

## De drie antidiscriminatiewetten van 10 mei 2007 nader bekeken: de Algemene discriminatiewet, de Genderwet en de Racismewet.

Mercuriale van de heer Patrick Vandenbruwaene, procureur-generaal bij het Arbeidshof te Antwerpen, 1 september 2015.

Met bijzondere dank, voor de samenwerking en zijn bijdrage,  
aan de heer P. Van den Bon, eerste advocaat-generaal,

### Onder de dunne laag beschaving schuilt nog steeds een vulkaan.

#### Geweld in de samenleving

Professor Jan Gijssels stelt in zijn boek *Recht, ruim bekeken ...* dat er in het recht steeds een behoefte bestaat aan hogere normen, normatieve ideeën, waarden en beginselen, waaraan het positieve recht moet beantwoorden wil het goed recht zijn.<sup>1</sup> Eerder had hij al gezegd dat het recht geen statisch geheel is, maar een dynamisch perspectief geeft op meer menselijkheid in de samenleving op alle niveaus.

Het recht is intussen gelukkig veel meer geworden dan een louter beleidsinstrument in handen van de machthebbers. De macht van de bestuurders wordt begrensd door het recht zodat de burger over een zekere vrijheid beschikt om zijn leven uit te bouwen. Het samengaan van de veiligheid met de vrijheid is de grondslag van onze huidige gematigde staatsvorm. Vandaag hanteert de politiek in onze democratie het recht in beginsel als een middel om een beleid te voeren dat gericht is op meer humaniteit. Gaandeweg heeft het recht duidelijk een ethische dimensie gekregen. De drie Antidiscriminatiewetten die het voorwerp uitmaken van deze bespreking illustreren de ethische intentionaliteit van ons rechtssysteem. De achterliggende gedachte is de gelijkheid van alle burgers, wat de minimumstandaard is voor meer rechtvaardigheid. Het streven naar meer rechtvaardigheid in ons recht vloeit voort uit de ethische bezorgdheid van onze wetgever om alle burgers een menswaardig bestaan, een goed leven te geven. Het is de democratie die de voorwaarden schept voor een ethische reflectie bij de beleidsmakers.

We moeten ons echter bewust blijven van de broosheid van het democratisch evenwicht. De geschiedenis heeft ons geleerd dat er weinig voor nodig is om het politieke handelen te doen ontaarden in een systeem van verdrukking waarin de mensenrechten van geen tel meer zijn. De drie Antidiscriminatiewetten kunnen een bijdrage leveren voor meer evenwicht en wederkerig respect in de menselijke verhoudingen.

<sup>1</sup> GIJSSELS, J., *Recht, ruim bekeken*, Antwerpen, Kluwer, 1991, 144.

Geweld behoort nog steeds tot het alledaagse repertoire van de actualiteit. Gewelddadig gedrag in de meest ruime betekenis van het woord is, zelfs in onze zorgmaatschappij, verrassend dichtbij. De maatschappij evolueert zo snel, dat het referentiekader dat het menselijk gedrag moet ordenen voortdurend moet aangepast worden. Eén voorbeeld: de culturele samenstelling van de bevolking in ons land (en in Europa) is op een halve eeuw tijd met een ongelofelijke snelheid veranderd. De problemen die hiermee gepaard gaan kunnen nauwelijks onderschat worden. De referentiepatronen van mensen met een andere culturele achtergrond kunnen beduidend verschillen met de onze. Dit kan de maatschappelijke samenhang tussen de burgers verstoren. Men heeft de snelheid waarmee dit fenomeen zich manifesteert en de problemen die het met zich meebrengt duidelijk onderschat. Het getuigt van weinig realiteitszin wanneer men zou beweren dat alle ingrediënten van een multiculturele samenleving intussen verwerkt zijn tot een geslaagde assemblage.

---

De gruwelijke uitsluiting van een grote groep mensen ligt nog vers in ons geheugen. Vorig jaar, naar aanleiding van een bezoek aan de Dossin kazerne te Mechelen hebben we kunnen vaststellen dat zelfs binnen een samenleving waar rechtvaardigheid, onbaatzuchtigheid, vriendschap, liefde, medelijden en andere menselijke waarden normaal van toepassing blijven, toch op korte tijd grote groepen mensen worden uitgesloten. Het is niet correct om er vanuit te gaan dat zij die de misdaden begaan hebben en zij die alleen maar “weet” hebben van de gruwel niets met elkaar te maken hebben. Uiteindelijk zijn er heel veel mensen bij betrokken geweest, met uiteenlopende gradaties van operationeel engagement, onverschilligheid, kritische instelling enz. Dit betekent niet dat alle burgers instemden met de repressie, maar er was nauwelijks verzet. Wat zich toen afgespeeld heeft toont aan dat er in een bepaalde maatschappelijke context participerende repressie kan ontstaan waarbij vele mensen op één of andere manier betrokken zijn, ook door de ogen te sluiten. De geschiedenis heeft aangetoond dat solidariteit tussen groepen mensen heel snel kan verdwijnen en uitsluiting de norm kan worden. Ook nu wordt de Westerse wereld direct en indirect geconfronteerd met geweld in zijn meest extreme vorm: doden om te doden. Dit staat haaks op onze opvattingen van een moderne samenleving die gesteund is op het vertrouwen in de geweldsmonopolie van de staat die ons moet beschermen tegen elke aantasting van onze integriteit. Ons vertrouwen in de rechtsstaat kan alleen maar overeind blijven zolang geweld geen normaal aspect van ons leven wordt en instrumenteel geweld (van de openbare macht) enkel als ultimum remedium en binnen aanvaardbare proporties wordt gebruikt.

De monopolie van de overheid op het gebruik van geweld heeft in belangrijke mate bijgedragen tot de bescherming van de burger. Dit heeft geleid tot meer veiligheid en meer vrijheid voor het individu.

Toch leert de actualiteit ons dat we op onze hoede moeten blijven. In zijn primitieve verschijningsvorm blijft geweld prominent aanwezig ... soms verdoken maar ook vaak niet aan ons oog onttrokken en duidelijk zichtbaar op openbare plaatsen in haatdragende boodschappen op muren en treinstellen. Bedreigingen, fysieke agressie en aanslagen waarbij onschuldige passanten betrokken worden zijn een realiteit in het straatbeeld van onze Westerse steden. Soms is het geweld meer nabij dan we durven vermoeden. Bedrijven, scholen, sportverenigingen, religieuze middens en andere mild geachte omgevingen ontsnappen niet aan soms buitensporig gewelddadig gedrag. Uitspattingen van extreme gewelddadigheid kunnen ook achter de onschuldige ogende gevel van een gezinswoning in een rustige wijk een harde realiteit worden. Merkwaardig toch hoe plaatsen waar men zich eerder verwacht aan milde samenhang, kunnen evolueren tot risicovol gebied voor onze medeburger. Dat de uitsluiting van een individu of een grote groep kan verlopen zonder veel hinder te ondervinden en soms nagenoeg geen tegenreactie krijgt blijft een opmerkelijk fenomeen. Racisme is niet aangeboren, maar groepsdenken en stereotypering zijn dat wel en de impact van deze psychologische processen zijn een onderschatte realiteit waarop duizenden jaren beschaving amper vat op hadden.

Ook bij pesterijen op het werk is de hoop op een gemeenschappelijk front van de collega's tegen de agressor soms ver te zoeken. Niet zelden ontstaat er een band tussen de agressor en zijn getrouwen of zijn wanhopige aanhangers die een vorm van samenhang tot stand brengt met een negatieve uitwerking op een gezond klimaat op de werkvloer.

We moeten er ons bewust van zijn dat mensen zich in bepaalde omstandigheden gedragen op een wijze die in andere omstandigheden ondenkbaar zou zijn. Zo kan een banaal opstootje in een uitgangsbuurt tot extreem geweld leiden. Eens het doelwit is gekozen, kan zich in groepsverband een heel eigen logica ontwikkelen met fatale afloop voor het slachtoffer, zonder dat hiervoor ook maar de geringste rechtvaardiging bestaat. De geweldsdynamiek die zich op korte tijd in een groep kan ontwikkelen is een beangstigend destructief gegeven.

**De strijd van de wetgever tegen de onverdraagzaamheid in onze samenleving: De Antidiscriminatiewet, de Genderwet en de Racismewet (hierna aangeduid als de Antidiscriminatiewetten) ... en terloops ... de Pestwet.**

De constitutionele bescherming van de vrijheid en de gelijkheid en het verbod van discriminatie vormen een tegenkracht voor de onverdraagzaamheid die op elk moment een ernstige bedreiging kan vormen voor het bestaande evenwicht in het sociale, culturele en economische leven en voor de persoonlijke ontwikkeling van de burger. Deze grondwettelijke beginselen (artikel 10 en volgende van de Grondwet) zijn ook internationaal en Europees wettelijk verankerd. De inzet van Europa voor de strijd tegen de ongelijkheid, het racisme, de vreemdelingenhaat en de discriminatie blijkt uit talrijke richtlijnen die de inspiratie waren voor de belangrijke Belgische wetten die het voorwerp uitmaken van deze bespreking. De eerste poging van de Belgische wetgever tot omzetting van de Europese richtlijnen in 2003 was niet meteen een groot succes en er kwam snel kritiek van het Grondwettelijk Hof op de onvolledigheid en de onnauwkeurigheid van de wet van 25 februari 2003<sup>2</sup>. Als gevolg van het arrest van het Grondwettelijk Hof werd de beperkende lijst van discriminatiegronden vervangen door een algemeen discriminatieverbod waarbij elke discriminatie, ongeacht de grond, als directe discriminatie kan beschouwd worden. De uitspraak van het Grondwettelijk Hof heeft nogal wat kritiek opgeleverd, onder meer vanuit Europese hoek. De kritiek had voornamelijk betrekking op de vervanging van duidelijke discriminatieregels door een eerder abstract gelijkheidsbeginsel dat ongewenste effecten had voor de transparantie en de rechtszekerheid. Bovendien werd het onderscheid tussen de directe en de indirecte discriminatie minder duidelijk. Het water was dus erg troebel en dit inspireerde nauwelijks tot het instellen van rechtsvorderingen op basis van de Wet van 25 februari 2003. Rechters voelden zich in de betrokken periode evenmin aangesproken om op basis van een wazig concept mogelijke slachtoffers van discriminatie tegemoet te komen. Alleen een lijst van uitdrukkelijk wettelijke discriminatiegronden vormt een heldere maatstaf voor de burgers om zich conform te gedragen. Er was dus dringend behoefte aan meer overeenstemming met het Europese recht, aan meer duidelijkheid en meer rechtszekerheid na de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof over de Antidiscriminatiewet van 2003. Bovendien was er nood aan meer doeltreffendheid en samenhang van de 3 Antidiscriminatiewetten die, verspreid in de tijd en niet op elkaar afgestemd, tot stand kwamen. De Antiracismewet dateert immers al van 1981 en de Wet over de Gelijkheid van mannen en vrouwen van 1999, terwijl de eerste Antidiscriminatiewet er slechts kwam in 2003.

Vier jaar na de Wet van 25 februari 2003 werden drie nieuwe wetten uitgevaardigd. De nieuwe wetten zijn op functionele wijze tegemoet gekomen aan de niet verdeelde kritiek op de wetten van 2003.

<sup>2</sup> Arbitragehof, 6 oktober 2004, arrest 157/2004.

Het was voor de wetgever wellicht geen eenvoudige klus om enerzijds trouw te blijven aan zijn eigen model en anderzijds meer helderheid te scheppen zonder opnieuw het mikpunt van kritiek te worden. De drie wetten bevatten aparte bepalingen voor specifieke discriminatiegronden. De Antiracismewet en de Genderwet hebben uiteraard betrekking op de raciale problematiek en de gelijkheid van mannen en vrouwen, terwijl de Antidiscriminatiewet tot doel heeft een algemeen kader te creëren voor de bestrijding van discriminatie op “alle” overige gronden.

De nieuwe wetten dateren van 10 mei 2007.

- De Wet van 10 mei 2007 ter bestrijding van bepaalde vormen van discriminatie (de Antidiscriminatiewet).
- De Wet van 10 mei 2007 ter bestrijding van discriminatie tussen mannen en vrouwen (de Genderwet).
- De Wet van 10 mei 2007 tot aanpassing van het gerechtelijk Wetboek aan de wetgeving ter bestrijding van discriminatie en tot bestraffing van bepaalde door racisme of xenofobie ingegeven daden ( Racismewet).

De restyling van de oorspronkelijke teksten werd intelligent geconstrueerd door opnieuw met een gesloten lijst van discriminatiegronden te werken, maar deze aan te vullen met taal, politieke overtuiging, genetische eigenschappen en sociale afkomst.

Uit de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof, na de invoering van de wetten van 10 mei 2007, blijkt dat het Hof met een op nut en bruikbaar gerichte benadering de nieuwe wetten toepast door onder meer te stellen dat het discriminatieverbod alleen van toepassing is op zij die een machtspositie bekleden, zoals bijvoorbeeld werkgevers.<sup>3</sup>

De seksuele intimidatie in de arbeidsbetrekkingen valt buiten het toepassingsgebied van deze wetten en werd door de wetgever expliciet geschrapt om overlapping tegen te gaan.

De handhaving van deze inbreuk gebeurt nog enkel op basis van de Wet van 4 augustus 1996 betreffende het welzijn van de werknemers bij de uitvoering van hun werk.<sup>4</sup>

<sup>3</sup> Grondwettelijk Hof, 12 februari 2009, arrest nr. 17/2009.

<sup>4</sup> De Wet van 11 juni 2002 betreffende de bescherming tegen geweld, pesterijen en ongewenst seksueel gedrag op het werk en het uitvoeringsbesluit, K.B. van 11 juli 2002 betreffende de bescherming tegen geweld, pesterijen en ongewenst seksueel gedrag op het werk en de Wet van 10 januari 2007 tot wijziging van verschillende bepalingen betreffende het welzijn van de werknemers bij de uitvoering van hun werk waaronder deze ter bescherming tegen geweld, pesterijen en ongewenst seksueel gedrag op het werk en het uitvoeringsbesluit, K.B. van 17 mei 2007 betreffende de voorkoming van psychosociale belasting veroorzaakt door het werk, waaronder geweld, pesterijen en ongewenst seksueel gedrag op het werk.

De Pestwet past vanuit rechtsfilosofisch standpunt volledig in het lijstje van de wetten van 2007 om het grensoverschrijdend gedrag waarbij, in de “beschermende” omgeving van de onderneming medewerkers geïsoleerd geraken en het slachtoffer worden van uiteenlopende vormen van agressie. Dit is de reden waarom de Pestwet niet aan onze aandacht kan ontsnappen bij de bespreking van de Antidiscriminatiewet, de Genderwet en de Racismewet. Pesterijen op de werkvloer zijn een afspiegeling van de ongewenste ziekelijke of verziekte ontwikkeling van het complexe menselijke gedrag zoals ze zich buiten de muren van een onderneming ook voordoen en tot een immense ontwrichting van het sociaal weefsel kunnen leiden. Intussen dateert de Pestwet al van 11 juni 2002.<sup>5</sup> Deze wet anticipeerde daarmee op de implementatie van de Europese richtlijnen in verband met de toepassing van de gelijke behandeling van personen ongeacht ras of etnische afstamming en tot instelling van een algemeen kader van gelijke behandeling in arbeid en beroep waarin intimidatie en seksuele intimidatie gelijkgesteld worden met discriminatie. De Pestwet breidde een apart hoofdstuk aan de Welzijnswet van 1996.<sup>6</sup> Na de wetsevaluatie in 2004 kreeg de Pestwet een grondige facelift wat leidde tot een nieuwe wet in 2007 en een volledig nieuw uitvoerend Koninklijk Besluit.<sup>7</sup> Deze wet was vooral gericht op het voorkomen van feiten van geweld, pesterijen en ongewenst seksueel gedrag op het werk. Vanaf 2014 werden deze feiten uitgebreid tot psychosociale risico's in het algemeen ... hiermee ligt de focus voortaan ook op de fenomenen van stress en burn out.<sup>8</sup> Psychosociale risico's worden in de wet gedefinieerd als de kans dat werknemers psychische schade ondervinden, al dan niet gepaard met lichamelijke schade, ten gevolge van een blootstelling aan de elementen van de arbeidsorganisatie, de arbeidsinhoud, de arbeidsvoorwaarden, de arbeidsomstandigheden en de interpersoonlijke relaties op het werk waarop de werkgever een impact heeft en die een objectief gevaar inhouden. Pesterijen krijgen in de Antidiscriminatiewet, in de Genderwet en in de Antiracismewet eveneens een plaats onder het begrip intimidatie in de mate dat ongewenst gedrag verband houdt met de verboden discriminatiegronden en tot doel of als gevolg heeft dat de waardigheid van de persoon wordt aangetast en een bedreigende, vijandige, beledigende, vernederende of kwetsende omgeving wordt gecreëerd. Of iemand die gepest wordt, het bos nog door de bomen ziet is maar zeer de vraag. Wanneer krijgen pesterijen een discriminatoir karakter?

<sup>5</sup> Wet 11 juni 2002 betreffende de bescherming tegen geweld, pesterijen en ongewenst seksueel gedrag op het werk met het uitvoeringsbesluit van dezelfde datum.

<sup>6</sup> Wet 4 augustus 1996 betreffende het welzijn van de werknemers bij de uitvoering van hun werk.

<sup>7</sup> Wet 10 januari 2007 tot wijziging van verschillende bepalingen betreffende het welzijn van de werknemers bij de uitvoering van hun werk waaronder deze betreffende de bescherming tegen geweld, pesterijen en ongewenst seksueel gedrag op het werk en het uitvoeringsbesluit, K.B. 17 mei 2007 betreffende de voorkoming van psychosociale belasting veroorzaakt door het werk, waaronder geweld, pesterijen en ongewenst seksueel gedrag op het werk.

<sup>8</sup> Wet 28 februari 2014 tot aanvulling van de Wet van 4 augustus 1996 betreffende het welzijn van de werknemers bij de uitvoering van hun werk wat de preventie van psychosociale risico's op het werk betreft, waaronder inzonderheid geweld, pesterijen en ongewenst seksueel gedrag op het werk.

Om verwarring en “keuzestress” tussen beide wetgevingen te vermijden bepaalt artikel 6 van de Antidiscriminatiewet dat de bepalingen van deze wet niet van toepassing zijn in geval van intimidatie in de arbeidsbetrekkingen ten aanzien van de in artikel 2, § 1, 1° van de Wet van 4 augustus 1996 betreffende het welzijn van de werknemers bij de uitvoering van hun werk bedoelde personen. Artikel 6 bepaalt dat deze personen zich in geval van intimidatie in het kader van de arbeidsbetrekkingen enkel kunnen beroepen op de bepalingen van de Welzijnswet.<sup>9</sup> Deze verplichte toepassing van de Welzijnswet heeft als merkwaardig gevolg dat slachtoffers van pesterijen in een arbeidsrechtelijke context die verband houdt met een wettelijke discriminatiegrond en die aanspraak maken op een schadevergoeding, hun schade moeten bewijzen en begroten volgens de Pestwet terwijl in de Anti-discriminatiewetgeving een forfaitaire schadevergoeding van 6 maanden loon werd bepaald.<sup>10</sup>

Strikt juridisch hebben de Antidiscriminatiewetten en de Pestwet een ander toepassingsgebied en worden ze in de rechtsleer nauwelijks samen ter sprake gebracht, maar dit is m.i. onterecht aangezien deze wetten menselijk gezien met elkaar gelieerd zijn onder de banier van de strijd voor de menselijke waardigheid.

### **Historische en rechtsfilosofische situering van de wetten**

Met een beetje goede wil gaat de rechtsfilosofische context van de Antidiscriminatiewetten terug naar het gedachtengoed van de Franse Revolutie: vrijheid, gelijkheid en broederlijkheid. We zijn nu al meer dan driehonderd jaar verwijderd van de oprichting van de Franse Republiek toen het schavot nog een vertrouwd meubelstuk was op de openbare markten, maar toch gaat het om heel waardevolle open begrippen die anders ingevuld worden naargelang het tijdvak en de maatschappelijke context waarin ernaar wordt gerefereerd. Ze hebben nog niets aan actuele waarde ingeboet. Vrijheid verwijst naar de individuele vrijheid, gelijkheid naar gelijke behandeling en broederlijkheid naar solidariteit en verbondenheid. Vrijheid betekent niet onbeperkte vrijheid, want die leidt tot onvrijheid van anderen. De relatieve toepassing van het gedachtengoed van de Franse revolutie zit verankerd in de Antidiscriminatiewetten die de ongebreidelde toepassing van de ideeënleer corrigeren. De Antidiscriminatiewetten zijn het resultaat van een lange emancipatorische strijd en de bevestiging van het legitiem streven van alle burgers naar meer vrijheid, gelijkheid en broederlijkheid en in de moderne context naar een meer horizontale visie op de mens. Niet iedereen is daar even vlot van overtuigd en de angst voor de verandering en samenleven met andere mensen zorgt voor een altijd aanwezig en diep geworteld dualisme: de spanning tussen openheid, medemenselijkheid en solidariteit tegenover het isolement en de terugkoppeling op zichzelf.

<sup>9</sup> Zie ook artikel 7 van de Genderwet en artikel 6 van de Antiracismewet.

<sup>10</sup> Dreesen A., Plets I., Pestwetgeving, kritische analyse van de belangrijke wijzigingen, NJW, nr. 176, 13 februari 2008, 100.



De Antidiscriminatiewetten kunnen niet gereduceerd worden tot symboliek, maar ze geven expliciet vorm aan nagestreefde waarden die nadrukkelijk, normerend geformuleerd werden, maar wel ruimte geven voor interpretatie.<sup>11</sup> Het functionele karakter van de Antidiscriminatiewetten zet aan tot open debat en dialoog op basis van algemeen aanvaarde beginselen die de rechter in staat moeten stellen te beslissen na een afweging van de belangen.

Het aanbod van wetgeving om de onverdraagzaamheid in onze samenleving aan te pakken is duidelijk groter dan ooit. De ambities van het recht tot regeling van de relaties tussen mensen hebben de laatste decennia een enorme vaart genomen. De wetten die hier worden besproken zijn daarvan het levende bewijs. Het nobel streven van de wetgever om de fundamentele rechten van de burger steeds beter te beschermen heeft echter als keerzijde dat de individualisering van de samenleving die deels de aanzet heeft gegeven tot de uitvaardiging van deze wetten, precies door deze wetgeving nog verder wordt doorgezet. De wetten zijn noodzakelijk, maar tegelijk kunnen ze er de oorzaak van zijn dat de verwachtingen van de burger in verband met zijn zelfbeschikking onrealistisch hoog worden. Wetten kunnen niet elk onrecht of wat als zodanig wordt gevoeld door de burger, vergoeden. Een ander gevaar is dat de burger geen oog meer heeft voor wat zijn individuele belangen overstijgt en hij de wet hanteert als een breekijzer om vooral zijn medeburger op zijn verantwoordelijkheid aan te spreken, zonder zijn eigen verantwoordelijkheid in vraag te stellen. Hoe hoger de doelstellingen van het recht, hoe groter het gevaar dat het “totalitair” wordt gebruikt waardoor het evenwicht in de samenleving onnodig wordt verstoord. Wetten volstaan spijtig genoeg niet voor het behoud van een solidaire samenleving waarin collectieve waarden van de welvaartstaat blijven primeren op persoonlijke aspiraties. Het recht blijft iets tragisch hebben: in een rechtsstaat blijft men streven naar hogere rechtvaardigheid, maar bij het toepassen ervan moet men vaststellen dat men altijd ver beneden het ideaal blijft. Door de eeuwen heen is de mens nauwelijks veranderd. De actualiteit van elke dag leert ons dat het laagje beschaving dun en kwetsbaar is. Er is maar weinig nodig om een goede verstandhouding en communicatie tussen mensen te blokkeren. Angst kan plots het vermogen om gevoelsmatig normaal te reageren gevaarlijk aantasten. Bepaalde gebeurtenissen kunnen voor gevolg hebben dat mensen uitzichtloos negatief gefixeerd raken op hun medemens. Ieder van ons zal ootmoedig moeten toegeven dat hij of zij soms heel ongenueanceerd is in zijn of haar denken. Het denken is vrij en een beschaafde mens die bij momenten ongenueanceerd denkt, handelt daar gelukkig meestal niet naar. Toch moeten we altijd op onze hoede blijven ... de afstand tussen ongenueanceerd denken en de intentie om daarnaar te handelen kan onder bepaalde omstandigheden erg klein worden. De noodzaak om waakzaam te blijven in de snel veranderende samenleving is uiterst belangrijk. De relaties tussen mensen zijn op korte tijd spectaculair gewijzigd. We worden overspoeld door nieuwe situaties, andere volkeren, andere culturen, andere religies.

<sup>11</sup> Popelier, P., Rechtszekerheid als beginsel voor behoorlijke regelgeving, Antwerpen, Intersentia, 1997, 387-398.



Dit brengt onzekerheid, verwarring, onrust en soms angst met zich. De vrees voor de afbrokkeling van de protectie van de eigenheid verhoogt het risico op een kortsluiting in de intermenselijke relaties, op de terugkeer van het nationalisme en protectionisme, op uitsluiting en discriminatie. Die veranderingen hebben een enorme impact op het functioneren van de samenleving. Het is een grote uitdaging voor de politiek om die evolutie om te zetten in voorspoed en een beter leven voor iedereen.

### **Doel en toepassingsgebied van de Antidiscriminatie wetten.**

Artikel 3 van de Antidiscriminatie wet bepaalt dat de wet tot doel heeft een algemeen kader te creëren voor de bestrijding van discriminatie op grond van leeftijd, seksuele geaardheid, burgerlijke staat, geboorte, vermogen, geloof of levensbeschouwing, politieke overtuiging, taal, huidige of toekomstige gezondheidstoestand, handicap, fysieke of genetische eigenschappen en sociale afkomst.

De drie wetten hanteren een gesloten lijst, na een arrest van het Grondwettelijk Hof van 6 oktober 2004.<sup>12</sup> Het Grondwettelijk Hof beschouwde de aangepaste lijst in overeenstemming met het grondwettelijk gelijkheidsbeginsel.<sup>13</sup> Belangrijk is wel dat het Grondwettelijk Hof besliste dat de gesloten lijst discriminatiegronden niet tot gevolg heeft dat slachtoffers van een discriminatie die niet in de lijst voorkomt geen rechtsbescherming zouden genieten. Het Grondwettelijk Hof stelt dat elke onverantwoorde ongelijke behandeling discriminerend werkt en aanleiding kan geven tot een vordering tot schadevergoeding en/of tot nietigverklaring door de rechter van een discriminerend contractueel beding tussen partijen.

De Genderwet<sup>14</sup> en de Racismewet<sup>15</sup> hebben dezelfde doelstelling als de Antidiscriminatie wet, hanteren dezelfde aan de Europese richtlijnen ontleende definities maar met focus op hun eigen finaliteiten, m.n. geslacht en raciale en aanverwante aspecten van de menselijke persoon.

Elk van de drie wetten catalogeert onder discriminatie vier soorten gedragingen: directe discriminatie, indirecte discriminatie, intimidatie en de opdracht geven tot discriminatie. Deze begrippen worden in elk van de wetten gedefinieerd. Het ontbreken van redelijke aanpassingen voor personen met een handicap wordt vermeld als een bijzondere vorm van discriminatie. Die aanpassingen geven personen met een handicap immers een perspectief op een volwaardige deelname aan het maatschappelijk leven en op een evenwaardige plaats op de algemene arbeidsmarkt.

<sup>12</sup> Grondwettelijk Hof, 6 oktober 2004, nr. 157/2004.

<sup>13</sup> Grondwettelijk Hof, 12 februari 2009, 17/2009.

<sup>14</sup> Artikel Genderwet.

<sup>15</sup> Artikel Racismewet.

Onder redelijke aanpassingen wordt verstaan: passende maatregelen die in een concrete situatie en naargelang de behoefte worden getroffen om een persoon met een handicap in staat te stellen toegang te hebben tot, deel te nemen aan en vooruit te komen in de aangelegenheden waarop de wet van toepassing is, tenzij deze maatregelen een onevenredige belasting vormen voor de persoon die deze maatregelen moet treffen. Wanneer die belasting in voldoende mate wordt gecompenseerd door bestaande maatregelen in het kader van het gevoerde overheidsbeleid inzake personen met een handicap, mag zij niet als onevenredig worden beschouwd.<sup>16</sup> De verplichting om aanpassingen te verrichten wordt dus getemperd door een proportionaliteitstoets. Voor wat moet verstaan worden onder personen met een handicap kan verwezen worden naar het VN-Gehandicaptenverdrag van 13 december 2006: personen met langdurige fysieke, mentale, intellectuele of zintuiglijke beperkingen die hen in wisselwerking met diverse drempels kunnen beletten volledig, effectief en op voet van gelijkheid met anderen te participeren in de samenleving.<sup>17</sup>

Ook het materieel toepassingsgebied van de drie wetten valt samen. De aangelegenheden waarin de wederrechtelijke gedragingen verboden zijn hebben betrekking op de toegang en het aanbod van goederen en diensten die publiekelijk beschikbaar zijn, de sociale bescherming, met inbegrip van de sociale zekerheid en de gezondheidszorg, de sociale voordelen, de aanvullende regelingen voor sociale zekerheid, de arbeidsbetrekkingen, de vermelding in een officieel stuk of in een proces-verbaal, 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 en de toegang tot en de deelname aan, alsook elke andere uitoefening van economische, sociale, culturele of politieke activiteit toegankelijk voor het publiek.

Uit artikel 4 van de Antidiscriminatiewet, artikel 5 van de Genderwet en artikel 4 van de Racismewet blijkt dat de wetten toepasselijk zijn op de arbeidsbetrekkingen in de meest ruime betekenis. D.w.z., zowel in de openbare als in de private sector, voor arbeid in loondienst, voor onbetaalde arbeid, stage-overeenkomsten, leerovereenkomsten, beroepsinlevingsovereenkomsten, startbaanovereenkomsten, arbeid als zelfstandige, voor alle niveaus van beroepshiërarchie en voor alle activiteitstakken, ongeacht de statutaire of contractuele regeling, met uitzondering van bepaalde arbeidsverhoudingen in het onderwijs die geen federale bevoegdheid uitmaken.

<sup>16</sup> Artikel 4 12° van de Wet van 4 mei 2007 ter bestrijding van bepaalde vormen van discriminatie.

<sup>17</sup> Artikel 1 Verdrag Verenigde Naties inzake de Rechten van Personen met een handicap, 13 december 2006, geratificeerd door ons land bij Wet van 13 mei 2009. Zie ook: Richtlijn 2000/78/EG van 27 november 2000 tot instelling van een algemeen kader voor gelijke behandeling van personen in arbeid en beroep en op Vlaams niveau: Decreet 10 juli 2008 houdende een kader voor het Vlaams gelijkheidskansen – en gelijkebehandelingsbeleid, B.S., 23 september 2008.

### **De grenzen van het antidiscriminatierecht**

Het anti-discriminatierecht neemt het vooral op voor de zwakkere burger en treedt corrigerend op in situaties waar de sterkere partij vanuit zijn machtspositie de zwakkere partij kan benadelen. Vanuit die gedachtengang is de link met het sociaal recht snel gemaakt. De werkvloer is de plaats bij uitstek waar mensen hun actieve tijd doorbrengen in een relatie waar de macht ongelijk is verdeeld en waar de wisselwerking tussen de macht van de werkgever en de onmacht van de werknemer kan leiden tot immense ontwrichting waardoor een ongezond klimaat van verdeeldheid, wantrouwen en angst ontstaat. Dat de Antidiscriminatie wetten ontsproten zijn aan een gezond wantrouwen tegenover elke vorm van macht en autoriteit kan een mooie gedachte zijn. Op dat vlak heeft onze wetgeving, onder impuls van de Europese wetgeving de laatste decennia een quantum-sprong gemaakt, maar het is een illusie om te denken dat hiermee de onverdraagzaamheid uit de wereld zal geholpen worden. De Antidiscriminatie wetten en ook de Pestwet geven mogelijk een groter perspectief op intellectuele hoffelijkheid, maar teveel wetgevend ingrijpen leidt vaak tot nog een grotere ellende van juridische hardnekkigheid en eindeloos procederen. In onze dagelijkse praktijk ervaren we dat goedbedoelde wetgeving door sommige perfide of minder perfide geesten misbruikt wordt om “kleine ongelijkheden” die tot de natuur der dingen behoren uit te vergroten tot het grote onrecht op basis waarvan kwaadaardige verzinsels worden verspreid. Zo bestaat het risico dat men deze wetten hanteert als kapstukken om gespierde maar oneigenlijke ideetjes te verspreiden. Een rechtsstaat moet de burger behoeden voor de illusie dat alle verwachtingen kunnen worden ingelost, anders gooit ze haar eigen respect te grabbel. De verantwoordelijkheid van de rechter bij de beoordeling van een vordering die op deze wetgeving is gesteund wordt hierdoor verpletterend groot. De rechter die moet oordelen zal er op toezien dat de eiser niet vanuit een misplaatst zelfbeklag of verstarde ideologisch kader een persoonlijk vooropgesteld doel tracht te bereiken dat niet kan teruggekoppeld worden op de initiële doelstellingen van de drie wetten. Dergelijk onzindelijk gebruik van de wetten zou van weinig consideratie getuigen voor het hogere doel dat werd beoogd door de wetgever en kan een fout bewustwordingsproces bij sommige burgers stimuleren dat de bestaande orde destabiliseert. Geen enkele wet kan er immers voor zorgen dat we plots allemaal aardig worden voor elkaar. De keerzijde van al die goed bedoelde wetgeving is dat we in een samenleving leven met steeds meer handhaving en repressie en steeds minder authenticiteit en verantwoordelijkheid bij de burger. Op die wijze wordt de sociale cohesie verder afgebroken door het hyperindividualisme. We mogen niet vergeten dat het discriminatieverbod en de gelijke behandeling constitutioneel verankerd zijn (artikel 10 en 11 van de Grondwet) en historisch geworteld in belangrijke internationale verdragen en dus in de eerste plaats bedoeld zijn (waren) voor de overheid. Het zou fout zijn de wetten instrumentalistisch te benaderen als een wapenarsenaal voor het individu om zijn persoonlijke belangen hebzuchtig af te dwingen.

Uitgaande van het universeel gegeven dat conflictgedrag eigen is aan de mens kan het anti-discriminatierecht mensen aansporen om hun boosaardige impulsen binnen de perken te houden en te streven naar meer menselijkheid op de werkvloer. Het nul risico bestaat niet maar de drie wetten kunnen mensen die een machtspositie bekleden aansporen om energie vrij te maken voor zingeving en waardering in de omgang met mensen met minder macht.

Door meer respect op te brengen voor de zwakkere partij ontstaan er meer kansen om diens potentieel maximaal aan te wenden voor het hoger doel dat in een arbeidsbetrekking wordt nagestreefd in plaats dat het daarvan wordt afgeleid en verspild aan minder fraai en asociaal gedrag zoals discriminerend handelen. Het vermogen van een organisatie is veel breder dan de economische relevantie ervan. Minstens even belangrijk is het menselijk kapitaal, een aspect dat te vaak wordt onderschat en waarvan de mogelijkheden te zwak worden aangewend. Het menselijk kapitaal heeft betrekking op het sociale karakter van het ondernemingsgebeuren. De Antidiscriminatie wetten en de Pestwet willen de samenwerking humaan houden. De investering in het menselijk kapitaal bepaalt voor een groot stuk of de onderneming of de organisatie succesvol is en of intolerant gedrag een kans maakt. En hoewel het anti-discriminatierecht in de eerste plaats het individu wil beschermen valt het collectief aspect van de wettelijke bescherming niet te ontkennen omdat het sociaal overleg een collectieve en solidaire aangelegenheid is waarbij vooral het welzijn van een grote groep wordt nagestreefd. Het is belangrijk om het individuele streven en het collectieve streven met elkaar te verzoenen. Bij een eventueel conflict zal de rechter hiermee rekening moeten houden wil hij tot een evenwichtige beslissing komen.

Dat het anti-discriminatierecht zijn grenzen heeft blijkt nog uit een arrest van 2014 van het Hof van Justitie waarin wordt gezegd dat economisch niet actieve burgers van de Europese Unie die zich naar een andere lidstaat begeven met als enig doel in die staat sociale bijstand te ontvangen, mogen uitgesloten worden van bepaalde sociale uitkeringen.

In casu ging het om een Roemeense moeder en zoon die bij het Sozialgericht in Leipzig in Duitsland een basisvoorziening vorderden die hen werd geweigerd omdat de moeder geen werk zocht, nooit enige beroepsactiviteit had uitgeoefend en de facto enkel uit was op het ontvangen van uitkeringen. Het Hof van Justitie wordt hierover bevraagd door het Duitse socialgericht en oordeelt dat de burgers van andere lidstaten in verband met de toegang tot bepaalde sociale uitkeringen slechts aanspraak kunnen maken op een gelijke behandeling met de burgers van de gaststaat (in casu Duitsland) indien hun verblijf op het grondgebied van die staat voldoet aan de voorwaarden van de Richtlijn 2004/38/EG van het Europees Parlement en de Raad van 29 april 2004 betreffende het recht van vrij verkeer van verblijf op het grondgebied van de lidstaten voor de burgers van de Unie en hun familieleden. Deze richtlijn betreffende het Unieburgerschap wil precies verhinderen dat burgers van de Europese Unie die niet economisch actief zijn aanspraak maken op sociale uitkeringen om hun bestaan te financieren.

Het Hof van Justitie is van oordeel dat een lidstaat sociale uitkeringen moet kunnen weigeren aan burgers die hun recht op vrij verkeer alleen gebruiken met de bedoeling aanspraak te maken op uitkeringen zonder economisch actief te zijn of daar enig initiatief toe te nemen en dus niet over voldoende bestaansmiddelen beschikken om aanspraak te maken op verblijfsrecht. Het Hof van Justitie overweegt dat de richtlijn betreffende het Unieburgerschap zich niet verzet tegen een nationale regeling waarbij onderdanen van andere lidstaten die in het gastland geen verblijfsrecht genieten worden uitgesloten van het recht op bepaalde “bijzondere, niet op premie- of bijdragebetaling berustende prestaties” terwijl deze prestaties wel worden toegekend aan de onderdanen van het gastland die zich in dezelfde situatie bevinden, voor zover deze onderdanen van andere lidstaten in het gastland geen verblijfsrecht genieten. Moeder en zoon konden zich dus niet beroepen op het beginsel van non-discriminatie.<sup>18</sup>

### **Begrippen**

In de drie wetten wordt er in aansluiting op de Europese wetgevingsconcepten, gebruik gemaakt van een eenvormig begrippenarsenaal. De definities over bepaalde basisbegrippen zijn identiek. Voor de invoering van de drie wetten in 2007 was dit niet het geval en werd onder meer het begrip discriminatie in elke wet anders gedefinieerd.

In de drie wetten wordt er een onderscheid gemaakt tussen directe en indirecte discriminatie en direct en indirect onderscheid.<sup>19</sup> Discriminatie is verboden, onderscheid daarentegen is een neutraal gegeven. Ingeval van onderscheid is er met andere woorden nog geen uitsluitel over het al dan niet rechtmatig handelen. Ook de opdracht tot discrimineren en intimidatie kunnen als discriminerend handelen worden beschouwd.<sup>20</sup>

### **Rechtvaardiging van onderscheid.**

De bestrijding van de discriminatie op grond van de in artikel 3 opgesomde criteria impliceert niet dat het gebruik van één van die criteria steeds ongerechtvaardigd is.

Zo bepaalt artikel 7 van de Antidiscriminatiewet dat elk direct onderscheid op grond van de beschermde criteria een directe discriminatie vormt, tenzij dit directe onderscheid objectief wordt gerechtvaardigd door een legitiem doel en de middelen voor het bereiken van dat doel passend en noodzakelijk zijn.

<sup>18</sup> Hof van Justitie, 11 november 2014, arrest nr. C-333/13.

<sup>19</sup> Artikel 4 Antidiscriminatiewet, artikel 5 Genderwet en artikel 4 Racismewet.

<sup>20</sup> Artikel 27 Antidiscriminatiewet, artikel 19 Genderwet en artikel 12 Racismewet.

Artikel 8 stelt dat, in afwijking van artikel 7, een direct onderscheid op grond van leeftijd, seksuele geaardheid, geloof of levensbeschouwing of een handicap ... uitsluitend gerechtvaardigd kan worden op grond van wezenlijke en bepalende beroepsvereisten. Artikel 8 bepaalt verder dat de rechter in elk concreet geval onderzoekt of een bepaald kenmerk een wezenlijke en bepalende beroepsvereiste vormt.

Dezelfde redenering vinden we terug in de wet met betrekking tot het indirect onderscheid. Ook hier heeft de wetgever een systeem van rechtvaardiging uitgewerkt wanneer:

- Een ogenschijnlijke neutrale bepaling ... objectief wordt gerechtvaardigd door een legitiem doel en de middelen voor het bereiken van dat doel passend en noodzakelijk zijn.
- Ingeval van indirect onderscheid op grond van een handicap wordt aangetoond dat geen redelijke aanpassingen kunnen getroffen worden.

Artikel 10 van de Wet voorziet dan ook nog een aantal algemene rechtvaardigingsgronden wanneer het gemaakte onderscheid een maatregel van positieve actie inhoudt. Aan die zogenaamde maatregel van positieve actie worden wel wettelijke voorwaarden gesteld. Eén van die voorwaarden is dat de maatregel andermans rechten niet onnodig mag beperken. De Wet stelt dat de Koning de voorwaarden bepaalt waarbij een positieve actie kan worden getroffen.

Artikel 11 van de Wet voorziet in een vrijwaringsclausule die stelt dat een direct of indirect onderscheid op grond van één van de beschermde criteria nooit aanleiding geeft tot een verboden discriminatie wanneer dit onderscheid wordt opgelegd door of krachtens de wet. De bedoeling is duidelijk: de wetgever heeft willen verhinderen dat rechters bestaande wetten gaan toetsen op hun verenigbaarheid met de drie wetten en ze naar de prullenmand verwijzen.

Artikel 12 van de Wet voorziet dan weer in een aantal specifieke rechtvaardigingsgronden in verband met het onderscheid op grond van leeftijd, in de context van de arbeidsbetrekkingen en de aanvullende regelingen voor sociale zekerheid. De Wet bepaalt namelijk dat een direct onderscheid op grond van leeftijd geen discriminatie uitmaakt wanneer het objectief en redelijk wordt gerechtvaardigd door een legitiem doel, met inbegrip van legitieme doelstellingen van het beleid op het terrein van de werkgelegenheid, de arbeidsmarkt of elk ander vergelijkbaar legitiem doel, en de middelen voor het bereiken van dat doel passend en noodzakelijk zijn.

## De handhaving

### Strafrechtelijk

Dat de wetgever zich goed bewust was van het feit dat de aspiraties van de drie wetten de persoonlijke belangen overstijgen en een enorm maatschappelijke impact hebben blijkt uit de strafrechtelijke beteugeling die in de drie wetten werd geharmoniseerd. Toch blijft de penale handhaving eerder beperkt en ligt de klemtoon op de burgerlijke rechtsbescherming.

Met uitzondering van de discriminatie op basis van racisme, wordt de discriminatie zelf niet strafbaar gesteld. Wordt wel strafbaar gesteld:

- Het aanzetten tot discriminatie jegens een persoon, een groep, een gemeenschap of leden ervan wegens één van de beschermde criteria.<sup>21</sup> Bij het delict “aanzetten tot discriminatie” moet het bijzonder opzet worden bewezen. Het moet daarbij gaan om een actief aanzetten om discriminerend, haatdragend of gewelddadig te handelen.<sup>22</sup> Een twist die eindigt in een ordinaire racistische scheldpartij volstaat dus niet om van een misdrijf te kunnen spreken in de zin van de antidiscriminatiewetgeving.
- De discriminatie door ieder openbaar officier of ambtenaar, iedere drager of agent van het openbaar gezag of van de openbare macht die in de uitoefening van zijn ambt een persoon discrimineert wegens een van de beschermde criteria.<sup>23</sup> Bedenking: waarom geldt dit enkel voor ambtenaren en niet voor werknemers in loondienst?
- Zij die zich niet voegen naar een vonnis of arrest dat, als gevolg van een vordering tot staking werd gewezen (zie hieronder bij burgerlijke handhaving).<sup>24</sup>

Onder discriminatie wordt voor de toepassing van de strafrechtelijke bepalingen verstaan, elke vorm van opzettelijke directe discriminatie, opzettelijke indirecte discriminatie, opdracht tot discrimineren, intimidatie en weigering tot het maken van redelijke aanpassingen voor personen met een handicap.<sup>25</sup>

De drie wetten raken de gevoelige snaar van het dualisme tussen het recht op vrije meningsuiting en de bestrijding van elke vorm van discriminatie.

<sup>21</sup> Artikel 22 Antidiscriminatiewet; ( zie ook: artikel 27 Genderwet; artikel 20 Antiracismewet).

<sup>22</sup> Grondwettelijk Hof, 12 februari 2009, nr. 17/2009.

<sup>23</sup> Artikel 23 Antidiscriminatiewet.

<sup>24</sup> Artikel 24 Antidiscriminatiewet.

<sup>25</sup> Artikel 21 Antidiscriminatiewet.



Het is de confrontatie tussen de open debatcultuur van onze moderne samenleving met de ethiek en de (andere) fundamentele rechten van de mens. De drie wetten beschouwen het aanzetten tot discriminatie ... wegens één van de beschermde criteria als strafbaar. Of er al dan niet sprake is van het aansporen tot discriminatie ... is een moeilijke oefening: hoe verhoudt de vrijheid van meningsuiting zich tot het aanzetten tot discriminatie, segregatie, haat of geweld? Het Centrum voor gelijke kansen en gelijke rechten stelt de vrijheid van meningsuiting centraal en vindt dat schokkende en kwetsende meningen moeten kunnen. Meningsuitingen kunnen tenzij ze moeten beschouwd worden als een gedraging die de taal gebruikt om aan te zetten tot geweld. Kritiek op religie, politieke standpunten en historische gebeurtenissen zijn niet verboden en dit is ook niet wenselijk ... tenzij die kritiek aanzet tot haat en geweld.

De Antiracismewet beschouwt het verspreiden van denkbeelden die gegrond zijn op rassensuperioriteit of rassenhaat als strafbaar.<sup>26</sup> Dat de verspreiding van ideeën een misdrijf wordt, is een nieuw gegeven in het Belgische strafrecht. De wet stelt het verspreiden van ideeën dus strafbaar omdat ze inhoudelijk onaanvaardbaar zijn, zonder te zeggen waar de grenzen van de tolerantie liggen tussen wat kan en niet kan. Een toetsingskader ontbreekt en dat maakt de afweging tussen de botsende grondrechten door de rechter moeilijk.

Een bedenking die men hierbij kan maken is dat de meeste inbreuken op de wet zich zullen voordoen als een persmisdrijf waarvoor het hof van assisen bevoegd is. Het is een illusie om ervan uit te gaan dat alle inbreuken op de Antidiscriminatiewet zullen behandeld worden voor het hof van assisen. Dit is niet werkbaar, duur en achterhaald. Een aanpassing van de Wet dringt zich op zodat de "harde" maatregelen van de Wet niet een louter symbolische waarde hebben. In de praktijk wegen de mogelijkheden van de penale handhaving van de inbreuken op de Antidiscriminatiewet (veder)licht.

De wetgever heeft met betrekking tot de strafrechtelijke handhaving dus wel een steekje laten vallen. Discriminerend handelen in teksten en beelden kan een drukpersmisdrijf opleveren en moet dus verwezen worden naar het hof van assisen. Alleen wanneer het wederrechtelijk handelen intentioneel racistisch geïnspireerd is kan de betrokkene naar de "gewone" strafrechtbank worden verwezen. De kwalificatie "drukpersmisdrijf" heeft dus als consequentie dat bepaalde choquerende gedragingen die onmiskenbaar aanzetten tot haat en geweld feitelijk straffeloos blijven.

Bij de bespreking van het penale luik moet men zich ook de vraag stellen of de klassieke strafrechtelijke afhandeling van dossiers over haatmisdrijven en discriminatie wel steeds even pertinent is.

<sup>26</sup> Artikel 21 Racismewet.

De klassieke penale handhaving is te éézijdig om een bevredigend antwoord te geven op deze categorie van misdrijven die naast de zware psychologische en emotionele belasting van het slachtoffer, ook een niet te onderschatten maatschappelijke impact kunnen hebben zodat in plaats van de klassieke gevangenisstraf misschien een meer toekomstgerichte aanpak beter op zijn plaats is. Zo is het wellicht aangewezen om voor dit soort misdrijven meer gebruik te maken van de bemiddeling in strafzaken waarbij het conflict wordt geregeld zonder tussenkomst van de rechter<sup>27</sup>. De bemiddeling in strafzaken kan een belangrijke meerwaarde bieden omdat het een investering kan zijn in het toekomstig gedrag van de dader en tegelijk aandacht heeft voor de positie van het slachtoffer.

Naast de bemiddeling in strafzaken kan bij haatmisdrijven en discriminaties ook de herstelbemiddeling een meerwaarde bieden voor het slachtoffer, de maatschappij en de “behandeling” van de dader. Bij de herstelbemiddeling ligt het accent vooral op het betrekken van het slachtoffer bij de procedure tot pacificatie en herstel.<sup>28</sup>

De gevolgen van beide bemiddelingssystemen verschillen echter grondig. Bij de bemiddeling in strafzaken vervalt de strafvordering wanneer de dader voldaan heeft aan de hem opgelegde voorwaarden. De herstelbemiddeling daarentegen bepaalt niet het lot van de uitoefening van de strafvordering en kan in iedere fase van de strafrechtspleging en de strafuitvoering worden opgestart.

In tegenstelling tot de bemiddeling in strafzaken is het beroep op de herstelbemiddeling niet aan specifieke beperkingen verbonden en komen in principe alle strafdossiers in aanmerking.

Voor de toepassing van de herstelbemiddeling via de erkende bemiddelingsdiensten is het essentieel dat de politie, het parket en de griffie alle betrokkenen informeren over de mogelijkheid om herstelbemiddeling aan te vragen, niet ter vervanging van de gerechtelijke procedure maar als zinvolle aanvulling daarop.<sup>29</sup>

In de klassieke strafrechtprocedure staat het slachtoffer aan de zijlijn. Het kan zich wel burgerlijke partij stellen, maar verder ondergaat het vooral de penale rechtspleging. Bij de bemiddeling daarentegen worden dader en slachtoffer met elkaar geconfronteerd. Deze confrontatie kan het slachtoffer de kans geven om inzicht te krijgen in het gedrag van de dader en het proces van de loutering bespoedigen.

<sup>27</sup> Artikel 216ter Strafwetboek.

<sup>28</sup> Artikel 3 ter Voorafgaande Titel van het Wetboek van Strafvordering en de artikelen 553, 554 en 555 van het Wetboek van Strafvordering.

<sup>29</sup> Omzendbrief nr. 5/2014 van het College van Procureurs-generaal bij de Hoven van Beroep.

De dader van zijn kant ziet welke ellende hij heeft veroorzaakt bij het slachtoffer dat hij in de ogen moet kijken en ten aanzien van wie hij zich moet verantwoorden voor zijn daad en waarbij hij zich engageert om mee te werken aan een oplossing. Een vaag schuldgevoel kan dan mogelijk plaats maken voor concrete inleving.<sup>30</sup>

### **Burgerrechtelijk**

De Antidiscriminatiewet stelt dat de bepalingen die strijdig zijn met de wet en de bedingen die bepalen dat één of meer contracterende partijen bij voorbaat afzien van de rechten die door deze wet gewaarborgd worden, nietig zijn.<sup>31</sup>

#### De nietigheid

De nietigheid van een bepaling of beding in individuele of collectieve arbeidsovereenkomsten, arbeidsreglementen e.a. heeft als gevolg dat de verboden ongelijke behandeling wordt geneutraliseerd en de benadeelde(n) kan genieten van de voordelen van de bevoorrechte persoon of groep waarmee de vergelijking werd gemaakt.

#### De klacht

De Antidiscriminatiewet voorziet ook dat door of ten voordele van een persoon een klacht kan worden ingediend op het terrein van de arbeidsbetrekkingen of daarbuiten, zonder dat dit nadelige gevolgen mag hebben voor de betrokkene, tenzij om redenen die vreemd zijn aan de klacht.

Het begrip klacht heeft hier een zeer ruime betekenis: een rechtsvordering door de betrokkene, een belangenvereniging of het Centrum voor gelijkheid van kansen<sup>32</sup>, een met reden omklede klacht ten voordele van de betrokkene door een belangenvereniging of door het Centrum voor gelijke kansen (o.a. bij de werkgever), een met redenen omklede klacht bij de organisatie of instelling tegen wie de klacht is ingediend, tegen de werkgever, een met redenen omklede klacht door de Directie-Generaal Toezicht op de sociale wetten bij de FOD Waso, ten voordele van de betrokkene tegen de werkgever.<sup>33</sup>

<sup>30</sup> De Ruyver B. en Van Impe K., De minnelijke schikking en de bemiddeling in strafzaken. Mediatie en minnelijke schikking, 39 ste wetenschappelijk congres georganiseerd door de Vlaamse Juristenvereniging in het auditorium Z. Van Hee te Leuven op 17 november 2000, *R.W.*, 10 november 2000, 410 e.v.

<sup>31</sup> Artikel 15 Antidiscriminatiewet.

<sup>32</sup> Sinds maart 2014 heeft het Centrum voor gelijke kansen en voor racismebestrijding twee nieuwe rechtsopvolgers, m.n. het Interfederaal gelijkekansencentrum en het Federaal Migratiecentrum

<sup>33</sup> Artikel 16 en 17 Antidiscriminatiewet.

De beschermingsbepalingen tegen nadelige maatregelen die een gevolg zijn van de klacht voorzien onder meer dat wanneer deze maatregelen worden getroffen binnen de 12 maanden na de klacht, de bewijslast wordt omgekeerd in het nadeel van degene tegen wie de klacht werd ingediend. Deze periode wordt verlengd met 3 maanden na de dag waarop een vonnis of arrest in kracht van gewijsde is getreden indien er een rechtsvordering werd ingesteld. De benadeelde kan een verzoek tot reïntegratie instellen (herstelverzoek: wederindienstneming) of wanneer dit niet mogelijk of niet van toepassing is, een forfaitaire schadevergoeding of een schadevergoeding vorderen met de omvang van de werkelijk bewezen geleden schade.<sup>34</sup>

#### De schadevergoeding

Het slachtoffer van discriminatie kan aanspraak maken op een schadevergoeding op contractuele of buitencontractuele basis. Het slachtoffer kan ervoor opteren zijn schade te bewijzen en vergoed te worden voor de werkelijk geleden schade, of een forfaitaire schade vorderen. De mogelijkheid voor het slachtoffer om, sedert de inwerkingtreding van de Wetten van 10 mei 2007, een forfaitaire schadevergoeding te eisen heeft de handhaving op basis van de Antidiscriminatiewet performanter gemaakt. Hierdoor kan de rechter die kennis neemt van een stakingsvordering ook een (forfaitaire) schadevergoeding opleggen indien hij een discriminatie vaststelt. Wanneer de discriminatie plaats vindt in het kader van de arbeidsbetrekkingen dan is de forfaitaire vergoeding voor de geleden materiële en morele schade gelijk aan 6 maanden brutoloon en verminderd tot 3 maanden loon indien de werkgever bewijst dat het benadelende onderscheid ook zou gemaakt zijn op niet-discriminerende gronden.

#### De vordering tot staken

In het kader van de arbeidsbetrekkingen is de voorzitter van de arbeidsrechtbank bevoegd om uitspraak te doen over een vordering tot staken van een discriminerende handeling. De behandeling gebeurt zoals in kortgeding. De vordering tot staken kan zowel ingeleid worden door het slachtoffer van de discriminerende praktijk als door het Centrum voor gelijkheid van kansen of het Instituut voor de gelijkheid van mannen en vrouwen en door het openbaar ministerie. Een eventuele strafvervolgning verhindert niet dat de bevoegde rechtbank uitspraak doet over de stakingsvordering.<sup>35</sup> De niet-naleving van de uitspraak door de bevoegde rechter om de discriminerende handeling te staken wordt strafbaar gesteld.<sup>36</sup>

<sup>34</sup> Artikel 16 en 17 Antidiscriminatiewet.

<sup>35</sup> Artikel 20 § 4 Antidiscriminatiewet.

<sup>36</sup> Artikel 24 Antidiscriminatiewet.

Bovendien kan er ook een dwangsom worden opgelegd op verzoek van het slachtoffer, van het Centrum van gelijke kansen, van één van de belangenverenigingen of van het openbaar ministerie.<sup>37</sup> De Antidiscriminatiewet voorziet tevens de mogelijkheid voor de stakingsrechter om zijn bevel tot staken publiek te laten maken.<sup>38</sup>

### **De bewijslast**

De Antidiscriminatiewet bepaalt dat wanneer iemand zich het slachtoffer acht van een discriminatie, het Centrum of één van de belangenverenigingen voor de rechtbank feiten aanvoert die het bestaan van een discriminatie op grond van één van de beschermde criteria kunnen doen vermoeden, het aan verweerder is om aan te tonen dat er geen discriminatie is. Het gaat hier niet om een omkering van de bewijslast, maar om een verschuiving of verdeling van de bewijslast waarbij de persoon die beweert het slachtoffer te zijn van discriminatie, zelf feiten moet aanvoeren waaruit één en ander blijkt. De verschuiving van de bewijslast is zonder twijfel een stimulans voor de werkgevers om een helder human resources-beleid te voeren.

In de Wet wordt bepaald dat de directe discriminatie onder meer kan worden aangetoond op basis van gegevens waaruit een bepaald patroon van ongunstige behandeling blijkt ten aanzien van personen die drager zijn van een welbepaald beschermd criterium (b.v. los van elkaar gedane meldingen bij het Centrum) of gegevens waaruit blijkt dat de situatie van het slachtoffer van de ongunstige behandeling vergelijkbaar is met de situatie van de referentiepersoon. De referentiepersoon is een actuele, historische en hypothetische standaard met wie het vermeende slachtoffer zijn situatie vergelijkt. Hij vergelijkt zijn behandeling met deze van een persoon die geen titularis is van het beschermde criterium en die in dezelfde omstandigheden geen ongunstige behandeling krijgt.

Het slachtoffer kan zich onder meer baseren op algemene statistieken over de situatie van de groep waartoe het slachtoffer van de discriminatie behoort of feiten van algemene bekendheid, het gebruik van een intrinsiek verdacht criterium van onderscheid of elementair statistisch materiaal waaruit een ongunstige behandeling blijkt.

Het is aan de verweerder om het tegendeel te bewijzen door bijvoorbeeld aan te tonen dat de situaties niet te vergelijken zijn of het verschil in behandeling gesteund is op een geoorloofd criterium.

<sup>37</sup> Artikel 19 Antidiscriminatiewet.

<sup>38</sup> Artikel 20 § 3 Antidiscriminatiewet.

De rechter heeft van de wetgever duidelijk een ruime marge gekregen om daarover te oordelen.<sup>39</sup>

Het maken en het toepassen van regels is een vorm van beleid. Volgens professor Walter Van Gerven is de rechtsregel een richtsnoer en een “open texture” waarbinnen de rechter zijn eigen beleid kan uitstippelen tegen de brede achtergrond van de maatschappelijke context van het ogenblik.<sup>40</sup>

En hoewel een rechterlijke beslissing in principe enkel geldt tussen partijen, zal de (maatschappelijke) impact van een beslissing in deze materie vaak niet te onderschatten zijn. Wanneer de rechter rechtsregels toepast, past hij eigenlijk een specifieke filosofie toe waardoor zijn eigen arbeid wijsgerig en theoretisch vorm krijgt.<sup>41</sup>

### **De vrijheid van meningsuiting**

Wanneer wordt een omstreden uitspraak een strafbaar aanzetten tot discriminatie?

Wanneer is een controversiële uiting van een mening zodanig beledigend dat het als het zaaien van haat moet beschouwd worden?

In een democratie moet er veel ruimte zijn voor debat, maar het verspreiden van racistische ideeën en het aanzetten tot xenofobie en intolerantie kan in geen geval als beschermingswaardig beschouwd worden onder de vlag van de vrijheid van meningsuiting. De vrijheid van meningsuiting is onmisbaar voor een democratie om een volwaardig debat over zaken van algemeen belang te kunnen voeren, maar de democratie is enkel die naam waardig indien de redelijkheid niet wordt ontzien. De vrijheid van meningsuiting is geen vrijbrief om mensen onnodig te kwetsen<sup>42</sup>, maar aan de andere kant is het niet wenselijk dat het publiek debat niet meer wordt gevoerd omdat men vreest voor hoge straffen en aan zelfcensuur doet.<sup>43</sup>

Het Europees Hof van de Rechten van de Mens verbiedt uitspraken die aanzetten tot haat op grond van religieuze en etnische vooroordelen omdat die een bedreiging vormen voor de sociale vrede en de politieke stabiliteit in een rechtsstaat.<sup>44</sup>

<sup>39</sup> Artikel 28 Antidiscriminatiewet; artikel 33 Genderwet; artikel 30 Racismewet.

<sup>40</sup> Van Gerven W., *Het beleid van de rechter*, Antwerpen, S.W.U., 1973, 161 – 162.

<sup>41</sup> Wintgens L.J., Van een “gouvernement des juges” naar creatieve rechtspraak: het gebruik van rechtsfilosofie en rechtstheorie in rechterlijke uitspraken, *R.W.*, 8 oktober 2005, 210.

<sup>42</sup> EHRM, 20 september 1994, 13470/87, *N.J.*, 1995, 366, Otto-Preminger Institut/ Oostenrijk.

<sup>43</sup> EHRM, 17 december 2004, 33348/96, *N.J.*, 2005, nr. 15, Cumpn en Mazre/Roemenië.

<sup>44</sup> EHRM 16 juli 2009, 15615/07, *N.J.*, 2009, 412 (Féret/België): Féret die kamerlid is van het Front National werd veroordeeld wegens het aanzetten tot haat en discriminatie wegens zijn criminogene uitspraken tegenover migranten ... uitspraken die

De bepalingen van de antidiscriminatiewetgeving beperken de vrije meningsuiting. De beperking van het recht op vrijheid van meningsuiting kan echter alleen om de rechten van anderen te beschermen. De vrije meningsuiting is immers één van de fundamenteën van onze democratische samenleving en stimuleert in een klimaat van openheid de gunstige voorwaarden voor de vooruitgang. De rechter zal bij de toepassing van de strafrechtelijke – en burgerrechtelijke bepalingen van de anti-discriminatiewetgeving steeds rekening moeten houden met de constitutionele en verdragsrechtelijke bepalingen over het recht op vrije meningsuiting en daaraan een interpretatie geven die in overeenstemming is met de Grondwet en de internationale en Europese verdragen. Zo kan de toepassing van de anti-discriminatiewetgeving niet leiden tot een schending van de artikelen 19 en 25 van de Grondwet: de vrijheid om op elk gebied zijn mening te uiten, behoudens de bestraffing van de misdrijven die ter gelegenheid van het gebruikmaken van die vrijheid worden gepleegd en het verbod op de invoering van censuur. De Grondwet verbiedt dus het nemen van preventieve maatregelen die de vrijheid van meningsuiting en de drukpersvrijheid beperken.

Het bevel tot staken op basis van artikel 19 van de Antidiscriminatiewet kan niet beschouwd worden als een door de Grondwet verboden preventieve maatregel. Het betreft hier een repressieve maatregel om een einde te stellen aan een discriminerende, racistische of xenofobische daad.

Zoals reeds aangestipt heeft de wetgever in de drie wetten strafrechtelijk het accent gelegd op het aanzetten tot discriminatie, haat of geweld, met uitzondering van de Racismewet waar in artikel 21 het verspreidingsverbod zelf strafbaar wordt gesteld.

De vraag is echter of dit verschil in benadering van het misdrijf wel zo fundamenteel verschilt. Dit blijkt zeker niet uit de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof dat weinig onderscheid maakt tussen het misdrijf van *aanzetten tot* in de Antidiscriminatiewet en de Genderwet en *verspreiden van* in de Racismewet.

Interessant in dit verband is het arrest van het Grondwettelijk Hof van 12 februari 2009 over het strafbaar gestelde verspreidingsverbod van artikel 21 van de Racismewet en de vrijheid van meningsuiting. Naast het aspect van het alom bekendmaken en de minachtende of haatdragende strekking van de denkbeelden (de idee dat de verschillende menselijke rassen kunnen ingedeeld worden volgens meer- of minderwaardig en de daarmee verbonden consequenties van minachting en haat) vereist het Hof de aanwezigheid van een bijzonder opzet om haatgevoelens uit te lokken ten aanzien van een groep mensen die door de Racismewet wordt beschermd.



Volgens het Grondwettelijk Hof kan er slechts van een misdrijf worden gesproken indien wordt aangetoond dat de verspreiding van de verwerpelijke ideeën tot doel heeft de haat ten aanzien van een groep mensen aan te wakkeren en de totstandkoming van een voor hen discriminerend of op segregatie gericht beleid te rechtvaardigen. Vermeldenswaardig in dit verband is de stelling van het Grondwettelijk Hof dat kunst en wetenschap buiten het verspreidingsverbod vallen. De aanwezigheid van de materiële elementen volstaan niet om van een misdrijf te kunnen spreken, er is tevens een moreel element vereist. Waar ligt nog het grote verschil tussen het bijzonder opzet bij het verspreiden van denkbeelden die gegrond zijn op rassensuperioriteit of rassenhaat en het aanzetten tot? Geeft in beide gevallen het moreel element niet de doorslag bij de strafbaarheid? Een nauwkeurige lezing van de 3 wetten en van de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof bevestigt hoe behoedzaam de wetgever en de grondrechter omgaan met een evenwichtige benadering van het verbod tot discriminatie, de vrijheid van meningsuiting en het strafrechtelijk legaliteitsbeginsel dat de burger moet toelaten vooraf in te schatten wat de gevolgen kunnen zijn op strafgebied van zijn wederrechtelijke gedragingen. De strijd tegen discriminatie, racisme of xenofobie vereist een gezonde achterdocht, geen overdreven ijver, zo niet dreigt een conflict tussen vrijheid en gelijkheid. Het illustreert nog maar eens hoe delicaat de taak van de onpartijdige en onafhankelijke rechter is wanneer hij een oordeel moet vellen in een concrete zaak.

Naast het verspreidingsdelict van artikel 21 van de Antiracismewet beschrijft artikel 22 van dezelfde Wet een tweede uitingsmisdrijf waarbij hij die behoort tot een groep of tot een vereniging die kennelijk en herhaaldelijk discriminatie of segregatie wegens één van de beschermde criteria verkondigt, of zodanige groep of vereniging zijn medewerking verleent, wordt gestraft. Ook hier vereist het Grondwettelijk Hof dat de groep of vereniging blijkt geeft van een bijzonder opzet (om aan te zetten tot haatdragend gedrag).<sup>45</sup>

De recente gebeurtenissen waarbij mensen letterlijk worden afgeslacht en waarbij de gruwel via beeldmateriaal wereldwijd wordt verspreid doet de vraag rijzen naar de opportuniteit van een bredere strafbaarheidsstelling om de verheerlijking van bepaalde ideologieën aan te pakken. Het antwoord op die vraag ligt zomaar niet voor de hand en is een uiterst moeilijke oefening aangezien een bredere strafbaarheidsstelling meteen ook een gevaar inhoudt voor de vrijheid van meningsuiting. Bovendien hebben de sociale media door hun rol bij de lofbetuiging van geweld de benadering van deze problematiek nog complexer gemaakt. De verheerlijking van het terrorisme wordt moeiteloos van op het slachtoffer verspreid via Twitter, Facebook, YouTube, websites enz. Het louter sympathiseren met bepaalde denkbeelden van een niet-democratische staat, zelfs als die denkbeelden gelieerd zijn met de uitoefening van extreem geweld waarvan niet aangetoond is dat dit door de sympathisant wordt goedgekeurd, is nog geen crimineel feit.

<sup>45</sup> Grondwettelijk Hof, 11 maart 2009, nr. 40/2009.

Het gevaar dat men door een ruime strafbaarheidsstelling de vrijheid van meningsuiting buiten verhouding schendt schuilt steeds om de hoek. De context van vandaag rond extremisme vraagt dus een heel behoedzame benadering en een grote terughoudendheid ten aanzien van populistische maatregelen. De te nemen maatregelen moeten weloverwogen, efficiënt en proportioneel zijn. We moeten ons afvragen of we ons wel goed profileren tegenover mensen met extreme ideeën. Zijn de maatregelen die genomen worden wel te rijmen met onze democratische waarden? Maken sommige maatregelen niet per definitie elke rechtgeaarde burger verdacht?

#### De vrijheid van meningsuiting en de politieke correctheid.

De filosoof, Etienne Vermeersch vindt terecht dat het heel gevaarlijk wordt wanneer we dingen niet meer durven zeggen uit angst. Het democratisch debat moet open gevoerd worden, zonder dat heikele dossiers onder de mat worden geveegd. De politieke correctheid mag niet de regel zijn. Er is nood aan meer politiek fatsoen en minder politieke correctheid. Politiek correct taalgebruik kan een vorm van zelfcensuur zijn waarbij men de dingen anders voorstelt dan ze zijn. Politiek correcte uitspraken houden rekening met bepaalde gevoeligheden die in de samenleving leven. Goed zo ... want het getuigt van empathie, maar quid indien mensen die een belangrijke positie bekleden in een land politiek correct taalgebruik hanteren om te minimaliseren, te ridiculiseren, te desinformer en om de waarheid geweld aan te doen? Wat als politiek correcte taal wordt gebruikt om noodzakelijke beleidsbeslissingen op de lange baan te schuiven? Politiek correct handelen kan een gemakkelijk middel zijn voor mensen met een verantwoordelijke functie om hun verantwoordelijkheid niet te moeten nemen, om uit de schijnwerpers te blijven en om de machtspositie die men heeft verworven te vrijwaren en dus om zichzelf zo risicoloos in stand te houden. Moet het maatschappelijk debat niet gevoerd worden vrij van taboes? De dominantie van de politieke correctheid ondergraaft de moed om fundamentele beslissingen te nemen en houdt de maatschappelijke vernieuwing tegen. Het politieke correct denken en spreken schept een virtuele realiteit die een bedreiging vormt voor de vrije meningsuiting, het vrije (wetenschappelijk) onderzoek en het blokkeert dus de vooruitgang in onze samenleving. Ongepast gebruik ervan leidt tot beslissingsarmoede en stilstand en kan zonder meer gevaarlijk zijn wanneer in aanslepende, uitzichtloze situaties geen beslissing wordt genomen. Een beetje meer empirische ernst kan nooit kwaad.

Buitengewoon interessant en opmerkelijk was de uiteenzetting van Marc Bossuyt, emeritus voorzitter van het Grondwettelijk Hof, emeritus buitengewoon hoogleraar U Antwerpen, uitgesproken op 12 mei 2015 over de rol en de rechtspraak van het Europees Hof van de Rechten van de Mens waarin hij wijst op de gevaren van teveel politieke correctheid in sommige arresten van het Hof. Hij hekelt de langdurige terughoudendheid om het Hof te bekritisieren waardoor het Hof voortdurend verder gaat op een "hellend vlak".

Hij stelt dat de rechters van het Hof er zich van bewust moeten gemaakt worden dat meer terughoudendheid noodzakelijk is om de geloofwaardigheid van het Hof te verhogen.<sup>46</sup>

In zijn uiteenzetting bespreekt hij verschillende arresten van het Hof waaruit blijkt dat het Hof te weinig rekening houdt met de feitelijke en juridische toestand in het betrokken land, met het geheel van de nationale context, met inbegrip van de andere belangen van de staat en van de andere burgers en groepen en niet in het minst van de budgettaire implicaties van zijn arresten.

In die optiek is de boutade “één Salduz per jaar is genoeg!” misschien geen intellectueel verheven uitspraak, maar wel de juiste nagel op de juiste kop. Marc Bossuyt verwijst naar dit veel besproken arrest omdat het heel wat juridische onzekerheid heeft veroorzaakt en de kosten van de strafprocedure fors in de hoogte heeft gejaagd.

De sceptische analyse van Marc Bossuyt over de onverstoorbaarheid en de geestelijke overmoed waarmee het Hof bepaalde artikels van het EVRM steeds verder uitholt, getuigt van dapperheid en verdient aandacht en navolging. Om dit onderwerp van de gevaren van de politieke correctheid af te sluiten en om het punt van Marc Bossuyt duidelijk te situeren verwijs ik naar zijn kritiek op de wrakkige redeneringen van het Hof waarbij het artikel 3 van het EVRM onrealistisch ruim interpreteert. Artikel 3 EVRM stelt dat niemand onderworpen mag worden aan foltering of aan onmenselijke of vernederende behandelingen of bestraffingen. Zo stelt Marc Bossuyt vast dat het Hof het absoluut verbod tot foltering omgevormd heeft tot een verplichting om sociale voordelen toe te kennen aan asielzoekers.

Het Hof zal er zich in de toekomst hopelijk voor hoeden door overacting een exponentiële groei aan geloofwaardigheid te genereren.

#### Enkele opmerkelijke civiele uitspraken in ons rechtsgebied.

De oogst aan vonnissen en arresten in verband met de toepassing van de anti-discriminatie wetgeving is aan de magere kant. Men kan dit interpreteren als een goed signaal omdat het illustreert dat de wetgeving vooralsnog niet het verstorend effect heeft teweeg gebracht waarvoor kon gevreesd worden, namelijk dat het sommige burgers zou kunnen inspireren om, in strijd met een gezonde belangenafweging, hun “individuele rechten” met een ongezonde, tomeloze ijver te manifesteren.

<sup>46</sup> M. Bossuyt, De rol en de rechtspraak van het Europees Hof van de Rechten van de Mens, CBR, U-Antwerpen, 12 mei 2015: *Het bekritisieren van arresten van het Hof van Straatsburg zou geen taboe mogen zijn. Het is geen godslastering en het zou mogelijk moeten zijn zonder het risico te lopen als “populist” te worden bestempeld, laat staan als “vijand van de mensenrechten”. In een “open Europese maatschappij” zou het mogelijk moeten zijn om over te gaan tot een vrije en een oprechte dialoog, niet het soort van dialoog waarin het Hof van Straatsburg aan de nationale rechtscolleges zegt wat zij horen te doen, maar een echte dialoog waarin de nationale regeringen van de verdragspartijen, het Hof van Straatsburg en het Hof van Luxemburg allen samen zouden deelnemen in wederzijds respect.*

Van enig destabiliserend effect, omdat bijvoorbeeld werknemers zich voortdurend gediscrimineerd voelen door hun werkgever, is er voorlopig nog geen sprake. Toch is het noodzakelijk op onze hoede te blijven en is de verantwoordelijkheid van de rechter om zich niet te laten meeslepen in verlamdende discussies die het leven op de werkvloer infecteren.

---

Hoewel de beoordeling nog gebeurde op basis van de oude antidiscriminatiewet van 2003 is het arrest van het arbeidshof te Antwerpen van 23 december 2011 meer dan vermeldenswaardig.

De zaak heeft betrekking op een moslimvrouw die werkzaam is in een bedrijf als receptioniste en die haar werkgever, na drie jaar tewerkstelling, duidelijk maakt dat zij voortaan, vanuit haar geloofsovertuiging, een hoofddoek wil dragen. De werkgever deelde betrokkene mee dat dit niet zou aanvaard worden omdat het dragen van politieke, filosofische of religieuze tekens indruist tegen de door het bedrijf gehanteerde neutraliteitsprincipes. De fricties tussen betrokkene en haar werkgever gaven aanleiding tot een aanpassing van het arbeidsreglement met een uitdrukkelijk verbod om op de werkvloer hogergenoemde tekens te manifesteren.

Betrokkene hield voet bij stuk en werd ontslagen waarop zij haar werkgever dagvaardde in betaling van een schadevergoeding wegens schending van de antidiscriminatiewet van 25 februari 2003. Daar bovenop vorderde zij een schadevergoeding wegens misbruik van recht.

Een grondige lezing van het arrest toont aan dat er veel aandacht is voor de subtiliteit van de balans tussen de twee functies van het recht: de ordenende en de beschermende. Het blijft een moeilijke oefening waarvan het arbeidshof zich helder en doordacht, en vanuit een breed spectrum van invalshoeken, heeft gekweten.

De redenering van betrokkene dat het verbod tot het dragen van politieke, filosofische of religieuze tekens een misbruik van ontslagrecht zou impliceren omdat het verbod een directe, minstens een indirecte discriminatie vormt die in strijd is met de antidiscriminatiewet waarin geloof een beschermd criterium is, wordt door het hof niet gevolgd.

Het hof stelt dat misbruik van ontslagrecht kan omschreven worden als de uitoefening van dat recht op een wijze die kennelijk de grenzen overschrijdt van de normale uitoefening van dat recht door een voorzichtige en bedachtzame werkgever. Bij de beoordeling hiervan mag, volgens het hof, de rechter zich niet in de plaats stellen van de werkgever.

Het hof overweegt in zijn arrest uitdrukkelijk dat het niet kan voorbijgaan aan het feit dat het door de werkgever opgelegde verbod beheerst wordt door een waaier aan nationale en internationale normen, met een zeer hoge juridisch-technische moeilijkheidsgraad, dat belangrijke stromingen in de samenleving de mening zijn toegedaan dat een dergelijk verbod wel rechtmatig, zelfs opportuun is, dat dit standpunt ook steun vindt in bepaalde rechtspraak en rechtsleer en dat nationale en buitenlandse overheidsinstanties prima facie vergelijkbare verboden uitvaardigen, die bij herhaling door internationale rechtscolleges als rechtsgeldig werden aanvaard.

Bovendien stelt het hof dat het voor ernstige betwisting vatbaar is dat het verbod van de werkgever in strijd zou zijn met de bepalingen van de Antidiscriminatiewet.

Volgens het hof werd betrokkene ontslagen omwille van haar kenbaar gemaakte en volgehouden voornemen om tijdens de werkuren zichtbaar uiting te geven aan die geloofsovertuiging, inzonderheid door een hoofddoek te dragen. Het hof verwijst naar de aanvankelijk ongeschreven, net voor het ontslag geschreven regel waarbij het de werknemers verboden werd om tekenen van politieke, filosofische of religieuze overtuigingen te dragen.<sup>47</sup>

Het hof voegt er nog aan toe dat er in het dossier geen elementen voorhanden zijn die erop zouden wijzen dat de werkgever zich toleranter heeft opgesteld ten aanzien van een vergelijkbaar referentiepersoon, inzonderheid een werknemer met een andere geloof of levensbeschouwing die blijvend weigert dit verbod na te leven. Van discriminatie kan immers maar sprake zijn wanneer bepaalde personen minder gunstig worden behandeld dan andere, omwille van het al dan niet hebben van een bepaald geloof of een bepaalde levensbeschouwing, een onderscheidingscriterium dat in het verbod niet wordt gehanteerd.

Ook de piste van de indirecte discriminatie wordt door het hof verworpen nu door betrokkene niet wordt aangetoond dat het verbod van de werkgever voor haar moeilijker te verteren is dan voor andere werknemers.

In verband met het argument van betrokkene dat haar individuele vrijheid/vrijheid van godsdienst door het verbod wordt geschonden merkt het hof fijntjes op dat het streven naar een vreedzame arbeidsomgeving, waar (gender)gelijkheid en pluralisme wordt beschermd en waar religieus fundamentalisme en maatschappelijke druk wordt geweerd, ook voor de werkgever in de private sector een legitieme doelstelling zijn.

Het hof besluit in finé van het motiverend gedeelte van zijn arrest dat het dus niet kennelijk onredelijk is dat de werkgever ervoor opteerde om, na syndicaal overleg, een politiek van neutraliteit te voeren wat neerkomt op een verbod op het dragen van uiterlijke tekenen van filosofische, religieuze of politieke overtuiging op de werkvloer.

<sup>47</sup> Aanpassing van het arbeidsreglement waarbij een ongeschreven verbod werd geëxpliciteerd.

Evenmin wordt het als kennelijk onredelijk beschouwd dat mevrouw werd ontslagen na haar volgehouden weigering om zonder hoofddoek te werken. Mevrouw werkte immers 3 jaar lang zonder hoofddoek, kreeg meerdere waarschuwingen voor haar ontslag en genoot van een opzeggingsvergoeding.

Het vonnis van de eerste rechter werd bevestigd.<sup>48</sup>

---

Hoewel de feiten niet dezelfde zijn oordeelde de arbeidsrechtbank te Tongeren in een vonnis van 2 januari 2013 andersluidend in een hoofddoekzaak. Het betrof een bediende die werkzaam was als uitzendkracht in een winkel van Hema. Hoewel er bij vorige tewerkstellingen als uitzendkracht bij dezelfde winkel nooit opmerkingen waren over haar hoofddoek, werd het haar door de werkgever toch verboden om deze nog langer te dragen nadat er opmerkingen kwamen van klanten, wat zij weigerde waardoor de tewerkstelling werd beëindigd. In tegenstelling met de vorige zaak bestonden er in de Hema geen regels in verband met het dragen van religieuze tekenen door de bedienden. Bovendien heeft de dame in de vorige zaak rekening gehouden met de aanvankelijk ongeschreven, later geschreven regels binnen het bedrijf en gedurende meerdere jaren geen hoofddoek gedragen, om dit plots toch te doen terwijl in deze zaak de dame vanaf het begin een hoofddoek droeg en daarmee niet in conflict kwam met ongeschreven of geschreven regels die in de onderneming circuleerden. De arbeidsrechtbank te Tongeren was dan ook van mening dat er sprake was van een ongeoorloofde discriminatie op basis van het geloof. Geloofsuitingen zoals het dragen van een hoofddoek behoren volgens de rechtbank tot het beschermd criterium geloof.<sup>49</sup> Nadat de arbeidsrechtbank vaststelt dat de arbeidsovereenkomst werd beëindigd wegens het niet respecteren van het hoofddoekenverbod, is er volgens de arbeidsrechtbank sprake van een direct onderscheid op basis van geloof dat door de werkgever niet kan gerechtvaardigd worden door een wezenlijke en bepalende beroepsvereiste. Logisch, want er bestond bij Hema geen verbod op het dragen van een hoofddoek in het kader van een beleid van neutraliteit binnen de onderneming tot op het moment dat er hierover zogenaamd klachten waren van cliënteel.

De besproken rechterlijke uitspraken tonen aan dat het van belang is dat er in de onderneming duidelijke regels bestaan in verband met het dragen van religieuze tekens door de werknemers, wil de werkgever zich bij een eventuele betwisting kunnen beroepen op het beginsel van de neutraliteit, inzonderheid ten aanzien van werknemers die rechtstreeks contact hebben met het cliënteel.

<sup>48</sup> Arbeidshof Antwerpen, 23 december 2011, A.R. nr. 2010 AA 453.

<sup>49</sup> Arbeidsrechtbank Tongeren, 2 januari 2013, *Limb. Rechtsl.*, 2013, 55, noot (geen hoger beroep).

Werkgevers hebben er dus alle belang bij om discussies te voorkomen door helder te communiceren over dresscodes, bij voorkeur zonder te refereren naar religie. Het uitvaardigen door een werkgever van neutrale vestimentaire regels is niet hetzelfde als het opleggen van een hoofddoekverbod. In de eerste situatie wordt er niet gerefereerd naar een discriminatiegrond, in het tweede geval wel. Het dragen van een hoofddoek is (doorgaans) gelieerd met een bepaald geloof en maakt dus een direct onderscheid. Neutrale kledingvoorschriften daarentegen maken deze connotatie in principe niet en kunnen hoogstens als zodanig door een bepaalde groep gepercipieerd worden.

Of er in dat geval sprake is van een direct onderscheid, zal de rechter moeten uitmaken.

---

Een tweede arrest van het arbeidshof te Antwerpen dat onze aandacht heeft gewekt heeft betrekking op de vorderingen van een havenarbeidster, aanvankelijk werkzaam in het logistiek contingent van de haven en in die hoedanigheid erkend na medisch geschikt te zijn bevonden. Met het oog op een tewerkstelling in de haven als containermarkeerster diende zij opnieuw een aanvraag tot erkenning in bij de bevoegde instanties. Haar kandidatuurstelling voor de functie werd echter door de Administratieve Commissie niet weerhouden nadat zij door de arbeidsgeneeskundige dienst definitief medisch ongeschikt werd verklaard wegens diabetes mellitus type 1.<sup>50</sup>

Betrokkene stelt dat zij, zowel door de beslissing van de arbeidsgeneesheer als door de beslissing van de Administratieve Commissie gediscrimineerd wordt en steunt haar vorderingen tot nietigheid van de beslissingen en tot het verkrijgen van een morele en materiële schadevergoeding op de Wet van 10 mei 2007 en stelt dat zij op grond van een niet gerechtvaardigd onderscheid omwille van haar handicap, namelijk diabetes mellitus 1 of insulineafhankelijke diabetes, ten onrechte werd uitgesloten tot het beroep van havenarbeider – containermarkeerster.

Het arbeidshof beschouwt de aandoening van betrokkene in de zin van de Antidiscriminatiewet als een handicap en steunt zich hierbij op de interpretatie door het Hof van Justitie van de richtlijn 2000/78: een beperking die de deelname aan het professionele leven belemmert en van lange duur is.<sup>51</sup>

<sup>50</sup> Arbeidshof Antwerpen, 21 november 2011, *Soc. Kron.*, 2012, 01, 21.

<sup>51</sup> Zie ook Arbeidshof Antwerpen, 12 mei 2009, *Soc. Kron.*, 2012, pag. 8: In gevolge een arbeidsongeval kon een werknemer die werkzaam was in een industriële wasserij definitief niet meer rechtopstaand werken. Het arbeidshof beschouwde zijn definitieve arbeidsongeschiktheid als een handicap en oordeelde dat wanneer het kennelijk onmogelijk is om redelijke aanpassingen in de werkorganisatie door te voeren, de werkgever wegens de handicap van zijn werknemer, de arbeidsovereenkomst mag beëindigen zonder dat dit als een discriminatie wordt beschouwd.



Het Hof van Justitie beschouwt een handicap als een beperking die het gevolg is van langdurige lichamelijke, geestelijke of psychische aandoeningen die in wisselwerking met diverse drempels de betrokkene kunnen beletten volledig, daadwerkelijk en op voet van gelijkheid met andere werknemers aan het beroepsleven deel te nemen. De handicap slaat dus niet enkel op de onmogelijkheid om een beroepsactiviteit uit te oefenen, maar ook op de belemmeringen bij de uitoefening van die activiteit.<sup>52</sup>

Het arbeidshof stelt vast dat op grond van artikel 8 van de Antidiscriminatiewet een discriminatie enkel gerechtvaardigd is op grond van wezenlijke en bepalende beroepsvereisten en dat de beoordeling daarvan door de rechter gebeurt. Uit artikel 8 blijkt dat hiervan slechts sprake kan zijn wanneer een handicap vanwege de aard van de betrokken specifieke beroepsactiviteiten of de context waarin deze worden uitgevoerd wezenlijk en bepalend is en de beroepsvereiste berust op een legitieme doelstelling en evenredig is ten aanzien van deze nagestreefde doelstelling.

Volgens het hof dient te worden onderzocht of het gehanteerde criterium voor de erkenning, namelijk de aandoening van betrokkene, in het kader van een functie-specifiek onderzoek voor containermarkeerder, een wezenlijke of bepalende beroepsvereiste kan zijn waardoor discriminatie gerechtvaardigd is en of door het criterium een legitiem doel wordt nagestreefd en proportioneel is ten aanzien van het nagestreefde doel.

Het hof stelt dat het gehanteerde criterium waarvan niet wordt betwist dat het in verband staat met de aard of de context van de beroepsactiviteit, een legitiem doel heeft, namelijk de veiligheid van betrokkene en van derden.

De instantie die moet oordelen over de erkenning sluit iedere kandidaat met diabetes mellitus type 1 uit van de activiteit van containermarkeerder omdat het risico op bewustzijnsverlies een onaanvaardbaar veiligheidsrisico inhoudt.

Het hof zegt evenwel dat niet wordt aangetoond dat dit risico altijd even hoog is en dat de beslissende instantie faalt in haar bewijslast aan te tonen dat een specifiek functiegericht onderzoek naar arbeidsgeschiktheid van een kandidaat containermarkeerder die lijdt aan diabetes mellitus type 1 niet nodig is, zoals bijvoorbeeld het onderzoek naar de vraag of de kandidaat voldoende inzicht heeft in zijn aandoening, het risico op hypoglysemie kent en de symptomen ervan herkent, blijkt geeft van strikte therapietrouw, een diabeteseducatie heeft gevolgd en onder geregeld geneeskundig toezicht staat.

<sup>52</sup> Hof van Justitie, 18 december 2014: Zwaarlijvigheid van een werknemer is een handicap in de zin van de Richtlijn 2000/78 wanneer deze toestand leidt tot een beperking die het gevolg is van langdurige, geestelijke of psychische aandoeningen die in wisselwerking met diverse drempels de betrokkene kunnen beletten volledig, daadwerkelijk en op voet van gelijkheid met andere werknemers aan het beroepsleven deel te nemen.

Aangezien evenmin werd voldaan aan de evenredigheidstoets oordeelt het hof dat de weigering van de erkenning van betrokkene als havenarbeider in strijd was met de Antidiscriminatiewet.

Het vonnis van de eerste rechter werd vernietigd.

---

In een arrest van 27 februari 2015<sup>53</sup> doet het arbeidshof uitspraak over een vordering tot betaling van een schadevergoeding wegens discriminatie op grond van het beschermd criterium “huidige of toekomstige gezondheidstoestand” nadat zij lange tijd uit circulatie was wegens arbeidsongeschiktheid (mentale problematiek). Volgens de oorspronkelijk eisende partij werden er door haar werkgever eenzijdig belangrijke inhoudelijke wijzigingen gebracht aan haar functie in de onderneming op grond van haar huidige of toekomstige gezondheidstoestand.

Het hof gaat in deze zaak na of het onderscheid objectief werd gerechtvaardigd door een legitiem doel en of de middelen voor het bereiken van dat doel passend en noodzakelijk zijn. Voor de toepassing van de rechtvaardigingstoets verwijst het hof naar de rechtspraak van het Hof van Justitie waarbij deze oefening in drie stappen gebeurt: 1. Doeltoets (wordt met het onderscheid een legitieme doelstelling beoogd?) 2. Pertinentietoets (is het onderscheid pertinent om het doel te bereiken?) 3. Proportionaliteitstoets (is het onderscheid noodzakelijk of toch minstens niet kennelijk onredelijk of willekeurig in het licht van de doelstelling?)

Verwijzend naar artikel 28 van de Antidiscriminatiewet overweegt het hof dat de betrokkene feiten moet aanvoeren die het bestaan van een discriminatie op grond van de huidige of toekomstige gezondheidstoestand doen vermoeden en moet de werkgever bewijzen dat er geen discriminatie is geweest. Volgens artikel 28 § 2 van de Antidiscriminatiewet kan onder de feiten die het slachtoffer moet aanvoeren onder meer begrepen worden: gegevens waaruit een bepaald patroon van ongunstige behandeling blijkt ... en gegevens waaruit blijkt dat de situatie van het slachtoffer van de minder gunstige behandeling, vergelijkbaar is met de situatie van de referentiepersoon.

<sup>53</sup> Arbeidshof Antwerpen, 25 februari 2015, A.R. nr. 2013 AA 661.

Na onderzoek van door partijen aangehaalde elementen besluit het hof dat de situatie van de onderneming en meer bepaald de daling van het zakencijfer en het afbouwen van het aantal werknemers op de dienst waar het slachtoffer werkzaam was een legitiem doel waren. Verder motiveert het hof dat om dit doel te bereiken, het pertinent was om verder te gaan met de werknemers die tijdens de voorafgaande moeilijke periode goed presteerden en een zekere continuïteit konden garanderen om tenslotte vast te stellen dat het gemaakte onderscheid met een collega van het slachtoffer die “wel goed voer” bij de heroriëntering niet kennelijk onredelijk of willekeurig was in het licht van het te bereiken doel.

Volgens het hof was er geen sprake van discriminatie.

---

### **Besluit**

Extremisme wordt een probleem wanneer mensen hun overtuiging met geweld willen opleggen aan anderen. In de mate dat extremisme een voedingsbodem vormt voor gewelddadig optreden en schending van grondrechten, is het de verantwoordelijkheid van elk van ons om de gevaarlijke minderheid die onze democratische waarden bedreigt ervan te overtuigen dat redelijkheid en wederzijds respect te verkiezen zijn boven onverdraagzaamheid, orthodoxie, fundamentalistische interpretaties van gedachtengoed, opdringen van ideologie aan de medemens enz. Vanzelfsprekend is het de taak van de overheid om vanuit haar neutrale opstelling en met alle mogelijke middelen die een rechtsstaat waardig zijn, burgers te overtuigen dat zij elkaars grondrechten moeten eerbiedigen. De eerbiediging van de mensenrechten staat ook centraal in het museum aan de Kazerne Dossin te Mechelen over de vervolging en de deportatie van de Joden in België tijdens de Tweede Wereldoorlog. Ik herinner mij de woorden van professor Herman Van Goethem, curator van het nieuw Holocaustmuseum in Mechelen tijdens ons bezoek in het voorjaar van 2014. Volgens hem kunnen we de Holocaust niet zomaar beschouwen als een vreselijk, geïsoleerd feit in de geschiedenis. Het verhaal van de gruwel van de Tweede Wereldoorlog moet gelinkt worden aan de mensenrechten en we moeten blijven zoeken naar een zo compleet mogelijk antwoord op de vraag hoe in een ogenschijnlijk beschaafd land waanzin kan leiden tot buitensporige, massale, gruwelijke gewelddadigheid. Door blijven na te denken over wat gebeurd is en door het massageweld te analyseren, actualiseren we wat nooit mag vergeten worden. Die benadering illustreert hoe belangrijk geschiedenis is, ook in het onderwijs waar het als vak meer moet voorstellen dan een opsomming van historische feiten. De geschiedenis moet ons de gelegenheid geven om kritische vragen te stellen over de mensheid, over de systematiek van de waanzin en over onszelf.

In zijn toespraak bij de herdenking van de slachtoffers van de Shoah, in december 2014 te Antwerpen zegt professor Herman Van Goethem dat het genocidale geweld het eindpunt is van een lange keten van steeds toenemend geweld dat aan de andere zijde van de keten begonnen is met discriminatie, een aspect waar in het museum veel aandacht aan besteed wordt om de bezoeker bewust te maken van het immense belang van het beginsel van non-discriminatie in onze rechtsstaat.

Met mijn betoog wil ik duidelijk maken dat we moeten blijven communiceren met elkaar om te verhinderen dat we in een sfeer van angst voor elkaar in een duivelse dynamiek van ongezonde achterdocht, argwaan, verdenking en ziekelijk wantrouwen verstrikt raken.

In een recent interview zei professor Rik Coolsaet dat indien het over extremisme gaat, in de connotatie die het vandaag heeft, we nauwelijks ergens staan en er zo goed als geen debat is. Repressieve maatregelen nemen is gemakkelijk ... maar haalt het wel iets uit? Door mensen uit te sluiten en door te zeggen dat ze niet meer mogen terugkeren delven we misschien een nieuwe kweekvijver voor extremisme en terreur. Repressie is nodig, maar niet zonder preventie, zoals de aanpak van jongeren in moeilijkheden en de uitbouw van de informatiepositie van de veiligheidsdiensten. Het model waar onze rechtstaat zich moet aan spiegelen is het model van de dialoog waarin mensen zich, ondanks de onderlinge verschillen, toch verbonden voelen. Alleen dan kunnen we de fenomenen die we met de besproken wetten bestrijden, in de kiem smoren.