

TAAK VAN DE FEITENRECHTER BIJ DISCRIMINATIES IN DE WET OF DOOR LACUNES VAN DE WET

Bruno LIETAERT,

Raadsheer arbeidshof Gent

Vrijwillig wetenschappelijk medewerker Human Rights Centre UGent

INHOUD

Vooraf. Taak van de rechter bij duisterheid van de wet	149
I. Rechtersrecht in een context van duisterheid van de wet én scheiding der machten	151
A. Rechtsvormende taak van de rechtspraak	151
B. Essentie van rechtspreken: beslissen	154
C. Formalistische en actieve rechters: over vorm en inhoud	155
II. Taak van de rechter bij discriminatie door justitiabelen onderling. Horizontale werking van het gelijkheidsbeginsel	156
A. Elke discriminatie is verboden	156
B. Elke ongerechtvaardigde discriminatie is foutief gedrag	158
C. Horizontale werking van het gelijkheidsbeginsel	160
D. Vrijwaring in geval van discriminatie op basis van de wet	161
E. Besluit: "constitutionalisering"	161
III. Taak van de rechter bij discriminatie door leemtes in de wet	162
A. Tegengestelde visies: Grondwettelijk Hof versus Cassatie	162
B. Taak van de rechter volgens constitutionalisten: "extrinsieke en intrinsieke leemtes"	164
C. Evolutie cassatierechtspraak naar wegwerken discriminerende leemtes (vanaf datum arrest Grondwettelijk Hof)	166
1. Artikel 29bis WAM-wet: de zwakke weggebruiker, slachtoffer van een ongeval met trein of tram	166
2. Beslag op voertuig eigenaar vreemd aan het misdrijf	168
3. Strafprocedure	169
a. Geen cassatieberoep tegen sommige beslissingen KI	169
b. Burgerlijke partij en rechtsplegingsvergoeding	172
D. Enkele leemtes in het sociaal recht	172
1. Arbeidsongevallen	172
2. Gezinsbijslagen (verhoogde kinderbijslag, terugvordering en subsidiaire beschermingsstatus)	173
a. Verhoogde kinderbijslag	173
b. Terugvordering	174
c. Personen met subsidiaire beschermingsstatus	174
3. Rechtsbijstand	175
4. Staatlozen	176
a. Leefloon	176
b. Gewaarborgde gezinsbijslagen	177
5. Administratieve sancties en wettigheidsbeginsel	178

E.	Synthese: een discriminatie wegwerken is geen willekeur maar een gebonden bevoegdheid	180
	1. <i>De constitutionele doctrine over leemtes is geen wetmatigheid</i>	180
	2. <i>Feitenrechters handelen pragmatisch</i>	180
	3. <i>Cassatie draagt rechter op ongrondwettigheid weg te werken</i>	182
	4. <i>Cassatie stelt grenzen aan herstel ongrondwettigheid</i>	182
IV.	Taak van de rechter bij discriminaties in de wet	183
A.	Wat voor leemtes geldt, geldt ook voor discriminaties in de wet	183
B.	Levelling-down?	186
C.	Wie wordt gediscrimineerd?	187
D.	Nood aan een hernieuwde afweging van maatschappelijke belangen	188
E.	Specifieke versus algemene regeling en de nood aan referentiecategorie	190
F.	Beschikkingsbeginsel	191
V.	Besluit	192

Wanneer het Grondwettelijk Hof een discriminatie vaststelt, werken feitenrechters die ongrondwettigheid geruisloos weg. Zij laten de discriminerende wet buiten toepassing en passen op de gediscrimineerde persoon het recht van de referentiecategorie toe. Deze tekst illustreert dat dit een systematische praktijk is die ook in het sociaal recht probleemloos wordt toegepast. Toch volgt de rechtspraak niet steeds haar eigen lijn. In maatschappelijk geladen dossiers deinst zij soms terug. Moet de rechter als hoeder van de rechtsstaat het gelijkheidsbeginsel doen respecteren, of hoort hij als een wijs staatsman terughoudend te zijn als het inwilligen van de aanspraak zijns inziens te ver gaat? De auteur verdedigt het standpunt dat zowel het gelijkheidsbeginsel als het beginsel van de scheiding der machten de rechter ertoe brengen de aanspraak van de gediscrimineerde partij in te willigen. Toch zijn er grenzen. Die hebben niets te maken met het onderscheid tussen discriminaties in de wet en discriminaties door lacunes van de wet. De rechter kan het gelijkheidsbeginsel niet herstellen als hij bijkomende belangen moet afwegen, als verschillende personen aangeduid kunnen worden als schuldenaar of als er bijkomende procedures moeten worden bedacht. Hij kan de ongrondwettigheid evenmin wegnemen waar het wettigheidsbeginsel hem verbiedt de contouren van een straf te bepalen. Maar waar mogelijk moet de rechter de discriminatie wegnemen. De discriminerende wet kan hij niet meer toepassen. Als hij dan geen andere oplossing aanreikt, versterkt hij de discriminatie.

Quand la Cour constitutionnelle constate une discrimination, les juges du fond l'éliminent: ils écartent la disposition discriminatoire et reconnaissent à la personne discriminée le droit prévu pour la catégorie de référence. La présente contribution met en évidence que les juges appliquent cette solution systématiquement et sans difficulté, aussi en droit social. Mais la jurisprudence n'est pas toujours cohérente. Elle hésite parfois dans des dossiers sensibles. Le juge doit-il, en gardien de l'État de droit, faire respecter le principe d'égalité ou, en politique avisé, rester circonspect lorsque la demande lui paraît excessive? L'auteur soutient que le juge doit, en vertu des principes d'égalité et de séparation des pouvoirs, reconnaître le bien-fondé de la demande de la partie discriminée. Cela dans certaines limites, qui sont totalement étrangères à la question de savoir si la discrimination découle de la loi ou d'une lacune légale. Le juge n'a pas le pouvoir de rétablir l'égalité, lorsque celle-ci suppose une nouvelle évaluation des intérêts en présence, la désignation d'un débiteur du droit parmi plusieurs possibles ou l'instauration de nouvelles procédures. Le principe de la légalité des peines lui interdit également de déterminer une peine nouvelle. Mais chaque fois qu'il peut le faire, le juge doit remédier à l'inconstitutionnalité, en écartant la norme discriminatoire. Sans quoi il renforce la discrimination.

Vooraf. Taak van de rechter bij duisterheid van de wet⁽¹⁾

1. Rechters worden geregeld geconfronteerd met de vraag hoe om te gaan met vorderingen van personen die blijkens een arrest van het Grondwettelijk Hof gediscrimineerd worden. De kwestie wordt onvoldoende geregeld door het Gerechtelijk Wetboek. Ook de Grondwet bevat geen bepalingen in dit verband.

De Bijzondere wet van 6 januari 1989 op het Grondwettelijk Hof regelt wel hoe een rechter moet omgaan met de gevolgen van vernietigingsarresten⁽²⁾. Van arresten gewezen op prejudiciële vraag wordt gesteld dat zij een versterkt relatief gezag van gewijsde hebben⁽³⁾. Het komt er in essentie op neer dat een discriminerende wet niet meer kan worden toegepast⁽⁴⁾. Ook de door het Grondwettelijk Hof beslechte rechtspunten zijn bindend ingeval een beroep tot vernietiging verworpen wordt.

De discriminerende wet heeft geen gelding meer. Maar welke wet moet de rechter dan wel toepassen? Deze vraag wordt niet geregeld. Hier is de wet duister en onvolledig, met verwarring en onduidelijkheid tot gevolg. Het betreft een lacune in het recht. Toch moet de rechter recht spreken, dit is: een geschil beslechten. Artikel 5 van het Gerechtelijk Wetboek verplicht hem daartoe. Hij mag onder welk voorwendsel dan ook niet weigeren recht te spreken, zelfs niet bij "*het stilzwijgen, de duisterheid of de onvolledigheid van de wet*".

2. Het Grondwettelijk Hof ontwikkelt ter zake een volgehouden voluntaristische rechtspraak die soms haaks staat op een voldragen en vaststaande rechtspraak van het Hof van Cassatie. De rechtsleer systematiseert, maar heeft soms het nakijken bij nieuwe evoluties. De rechtspraak blijft evolueren, zoals bijvoorbeeld blijkt uit een recent arrest van het Grondwettelijk Hof⁽⁵⁾. Het is aangewezen de recentste literatuur te consulteren, al brengen de wat oudere geschriften de zaken in reliëf⁽⁶⁾.

Over de taak van de rechter zijn reeds veel fundamentele zaken geschreven. Deze tekst moet daarbij bescheiden blijven en handelt ten andere enkel over de opdracht van de rechter bij discriminaties in de wet. Maar als het over dé taak van de rechter

1 Tekst redactioneel afgesloten op 4 mei 2014.

2 Artikel 9, §§ 1 en 2 van de Bijzondere wet van 6 januari 1989 op het Grondwettelijk Hof. Over de draagwijdte daarvan, zie bv. G. ROSOUX, "Le maintien des effets des dispositions annulées pas la Cour d'arbitrage: théorie et pratique" in *Liber Amicorum Paul Martens*, Brussel, Larcier, 2007, 439-456.

3 Art. 26, § 2, 2° Bijzondere wet van 26 januari 1989 op het Grondwettelijk Hof. Zie bv. Cass. 24 januari 2011, www.cass.be. Vgl. W. VERRIJDT, "De plicht tot uitvoering van arresten van het Grondwettelijk Hof door de wetgever" in *Leuvense staatrechtelijke standpunten* 2, Brugge, die Keure, 2010, 356.

4 Het versterkt relatief gezag van gewijsde kan moeilijkheden opleveren, bv. i.v.m. de collectieve schuldenregeling: J. VAN COMPERNOLLE en G. DE LEVAL, "L'appel du jugement en matière d'indivisibilité et l'équité de la procédure. Quand la Cour constitutionnelle souffle le chaud et le froid", *JTT* 2014, 293.

5 GwH 10 oktober 2013, nr. 135/2013, dat verder wordt besproken.

6 Niet echt oud, maar toch reeds een achterhaald geschrift is de (terecht) gewaardeerde tekst van P. POPELIER, "Rechtsbescherming tegen discriminerende wetgeving: rol van het Arbitragehof en de mogelijkheden tot rechtsherstel door rechter en wetgever", *RW* 2006-07, 248. Deze tekst dateert van vóór de zwenkingen in de rechtspraak in 2008. Zie daarover P. POPELIER, "Rechterlijk overgangsrecht revisited. Over een juridisch vacuüm, een prejudicieel arrest en de werking van rechterlijke uitspraken in de tijd", *RW* 2007-08, 1372.

gaat, werden velen, waaronder ook ondergetekende, ook geïnspireerd door de tekst van professor W. Van Gerven⁽⁷⁾.

3. In het eerste deel wordt de problematiek in zijn ruimer kader gesitueerd. Het handelt over de rechtsvormende taak van de rechter bij duisterheid van de wet, in een context van de scheiding der machten.

Het tweede deel gaat in op discriminatie in horizontale verhoudingen. Vervolgens wordt de taak van de rechter bij discriminaties door de wet besproken. Het derde deel betreft discriminaties volgend uit lacunes in de wet, het vierde deel betreft discriminaties in de wet zelf. Het rechtsdenken werd beïnvloed door het onderscheid tussen beide soorten discriminaties. Toch heeft het vandaag niet veel relevantie meer of de discriminatie voortvloeit uit een lacune dan wel uit een wet, zo zal worden geargumenteed.

We gaan niet in op de taak van de rechter bij discriminaties in uitvoeringsbesluiten. Dat wordt geregeld door artikel 159 van de Grondwet⁽⁸⁾. Dan liggen de grondwettelijke kaarten enigszins anders omdat de sanctie dan in principe enkel bestaat in een niet-toepassing van een onwettig besluit⁽⁹⁾. De rechtspraak over de toepassing van artikel 159 Grondwet⁽¹⁰⁾, gaat derhalve niet per analogie op bij discriminaties in de wet. Er tekent zich integendeel een tendens af in geval van discriminaties in uitvoeringsbesluiten, te handelen zoals bij discriminaties in een wet⁽¹¹⁾.

De tekst gaat evenmin in op discriminaties volgend uit verdragen of uit Europees recht, al maakt het Grondwettelijk Hof wel geregeld een knipoog naar de vereiste van het “*self-executing*” karakter van verdragen. De taak van de rechter is nochtans niet substantieel verschillend naargelang een supranationale norm dan wel de Grondwet geschonden wordt.

7 W. VAN GERVEN, *De taak van de rechter in de West-Europese democratie*, Antwerpen, Kluwer, 1977; ook gepubliceerd in F. EVERS, *Kiezen tussen recht en rechtvaardigheid*, Brugge, die Keure, 2009, 245-263.

8 G. VAN HAEGENBORGH, “Artikel 159 van de Grondwet in de rechtspraak van het Hof van Cassatie en het Grondwettelijk Hof” in I. COOREMAN (ed.), *De wettigheidstoets van artikel 159 van de Grondwet*, Brugge, die Keure, 2010, 235.

9 Het is dan de Koning die beschikt, aldus M. DEMEDTS, in “Toepassing van de arbeidsduurregeling op werknemers met een leidinggevende functie of vertrouwensfunctie: de Koning beschikt”, *RABG* 2013/15, 1072. Zie ook V. DOOMS, “De beperkte bevoegdheid van de rechterlijke macht bij toetsing van wettigheid van een koninklijk besluit”, noot onder Cass. 15 december 2003, *RABG* 2004, 851. Tevens J. THEUNIS, *De exceptie van onwettigheid in Administratieve rechtsbibliotheek*, Brugge, die Keure, 2011, 402.

10 Zoals ter zake vaak aangehaald: Cass. 17 maart 2003, *RW* 2003-04, 1542.

11 Zie meer in detail J. THEUNIS, *De exceptie van onwettigheid in Administratieve rechtsbibliotheek*, Brugge, die Keure, 2011, 397-415.

I. Rechterrecht in een context van duisterheid van de wet én scheiding der machten

A. Rechtsvormende taak van de rechtspraak

4. De scheiding der machten is een algemeen rechtsbeginsel van onze staatsordening⁽¹²⁾. Het beginsel staat niet met zoveel woorden in de Grondwet, maar wordt wel unaniem erkend als een cruciaal staatsrechtelijk principe, dat de drang naar een ongelimiteerde concentratie van macht afremt en tegenwerkt. Het gaat willekeur tegen, en dus ook rechterlijke willekeur. De rechter mag niet naar eigen believen beslissen, door als een wijs staatsman op discretionaire wijze aan belangenafweging te doen⁽¹³⁾: hij moet de wet toepassen. De rechter is ten andere niet democratisch gelegitimeerd om recht uit te vinden.

Het beginsel hoort als fundamenteel uitgangspunt van het staatsrecht volop te worden gerespecteerd.

5. Toch wordt ook algemeen aanvaard dat de rechter niet alleen recht spreekt, als een *bouche de la loi*, maar ook recht creëert⁽¹⁴⁾. Bovendien moet hij oordelen bij duisterheid van de wet, en wordt hij hoe langer hoe meer met de vraag geconfronteerd hoe discriminerende of ongrondwettige wetten toe te passen.

Het staat vast dat de rechtspraak een rechtsvormende functie, taak en opdracht heeft⁽¹⁵⁾. Op de fundamenten van de Code Napoleon werd een indrukwekkend bouwwerk opgetrokken, zo luidt het⁽¹⁶⁾. Er is geen sprake van een strakke scheiding der machten. Het gaat veeleer om een *samenwerking der machten*.

Het beginsel van de scheiding der machten van het Belgische staatsrecht sluit inderdaad aan bij de leer van de *checks-and-balances*⁽¹⁷⁾. Overeenkomstig artikel 5

12 Zie bv. J. THEUNIS, *De exceptie van onwettigheid in Administratieve rechtsbibliotheek*, Brugge, die Keure, 2011, 5 e.v.

13 Als een dorpsoudste, zeggen E. BREWAEYS, F. DORSSEMONT EN K. SALOMEZ, "Rechterlijke tussenkomst bij collectieve conflicten", *NjW* 2003, p. 555, nrs. 38 e.v.

14 R. FOQUÉ, "De rechter is het sprekende recht" in F. EVERS (ed.), *Kiezen tussen recht en rechtvaardigheid*, Brugge, die Keure, 2009; B. NELISSEN, "Bouche de la loi à papa: in kielzog van New Public Management?", *NjW* 2012, 570-575.

15 Recent, L. HUYBRECHTS, "De werkwijze van het Hof van Cassatie en wat zijn magistraten denken" in *Amicus curiae. Liber amicorum Marc De Swaef*, Antwerpen, Intersentia, 2013, 328. Zie bv. ook E. DIRIX, "Rechterlijk overgangsrecht", *RW* 2008-09, 1755 met verdere verwijzingen aldaar. *Idem*: P. POPELIER, "Rechterlijk overgangsrecht revisited. Over een juridisch vacuüm, een prejudicieel arrest en de werking van rechterlijke uitspraken in de tijd", *RW* 2007-08, 1372.

16 E. KRINGS, "Cassatiearresten uit de voorbije 25 jaar", *TPR* 2001, 135; R. KRUIHOF, "Naar een gouvernement des juges in het Belgisch verbintenissenrecht" in *Hulde aan prof. dr. R. Kruithof*, Antwerpen, Maklu, 1992, 68.

17 Zie bv. A. ALLEN en K. Muylle, *Compendium van het Belgisch staatsrecht*, Mechelen, Kluwer, 2004, 29; J. THEUNIS, *De exceptie van onwettigheid in Administratieve rechtsbibliotheek*, Brugge, die Keure, 2011, 669-675; G. MAES, *De afdwingbaarheid van sociale grondrechten*, Antwerpen, Intersentia, 2003, 287; K. LEUS en B. MARTEL, "Procedurale benadering – de toepassing van artikel 159 G.W. als exceptie" in I. COOREMAN (ed.), *De wettigheidstoets van artikel 159 van de Grondwet*, Brugge, die Keure, 2010, 3 e.v. of J. LOYENS, "Het onbehagen van de magistratuur. Beschouwingen bij dertig jaar mercuriales", *RW* 2003-04, 1281.

van het Gerechtelijk Wetboek moet de rechter ten andere steeds recht spreken: hij moet dat zelfs doen *“bij het stilzwijgen, de duisterheid of de onvolledigheid van de wet”*.

6. Ook dan moet de rechter dus oordelen, en mag hij zijn taak de hoofdvordering te beslechten niet ontvluchten wanneer een partij de discussie afleidt naar het thema van overheidsaansprakelijkheid. Een dergelijke tussenvordering zal te gelegener tijd wel worden beslecht.

Op de zijdelingse problematiek van overheidsaansprakelijkheid wordt hier niet ingegaan. In de vele gevallen die hierna besproken worden, heeft dit aanverwante thema de rechter niet belet te oordelen.

7. De rechtsvormende functie van de rechter is realiteit. *“Kris kras breng ik in herinnering”*, aldus M. Storme, *“dat het stakingsrecht, de ontslagregeling in het vrij onderwijs, het gemengd onderwijs, het bezoekrecht van geadopteerde kleinkinderen door de grootouders, de rechtsverwerking, de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, alle schepingen zijn geweest van de rechtspraak”*⁽¹⁸⁾.

We sluiten ons daarbij aan en illustreren verder met enkele andere materies: de werking van wetten in de tijd, de creatie van de verbintenis *“in solidum”*, rechtsmisbruik, rechtsverwerking, algemene beginselen van het recht, het smeerkaas arrest, het bepalen van het bedrag van het onderhoudsgeld⁽¹⁹⁾, de cassatierechtspraak aangaande de *“advocatenkosten”* (thans: *“rechtsplegingsvergoeding”*), of iets obscuurs als de rechtspraak aangaande de vergoeding van opeenvolgende arbeidsongevallen⁽²⁰⁾. En niet te vergeten: het hele schadebegrotingsrecht, met zijn geweldige impact op mensenlevens. Daar zijn meer boeken over geschreven dan bibliotheken kunnen vullen.

Het Hof van Cassatie wordt daarom wel eens een *“supplerende wetgever”* genoemd⁽²¹⁾. Het Hof geeft uitiem richting aan hoe de rechters een leemte in de wet horen op te vullen. Zo werden met de Antigoonrechtspraak de bakens van de bewijsuitsluitingsleer verlegd. Die rechtspraak sijpelt door in het sociaal recht, inzonderheid in verband met de vraag of bewijs bekomen in strijd met CAO nr. 81 als onrechtmatig moet worden geweerd⁽²²⁾. De Antigoonrechtspraak is nochtans niet meer dan een correctie op een andere, veel oudere en strengere jurisprudentiële constructie⁽²³⁾. Nagenoeg de gehele bewijsuitsluitingsleer is rechtersrecht. De leer werd inmiddels verankerd bij wet van

18 M. STORME, “Van rechtsstaat naar rechtersstaat”, *NjW* 2012, 576.

19 E. CALLEBOUT en PH. THION, “De statistische berekening van kinderalimentatie: de moeilijke oefening om rechtvaardigheid objectief, transparant en toegankelijk te maken”, *RW* 2013-14, 202.

20 Rechtersrecht bestaat ook vaak bij minder gekende materies. In principe kan verval van recht niet bestaan zonder een uitdrukkelijke wettekst: *“pas de déchéance sans texte”*. Het komt echter voor dat de wet een gedragsregel zonder sanctie bepaalt. Het beginsel van de scheiding der machten belet de rechter echter niet toch een verval van recht uit te spreken, aldus M.A. LEFEBVRE-MASSCHELEIN (*Het verval van een recht in het materieel privaatrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2010, 128).

21 W. VAN GERVEN en S. LIERMAN, *Beginselen van Belgisch privaatrecht*, I, Algemeen Deel, Mechelen, Kluwer, 2010, 119.

22 Zie hierover W. RAUWS, “Het bewijs in arbeidszaken”, *TSR* 2013, afl. 2, 231-339.

23 De bewijsuitsluitingsleer werd voor het eerst in 1923 door het Hof van Cassatie geponeerd. Zie B. REYNAERTS, “De sanctionering van het onrechtmatig verkregen bewijs voor de vonnisgerechten”, *Nullem Crimen*, 2013, 95 en de verwijzingen aldaar.

24 oktober 2013⁽²⁴⁾, zij het enkel wat het strafrecht betreft, zodat de omstreden⁽²⁵⁾ pretoriaanse aanpak blijft gelden in arbeidsverhoudingen.

De lijst is dus eigenlijk eindeloos, zelfs in het verbintenenrecht. De wetgever deed reeds afbreuk aan het 19de-eeuwse postulaat van de individuele wilsautonomie en contractvrijheid. Maar vooral de rechtspraak en de rechtsleer hebben ter zake tal van nieuwe leerstukken aangereikt: “*men denke aan de aanvaarding van de leer van de gekwalificeerde benadeling, van de culpa in contrahendo, van de informatieplichten en van de vertrouwensleer; men denke aan de interpretatie van art. 1134, 3de lid BW en de ingrijpende ontwikkeling van het verbod op rechtsmisbruik in het contractenrecht*”, aldus S. Stijns en S. Jansen⁽²⁶⁾.

Naast het opvullen van lacunes en invullen van soms wel heel erg vage wetsbepalingen⁽²⁷⁾, zijn er ook de onvermijdelijke zwenkingen in de rechtspraak. Twee belangrijke voorbeelden uit het sociaal recht: de materie van de schijnzelfstandigheid en willekeurig ontslag.

Men kan van oordeel zijn dat dit rechtersrecht in sommige domeinen te ver gaat, en dat het zonder enige democratische legitimering het beginsel van de scheiding der machten schendt. Het valt echter op dat in de lange lijst met voorbeelden, die kritiek slechts zelden wordt geuit. Wel zijn er heel omstreden uitspraken, zoals in verband met de advocatenkosten bijvoorbeeld.

8. Het is nochtans beter dat de wetgever keuzes maakt. De maatschappij wacht niet op nog meer rechtersrecht. Neem nu het stakingsrecht: na een lange periode van verwarring⁽²⁸⁾, werd het bestaan van dat recht uiteindelijk erkend door het Hof van Cassatie⁽²⁹⁾, maar dat is lange tijd onzeker geweest en het had ook anders kunnen uitdraaien⁽³⁰⁾. Dat geldt eigenlijk voor alle voorbeelden, zoals het al dan niet toekennen én becijferen van vergoedingen voor morele schade bij het overlijden van een dierbare⁽³¹⁾.

24 Wet van 24 oktober 2013 tot wijziging van de voorafgaande titel van het Wetboek van strafvordering wat betreft de nietigheden, *BS* 12 november 2013.

25 Zie bv. Arbh. Brussel 7 februari 2013, *JT* 2013, 262 en *Soc.Kron.* 2013, afl. 2, 106, noot O. RIJCKAERT. Vgl. W. RAUWS, “Het bewijs in arbeidszaken”, *TSR* 2013, afl. 2, 231-339.

26 S. STIJNS en S. JANSEN, “De basisbeginselen van het contractenrecht: kroniek van de recentste evoluties”, *TBBR* 2013/1, 1-29.

27 Denk aan het begrip “schade”. In het arbeidsrecht: *quid* met de nietigheid van de opzegging?

28 Zie de zoektocht van de rechters naar een maatschappelijk aangepaste oplossing, in een context zonder wettelijk kader, I. VAN HIEL, “Schorsing en collectieve actie in de naoorlogse Belgische rechtspraak en rechtsleer”, *TSR* 2012/2, 152-178.

29 Cass. 21 december 1981, *RW* 1981-82, 2525, concl. H. LENAERTS, noot M. RIGAUX; *Soc.Kron.* 1982, 157, noot M. RIGAUX. Later werd het stakingsrecht o.m. verdragsrechtelijk vastgelegd in artikel 6.4 van het Europees Sociaal Handvest.

30 G. COX, “Beperkingen aan het recht op collectieve actie” in P. HUMBLET en G. COX (eds.), *Collectieve conflicten*, Kluwer, Mechelen, 2011, 115.

31 Zie bv. LEMMENS, “Toch maar morele schadevergoeding, tegen beter weten in?” in W. DEBEUCKE-LAERE, S. GUTWIRTH, M. LAMBRECHTS, M. SANTENS en D. VOORHOOF, *Ontmoetingen met Koen Raes, Reeks ‘Tegenspraak’*, nr. 29, Brugge, die Keure, 2012, 229-236.

Vanuit het standpunt van de scheiding der machten en democratische legitimering verdient een wettelijke regeling zonder twijfel en nadrukkelijk de voorkeur⁽³²⁾.

Anders staat de rechtzoekende bloot aan de willekeurige beslissing van de “rechterstaatsman”. Dat is in het bijzonder het geval bij acute situaties. Een arrest van het Grondwettelijk Hof levert geregeld zenuwachtigheid op. Er is dan niet steeds tijd en ruimte voor een gedragen en organische ontwikkeling van rechtspraak; de rechterlijke uitkomst lijkt dan welhaast op een Russische roulette⁽³³⁾.

9. Rechters werken maatschappelijk onopgemerkte discriminaties meestal geruisloos weg. Stelselmatig wordt aan de benadeelde categorie het recht van de bevoordeelde categorie toegekend.

In deze tekst wordt de stelling verdedigd dat het rechtersrecht zelf dreigt te discrimineren waar het die vorm van rechtsherstel niet toekent, en zijn ‘geruisloze’ rechtspraak niet aanhoudt wanneer het om maatschappelijk ophefmakende discriminaties gaat.

10. Een door het Grondwettelijk Hof vastgestelde discriminatie wegwerken verstoort evenwichten en belangen⁽³⁴⁾. Ze niet wegwerken doet dat echter ook.

Arbeiders een ontslagvergoeding toekennen als bedienden leek verregaand. Hen geen enkele vergoeding toekennen, was – gelet op de ongrondwettigheid van voormalig artikel 59 van de Arbeidsovereenkomstenwet – dat echter ook. Niet alleen verdween dan de normale ontslagbescherming van artikel 59, maar werd bijvoorbeeld ook artikel 35 van de Arbeidsovereenkomstenwet (ontslag om dringende reden) totaal uitgehoid.

Door (het versterkte relatief gezag van gewijsde van) een arrest van het Grondwettelijk Hof ontstaat nieuw recht. Elk nieuw recht verstoort evenwichten en belangen. Zo ook het rechtersrecht, men denke bv. aan het wel of net niet volgen van de Antigoonrechtspraak in het sociaal recht. De eerste taak van de rechter is echter een conflict te beslechten. Hij kan dat niet weigeren te doen onder het voorwendsel dat evenwichten en belangen zouden worden verstoord. Ook een dergelijke weigering is immers met hetzelfde probleem behept.

B. Essentie van rechtspreken: beslissen

11. Rechtersrecht bestaat omdat rechters geschillen moeten beslechten⁽³⁵⁾. Dat is de kern, het wezen en de essentie van hun taak⁽³⁶⁾. In tweede instantie moet de rechter

32 S. SOTTIAUX, “Grondwetsconforme interpretatie. Garantie voor of aantasting van de scheiding der machten?” in A. ALEN en S. SOTTIAUX (eds.), *Leuvense staatsrechtelijke standpunten 2*, Brugge, die Keure, 2010, nr. 29 die uitlegt dat rechters “slechte wetgevers” zijn omdat ze niet alle betrokken belangen in kaart kunnen brengen.

33 B. LIETAERT, “Russische roulette in het arbeidsgerecht”, *Juristenkrant* 24 april 2013, 11.

34 S. SOTTIAUX, “Grondwetsconforme interpretatie. Garantie voor of aantasting van de scheiding der machten?” in A. ALEN en S. SOTTIAUX (eds.), *Leuvense staatsrechtelijke standpunten 2*, Brugge, die Keure, 2010, nr. 26.

35 Zie bv. *Jaarverslag van het Hof van Cassatie van België 1997-98*, 37-41.

36 L. HUYBRECHTS, “De werkwijze van het Hof van Cassatie en wat zijn magistraten denken” in *Amicus curiae. Liber amicorum Marc De Swaef*, Antwerpen, Intersentia, 2013, 230. Cf. W. VAN GERVEN, *De taak*

aan waarheidsvinding doen, en ten slotte zijn uitspraak uitleggen of motiveren. Het beslechten staat evenwel voorop en is primordiaal om in een beschaafde samenleving eigenrichting en escalatie van conflict en geweld te voorkomen. Vandaar dat rechters er op een natuurlijke wijze toe komen om het recht te scheppen waar het ontbreekt, waar het te vaag is of volslagen onverenigbaar geworden is met de maatschappelijke evoluties. En vandaar ook dat artikel 5 van het Gerechtelijk Wetboek de rechter daartoe verplicht, zelfs bij duisterheid of onvolledigheid van de wet.

Dat sluit aan bij het beginsel van de scheiding der machten. Elk van de machten heeft een grondwettelijke opdracht. De rechterlijke macht miskent dit beginsel waar zij haar opdracht om te beslechten niet opneemt, waar dat mogelijk is, en de hete aardappel doorschuift naar de gedachte van overheidsaansprakelijkheid. De rechter mag geen forfait geven waar zijn hulp het meest nodig is, aldus W. Van Gerven, die op boeiende wijze zijn visie weergeeft hoe *“het ontkennen van beslissingsbevoegdheid aan de rechter neerkomt op de negatie van de rechtsprekende functie in haar geheel”*⁽³⁷⁾.

In een heel strakke visie op de rechter als een loutere interpretator van de wet, die tot een oplossing komt door een syllogisme toe te passen, kunnen vele leemtes onmogelijk beslecht worden. In die stugge houding mag de rechter de leemte niet invullen, maar is het aan de wetgever om dat te doen. Desnoods kan de wetgever aansprakelijk gesteld worden wegens het foutief niet-regelen van een situatie. Deze visie is echter onhoudbaar en wordt ook niet gepropageerd. De overdonderende hoeveelheid rechtersrecht, ook in het discriminatierecht, toont de juridische en maatschappelijke aanvaarding van de noodzaak eraan aan.

C. Formalistische en actieve rechters: over vorm en inhoud

12. De rechter heeft een grote eerbied voor de vorm, die een houvast biedt, zowel aan de rechter bij zijn rechtsprekende taak als aan de justitiabelen in hun gerede verwachtingen. Toch treden verschuivingen op in de rechtspraak, soms ingegeven door de dwingende invloed van maatschappelijke ontwikkelingen.

De Antigoonrechtspraak was een treffende illustratie van een situatie waar de inhoud het wint op de vorm. Dat is terecht wanneer achter de vorm geen inhoud schuilt, of geen inhoud van enige betekenis in vergelijking met de zaak die voorligt. Vaak echter maskeert de vorm achterliggende maatschappijkeuzes of hogere beginselen. Artikel 35 van de Arbeidsovereenkomstenwet schrijft voor dat een ontslag om dringende reden binnen de drie dagen na kennisname van de feiten moet worden gegeven. Achter dit vormvoorschrift schuilt een keuze, met name dat zo de arbeidsrelatie wordt voortgezet, de ernstige tekortkoming uit het verleden niet als een zwaard van Damocles boven het hoofd van de werknemer blijft hangen. Deze zou anders steeds onder druk kunnen worden gezet met dreiging van een ontslag om dringende reden. De achterliggende maatschappijkeuze is echter niets steeds zichtbaar en geraakt

van de rechter in de West-Europese democratie, Antwerpen, Kluwer, 1977; ook gepubliceerd in F. EVERS, *Kiezen tussen recht en rechtvaardigheid*, Brugge, die Keure, 2009, 245 e.v. Zie bv. ook B. ALLEMEERSCH, *Taakverdeling in het burgerlijk proces*, Antwerpen, Intersentia, 2007, 177.

37 W. VAN GERVEN, *Het beleid van de rechter*, Antwerpen, Standaard Wetenschappelijke Uitgeverij, 1973, 149-150.

soms vergeten nadat zij is ondergesneeuwd door technische discussies over de contouren van de vorm.

De rechtspraak is in het algemeen en terecht terughoudend om vormelijkheden al te voortvarend los te laten. Maar dat dergelijke verschuivingen schoorvoetend, langzaam en organisch altijd al plaatsgrepen, kan niet worden ontkend.

13. Vorm en inhoud in evenwicht brengen is steeds een uitdaging, overigens niet alleen in het recht.

Daarbij is het niet deugdelijk zich tot een “kamp” te bekeren: “wie is de formalistische rechter”, die consequent (blind?) de letter van de wet volgt, en “wie is de actieve rechter”, die de inhoud (zijn mening?) laat primeren? De persoon van de rechter speelt zeker een rol⁽³⁸⁾. Maar intentieprocessen bieden geen oplossing, leiden tot misverstand en blokkeren het gesprek: *Vrouw Justitia* zoekt de juiste balans.

Wij sluiten ons aan bij M. Bossuyt die pleit voor een kritische, open en wederzijdse dialoog (in het bijzonder in verband met de rechtspraak van het EHRM)⁽³⁹⁾.

II. Taak van de rechter bij discriminatie door justitiabelen onderling. Horizontale werking van het gelijkheidsbeginsel

A. Elke discriminatie is verboden

14. De taak van de rechter bij discriminaties onderging een fundamentele wijziging door het antidiscriminatierecht, zoals beïnvloed door de principiële rechtspraak van het Grondwettelijk Hof van 2009.

In een arrest van 29 maart 2010 kon het Hof van Cassatie nog beslissen dat het grondwettelijk gelijkheidsbeginsel niet kan worden ingeroepen in private verhoudingen: het houdt “*geen rechtstreekse verplichtingen in voor de burgers onderling (...)*”⁽⁴⁰⁾. Maar dit cassatiearrest betrof een ontslag dat dateerde van lang vóór de eerste antidiscriminatiewet van 2003.

Gezaghebbende rechtsleer voert aan dat deze rechtspraak niet langer houdbaar is gelet op de horizontale werking dat het discriminatieverbod inmiddels kent⁽⁴¹⁾. Zoals

38 Zie bv. J. DECOKER, “*Law and the modern mind revisited*”: pleidooi voor meer aandacht voor de psychologie van het rechtspreken”, *RW* 2013-14, 916. Vgl., over de angst van de rechter en over zijn conformisme, B. NELISSEN, “*De Belgische gids voor magistraten: een slag in het water, voorlopige moraal of dubbele binding*”, *TPR* 2013-3, 1564 en 1571.

39 M. BOSSUYT, “*Rechterlijk activisme in Straatsburg*”, *RW* 2013-14, 733.

40 Cass. 29 maart 2010, *Soc.Kron.* 2011, 44, noot J. JACQMAIN.

41 S. STIJNS en S. JANSEN zijn het niet eens met dit cassatiearrest gelet op het arrest van het Grondwettelijk Hof van 12 februari 2009. Zij verliezen klaarblijkelijk wel uit het oog dat de betrokken zaak dateert van lang voor de invoering van een horizontaal discriminatieverbod, maar hun standpunt lijkt wel correct waar zij het principe ontwaren dat sinds het antidiscriminatierecht discriminaties in horizontale verhoudingen aanvechtbaar zijn (“*De basisbeginselen van het contractenrecht: kroniek van de recentste evoluties*”, *TBBR*, 2013/1, 13).

elke rechtshandeling mag ook een ontslag niet discriminerend zijn. In de rechtsleer werd reeds eerder gesteld dat een discriminatoir ontslag meteen een foutieve handeling uitmaakt⁽⁴²⁾. Er is ook reeds rechtspraak van feitenrechters in die zin⁽⁴³⁾.

15. In een arrest van 16 september 2013 bevestigde het Hof van Cassatie inmiddels dat de Antidiscriminatiewet de openbare orde raakt⁽⁴⁴⁾.

Door dat karakter van openbare orde is de Antidiscriminatiewet meteen van toepassing, zelfs op lopende, oudere contracten (*in casu* de groepsverzekeringsovereenkomst afgesloten door de werkgever)⁽⁴⁵⁾.

16. De Antidiscriminatiewet heeft een belangrijke impact. Toch wordt niet steeds rekening gehouden met deze nieuwe, maar fundamentele dimensie wanneer men de taak van de rechter beschrijft. Een en ander kan als volgt gesitueerd worden.

De eerste Antidiscriminatiewet dateerde van 25 februari 2003 en was in vele opzichten relevant voor het arbeidsrecht⁽⁴⁶⁾. De wet somde de gronden op naar welke niet mocht worden gediscrimineerd (ras, geslacht, ...): er werd gewerkt met een zgn. gesloten lijst van verboden discriminatiegronden. Het Arbitragehof heeft die bepaling vernietigd omdat het discriminatieverbod tot die gronden beperkt werd. Dat was in strijd met de doelstelling van de wetgever "een wettelijk kader te creëren om discriminerend gedrag te bestrijden, in alle gevallen waarin een individu of een autoriteit over de mogelijkheid beschikt om discriminerend gedrag te veroorzaken"⁽⁴⁷⁾.

Dit arrest had meteen tot gevolg dat, om het met de woorden van het Grondwettelijk Hof te zeggen, alle discriminaties verboden waren "ongeacht de grond waarop zij zijn gebaseerd"⁽⁴⁸⁾.

Er werd gevreesd dat dit horizontaal werkend gelijkheidsbeginsel tot een lawine aan discriminatiezaken zou leiden. Het tegendeel bleek waar. Er waren enkele spectaculaire zaken⁽⁴⁹⁾, maar globaal genomen bleef het oorverdovend stil⁽⁵⁰⁾. Een

42 C. BAYART, o.c., 489; vgl. W. RAUWS, "De nietigheid in het arbeids-overeenkomstenrecht" in *Actuele problemen in het arbeidsrecht 2*, Kluwer, 1987, 405.

43 Bv. Arbrb. Brussel 4 maart 2011, *JTT* 2011, 477.

44 Cass. 16 september 2013, C.12.0032.F. (Allianz Belgium/M.K. en Arnelormittal Belgium), www.cass.be en *TBH* 2014, 116.

45 Bv. Luik 6 september 2011, *Rec.jur.ass.* 2011, 297, noot C. DEVLOET.

46 Zie verder bv. in M. DE VOS, "De bestrijding van discriminatie in arbeidsverhoudingen: van impasse naar doorbraak", *RW* 2006-07, 324.

47 Arbitragehof 6 oktober 2004, nr. 157/2004, overw. B.6.

48 Arbitragehof 6 oktober 2004, nr. 157/2004, overw. B.15. Het arrest zou tot gevolg hebben dat om het even welke ongelijke behandeling slechts gerechtvaardigd kon worden op grond van een wezenlijke en bepalende beroepsvereiste: M. DE VOS, "De bestrijding van discriminatie in arbeidsverhoudingen: van impasse naar doorbraak", *RW* 2006-07, 326.

49 Zie bv. zaak Vindevoghel: Arbh. Brussel 6 april 2007, *JTT* 2007, 348, noot K. SALOMEZ; Cass. 19 mei 2008, *RABG* 2009/3, 171, noot V. DOOMS; zie tevens zaak Ford: discriminatie o.b.v. verleden gezondheidstoestand werd niet als discriminatoir aangezien: W. RAUWS, "De Antidiscriminatiewetgeving in de praktijk van een collectief ontslag", *RW* 2008-09, 1652, noot onder Arbh. Antwerpen 3 september 2008, *RABG* 2009/14, 983, noot J. HERMAN. Over leeftijdscdiscriminatie, zie Arbh. Gent 22 oktober 2008, *RABG* 2009/14, 990, noot S. DE RIDDER.

50 Voor een late uitloper, zie Arbh. Brussel 30 november 2011, *JTT* 2013/4, 185, noot M. JOURDAN.

open norm of ‘algemeen’ discriminatieverbod is immers te vaag⁽⁵¹⁾, leidt moeilijk tot gedragswijziging⁽⁵²⁾ en ook de rechtszekerheid is gebaat bij een wet met een gesloten lijst van discriminatiegronden⁽⁵³⁾.

De wetgever is daarom later toch terug overgestapt naar een gesloten systeem. De algemene Antidiscriminatiewet van 10 mei 2007 heeft nu als doelstelling een aantal discriminatiegronden nadrukkelijk te bestrijden: allereerst discriminatie op basis van *ras*, en dan *geslacht, godsdienst of overtuiging, handicap, leeftijd en seksuele geaardheid*. De wet voegt daar vervolgens nog enkele andere gronden aan toe⁽⁵⁴⁾. Dat gesloten systeem kon ditmaal enkel behouden worden door de correctie aangebracht door het Grondwettelijk Hof. Die bestaat in de principiële erkenning van de horizontale werking van het gelijkheidsbeginsel, wat hierna kort wordt uiteengezet⁽⁵⁵⁾.

B. Elke ongerechtvaardigde discriminatie is foutief gedrag

17. De Antidiscriminatiewet van 10 mei 2007 werd meteen aangevochten. De arresten van het Grondwettelijk Hof die daarop volgden zijn bijzonder omvangrijk en technisch, maar ook heel erg principieel⁽⁵⁶⁾. De Antidiscriminatiewet van 2007 werd op verschillende rechtspunten niet strijdig bevonden met het grondwettelijk gewaarborgd gelijkheidsbeginsel.

Artikel 9, § 2 van de Bijzondere wet van 6 januari 1989 op het Grondwettelijk Hof schrijft voor dat “*de arresten waarbij beroepen tot vernietiging verworpen worden, bindend (zijn) voor de rechtscollèges wat de door die arresten beslechte rechtspunten betreft*”.

51 Zie bv. S. SOTTIAUX, “De rechtvaardigingsgronden in het federale discriminatierecht” in C. BAYART, S. SOTTIAUX en S. VAN DROOGHENBROECK, *De nieuwe federale antidiscriminatie wetten*, Brugge, die Keure, 2008, 232. Voor verdere referenties: J. VRIELINCK en D. DE PRINS, “Die Wiederkehr des Gleichen. Het Grondwettelijk Hof en de (federale) discriminatiewetgeving”, *TBP* 2009/10, 584, voetnoot 44.

52 J. VRIELINCK en D. DE PRINS, “Die Wiederkehr des Gleichen. Het Grondwettelijk Hof en de (federale) discriminatiewetgeving”, *TBP* 2009/10.

53 Cf. i.v.m. de nieuwe wet: *Parl.St.* Kamer 2006-07, nr. 51-2722/001, 14-16. Cf. J.H. GERARDS, “Gronden van discriminatie – de wenselijkheid van open en gesloten opsommingen” in C. BAYART, S. SOTTIAUX en S. VAN DROOGHENBROECK, *De nieuwe federale antidiscriminatie wetten*, Brugge, die Keure, 2008, 138.

54 Het zijn: taal, politieke overtuiging, burgerlijke staat, geboorte, vermogen, huidige of toekomstige gezondheidstoestand, een fysieke of genetische eigenschap en sociale afkomst, syndicale overtuiging. Onderscheid op basis van een van de eerste zes gronden kan moeilijker worden gerechtvaardigd dan de tien andere gronden, waar een open systeem van rechtvaardiging geldt. Zie daarover meer in bv. S. SOTTIAUX, “De rechtvaardigingsgronden in het federale discriminatierecht” in C. BAYART, S. SOTTIAUX en S. VAN DROOGHENBROECK, *De nieuwe federale antidiscriminatie wetten*, Brugge, die Keure, 2008, 232 of C. BAYART, S. SOTTIAUX en S. VAN DROOGHENBROECK (eds.), *Actuele topics discriminatierecht*, Brugge, die Keure, 2010, 390 p.

55 Meer in detail in B. LIETAERT, “Nieuw discriminatierecht en ontslagbescherming” in *Actuele problemen van het arbeidsrecht* 8, Antwerpen, Intersentia, 2010, 774 e.v.

56 Zie over de arresten D. DE PRINS, “Het Grondwettelijk Hof en de federale discriminatie wetten” in C. BAYART, S. SOTTIAUX en S. VAN DROOGHENBROECK (eds.), *Actuele topics discriminatierecht*, Brugge, die Keure 2010, 3-36.

Een eerste dergelijk rechtspunt is dat het Grondwettelijk Hof het ditmaal wel aanvaardbaar achtte dat de wet met een gesloten lijst werkt. Het behoort immers "tot de beoordelingsbevoegdheid van de wetgever om de discriminaties op gronden die hij het meest verwerpelijk acht nadrukkelijk te bestrijden"⁽⁵⁷⁾. Weliswaar mag de wetgever bepaalde discriminerende situaties (bv. naar ras) bestrijden met een hogere graad van beschermingsintensiteit⁽⁵⁸⁾, maar – en ook dat is een cruciaal punt in de redenering – hij vermag geen situaties uit te sluiten van het beginsel van gelijke behandeling. De Antidiscriminatiewet is immers een toepassing van de hogere en meer algemene bescherming van het beginsel van gelijke behandeling.

Het Hof stelt dan ook uitdrukkelijk: "Het aannemen van een gesloten lijst zou dus in geen geval kunnen worden geïnterpreteerd in die zin dat discriminaties op gronden die niet in die lijst voorkomen, worden toegestaan"⁽⁵⁹⁾.

Ook in een volgende overweging is het Hof heel duidelijk:

"Elke ongelijke behandeling in de verhoudingen tussen burgers waarvoor geen verantwoording kan worden gegeven, maakt immers een discriminatie uit en derhalve een foutief gedrag, dat tot een burgerrechtelijke sanctie, met name een schadevergoeding, aanleiding kan geven.

Bovendien kan de rechter een discriminerend contractueel beding op grond van de artikelen 6, 1131 en 1133 van het Burgerlijk Wetboek nietig verklaren omdat het indruist tegen de openbare orde.

Die sancties zijn weliswaar niet identiek aan de specifieke beschermingsmaatregelen waarin de bestreden wetten voorzien⁽⁶⁰⁾, maar dat verschil in aard van de sancties is niet onevenredig en volstaat derhalve niet om tot een discriminatie te besluiten"⁽⁶¹⁾.

Het is aanvaardbaar dat de intense beschermingsregeling van de Antidiscriminatiewet niet op elk discriminerend ontslag van toepassing is (gezien het lijststelsel). Maar daarmee wordt de deur voor andere discriminaties (op basis van niet-beschermde criteria, zoals bv. diploma, leefstijl, gezinssamenstelling, hoofd- of handenarbeid⁽⁶²⁾) niet opengezet: elke discriminatie is een foutief gedrag. Voormelde overwegingen werden herhaald in het arrest van 2 april 2009⁽⁶³⁾.

57 GwH 12 februari 2009, nr. 17/2009, overw. B.14.5. De achtergrond voor het verschil in benadering tussen het arrest nr. 157/2004 van 6 oktober 2004 en nr. 17/2009 wordt geduid in J. VRIELINCK en D. DE PRINS, "Die Wiederkehr des Gleichen. Het Grondwettelijk Hof en de (federale) discriminatiewetgeving", TBP 2009/10.

58 Onderscheid op basis van ras, geslacht, godsdienst of overtuiging, handicap, leeftijd, seksuele geaardheid kan slechts als het aan een gesloten rechtvaardigingsstelsel beantwoordt. Voor de overige beschermingsgronden is er een soepeler rechtvaardigingsstelsel. Zie hierover uitgebreid in J. VRIELINCK en D. DE PRINS, "Die Wiederkehr des Gleichen. Het Grondwettelijk Hof en de (federale) discriminatiewetgeving", TBP 2009/10, 587.

59 GwH 12 februari 2009, nr. 17/2009, overw. B.14.4.

60 Bedoeld worden de forfaitaire schadevergoeding, dwangsom, bewijslast, stakingsvordering e.d.m.

61 GwH 12 februari 2009, nr. 17/2009, overw. B.14.7. Cf. arresten nr. 41/2009 van 11 maart 2009 en nr. 64/2009 van 2 april 2009.

62 B. LIETAERT, "Discriminatie van arbeiders. Artikel 39 Arbeidsovereenkomstenwet, versie 1978, en de arbeider?", JTT 2013, 413-417.

63 GwH 2 april 2009, nr. 64/2009, overw. B.7.7.

18. Sommigen voeren aan dat het Grondwettelijk Hof in zijn overwegingen soms te ver gaat, dozen van Pandora opent en recht schept⁽⁶⁴⁾. Bijzonder nochtans aan het hier besproken arrest is dat het Grondwettelijk Hof enkel dankzij die interpretatie de Antidiscriminatiewet van 2007 kon handhaven. Enkel met die interpretatie hoefde het Hof het gesloten lijststelsel niet opnieuw te vernietigen, zoals wel gebeurde met de Antidiscriminatiewet van 2003.

Zonder het beginsel dat discriminatie altijd fout is, kon de Antidiscriminatiewet niet gehandhaafd worden.

Het gaat derhalve geenszins om een vrijblijvende overweging, maar duidelijk wel om een rechtspunt in de zin van artikel 9, § 2 van de Bijzondere wet op het Grondwettelijk Hof.

C. Horizontale werking van het gelijkheidsbeginsel

19. Over de aard van het gelijkheidsbeginsel is het Grondwettelijk Hof zeer duidelijk. Het Hof werd bevestigd over het onderscheid tussen de verticale en horizontale werking van het gelijkheidsbeginsel. In antwoord daarop proclameerde het Hof plechtig dat het gelijkheidsbeginsel niet enkel geldt in de verticale verhouding tussen de staat en haar onderdanen: *“het beginsel van gelijkheid en niet-discriminatie is immers geen louter beginsel van behoorlijke wetgeving en behoorlijk bestuur. Het is een van de grondslagen van een democratische rechtsstaat”*⁽⁶⁵⁾.

Het gaat dus niet alleen om een van de grondslagen van een democratische rechtsstaat; het Grondwettelijk Hof bevestigt bovendien ook de horizontale werking van het gelijkheidsbeginsel⁽⁶⁶⁾. Dat is cruciaal, en sluit aan bij wat eerder reeds in gezaghebbende rechtsleer werd betoogd⁽⁶⁷⁾.

Want *“zelfs wanneer het gaat om verhoudingen tussen privé-personen, zou de wetgever niet kunnen afwijken van het algemene discriminatieverbod dat uitdrukkelijk gewaarborgd is bij de in B.14.2 vermelde grondwets- en verdragsbepalingen”*⁽⁶⁸⁾.

64 Zie bv. E. BREWAEYS, “Arbitragehof opent nieuwe doos van Pandora. Geen reden voor uitsluiting honoraria adviserend geneesheer van rechtsbijstand”, *Juristenkrant* 23 november 2005, p. 7, nr. 118.

65 GwH 12 februari 2009, nr. 17/2009, overw. B.10.3.

66 Ook in GwH 12 februari 2009, nr. 17/2009, overw. B.14.4; GwH 2 april 2009, nr. 64/2009, overw. B.7.4 en GwH 11 maart 2009, nr. 41/2009, overw. B.11.

67 J. VELAERS, “De horizontale werking van het discriminatieverbod in de discriminatiewet. Enkele constitutionele beschouwingen” in *Vrijheid en gelijkheid. De horizontale werking van het gelijkheidsbeginsel en de nieuwe antidiscriminatiewet*, Antwerpen, Maklu, 2003, 317. Zie ook D. DE PRINS, S. SOTTIAUX en J. VRIELINK, *Handboek discriminatierecht*, Mechelen, Kluwer, 2005, 279 en tenslotte bv. ook J.H. GERARDS, “Gronden van discriminatie – de wenselijkheid van op en gesloten opsommingen” in C. BAYART, S. SOTTIAUX en S. VAN DROOGHENBROECK, *De nieuwe federale antidiscriminatiewetten*, Brugge, die Keure, 2008, 167. Vgl., impliciet, A. VAN OEVELEN en C. CAUFFMAN, “Contractvrijheid en niet-discriminatie in contractuele verhoudingen” in P. HUMBLET en I. VAN DE WOESTEYNE (eds.), *Sociaal en fiscaal recht: elck wat wils*, Antwerpen, Kluwer, 2013, p. 111, nr. 30.

68 Worden bedoeld: de art. 10 en 11 Gw., art. 14 EVRM, en art. 26 BUPO.

D. Vrijwaring in geval van discriminatie op basis van de wet

20. De kaarten liggen helemaal anders in geval van een discriminatie op grond van een wettelijk voorschrift.

Overeenkomstig artikel 11, § 1 van de Antidiscriminatiewet geeft een onderscheid “op grond van een van de beschermde criteria nooit aanleiding tot de vaststelling van enige vorm van discriminatie verboden door deze wet wanneer dit onderscheid wordt opgelegd door of krachtens een wet”⁽⁶⁹⁾. Zo kan men iemand niet verwijten te handelen naar een door de wet opgelegd onderscheid naar geslacht. Dit is de zgn. vrijwaringsclausule. Volgens de Memorie van Toelichting beoogt deze vrijwaringsclausule de rechtszekerheid te waarborgen⁽⁷⁰⁾: zij verhindert dat een burger een keuze moet maken tussen de normen die hij dient na te leven, te weten de Antidiscriminatiewet of de wet die een onderscheid organiseert⁽⁷¹⁾.

Wanneer echter die wet ongrondwettig zou zijn bevonden, dan lijkt de vrijwaringsclausule te worden geneutraliseerd door artikel 11, § 2 van de Antidiscriminatiewet. Eens de ongrondwettigheid van de andere wetsbepaling vaststaat, heeft artikel 11, § 1 immers geen zin meer. Artikel 11, § 2 is echter wel vreemd gelibelleerd. Het stelt dat artikel 11, § 1 “geen uitspraak doet over de conformiteit van een direct of indirect onderscheid dat door of krachtens een wet wordt opgelegd, met de Grondwet, het recht van de Europese Unie en het in België geldende internationaal recht”. Alsof een wetsbepaling “uitspraken” doet. De bedoeling lijkt echter te zijn dat als de ongrondwettigheid vaststaat, van de burger dan wel kan worden verwacht dat hij weet dat hij de Antidiscriminatiewet moet naleven, eerder dan de gewraakte wet.

Volledigheidshalve zij opgemerkt dat artikel 11, § 1 enkel de “beschermde criteria” betreft.

E. Besluit: “constitutionalisering”

21. Het gelijkheidsbeginsel dringt zich op in private verhoudingen. Bepaalde discriminaties mogen strenger worden bestreden, maar geen enkele – ongerechtvaardigde – ongelijke behandeling is nog aanvaardbaar. Het sanctieapparaat van de Antidiscriminatiewet is niet van toepassing op discriminaties die niet in de lijst van de Antidiscriminatiewet staan, maar gelet op wat het Grondwettelijk Hof leert, staan vorderingen in contractuele of extra-contractuele aansprakelijkheid open.

Het is een tendens waar men zich om kan verheugen of die men kan betreuren. Niemand wordt graag het slachtoffer van een discriminatie maar niet-discrimineren kost geld, en stress door de voortdurende verplichting om alles te kunnen verantwoorden. Toch is dit nieuwe recht geen eendagsvlieg maar een exponent van

69 Deze bepaling is niet ongrondwettig: GwH 2 april 2009, nr. 64/2009, overw. B.10.4.

70 Parl.St. Kamer 2006-07, DOC 51-2722/001, 52.

71 Voor de administraties liggen de zaken moeilijker. W. VERRIJDT, “De plicht tot uitvoering van arresten van het Grondwettelijk Hof door de wetgever” in *Leuvense staatrechtelijke standpunten 2*, Brugge, die Keure, 2010, 316 e.v.

maatschappelijke verschuivingen en nieuwe gedragsnormen waar men moeilijk nog omheen kan.

Het geeft het recht een fundamenteel nieuwe aanblik⁽⁷²⁾. W. Van Gerven duidt deze evolutie treffend aan als de *constitutionalisering* van het privaatrecht⁽⁷³⁾.

In het volgende deel wordt het verticale of publieke gelijkheidsbeginsel onder de loep genomen.

III. Taak van de rechter bij discriminatie door leemtes in de wet

A. Tegengestelde visies: Grondwettelijk Hof versus Cassatie

22. De oprichting van het Arbitragehof, thans Grondwettelijk Hof, heeft een cruciale invloed gehad op de rechtsontwikkeling. Voor het eerst mogen wetten nu ook getoetst worden aan het grondwettelijk gewaarborgd gelijkheidsbeginsel. Het Hof van Cassatie interpreteert wetten, maar ook het Grondwettelijk Hof onderzoekt de betekenis van wetten bij het beoordelen van hun conformiteit met de Grondwet. Beide rechtshoven hebben moeten zoeken naar een evenwicht⁽⁷⁴⁾. Dat heeft tijd gevraagd en er hebben zich zwenkingen, nuancering en wijzigingen voorgedaan in de rechtspraak van beide rechtscolleges. Gelet op die verschuivingen was de taak van de rechter in het discriminatierecht niet meteen duidelijk.

23. Het Hof van Cassatie wilde in de jaren 70 aanvankelijk zelf in de richting gaan van een grondwettigheidstoetsing van wetten. Er was toen een beginnende evolutie in die zin, maar zij viel niet in de smaak bij de wetgevende macht en werd uiteindelijk afgebroken door de oprichting, in 1983, van het Arbitragehof⁽⁷⁵⁾. Er heeft steeds een onvermijdelijke spanning bestaan tussen het Grondwettelijk Hof en het Hof van Cassatie⁽⁷⁶⁾.

Bij het toetsen van wetten moet het Grondwettelijk Hof onherroepelijk interpreteren, en de interpretatie van het Hof van Cassatie wordt daarbij niet steeds gevolgd. Geregeld wordt een interpretatie gegeven om een ongrondwettigheid te vermijden, maar

72 Zie bv. E. DIRIX, "Rechterlijk overgangsrecht", *RW* 2008-09, 1755; M. DE VOS, "Het arbitragehof en het arbeidsrecht" in *Actuele problemen van het arbeidsrecht 6*, Antwerpen/Groningen, Intersentia, 2001, 41-169. Voor een recent overzicht van de visies ter zake: S. STIJNS en S. JANSEN, "De basisbeginselen van het contractenrecht: kroniek van de recentste evoluties", *TBBR* 2013/1, 12.

73 W. VAN GERVEN, "Meergelaagdheid, vergrondwettelijking en rechtsbescherming: een driegangen-gerecht" in *Liber Amicorum Hubert Bocken*, Brugge, die Keure, 2009, 646. Vgl. W. RAUWS, "Niet ver-van-mijn-bed-show: sociale grondrechten en de praktijk" in *Sociaal recht: niets dan uitdagingen. PUC Willy Delva*, Mys & Breesch, 1996, 813.

74 Zie bv. M. VERDUSSEN en J. VAN COMPERNOLLE, "La guerre des juges aura-t-elle lieu", *JT* 2000, 301.

75 Zie J. LOYENS, "Het onbehagen van de magistratuur. Beschouwingen bij dertig jaar mercuriales", *RW* 2003-04, 1288.

76 In die jaren 70 werd ook de verhouding tussen het Hof van Cassatie en de Raad van State bevraagd: of, in welke mate, en voor hoelang bestuurshandelingen kunnen worden aangevochten bij de feiten-rechter, los van wat voor de Raad van State plaatsgreep. Zie J. THEUNIS, *De exceptie van onwettigheid in Administratieve rechtsbibliotheek*, Brugge, die Keure, 2011, 676-679.

druist zij in tegen de visie van het Hof van Cassatie⁽⁷⁷⁾. Er zijn ook meningsverschillen over de werking van rechterlijke uitspraken in de tijd⁽⁷⁸⁾.

24. Maar in het bijzonder leefde er een polemiek over de bevoegdheid van het Grondwettelijk Hof om leemten in de wet te toetsen. Blijkens zijn organieke wetgeving kan het Grondwettelijk Hof immers enkel wetten toetsen aan o.m. het gelijkheidsbeginsel. Een discriminatie kan nochtans ook voortvloeien uit het ontbreken van een wet⁽⁷⁹⁾.

Volgens het Hof van Cassatie kan het Grondwettelijk Hof daar zonder wettelijke basis niet over oordelen, en heeft dat ook geen zin want als een wet ontbreekt, dan is het aan de wetgever om hem op te stellen. Een ongrondwettigverklaring stelt de rechter immers voor de onmogelijk geachte taak om het recht dan te creëren in de plaats van de wetgever⁽⁸⁰⁾. De prejudiciële vraagstelling is proceseconomisch niet verantwoord en creëert slechts frustraties. Het Hof van Cassatie heeft zich lang verzet tegen die houding van het Grondwettelijk Hof⁽⁸¹⁾. Het weigerde prejudiciële vragen te stellen in zaken waar een beweerde discriminatie voortvloeide uit een lacune⁽⁸²⁾. Ook in de rechtsleer⁽⁸³⁾ was er kritiek op de tendens in het Grondwettelijk Hof om lacunes in de wet te toetsen aan het grondwettelijk gewaarborgd gelijkheidsbeginsel⁽⁸⁴⁾. Een arrest van het Grondwettelijk Hof dat een discriminatie enkel vaststelt waar niet aan kan verholpen worden heeft geen zin, zo was de redenering⁽⁸⁵⁾.

-
- 77 Er worden ook prejudiciële vragen gesteld over wetten in de interpretatie die het Hof van Cassatie eraan geeft: het Grondwettelijk Hof beoordeelt dat als het ware het interpretatiewerk van het Hof van Cassatie.
- 78 Zie hierover bv. P. POPELIER, "Rechterlijk overgangsrecht revisited. Over een juridisch vacuüm, een prejudicieel arrest en de werking van rechterlijke uitspraken in de tijd", *RW* 2007-08, 1370 e.v. Zie ook F. TULKENS, "Actualités et réflexions sur le droit transitoire jurisprudentiel", *JT* 2012, 737.
- 79 Bv. het (indertijd) ontbreken van een verplichte arbeidsongevallenverzekering voor bepaalde stagiairs of het ontbreken van een aansprakelijkheidsbeperking zoals die van artikel 18 van de Arbeidsovereenkomstenwet ten voordele van ambtenaren. Het Grondwettelijk Hof stelde dat elk van deze leemten een ongrondwettige discriminatie inhoudt.
- 80 In navolging van vorige voetnoot: moeten de rechters dan een partij veroordelen tot het betalen van een arbeidsongevallenvergoeding (zie verder over Cass. 3 november 2008, *JTT* 2009, 87, concl. en *NjW* 2009, 360, noot I. BOONE) of een ambtenaar beschermen tegen een aansprakelijkheidsvordering?
- 81 Cass. 28 april 1999, *RW* 1999-2000, 1133, P. POPELIER.
- 82 M. MELCHIOR en C. COURTOY, "Het verzuim van de wetgever of de lacune in de grondwettelijke rechtspraak", *TBP* 2008/10, 597-599, met verwijzingen naar rechtsleer en vernieuwde cassatierechtspraak.
- 83 P. POPELIER, "Het Hof van Cassatie over lacunes in de wetgeving: toenadering tot het Grondwettelijk Hof", *RW* 2008-09, 1188.
- 84 M. TRAEST, "Over het stilzwijgen van de wet en de verplichting voor het Hof van Cassatie om prejudiciële vragen te stellen aan het Grondwettelijk Hof", *RW* 2008-09, 314, met verwijzing naar andere auteurs die de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof problematisch achten.
- 85 Er bestaan ten andere nog andere meningsverschillen tussen het Hof van Cassatie en het Grondwettelijk Hof. Dat laatste geeft soms een interpretatie aan wetten die onverenigbaar zijn met vaststaande rechtspraak van het Hof van Cassatie (M. BOSSUYT, "De invloed van de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof op de evolutie van het recht", *RW* 2011-12, 385). Recenter is er ook de vraag naar de verschillende visies aangaande de (retroactieve) werking in de tijd van arresten van de hoogste rechtscolleges. De hoogste rechtscolleges zoeken hierin naar een evenwicht.

Toch heeft het Grondwettelijk Hof zich complexloos bevoegd verklaard (in weerwil van een leemte in zijn organieke wet)⁽⁸⁶⁾. Dit is inmiddels een vaststaand gegeven.

25. Heeft het Hof van Cassatie zich daarbij neergelegd⁽⁸⁷⁾, dan rijst bij elke ongrondwettigverklaring telkenmale de vraag hoe de rechter het conflict moet beslechten zonder de scheiding der machten te schenden. Hierna wordt ingegaan op deze vraag.

Toen was het nog belangrijk een onderscheid te maken naargelang de discriminatie voortvloeit uit de wet dan wel uit een lacune. Waar echter een wet discriminerend wordt bevonden in vergelijking met een andere wet, kende de rechtspraak aan de benadeelde categorie *sowieso* vrij algemeen en spontaan het recht toe van de bevoordeelde categorie⁽⁸⁸⁾. Wanneer een discriminatie echter voortvloeit uit de ontstentenis van een wetsbepaling, wordt geregeld verwezen naar de doctrine over de extrinsieke en intrinsieke lacunes⁽⁸⁹⁾.

De rechtspraak van het Hof van Cassatie valt niet samen met, maar sluit wel aan bij deze doctrine⁽⁹⁰⁾.

B. Taak van de rechter volgens constitutionalisten: “extrinsieke en intrinsieke leemtes”

26. Het onderscheid tussen extrinsieke en intrinsieke lacunes is van doctrinaire aard. Het heeft geen wettelijke grondslag, maar biedt een houvast die toelaat de verschillende visies tussen het Hof van Cassatie en het Grondwettelijk Hof te kanaliseren. Er wordt geregeld verwezen naar die theorie en dat onderscheid, die welhaast het statuut van een vaststaand rechtsgegeven lijken te hebben bekommen⁽⁹¹⁾. Toch treft men het vooral aan bij constitutionalisten.

86 Ook dit is dus rechtersrecht. Cf. M. MELCHIOR en C. COURTOY, “Het verzuim van de wetgever of de lacune in de grondwettelijke rechtspraak”, *TBP* 2008, p. 587, nr. 1.

87 Het zij opgemerkt dat het Grondwettelijk Hof op geen enkele wijze kan worden gecorrigeerd: niet door de wetgevende macht, niet door de uitvoerende macht en evenmin door de rechterlijke macht. Hier geen *checks-and-balances*. Sommigen stellen dat het Hof van Cassatie het laatste woord over de interpretatie van wetten heeft of moet behouden (art. 608 Ger.W). Zie W. VAN GERVEN en S. LIERMAN, *Beginselen van Belgisch privaatrecht. Algemeen deel. Veertig jaar later*, Mechelen, Kluwer, 2010, p. 252, nr. 88. Cf. E. BREWAEYS, “Arbitragehof opent nieuwe doos van Pandora. Geen reden voor uitsluiting honoraria adviserend geneesheer van rechtsbijstand”, *Juristenkrant* 23 november 2005, p. 7, nr. 118. In dezelfde zin: B. LIETAERT, “De leegte van de volheid van bevoegdheid. CO2-taks ter discussie”, *RABG* 2012, afl. 14, 941-947, of D. CUYPERS en D. TORFS, “Maatschappelijke integratie en OCMW-dienstverlening” in *Ontwikkelingen van de sociale zekerheid 2006 - 2011*, Brugge, die Keure, 2011, 794.

88 Zie bv. W. VERRIJDT, “De plicht tot uitvoering van arresten van het Grondwettelijk Hof door de wetgever” in *Leuvense staatrechtelijke standpunten 2*, Brugge, die Keure, 2010, 363.

89 Ontwikkeld door M. MELCHIOR en C. COURTOY, “Het verzuim van de wetgever of de lacune in de grondwettelijke rechtspraak”, *TBP* 2008/10, 587-603. Zie bv. ook W. VERRIJDT, “De plicht tot uitvoering van arresten van het Grondwettelijk Hof door de wetgever” in *Leuvense staatrechtelijke standpunten 2*, Brugge, die Keure, 2010, 358 e.v.

90 Zie verder. S. SOTTIAUX, “Grondwetsconforme interpretatie. Garantie voor of aantasting van de scheiding der machten?” in *Leuvense staatrechtelijke standpunten 2*, Brugge, die Keure, 2010, 244 e.v.

91 Inmiddels echter verwerpt P. Martens, gewezen rechter in het Grondwettelijk Hof, deze theorie als zijnde niet houdbaar: noot onder GwH 11 januari 2012, nr. 1/2012 van, *JLMB* 2012/12, 557.

Opmerkelijk is dat het voor het eerst voorkomt in het jaarverslag van 2009 van het Grondwettelijk Hof⁽⁹²⁾. Het onderscheid wordt pas dan als doctrine geïntroduceerd. Hoewel het blijkt het voorwoord om een erg belangrijke kwestie gaat, gewaagden vorige jaarverslagen er niet van. Dat dit in 2009 wel gebeurt heeft alles te maken met de onderscheiden visie van Hof van Cassatie en Grondwettelijk Hof, en de gewijzigde rechtspraak van het Hof van Cassatie in 2008, hetgeen verder besproken wordt.

Het onderscheid komt soms gekunsteld voor en laat vragen onbeantwoord⁽⁹³⁾.

27. Er zijn extrinsieke en intrinsieke leemten. Deze kunnen al dan niet zelfherstellend zijn.

Als er geen wet bestaat die een aangeklaagde discriminatie regelt, dan spreekt men van een “extrinsieke leemte”. Het is dan in de regel aan de wetgever om dit onderscheid weg te werken. Toch bestaan er zelfherstellende, extrinsieke leemtes, aldus het Grondwettelijk Hof. Dan komt “*het aan de verwijzende rechter toe een einde te maken aan de door het Hof vastgestelde ongrondwettigheid wanneer die vaststelling is uitgedrukt in voldoende precieze en volledige bewoordingen*”⁽⁹⁴⁾.

Een “intrinsieke leemte” daarentegen is diegene waar de discriminatie wel voortvloeit uit een wet die echter niet geldt ten aanzien van een bepaalde categorie van burgers. Toch kan de rechter ook dan voor rechtsherstel zorgen, aldus het Grondwettelijk Hof, met name “*wanneer die vaststelling (van ongrondwettigheid) is uitgedrukt in voldoende precieze en volledige bewoordingen om toe te laten dat de in het geding zijnde bepaling wordt toegepast met inachtneming van de artikelen 10 en 11 van de Grondwet*”⁽⁹⁵⁾.

Zowel bij de extrinsieke als intrinsieke lacunes bestaan er dus dergelijke “zelfherstellende lacunes”. In zijn jaarverslag 2011 somt het Hof enkele voorbeelden van extrinsieke en intrinsieke lacunes op die “zelfherstellend” zijn. Het is niet steeds duidelijk wat het Grondwettelijk Hof ertoe brengt een lacune als “zelfherstellend” aan te merken.

28. Niet iedereen is het eens met de visie dat het Grondwettelijk Hof een interpretatie kan opleggen. Zo bijvoorbeeld stelt advocaat-generaal R. Mortier dat de finale interpretatie en toepassing van een wetbepaling toekomt aan de feitenrechter⁽⁹⁶⁾. Het Hof van Cassatie is tenslotte toch het hoogste rechtscollege bevoegd om wetten te interpreteren⁽⁹⁷⁾. Het Hof van Cassatie hanteert trouwens een ander begrippenapparaat om hetzelfde probleem aan te pakken, dat voor de feitenrechter handiger lijkt dan de constitutionele benadering.

92 GRONDWETTELIJK HOF, *Jaarverslag 2009*, 12.

93 Het Grondwettelijk Hof toetst uiteraard geen uitvoeringsbesluiten, en zal derhalve niet oordelen over een leemte door het ontbreken van een uitvoeringsbesluit. Toch kan een leemte haar oorsprong tegelijk vinden in het ontbreken van een wet (bv. van toepassing op categorie A, maar niet op categorie B) als van een uitvoeringsbesluit (bij het opsommen bij KB van de personen onder categorie A, deze van categorie B niet vermelden).

94 GRONDWETTELIJK HOF, *Jaarverslag 2011*, 105 over arrest nr. 38/2001 van 15 maart 2011.

95 Bv. GRONDWETTELIJK HOF, *Jaarverslag 2009*, 77.

96 Conclusie advocaat-generaal R. MORTIER bij Cass. 1 december 2008, *JTT* 2009, 67. Vgl. L. VERMEULEN en E. VAN GRUNDERBEEK, “Solidariteitsbijdrage wegens niet aangifte tewerkstelling”, *NjW*, nr. 291, 20 november 2013, 822 e.v.

97 Vgl. artikel 608 van het Gerechtelijk Wetboek.

29. Het onderscheid is ook abstract. Artikel 416 Sv. voorzorg niet in de mogelijkheid tot een cassatieberoep tegen een beslissing van de KI in de materie van de bijzondere opsporingsmethoden (BOM), en werd een “intrinsieke leemte” genoemd. De rechter (*in casu* het Hof van Cassatie) kon ze herstellen, heel eenvoudig door het cassatieberoep ontvankelijk te verklaren⁽⁹⁸⁾.

Artikel 2 van de wet van 6 februari 1970 *betreffende de verjaring van schuldvorderingen ten laste of ten voordele van de Staat en de provinciën* voorziet niet dat een beroep bij de Raad van State een stuitend effect heeft op de verjaring, en wordt een “extrinsieke leemte” genoemd. Maar ook deze lacune is “zelfherstellend” want de rechter kan aan een dergelijk beroep gewoon een stuitend effect toekennen⁽⁹⁹⁾.

Een recenter voorbeeld betreft de tussenkomst van het Gemeenschappelijk Motorwaarborgfonds. In een specifiek geval kent dat Fonds geen vergoeding toe wegens een leemte in de wet. Het betreft een discriminatie, aldus het Grondwettelijk Hof, dat verder oordeelt dat “*het de rechter toekomt een einde te maken aan de door het Hof vastgestelde ongrondwettigheid, aangezien die vaststelling is uitgedrukt in voldoende precieze en volledige bewoordingen*”⁽¹⁰⁰⁾. Het gaat met andere woorden om een intrinsieke, zelfherstellende leemte. De rechter kan in weerwil van die leemte het Fonds toch veroordelen tot het betalen van een vergoeding.

Het onderscheid tussen extrinsieke en intrinsieke leemtes blijft moeilijk. Voor een goed begrip worden deze evolutie en de markantste scharnierarresten kort besproken.

30. Vooraf nog dit. De theorie is een middel om om te gaan met leemtes in de wet (die als discriminatoir worden aangeduid door het Grondwettelijk Hof). Zij handelt geenszins over discriminaties in de wet. Toch wordt ook in dat verband soms naar die theorie verwezen. Dat betreft een verwarring die voortvloeit uit het gegeven dat een discriminatie in de wet een lacune creëert, in die zin dat de rechter de gewraakte wetsbepaling niet meer kan toepassen. Dat is echter een geheel andere situatie dan die waar geen wet bestaat en waarover het Hof van Cassatie stelde dat het Grondwettelijk Hof geen basis had om zich daarover uit te spreken. Die verwarring blijft niet zonder gevolg zo men de discriminatie in de wet aanduidt als een “extrinsieke leemte”, aangezien extrinsieke leemtes in de regel niet zelfherstellend zijn.

C. Evolutie cassatierechtspraak naar wegwerken discriminerende leemtes (vanaf datum arrest Grondwettelijk Hof)

1. Artikel 29bis WAM-wet: de zwakke weggebruiker, slachtoffer van een ongeval met trein of tram

31. Artikel 29bis WAM-wet heeft een automatische schadevergoedingsplicht ingevoerd voor zwakke weggebruikers die het slachtoffer worden van een verkeersongeval.

98 GRONDWETTELIJK HOF, *Jaarverslag 2009*, 77 over het arrest nr. 111/2008 van 31 juli 2008.

99 GRONDWETTELIJK HOF, *Jaarverslag 2011*, 105 over het arrest 38/2011 van 15 maart 2011.

100 GwH 7 maart 2013, nr. 31/2013.

Aanvankelijk gold artikel 29bis WAM-wet niet voor het verkeersongeval met een trein of tram⁽¹⁰¹⁾. Het kan om belangrijke schadebedragen gaan, denk aan de ramp in Buizingen. Het Grondwettelijk Hof heeft in zijn “spoorstavenarrest” geoordeeld dat deze uitsluiting een discriminatie uitmaakt die niet verenigbaar is met het grondwettelijk gewaarborgd gelijkheidsbeginsel⁽¹⁰²⁾.

In navolging van dit arrest vorderden slachtoffers van dergelijke verkeersongevallen schadevergoedingen. De vraag was niet of zij recht hadden op die vergoeding. Men ging daar geruisloos meteen van uit, gezien het arrest van het Grondwettelijk Hof⁽¹⁰³⁾. Aldus werden schadevergoedingen toegekend, in weerwil van de andersluidende wet die nog niet uit de rechtsorde was verwijderd⁽¹⁰⁴⁾.

Tegen deze rechtspraak werd cassatie aangetekend⁽¹⁰⁵⁾. Maar ook het Hof van Cassatie oordeelde dat er een “verplichting tot schadevergoeding” is. Het Hof preciseerde wel dat de eisen van het rechtmatig vertrouwen en de rechtszekerheid rechtvaardigden dat die verplichting tot schadevergoeding pas ingaat vanaf de bekendmaking van het arrest van het Grondwettelijk Hof van 15 juli 1998⁽¹⁰⁶⁾. Wie na die datum slachtoffer werd van een dergelijk verkeersongeval kan zich dus op artikel 29bis WAM-wet beroepen⁽¹⁰⁷⁾.

De rechtsleer kon dan ook stellen dat de rechter de lacune kan opvullen⁽¹⁰⁸⁾.

101 Er gold immers een andere regeling betreffende de verplichte aansprakelijkheidsverzekering voor eigenaars zoals de NMBS. Zij zijn niet verplicht een aansprakelijkheidsverzekering af te sluiten, maar kunnen – zoals andere overheden – hun eigen verzekeraar zijn (art. 10 WAM-wet). “Voertuigen die aan spoorstaven zijn verbonden” vallen niet onder de Wet van 21 november 1989 betreffende de verplichte aansprakelijkheidsverzekering inzake motorrijtuigen (art. 1 WAM-wet).

102 Art. 29bis WAM-wet schendt het gelijkheidsbeginsel “in zoverre het de voertuigen die aan spoorstaven zijn verbonden uitsluit” van de regeling zwakke weggebruiker (GwH 15 juli 1998, nr. 92/98).

103 J. KIRKPATRICK, “Les suites à donner à un arrêt préjudiciel de la Cour constitutionnelle qui déclare une lacune législative contraire au principe d’égalité. A propos de la réparation des dommages causés aux usagers faibles par des accidents impliquant un tram ou un train”, *JT* 2009, 258, nr. 4.

104 P. POPELIER, “Rechterlijk overgangsrecht revisited. Over een juridisch vacuüm, een prejudicieel arrest en de werking van rechterlijke uitspraken in de tijd”, *RW* 2007-08, nr. 7. Zie ook Arhb. Brussel 17 januari 2003, *JTT* 2013, 170.

105 In een arrest van 3 december 2007 verbrak het Hof van Cassatie het vonnis dat de eigenares van de voertuigen tot vergoeding veroordeelde. De rechtbank had immers niet verantwoord dat dit kon overeenkomstig artikel 10 van de WAM-wet. Overeenkomstig deze bepaling zijn overheden niet verplicht een verzekering af te sluiten, en kunnen zij hun eigen verzekeraar zijn. De vraag is dan wie betaalt: de eigenaar of verzekeraar van de voertuigen. De rechtbank was daar niet op ingegaan (Cass. 3 december 2007, www.cass.be, concl. Adv. Gen. Th. WERQUIN).

106 Cass. 20 december 2007, *RW* 2007-08, 1368, noot P. POPELIER; J. KIRKPATRICK, “Les suites à donner à un arrêt préjudiciel de la Cour constitutionnelle qui déclare une lacune législative contraire au principe d’égalité. A propos de la réparation des dommages causés aux usagers faibles par des accidents impliquant un tram ou un train”, *JT* 2009, 257-262. Vgl. Cass. 12 december 2008, www.cass.be.

107 Volgens J. Kirkpatrick gaat het Hof van Cassatie daarmee te ver en komt zijn arrest in strijd met artikel 6 van het Gerechtelijk Wetboek: (“Les suites à donner à un arrêt préjudiciel de la Cour constitutionnelle qui déclare une lacune législative contraire au principe d’égalité. A propos de la réparation des dommages causés aux usagers faibles par des accidents impliquant un tram ou un train”, *JT* 2009, 262).

108 I. BOONE, “Ongevallen met spoorvoertuigen vóór de wijziging van artikel 29bis WAM bij wet van 19 januari 2001: rechter kan ongrondwettige leemte opvullen”, *NjW* 2012, 140.

32. Deze rechtspraak werd nog eens herhaald in een cassatiearrest van 5 juni 2008, als volgt:

“Het komt evenwel aan de rechterlijke macht toe bij de uitlegging van de wet de gevolgen van de schending van de Grondwet waartoe het Grondwettelijk Hof in een antwoord op een prejudiciële vraag besluit, in de tijd te bepalen. De rechter die aldus de werking in de tijd vaststelt van de door het Grondwettelijk Hof vastgestelde ongrondwettigheid, dient daarbij rekening te houden met het rechtmatig vertrouwen van de maatschappij in de wettelijke bepalingen en met de dwingende eisen van de rechtszekerheid.”

Er kon dus geen vergoeding worden toegekend voor schadegevallen voorafgaand aan de publicatie van het arrest van het Grondwettelijk Hof⁽¹⁰⁹⁾.

Artikel 29bis WAM-wet werd later aangepast met een reparatiewet van 19 januari 2001.

2. Beslag op voertuig eigenaar vreemd aan het misdrijf

33. In december 2007 oordeelde het Hof van Cassatie nogmaals in die zin, dit in een zaak waarin de administratie een ongrondwettige wet had toegepast.

In de strijd tegen bepaalde grensoverschrijdende en technische fraude, nam de wetgever een aantal wetten aan die afwijken van het gewoon strafrecht. Dat is op zich niet discriminerend, aldus het Grondwettelijk Hof. Wat echter wel te ver gaat is, is de onbegrensde maatregel van verbeurdverklaring van de vervoermiddelen die tot smokkel worden aangewend, wie ook de eigenaar ervan is. Het Grondwettelijk Hof oordeelt dat deze inbreuk op het eigendomsrecht onevenredig is met het nagestreefde doel van algemeen belang, en stelde het discriminerende karakter van de wetgeving vast⁽¹¹⁰⁾.

De administratie had evenwel vóór die uitspraak voertuigen verbeurd verklaard. Dat heeft geleid tot een gerechtelijke procedure, maar de rechter oordeelde dat de administratie van douane en accijnzen niet de grondwettigheid van de wetten hoort te toetsen. Het Hof van Cassatie bevestigde dat de administratie geen fout kan worden verweten wat de periode betreft voorafgaand aan de publicatie van het arrest van het Grondwettelijk Hof⁽¹¹¹⁾. Omgekeerd, in de periode die daarop volgt dient dus wel gevolg te worden gegeven aan het arrest van het Grondwettelijk Hof.

109 Wat de werking in de tijd van die cassatiearresten betreft, zie de genuanceerde benadering van P. POPELIER, “Rechterlijk overgangsrecht revisited. Over een juridisch vacuüm, een prejudicieel arrest en de werking van rechterlijke uitspraken in de tijd”, *RW* 2007-08, 1370 e.v. Zie ook F. TULKENS, “Actualités et réflexions sur le droit transitoire jurisprudentiel”, *JT* 2012, 737.

110 GwH 9 maart 2002, nr. 162/2001. Het arrest nr. 162/2001 van 9 maart 2002 werd gewezen op prejudiciële vraag.

111 Cass. 21 december 2007, C.06.0457.F/5, *JLMB* 2008/25, 1081, Q. PEIFFER, *JT* 2008, 554, noot D. RENDERS.

34. Deze rechtspraak i.v.m. art. 29bis WAM-wet en de verbeurdverklaring leert twee zaken:

- als er een discriminatie wordt vastgesteld, wordt ze weggewerkt door aan de benadeelde categorie te geven wat de bevoordeelde categorie heeft, maar
- dat het redelijk is een discriminatie pas weg te werken vanaf het ogenblik dat het vaststaat dat het daadwerkelijk een discriminatie betreft, waarin het Grondwettelijk Hof het laatste woord heeft.

3. *Strafprocedure*

a) Geen cassatieberoep tegen sommige beslissingen KI

35. Het meningsverschil tussen het Hof van Cassatie en het Grondwettelijk Hof trad in alle scherpte naar voren aangaande een leemte in de strafwet. Indertijd was cassatieberoep niet mogelijk tegen bepaalde beslissingen van de KI (in het kader van de BOM-wetgeving). Die leemte in de strafwet was een schending van het gelijkheidsbeginsel, aldus het Grondwettelijk Hof in zijn arrest nr. 111/2008 van 31 juli 2008⁽¹¹²⁾.

De Ministerraad had nochtans aangevoerd dat het geen zin had die prejudiciële vraag te stellen of te beantwoorden: *“Volgens de Ministerraad zou dat een wettelijke leemte betreffen die het Hof wel kan vaststellen, maar niet opvullen”* (A.2.5. van het arrest).

Het Grondwettelijk Hof antwoordde echter vastberaden:

“Wat ten slotte de opmerking van de Ministerraad betreft volgens welke het Hof een leemte in de wetgeving kan vaststellen maar die niet kan opvullen, komt het, indien de leemte zich bevindt in de aan het Hof voorgelegde tekst, de verwijzende rechter toe een einde te maken aan de door het Hof vastgestelde ongrondwettigheid, wanneer die vaststelling is uitgedrukt in voldoende precieze en volledige bewoordingen om toe te laten dat de in het geding zijnde bepaling wordt toegepast met inachtneming van de artikelen 10 en 11 van de Grondwet (vgl. EHRM, 29 november 1991, Vermeire t. België, § 25).”

Deze uitspraak was rechtstreeks gericht aan het Hof van Cassatie aangezien de “rechter”, waarvan sprake in het voorgaande citaat, slechts het Hof van Cassatie kon zijn.

36. Het Hof van Cassatie liet zich aanvankelijk niet vermurwen. In een arrest van 12 augustus 2008 oordeelde het dat de wetgever deze leemte moest verhelpen door de strafwet aan te passen⁽¹¹³⁾:

“Aan dergelijke leemte in de wet, die niet voortvloeit uit de betrokken wetsbepaling zelf, maar uit de afwezigheid in artikel 416, tweede lid, van het Wetboek van strafvor-

112 Dit arrest is samen te lezen met een eerder arrest van het Grondwettelijk Hof, met name arrest nr. 105/2007 van 19 juli 2007. Zij betreffen strafprocedure. Het arrest nr. 111/2008 van 31 juli 2008 werd gewezen op prejudiciële vraag.

113 Cass. 12 augustus 2008, www.cass.be.

dering van een vergelijkbare bepaling als deze voorzien ten aanzien van de beslissingen van de kamer van inbeschuldigingstelling met toepassing van artikel 235bis van zelfde Wetboek, kan enkel door tussenkomst van de wetgever worden verholpen."

Onder verwijzing naar dit arrest adviseerde het Openbaar Ministerie kort nadien tot onontvankelijkheid in een nieuwe zaak⁽¹¹⁴⁾. Het Hof van Cassatie volgde toen evenwel niet. Het verklaarde in het arrest van 2 september 2008 het cassatieberoep wél ontvankelijk, zonder tussenkomst van de wetgever. Het sloot aldus aan bij een eerder arrest, van 17 januari 2008⁽¹¹⁵⁾ waarin gesteld werd dat om aan de vastgestelde discriminatie te verhelpen, het volstaat een onmiddellijk cassatieberoep toe te laten.

37. Deze rechtspraak kreeg uiteindelijk een definitieve bevestiging in het belangwekkende cassatiearrest van 14 oktober 2008 dat in voltallige rechtszitting werd gewezen⁽¹¹⁶⁾. Het betreft een mijlpaalarrest dat een definitieve zwenking in de rechtspraak van het Hof van Cassatie inhield. Het Hof oordeelde als volgt:

"Wanneer het Grondwettelijk Hof vaststelt dat een wetsbepaling betreffende de strafvordering een leemte bevat waardoor de artikelen 10 en 11 Grondwet worden geschonden, moet de strafrechter zo mogelijk deze leemte opvullen. Of de strafrechter een leemte in de wetsbepaling betreffende de strafvordering kan opvullen, hangt af van de leemte zelf. Indien de leemte van die aard is dat zij noodzakelijk vereist dat een volledig andere procesregeling wordt ingevoerd, dan kan de rechter zich daarvoor niet in de plaats van de wetgever stellen. Indien evenwel aan de ongrondwettigheid zonder meer een einde kan worden gesteld door de wetsbepaling aan te vullen dermate dat ze niet meer strijdig is met de artikelen 10 en 11 Grondwet, kan en moet de rechter dit doen."

Dezelfde overweging komt ook nog eens voor in een arrest van 28 oktober 2008⁽¹¹⁷⁾.

38. Het is duidelijk dat het Grondwettelijk Hof akte nam van dit mijlpaalarrest van het Hof van Cassatie⁽¹¹⁸⁾. Het Grondwettelijk Hof werd later opnieuw gevat over een lacune in het strafrecht. Het oordeelde in dezelfde zin, maar verwees nu ook uitdrukkelijk naar het cassatiearrest van 14 oktober 2008⁽¹¹⁹⁾. Het is ongebruikelijk dat het Grondwettelijk Hof naar de rechtspraak van het Hof van Cassatie verwijst. De herhaling van het citaat, en voormelde verwijzing zijn niet toevallig. En zoals Paul Martens⁽¹²⁰⁾ het stelt, was ook de verwijzing⁽¹²¹⁾ naar het arrest *Vermeire* van 29 november 1991 niet toevallig.

114 Het voegde er overigens aan toe dat de censuur van het Grondwettelijk Hof enkel betrekking had op artikel 416, tweede lid Sv., en niet op de algemeen toepasselijke regel, verwoord in artikel 416, eerste lid. Deze bepaling zou daarom onverminderd rechtskracht behouden en toegepast moeten worden ook ten aanzien van het cassatieberoep tegen beslissingen genomen bij toepassing van artikel 235ter Sv. Het Hof van Cassatie heeft deze vluchtweg evenwel niet genomen.

115 Cass. 17 januari 2008, RW 2008-09, 1184, noot P. POPELIER.

116 Cass. 14 oktober 2008, www.cass.be, concl. M. TIMPERMAN; JT 2008, 755, noot B. DEJEMEPPE; Pas. 2008, afl. 10, 2215, concl. M. TIMPERMAN; Rev.dr.pén. 2009, afl. 1, 92, noot N. VAN DER EECKEN.

117 Cass. 28 oktober 2008, P08.0706, Adv. Gen. DUINSLAEGHER.

118 Zie de bespreking door M. MELCHIOR en C. COURTOY, "Het verzuim van de wetgever of de lacune in de grondwettelijke rechtspraak", TBP 2008/10, 601.

119 GwH 4 maart 2009, nr. 37/2009, overw. B.8. Zie ook GwH 11 maart 2009, nr. 45/2009.

120 P. MARTENS, noot onder GwH 11 januari 2012, nr. 1/2012 JLMB 2012/12, 557.

121 In GwH 31 juli 2008, nr. 111/2008.

39. Dit arrest *Vermeire* van 29 november 1991 van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens⁽¹²²⁾ is een uitvloeisel van het arrest *Marckx* van 13 juni 1979 van hetzelfde Hof. In dit laatste arrest werd geoordeeld dat de toenmalige bepalingen aangaande “natuurlijke kinderen”, waarvan de afstamming juridisch niet vaststond, in strijd waren met het EVRM. Deze kinderen werden met name gediscrimineerd in het kader van het erfrecht. De wetgeving is inmiddels aangepast⁽¹²³⁾, maar op *Vermeire* was de oude regeling van toepassing: zij kon niet erven. Nadat haar cassatieberoep bij arrest van 12 februari 1987 was afgewezen, diende zij een beroep in bij het Europees Hof voor de Rechten van de Mens.

Dit Hof stelde opnieuw een inbreuk vast op het EVRM. In dit arrest *Vermeire* werd België veroordeeld omdat de Belgische rechtspraak geen gevolg gaf aan het arrest *Marckx*. De rechtspraak meende dat de wetgever de wet moest wijzigen. Nochtans was de regel die verbod om een discriminatie in het leven te roepen ten nadele van de natuurlijke kinderen, “*noch onduidelijk, noch onvolledig*”, zodat de rechter de gelijkheid tussen kinderen zelf kon herstellen.

Het Europees Hof voegde eraan toe dat de vrijheid die de staten hebben om zelf de middelen te bepalen, waarmee zij een arrest uitvoeren, niet betekent dat de toepassing van het EVRM opgeschort kan worden tot een globale wetwijziging is doorgevoerd⁽¹²⁴⁾.

40. De evolutie in de cassatierechtspraak, reeds voorzichtig gestart eind 2007, is vanaf oktober 2008 duidelijk vernieuwend. Van de rechter wordt niet meer enkel een grondwetsconforme interpretatie verwacht. Hij moet de wet ook aanvullen indien de ongrondwettigheid weggewerkt kan worden voor zover “*l’inconstitutionnalité ne nécessite pas de repenser la législation en la matière*”⁽¹²⁵⁾.

Opmerkelijk overigens is dat het ontvankelijk verklaren van het niet-wettelijk voorzien cassatieberoep niet evident was. Er bleven immers heel wat belangrijke vragen die niet geregeld waren, niet door het Grondwettelijk Hof en evenmin door de wetgever⁽¹²⁶⁾. Dat was ook de reden waarom het Openbaar Ministerie in zijn advies opnieuw had

122 [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#?docname={\"AFFAIRE VERMEIRE c. BELGIQUE\"}&documentcollectionid2={\"GRANDCHAMBER\"&CHAMBER\"}&kpdate={\"1991-11-29T00:00:00.Z\"}&itemid={\"001-62271\"}}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#?docname={\).

123 Bij wet van 31 maart 1987.

124 Vgl. wat verder gesteld wordt over het arrest *Defrenne* waarin traagheid en weerstanden moeten wijken voor het herstel van discriminatie.

125 J. KIRKPATRICK, “Les suites à donner à un arrêt préjudiciel de la Cour constitutionnelle qui déclare une lacune législative contraire au principe d’égalité. A propos de la réparation des dommages causés aux usagers faibles par des accidents impliquant un tram ou un train”, *JT* 2009, 261, nr. 11.

126 We laten even een penalist aan het woord: “*Men kan zich wel afvragen hoe één en ander concreet moet gebeuren en meer bepaald of de magistraten van Cassatie nu wel inzage kunnen hebben in het vertrouwelijk dossier. Hoewel het Hof al in het arrest van juli 2007 aangaf dat dat wenselijk is, blijven natuurlijk wel de artikelen 47septies § 1, lid 2 en 47novies § 1, lid 2 Sv. gelden. Die stellen duidelijk dat de procureur des Konings als enige toegang heeft tot het vertrouwelijk dossier inzake observatie/infiltratie, met uitzondering van het inzagerecht van de onderzoeksrechter en de K.I. Ook het nieuwe arrest van juli 2008 verandert daaraan niets. Hoewel een onmiddellijk cassatieberoep tegen de arresten van de K.I. ex artikel 235ter nu noodzakelijk lijkt, kan het Hof van Cassatie geen inzage in het vertrouwelijk dossier krijgen, en kan het enkel oordelen op basis van het open strafdossier en het arrest van de K.I.*”, F. SCHUERMANS, “Saga rond BOM-wet duurt voort”, *Juristenkrant* 30 september 2008, 3.

gesteld dat het niet de rechter maar de wetgever toekwam om tussen te komen en de wet aan te vullen⁽¹²⁷⁾. Het Hof van Cassatie oordeelde dat het cassatieberoep desondanks ontvankelijk was⁽¹²⁸⁾, zonder wettelijke basis én in een context met open vragen.

Het Hof van Cassatie wijzigde zijn rechtspraak waardoor het op dezelfde golfhoogte kwam als het Grondwettelijk Hof. 2008 is dus een cruciaal jaar omdat de rechtspraak van beide hoogste rechtscolleges bij elkaar ging aansluiten⁽¹²⁹⁾. Het deed B. Dejemeppe indertijd zeggen: "*La guerre des juges n'aura pas lieu.*"⁽¹³⁰⁾

b) Burgerlijke partij en rechtsplegingsvergoeding

41. Een ander voorbeeld. In arrest nr. 74/2009 van 5 mei 2009 oordeelt het Grondwettelijk Hof dat in zoverre artikel 162*bis*, tweede lid, Wetboek van Strafvordering niet toestond aan de civielrechtelijk aansprakelijke partij een rechtsplegingsvergoeding toe te kennen ten laste van de in het ongelijk gestelde rechtstreeks dagende burgerlijke partij, het de artikelen 10 en 11 Grondwet schendt.

Voor het Hof van Cassatie kan deze leemte slechts opgevuld worden door de rechtsplegingsvergoeding gewoonweg wél toe te kennen – hoewel artikel 162*bis* Sv. geen melding maakte van een veroordeling van de burgerlijke partij^{(131), (132)}.

Zelfs in die strafzaken handelt het Hof dus naar analogie en verklaart het het cassatieberoep, zonder wettekst, ontvankelijk.

Maar rechtsherstel is niet altijd mogelijk⁽¹³³⁾. Dat blijkt uit de volgende rechtspraak.

D. Enkele leemtes in het sociaal recht

1. Arbeidsongevallen

42. In een arrest nr. 186/2004 van 16 november 2004 oordeelde het Grondwettelijk Hof dat de Arbeidsongevallenwet het gelijkheidsbeginsel schendt doordat hij niet van toepassing is op de onbezoldigde stagiairs die in uitvoering van hun studieprogramma arbeid verrichten in een bedrijf en het slachtoffer worden van een arbeidsongeval.

127 Concl. Adv. Gen. M. TIMPERMAN bij Cass. 14 oktober 2008, www.cass.be.

128 P. POPELIER, "Het Hof van Cassatie over lacunes in de wetgeving: toenadering tot het Grondwettelijk Hof", *RW* 2008-09, 1188.

129 S. SOTTIAUX, "Grondwetsconforme interpretatie. Garantie voor of aantasting van de scheiding der machten?" in *Leuvense staatsrechtelijke standpunten 2*, Brugge, die Keure, 2010, 245.

130 B. DEJEMEPE, "La guerre des juges n'aura pas lieu", *JT* 2008, 757.

131 Cass. 22 december 2009, P.09.1256.N.

132 Artikel 162*bis* Sv. werd inmiddels bij wet van 21 februari 2010 aangepast.

133 Zie M. MELCHIOR en C. COURTOY, "Het verzuim van de wetgever of de lacune in de grondwettelijke rechtspraak", *TBP* 2008/10, 601.

Het betreft een leemte in de wet. Het arbeidshof kende de stagiair een vergoeding toe. Het Hof van Cassatie heeft dit arrest vernietigd⁽¹³⁴⁾. De leemte kon niet worden opgevuld door de Arbeidsongevallenwet van toepassing te verklaren omdat het niet duidelijk was “*wie voor de toepassing van de Arbeidsongevallenwet wordt beschouwd als de werkgever*”, aldus het Hof van Cassatie.

Het Hof herhaalde dat de rechter de leemte zo mogelijk moet opvullen. Maar in dit geval kon de rechter dat niet, want dan zou hij moeten bepalen wie de verzekering moet afsluiten: de school of het bedrijf waar de stagiair zijn arbeid verricht. De vraag wie moet betalen is geen louter praktische uitvoeringsmodaliteit, maar veronderstelt een bijkomende afweging van belangen. Dit is bij uitstek een taak voor de wetgever. Overigens werd later bepaald dat de onderwijsinstelling, of als deze niet over rechtspersoonlijkheid beschikt, de richtende macht, als de werkgever wordt beschouwd⁽¹³⁵⁾. Een rechter kan zo iets niet ‘regelen’⁽¹³⁶⁾.

De rechter kon die beslissing niet nemen, maar *a contrario*, was er geen onduidelijkheid over de vraag “*wie als werkgever moet worden beschouwd*” en aldus moet betalen, dan had de rechter de leemte wel kunnen en moeten opvullen om de discriminatie weg te werken⁽¹³⁷⁾. De formulering van het cassatiearrest maakt dat duidelijk.

Dat blijkt bv. ook uit de rechtspraak aangaande de verhoogde kinderbijslag, die hierna wordt besproken.

2. Gezinsbijslagen (verhoogde kinderbijslag, terugvordering en subsidiaire beschermingsstatus)

a) Verhoogde kinderbijslag

43. Artikel 42*bis* van de Gezinsbijslagwet kent verhoogde kinderbijslagen toe aan een aantal sociale categorieën, indertijd uitdrukkelijk aan o.m. “*uitkeringsgerechtigd volledig werklozen*”. Bepaalde werklozen zijn evenwel niet-uitkeringsgerechtigd, bv. in geval van deeltijds werk. De wet maakte het onderscheid tussen de beide categorieën door het voordeel voor te behouden aan de “*uitkeringsgerechtigd*” volledig werklozen. In zijn arrest nr. 145/2008 van 30 oktober 2008 heeft het Grondwettelijk Hof voor recht gezegd dat dit onderscheid van artikel 42*bis* het gelijkheidsbeginsel schendt.

In dat licht besliste het arbeidshof te Luik bij arrest van 24 januari 2011 dat een dame, hoewel een niet-uitkeringsgerechtigd werkloze, in weerwil van de bewoording van de wet toch aanspraak kon maken op de verhoogde bijslagen. De RKW tekende cassatieberoep aan. De toenmalige wet bepaalde niets aangaande een recht op de gevraagde verhoogde bijslag voor niet-uitkeringsgerechtigde werklozen. Het

134 Cass. 3 november 2008, *JTT* 2009, 87, concl. en *NjW* 2009, 360, noot I. BOONE. Zie ook: Cass. 17 januari 2008, *RW* 2008-09, 1184, noot P. POPELIER, “Het Hof van Cassatie over lacunes in de wetgeving: toenaandering tot het Grondwettelijk Hof”, *RW* 2008-09, afl. 28, 1186-1189.

135 KB 13 juni 2007 tot wijziging van het koninklijk besluit van 25 oktober 1971 tot uitbreiding van het toepassingsgebied van de arbeidsongevallenwet van 10 april 1971.

136 Bovendien wees advocaat-generaal R. Mortier op de moeilijkheden bij het bepalen van de loonbasis voor het berekenen van de vergoeding (www.cass.be).

137 Vgl. in een andere materie volgens arrest dat naar het principe van dit cassatiearrest verwijst: Arbh. Brussel 16 november 2011, *Soc.Kron.* 2012/8, 439, noot V. LAUVAUX.

cassatiemiddel gewaagde derhalve van een leemte in de wet, en stelde dat *“om die leemte te verhelpen, moeten immers met name de uitvoeringsmaatregelen voor de toekenning van de toeslag worden uitgewerkt en moeten de sociale belangen opnieuw worden geëvalueerd. De rechter kan zich daarbij niet in de plaats stellen van de wetgever”*.

Het Hof van Cassatie heeft het arrest echter niet verbroken. Het arbeidshof vermocht het voordeel toe te kennen door geen rekening te houden met het woord *“uitkeringsgerechtigd”*.

De toekenning van de verhoogde bijslag aan een categorie waarin de wet toen niet voorzag, is geen schending van het algemeen rechtsbeginsel van de scheiding der machten⁽¹³⁸⁾.

b) Terugvordering

44. In een arrest van 20 januari 2010 oordeelde het Grondwettelijk Hof dat een verjaringstermijn in de regeling van de gezinsbijslagen het gelijkheidsbeginsel schendt⁽¹³⁹⁾.

Toch blijven de kinderbijslaginstellingen de oude regeling toepassen: naar verluidt omdat het gewraakte artikel 120*bis* van de Gezinsbijslagwet nog niet uit de rechtsorde was verdwenen⁽¹⁴⁰⁾. De specialisten van de kinderbijslag moesten dan ook wel opmerken dat dit tot beroepen aanleiding kon geven, die in het nadeel van de kinderbijslaginstellingen zouden uitvallen.

Inderdaad zal de rechter de verjaringstermijn niet toepassen in de mate dat hij discriminerend is. Het gegeven dat een wettelijke regel niet uit de rechtsorde is verdwenen, is zelfs voor een administratie geen rechtvaardiging om de ongrondwettig bevonden wet te blijven toepassen⁽¹⁴¹⁾.

c) Personen met subsidiaire beschermingsstatus

45. De gezinsbijslagregeling werd ook strijdig bevonden met het grondwettelijk gewaarborgd gelijkheidsbeginsel waar zij een onderscheid liet bestaan tussen twee soorten vreemdelingen die in wezenlijk dezelfde positie verkeren. Het betreft vluchtelingen en mensen die wegens gevaren als executie of foltering niet teruggestuurd kunnen worden naar hun land van herkomst (non-refoulementbeginsel), maar die niet als vluchteling werden erkend⁽¹⁴²⁾. De Gezinsbijslagwet en de wet van 20 juli 1971 tot instelling van gewaarborgde gezinsbijslag bevatten geen bepaling die het recht op bijslag voor die laatste categorie vestigt.

138 Cass. 5 maart 2012, www.cass.be, met concl. Adv. Gen. GENICOT; *JTT* 2012, 229.

139 GwH 20 januari 2010, nr. 1/2010, *RW* 2010-11, 57, noot A. LIEVENS en W. RAUWS en *NjW* 2010, 151, V. VERDEYEN.

140 Een wet van 20 juli 2006 heeft aan de discriminatie verholpen (*BS* 28 juli 2006).

141 Vgl. Cass. 21 december 2007, C.06.0457.F/5, *JLMB*, 2008/25, 1081, Q. PEIFFER, *JT* 2008, 554, noot D. RENDERS.

142 Het betreft het onderscheid tussen vluchtelingen in de zin van artikel 48/3 van de Vreemdelingenwet van 15 december 1980 en de mensen die een subsidiaire beschermingsstatus genieten in de zin van artikel 48/4 van dezelfde wet.

Volgens het Grondwettelijk Hof betreft het een lacune die in strijd is met het gelijkheidsbeginsel⁽¹⁴³⁾. Wat de taak van de rechter aangaat, overwoog het Grondwettelijk Hof als volgt (B.16):

“Aangezien de vastgestelde lacune zich bevindt in de aan het Hof voorgelegde tekst, staat het aan de verwijzende rechter een einde te maken aan de door het Hof vastgestelde ongrondwettigheid, aangezien die vaststelling wordt uitgedrukt in voldoende duidelijke en volledige bewoordingen om toe te laten dat de in het geding zijnde bepaling wordt toegepast met inachtneming van de artikelen 10 en 11 van de Grondwet.”

De rechter heeft die taak evenwel niet moeten opnemen. Want de federale wetgever wilde de materie van de gezinsbijslag op een wettelijk conforme wijze overdragen naar de deeltiteiten⁽¹⁴⁴⁾, en paste daarom beide wetten aan⁽¹⁴⁵⁾.

3. Rechtsbijstand

46. Bij arrest nr. 160/2005 van 26 oktober 2005 oordeelde het Grondwettelijk Hof dat de artikelen 664 e.v. van het Gerechtelijk Wetboek het gelijkheidsbeginsel schenden in de mate dat zij geen rechtsbijstand toestaan om een adviserend geneesheer te betalen. De partij die tijdens die procedure niet de bijstand van een adviserend geneesheer kan genieten, bevindt zich immers niet op voet van gelijkheid met de tegenpartij die door een adviserend geneesheer wordt bijgestaan. Zij wordt dus op discriminerende wijze geraakt in haar recht op een eerlijk proces. Het Grondwettelijk Hof veroordeelt ook in deze materie een “leemte” in de wetgeving.

Voor de arbeidsrechtbank te Brussel volstond dat om de vordering tot het bekomen van rechtsbijstand voor die medische expertise toe te staan⁽¹⁴⁶⁾.

Deze uitspraak vond bijval in bepaalde rechtsleer: *“Dès lors, le juge a quo remplit sa mission, et rien que sa mission, lorsqu’il rétablit l’égalité au profit de la partie qui a été reconnue discriminée par un arrêt préjudiciel de la Cour d’arbitrage, que la disposition en cause soit jugée inconstitutionnelle par ce qu’elle contient ou par ce qu’elle ne contient pas.”*⁽¹⁴⁷⁾ Maar andere rechtsleer is kritischer, wijst op de potentieel verregaande gevolgen, en vraagt zich af of het Hof van Cassatie de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof zal volgen⁽¹⁴⁸⁾.

143 GwH 8 maart 2012, nr. 42/2012.

144 Memorie van Toelichting bij het wetsontwerp van 13 september 2013 houdende dringende diverse bepalingen inzake sociale wetgeving, *Kamer*, 53/3007, 14.

145 Artikelen 30 en 31 van de wet van 21 december 2013 houdende dringende diverse bepalingen inzake sociale wetgeving.

146 Arbrb. Brussel 8 februari 2006, *JLMB* 2006/15, 639. *Idem*: Rb. Verviers 28 februari 2007, *JT* 2007, 228. Vgl. Arbrb. Brussel 8 februari 2006, *JT* 2006, 311.

147 B. RENAULD, “Observations”, noot onder Arbrb. Brussel 8 februari 2006, *JLMB* 2006/15, 635-639. Zie ook, meer uitgebreid, B. RENAULD, “Les illusions de l’égalité ou du nivellement par le bas à la lacune” in *Liber Amicorum Paul Martens*, Brussel, Larcier, 2007, 419-437.

148 E. BREWAEYS, “Arbitragehof opent nieuwe doos van Pandora. Geen reden voor uitsluiting honoraria adviserend geneesheer van rechtsbijstand”, *Juristenkrant* 23 november 2005, p. 7, nr. 118.

4. Staatlozen

a) Leefloon

47. Een zaak die dichter aanleunt bij de problematiek van de leemtes en de mogelijkheid van rechtsherstel door de rechter, betreft de positie van staatlozen.

Een staatloze vroeg steunverlening aan bij het OCMW. De RMI-wet vereist evenwel een wettig verblijf. De steunaanvrager had dat niet: de loutere erkenning als staatloze levert immers geen verblijfsrecht op⁽¹⁴⁹⁾.

Het Grondwettelijk Hof ontwaart ter zake een discriminatie. Het stelt weliswaar vast dat de rechtspositie van erkende staatlozen en erkende vluchtelingen een andere grondslag heeft: de situatie van de staatlozen in het internationaal recht wordt geregeld door het Verdrag van New York⁽¹⁵⁰⁾; die van de vluchtelingen is geregeld door het Verdrag van Genève⁽¹⁵¹⁾. Toch bevinden beide categorieën zich in een vergelijkbare situatie, aldus het Grondwettelijk Hof. Het oordeelde daarom dat het verschil in behandeling op het vlak van verblijfsrecht niet verantwoord is. Het kan niet dat de verblijfsrechtelijke situatie van erkende staatlozen niet geregeld wordt. De discriminatie vloeit evenwel niet voort uit de Vreemdelingenwet "maar uit de ontstentenis van een wettelijke bepaling die aan de in België erkende staatlozen een verblijfsrecht toekent (..) "⁽¹⁵²⁾.

Het Hof stelde echter enkel in het overwegend deel van zijn arrest een discriminatie vast, maar oordeelde in het *dictum* dat de Vreemdelingenwet het gelijkheidsbeginsel niet schendt. Het is de leemte in de wet die discriminatoir is. Het Hof suggereerde verder nog dat de feitenrechter de wettigheid van het uitvoeringsbesluit zou nagaan⁽¹⁵³⁾.

48. De vraag nu is of de vastgestelde ongrondwettigheid van die leemte in de wet, aangaande het recht op verblijf, een recht opent op steun.

Het arbeidshof te Brussel meende van wel en stelde het OCMW in het ongelijk. Het verwijst daarbij uitdrukkelijk naar de cassatiearresten van 14 oktober 2008 en van 3 november 2008, en besluit "*L'affirmation que l'apatride « involontaire » est autorisé au séjour, ne nécessite aucune réévaluation des intérêts sociaux en présence dès lors que cette conséquence découle strictement de la nécessité de mettre fin à l'inconstitutionnalité et apparaît comme une conséquence inéluctable de l'arrêt de la Cour constitutionnelle du 17 décembre 2009*"⁽¹⁵⁴⁾. Ook de arbeidsrechtbank te Brugge oordeelde in die zin⁽¹⁵⁵⁾.

149 Zie bv. Cass. 19 mei 2008, *JTT* 2008, 416.

150 Verdrag betreffende de status van staatlozen van 28 september 1954, goedgekeurd bij de wet van 12 mei 1960.

151 Verdrag van 28 juli 1951 betreffende de status van vluchtelingen, goedgekeurd bij de wet van 26 juni 1953.

152 GwH 17 december 2009, nr. 198/2009, overw. B.8.

153 GwH 17 december 2009, nr. 198/2009, overw. B.9.

154 Arbh. Brussel 16 november 2011, *Soc.Kron.* 2012/8, 439, noot V. LAUVAUX.

155 Arbrb. Brugge 15 oktober 2008, *Soc.Kron.* 2011/3, 114, noot D. TORFS. Beide annotatoren (V. LAUVAUX en D. TORFS) blijven nochtans voorzichtig.

49. Wel opmerkelijk zijn de vereisten die het Grondwettelijk Hof formuleert, met name dat de staatloze zijn nationaliteit verloren moet hebben *buiten zijn wil* én dat hij moet kunnen aantonen *niet elders* een wettig en duurzaam verblijf te kunnen verkrijgen⁽¹⁵⁶⁾. Als aan deze vereisten niet is voldaan, kan in elk geval geen steun worden toegekend⁽¹⁵⁷⁾.

Het is onduidelijk of het Grondwettelijk Hof die vereisten zelf heeft geformuleerd dan wel of ze steun vinden in een wet⁽¹⁵⁸⁾. Hier lijkt een wettelijke regeling toch op zijn plaats.

b) Gewaarborgde gezinsbijslagen

50. Een soortgelijke discussie deed zich later opnieuw voor in verband met het recht op gewaarborgde gezinsbijslag. Het Grondwettelijk Hof herhaalde dat het verschil in behandeling tussen erkende vluchtelingen en erkende staatlozen niet verantwoord is, en dat de discriminatie voortvloeit uit een leemte in de Vreemdelingenwet die de positie van staatlozen niet regelt⁽¹⁵⁹⁾.

In die zaak was er evenwel een precedent. In het zo-even besproken arrest nr. 198/2009 van 17 december 2009 had het Grondwettelijk Hof geoordeeld dat de Vreemdelingenwet van 15 december 1980 een onaanvaardbare leemte bevat in verband met het verblijfsrecht van staatlozen. Die wet werd echter niet te gepasten tijde aangepast door de wetgever.

De Ministerraad voerde ter verdediging dan ook aan dat de wetgever de Vreemdelingenwet niet had aangepast. Maar het Grondwettelijk Hof stoort zich daar niet aan, en overweegt als volgt:

“Het komt de wetgever toe de voorwaarden te bepalen onder welke bepaalde categorieën van staatlozen in België een verblijfstitel kunnen verkrijgen. In afwachting van dat wetgevend optreden (...) staat het aan de verwijzende rechter een einde te maken aan de gevolgen, wat de in het geding zijnde bepaling betreft, van de ongrondwettigheid die in B.11 is vastgesteld, aangezien die vaststelling in voldoende precieze en volledige bewoordingen is uitgedrukt”;

en verder:

bijgevolg “komt het de arbeidsgerechten (...) toe dat kind het in het geding zijnde recht op gewaarborgde gezinsbijslag toe te kennen, niettegenstaande het feit dat de staatloze persoon (...), nog niet is toegelaten of gemachtigd op het Belgische grondgebied te verblijven”.

156 GwH 17 december 2009, nr. 198/2009, overw. B.10.

157 Cass. 5 november 2012, *JTT* 2013, 3.

158 Over staatlozen, zie: L. VANDERVOORT, “De staatloze in België: op zoek naar een status met rechten en plichten”, *T.Vreemd.* 2007/4, 244.

159 GwH 11 januari 2012, nr. 1/2012.

Voor het Grondwettelijk Hof is het dus duidelijk: de gewaarborgde gezinsbijslag moet worden toegekend aan de staatloze die aan de voorwaarden voldoet. Het valt af te wachten of de arbeidsgerechten (zoals het arbeidshof te Brussel in verband met de problematiek van leefloon voor staatlozen) het recht zullen toekennen ⁽¹⁶⁰⁾.

5. Administratieve sancties en wettigheidsbeginsel

51. Heel wat arresten hebben betrekking op administratieve maatregelen met een repressief karakter. Wij beperken ons tot twee recente uitspraken.

Volgens het arrest van 10 oktober 2013 van het Grondwettelijk Hof bevat de RMI-wet ⁽¹⁶¹⁾ een ongerechtvaardigde discriminatie. Deze wet maakt het immers niet mogelijk de Probatielwet van 29 juni 1964 toe te passen op de sancties opgelegd in het kader van die RMI-wet. Het betreft een “extrinsieke leemte”. Het Grondwettelijk Hof overweegt dat het enkel de wetgever toekomt om te bepalen onder welke voorwaarden een uitstel kan worden verleend ⁽¹⁶²⁾. Dat arrest sluit aan bij de constante rechtspraak van het Grondwettelijk Hof aangaande administratieve sancties van fiscale aard ⁽¹⁶³⁾.

52. Het sluit ook aan bij oudere rechtspraak, zoals het arrest nr. 165/2006 van 8 november 2006. Daarin verklaarde het Grondwettelijk Hof de sanctie op overtredingen op de accijnswetgeving ongrondwettig. De rechter kon immers de strenge straffen niet matigen. De wetsbepaling schendt het gelijkheidsbeginsel waar zij de rechter niet toelaat verzachtende omstandigheden aan te nemen, aldus het Grondwettelijk Hof. De wet vertoonde een leemte doordat de strafrechter geen verzachtende omstandigheden kon opleggen, maar ook doordat er geen minima en maxima werden bepaald (één vaste straf).

Het Hof van Cassatie stelt zich expliciet de vraag of de strafrechter “het verbod van art. 100 Sw. (kan) omzeilen” teneinde toch maar verzachtende omstandigheden aan te nemen, maar besluit dat de rechter in geen geval de mogelijkheid heeft om zelf de minimum- en maximumstraffen te bepalen ⁽¹⁶⁴⁾. Er kon derhalve geen straf worden opgelegd. Deze rechtspraak lijkt ook richtinggevend voor de leemte in de RMI-wet.

53. Een ander voorbeeld is het arrest betreffende de vergoeding verschuldigd wegens het niet-betalen van de CO2-taks of solidariteitsbijdrage ⁽¹⁶⁵⁾. Hierover oordeelt het Hof dat een werkgever recht heeft op een rechterlijke toetsing met volle rechtsmacht ⁽¹⁶⁶⁾.

160 Vgl. D. TORFS, “Geen recht op maatschappelijke dienstverlening”, *Soc.Kron.* 2011/3, 113.

161 Wet van 26 mei 2002 betreffende het recht op maatschappelijke integratie.

162 GwH 10 oktober 2013, nr. 135/2013, overw. B.4.

163 Recent: GwH 27 maart 2014, nr. 55/2014 van met referenties naar andere arresten in dat arrest.

164 “Het staat niet aan de rechter om zelf, in de plaats van de wetgever, de minimumgeldboete vast te stellen en dus de omvang van zijn eigen beoordelingsbevoegdheid te bepalen. Bij het zwijgen van de wet mag hij niet vaststellen in hoeverre de geldboete moet kunnen worden verlaagd om de grondrechten van de overtreders niet wederrechtelijk aan te tasten” (Cass. 2 september 2009, P.09.0458.F, www.cass.be).

165 De werkgever is naast de CO2-taks dan ook het dubbel van de ontrokken bijdrage verschuldigd (artikel 38, § 3 *quater* van de Algemene Beginselenwet Werknemers).

166 Vgl. E. ANKAERT en J. PUT, “Administratieve rechtshandhaving in het socialezekerheidsrecht” in G. VAN LIMBERGHEN (ed.), *Sociaal handhavingsrecht*, Antwerpen, Maklu, 2010, 274 e.v.: “De eis van

Zoals bij de RMI-wet van 26 mei 2002 bevat de gewraakte wetsbepaling nochtans geen rechtsgrond opdat de rechter met volle rechtsmacht zou kunnen oordelen. Blijkens de bewoordingen van dit arrest betreft het dus een zelfherstellende leemte⁽¹⁶⁷⁾.

Het Grondwettelijk Hof stelt tegelijk dat de rechter zich niet op het terrein van de opportuniteit mag begeven (overweging B.4.2) terwijl anderzijds de rechter, *“door de vergoeding te verminderen in zoverre zij in strijd is met het evenredigheidsbeginsel, geen afbreuk doet aan de beginselen die de verhoudingen regelen tussen het bestuur en de rechtscolleges”* (overweging B.4.4). Dit komt innerlijk tegenstrijdig over⁽¹⁶⁸⁾.

54. Hier wordt niet verder ingegaan op de complexe en uitgebreide problematiek van administratieve maatregelen met een repressief karakter⁽¹⁶⁹⁾. Het zij echter aangestipt dat beide aangehaalde arresten tot een andere uitkomst leiden maar de ratio niet steeds duidelijk is.

Als regel geldt echter dat de rechter een discriminatie niet kan wegwerken als dat het aflijnen van de contouren van een straf veronderstelt. De Grondwet bepaalt dat geen straf en geen belasting kan worden ingevoerd dan door een wet (art. 12 en 14 en art. 170 Grondwet). In deze materies is een redenering *per analogie* niet toegestaan, ook niet om een discriminatie weg te werken.

Een recent arrest van het Grondwettelijk Hof illustreert dat het wettigheidsbeginsel de rechter belet een discriminerende lacune op te vullen⁽¹⁷⁰⁾. Het is strafbaar een motorrijtuig te besturen wanneer het rijbewijs is ingetrokken door het parket. Het is daarentegen niet strafbaar een motorrijtuig te besturen wanneer de politierechter de eerdere intrekking door het parket heeft verlengd. Deze omissie is klaarblijkelijk een vergetelheid van de wetgever. Het betreft gelijkaardige situaties zodat er sprake is van een discriminatie. Maar de wettelijke bepaling die de feiten van de eerste hypothese strafbaar stelt, schendt op zich het gelijkheidsbeginsel niet. Het Grondwettelijk Hof schrijft de discriminatie toe aan de ontstentenis van een wetsbepaling die de feiten van de tweede hypothese strafbaar stelt.

Maar het wettigheidsbeginsel belet de rechter per analogie een straf op te leggen waar dit wettelijk niet is voorzien. Het gaat dus om een ongrondwettigheid die door de rechter niet kan worden hersteld. De rechter kan immers geen straf *“invoeren”*, hetgeen uiteraard niet meer dan logisch is.

volle rechtsmacht wordt over het algemeen afgeleid uit artikel 6 EVRM, maar lijkt ons eveneens voort te vloeien uit (de inhoudelijke component van) het algemeen rechtsbeginsel van de scheiding der machten.”

167 GwH 8 maart 2012, nr. 37/2012.

168 Zie B. LIETAERT, “De leegte van de volheid van bevoegdheid. CO2-taks ter discussie”, *RABG* 2012, afl. 14, 941-947.

169 Zie bv. E. ANKAERT en J. PUT, “Administratieve rechtshandhaving in het socialezekerheidsrecht” in G. VAN LIMBERGHEN (ed.), *Sociaal handhavingsrecht*, Antwerpen, Maklu, 2010, 311 of B. VANLERBERGHE, “De toetsing van sancties door de rechter: algemeen kader” in J. ROZIE, A. VAN OEVELEN, S. RUTTEN (eds.), *Toetsing van sancties door de rechter*, Antwerpen, Intersentia, 2011, p. 25, nr. 32.

170 GwH 27 maart 2014, nr. 52/2014, overw. B.8.

E. Synthese: een discriminatie wegwerken is geen willekeur maar een gebonden bevoegdheid

1. De constitutionele doctrine over leemtes is geen wetmatigheid

55. Het onderscheid tussen extrinsieke en intrinsieke leemten is moeilijk, komt soms gekunsteld voor en beantwoordt vaak niet aan de problematiek waarvoor de feitenrechter zich geplaatst ziet. In een opgemerkte en opmerkelijke noot trekt rechter P. Martens van het Grondwettelijk Hof de fundamenten van het onderscheid dan ook in twijfel⁽¹⁷¹⁾. Over het arrest nr. 1/2012 van 11 januari 2012 stelt hij dat

“dans le droit fil de sa doctrine et de sa jurisprudence, la Cour constitutionnelle devait normalement constater son impuissance. C’était compter sans son souci de ne pas tolérer que la Constitution reste indéfiniment violée. Elle va revoir sa doctrine et inventer une catégorie nouvelle qu’elle semblait avoir précédemment condamnée: celles des lacunes extrinsèques auto-réparatrices.

Le souci d’assurer le respect d’un droit fondamental est plus important que celui de s’accrocher à une doctrine qui a fait la preuve de ses limites.”

Dit citaat wijst niet alleen op het voluntarisme bij het Grondwettelijk Hof, maar toont ook de limieten van het doctrinaire onderscheid aan⁽¹⁷²⁾.

Kan het onderscheid relevant zijn als classificatie van soorten leemtes, dan gaat dit niet zo ver dat het als een wetmatigheid moet worden aangezien waaruit automatisch gevolgtrekkingen kunnen worden gemaakt. Het “kwalificeren” van een leemte als “extrinsiek” of “intrinsiek” heeft geen concrete consequenties voor de taak van de feitenrechter.

2. Feitenrechters handelen pragmatisch

56. De feitenrechters gaan pragmatisch om met door het Grondwettelijk Hof vastgestelde discriminaties. De vingerwijzingen en suggesties van het Grondwettelijk Hof zijn beslist relevant. Zij hebben de (cassatie)rechtspraak ertoe gebracht de initiële schroom en het teveel aan terughoudendheid weg te nemen. De verwijzing naar het arrest *Vermeire* van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens heeft zijn uitwerking niet gemist.

Het beginsel van de scheiding der machten is een garantie tegen rechterlijke willekeur. Vandaar de voorzichtigheid die rechters terecht aan de dag leggen bij hun rechtschepende taak⁽¹⁷³⁾. Er bestaat overvloedig veel rechtersrecht maar dat kwam langzaam en organisch tot stand. Het getuigt echter niet van “willekeur” een door het Grondwettelijk Hof vastgestelde discriminatie weg te nemen, en te zorgen voor rechtsherstel.

171 P. MARTENS, “Observations”, noot onder GwH 11 januari 2012, *JLMB* 2012/12, 557.

172 Zie ook S. SOTTIAUX, “Grondwetsconforme interpretatie. Garantie voor of aantasting van de scheiding der machten?” in A. ALEN en S. SOTTIAUX (eds.), *Leuvense staatsrechtelijke standpunten 2*, Brugge, die Keure, 2010, nr. 65.

173 *Judicial restraint* is geboden. J. THEUNIS, *De exceptie van onwettigheid in Administratieve rechtsbibliotheek*, Brugge, die Keure, 2011, p.674.

57. Twee voorbeelden uit het arbeidsrecht maken dat duidelijk. In een arrest van 18 december 1996 oordeelde het Grondwettelijk Hof dat ambtenaren gediscrimineerd worden waar voor hen geen aansprakelijkheidsbescherming geldt als die voor werknemers (art. 18 Arbeidsovereenkomstenwet). Het gevolg van dit arrest en die vastgestelde discriminatie was niet een nivellering naar beneden⁽¹⁷⁴⁾, of m.a.w. het afschaffen van artikel 18, maar wel het afblokken van aansprakelijkheidsvorderingen tegen ambtenaren door de rechter.

Het ander voorbeeld betreft het ontslagrecht. In het arrest nr. 45/99 van 20 april 1999 oordeelde het Grondwettelijk Hof dat artikel 82 van de Arbeidsovereenkomstenwet het gelijkheidsbeginsel schendt *“in zoverre het loonbedrag dat als criterium dient voor het onderscheid tussen lagere bedienden en hogere bedienden, identiek is, ongeacht de vraag of de bediende voltijds dan wel deeltijds is tewerkgesteld”*. Het arbeidshof te Antwerpen paste het artikel 82 daarom niet toe maar vond een logische toepassing door rekening te houden met het hypothetisch voltijds loon van de deeltijds tewerkgestelde bediende, om na te gaan of de bediende tot de categorie van lagere dan wel hogere bedienden behoort⁽¹⁷⁵⁾.

De rechtspraak reageert duidelijk pragmatisch en aanvaardt het principe dat om de loongrens te bepalen een hypothetisch voltijds loon kan worden gehanteerd. De toepassingsmodaliteiten kunnen weliswaar enigszins verschillen⁽¹⁷⁶⁾, maar de rechtspraak verhelpt in het algemeen aan die discriminatie⁽¹⁷⁷⁾. Het principe dat de loongrens op basis van “een” voltijds loon wordt berekend, is aanvaard. Dat geeft mogelijks wel aanleiding tot enkele berekeningsperikelen. De rechter moet daar een beslissing over nemen. Het zou overdreven zijn om te stellen dat de rechter dan op het terrein van de wetgever komt.

Deze pragmatische houding van de feitenrechters is een probaat middel tegen de eeuwenoude zwakke punten van het gerecht, als zijnde duur, traag en ingewikkeld⁽¹⁷⁸⁾ (*“poor, stupid and ugly”*⁽¹⁷⁹⁾). Uit deze twee voorbeelden blijkt geen willekeur die de scheiding der machten in het gedrang brengt. De feitenrechters staan ten andere onder controle van het Hof van Cassatie, zodat voor hen de vernieuwde visie van het Hof van Cassatie belangrijk is.

174 G. MAES, *De afdwingbaarheid van sociale grondrechten*, Antwerpen, Intersentia, 2003, 351.

175 Arbh. Antwerpen 15 maart 2004, Or. 2004/11, 22.

176 M. DEMEDTS, “Het onderscheid tussen lagere en hogere bediende bij deeltijdse tewerkstelling: het blijft nog steeds verhelpen aan een ongrondwettigheid”, *RABG* 2009/14, 958 e.v.

177 Zie bv. Arbh. Brussel 9 januari 2009, *RABG* 2009/14, 954, M. DEMEDTS; Arbh. Bergen 17 maart 2000, *JTT* 2000, 501. Vgl. ook C. MERGAN en C. WANTIEZ, “Portée de l’arrêt de la Cour d’arbitrage prononcé le 20 avril 1999”, *JTT* 1999, 317.

178 G. ROMMEL, “Rechter in een westerse democratie: wat maakt het uit?” in F. EVERS, *Kiezen tussen recht en rechtvaardigheid*, Brugge, die Keure, 2009, 235.

179 B. LIETAERT, “Russische roulette in het arbeidsgerecht”, *Juristenkrant* 24 april 2013, 11.

3. Cassatie draagt rechter op ongrondwettigheid weg te werken

58. Dit Hof van Cassatie herneemt het onderscheid tussen extrinsieke en intrinsieke leemtes niet, maar formuleerde zijn nieuwe⁽¹⁸⁰⁾ rechtspraak helder en duidelijk in o.m. het reeds besproken cassatiearrest van 3 november 2008⁽¹⁸¹⁾.

“Of de rechter een leemte kan opvullen”, aldus het Hof van Cassatie in dat arrest, “hangt af van de leemte zelf”, en dan:

“indien aan de ongrondwettigheid zonder meer een einde kan worden gesteld door die wetsbepaling, binnen het kader van de bestaande wettelijke regeling, aan te vullen dermate dat ze niet meer strijdig is met de artikelen 10 en 11 van de Grondwet, kan en moet de rechter dit doen.”

Het is cruciaal dat indien mogelijk de ongrondwettigheid wordt weggewerkt. Die taak van de rechter is een gebonden bevoegdheid, geen beleidsakte⁽¹⁸²⁾. In de verschillende besproken voorbeelden (van verkeersongevallen over staatlozen naar loongrenzen) hebben de rechters zo gehandeld; dit niet te doen ware het grondwettelijk gewaarborgd gelijkheidsbeginsel uithollen.

Zo lang rechtsherstel daadwerkelijk mogelijk is, blijven rechters prejudiciële vragen stellen⁽¹⁸³⁾. Die hebben geen zin en zijn proceseconomisch onverantwoord indien rechtsherstel sowieso geweigerd mocht worden (ingeval de wet de toets aan het gelijkheidsbeginsel niet doorstaat). Die weigering zou echter de essentiële beginselen van rechtsstatelijkheid ondergraven⁽¹⁸⁴⁾.

4. Cassatie stelt grenzen aan herstel van de ongrondwettigheid

59. Maar er zijn wel belangrijke grenzen. Het Hof van Cassatie preciseert zeer terecht:

“Indien evenwel de leemte van die aard is dat zij noodzakelijk vereist dat een andere regeling wordt ingevoerd, die een hernieuwde maatschappelijke afweging van belangen door de wetgever of een aanpassing van een of meer andere wettelijke bepalingen vereist, kan de rechter zich daarvoor niet in de plaats van de wetgever stellen.”

180 Nieuw maar in wezen “een normale toepassing van het beginsel van de scheiding der machten”, J. THEUNIS, *De exceptie van onwettigheid in Administratieve rechtsbibliotheek*, Brugge, die Keure, 2011, 410.

181 Cass. 3 november 2008, *JTT* 2009, 87, concl. en *NjW* 2009, 360, noot I. BOONE. Zie ook: Cass. 17 januari 2008, *RW* 2008-09, 1184, noot P. POPELIER, “Het Hof van Cassatie over lacunes in de wetgeving: toenaadering tot het Grondwettelijk Hof”, *RW* 2008-09, afl. 28, 1186-1189.

182 Zie S. SOTTIAUX, “Grondwetsconforme interpretatie. Garantie voor of aantasting van de scheiding der machten?” in *Leuvense staatsrechtelijke standpunten 2*, Brugge, die Keure, 2010, 195.

183 Overigens ook over de Arbeidsongevallenwet: één over de mogelijke discriminatie van samenwonenden (rol nr. 5883), één over de bepaling van het basisloon in geval van bepaalde situaties van deeltijdse tewerkstelling (*BS* 17 april 2014, rol nr. 5875), en één over de werkgeversimmunititeit in geval van zwaarwichtige overtreding van de veiligheidswetgeving (*BS* 07.04.2014, rol nr. 5866).

184 W. VERRIJDT, “De plicht tot uitvoering van arresten van het Grondwettelijk Hof door de wetgever” in *Leuvense staatsrechtelijke standpunten 2*, Brugge, die Keure, 2010, 339 met verwijzing naar rechtspraak van het EHRM.

De cassatiearresten van 14 oktober 2008 en van 3 november 2008 impliceren dat de rechter waar mogelijk een ongrondwettigheid moet wegwerken. Dit principe kent enkel een uitzondering zo zelfs na een arrest van het Grondwettelijk Hof een bijkomende afweging van belangen nodig is (arrest 03.11.2008) of zo de rechter een andere procesregeling moet invoeren (arrest 14.10.2008). De rechter kan zich immers niet in de plaats van de wetgever stellen.

De rechter kan evenmin rechtsherstel bieden als hij de contouren van een straf kan bepalen (de minima en maxima). Ten slotte kan hij een discriminatie evenmin wegwerken als daarvoor het wettigheidsbeginsel moet worden geschonden⁽¹⁸⁵⁾.

IV. Taak van de rechter bij discriminaties in de wet

A. Wat voor leemtes geldt, geldt ook voor discriminaties in de wet

61. De constitutionele doctrine over al dan niet zelfherstellende extrinsieke en intrinsieke leemtes kwam tot stand om de feitenrechters handvaten aan te reiken hoe om te gaan met discriminaties bij leemtes in de wet. Hoger werd uiteengezet dat het Hof van Cassatie zich heeft neergelegd bij de toetsing door het Grondwettelijk Hof van leemtes aan de Grondwet. Het Hof heeft vervolgens een eigen rechtspraak ontwikkeld over hoe om te gaan met discriminaties. Die cassatierechtspraak heeft als voordeel dat zij toegepast kan worden bij discriminaties doordat de wet op discriminerende wijze iets niet (een leemte) of wel regelt.

Vandaar dat het voor de feitenrechters niet langer noodzakelijk is, sinds de onenigheid tussen de hoogste rechtscollages en de doctrinaire studies, de taak van de rechter bij discriminaties vast te beitelten in het leerstuk over het onderscheid tussen de extrinsieke en intrinsieke leemtes.

Het is zelfs belangrijk dat niet te doen om verwarring te vermijden. Dat kan worden geïllustreerd met de discussie over de kwestie arbeiders-bedienden. Hier was er wél een wet, geen leemte⁽¹⁸⁶⁾. Met name werden de artikelen 52 en 59 van de Arbeidsovereenkomstenwet ongrondwettig bevonden. Toch werd heel vaak naar het niet ter zake doende leerstuk verwezen⁽¹⁸⁷⁾. Dat blijft niet zonder gevolg. Want wanneer men de "leemte" aanduidt als een "extrinsieke leemte", dan is de conclusie welhaast meteen dat de rechter er niet aan kan verhelpen⁽¹⁸⁸⁾. Bij een extrinsieke

185 Zie randnummers 52-54.

186 Het Jaarverslag 2011 van het Grondwettelijk Hof brengt het arrest nr. 125/2011 evenmin onder bij de categorie van de leemten.

187 Zie bv. L. LENAERTS, "Wie A zegt moet B zeggen of moet wie (A)rbeider zegt, B(ediende) denken?" in *Justitie: vraagstukken en perspectieven voor morgen*, Congres balies 18.03.2013, Brugge, die Keure, 2013, 197-211, S. VERSTRAELEN, "Toen barstte de bom: het Grondwettelijk Hof handhaaft in een prejudicieel arrest de gevolgen van een vastgestelde ongrondwettigheid", *RW* 2011-12, 1238; L. VERMEULEN, "Wie betaalt rekening voor ongrondwettig onderscheid arbeiders-bedienden", *Juristenkrant* 14 september 2011, 11.

188 J. VANPRAET, "De gelijkshakeling van arbeiders en bedienden: de gevolgen van het arrest nr. 125/2011 van het Grondwettelijk Hof voor de wetgever en de rechter" in C. BAYAERT en D. CUYPERS (eds.), *De IPA-wet en het Belgische ontslagrecht*, Brugge, die Keure, 2012, 25.

leemte zou het dan steeds aan de wetgever zijn om de discriminatie weg te werken: een redenering die tegelijk al te mechanisch als achterhaald is⁽¹⁸⁹⁾.

Het arbeidshof te Brussel oordeelde terecht dat het niet om een leemte gaat en dat de redeneringen in dat verband niet gelden. Het meende echter ook dat geen rechtsherstel kon worden toegestaan omdat artikel 59 van de Arbeidsovereenkomstenwet niet verwijderd was uit de rechtsorde⁽¹⁹⁰⁾.

Impliceert dit arrest dan dat de rechter bij discriminaties in de wet de ongrondwettigheid niet kan wegwerken? Dat ware op zijn minst bevreemdend aangezien een ongrondwettigheid wel wordt weggewerkt bij discriminaties door afwezigheid van een wet (leemtes). Het argument dat de gewraakte wetsbepaling niet uit de rechtsorde is verdwenen, is bovendien niet overtuigend. Arresten van het Grondwettelijk Hof hebben immers een versterkt relatief gezag van gewijsde⁽¹⁹¹⁾. Men leest dan ook geregeld in arresten van het Grondwettelijk Hof dat rechtsherstel kan ingeval *“de vastgestelde ongrondwettigheid is uitgedrukt in voldoende precieze en volledige bewoordingen die toelaten dat de in het geding zijnde bepaling wordt toegepast met in achtneming van de artikelen 10 en 11 van de Grondwet”*. Vandaar dan ook dat heel wat rechtsleer meende dat de regeling voor bedienden toegepast zou worden⁽¹⁹²⁾.

Een voorbeeld is het arrest van 26 september 2013 dat handelt over de wet van 22 maart 2001 op de inkomensgarantie voor ouderen. Die wet schrijft voor dat het bedrag van de uitkering afhankelijk is van de vraag met wie de aanvrager samenleeft. Dit is een discriminatie zo de aanvrager samenleeft met een illegaal in het land verblijvende vreemdeling. De rechter kan die ongrondwettigheid wegwerken door bij het bepalen van de uitkering geen rekening te houden met de samenwoning, aldus het Grondwettelijk Hof⁽¹⁹³⁾.

189 Zie zowel P. MARTENS, noot onder GwH 11 januari 2012, nr. 1/2012, *JLMB* 2012/12, 557 als het geannoteerde arrest zelf; hoger besproken.

190 Arbh. Brussel 17 januari 2013, *JTT* 2013, 170, www.cass.be.

191 Artikel 9, §§ 1 en 2 en art. 26, § 2, 2° van de Bijzondere wet van 6 januari 1989 op het Grondwettelijk Hof.

192 Zie S. VERSTRAELEN, “Toen barstte de bom: het Grondwettelijk Hof handhaaft in een prejudicieel arrest de gevolgen van een vastgestelde ongrondwettigheid”, *RW* 2011-12, 1238; L. VERMEULEN, “Wie betaalt rekening voor ongrondwettig onderscheid arbeiders-bedienden”, *Juristenkrant* 14 september 2011, 11; S. NERINCKX en L. VANDENPLAS, “Opzeggingstermijnen in de ban van het gelijkheidsbeginsel. De wet van 12 april 2011 en het arrest nr. 125/2011 van het Grondwettelijk Hof”, *Or.* 2011/10, 309-324; P. JOASSART, “La fin de la distinction entre ouvriers et employés imposée par la Cour constitutionnelle: quelles conséquences?”, *JTT* 2012, 4; B. DE WOLF en I. VAN HIEL, “Wat moet u onthouden van 2011”, *Or.* 2012/5, 118; S. TACK en C. VAN DE HEYNING, “Met ‘t kopke of de benen? De sociaalrechtelijke bescherming van wielrenners in het licht van de statuten arbeiders, bedienden en zelfstandigen”, *Or.* 2013/5, 120; B. LIETAERT, “Nieuw discriminatierecht en ontslagbescherming” in *Actuele problemen van het arbeidsrecht 8*, Antwerpen, Intersentia, 2010, 774 e.v.; D. CUYPERS, “Het Belgische ontslagrecht na de IPA-wet en het arrest van het Grondwettelijk Hof van 7 juli 2011” in C. BAYAERT en D. CUYPERS (eds.), *De IPA-wet en het Belgische ontslagrecht*, Brugge, die Keure, 2012, 45 en L. LENAERTS, “Wie A zegt moet B zeggen of moet wie (A)rbeider zegt, B(ediende) denken?” in *Justitie: vraagstukken en perspectieven voor morgen*, Congres balies 18.03.2013, Brugge, die Keure, 2013, 208.

193 GwH 26 september 2013, nr. 125/2013, overw. B.11.

Zo ook werd de discriminatie die bestond in verband met de weddeanciënniteit van magistraten vrij vlot weggewerkt⁽¹⁹⁴⁾.

Nog een ander willekeurig voorbeeld: bepaalde arbeidsongevallenverzekeraars worden anders behandeld dan andere, wat een discriminatie uitmaakt⁽¹⁹⁵⁾. Welnu, ook daar bestaat de oplossing erin de benadeelde groep toe te kennen wat de bevoordeelde groep heeft⁽¹⁹⁶⁾. Zo zijn er talloze gevallen. Zij zijn soms zo evident dat er op juridisch-technische wijze mee wordt omgegaan, zoals bijvoorbeeld met de rechtsplegingsvergoeding in strafzaken⁽¹⁹⁷⁾.

Een recent voorbeeld treft men aan in het arrest nr. 44/2014 van 13 maart 2014 van het Grondwettelijk Hof. In de situatie geïllustreerd door artikel 1595, 2° van het Burgerlijk Wetboek is een koopcontract enkel geldig als een man een overdracht doet aan zijn vrouw, omgekeerd niet. Het betreft een discriminatie, aldus het Grondwettelijk Hof in voormeld arrest. Na dit arrest mag men erop vertrouwen dat de rechtspraak zal aanvaarden dat de situatie waar een vrouw een overdracht doet, dit ook tot een geldig koopcontract zal leiden.

Ook het arbeidshof te Gent volgde die benadering in een zaak over de berekening van opzeggingsvergoedingen. Het oordeelde als volgt: “*de vastgestelde onwettigheid – bestaande in een te laag loon voor een vrouwelijke werknemer – kan niet anders verholpen worden dan door een “levelling-up”*”⁽¹⁹⁸⁾.

Evenzo in het kader van aanvullende pensioenrechten kan men aanspraak maken op een “*gelijkschakeling naar boven*”⁽¹⁹⁹⁾. Dit zijn geen alleenstaande uitspraken. Er zullen er nog volgen, ook rekening houdend met het Europese recht⁽²⁰⁰⁾.

62. Weliswaar staat nergens in steen gebeiteld dat in geval van een discriminatie, de rechter aan de benadeelde categorie het recht van de bevoordeelde categorie moet

194 Arbitragehof 30 juni 2004, nr. 116/2004 (art. 365, § 2 Ger.W.).

195 GwH 26 november 2011, nr. 190/2009.

196 Pol. Mechelen 8 oktober 2011 *T.Vred./T.Pol.* 2012, afl. 11-12/4, 567/199.

197 F. VAN VOLSEM, “Nogmaals over de rechtsplegingsvergoeding in strafzaken”, *RABG* 2010/1, 28-36.

198 Arbh. Gent 14 januari 2013, *NjW* nr. 278, 13 maart 2013, 218 (waarbij met loon bedoeld wordt het loon dat als berekeningsbasis dient voor de opzeggingsvergoeding). Het hof verwijst naar HvJ C-33/89, 27 juni 1990 (*Kowalska*), *JTT* 1991, 127; HvJ C-184/89, 7 februari 1991 (Nimz), *JTT* 1991, 346; HvJ C-167/07, 9 februari 1999 (Seymour-Smith en Perez), *Soc.Kron.* 1999, 371, noot J. JACQMAIN; Cass. 27 januari 1994, *Soc.Kron.* 1994, 75, noot J. JACQMAIN; C. BAYART, *Discriminatie tegenover differentiatie*, Brussel, Larcier, 2004, 355-356, nr. 1004; M. DE VOS, *Loon naar Belgisch arbeidsovereenkomstenrecht*, Antwerpen, Maklu, 2001, 214-215, nr. 120; zie ook W. VAN GERVEN en S. LIERMAN, *Beginselen van Belgisch privaatrecht. Algemeen deel. Veertig jaar later*, Mechelen, Kluwer, 2010, 162-164, nr. 62; P. VAN NUFFEL, “Doorwerking van Europees Gemeenschapsrecht in de Belgische rechtsorde” in J. WOUTERS en D. VAN EECKHOUTTE (eds.), *Doorwerking van internationaal recht in de Belgische rechtsorde*, Antwerpen, Intersentia, 2006, (337) 361-368.

199 Arbh. Antwerpen, 6 juni 2000, *Soc.Kron.* 2001/01, 41 (overweging III, A, a, 3). Dit in navolging van de Europese rechtspraak (arresten *Barber*). Zie ook L. VERMEULEN, “Wie betaalt rekening voor ongrondwettig onderscheid arbeiders-bedienden”, *Juristenkrant* 14 september 2011, 11.

200 Zie arrest in de zaak *Lyreco Belgium*, HvJ. C588/12, 27 februari 2014, aangaande de ontslagvergoeding bij deeltijds ouderschapsverlof. Zie ook HvJ., arrest Meerts, 22 oktober 2009, *JTT* 210, 1058, 52 en het daaropvolgende cassatiearrest van 15 februari 2010, www.cass.be nog voor de Herstelwet van 22 januari 1985 werd aangepast bij wet van 30 december 2009.

toekennen. Toch wordt in concrete dossiers de ongrondwettigheid steeds weggewerkt door wat ontzegd wordt ook toe te kennen aan de benadeelde of gediscrimineerde categorie. Dat gebeurt geruisloos en als het ware om uitvoering te geven aan arresten van het Grondwettelijk Hof.

B. Levelling-down?

63. Een discriminatie kan nochtans ook worden weggewerkt door een gelijkschakeling naar beneden, een *levelling-down* zo men wil. S. Sottiaux bespreekt deze problematiek uitvoerig en vanuit rechtsvergelijkend perspectief. Het betreft het zogeheten dilemma van de "*equal graveyards or equal vineyards*"⁽²⁰¹⁾. Telkens een ongrondwettige discriminatie wordt vastgesteld, hoort de wetgever te legifereren, hij moet een keuze maken.

Zolang de wetgever die keuze echter niet maakt, kan de rechter geen gevolg geven aan de ongrondwettig bevonden wetsbepaling⁽²⁰²⁾. Bijgevolg moet hij toepassing maken van de wetsbepaling waarmee vergeleken werd, indien deze althans voldoende duidelijk en nauwkeurig is⁽²⁰³⁾. Neemt de rechter die laatste stap niet, dan heeft de gediscrimineerde categorie immers geen enkele aanspraak meer: geen aanspraak op grond van de ongrondwettig bevonden wet, en geen aanspraak op grond van de wet waarmee vergeleken werd en zoals die van toepassing is voor de andere referentiecategorie. In die redenering wordt men als het ware gestraft omdat men gediscrimineerd wordt⁽²⁰⁴⁾. We sluiten ons daarom aan bij het standpunt van B. Renauld⁽²⁰⁵⁾ die erop wijst dat zo de bescherming van grondrechten in het gedrang komt.

Daarbij komt dat de wetsbepaling van de bevoordeelde categorie niet ongrondwettig wordt bevonden (bv. van bedienden, zwakke weggebruikers die het slachtoffer werden van ongeval met een motorvoertuig *etc.*). Deze bepaling behoudt haar gelding in de rechtsorde. De rechter kan dit voordeel dat bij uitsluiting enkel aan die categorie wordt toegekend, niet ontnemen⁽²⁰⁶⁾. *Levelling-down* kan met andere woorden enkel door de wetgever worden beslist.

64. Het is derhalve geenszins toevallig dat het Grondwettelijk Hof, in zijn arrest nr. 125/2011 van 7 juli 2011, het arrest *Defrenne* van 1976 in herinnering bracht. Dit arrest *Defrenne* betrof het recht op gelijk loon voor gelijk werk voor mannen en vrouwen. Het Hof van Justitie verwierp resoluut alle argumenten ontleend aan

201 S. SOTTIAUX, "Grondwetsconforme interpretatie. Garantie voor of aantasting van de scheiding der machten?" in *Leuvense staatsrechtelijke standpunten 2*, Brugge, die Keure, 2010, 211 e.v.

202 Artikel 9, §§ 1 en 2 en art. 26, § 2, 2° van de Bijzondere wet van 6 januari 1989 op het Grondwettelijk Hof. Zie hoger.

203 Cf. hoger besproken cassatierechtspraak.

204 Een situatie die normaal niet voorkomt, maar zich wel dreigde voor te doen bij de discriminatie van arbeiders. B. LIETAERT, "Discriminatie van arbeiders. Artikel 39 Arbeidsovereenkomstenwet, versie 1978, en de arbeider?"; *JTT* 2013, 413-417.

205 B. RENAULD, "Les illusions de l'égalité ou du nivellement par le bas à la lacune" in *Liber amicorum Paul Martens*, Brussel, Larcier, 2007, 419-437 (430).

206 De bevoordeelde categorie werd ten andere niet gehoord voor het Grondwettelijk Hof.

de *“traagheid en de weerstanden die de daadwerkelijke toepassing van dit wezenlijke beginsel in bepaalde lidstaten hebben tegengehouden”*⁽²⁰⁷⁾.

Het recht op gelijk loon voor vrouwen en mannen werd evenmin uitgesteld met verwijzing naar andere hete hangijzers, zoals het evenwicht in de pensioenfondsen. Deze kwestie werd later beslecht in o.m. de arresten *Barber e.a.*⁽²⁰⁸⁾. Er werd niet gewacht op een hernieuwde afweging van maatschappelijke belangen door de regelgever⁽²⁰⁹⁾. De traagheid van de wetgever en de weerstanden van belangengroepen mogen volgens het Hof van Justitie geen belemmeringen zijn voor de rechtsontwikkeling en het wegwerken van discriminatie⁽²¹⁰⁾.

Het arbeidshof te Brussel kende in een arrest van 18 februari 1992 aan vrouwelijke werknemers dan ook hetzelfde loon toe als dat van mannen.

Het Hof van Cassatie heeft het cassatieberoep tegen dat arrest verworpen. Het bevestigde dat de regelgeving *“alleen maar een gelijke behandeling kan beogen van de werknemers [vrouwen] die door zodanige discriminatie worden benadeeld”*⁽²¹¹⁾.

C. Wie wordt gediscrimineerd?

65. Het Hof van Cassatie voegde er in het zonet aangehaalde arrest over gelijk loon voor gelijk werk voor de duidelijkheid aan toe: *“dat zij [de gelijke behandeling] geen invloed heeft op de rechten van de werknemers [mannen] die door zulke discriminatie niet zijn benadeeld”*. Die laatste toevoeging lijkt overbodig. Het ware toch immers niet overtuigend geweest dat de werkgever gediscrimineerd werd omdat hij aan zijn mannelijke werknemers een hoger loon moest betalen. Het waren wel degelijk de vrouwen die het slachtoffer waren van de loondiscriminatie: hoeft het gezegd?

Wat arbeiders–bedienden betreft is dat niet anders. Het zijn de arbeiders die gediscrimineerd worden. Een halve eeuw rechtsliteratuur heeft het over die discriminatie, de vondst van discriminatie van werkgevers is nieuw. Het is immers gezinszins duidelijk hoe een onderscheid kan worden gemaakt tussen werkgevers. Het gewraakte criterium betreft de manuele of intellectuele aard van de prestaties

207 HvJ 8 april 1976, nr. 43/75, Defrenne II, overw. 14 en overw. 34, www.eur-lex.europa.eu; zie ook HvJ C-381/99, 26 juni 2001, Brunhofer (thans is art. 119 art. 157 Werkingsverdrag).

208 HvJ C-262/88, 17 mei 1990, *Barber*; HvJ C-170/84, 13 mei 1986, *Bilka*, HvJ C-110/91, 14 december 1993, *Moroni*; HvJ C-379/99, 9 oktober 2001, *Menauer*, telkens via www.eur-lex.europa.eu.

209 Voor een uitgebreide bespreking van de arresten *Bilka*, *Barber e.a.* zie L. SOMMERIJNS en I. DE WILDE, “Gelijkheid op grond van geslacht in aanvullende pensioenen”, *TSR* 2003, 269-281, alsook de daarin opgenomen verwijzingen. Zie ook L. SOMMERIJNS, “Discriminatie in aanvullende WAP-pensioenstelsels”, *TSR* 2009/2, 203 en 204. Zie ook J. WOUTERS, “Het Hof van Justitie en de gelijke behandeling van mannen en vrouwen inzake wettelijke en conventionele pensioenen”, 1994-95, deel 1: 1385-1396, deel 2: 1417-1430; *err. RW* 1995-96, 240.

210 Het Hof van Justitie stelt ook in *Barber* zeer uitdrukkelijk dat *“de nationale rechterlijke instantie de bescherming van de door artikel 119 aan justitiabelen verleende rechten dienen te verzekeren”* (o.w. 39).

211 Cass. 17 januari 1994, www.cass.be; *Soc.Kron.* 1994/2, 75 (de publicatie in *Soc.Kron.* vermeldt foutief de datum “27 januari 1994”). Zie P. HUMBLET, “Gelijke behandeling man/vrouw na twintig jaar richtlijn nr. 76/207” in W. VAN EECKHOUTTE en M. RIGAUX (eds.), *Sociaal Recht: niets dan uitdagingen*, Gent, Mys & Breesch, 1996, 179 e.v. en A. WITTERS en I. VERHELST, “Nieuwe discriminatieregels in arbeidszaken”, *Or.* 2007, 180.

en maakt een onderscheid tussen werknemers. Hooguit kan men aanvoeren dat er een indirecte discriminatie bestaat naargelang een werkgever wel of niet tot een arbeidsintensieve sector behoort, en dus voornamelijk arbeiders tewerkstelt. Die categorie heeft echter geen wettelijke basis en valt ook moeilijk af te lijnen.

Maar het is niet wie “eerst maalt” die gelijk krijgt: het slachtoffer van de discriminatie dan wel de persoon die de wettelijke maar ongrondwettig bevonden discriminatie toepast⁽²¹²⁾. Zo kon indertijd de WAM-verzekeraar die vergoedingen moet uitbetalen aan het slachtoffer van een ongeval met een motorrijtuig, niet ernstig aanvoeren gediscrimineerd te worden in vergelijking met de verzekeraar die aangesproken wordt in geval van aanrijding door een trein of tram⁽²¹³⁾. Het waren wel degelijk de vrouwen (gelijk loon), zwakke weggebruikers (aangereden door trein of tram) of arbeiders (opzegvergoeding) die gediscrimineerd werden.

Discriminatie is niet neutraal, geen “loutere toevalligheid”⁽²¹⁴⁾; er is een slachtoffer van de discriminatie.

Vandaar dat het recht van de bevoordeelde groep stelselmatig aan de benadeelde groep wordt toegekend. Dat is zeker in een rechtsgebied dat een beschermend karakter heeft, niet meer dan een “natuurlijke wijze” van handelen⁽²¹⁵⁾.

Maar ook de werkgever kan worden gediscrimineerd. Men denke aan het geval waar een arbeider de arbeidsovereenkomst met een korte opzegtermijn kon opzeggen. Het was niet uitgesloten dat het Grondwettelijk Hof deze situatie evenzeer ongrondwettig had bevonden (aangezien de werkgever anders behandeld wordt naargelang de opzeggende partij een arbeider dan wel een bediende is). Zo rechtsherstel mogelijk was voor de arbeider in geval hij opgezegd werd op basis van een discriminerend criterium, dan leek dat ook te moeten kunnen voor de (op basis van een discriminerend criterium behandelde) werkgever.

D. Nood aan een hernieuwde afweging van maatschappelijke belangen

66. In maatschappelijk meer geladen dossiers stelt men soms een terughoudendheid vast. Dat was tot op een zekere hoogte zo bij de discriminatie van arbeiders. Wij hebben deze problematiek elders besproken en verwijzen naar die bijdrage⁽²¹⁶⁾. In

212 Anders: J. VANPRAET, “De gelijkshakeling van arbeiders en bedienden: de gevolgen van het arrest nr. 125/2011 van het Grondwettelijk Hof voor de wetgever en de rechter” in C. BAYAERT en D. CUYPERS (eds.), *De IPA-Wet en het Belgische ontslagrecht*, Brugge, die Keure, 2012, 18.

213 Dat zijn vaak overheden die hun eigen verzekeraar zijn.

214 Zoals J. VANPRAET (o.c.) het verwoordt. Reeds sinds de jaren 50 wordt de discriminatie van arbeiders gehekelde (reeds in R. GEYSEN, “La distinction entre employés et ouvriers”, *TSR* 1953, 1-11). In al die decennia rechtsliteratuur treft men niet één voorbeeld aan waar gesteld wordt dat het eigenlijk ... de werkgevers zijn die gediscrimineerd worden. Voor een indrukwekkend overzicht van het aantal artikelen die wijzen op de discriminatie ten nadele van de arbeider, zie W. VANDEPUTTE, *Ontslagrecht en de arbeidsmarkt*, Brugge, die Keure, 2011, 268.

215 M. MELCHIOR en C. COURTOY, “Het verzuim van de wetgever of de lacune in de grondwettelijke rechtspraak”, *TBP* 2008, p. 599, nr. 34. Zie hierover ook, J. THEUNIS, *De exceptie van onwettigheid in Administratieve rechtsbibliotheek*, Brugge, die Keure, 2011, 408 e.v.

216 B. LIETAERT, “Discriminatie van arbeiders. Artikel 39 Arbeidsovereenkomstenwet, versie 1978, en de arbeider?”, *JTT* 2013, 413-417.

dergelijke dossiers wordt teruggegrepen naar het argument dat het de wetgever toekomt over te gaan tot een maatschappelijke afweging van belangen. Dit argument verdient echter een juiste situering.

Zoals hoger aangegeven, oordeelde het Grondwettelijk Hof dat het een discriminatie uitmaakt dat onbezoldigde stagiairs niet onder de Arbeidsongevallenwet vallen. Het Hof van Cassatie ging echter niet over tot rechtsherstel: er diende immers eerst te worden bepaald wie de arbeidsongevallenvergoeding diende te betalen (de inrichtende macht, de school of het bedrijf?). Het is niet aan de rechter die keuze te maken: dat komt de wetgever toe. In dergelijke gevallen kan niet tot rechtsherstel worden overgegaan omdat dan een *“hernieuwde maatschappelijke afweging van belangen”* vereist is. Het is niet uitgesloten dat bepaalde rechtspraak in geladen dossiers op grond van die overweging rechtsherstel zal weigeren.

Maar in die gedachtegang wordt rechtsherstel zo goed als altijd onmogelijk. Een discriminatie wegnemen of rechtsherstel bieden, raakt immers altijd aan maatschappelijke belangen⁽²¹⁷⁾. Dat is niet alleen zo bij de ontslagregeling van arbeiders, maar bijvoorbeeld ook bij het ontzeggen aan bepaalde categorieën vreemdelingen van maatschappelijke dienstverlening.

Het Grondwettelijk Hof weegt die maatschappelijke belangen tegenover elkaar af en beoordeelt de proportionaliteit van een discriminerende maatregel. Dit is de kerntaak van het Hof, niet van de feitenrechter. Maar als het dan een ongrondwettigheid vaststelt, dan *“kan en moet”* de rechter die wegwerken. Hij kan niet weigeren dat te doen, zeggende dat eerst nog een maatschappelijke afweging vereist is. Die afweging werd immers reeds doorgevoerd door dé bevoegde rechter: het Grondwettelijk Hof.

67. Het argument houdt enkel steek zo ook de wijze van rechtsherstel een bijkomende afweging van maatschappelijke belangen vereist, zoals in het geval van de stagiair getroffen door een arbeidsongeval. Geen vergoeding toekennen is een discriminatie, aldus het Grondwettelijk Hof. Maar in dit geval is op het niveau van het rechtsherstel een bijkomende afweging van maatschappelijke belangen vereist. Dit is een taak voor de wetgever.

Het loutere gegeven dat een discriminatie tot maatschappelijke beroering leidt, mag de rechter niet afleiden van zijn taak een ongrondwettigheid te laten bestaan. De rechter moet de Grondwet doen respecteren en gegronde vorderingsrechten honoreren, eerder dan naar eigen inzicht recht te ontzeggen uit een gevoeligheid voor maatschappelijke beroering⁽²¹⁸⁾. Sinds de cassatierechtspraak van 2008 staat het immers vast dat *“indien aan de ongrondwettigheid zonder meer een einde kan worden gesteld door die wetsbepaling, binnen het kader van de bestaande wettelijke regeling, aan te vullen dermate dat ze niet meer strijdig is met de artikelen 10 en 11 van de Grondwet, (dan) kan en moet de rechter dit doen”*.

217 S. SOTTIAUX, “Grondwetsconforme interpretatie. Garantie voor of aantasting van de scheiding der machten?” in A. ALEN en S. SOTTIAUX (eds.), *Leuvense staatsrechtelijke standpunten 2*, Brugge, die Keure, 2010, nr. 41.

218 Hij oordeelt dan als een soort dorpsoudste, aldus treffend E. BREWAEYS, F. DORSSEMONT en K. SALOMEZ (“Rechterlijke tussenkomst bij collectieve conflicten”, *NjW* 2003, p. 555, nrs. 38 e.v.).

Anders oordelen lijkt op gespannen voet te staan met de overvloedige rechtspraak waar in tal van situaties de discriminaties wel worden weggewerkt. En dan ook bv. geen 'gelijk loon voor gelijk werk'⁽²¹⁹⁾.

68. Deze zgn. "levelling-up" – aan de benadeelde categorie het voordeel van de referentiecategorie toekennen – kost vaak veel geld. Het is echter aan de wetgever om te bepalen of het houdbaar is om eenieder, zonder uitsluiting, bepaalde (sociale of andere) voordelen toe te kennen. Dat is een afweging die de rechter niet mag maken.

Levelling-up is een wat misleidende en *catchy* term uit het antidiscriminatierecht die suggereert dat de rechter voordelen uitdeelt. Dat is uiteraard niet zijn taak, maar het behoort hem wel een discriminatie of ongrondwettigheid weg te werken. Dat is geen schending, maar een samenwerking van machten. Het is dan aan de wetgever om desgevallend de wetgeving op een niet-discriminerende wijze bij te stellen, zoals hij dat gedaan heeft met de wet betreffende het eenheidsstatuut tussen arbeiders en bedienden⁽²²⁰⁾.

E. Specifieke versus algemene regeling en de nood aan referentiecategorie

69. Soms wordt gesteld dat rechtsherstel vereist dat er een algemene regeling bestaat die toegepast kan worden op de groep voor welke er een specifieke maar discriminerende regeling geldt⁽²²¹⁾. In die gedachtegang kan een rechter enkel overgaan tot rechtsherstel indien de discriminatie schuilt in een uitzonderlijke of specifieke regeling. Deze kan dan buiten toepassing worden gelaten⁽²²²⁾, en zo kan dan de algemene regeling toegepast worden.

Deze benadering is echter vatbaar voor kritiek.

Vooreerst leidt zij tot een innerlijke tegenstrijdigheid. Om een wet te toetsen aan het gelijkheidsbeginsel moeten er twee vergelijkbare groepen zijn. Maar als die groepen vergelijkbaar zijn, gaat het niet op, bij het bepalen van de gevolgen van de discriminatie, te stellen dat de ene groep al bij al dan toch geen referentie kan zijn voor de andere. Dat is innerlijk tegenstrijdig.

Bovendien werd deze gedachte geformuleerd ter situering van een andere problematiek⁽²²³⁾. Er werd een fiscale discriminatie tussen ongehuwd samenwonenden

219 Dan geen arrest *Defrenne*, en overigens evenmin de arresten *Barber e.a.* Dan ook geen vergoedingen aan slachtoffers van verkeersongevallen met een trein of tram, geen verhoogde gezinsbijslag aan bepaalde sociale categorieën of geen cassatieberoep tegen beslissingen in verband met de BOM?

220 Wet van 26 december 2013 betreffende de invoering van een eenheidsstatuut tussen arbeiders en bedienden inzake de opzeggingstermijnen en de carensdag en begeleidende maatregelen, BS 31 december 2013.

221 Bv. W. RAUWS, "De toekomst van het arbeidsovereenkomstenrecht" in B. DEBAENST (ed.), *Van status tot contract. De arbeidsovereenkomst in België vanuit rechtshistorisch perspectief*, Brugge, die Keure, 2013, 154-155 en G. VANDE VYVER, "Proloog" in B. DEBAENST (ed.), *Van status tot contract. De arbeidsovereenkomst in België vanuit rechtshistorisch perspectief*, Brugge, die Keure, 2013, 3-5.

222 Die benadering is geïnspireerd door artikel 159 van de Grondwet, maar dat betreft een ander contentieux.

223 GwH 6 november 2001, nr. 140/2001 van overw. B.8. Over dat arrest, zie P. POPELIER, "Rechtsbescherming tegen discriminerende wetgeving: rol van het Arbitragehof en de mogelijkheden tot

en echtgenoten vastgesteld. Welke fiscale wet moet dan toegepast worden: die voor samenwonenden of die voor echtgenoten? Deze discriminatie vloeit voort uit een leemte in de (fiscale) wet. Beide groepen worden anders behandeld, maar het Grondwettelijk Hof heeft niet bepaald welke groep als referentie geldt of welke groep gediscrimineerd wordt. In de meeste gevallen is het duidelijk welke groep gediscrimineerd wordt. Het is echter niet altijd duidelijk zoals het voorbeeld over gehuwd of ongehuwd wettelijk samenwonen illustreert. Er zijn nog dergelijke situaties denkbaar, zoals bv. ter zake van leeftijdsdiscriminatie.

De visie vindt ten andere geen weerklank in de rechtspraak bij het toekennen van rechtsherstel in geval van discriminaties (zwakke weggebruiker, rechtsplegingsvergoeding, etc.).

F. Beschikkingsbeginsel

70. Discriminaties komen nooit alleen. Een achtergestelde groep wordt vaak op meerdere punten tegelijk gediscrimineerd. Wanneer een rechter geconfronteerd wordt met een vordering van een persoon die tot een gediscrimineerde categorie behoort, moet hij echter diens vordering en die vordering alleen beoordelen. Hij mag niet de vis in het water verdrinken door te wijzen op tal van andere mogelijke rechtsvragen om dan te besluiten dat hij niet bij machte is rechtsherstel te bieden⁽²²⁴⁾.

Zo werd de discriminatie van vrouwen op het vlak van gelijk loon voor gelijk werk weggewerkt in weerwil van de vele andere vragen die indertijd bestonden over andere sociaalrechtelijke discriminaties tussen mannen en vrouwen.

De titularis van een subjectief recht kan beslissen over de handhaving van zijn recht, en zijn aanspraak in rechte vorderen. Het komt niet aan de rechter toe te beslissen over de inhoud van de rechtsvordering: het ware in strijd met het beschikkingsbeginsel "*indien de rechter een geschil behandelt dat geen van de titularissen (...) hem wilde voorleggen, of nog: indien de rechter uitspraak doet over iets dat volledig buiten de context van een hem regelmatig voorgelegde zaak valt*"⁽²²⁵⁾. Het beschikkingsbeginsel is overigens een algemeen rechtsbeginsel⁽²²⁶⁾.

Dit sluit aan bij wat het Hof van Cassatie ons leert: *indien "aan de ongrondwettigheid zonder meer een einde kan worden gesteld (dan) kan en moet de rechter dit doen"*⁽²²⁷⁾.

rechtsherstel door rechter en wetgever", *RW* 2006-07, 248.

224 Vgl. D. CUYPERS, "Het Belgische ontslagrecht na de IPA-wet en het arrest van het Grondwettelijk Hof van 7 juli 2011" in C. BAYAERT en D. CUYPERS (eds.), *De IPA-wet en het Belgische ontslagrecht*, Brugge, die Keure, 2012, 53.

225 B. ALLEMEERSCH, *Taakverdeling in het burgerlijk proces*, Antwerpen, Intersentia, 2007, 605.

226 B. ALLEMEERSCH, *Taakverdeling in het burgerlijk proces*, Antwerpen, Intersentia, 2007, 21. Zie bv. Cass. 21 juni 2001 en Cass. 13 juni 1994, www.cass.be.

227 Cass. 14 oktober 2008, www.cass.be, concl. M. TIMPERMAN; *JT* 2008, 755, noot B. DEJEMEPPE; *Pas.* 2008, afl. 10, 2215, concl. M. TIMPERMAN; *Rev.dr.pén.* 2009, afl. 1, 92, noot N. VAN DER EECKEN; Cass. 28 oktober 2008, P.08.0706, Adv. Gen. DUINSLAEGHER en Cass. 3 november 2008, *JTT* 2009, 87, concl. en *NjW* 2009, 360, noot I. BOONE. Zie ook: Cass. 17 januari 2008, *RW* 2008-09, 1184, noot P. POPELIER.

V. Besluit

71. Het principe “gelijk loon voor gelijk werk” werd gerealiseerd in een periode van uitbouw van sociaal recht. Vandaag staat het sociaal recht onder druk. Er heerst een gewijzigde gevoeligheid; de *communis opinio* schat de maatschappelijke belangen, tendensen en vooruitzichten op lange termijn anders in.

Vraag is echter of dergelijke sociaaleconomische overwegingen zwaarder wegen dan de plicht het grondwettelijk gewaarborgd gelijkheidsbeginsel te herstellen.

Wie in de klas rondgaat met snoepjes, zal niet één kind uitsluiten. Worden de snoeprondeste te duur, dan zal de directie ingrijpen: kleinere snoepdozen, minder of andere snoepjes. Zo lang echter krijgen alle kinderen hun snoep. Maar een discriminerende maatregel ontzegt niet enkel een snoep of een materieel voordeel, maar houdt ook de afwijzing in van een persoon op niet ter zake doende gronden. Dat is onverenigbaar met de democratische rechtsstaat en het gelijkheidsbeginsel. De rechter moet moedig durven te zijn als er essentiële waarden op het spel staan, aldus M. Storme⁽²²⁸⁾; er is dan geen onderhandelingsruimte, aldus F. Tulkens⁽²²⁹⁾.

72. De rechter heeft bij vele discriminaties een afgelijnde taak, als bij een gebonden bevoegdheid⁽²³⁰⁾. Het louter wegnemen van de ongrondwettigheid brengt hem niet in een positie die kan overslaan in willekeur, wat de scheiding der machten in wezen bestrijdt. De grondwettelijke beginselen van gelijkheid en machtscheiding gaan dan hand in hand. Het is derhalve legitiem, redelijk en evenwichtig de discriminatie weg te werken. Het behoort zelfs tot de wezenlijke taak van de rechter dat te doen⁽²³¹⁾. Omgekeerd kan hij dat niet zo de discriminerende situatie niet voldoende afgebakend is en er uit de toepassing van verschillende referentienormen moet gekozen, of de referentienorm niet zonder bijkomende vragen toegepast kan worden.

De wet is als een spiegel: zonder discriminatiewetten, discrimineren we; zonder snelheidsbeperkingen, snellen we achteloos door. Juristen houden anderen die spiegel voor: dat ze niet mogen discrimineren, dat ze niet te snel mogen rijden. In de spiegel kijken kan confronterend zijn. Zonder spiegel zien we onze fouten vaak niet.

Discrimineert ook de rechtspraak als zij in eenvoudige en voor de hand liggende gevallen discriminaties wegwerkt, maar zich terughoudend opstelt in juridisch duidelijke, maar maatschappelijk gevoelige thema's?

Dat de spiegel spreke.

228 M. STORME, “Van rechtsstaat naar rechtserstaat”, *NjW* 2012, 576.

229 F. TULKENS, “Over fundamentele rechten is er geen onderhandelingsruimte”, *Juristenkrant* 10 april 2013, 8.

230 Vgl. de rechtspraak over artikel 144 Grondwet en de bevoegdheid van de burgerlijke rechter bij een gebonden bevoegdheid van de overheid (Cass. 24 januari 2011, C.10.0537.F/1, www.cass.be). Dit is een andere materie die evenwel ook het beginsel van de scheiding der machten betreft. Artikel 144 Gw. werd aangevuld met een tweede lid opdat ook in deze materie de bestuurlijke rechter schadevergoedingen zou kunnen toekennen Zie daarover J. GOOSSENS, “De vervaagde grens tussen burgerlijke en administratieve rechter”, *TBP* 2014, afl. 4-5, 275-294.

231 Vgl., genuanceerd, S. SOTTIAUX, “Grondwetsconforme interpretatie. Garantie voor of aantasting van de scheiding der machten?” in A. ALEN en S. SOTTIAUX (eds.), *Leuvense staatsrechtelijke standpunten 2*, Brugge, die Keure, 2010, nr. 27 e.v.