouwen en mannen te verrichten, ontwikkelen, ondersteunen en coördineren, en de impact van de concrete beleidslijnen, programma’s en maatregelen vanuit genderperspectief te evalueren; 2. aanbevelingen te richten tot de overheid ter verbetering van de wetten en reglementeringen; 3. aanbevelingen te richten tot de overheid, privé-personen of instellingen naar aanleiding van de resultaten van de onder 1 vermelde studies en onderzoeken; 4. ondersteuning en bijstand te organiseren aan de verenigingen die actief zijn op het vlak van de gelijkheid van vrouwen en mannen, of voor projecten ter bevordering van de gelijkheid van vrouwen en mannen; 5. binnen de perken van zijn doelstelling, hulp te verlenen aan iedereen die om raad vraagt in verband met de omvang van zijn rechten en plichten. Die hulp laat de betrokkene toe om inlichtingen en raadgevingen te verkrijgen over de middelen die hij/zij kan aanwenden om zijn/haar rechten te doen gelden; 6. in rechte op te treden in rechtsgeschillen waartoe de toepassing van de strafwetten en andere wetten die specifiek tot doel hebben de gelijkheid van vrouwen en mannen te waarborgen,

→

betekent dit concreet dat het Instituut in de eerste plaats ter beschikking staat van slachtoffers (of getuigen) van geslachtsdiscriminerende handelingen of uitlatingen. Het is daarbij bevoegd voor klachtbehandeling in ruime zin: het kan kennis nemen van klachten, informatie verstrekken, discriminerende situaties onderzoeken en eventuele juridische stappen ondernemen (*cf. supra* nrs. 1428-1429). Naast slachtoffers kunnen ook andere instellingen en rechtshulpverleners terecht bij het Instituut voor eventuele ondersteuning en begeleiding.⁶⁶³

HOOFDSTUK 6. KLACHTEN EN TOEPASSINGEN

1434. Het aantal (gekende) toepassingen van de wet, en daaraan gerelateerde bepalingen, was ten tijde van dit schrijven nog zeer beperkt. Om een indruk te geven van het type en aard van de zaken die in de toekomst op basis van de wet kunnen worden verwacht, worden hier – naast de gewezen vonnissen – ook enkele klachten besproken die het C.G.K.R. tot op heden in relatie tot de wet heeft ontvangen.

Afdeling 1. Klachten en gerechtelijke stappen

1435. In het eerste werkingsjaar (2003) opende de bevoegde dienst op het C.G.K.R. 267 dossiers inzake klachten over “niet-rationale discriminaties”. In minder dan 20 % van die gevallen achtte het Centrum inbreuk op de wet waarschijnlijk.⁶⁶⁴ In verschillende gevallen kwam het daarbij tussen met adviezen, waarschuwingen en/of aanbevelingen.

1436. In slechts drie dossiers werd gekozen voor een burgerlijke partijstelling. Geen van die dossiers was afgesloten ten tijde van dit schrijven. In de eerste plaats ging het om een vordering tot staking inzake een – aanstonds te bespreken (*cf. infra* nrs. 1437-1439) – huurweigering ten aanzien van een homokoppel. Een andere stakingsvordering had betrekking op een (vermeende) indirecte discriminatie van een blind persoon, die de toegang tot een horecazaak werd ontzegd vanwege het feit dat zij

→ aanleiding kan geven; 7. in het kader van zijn opdracht, alle nodige informatie, documentatie en archieven aan te leggen en te verstrekken; 8. de statistische gegevens en de rechterlijke beslissingen die nuttig zijn voor de evaluatie van de wetten en reglementeringen betreffende de gelijkheid van vrouwen en mannen te verzamelen en te publiceren, zonder mogelijkheid tot identificering van de betrokken partijen; 9. wanneer het Instituut feiten inroep die aanleiding geven tot een vermoeden van een discriminerende behandeling zoals bedoeld in de wetten en reglementering betreffende de gelijkheid van vrouwen en mannen, aan de bevoegde overheid te vragen om op de hoogte gebracht en gehouden te worden van de resultaten van de analyse van de bewuste feiten; 10. een netwerkstructuur uit te werken met de verschillende betrokken partijen in het domein van de gelijkheid van vrouwen” (zie <http://meta.fgov.be/pa/paa/framesetnlg00.htm>).

663 Het Instituut begint met klachtbehandeling vanaf oktober 2005. Zijn contactgegevens zijn als volgt: Instituut voor de gelijkheid van vrouwen en mannen, Belliardstraat 51, 8^e verd., 1040 Brussel. Tel. + 32 (0)2 233.41.11. Fax. + 32 (0)2 233.40.32. Email: gelijkheid@meta.fgov.be. Zie verder <http://meta.fgov.be/pa/paa/framesetnlg00.htm>.

664 C.G.K.R., *Naar een uitbreiding. Jaarverslag 2003*, 44.

vergezeld werd door haar blindegeleide hond, en de zaak honden in het algemeen niet toeliet. Een laatste burgerlijke partijstelling had betrekking op een zaak van slagen en verwondingen ten aanzien van een homokoppel, gepaard met beledigingen die betrekking hadden op hun seksuele geaardheid: een testcase voor de strafverzwaringen van de wet (cf. *supra* nrs. 1340-1347).⁶⁶⁵ Voorts werden naar verluid enkele eenvoudige klachten neergelegd.⁶⁶⁶

Afdeling 2. Toepassingen⁶⁶⁷

§ 1. Huur: discriminatie homokoppel

1437. Een eerste zaak betrof een vordering zoals in kort geding tegen een weigering van verhuur aan een homoseksueel koppel.⁶⁶⁸ De dame met wie het vastgoedkantoor alles regelde, liet na de kandidatuur van de eiser en zijn vriend verstaan niet te willen verhuren “aan twee mannen of twee vrouwen”. In bijzijn van een gerechtsdeurwaarder werd dit enkele dagen later herbevestigd en genoteerd. Het appartement werd vervolgens verhuurd aan andere personen.

1438. De rechter wees de vordering af om formele redenen (die volgens bepaalde rechtsleer evenwel betwistbaar waren).⁶⁶⁹ De vrouw die zich (vermeend) discriminatoir had opgesteld bleek namelijk uiteindelijk niet de eigenares te zijn en was ook niet gedaagd, terwijl er naar het oordeel van de rechter voorts geen bewijs was geleverd van een opdracht tot discriminatie door de feitelijke eigenaars (de drie kinderen van de “vertegenwoordigster”, die wel waren gedaagd) noch van een relatie van lastgeving, of zelfs maar van een schijnmandaat, tussen de dame en de eigenaars. De bewijslast kon voorts volgens het, vooral op dit punt bekritiseerde⁶⁷⁰, oordeel van de rechter niet worden “omgekeerd”:

665 Naar verluidt zouden ook tegen de overvallers van het asielcentrum te Ranst in de nacht van 2 op 3 juli 2004 de strafverzwaringen van de wet worden ingeroepen. Zie o.m. C.G.K.R., “Centrum bezoekt het opvangcentrum in Broechem naar aanleiding van aanval op bewoners”, *www.antiracisme.be* (nieuws) 8 juli 2004.

666 D. MINTEN, “Veel discriminatieklachten missen grond”, *De Standaard* 26 februari 2004. Eén daarvan betrof een klacht tegen de kardinaal Gustaaf JOOS, vanwege zijn uitlatingen over homoseksuelen. Gezien het overlijden van de persoon in kwestie (op 2 november 2004) moet de (strafrechtelijke) vordering als vervallen worden beschouwd. Zie m.b.t. de kwestie o.m. S. SOTTIAUX en J. VRIELINK, “Acht redenen waarom Joos niet veroordeeld mag worden”, *De Juristenkrant* 2004, nr. 83, 2-3; M. ELCHARDUS, “Het waarde- en normendebat”, *Knack* 19 februari 2004. Voor het interview dat aanleiding gaf tot de “controverse”, zie M. LESCROART, “Hoe zwaar weegt het kruis van de kerk?”, *P-Magazine* 21 januari 2004, 112-116.

667 Zie ook J. VRIELINK, “De antidiscriminatiewet: hoofdlijnen en toepassingen”, *Panopticon* 2004, nr. 4, 69-70.

668 Voorz. Kort Ged. Gent 31 december 2003, *NjW*, 2004, nr. 60, 205-206.

669 Zie kritisch D. DE PRINS, “Gediscrimineerd homopaar krijgt geen rechtsherstel”, *i.c.*, 1 en 12; D. DE PRINS, “Stakingsvordering tegen individuele discriminatie. Handelingen gesteld door vertegenwoordigers”, *NjW* 2004, nr. 62, 261; C.G.K.R., *Naar een uitbreiding. Jaarverslag 2003 (bijlagen)*, 30.

670 De rechter zou hiermee naar het oordeel van het C.G.K.R. namelijk impliceren dat de verdeling van de bewijslast *enkel* door middel van een praktijktest zou kunnen plaatsvinden. Voorzover de redenering van de rechter die implicatie zou hebben, is zij dan ook betwist als “een foutieve interpretatie van de (...)wet aangezien het beroep op de praktijktesten slechts één van de mogelijkheden is om te komen tot een verschuiving van de bewijslast (C.G.K.R., *Naar een uitbreiding. Jaarverslag 2003 (bijlagen)*, 30).

De eisende partijen (...) kunnen [zich niet] beroepen op een omkering van de bewijslast overeenkomstig artikel 19 §§ 3 en 4 van de Wet van 25 februari 2003. De regels voor de uitvoering van een praktijktest die kan worden uitgevoerd door een gerechtsdeurwaarder en als bewijs van discriminatie kan worden aangewend, werden immers nog niet door de koning bepaald.⁶⁷¹

1439. Ook ten aanzien van de medewerker van het immobiliënkantoor werd voorts geen discriminatie bewezen geacht “nu hij juridisch geen enkele bevoegdheid had om een huurder te weerhouden en alleen kandidaat-huurders mocht voordragen die dan door de moeder van de eigenaars al dan niet als huurder werden aanvaard”. Bij die selectie van voordracht kon volgens de rechter “niet worden gesteld dat de vierde verweerder (...) discriminerend is opgetreden of aan enige discriminatie heeft meegewerkt”. Het C.G.K.R. – dat zich burgerlijke partij stelde in de zaak – heeft beroep aantekend tegen het vonnis.⁶⁷²

§ 2. Redelijke aanpassingen

1440. In een tweede zaak werd een vraag om redelijke aanpassingen (voorlopig) afgewezen op procedurele gronden. Het betrof een vraag inzake het verkrijgen van een gereserveerde parkeerplaats dichtbij de ingang van het flatgebouw waar de gehandicapte eiser woonde. De zaak werd afgewezen, omdat volgens de rechter ten onrechte de vereniging van mede-eigenaars van *het gebouw* en niet de vereniging van mede-eigenaars van alle flatgebouwen van het betreffende domein werden gedagvaard.⁶⁷³

§ 3. Hoofddoeken

1441. In eveneens een vordering zoals in kort geding wees de Rechtbank van Hasselt de eis af van zes moslimmeisjes die de Provinciale Handelsschool in Hasselt hadden gedagvaard omdat zij – wegens een verbod op hoofddeksels “in de klas, in de studie- of in de eetzaal” – niet mochten deelnemen aan de lessen met een hoofddoek.⁶⁷⁴ De rechter oordeelde dat “uit geen enkel element kan worden afgeleid dat het verbod op het dragen van een ‘hoofddoek’ een verschil in behandeling vormt van of een schadelijke weerslag heeft op eisende partijen”. Interessant aspect aan deze uitspraak was dat de rechter de Antidiscriminatiwet zonder meer van toepassing achtte in onderwijszaken.⁶⁷⁵ In de rechtsleer bestaat hierover immers nogal wat discussie (*cf. supra* nrs. 1291-1293).

671 Voorz. Kort Ged. Gent 31 december 2003, *NjW*, 2004, nr. 60, 206.

672 Zie voor eventuele recente ontwikkelingen terzake de website van het C.G.K.R.: www.antiracisme.be of www.diversiteit.be.

673 Zie E. BREMS, *NjW* 2004, nr. 60, 206. Overige gegevens gebaseerd op mondelinge informatie van dhr. DE MEIRLEIR van het C.G.K.R. (het Centrum was evenwel geen burgerlijke partij in de procedure).

674 Voorz. Hasselt 5 oktober 2004, *T. Vreemd*, 2004, nr. 4 (noot J. VRIELINK en S. SOTTIAUX).

675 J. VRIELINK en S. SOTTIAUX, “De sluiers van Justitia”, *T. Vreemd*, 2004, nr. 4, 370-371.

1442. In het vonnis zelf verklaart de rechter vier van de eisers onmiddellijk onontvankelijk gezien het feit dat zij het reglement inmiddels – naar eigen zeggen onder druk – getekend hadden. Met betrekking tot de overige eisers stelt de rechter (op onorthodoxe wijze) vast dat de maatregel direct noch indirect discriminerend zou werken. Het vonnis is echter bekritiseerd vanwege de gebrekkige argumentatie op beide punten.⁶⁷⁶ Eisers zijn ook in beroep gegaan tegen de uitspraak.

§ 4. Antiracismewet/Antidiscriminatiewet: de “zaak RULOF”

1443. Met betrekking tot de zaak RULOF bestaat discussie over de mate waarin dit (mede) gezien kan worden als een toepassing van de Antidiscriminatiewet, of uitsluitend als een toepassing van de Antiracismewet.⁶⁷⁷

1444. Het betrof een (bekritiseerde)⁶⁷⁸ beschikking door de Antwerpse Kort Gedingrechter van 15 mei 2003.⁶⁷⁹ Hierin werd een verspreidingsverbod opgelegd van enkele publicaties op de “paranormale beurs” in Antwerpen op 18 mei 2003. Het ging om werken en lezingen van ene Jozef RULOF, een spiritualist die werd geboren aan het einde van de 19^{de} eeuw. Het C.G.K.R. had dit verbod gevorderd wegens vermeende “discriminatoire en/of racistische uitingen” in deze boeken. Volgens het Centrum wordt in deze boeken “onder meer de mening verkondigd dat de mens evolueert van laagste graad, namelijk zwarte in het oerwoud, naar uiteindelijk de hoogste graad, namelijk het blanke ras”. De kort gedingrechter oordeelde dat de boeken van RULOF inderdaad een *prima facie* “discriminerende en racistische inslag” hebben:

Dat *in casu*, het probleem zich stelt enerzijds van vrije meningsuiting en anderzijds van het recht om niet gediscrimineerd te worden. Dat de vrije meningsuiting niet grenzeloos is. Dat het verspreiden van racistische en discriminerende ideeën, hoe miniem de verspreiding ook moge wezen, niet kan in een maatschappij waar verdraagzaamheid tegenover elkaar een fundamentele waarde is. Dat verdraagzaamheid een grotere fundamentele waarde heeft dan de grenzeloze meningsuiting. Dat de leer, zoals door Jozef RULOF verwoord, in zijn boeken, beledigend en kwetsend is voor een groep mensen wegens hun ras, godsdienst of levensovertuiging en aanzet tot haat, discrimi-

⁶⁷⁶ *Ibid.*, 370-375.

⁶⁷⁷ Volgens het Centrum gaat het uitsluitend om een toepassing van de Antiracismewet. De vordering was in beginsel op die basis gevoerd. De rechter spreekt echter ook over de “wet(geving) ter bestrijding van discriminatie”. Ook in rechtsleer is het geval wel geciteerd als een toepassing van de wet (D. VOORHOOF, “De antidiscriminatiewet als beperking op de expressievrijheid: ultieme realisatie van het gelijkheidsbeginsel of veelkoppig monster?” *I.c.*, 197-198). De discussie over de vraag of de betreffende uitspraak nu al dan niet gebaseerd was op de Antidiscriminatiewet werd zelfs gevoerd voor het Arbitragehof, zie Arbitragehof nr. 157/2004, 6 oktober 2004, A.9.1-4, B.S. 18 oktober 2004.

⁶⁷⁸ Zie o.m. D. VOORHOOF, “De antidiscriminatiewet als beperking op de expressievrijheid: ultieme realisatie van het gelijkheidsbeginsel of veelkoppig monster?” *I.c.*, 197-198; J. VRIELINK, D. DE PRINS en S. SOTTIAUX, “Het kaartenhuis der keuzes. Een rechtsvergelijkende analyse van de Nederlandse Algemene Wet Gelijke Behandeling en de Belgische antidiscriminatiewet”, *I.c.*, 252-253.

⁶⁷⁹ Voorz. Kort Ged. Antwerpen 15 mei 2003, www.antiracisme.be (rechtspraakoverzicht). Het betrof ook wel degelijk een (echt) kort geding, en geen vordering “zoals in kort geding” als voorzien in de Antidiscriminatiewet.

natie of geweld en derhalve in strijd is met de wetgeving tegen het racisme en ter bestrijding van discriminatie.⁶⁸⁰

1445. In beroep is de zaak echter hervormd. Het Hof stelde enerzijds dat er geen sprake was geweest van een dringende noodzaak en dat het derhalve de kort gedingrechter niet toekwam om bij wege van spoedeisende maatregel een verbod op te leggen (art. 584 Ger. W.). Immers: “De publicatie van de boeken in kwestie [was] al in ruime mate verspreid”.⁶⁸¹ Een verspreidingsverbod kon derhalve niet meer van aard zijn om (eventuele) schade van een bepaalde omvang te voorkomen. Meer principieel stelt het Hof anderzijds:

Alleen de rechter ten gronde kan oordelen of er misbruik van de persvrijheid is en/of in voorkomend geval er maatregelen dienen te worden opgelegd om het voortduren van schade te doen ophouden.⁶⁸²

1446. Naar verluidt is inmiddels door het C.G.K.R. echter ook klacht neergelegd tegen de uitgever bij de Correctionele Rechtbank van Dendermonde (op basis van de Antiracismewet).⁶⁸³

680 Voorz. Kort Ged. Antwerpen 15 mei 2003, www.antiracisme.be (rechtspraakoverzicht); *AM* 2003, nr. 5, 403.

681 Antwerpen 8 maart 2004, *onuitg.*

682 Antwerpen 8 maart 2004, *onuitg.* Zie D. VOORHOOF, “Hof weigert verspreidingsverbod van boeken met racistische inslag”, *De Juristenkrant* 2004, nr. 89, 8.

683 Voor eventuele ontwikkelingen terzake wordt verwezen naar de site(s) van het C.G.K.R.: www.antiracisme.be of www.diversiteit.be.

SELECTE BIBLIOGRAFIE

- BAYART, C., “De Discriminatiewet”, *Or.* 2003, nr. 2, 47-62.
- BAYART, C., *Discriminatie tegenover differentiatie. Arbeidsverhoudingen na de discriminatiewet. Arbeidsrecht na de Europese ras- en kaderrichtlijn*, Brussel, De Boeck & Larcier, 2004.
- BORGHS, P., *De antidiscriminatiewet. Handleiding bij de wet ter bestrijding van discriminatie*, Antwerpen, Garant, 2003.
- C.G.K.R., *Aanpak discriminatie en racisme*, Brussel, Politeia, 2004, 78-111.
- CUYPERS, D. (red.), *Gelijkheid in het arbeidsrecht: gelijkheid zonder grenzen?*, Antwerpen, Intersentia, 2003.
- DE SCHUTTER, O., “La loi Belge tendant à lutter contre la discrimination”, *J.T.* 2003, nr. 6118, 845-856.
- VERHELST, I. en DE WILDE, I., “De gevolgen van de anti-discriminatiewet voor het arbeidsrecht”, *NjW* 2003, nr. 28, 438-450.
- BREMS, E. en DE VOS, M. (eds.), *Wet Bestrijding Discriminatie in de praktijk*, Antwerpen, Intersentia, 2004.
- HOFKENS, J. en DEMEESTERE, S., *Discriminatierecht in de arbeidsverhoudingen*, Mechelen, Ced. Samsom, 2003, 84-144.
- VAN DROOGHENBROECK, S., “La loi du 25 février 2003 tendant à lutter contre la discrimination: les défis d’une ‘horizontalisation’ des droits de l’homme”, *A.P.T.* 2003, nr. 3/4, 208-252.
- VELAERS, J., “Het Arbitragehof en de antidiscriminatiewet”, *T.B.P.* 2004, nr. 10, 601-614.
- VRIELINK, J., SOTTIAUX, S. en DE PRINS, D., “De anti-discriminatiewet, een artikelsgewijze analyse (deel 1 & 2)”, *NjW* 2003, nr. 23, 258-275 en nr. 24, 294-306.
- X, *Vrijheid en gelijkheid. De horizontale werking van het gelijkheidsbeginsel en de nieuwe antidiscriminatiewet*, Antwerpen, Maklu, 2003.

Zakenregister

Er wordt verwezen naar randnummers

A

- Aanpassingen (zie redelijke aanpassingen)
- Aanplakking van vonnissen en arresten (zie bekendmaking)
- Aanwerving (zie ook sollicitatie) 250, 261-268, 287, 475, 550
 - Antidiscriminatiewet 1207, 1284, 1416
 - Antiracismewet 916-919, 925
 - Europees recht
- Aanzetten tot discriminatie, haat en geweld
 - Antidiscriminatiewet 1324-1339
 - Antiracismewet 733, 797-867
- Activiteiten toegankelijk voor het publiek 1296-1301
- Actueel doel 50, 650
- Adel 605, 1156
- Afkomst 765-766
- Afstamming
 - Etnische afstamming (zie ook ras) 770-773, 1145
 - Nationale afstamming (zie ook nationaliteit) 767-769, 1145
- AGIR 986-988
- Agnosticisme 1163
- Aidstest 1165
- Algemeen gelijkheidsbeginsel Europees recht 137, 434, 575-603
- Ambtenaren
 - Discriminatie door 864-867, 927-946, 1351-1353
 - Discriminatie van 137, 562, 588-600, 1281-1282
- Anciënniteit (zie ook leeftijd)
- Ancien Régime 605, 718
- Antisemitisme 727, 765
- Arbeid (zie arbeidsverhoudingen)
- Arbeidscontract (zie arbeidsovereenkomst)
- Arbeidsinspectie 1028-1030, 1427
- Arbeidsovereenkomst
 - Antidiscriminatiewet 1286-1287
 - Antiracismewet 919
 - Europees recht 282, 390, 401, 404, 448, 466
- Arbeidsverhoudingen
 - Antidiscriminatiewet 1279-1287
 - Antiracismewet 916-926

Europees recht 113, 142, 160, 164, 175-176, 181-182, 392, 428-429, 531-532, 537, 558
E.V.R.M. 102
Arbeidsvoorwaarden 1279, 1286
ASSAUT, L' 980
Atheïsme 1163

B

Behoren tot een racistische groep of vereniging (zie vereniging)
Bekendmaking van vonnissen en arresten 1020, 1110, 1405-1406
Belangenverenigingen 467-468, 470, 526, 557
Belastingen (zie fiscaal discriminatieverbod)
Beledigingen 799-801, 832-833, 835, 856-857, 878-880, 1059, 1082-1083, 1090-1091, 1270, 1340
Belgische taalzaak 34, 43, 57-58, 83, 90
Beloning 399-428, 1285-1286, 1316, 1409
Benadelingstoets
Algemeen 21-22,
Antidiscriminatiewet 1192
Europees recht 186, 197, 225-234, 244, 315, 327, 333-334, 340, 412-416, 451-453
Beroepsvereisten, wezenlijke en bepalende
Antidiscriminatiewet 1200-1218
Europees recht 436-440, 515-517, 542
Bevoegdheid (zie rechtsgronden Europees recht)
Bewijs (zie bewijslast)
Bewijslast
Algemeen 17
Antidiscriminatiewet 1381-1404, 1422-1423
Antiracismewet 891-894, 900-901, 907, 918, 949, 967, 970
Europees recht 232, 269-292, 395, 411, 508-509, 523-524, 556
E.V.R.M. 44
Grondwet 636
Bickel en Franz, zaak 378-382
Bilka, zaak 419-423
Biorim, zaak 631, 672
Bloc Wallon 1000-1002
Boeddhisme 1163
Brunnhof, zaak 275, 283-292, 408
Budgettair doel
Antidiscriminatiewet 1258
Europees recht 236, 494, 554
Grondwet 721-722
Burgerinitiatief 837, 1004

Burgerlijke en militaire bedieningen 606, 609, 610, 702-703
Burgerlijke en politieke rechten, ontzetting uit (zie ontzetting)
Burgerlijke staat
 Antidiscriminatiewet 1153-1154
 Europees recht 597
 E.V.R.M. 73, 81

C

Café, toegang tot (zie horeca)
C.A.O. (zie arbeidsovereenkomst)
 C.A.O. nr. 38 916, 1116, 1130, 1166, 1315
Causaliteit
 Antidiscriminatiewet 1183, 1184-1186, 1326
 Antiracismewet 818-821, 937, 976-977
 Europees recht 199-205, 212, 221, 224, 280-292, 402
Centrum voor Gelijkheid van Kansen en voor Racismebestrijding (zie C.G.K.R.)
C.G.K.R. 738, 991-992, 1046-1049, 1112-1113, 1429, 1431
Cliënteel, houding van 647, 852, 887, 897, 908, 1213
Comparator (zie referentiepersoon)
Context
 Antidiscriminatiewet 1295, 1304
 Antiracismewet 806-807, 873
Corpulentie 1173
Correctionalisering persmisdrijf (zie persmisdrijf)
Cultuurpact(wet) 619, 682-685

D

Defrenne, zaak 118-119, 390, 593
D.E.L.T.A. 981-982
Deelneming, strafbare (zie ook vereniging) 1024
Deeltijdwerk(er)
 Antidiscriminatiewet 1115, 1147, 1189
 Europees recht 123, 163, 395, 410, 413-416, 424, 500
Derdelanders 116, 355, 862, 529-530
Deurwaarder (zie gerechtsdeurwaarder)
Diensten, vrij verkeer van (zie nationaliteit)
Differentiatiegrond (zie discriminatiegrond)
Direct onderscheid
 Algemeen 9
 Antidiscriminatiewet 1176-1187
 Europees recht 187-198
Discotheken, toegang tot 890-891, 896-905

Discriminatiegrond(en)

- Algemeen 9-10, 13, 14,
- Antidiscriminatiewet 1129-1174
- Antiracismewet 744, 760-776, 818-821
- Europees recht 111-147
- E.V.R.M. 60-75, 79-81, 86
- Grondwet 621, 673-680, 688

Discriminerende uitlatingen 1302-1307

Doeltoets

- Algemeen 24
- Europees recht 235-239, 352, 573
- E.V.R.M. 47-51
- Grondwet 645-653, 687, 721-722

Doeltreffend onderscheid 25, 53, 659-661

Drukpersmisdrijf (zie persmisdrijf)

Dwangsom 1407-1410

E

Eerroof (zie laster en eerroof)

Eigendomsrecht 59, 94

Etnische afstamming (zie afstamming)

Etnische minderheden (zie ras)

F

Filosofische overtuiging (zie overtuiging)

Final Conflict, zaak 1098-1102

Fiscaal discriminatieverbod

- Europees recht 344-352
- E.V.R.M. 94
- Grondwet 630, 717-726

F.N. 998-999

Forces Nouvelles, Parti de (zie P.F.N.)

Formele discriminatie 184-186

Formele gelijkheid 6-7

Formeel onderscheid

- Algemeen 6-7, 22
- Europees recht 184-186
- E.V.R.M. 35-36,
- Grondwet 631-633

Fortuin (zie vermogen)

Front National (zie F.N.)

Fysieke eigenschap 1173-1174

G

Geboorte

Antidiscriminatiewet 1155-1156

E.V.R.M. 62, 67, 79, 81, 86

Grondwet 674

Gelijkheid voor de wet 5, 606-609

Gelijkheid in de wet 5

Genetische tests 1165

Genocide 1055, 1085-1086

Geoorloofd doel (zie legitieme doelstelling)

Gerechtsdeurwaarder 1389-1390

Geregistreerd partnerschap (zie burgerlijke staat)

Geschied (zie passend)

Geslacht (zie ook Wet gelijkheid man – vrouw)

Antidiscriminatiewet 1146-1147

Europees recht 113, 117-131, 164, 174, 390-509, 563, 564, 566, 568, 595

E.V.R.M. 61-62, 65-66, 79, 86

Grondwet 611-617, 622-625, 675, 678-680, 686-693

Gesloten systeem (zie open/gesloten systeem)

Geweld (zie aanzetten tot discriminatie, haat en geweld)

Gezondheidstoestand 1165-1168

Godsdienst (zie overtuiging)

Goederen en diensten, aanbieden van

Antidiscriminatiewet 1277-1278

Antiracismewet 733, 885-915

Europees recht 181, 396, 534-535

E.V.R.M. 102

Goederen en diensten, vrij verkeer van (zie nationaliteit)

Gronden (zie discriminatiegronden)

Grondrecht(en)

Antidiscriminatiewet 1213, 1229-1238, 1322

Antiracismewet 754

Europees recht 147, 174, 329, 434, 557, 590-600

Negationismewet 1061

Grondwet 669-671

Grondwettelijke toetsing

Antidiscriminatiewet 1124-1128

Negationismewet 1057-1063

H

Haat (zie aanzetten tot discriminatie, haat en geweld)

Hakenkruis 791, 849, 1092, 1103

Handelwijze (zie maatstaf)
Handicap (zie ook redelijke aanpassingen)
 Antidiscriminatiewet 1169-1172, 1221-1228, 1249-1269
 Europees recht 538-541, 553-555
Handvest van de Grondrechten 147, 174, 594-595
Heteroseksualiteit (zie seksuele geaardheid)
Hitlergroet 807, 847-851, 1084, 1103
Holebi (zie seksuele geaardheid)
Holocaust, ontkenning van (zie negationisme)
Homoseksualiteit (zie seksuele geaardheid)
Hoofddoek(en) 1441-1442
Hooliganisme 858, 875
Horeca 102, 852-856, 906-912
Horizontale verhoudingen
 Antidiscriminatiewet 1115, 1124, 1276
 Antiracismewet 749, 755
 Europees recht 108, 294, 384-389, 472, 529, 558
 E.V.R.M. 99, 102
 Grondwet 704-707
Huidskleur (zie ook ras) 79, 86, 764
Huisvesting
 Antidiscriminatiewet 1274, 1437-1439
 Antiracismewet 882, 913-914
 Europees recht 144, 181, 534
Huur 56, 882, 887, 889, 893, 913-915, 1274, 1357, 1368, 1370, 1437-1439

I

Ideologische overtuiging (zie overtuiging)
Immunities, strafrechtelijke 1015-1018
Impact discriminatie 10
Indirect onderscheid
 Algemeen 9-10
 Antidiscriminatiewet 1188-1195
 Antiracismewet 748
 Europees recht 187-198
 E.V.R.M. 39-40
Instituut voor de gelijkheid van vrouwen en mannen 1146, 1311, 1429-1430, 1432-1433
Institutionele discriminatie 11, 226
Internationaal Verdrag inzake Burgerrechten en Politieke Rechten 29, 593, 694, 696
Internetracisme 795, 859-861, 1104
Intimidatie

Algemeen 458-459, 1270-1271
Seksuele – 460-464, 519-521, 538

J

Jaïnisme 1163
Jehova's getuigen 69, 1087
Jodenhaat 1074
Jodenvervolging 1087
Jood(s) 765, 836, 841, 849, 921, 1096
Joos, zaak 1436

K

Kaalheid 1173
Kaderrichtlijn (zie richtlijnen)
Kalanke, zaak 252, 260-265
Kapsel 1174
Kaste 765
Klasse 1156-1158
Kleding 1174
Kleur (zie huidskleur)
K.C.M. 1047
Koninklijk Commissariaat voor het Migrantenbeleid (zie K.C.M.)
Krijgsmacht (zie leger)
Kwantitatief onderscheid 657, 725
Kwetsbare groep (zie maatschappelijke positie groep)

L

Landbouw 206, 236, 245, 247, 249, 300, 479, 567-574
Laster en eerroof 781, 800, 1073, 1340
Lidmaatschap van racistische groep of vereniging (zie vereniging)
Liga voor Mensenrechten 992, 1036
Leeftijd
 Antidiscriminatiewet 1159-1160, 1221-1228
 Europees recht 167-168, 174, 246, 537-538, 542, 546-548
 E.V.R.M. 86
Legaliteitsbeginsel
 Antidiscriminatiewet 1125, 1171, 1330-1331, 1353
 Antiracismewet 755, 812, 964, 974,
 Grondwet 719
Leger 944-946, 1225
Legitiem doel 24, 47-50, 646-649, 235-237
Levensbeschouwing (zie overtuiging)

Loon (zie beloning)

M

Maatschappelijke positie groep 78

Maatstaf

Antidiscriminatiewet 1189-1190

Europees recht 224-226

Mainstreaming 125

Marge van appreciatie 57, 59, 76-77

Marginale toetsing 27, 55, 241-247, 667-668, 710, 723

Marschall, zaak 263-265

Materiële gelijkheid 6-7, 10, 38

Materieel onderscheid

Algemeen 6-7, 22

E.V.R.M. 37-38, 98

Europees recht 185-186

Grondwet 634

Medewerking verlenen aan racistische groep of vereniging (zie vereniging)

Medisch onderzoek 1165-1166

Moedertaal (zie taal)

Moreel element

Antidiscriminatiewet 1332-1333, 1341-1347

Antiracismewet 802-805, 872, 887-888, 918, 972, 975

Negationismewet 1090

Moslim 772, 944-945, 1441

Mouvement Contre le racisme l'antisémitisme et la xénophobie (zie M.R.A.X.)

M.R.A.X. 819, 1036

N

Nationaal Congres 605-607

Nationaal-socialisme (zie nazisme)

Nationaliteit

Antidiscriminatiewet 1145

Antiracismewet 753, 767-769

Europees recht

Algemeen 111-113, 115-116, 298-307, 338-343

Binnenlandse belastingen 344-352

Goederen 313-324

Niet-actieven 373-383

Personen 325-337, 360-366

Studenten 368-369

Toeristen 370-372

E.V.R.M. 62, 70-71, 75
Grondwet 610, 699-703
Nazisme 727, 762, 847, 1051, 1087-1089, 1092
Negationisme 1050-1114
Nietig beding 1356-1361

O

O' Flynn, zaak 230, 333, 451
Objectieve en redelijke rechtvaardiging (zie rechtvaardigingstoets)
Objectiviteitstoets 52, 654, 714
Officieel stuk, discriminatie in de vermelding in een 1294-1295
Omgekeerde discriminatie 112, 295, 356-358
Omkering bewijslast (zie bewijslast)
Onderinclusief 26, 239, 664, 726
Onderwijs
 Antidiscriminatiewet 1291-1293, 1441-1442
 Europees recht 181, 368-369, 534
 Grondwet 709-716
Onrechtmatige daad 706
Onschendbaarheid (zie immuniteiten)
Ontbinding 978, 1019, 1369
Ontslag 400, 434, 444, 448-449, 464, 469, 475, 532, 916-919, 926, 1207, 1285, 1409-1421
Ontzetting 742, 1005-1008, 1064, 1109
Onverantwoordelijkheid (zie immuniteiten)
Opdracht tot discriminatie 456-457, 519, 538, 743, 756, 948, 1272-1275
Openbaar gezag 328, 331-332, 703
Openbaarheidsvereisten (art. 444 Sw.) 781-796, 797, 871, 955, 1070-1071, 1324
Openbare officieren (zie ambtenaren)
Openbare orde 316, 328-330, 542, 544, 706, 780
Openbare orde, wet van 1359
Openbare veiligheid 1226
Openlijk onderscheid 198, 221, 282, 284, 286, 291, 316, 322, 327, 401-402
Open/gesloten systeem
 Algemeen 14
 Antidiscriminatiewet 1196-1199
 Antiracismewet 751-754
 Europees recht 196, 219, 248-251, 291, 341, 408, 447-449, 543-545
 E.V.R.M. 82
 Grondwet 673-680
Opiniedelict 770, 779
Opportuniteit 24, 647, 667-668, 723, 954, 1051
Opslorping (zie samenloop en opslorping)

Optreden in rechte 467-468, 470, 526-527, 557, 735, 1031-1045, 1112-1114, 1428-1429

Organen ter bevordering van de gelijkheid 470, 527, 1046-1049, 1430-1433

Ouderschapsverlof 395, 444, 509

Overinclusief 26, 240, 664, 726

Overtuiging

Antidiscriminatiewet 1131, 1134, 1161-1164

Antiracismewet 770-773

Europees recht 165, 167, 168, 174, 199, 246, 256, 299, 537-558, 566, 595

E.V.R.M. 62, 68-69, 79, 86

Grondwet 618-621, 683-685, 713

P

Paritaire democratie 617, 624-625, 1146

Passend onderscheid

Algemeen 26

Europees recht 238-239

Grondwet 662-665, 726

Pedofilie 1148-1151

Pensioen 50, 73, 400-401, 407, 482, 486-487, 505, 507, 647

Persmisdrijf 745, 796, 922, 988, 990, 991, 1065, 1072-1078, 1337-1338

Personen, vrij verkeer van (zie nationaliteit)

Pertinentietoets

Algemeen 25-26

E.V.R.M. 53

Grondwet 658-665

Europees recht 238-239

Pesterijen (zie intimidatie)

P.F.N. 841, 985-990

Piercings 1174

P.L.O. 921

Poging 1021

Politie, discriminatie door 864-866, 942-943

Politieke organen 623-624

Politieke overtuiging (zie overtuiging)

Politiek misdrijf 992-993, 999

Popelin, zaak 611

Positieve actie

Algemeen 12

Antidiscriminatiewet 1239-1247

Antiracismewet 758-759

Europees recht 252-268

E.V.R.M. 83, 87-88

Grondwet 623, 681-693
Positieve discriminatie (zie positieve actie)
Positieve verplichtingen 4, 6, 38, 98-103, 619, 623, 691-693
Praktijktest 907, 918, 1386-1390, 1397-1399
Privacy 72, 102
Proces-verbaal
 Discriminatie in de vermelding in een 1294-1295
 Discriminatoire weigering tot opstellen van een 943
Proportionaliteitstoets
 Algemeen 25, 27
 Antidiscriminatiewet 1196
 Antiracismewet 754, 888
 Europees recht 240-241
 E.V.R.M. 54-78
 Grondwet 666-672, 688
Publicatie van vonnissen en arresten (zie bekendmaking)
Publiciteit geven aan een voornemen tot discriminatie, haat en geweld (zie voornemen tot discriminatie, haat en geweld)

Q

Quota 681

R

Ras

 Antidiscriminatiewet 1145
 Antiracismewet 744, 761-763
 Europees recht 132-136, 139-146, 165, 167-168, 174, 232, 246, 252, 256, 272, 282, 287, 292, 299, 510-536, 566, 582, 589, 593, 595-596
 E.V.R.M. 74-75, 79, 86,
 Grondwet 674, 675
Rassenscheiding (zie segregatie)
Rechterlijke macht, discriminatie door 867, 933, 940-941
Rechtmatig doel (zie legitiem doel)
Rechtsgronden Europees recht 149-182
Rechtspersoon, discriminatie van 698
Rechtstreekse werking 149-150
Rechtszekerheidsbeginsel 5, 607, 695
Rechtvaardigingstoets
 Algemeen 23-27,
 Antidiscriminatiewet 1196-1199
 Antiracismewet 751-754
 Europees recht 235-241

E.V.R.M. 46-78
Grondwet 639, 644-672
Redelijke aanpassingen (zie ook handicap) 538-541, 553-555, 1249-1269, 1440
REF 846, 1000-1003
Referentiepersoon 186, 188, 209, 211-214, 221, 285-286, 403-406, 433, 435, 514, 1191
Religie (zie overtuiging)
Religieuze organisaties 1208-1209
Represailleontslag 400, 469, 525, 557, 1419-1426
Restaurants, toegang tot (zie horeca)
Revisionisme (zie negationisme)
Richtlijnen
 Bewijslastrichtlijn 272, 282, 411, 417, 451, 489, 508-509
 Kaderrichtlijn 145-146, 537-558
 Rasrichtlijn 510-536, 743, 1219-1220
 Richtlijn gelijke behandeling man – vrouw 430-480
Rijkswacht (zie politie)
Roma 1087
Rule of reason 322, 324, 335,
Rulof, zaak 1443-1444

S

Sadomasochisme (zie seksuele geaardheid)
Samenloop en opslorping 1022-1023
Sancties
 Antidiscriminatiewet 1339, 1341, 1354, 1417
 Antiracismewet 883, 895, 923, 938, 951, 978, 1005-1008, 1019-1020
 Europees recht 471, 528, 557
 Negationismewet 1093-1094, 1109, 1110
Schadevergoeding 924-926, 1415-1418
Schoolpact 711, 713
Segregatie 744, 814-815, 917, 1179
Seksuele geaardheid
 Antidiscriminatiewet 1148-1152, 1437-1439
 Europees recht 130, 132, 141, 167, 174, 246, 256, 294, 299, 434, 474, 537-558, 589, 591, 596-597
 E.V.R.M. 62, 72, 81, 86, 617
Seksuele intimidatie (zie ook intimidatie)
Single workplace rule 404
Sinti (zie Roma)
Situatietest (zie praktijktest)
Sociale voordelen 534-535
Sociale zekerheid 123, 206, 241, 247, 383, 395, 428, 481-496

Antidiscriminatiewet 1287
Europees recht 481-507
E.V.R.M. 94
Sollicitatie (zie ook aanwerving)
Stakingsvordering (zie vordering tot staking)
Standen, onderscheid van 605, 606, 609, 718
Statistisch bewijs 40, 192, 231-234, 274, 276, 278-279, 284, 333, 413-415, 450, 452-453, 489, 514, 918, 1193-1195, 1391-1396
Strafverzwaring (zie verzwarende omstandigheden)
Strijdplan tegen discriminatie 1119
Studenten (zie onderwijs)
Subjectief criterium 52, 654

T

Taal 79, 86, 770-773, 1135, 1155
Taalvereisten 1284
Thlimmenos, zaak 37, 69
Tijd, verandering van regels in de 642
Toeristen (zie nationaliteit)
Toetsingsingang
Algemeen 16-22
Antidiscriminatiewet 1182, 1191
Europees recht 208-234
E.V.R.M. 42-45
Grondwet 636-643
Toetsingsintensiteit
Algemeen 27
Antidiscriminatiewet 1198-1199, 1215-1218
Antiracismewet 755
Europees recht 242-247
E.V.R.M. 55-78
Grondwet 666-672, 710, 723-724
Transseksualiteit 434-435, 596, 1146
Transversaal 617

U

Universele Verklaring voor de Rechten van de Mens 30, 729

V

Vakvereniging
Discriminatie bij toegang tot 478, 532, 1290, 1299

- Optreden in rechte 467-468, 470, 526, 557, 741, 1037, 1429
- Verbeurdverklaring 1019
- Verdachte gronden 13, 39, 60-75, 82, 86, 671
- Verdeling bewijslast (zie bewijslast)
- Vereniging
 - Strafbaar lidmaatschap of medewerking aan een racistische 733, 952-1004
 - Discriminatie bij toegang tot een 1296-1301
 - Handhaving door 467-468, 470, 526, 557, 1031-1045, 1112-1113, 1428-1430
- Vergelijkbaarheidstoets
 - Algemeen 17-20
 - Antidiscriminatiewet 1182-1183
 - Europees recht 212-220
 - E.V.R.M. 42-45
 - Grondwet 636-643
- Verjaring 1026
- Verkapte discriminatie 11, 190
- Verkeer, racisme in het 857, 878-879,
- Verkondigen van discriminatie 958-962
- Vermoeden van discriminatie 273-292, 1190
- Vermoeden van onschuld 974, 1314, 1404, 1414
- Vermogen 79, 86, 1157-1158
- Vernederende behandeling 74
- Verticale verhoudingen 295-296, 749, 1352
- Verval van strafvordering 1026, 1436
- Verwerpelijke beweegredenen (zie verzwarende omstandigheden)
- Verzachtende omstandigheden 1025
- Verzwarende omstandigheden 1340-1347, 1436
- Verzekering 1168
- Vestigingsvrijheid (zie nationaliteit)
- V.H.O. 1058, 1105-1108
- Vlaams Blok 754, 838, 991-997, 1006
- V.N.-Rassendiscriminatieverdrag 729-731, 747-750, 762-776
- Volksgezondheid 328-331, 542, 544, 653
- Voornemen tot discriminatie, haat en geweld 733, 868-882, 1348-1350
- Vooroordelen 49, 62, 1185
- Voorrechten 609, 718
- Vordering tot staking
 - Algemeen 1362
 - Bewijs 1381-1399
 - Drukkingsmiddelen 1405-1410
 - Procedure 1371-1380
 - Rechtsherstel 1369-1370
 - Toepassingsgebied 1365-1367
 - Voorwerp 1368

Vrijheid van meningsuiting

Antidiscriminatiewet 1231, 1238, 1305-1306, 1367, 1444

Antiracismewet 730, 779-780, 803, 974, 1006

Negationismewet 1058, 1062-1063

Vrij Historisch Onderzoek (zie V.H.O.)

Vrijstelling (van belasting) 719

W

Weerlegging vermoeden van discriminatie 280-281, 288-292, 1382, 1399

Werkgever (zie nationaliteit)

Werknemer (zie nationaliteit)

Werkingsfeer (discriminatie)verbod

Antidiscriminatiewet 1276-1307

Antiracismewet 781-796, 892-894, 919

Europees recht 293-297

E.V.R.M. 89-103

Grondwet 695-707

Negationismewet 1070-1071

Wet gelijkheid man – vrouw 1115, 1286, 1309-1311

Wettig doel (zie legitiem doel)

Wettige / onwettige geboorte (zie geboorte)

Wezenlijke en bepalende beroepsvereisten (zie beroepsvereisten)

Wijnvlek(ken) 1173

Willekeurtoets 241

Z

Zelfstandigen (zie nationaliteit)

Ziekte (zie gezondheidstoestand)

Zigeuners (zie Roma)

Zogenaamd ras (zie ras)

Zondebokmechanisme 993

Zwangerschap 221, 258, 395, 434-435, 440-441-442, 448-449, 509, 1146, 1185

Personenregister

Er wordt verwezen naar randnummers

A

ARISTOTELES 2

B

BARNARD, C. 406, 580
BAYART, C. 219, 229, 545, 550, 553, 1179, 1216, 1247, 1321
BELL, M. 114, 199, 121, 127, 129, 131, 138, 146, 174, 181, 375,
530, 534, 556
BERNARD, N. 314, 321, 324
BOEL, H. 728
BOHY, G. 728
BOSSUYT, M. 33, 82
BOURGEOIS, G. 1117
BOYER, J. 1106
BOUTMANS, E. 963
BREMS, E. 1134, 1166

C

CRAIG, P. 326, 447, 598
CUDELL, G. 728
CUYPERS, D. 1395

D

DE BÚRCA, G. 114, 135, 313, 326, 447, 598
DE BETHUNE, S. 616
DE DONNEA, F.-X. 1050
DE GROOF, J. 685
DEJACE, TH. 727
DEJARDIN, CL. 728
DEMEESTERE, S. 1285, 1409
DE PRINS, D. 1274, 1345
DERBAIX, C. 727
DE SCHUTTER, O. 231, 1244
DE VOS, M. 204, 221, 287, 405, 415, 420, 1179, 1245, 1261

DE WILDE, I.	1409
DIRIX, E.	707
DRIJBER, B.J.	401, 403
DUMONT, F.	674

E

EERDEKENS, C.	1050-1051
ELLIS, E.	130, 194, 223, 250
ERDMAN, F.	739, 1050

F

FAIDER, CH.	609
FOUBERT, P.	264, 1209, 1274
FRANCIS, E.	1078
FRANCK, J.U.	457, 459

G

GEELHOED, L.A.	180, 300, 389
GEORGE, R.	727
GERARDS, J.	44, 62, 114, 186, 197, 228, 241, 251, 304-306, 340, 351, 493, 571
GLINNE, E.	728, 731, 799
GOEDERTIER, G.	93, 628, 691
GROESSER-SCHROYENS, M.	612

H

HACHEZ, I.	678
HAIDER, J.	143
HAQUET, A.	266
HARRIS, D.J.	99
HILSON, A.	311
HOFKENS, J.	1285, 1409
HOSKYNS, C.	128
HUYS, J.	1266

J

JACOBS, F.	372, 381-382, 592
JACQMAIN, J.	457, 477
JONCKHEER, P.	1050

JONES, T. 535

K

KAPTEYN, P.J.G. 180, 300, 389

KELSEN, H. 5

KUSTERS, J. 748, 752, 1370

L

LALLEMAND, R. 1050, 1118, 1120

LENAERTS, K. 217, 369, 371, 575

LENZ, W. 226, 279

LEROY, M. 675

M

MAES, N. 1050

MAHOUX, PH. 1120, 1297

MAST, A. 626

MAYEUR, Y. 1050

MEERSSCHAUT, F. 657

MERCHIEERS, N. 1118, 1120

MOULIN, G. 727

MOUREAUX, PH. 765, 775, 959

MORE, G. 111, 114, 354, 377, 571, 573, 586-587

MORTELMANS, K.J.M. 180, 300, 389

O

O'BOYLE, M. 99

ONKELINX, L. 1178, 1282, 1299

ORBAN, P.-M. 727

P

POPELIER, P. 617

PERELMAN, CH. 607

PRÉCHAL, S. 401, 403

R

RENSON, B. 766

RIESENHUBER, K. 457, 459

RIMANQUE, K.	619, 637, 660
ROLIN, H.	727
RUST, U.	477

S

SEWANDONO, I.	543
SOTTIAUX, S.	806, 1345
STOCKX, R.	739
STORME, M.E.	1126
STUYCK, J.	1379
SWENNEN, G.	1117

T

Taelman, P.	1359, 1372, 1374, 1380, 1410
Tavernier, J.	1050
Terwagne, F.	728
Tesauro, G.	268
Theunis, J.	707
Thonissen, J.J.	609
Timmermans, C.W.A.	180, 186, 218, 300, 352, 389
Tridimas, T.	572-573, 584

V

Van Crombrugge, S.	721
Vande Lanotte, J.	628
Van Den Berghe, G.	1106
Van Den Bossche, L.	1117
Van Der Steen, I.	389
Van Garsse, S.	565
Van Gerven, W.	183, 250
Vanhecke, F.	1126
Vanheule, D.	660, 1414
Van Laethem, W.	1021
Van Drooghenbroeck, S.	678, 1179
Van Putten, M.	1260
Velaers, J.	544, 626, 647, 665-666, 693, 710, 713, 737, 762, 1133, 1230, 1233, 1265, 1350
Verdussen, M.	678
Verhelst, I.	1409
Vermeulen, P.	727
Voorhoof, D.	752

VRIELINK, J. 617, 806, 1345

W

WADDINGTON, L. 146

WARBRICK, C. 99

WESTEN, P. 2

WILLEM I, KONING 610

WILLEMS, L. 1117

WINTGENS, P. 1050

