

2015•2016
FACULTEIT RECHTEN
master in de rechten

Masterproef

De toetsing aan het gelijkheidsbeginsel: levelling up of levelling down?

Promotor :
Prof. dr. Jan THEUNIS

Dieter Geldof

Scriptie ingediend tot het behalen van de graad van master in de rechten

De transnationale Universiteit Limburg is een uniek samenwerkingsverband van twee universiteiten in twee landen: de Universiteit Hasselt en Maastricht University.



Universiteit Hasselt | Campus Hasselt | Martelarenlaan 42 | BE-3500 Hasselt
Universiteit Hasselt | Campus Diepenbeek | Agoralaan Gebouw D | BE-3590 Diepenbeek



Maastricht University

2015•2016
FACULTEIT RECHTEN
master in de rechten

Masterproef

De toetsing aan het gelijkheidsbeginsel: levelling up of
levelling down?

Promotor :
Prof. dr. Jan THEUNIS

Dieter Geldof

Scriptie ingediend tot het behalen van de graad van master in de rechten

SAMENVATTING

Het gelijkheidsbeginsel komt er in principe op neer dat men gelijke situaties gelijk dient te behandelen en ongelijke situaties ongelijk. Indien het Grondwettelijk Hof een inbreuk vaststelt op dit beginsel dient de discriminatie te worden weggewerkt. Dit kan op verschillende manieren gebeuren: door de benadeelde te geven wat de bevoordeelde toekomt of door de bevoordeelde te ontnemen wat de benadeelde wordt ontzegd. Er bestaan geen (grond)wettelijke bepalingen die de toe te passen methode voorschrijven. De vraag rijst of de rechter deze keuze zomaar zelf kan maken en of hij daarvoor gebonden is door bepaalde regels. Wanneer begeeft het Grondwettelijk Hof zich bijvoorbeeld op het terrein dat is voorbehouden aan de wetgever?

Vooreerst dient duidelijk te zijn welke categorie kan beschouwd worden als de referentiecategorie. Bestaat er een regeling die een uitzondering uitmaakt op een algemene regeling dan zal deze laatste als referentie dienen. Specifiek wat betreft de discriminatie tussen vrouwen en mannen dient de nivellering steeds te gebeuren richting de categorie van de mannen. Het doel van de het beginsel van gelijkheid tussen vrouwen en mannen is immers om vrouwen te beschermen en ze dezelfde rechten als mannen toe te kennen.

Het Hof zal steeds onderzoeken waar precies de schending van het gelijkheids- en niet discriminatiebeginsel zich bevindt. Is dit in een wettelijke norm, dan kan het volstaan te voorspellen welke impact de vernietiging of het buiten toepassing laten van deze norm heeft op de rechtsorde. Wordt een bepaling die rechten toekent vernietigd, dan is het resultaat een nivellering naar beneden. Omgekeerd zal het verdwijnen van een bepaling die plichten oplegt leiden tot een nivellering naar boven. Hierbij dient men steeds rekening te houden met wie als referentiecategorie beschouwd wordt.

Komt het Hof tot de conclusie dat de discriminatie zich niet bevindt in een wettelijke norm, maar in het ontbreken ervan, dan is het van belang of deze lacune al dan niet zelf herstellend is. Het louter vaststellen van een discriminatie zal niet leiden tot een nivellering. De lacune dient zelf herstellend te zijn, zodat de feitenrechter deze kan opvullen. Het is hier dat het onderscheid tussen een extrinsieke en een intrinsieke lacune een invloed heeft.

Een zuiver extrinsieke lacune kan in principe niet zelf herstellend zijn. Men dient dan het optreden van de wetgever af te wachten. Het Hof kan echter wel druk uitoefenen door de wetgever een bepaalde termijn op te leggen om de ongelijkheid te verhelpen.

Een intrinsieke lacune is zelf herstellend als deze in voldoende precieze en volledige bewoordingen. De oorsprong van de discriminatie dient exact te worden aangegeven, zodat de feitenrechter de wet kan toepassen met inachtneming van de artikelen 10 en 11 van de Grondwet. In dat geval hangt de richting van de nivellering het opnieuw af van de aard van de bepaling, of deze rechten dan wel plichten oplegt.

Voor de benadeelde die een wettelijke bepaling aanvecht bij het Grondwettelijk Hof is het van groot belang of hij uiteindelijk krijgt wat de bevoordeelde toekomt of niet. Het doel van het aanvechten van een ongelijkheid is niet om de bevoordeelde zijn voordeel te ontnemen, hoewel dit juridisch gezien de ongelijkheid wel oplost. Het is niet enkel van belang voor de rechtstreekse betrokkenen op welke manier men een discriminatie wegwerkt, maar ook voor de samenleving in zijn geheel. Het maakt onderdeel uit van fundamentele keuzes in het beleid van de wetgever. Een nivellering naar boven kan immers zeer kostelijk zijn. In dit onderzoek zal duidelijk worden in hoeverre het Grondwettelijk Hof mee deze keuzes maakt en welke andere invloeden er gelden.

De vraag welke invloed het Grondwettelijk Hof kan en mag hebben op de nivellering hangt nauw samen met de plaats die het Hof in neemt in het groter geheel van het Belgisch rechtssysteem. Hoe moet met de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof beordelen in het licht van het beginsel van de scheiding der machten?

De bewegingsruimte van het Hof bij het toetsen van wetten, decreten en ordonnanties aan het gelijkheids- en niet discriminatiebeginsel is zonder meer ruim te noemen. Dankzij de mogelijkheid tot gedeeltelijke vernietiging en de techniek van de handhaving der gevolgen kan het Hof de gevolgen van haar arresten sturen.

Maar het Hof maakt niet zomaar een zuivere keuze tussen een "levelling up" of "levelling down". De nivellering is veeleer het gevolg van welke bepaling het Hof als discriminerend aanmerkt en of er al dan niet een lacune wordt vastgesteld. De plaats van de discriminerende bepaling in het breder kader van de wetgeving kan de mogelijkheden van het Hof inperken. Het standstill-beginsel verplicht in bepaalde gevallen tevens een nivellering naar boven. Ten slotte kan de wetgever steeds ingrijpen en zo de (al dan niet bewuste) keuze van het Grondwettelijk Hof ongedaan maken.

Het Grondwettelijk Hof heeft haar rol in de loop der jaren ruimer opgevat dan de wetgever oorspronkelijk voor ogen had. Zo heeft het zich bevoegd verklaard voor het toetsen van lacunes en gebruikt het haar arsenaal aan instrumenten om actief mee te werken aan de rechtsvorming. Toch kan niet besloten worden dat het Hof hierdoor het beginsel van de scheiding der machten schendt. De plaats van het Grondwettelijk Hof in het Belgische staatsbestel is immers deze van bewaker van de Grondwet en in het kader van die rol heeft het Hof haar bevoegdheid opgevat.

Het Hof is tegelijk rechter en regelgever. In die zin dat het kenmerken van een materiële rechter heeft, maar ook actief bijdraagt aan het recht. Vooral bij het opvullen van lacunes in de wet doet het hof in feite aan rechtscreatie. Het Hof van Cassatie heeft zich uiteindelijk neergelegd bij de toetsing van lacunes door het Hof.

De grens van het Hof ligt bij het zich in de plaats stellen van de wetgever. Het Hof gedraagt zich dan wel als "positieve wetgever" bij het toetsen van wetten aan de Grondwet, maar zal niet oordelen over de opportuniteit van die wetten. Ook in het fiscaal recht en het strafrecht stelt het hof zich terughoudend op omwille van het legaliteitsbeginsel.

VOORWOORD

Dit onderzoek is gevoerd naar aanleiding van het schrijven van een scriptie als sluitstuk van mijn masteropleiding Rechten aan de Universiteit Hasselt.

Het onderwerp van deze scriptie, "De toetsing aan het gelijkheidsbeginsel: levelling up of levelling down?", wekte een zekere nieuwsgierigheid bij mij op. Eerder tijdens mijn opleiding ben ik al in aanraking gekomen discriminatierecht, maar de vraag wat er diende te gebeuren om een discriminatie te verhelpen had ik mij nog niet eerder gesteld.

Naarmate het onderzoek vorm begon te krijgen kreeg ik het gevoel meer te begrijpen van de werking van het Grondwettelijk Hof en de gevolgen van haar arresten. Zoals zo vaak in het recht: hoe meer men zich verdiept in een bepaalde rechtstak, hoe interessanter deze blijkt te zijn. Tijdens het schrijven van deze masterscriptie heb ik veel bijgeleerd en heb ik nieuwe inzichten verworven over discriminatierecht in het algemeen en in het bijzonder over het herstel van ongelijkheden.

Deze scriptie kon niet tot stand zijn gekomen zonder de hulp en steun van verschillende mensen.

Allereerst wens ik mijn promotor prof. dr. Theunis te bedanken voor het ter beschikking stellen van dit onderwerp en zijn inspirerende kritieken.

Vervolgens wens ik ook al mijn vrienden, studentenclub Tyl Uylenspiegel en Hermes Diepenbeek te bedanken voor de geboden steun en nodige ontspanning.

Uiteindelijk wens ik ook mijn ouders te bedanken voor hun eeuwigdurende geloof in mij.

Dieter Geldof, 15 mei 2016

INHOUDSOPGAVE

Samenvatting	1
Voorwoord.....	3
Inleiding.....	9
Methodologie	11
Deel I. Het Grondwettelijk Hof en het gelijkheidsbeginsel	13
Hoofdstuk I. De bevoegdheid van het Grondwettelijk Hof	15
Afdeling i. Geschiedenis	15
Afdeling ii. Referentienormen	16
Afdeling iii. Voor toetsing vatbare normen.....	16
Afdeling iv. Beroep tot vernietiging	17
Afdeling v. Prejudiciële vraag	18
Hoofdstuk II. Instrumenten	19
Afdeling i. Richtlijnen	19
Afdeling ii. Verordeningen	19
Afdeling iii. Handhaving der gevolgen	20
Afdeling iv. Gedeeltelijke vernietiging	21
Afdeling v. Interpretatievoorbehoud	21
Afdeling vi. Interpretatiearresten	22
Hoofdstuk III. Gelijkheidsbeginsel.....	23
Afdeling i. Internationaal	23
Afdeling ii. Europese Unie	24
Afdeling iii. Nationaal	25
Hoofdstuk IV. Toetsingsmethode Grondwettelijk Hof	29
DEEL II. Levelling up of levelling down	31
Hoofdstuk I. Referentiecategorie	33
Afdeling i. Specifieke vs. algemene regeling	33
Afdeling ii. Arbeiders vs. Bedienden	34
Afdeling iii. Vrouwen vs. mannen	36
Hoofdstuk II. Discriminatie in de wettelijke bepaling zelf	39
Afdeling i. De aangevochten bepaling kent rechten toe	39
Afdeling ii. De aangevochten bepaling legt plichten op.....	39

Hoofdstuk III. Discriminatie door een leemte in de wet.....	43
Afdeling i. Extrinsieke lacune.....	43
Afdeling ii. Intrinsieke lacune	44
Afdeling iii. Nuancering.....	45
Afdeling iii. Zelf herstellend.....	46
Hoofdstuk IV. Hangende zaken.....	51
Afdeling i. ARCO	51
Afdeling ii. Turteltaks	52
Afdeling iii. Pensioenhervorming	53
Hoofdstuk V. Tussenbesluit	55
DEEL III. Bewegingsruimte van het Hof.....	57
Hoofdstuk I. Invloed instrumenten.....	59
Afdeling i. Verordeningen en handhaving der gevolgen	59
Afdeling ii. Gedeeltelijke vernietiging.....	59
Afdeling iii. Interpretatiearresten	60
Hoofdstuk II. Herformulering en ambtshalve aangebrachte middelen	61
Hoofdstuk III. Levelling up of levelling down: een bewuste keuze?	63
Afdeling i. Plaats van de aangevochten norm in de rechtsorde.....	63
Afdeling ii. Standstill-beginsel.....	63
Afdeling iii. Wetgever heeft het laatste woord?	64
Hoofdstuk VI. Invloed van de verzoekende partijen	67
Afdeling i. Doel van de verzoekende partijen	67
Afdeling ii. Bepaling zelf of lacune aanvallen.....	69
Hoofdstuk V. Tussenbesluit	71
DEEL IV. Grenzen van het Grondwettelijk Hof	73
Hoofdstuk I. Scheiding der machten.....	75
Hoofdstuk II. Plaats Grondwettelijk Hof in het Belgische staatsbestel	77
Hoofdstuk III. Het Grondwettelijk Hof: Rechter of regelgever?	79
Afdeling i. Het Grondwettelijk Hof als rechter	79
Afdeling ii. Het Grondwettelijk Hof als negatieve wetgever	80
Afdeling iii. Het Grondwettelijk Hof als positieve wetgever: schending van de scheiding der machten?.....	81
Hoofdstuk IV. Terughoudendheid van het Grondwettelijk Hof.....	83

Hoofdstuk V. Tussenbesluit	85
CONCLUSIE	87
BIBLIOGRAFIE	89

INLEIDING

Het zogenaamde politiepensioenarrest van het Grondwettelijk Hof van 10 juli 2014 veroorzaakte heel wat ophef. Het arrest had tot gevolg dat de meerderheid van de leden van de geïntegreerde politie een voordeel verloor omdat een minderheid datzelfde voordeel niet genoot. Wanneer het Hof vaststelt dat een maatregel discrimineert, rijst doorgaans de vraag op welke wijze de gelijkheid moet worden hersteld: door de benadeelde te geven wat de bevoordeelde toekomt (nivellering naar boven) of door de bevoordeelde te ontnemen wat de benadeelde wordt ontzegd (nivellering naar beneden). In welke mate kan en mag de rechter daarin sturend optreden?

Het gelijkheidsbeginsel komt er in principe op neer dat men gelijke situaties gelijk dient te behandelen en ongelijke situaties ongelijk. Indien het Grondwettelijk Hof een inbreuk vaststelt op dit beginsel dient de discriminatie te worden weggewerkt. Dit kan op verschillende manieren gebeuren: door de benadeelde te geven wat de bevoordeelde toekomt of door de bevoordeelde te ontnemen wat de benadeelde wordt ontzegd. Er bestaan geen (grond)wettelijke bepalingen die de toe te passen methode voorschrijven. De vraag rijst of de rechter deze keuze zomaar zelf kan maken en of hij daarvoor gebonden is door bepaalde regels. Wanneer begeeft het Grondwettelijk Hof zich bijvoorbeeld op het terrein dat is voorbehouden aan de wetgever?

Voor de benadeelde die een wettelijke bepaling aanvecht bij het Grondwettelijk Hof is het van groot belang of hij uiteindelijk krijgt wat de bevoordeelde toekomt of niet. Het doel van het aanvechten van een ongelijkheid is niet om de bevoordeelde zijn voordeel te ontnemen, hoewel dit juridisch gezien de ongelijkheid wel oplost. Het politiepensioenarrest illustreert de vergaande gevolgen van een keuze van het Grondwettelijk Hof zeer goed. Er kan worden aangenomen dat de vakbond die de ongelijke pensioenbehandeling bij de politie aanvocht geenszins de bedoeling had om bepaalde leden van de politie hun voordeel te ontnemen. Toch had dit beroep tot vernietiging van een kleine lokale vakbond gevolgen voor een groot deel van de politieleden.

Het is niet enkel van belang voor de rechtstreekse betrokkenen op welke manier men een discriminatie wegwerkt, maar ook voor de samenleving in zijn geheel. Het maakt onderdeel uit van fundamentele keuzes in het beleid van de wetgever. Een nivellering naar boven kan immers zeer kostelijk zijn. In dit onderzoek zal duidelijk worden in hoeverre het Grondwettelijk Hof mee deze keuzes maakt en welke andere invloeden er gelden.

De vraag welke invloed het Grondwettelijk Hof kan en mag hebben op de nivellering hangt nauw samen met de plaats die het Hof in neemt in het groter geheel van het Belgisch rechtssysteem. Hoe moet met de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof beoordeelen in het licht van het beginsel van de scheiding der machten?

METHODOLOGIE

In dit onderzoek wordt nagegaan op welke wijze de gelijkheid moet worden hersteld, indien het Grondwettelijk Hof heeft vastgesteld dat een norm discriminerend is. Bijkomend wordt onderzocht in welke mate de rechter hierin sturend kan en mag optreden. Hiervoor worden volgende onderzoeksvragen geformuleerd:

- 1. Op welke wijze moet de gelijkheid worden hersteld: door een nivellering naar boven of naar beneden?*
- 2. Kan het Grondwettelijk Hof hier sturend in optreden?*
- 3. Is het Grondwettelijk Hof bevoegd om hier sturend in op te treden?*

In vier delen zal een antwoord worden gezocht op deze vragen. Een eerste inleidende deel betreft de geschiedenis en de bevoegdheden van het Grondwettelijk Hof in het algemeen. Hier wordt ook een besproken wat het gelijkheids- en niet discriminatiebeginsel inhoudt en op welke manier het Hof dit beginsel toepast.

De drie daaropvolgende delen zijn elk toegespitst op een van de onderzoeksvragen. Toch wordt er niet uit het oog verloren dat de vragen verband met elkaar hebben. De volgorde van het beantwoorden van de onderzoeksvragen is logisch opgebouwd. Eerst wordt onderzocht op welke wijze de gelijkheid moet worden hersteld. Daarna kan worden bekeken of het Hof hier een actieve rol in speelt. Uiteindelijk komt de vraag aan bod of het wel toegelaten is dat Het Hof de richting van de nivellering stuurt.

De relevante wetgeving, in het bijzonder de Grondwet en de Bijzondere Wet op het Grondwettelijk Hof zal nader worden bestudeerd. Ook internationale en Europese bronnen van het gelijkheids- en niet discriminatiebeginsel komen aan bod. Dit zijn in de eerste plaats verdragen, maar ook secundair recht van de Europese Unie maakt hier onderdeel van uit.

Wat betreft de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof volstaat het de arresten vanaf het jaar 1989 te onderzoeken. De bevoegdheid om te toetsen aan de artikelen 10 en 11 van de Grondwet werd immers pas in 1989 toegekend aan het Hof. Zowel beroepen tot vernietiging als prejudiciële vragen waarin getoetst wordt aan het gelijkheidsbeginsel worden besproken. De rechtspraak van het Grondwettelijk Hof wordt niet exhaustief onderzocht, maar er zal een zo volledig mogelijk beeld worden geschetst van de methoden die het Hof hanteert. Hiervoor zullen bepaalde belangrijke thema's uit het Belgische discriminatierecht als voorbeeld worden aangehaald. Ook zullen er actuele zaken worden besproken die verband houden met het onderzoek.

Ook de rechtspraak van het Hof van Cassatie en de Raad van State zullen aan bod komen. Vooral voor wat betreft de bevoegdheid van het Grondwettelijk Hof om te oordelen over een nivellering naar boven of naar beneden is de rechtspraak van het Hof van Cassatie relevant.

Rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens wordt slechts sporadisch betrokken bij dit onderzoek, voor het beantwoorden van de onderzoeksvragen is deze minder relevant. Het Hof van Justitie van de Europese Unie speelt wel een grotere rol, vooral bij discriminaties waarbij

Europese vrijheden betrokken zijn. Ook op vlak van de gelijkheid tussen mannen en vrouwen wordt er rechtspraak van het Hof van Justitie aangehaald.

Wat betreft de rechtsleer wordt getracht zoveel mogelijke relevante bronnen te onderzoeken. Daarbuiten worden er eigen verbanden gelegd en wordt er af en toe een eigen mening gegeven. Zowel rechtsleer over grondwettelijk recht in het algemeen als over discriminatierecht komen aan bod. Naarmate het onderzoek vordert zullen er auteurs aan bod komen zich specifiek de gevolgen van een discriminatie hebben onderzocht.

De procedure en voorwaarden om een zaak aanhangig te maken bij het Grondwettelijk Hof vallen buiten het gebied van dit onderzoek. De manier waarop het Hof besluit tot een discriminatie, de toetsingsmethode, wordt slecht bondig beschreven. In dit onderzoek is van minder belang waarom het Hof een norm discriminerend acht, het zijn de gevolgen van de discriminatie die de kern van het onderzoek uitmaken.

DEEL I. HET GRONDWETTELIJK HOF EN HET GELIJKHEIDSBEGINSEL

In dit eerste, inleidende deel zal de bevoegdheid van het Grondwettelijk Hof in het algemeen worden besproken. Daarna komen de verschillende instrumenten van het Hof aan bod. Zo wordt duidelijk op welke manieren het Hof kan ingrijpen in de rechtsorde. Ten slotte wordt het gelijkheids- en niet discriminatiebeginsel zelf besproken.

Hoofdstuk I. De bevoegdheid van het Grondwettelijk Hof

Vooraleer te onderzoeken welke methodiek het Grondwettelijk Hof hanteert om te bepalen of het een nivellering naar boven dan wel naar beneden doet, dient de bevoegdheid van het Grondwettelijk Hof besproken te worden. Op basis hiervan kan worden bepaald welke mogelijkheden het Hof heeft en in welke situaties het de keuze heeft naar boven of naar onder te nivelleren.

Afdeling i. Geschiedenis

Het Grondwettelijk Hof was bij haar oprichting lang geen volwaardig grondwettelijk hof. De bevoegdheden van het Hof zijn stapsgewijs uitgebreid door de grondwetgever, maar ook door haar eigen rechtspraak.

Tot 1980 werd uitgegaan van het vermoeden dat de wetgever handelde in overeenstemming met de grondwet, de wet was onschendbaar. Er bestond dus geen mogelijk om een wet aan te vechten op basis van zijn ongrondwettigheid. Het was de wetgever zelf die hierover diende te waken. De visie van het parlement was dat indien men de mogelijkheid om over de grondwettelijkheid van een wet te beslissen aan een rechter zou toekennen, dit een aantasting van de democratie zou inhouden.

Het Grondwettelijk Hof werd in 1980 dan ook niet opgericht met het doel om te oordelen over de grondwettigheid van wetten, maar om te waken over de bevoegdheidsverdeling tussen de federale overheid, de gemeenschappen en de gewesten.¹ Vandaar ook de historische naam: het Arbitragehof. Stapsgewijs werd de bevoegdheid van het Arbitragehof uitgebreid tot een volwaardig grondwettelijk hof. Pas bij de grondwetsherziening in 2007 werd de naam gewijzigd in het Grondwettelijk Hof.²

In 1989 kreeg het Arbitragehof de bevoegdheid om wetten, decreten en ordonnanties te toetsen aan artikel 10 en 11 van de Grondwet, het gelijkheids- en non-discriminatiebeginsel en aan artikel 24 betreffende het onderwijs.³ Aan andere grondrechten kon in principe niet worden getoetst. Echter kon men via artikel 10 en 11 toch schendingen van andere grondrechten aanvechten. Het niet toekennen van een grondrecht aan de ene en wel aan de andere maakt immers een schending van het gelijkheidsbeginsel uit.

Vanaf 2003 is het niet meer nodig om de omweg te maken via artikel 10 en 11, maar kan rechtstreeks aan alle grondrechten uit Titel II van de grondwet worden getoetst. Alsook aan de artikelen 170, 172 en 191.⁴ Voor de overige grondwetsbepalingen is een omweg via de artikelen 10 en 11 (indien mogelijk) wel nog vereist.

¹ Artikel 107ter Grondwet 1980; organieke wet van 28 juni 1983.

² Herziening van de grondwet, 7 mei 2007.

³ Bijzondere wet van 6 januari 1989 op het Grondwettelijk Hof (*verder: Bijzondere Wet Grondwettelijk Hof*).

⁴ Artikel 142, tweede lid, 3° Grondwet (*verder: Gw.*); bijzondere wet van 9 maart 2003.

Afdeling ii. Referentienormen

De zogenaamde toetsingsnormen of referentienormen zijn de regels waaraan het Grondwettelijk Hof de wetten, decreten en ordonnanties mag toetsen. Het Hof is niet bevoegd om te toetsen aan alle artikelen van de Grondwet, doch slecht aan deze opgesomd in artikel 142 van de Grondwet en in de Bijzondere Wet op het Grondwettelijk Hof.

Artikel 142 van de Grondwet bepaalt dat het Grondwettelijk Hof bevoegd is voor: ⁵

1. de in artikel 141 bedoelde conflicten
2. de schending door een wet, een decreet of een [ordonnantie] van de artikelen 10, 11 en 24
3. de schending door een wet, een decreet of een [ordonnantie] van de artikelen van de Grondwet die de [bijzondere] wet bepaalt

De in artikel 141 bedoelde conflicten zijn de bevoegdheidsconflicten, waarvoor het Hof al sinds haar oprichting bevoegd voor is. Sinds 1989 is het Hof is bevoegd voor de schending van het grondwettelijk gelijkheids- en niet discriminatiebeginsel en later werd deze bevoegdheid uitgebreid tot alle artikelen van titel II van de grondwet (*supra*).⁶ Op basis van artikel 142, 3° van de Grondwet heeft men door middel van de Bijzondere wet op het Grondwettelijk Hof de bevoegdheid van het Hof gepreciseerd en verder uitgebreid.⁷

Niet enkel de artikelen 10, 11 en 24 van de grondwet, maar ook de artikelen 172 (gelijkheid betreffende belastingen) en 192 (gelijkheid tussen Belgen en vreemdelingen) behoren tot het gelijkheidsbeginsel en aldus tot de bevoegdheid van het Grondwettelijk Hof.⁸ De artikelen 10 en 11 van de Grondwet zijn vandaag met voorsprong de meest ingeroepen bepalingen voor het Grondwettelijk Hof.⁹

Afdeling iii. Voor toetsing vatbare normen

Het Grondwettelijk Hof is bevoegd om wetskrachtige bepaling te toetsen. Hiermee worden de bepalingen bedoeld die worden aangenomen door het federale parlement, alsook de bepalingen aangenomen door de parlementen van de gemeenschappen en gewesten. Dit zijn zowel formele wetten, als decreten en ordonnanties.¹⁰ Het betreft alle handelingen die een wetgever heeft

⁵ Artikel 142 Gw.

⁶ Artikel 1 en 26 Bijzondere Wet Grondwettelijk Hof.

⁷ Bijzondere Wet Grondwettelijk Hof.

⁸ Artikel 1, 2° Bijzondere Wet Grondwettelijk Hof.

⁹ P. POPELIER, "Het vernieuwde Arbitragehof: de Bijzondere Wet van 9 maart 2003 in de praktijk", C.D.P.K., 2006, 5-6.

¹⁰ Artikel 142 Gw.

goedgekeurd of bekrachtigd. Dus ook bijzondere wetten, louter formele wetten en bekrachtigde bijzondere machtenbesluiten kunnen getoetst worden.¹¹

Besluiten van de uitvoerende macht en rechterlijke uitspraken vallen buiten de bevoegdheid van het Hof. Koninklijke besluiten, ministeriële besluiten, besluiten van de regering en gewesten en besluiten van provincies en gemeenten kunnen dus niet worden getoetst door het Grondwettelijk Hof. Hiervoor blijven de rechtscolleges van de rechterlijke orde en de administratieve rechtscolleges bevoegd.¹²

Afdeling iv. Beroep tot vernietiging

Het Hof kan op twee manieren worden gevat om zich uit te spreken over een schending van het gelijkheidsbeginsel. Ten eerste bestaat de mogelijkheid om een beroep tot vernietiging in te stellen. Dit kan enkel door een overheid of particulier die hierbij een belang heeft.¹³ Ten tweede kan elk rechtscollege een prejudiciële vraag stellen aan het Grondwettelijk Hof.¹⁴

Men kan een wettelijke bepaling (of gebrek daaraan) aanvechten middels een beroep tot vernietiging.¹⁵ Dit beroep moet worden ingesteld binnen 6 maanden na de bekendmaking van de bestreden norm in het Belgisch Staatsblad.¹⁶

In het kader van dit onderzoek is het belangrijk stil te staan bij de rechtsgevolgen van een vernietigingsarrest. Vanaf hun bekendmaking in het Belgisch Staatsblad hebben arresten houdende vernietiging een absoluut gezag van gewijsde.¹⁷ Deze arresten hebben een *erga omnes* werking. De vernietiging van een bepaling heeft dus niet enkel gevolgen voor de verzoeker, maar voor alle rechtsonderhorigen. De wetsbepaling wordt uit de rechtsorde verwijderd.

Belangrijk op te merken is dat een vernietiging ook normen terug in de rechtsorde kan brengen. Dat is het geval als het Hof een uitzonderingsbepaling vernietigt.¹⁸ Zo werd in het politiepensioen-arrest een uitzonderingsbepaling vernietigd waardoor alle leden van de politie opnieuw onderworpen zijn aan de algemene regels.¹⁹ Een vernietiging kan aldus zowel een nivellering naar boven als naar beneden tot gevolg hebben.²⁰

¹¹ Arbitragehof 31 maart 2004, nr. 62/2004, www.const-court.be.

¹² Artikel 159 Gw.

¹³ Artikel 1 Bijzondere Wet Grondwettelijk Hof.

¹⁴ Artikel 26 Bijzondere Wet Grondwettelijk Hof.

¹⁵ Artikel 1 Bijzondere Wet Grondwettelijk Hof.

¹⁶ Artikel 3 Bijzondere Wet Grondwettelijk Hof.

¹⁷ Artikel 9, §1 Bijzondere Wet Grondwettelijk Hof.

¹⁸ Arbitragehof 7 juni 2006, nr.91/2006, www.const-court.be.

¹⁹ GwH 10 juli 2014, nr. 103/2014, www.const-court.be.

²⁰ GwH 14 januari 2016, nr. 2/2016, www.const-court.be.

Een vernietiging werkt in principe retroactief, de betrokken norm wordt geacht nooit bestaan te hebben.²¹ Het Hof kan deze retroactieve werking echter temperen door de gevolgen van de vernietigde bepaling te handhaven of te kiezen voor een gedeeltelijke vernietiging (*infra*).

Afdeling v. Prejudiciële vraag

Indien tijdens een geschil bij een ander rechtscollege de vraag rijst of een wettelijke bepaling (of het gebrek daaraan) in strijd is met de grondwet kan dit rechtscollege een prejudiciële vraag stellen aan het Hof.²² Het betreft hier enkel strijdigheid met een bepaling van de grondwet waarvoor het Grondwettelijk Hof bevoegd is, de zogenaamde referentienormen (*supra*).²³

De rechtsgevolgen van een arrest betreffende een prejudiciële vraag beperken zich tot het specifieke rechtsgeschil waar de vraag werd gesteld (*inter partes*). De verwijzende rechter dient de wet toe te passen in lijn met het antwoord van het Grondwettelijk Hof. De wettelijke bepaling die door het Hof ongrondwettig is bevonden blijft bestaan, deze wordt immers niet vernietigd. Indien dezelfde vraag (identiek voorwerp) wordt opgeworpen in een andere zaak kan de rechter de ongrondwettelijk bevonden bepaling wel buiten toepassing laten.²⁴ In dat geval dient er niet opnieuw een prejudiciële vraag te worden gesteld.²⁵ Dat het antwoord op een prejudiciële vraag slechts *inter partes* werking heeft dient dus enigszins te worden genuanceerd.

Ondanks de gevolgen van een arrest betreffende een prejudiciële vraag minder ver reiken dan bij een vernietiging, kan een arrest gewezen op prejudiciële vraag een nivellering naar boven of naar beneden tot gevolg hebben (*infra*).

²¹ Artikel 9 Bijzondere Wet Grondwettelijk Hof.

²² Artikel 26 Bijzondere Wet Grondwettelijk Hof.

²³ Artikel 142 Gw.

²⁴ Artikel 28 Bijzondere Wet Grondwettelijk Hof.

²⁵ Artikel 26, § 2, 2° Bijzondere Wet Grondwettelijk Hof; Cass. 24 januari 2011, paragraaf 5, RW 2013-14, nr. 4.

Hoofdstuk II. Instrumenten

Naast het inwilligen van een vernietigingsberoep en het beantwoorden van een prejudiciële vraag heeft het Grondwettelijk Hof nog enkele instrumenten ter beschikking. De manier waarop het Hof deze instrumenten toepast kunnen mee bepalen of er sprake is van levelling-up of levelling-down. Het Hof kan op verschillende manieren en in verschillende gradaties optreden in de wetgeving. Bij elk van deze instrumenten dient de vraag gesteld te worden of het Hof zich niet begeeft op het terrein van de wetgever (*supra*).

Ten eerst worden de richtlijn en de verordening besproken. Verder wordt er kort stilgestaan bij de handhaving der gevolgen. Ten slotte komen de gedeeltelijke vernietiging en de interpretatiearresten aan bod.

Afdeling i. Richtlijnen

Een van de mogelijkheden die het Grondwettelijk Hof heeft om een ongrondwettigheid te remediëren is het uitvaardigen van een richtlijn. Het Hof bepaalt dan hoe toekomstige wetgeving er uit moet zien om grondwettig te zijn. Het gaat hier om een juridisch niet-bindend voorschrift. De wetgever is dus niet verplicht gevolg te geven aan een richtlijn.²⁶

Zowel beroepen tot nietigverklaring als prejudiciële vragen kunnen aanleg geven tot het geven van een richtlijn.²⁷ Door de wetgever een suggestie te doen op welke manier toekomstige wetgeving vorm te geven kan het Hof een invloed hebben op de richting van de nivellering (*infra*). Aangezien de wetgever niet verplicht is in te gaan op de richtlijn van het Hof is deze invloed hoogstens indirect te noemen. Het Hof kan met andere woorden de wetgever een duwtje geven in een bepaalde richting, maar zal niet zelf de uiteindelijke keuze maken voor nivellering naar boven of naar beneden.

Afdeling ii. Verordeningen

Een verordening is in tegenstelling tot de richtlijn wel juridisch bindend. Het Grondwettelijk Hof verplicht de wetgever in te grijpen op de voorgeschreven manier. Het Hof kan bijvoorbeeld een bepaalde regeling uitsluiten waardoor de wetgever nog weinig mogelijkheden rest.²⁸

²⁶ J. FERNANDEZ RODRIGUEZ, "Typologie des dispositifs des décisions des cours constitutionnelles", RBDC 1998, 333-354; M. AHUMADA RUIZ, "El control de constitucionalidad de las omisiones legislativas", Revista del centro de Estudios Constitucionales, 1991, 183.

²⁷ Arbitragehof 18 november 1992, nr. 74/92, overw. B.3.9, www.const-court.be; Arbitragehof 26 juni 2002, nr. 111/2002, www.const-court.be.

²⁸ Arbitragehof 30 juni 2004, nr. 114/2004, www.const-court.be.

Een verordening komt bijna uitsluitend voor bij een beroep tot vernietiging en niet bij de beantwoording van prejudiciële vragen.²⁹ Een uitzondering hierop betreft het arrest van 7 juli 2011, nr.125/2011. In dit arrest beantwoordt het Grondwettelijk Hof een prejudiciële vraag betreffende de verschillende opzeggingstermijnen voor arbeiders en bedienden.³⁰ Reeds in 1993 maande het Hof de wetgever aan om dit verschil weg te werken, zonder dat dit toen ongrondwettelijk werd bevonden (*supra*).³¹

Het Hof voorziet meestal een termijn voor de wetgever om aan de verordening tegemoet te komen. Ook indien er niet expliciet een termijn wordt opgelegd dient de wetgever binnen een redelijke termijn te reageren. Indien de wetgever oneindig veel tijd heeft om aan de verordening te voldoen is deze immers niet meer juridisch bindend.³² In de praktijk legt het Hof deze termijn vaak op via een handhaving van de gevolgen van de vernietigde bepaling (*infra*).³³

Afdeling iii. Handhaving der gevolgen

Het Grondwettelijk Hof heeft de mogelijkheid om de gevolgen van ongrondwettig bevonden bepalingen (zowel bij een vernietiging als bij een prejudiciële vraag) voor een bepaalde termijn te handhaven.³⁴ Aangezien de vernietiging terugwerkende kracht heeft kan dit de rechtszekerheid in het gedrag brengen (*supra*). Om aan deze rechtsonzekerheid tegemoet te komen kan het Hof de techniek van de handhaving der gevolgen toepassen.³⁵

Opvallend is dat het Hof hier de juridische basis van de vernietigde bepaling wijzigt. Het vernietigt eerst de bepaling, waardoor deze verdwijnt uit de rechtsorde. Daarna handhaaft men toch de gevolgen, waardoor de juridische basis tijdens de termijn het arrest van het Grondwettelijk Hof zelf is. Men kan dus stellen dat het Hof hier zelf een wet maakt en aan rechtscreatie doet (*infra*). Dit is uiteraard enkel het geval bij een vernietigingsarrest en niet bij een prejudiciële vraag. Daar wordt er immers geen bepaling vernietigd, maar enkel een schending van de Grondwet vastgesteld of een interpretatie opgelegd, die dan door de handhaving der gevolgen pas uitwerking krijgt na het verlopen van de termijn.

²⁹ Arbitragehof 7 mei 1992, nr. 33/92, www.const-court.be.

³⁰ GwH 7 juli 2011, nr. 125/2011, www.const-court.be.

³¹ Arbitragehof 8 juli 1993, nr. 56/93, www.const-court.be.

³² C. BEHRENDT, *Le juge constitutionnel, un législateur-cadre positif: une analyse comparative en droit français, belge et allemand*, Brussel, Bruylant, 2006, 285.

³³ GwH 18 december 2014, nr. 185/2014, www.const-court.be.

³⁴ Artikel 8, tweede lid Bijzondere Wet Grondwettelijk Hof

³⁵ Parl.St. Senaat 1981-82, nr. 346/1, 6-7; Commissieverslag, nr. 246/2, 41 en 52; Parl.St. Kamer 1982-83, nr. 647/4, 6.

Afdeling iv. Gedeeltelijke vernietiging

Het Grondwettelijk Hof is niet beperkt tot het al dan niet vernietigen van een wet, maar kan deze ook slechts gedeeltelijk vernietigen.³⁶ Dit geeft het Hof een ingrijpende bevoegdheid doordat het op deze manier het toepassingsgebied of zelfs de inhoud van een wettelijke norm kan veranderen. Door slechts gedeeltelijk te vernietigen kunnen de gevolgen van de vernietiging minder vergaand zijn.

Wat de gevolgen betreft van een gedeeltelijke vernietiging zijn er verschillende gradaties. Het toepassingsgebied kan *ratione loci* gewijzigd worden.³⁷ In het geval dat het Hof ingrijpt de ongrondwettelijkheid te verhelpen door het toepassingsgebied te verenigen wijzigt het wel rechtstreeks de wet, maar op een minder ingrijpende manier.

Het Hof wijzigt regelmatig het toepassingsgebied *ratione temporis*. De retroactieve werking van een wet kan vernietigd worden of er kan een overgangperiode gecreëerd worden.³⁸ Dit kan verstrekkende gevolgen hebben en kan gezien worden als een ingrijpend wijzigen van de wet.

Ook het materiële toepassingsgebied kan gewijzigd worden. Het Hof kan het toepassingsgebied verruimen of net beperken.³⁹ Dit heeft vaak een rechtstreekse invloed op een levelling up of down en komt in Deel II nog uitgebreid aan bod.

Naast het toepassingsgebied te wijzigen grijpt het Hof door een gedeeltelijke vernietiging ook in op de inhoud van de wet zelf. Een voorbeeld hiervan is als het Hof een bepaalde voorwaarde uit de wet vernietigd.⁴⁰

Afdeling v. Interpretatievoorbehoud

Bij arresten uitgesproken in het kader van een beroep tot vernietiging kan het Hof een interpretatievoorbehoud maken. Het Hof vernietigt de bestreden bepaling niet, maar bepaald wel een interpretatie die moet worden gegeven aan de bepaling om in overeenstemming met de grondwet te zijn.⁴¹ Ook in bij het beantwoorden van een prejudiciële vraag kan het Hof zulk voorbehoud maken.⁴²

³⁶ Artikel 8 Bijzondere Wet Grondwettelijk Hof.

³⁷ Arbitragehof 3 oktober 1996, nr. 54/96, www.const-court.be; GwH 8 mei 2014, nr. 80/2014, www.const-court.be.

³⁸ Arbitragehof 30 september 1999, nr. 102/99, www.const-court.be; GwH 22 januari 2015, nr. 1/2015, www.const-court.be;

³⁹ GwH 16 juli 2009, nr. 122/2009, www.const-court.be; GwH 16 juli 2009, nr. 123/2009, www.const-court.be.

⁴⁰ GwH 9 juli 2009, nr. 107/2009, www.const-court.be; GwH 26 maart 2015, 42/2015.

⁴¹ GwH 8 mei 2014, nr. 79/2014, www.const-court.be; GwH 23 april 2015, nr.45/2015, www.const-court.be; GwH 3 maart 2016, nr. 35/2016, www.const-court.be.

⁴² GwH 12 juni 2014, nr. 89/2014, www.const-court.be; GwH 25 september 2014, nr. 133/2014, www.const-court.be; GwH 10 maart 2016, nr. 40/2016, www.const-court.be.

Afdeling vi. Interpretatiearresten

Het Grondwettelijk Hof kan in haar arresten gewezen op prejudiciële aangeven op welke wijze een wettelijke norm dient te worden geïnterpreteerd om in overeenstemming met de Grondwet te zijn. Het kan dit op negatieve wijze doen, door te stellen hoe de besteden norm zeker niet geïnterpreteerd mag worden.⁴³ Daarentegen zal een positieve interpretatiemodaliteit voorschrijven hoe de bestreden norm wel dient te worden geïnterpreteerd.⁴⁴ Vaak zal het Hof beide tegelijk doen in de zogenaamde dubbelpositiefarresten.⁴⁵

⁴³ Arbitragehof 10 maart 1988, nr. 22/98, www.const-court.be.

⁴⁴ Arbitragehof 7 februari 2001, nr. 10/2001, www.const-court.be.

⁴⁵ GwH 17 januari 2013, nr. 4/2013, www.const-court.be; GwH 19 december 2013, nr. 189/2013, www.const-court.be; GwH 30 juni 2014, nr. 99/2014, www.const-court.be.

Hoofdstuk III. Gelijkeheidsbeginsel

Bovenstaande hoofdstukken zijn van toepassing voor alle referentienormen, niet enkel artikel 10 en 11 GW. De onderzoeksvragen richten zich echter specifiek op het gelijkheids- en non-discriminatiebeginsel. In dit hoofdstuk worden bondig de verschillende bronnen en de inhoud van het beginsel besproken.

Het gelijkheidsbeginsel is niet enkel gegarandeerd door de Belgische Grondwet, maar ook door verschillende internationale en Europese verdragen.⁴⁶ Ook in het secundaire recht van de EU komt vindt men verschillende regels terug ter bestrijding van discriminatie, doch meestal toegespitst op een bepaalde situatie of discriminatiegrond.⁴⁷

De invulling van het gelijkheidsbeginsel zelf is grotendeels gelijk, maar de verschillen wel in autonomie. Zo garandeert artikel 2, §1 van het IVBPR een eerbiediging van de rechten zonder onderscheid, doch enkel van de rechten vastgelegd in het verdrag. Het EVRM bevat een soortgelijke bepaling, waar men steeds een link moet leggen met een ander grondrecht vastgelegd in het verdrag.⁴⁸

Het gelijkheidsbeginsel houdt het recht in op een gelijke behandeling van gelijke gevallen. In verschil in behandeling tussen gelijke gevallen kan een discriminatie uitmaken. Ook een gelijke behandeling van verschillende situaties kan tot een schending van het gelijkheidsbeginsel leiden.⁴⁹

Afdeling i. Internationaal

Verschiedene internationale verdragen over de rechten van de mens waarborgen het recht om niet gediscrimineerd te worden. De belangrijkste zijn het Internationaal Verdrag inzake Burgerrechten en Politieke Rechten (*verder: IVBPR*) en het Europees Verdrag voor Rechten van de Mens (*verder: EVRM*).

Artikel 2, § 1, IVBPR legt de verdragstaten op dat ze de in het verdrag erkende rechten zonder discriminatie dienen te verzekeren.⁵⁰ Dit artikel is slechts van toepassing in verband met andere rechten in het verdrag. Het betreft dus geen autonome bepaling die los van een ander recht kan worden ingeroepen.

Het EVRM bevat een gelijkaardige bepaling. Artikel 14 van het verdrag luidt als volgt:

"Het genot van de rechten en vrijheden welke in dit Verdrag zijn vermeld, is verzekerd zonder enig onderscheid op welke grond ook, zoals geslacht, ras, kleur, taal, godsdienst, politieke of andere

⁴⁶ Artikel 2, §1 IVBPR; artikel 14 EVRM, artikel 18, 45 en 157 VWEU; artikel 20-21 Handvest grondrechten EU.

⁴⁷ Richtlijn 2000/43/EC; richtlijn 2000/78/EC; richtlijn 76/207/EEG; richtlijn 2006/54/EC; richtlijn 2004/103/EC.

⁴⁸ Artikel 14 EVRM.

⁴⁹ EHRM 6 april 2000, nr. 34369/97, Thlimmenos/Griekenland.

⁵⁰ Artikel 2, § 1, IVBPR.

*overtuiging, nationale of maatschappelijke afkomst, het behoren tot een nationale minderheid, vermogen, geboorte of andere status.*⁵¹

Ook hier gaat het dus om een bepaling die men enkel kan invoeren in combinatie met een ander recht gewaarborgd in het verdrag. Dit lijkt een ernstige beperking van de bescherming die dit artikel biedt, maar behoeft toch enige nuancering. Zo dient er niet rechtstreeks een recht uit het verdrag te worden ingeroepen, maar volstaat het dat de rechten in het verlengde liggen van de rechten uit het EVRM.⁵²

De afdwingbaarheid van de bescherming die het EVRM biedt is dankzij het bestaan van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens beter gewaarborgd dan bij vele andere internationale verdragen, zoals het IVBPR. Voor het IVBPR bestaat er geen Hof dat toezicht houdt op de naleving en uniforme interpretatie van het verdrag, de rechten kunnen wel afgedwongen via de nationale rechter.⁵³

Bepalingen van het EVRM en het IVBPR worden voor het Grondwettelijk Hof vaak ingeroepen in combinatie met de artikelen 10 en 11 van de Grondwet. Tevens worden referentienormen uit de Belgische Grondwet verdragsconform geïnterpreteerd. Zo hebben internationale normen onrechtstreeks een invloed op het Belgische gelijkheids- en niet discriminatiebeginsel.⁵⁴

Afdeling ii. Europese Unie

Ook de Europese Unie hecht veel belang aan het gelijkheidsbeginsel, zowel in de primaire verdragen als in het secundair recht (verordening en richtlijnen). Het gelijkheidsbeginsel is een algemeen beginsel van het EU-recht.⁵⁵ Dit beginsel is verder verankerd in het Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie.⁵⁶ De Europese instellingen zijn gebonden door de fundamentele rechten van de Europese Unie, waaronder het gelijkheidsbeginsel. Ook de lidstaten dienen dit te respecteren, wanneer zij Europese regels implementeren of binnen het toepassingsgebied van het EU-recht handelen.⁵⁷

In het Verdrag betreffende de Werking van de Europese Unie (verder: VWEU) is het verbod op discriminatie vooral uitgewerkt om de goede werking van de interne markt te vrijwaren. De vrijheid van personen, goederen, diensten en kapitaal. Deze vrijheden worden voor het Grondwettelijk Hof regelmatig ingeroepen in combinatie met artikel 10 en 11 van de Grondwet. Het is dan ook niet zeldzaam dat het Grondwettelijk Hof een prejudiciële vraag aan het Europees Hof van Justitie stelt over de toepassing van deze vrijheden. Het VWEU bevat tevens een algemeen verbod op discriminatie op basis van nationaliteit.⁵⁸

⁵¹ Artikel 14 EVRM.

⁵² EHRM 27 maart 1998, nr. 20458/92, Petrovic/Oostenrijk, §§ 26-28.

⁵³ Cass. 27 mei 1971, www.cass.be.

⁵⁴ Arbitragehof 18 april 2001, nr. 49/2001, www.const-court.be.

⁵⁵ HvJ 12 december 2002, nr. C-442/00, ECLI:EU:C:2002:752, 'Rodríguez Caballero'.

⁵⁶ Artikel 20 en 21 Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie.

⁵⁷ HvJ 12 december 2002, nr. C-442/00, ECLI:EU:C:2002:752, 'Rodríguez Caballero'.

⁵⁸ Artikel 18 VWEU.

In het secundair recht heeft de Europese Unie voor een aantal domeinen specifieke regels ontwikkeld betreffende gelijkheid. Voor de gelijkheid tussen man en vrouw heeft de EU verschillende richtlijnen uitgewerkt.⁵⁹ De EU wil het onderscheid tussen man en vrouw vooral bestrijden in het kader van tewerkstelling. Dit doet men door bijvoorbeeld regels uit te werken in verband met zwangerschapsverlof, bestrijding van seksuele intimidatie, en gelijk loon.⁶⁰ Ook de rechtspraak van het Europees Hof van Justitie speelt een belangrijke rol bij de bevordering van gelijkheid tussen vrouwen en mannen.⁶¹

Via de artikelen 10 en 11 van de Grondwet toetst het Grondwettelijk Hof wettelijke bepalingen aan het recht van de Europese Unie.⁶² Dit omvat tevens de algemene beginselen van de Europese Unie. Net zoals bij internationale normen zal het Hof bepalingen uit de Grondwet interpreteren conform het recht van de Europese Unie (*supra*). Het Grondwettelijk Hof zal verwijzen naar rechtspraak van het Europees Hof van Justitie als het zich buigt over een recht dat ook in het recht van Europese Unie is gewaarborgd.⁶³

Afdeling iii. Nationaal

In de Belgische Grondwet is het gelijkheidsbeginsel vervat in artikel 10 en het verbod op discriminatie in artikel 11. Deze artikelen zijn de belangrijkste referentienormen, zij worden zowel autonoom als in combinatie met een ander grondrecht ingeroepen. Artikel 10 van de Grondwet bepaalt:

*"Er is in de Staat geen onderscheid van standen. De Belgen zijn gelijk voor de wet; zij alleen zijn tot de burgerlijke en militaire bedieningen benoembaar, behoudens de uitzonderingen die voor bijzondere gevallen door een wet kunnen worden gesteld."*⁶⁴

Het gaat in de eerste plaats dus over gelijkheid voor de wet, de formele gelijkheid. Het komt erop neer dat een regeling op algemene wijze wordt geformuleerd.⁶⁵ Maar het gelijkheidsbeginsel gaat verder dan louter formele gelijkheid. Het materiële gelijkheidsbeginsel vraagt dat op een positieve wijze recht wordt gedaan aan verschillen tussen mensen, dat deze verschillen worden onderkend en niet genegeerd. Het volstaat niet om de wet op algemene wijze te formuleren en zo geen onderscheid te maken, maar ook de inhoud van de wet en de gevolgen ervan dienen verenigbaar te zijn met het gelijkheidsbeginsel.

Artikel 11 van de Grondwet bepaalt:

⁵⁹ Richtlijn 79/7/EEG; richtlijn 92/85/EEG; richtlijn 2006/54/EG.

⁶⁰ Richtlijn 92/85/EEG; 2006/54/EG; richtlijn 2010/18/EU; richtlijn 2010/41/EG; richtlijn 2011/99/EU.

⁶¹ HvJ 8 april 1976, nr. C-43/75, ECLI:EU:C:1976:56, 'Defrenne II'; HvJ 13 mei 1986, nr. C-170/84, ECLI:EU:C:1986:204, 'Bilka'; HvJ 17 mei 1990, nr. C-262/88, ECLI:EU:C:1990:209, 'Barber'.

⁶² GwH 24 april 2014, nr. 68/2014, www.const-court.be.

⁶³ C. COURTOY, "De betrekkingen tussen de grondwettelijke hoven en de andere nationale rechtscolleges, met inbegrip van de interferentie, terzake, van het optreden van de Europese rechtscolleges", Rev.b.dr.const. 2002, afl. 3, 233-320; TBP 2002, afl. 6, 371-415.

⁶⁴ Artikel 10 Gw.

⁶⁵ Arbitragehof 10 juli 2002, nr. 129/2002, www.const-court.be; Arbitragehof 2 oktober 2002, nr. 138/2002, www.const-court.be.

*"Het genot van de rechten en vrijheden aan de Belgen toegekend moet zonder discriminatie verzekerd worden. Te dien einde waarborgen de wet en het decreet inzonderheid de rechten en vrijheden van de ideologische en filosofische minderheden."*⁶⁶

Dit artikel houdt het verbod op discriminatie in en legt tegelijk de verplichting aan de overheid op om gelijkheid te bevorderen en te beschermen tegen discriminatie. Het onthouden van discriminatie is een negatieve verplichting, terwijl er ook een positieve verplichting op de overheid rust. De overheid dient passende maatregelen te nemen om te waarborgen dat rechten die aan allen zijn toegekend ook effectief voor eenieder toegankelijk zijn.

Het gelijkheids- en niet discriminatiebeginsel komt erop neer dat de wet vergelijkbare gevallen gelijk dient te behandelen. Er mag geen verschil in behandeling worden ingesteld tussen categorieën die zich in een vergelijkbare situatie bevinden. Omgekeerd mogen wezenlijk verschillende categorieën niet identiek behandeld worden. Niet vergelijkbare gevallen dienen dus verschillend behandeld te worden.

Een verschil in behandeling (of een gelijke behandeling van niet vergelijkbare gevallen) kan wel gerechtvaardigd zijn als het op een objectief criterium berust en het redelijk verantwoord is. Dit dient te worden beoordeeld rekening houdend met het doel en de gevolgen van de betwiste maatregel en met de aard van de ter zake geldende beginselen. Ook dient er een evenredig verband te bestaan tussen de aangewende middelen en het beoogde doel (*infra*).⁶⁷

De beginselen vervat in artikelen 10 en 11 van de Grondwet zijn autonome grondrechten. In tegenstelling tot artikel 14 EVRM kunnen ze op zichzelf worden ingeroepen, zonder dat er tegelijk een ander grondrecht moet geschonden zijn.⁶⁸ Het discriminatieverbod heeft een algemene draagwijdte.⁶⁹

De Grondwet bevat verder nog bepalingen die het verlengde zijn van het gelijkheidsbeginsel in een specifieke context. Artikel 10, derde lid stipuleert dat de gelijkheid van vrouwen en mannen is gewaarborgd.⁷⁰ Artikel 24 betreffende de vrijheid van onderwijs bepaalt dat alle leerlingen of studenten, ouders, personeelsleden en onderwijsinstellingen gelijk zijn voor de wet of het decreet.⁷¹ Ook inzake belastingen is er een gelijkheidsbeginsel opgenomen in artikel 172 van de Grondwet.⁷² Ten slotte bepaalt artikel 191 dat iedere vreemdeling op het Belgische grondgebied kan genieten van gelijkheid voor de wet.⁷³

In principe is het niet nodig om zich op deze specifieke bepalingen te beroepen, aangezien al deze situaties ook vallen onder het algemene gelijkheidsbeginsel van artikel 10. Deze bepalingen kunnen gezien worden van een bevestiging van het gelijkheidsbeginsel in hun specifiek domein en als een signaal dat de grondwetgever deze aspecten belangrijk vindt. De gelijkheid van vrouwen en mannen

⁶⁶ Artikel 11 Gw.

⁶⁷ Arbitragehof 13 oktober 1989, nr. 23/89, www.const-court.be.

⁶⁸ A. ALEN, *Handboek van het Belgisch Staatsrecht*, Antwerpen, Kluwer, 1995, p. 278.

⁶⁹ K. RIMANQUE, *De grondwet in groothoekperspectief*, Antwerpen, Intersentia, 2007, p. 108.

⁷⁰ Artikel 10, lid 3 Gw.

⁷¹ Artikel 24, §4 Gw.

⁷² Artikel 172 Gw.

⁷³ Artikel 191 GW.

is wel sterker beschermd door de verplichting die artikel 11bis oplegt aan de overheid. Het gaat hier om een positieve verplichting (zoals in artikel 11), meer bepaald in verband met hun gelijke toegang tot de door verkiezing verkregen mandaten en openbare mandaten.

Hoofdstuk IV. Toetsingsmethode Grondwettelijk Hof

Vooraleer in te gaan op wat de gevolgen van schending van het gelijkheidsbeginsel zijn, dient te worden begrepen op welke manier het Hof tot deze schending beslist. Met andere woorden de toetsingsmethode, die kort zal worden toegelicht. Aangezien de onderzoeksvragen zich toespitsen op de gevolgen wat betreft de nivellering wordt enkel de basis van de toetsingsmethode besproken.

Zoals hierboven reeds vermeld vereist het gelijkheids- en niet discriminatiebeginsel dat gelijke gevallen gelijk dienen te worden behandeld en ongelijke gevallen ongelijk. Het Hof gaat in de eerst plaats na of de onderscheiden gevallen vergelijkbaar zijn.⁷⁴ Een volgend toetsingscriterium betreft het objectieve en algemene karakter van het onderscheid.⁷⁵ Ten slotte is er de rechtvaardigheidstest, hierbij gaat het Hof volgende elementen na: (1) de maatregel dient een legitiem doel na te streven, (2) de maatregel dient noodzakelijk te zijn en (3) de maatregel dient proportioneel te zijn met het nagestreefde doel.⁷⁶

Komt het Hof tot de conclusie dat de categorieën van personen, tussen wie de wet een onderscheid maakt vergelijkbaar zijn en dit onderscheid niet objectief is of niet rechtvaardig, dan zal het besluiten tot een schending van het gelijkheids- en niet discriminatiebeginsel. Gaat het om niet vergelijkbare gevallen dan wordt het juist geen onderscheid maken getoetst aan de objectiviteit en rechtvaardigheid.⁷⁷

⁷⁴ Arbitragehof 7 maart 1991, nr. 3/91, www.connst-court.be; P. DE RIDDER, "De beperkte toetsing van het gelijkheidsbeginsel door het Arbitragehof", R.W. 1990-91, 484-485.

⁷⁵ D. VAN HEUVEN, "Enkele beschouwingen over het gelijkheidsbeginsel, R.W. 1990-91, 585-596.

⁷⁶ P. POPELIER, *De wet juridisch bekeken*, Brugge, die Keure, 2004, 424 p.

⁷⁷ P. POPELIER, *Procederen voor het Grondwettelijk Hof*, Antwerpen, Intersentia, 2008, p.104.

DEEL II. LEVELLING UP OF LEVELLING DOWN

In dit deel wordt onderzocht of het Grondwettelijk Hof al dan niet een bepaalde methode hanteert om een keuze te maken wat betreft de nivellering en zal er een antwoord worden geboden op de eerste onderzoeksvraag. Ten eerste wordt de problematiek van de referentiecategorie besproken. Verder wordt een onderscheid gemaakt op basis van de bron van de ongrondwettigheid. Deze kan in de aangevochten bepaling zelf liggen of net in het ontbreken van een wettelijke bepaling.

Hoofdstuk I. Referentiecategorie

Het onderwerp van de eerste onderzoeksvraag is op welke manier een discriminatie moet verholpen worden. Om te kunnen bepalen of men de benadeelde moet toekennen wat de bevoordeelde toekomt (nivellering naar boven) of omgekeerd (nivellering naar beneden), moet het eerst duidelijk zijn wie wordt benadeeld ten opzichte van wie. De categorie die als die als maatstaf moet dienen noemt men de referentiecategorie. Deze vraag situeert zich nadat het Hof reeds een schending van het gelijkheids- en niet discriminatiebeginsel heeft vastgesteld.

Het is niet altijd duidelijk welke de referentiecategorie is. Het Hof kan bepalen dat een onderscheid tussen categorieën een ongelijkheid uitmaakt, zonder aan te duiden welke regeling dient te worden toegepast. Een arrest van 6 november 2001 waarin een discriminatie tussen ongehuwd samenwonenden en echtgenoten werd vastgesteld kan hier als illustratie dienen.⁷⁸ De fiscaal verschillende behandeling van beide categorieën werd hier als een schending van het gelijkheidsbeginsel aangemerkt, maar het Hof duidde niet aan welke groep gediscrimineerd wordt en welke als referentie moet dienen.

Afdeling i. Specifieke vs. algemene regeling

In het geval dat er een algemene regeling bestaat en een uitzonderingsregeling is de referentiecategorie wel duidelijk. Men zal dan de algemene regeling beschouwen als de referentiecategorie en de discriminatie wegwerken door de benadeelde op ook te onderwerpen aan de algemene regeling. Dit wil niet zeggen dat hier steeds sprake is van een nivellering naar boven. Dit is afhankelijk van de uitzonderingsbepaling, of deze rechten dan wel plichten inhoudt (*infra*).

Indien een specifieke bepaling een schending van het gelijkheids- en niet discriminatiebeginsel uitmaakt wordt deze vernietigd of buiten toepassing gelaten zodat de algemene regeling van toepassing zal zijn. Zo zal de vernietiging van een uitzondering op de algemene regel, waarbij men extra rechten toekent leiden tot een nivellering naar beneden. De specifieke regeling is ongrondwettig waardoor men terug valt op de algemene regeling. Dit was het geval bij het politiepensionaarrest.⁷⁹

In dit arrest stelde het Hof vast dat de uitzondering "voor de geïntegreerde politie" in artikel 88, tweede lid, van de wet van 28 december 2011 houdende diverse bepalingen het gelijkheidsbeginsel schond.⁸⁰ Door deze bepaling te vernietigen valt men automatisch terug op de algemene regel, de referentiecategorie. In dit geval is de algemene pensioenregeling strenger en dus werd er naar beneden genivelleerd.

Omgekeerd gebeurt er een nivellering naar boven als de algemene regeling gunstiger is als de uitzondering. Bijvoorbeeld het arrest van het Hof van 26 maart 2015, waarbij een bijkomende

⁷⁸ GwH 6 november 2001, nr. 140/2001, www.const-court.be.

⁷⁹ GwH 10 juli 2014, nr. 103/2014, www.const-court.be.

⁸⁰ GwH 10 juli 2014, nr. 103/2014, overw. B.7.6, www.const-court.be.

voorwaarde voor de benoeming van een ambt in het onderwijs werd vernietigd.⁸¹ Het Hof duidde aan dat het de bepaling is die een voorwaarde oplegt, die niet geldt voor anderen, die discriminerend is. Het rechtsherstel zal er dan in bestaan dat de benadeelde categorie dezelfde rechten wordt toegekend als de referentiecategorie.

Een ander voorbeeld is het arrest van het Grondwettelijk Hof van 13 februari 2014.⁸² Het Hof vernietigde artikelen van een decreet van het Waalse Gewest waarin de vergunning voor werken aan een luchthaven werd verleend. De omwonenden die nadeel zouden ondervinden van de luchthaven konden omwille van de verlening via een decreet niet meer naar de Raad van State trekken om de vergunning aan te vechten. Hierdoor werden ze gediscrimineerd ten opzichte van rechtsonderhorigen die wel toegang hadden tot dit middel.

De normale procedure voor een toekenning van een vergunning gaat via de administratieve weg, waarbij uiteindelijk een beroep bij de Raad van State mogelijk is. Omwille dringende redenen van algemeen belang had het Waalse Gewest de vergunning in dit geval verleend via een decreet. Dit is duidelijk een uitzonderlijke manier van werken. In de algemene regeling is er aldus toegang tot de Raad van State en daarom dient de nivellering in die richting te gebeuren.

Afdeling ij. Arbeiders vs. Bedienden

Bestaat er geen duidelijke algemene regeling en uitzonderingsregeling dan zal het probleem van de referentiecategorie minder eenvoudig zijn. Dit is het geval bij de ongelijkheid tussen arbeiders en bedienden.⁸³

Het zogenaamde eenheidsstatuut voor arbeiders en bedienden (het betreft in de eerste plaats een eenmaking van de opzeggingstermijnen) is een goed voorbeeld van hoe het Hof de keuze voor een nivellering naar boven of onder over laat aan de wetgever. Door de wetgever tijd te geven om de ongelijkheid te herstellen dient de langere opzeggingstermijn die bedienden genoten niet in één klap ook aan de arbeiders worden toegekend. Of andersom, de bedienden verliezen niet plots hun voordeel van de langere opzeggingstermijn. Het eerste geval, de nivellering naar boven zou een enorme impact hebben op de kosten voor werkgevers, terwijl het laatste onaanvaardbaar zou zijn voor arbeiders en de vakbonden die deze vertegenwoordigen.

Het nadeel van de verordening met een, al dan niet gespecificeerde, termijn is dat de ongelijkheid blijft bestaan zolang de wetgever niet ingrijpt. Het duurde tot 1 januari 2014 vooraleer de opzeggingstermijnen van arbeiders en bedienden gelijk werden getrokken.⁸⁴ Uiteindelijk werd er een middenweg gekozen die de opzeggingstermijnen voor arbeiders gevoelig verlengde en die voor bedienden inkortte. Volledigheidshalve dient te worden vermeld dat niet enkel de

⁸¹ GwH 26 maart 2015, nr. 42/2015, www.const-court.be.

⁸² GwH 13 februari 2014, nr. 29/2014, www.const-court.be.

⁸³ B. LIETAERT, "Discriminatie van arbeiders. Artikel 39 Arbeidsovereenkomstenwet, versie 1978, en de arbeider?", JTT 2013, afl. 1169, 413-416.

⁸⁴ Wet van 26 december 2013 betreffende de invoering van een eenheidsstatuut tussen arbeiders en bedienden inzake de opzeggingstermijnen en de carenzdag en begeleidende maatregelen, BS 31 december 2013.

opzeggingstermijnen, maar ook enkele andere verschillen zoals de carenzdag en de proefperiode (die werd afgeschaft) werden weggewerkt. Het valt op dat het Grondwettelijk Hof de wetgever veel tijd heeft gegeven. Ook via de techniek van de handhaving der gevolgen heeft het Hof recent nog de ongelijkheden van voor 2014 gedoogd.⁸⁵

Maar wat als de wetgever niet had ingegrepen en de ongelijkheid was blijven bestaan, welke was dan de referentiecategorie? Het statuut voor arbeiders is geen uitzondering op het statuut voor bedienden of omgekeerd, het betreft twee afzonderlijke statuten waarvan het onderscheid historisch is gegroeid.⁸⁶

Het onderscheid tussen arbeiders en bedienden in het Belgische arbeidsrecht werd reeds in de jaren '90 aangevochten bij het Grondwettelijk Hof.⁸⁷ Vooral het verschil in opzeggingstermijn, welke grote financiële gevolgen kan hebben zowel voor werknemers als voor werkgever is steeds onderwerp van discussie geweest. In 1993 oordeelde het Hof nog dat het onderscheid een historische oorsprong had, die verder terug ging dan de Arbeidsovereenkomstenwet van 1979.⁸⁸ De wetgever had reeds stappen ondernomen om dit onderscheid te verzachten en men aanvaarde dat dit stapsgewijs diende te gebeuren.⁸⁹ Ook het feit dat beide statuten hun voordelen en nadelen hebben speelde mee in de overweging van het Hof.⁹⁰ Het Hof gaf de wetgever met andere woorden nog de tijd om de statuten van arbeiders en bedienden geleidelijk te harmoniseren.

In 2011 bestond het onderscheid tussen arbeiders en bedienden nog steeds, en heeft het Grondwettelijk Hof een veel krachtiger signaal gegeven.⁹¹ In een arrest gewezen op prejudiciële vraag stelde het Hof dat de wetgever voldoende tijd (18 jaar) had gekregen en dat het verder behouden van het verschil in behandeling grondwettig was.⁹² De prejudiciële vraag ging specifiek om het verschil in behandeling wat betreft de opzeggingstermijnen en de carenzdag.⁹³ Het Hof handhaafde de gevolgen van het arrest tot 8 juli 2013 en gaf zo de wetgever twee jaar de tijd om het verschil in behandeling weg te werken.⁹⁴

In het licht van de onderzoeksvraag is het zeer interessant te bekijken wat de er dient te gebeuren na deze termijn van twee jaar. Door een nivellering naar boven toe te passen zouden arbeiders vanaf 8 juli 2013 ook kunnen genieten van de opzeggingstermijnen van bedienden, indien de wetgever tegen dan niet heeft ingegrepen. Uiteindelijk werden opzeggingstermijnen en de carenzdag geharmoniseerd (de proefperiode werd tevens afgeschaft) door de wet op het eenheidsstatuut van 26 december 2013.⁹⁵ De nieuwe wet is in werking getreden op 1 januari 2014, bijna zes maanden na

⁸⁵ GwH 21 januari 2016, 10/2016, www.const-court.be.

⁸⁶ Wet van 10 maart 1900 op de arbeidsovereenkomst, BS 14 maart 1900; Wet van 7 augustus 1922 op het bediendencontract, BS 16-17 augustus 1922; C. ENGELS, "Het onderscheid werkmán/bediende, een ongrondwettige discriminatie in strijd met de artikelen 6 en 6bis van de Belgische Grondwet", *R.W.*, 1991-1992, nr.22, 1 februari 1992, p. 736.

⁸⁷ Arbitragehof 8 juli 1993, nr. 56/93, www.const-court.be.

⁸⁸ Arbitragehof 8 juli 1993, nr. 56/93, overw. B.6.2.2, www.const-court.be.

⁸⁹ Arbitragehof 8 juli 1993, nr. 56/93, overw. B.6.3.1, www.const-court.be.

⁹⁰ Arbitragehof 8 juli 1993, nr. 56/93, overw. B.6.3.2, www.const-court.be.

⁹¹ GwH 7 juli 2011, nr. 125/2011, www.const-court.be.

⁹² GwH 7 juli 2011, nr. 125/2011, overw. B.4.3, www.const-court.be.

⁹³ Artikels 52, §1, artikel 59, artikel 70 en artikel 82 wet van 3 juli 1978 betreffende de arbeidsovereenkomsten, BS 22 augustus 1978.

⁹⁴ GwH 7 juli 2011, nr. 125/2011, overw. B.6, www.const-court.be.

⁹⁵ Wet van 26 december 2013 betreffende de invoering van een eenheidsstatuut tussen arbeiders en bedienden inzake de opzeggingstermijnen en de carenzdag en begeleidende maatregelen, BS 31 december 2013.

de deadline van het Grondwettelijk.⁹⁶ In de periode tussen 8 juli 2013 en 1 januari 2014 zouden de gevolgen van het arrest uit 2011 aldus moeten gelden, maar het Hof toonde zich opnieuw mild en verlengde de handhaving tot de inwerkingtreding van de nieuwe wet op 1 januari 2014.⁹⁷

Stel dat de wetgever nog steeds niet had ingegrepen of het Grondwettelijk Hof had zich minder mild opgesteld. Op welke opzeggingstermijn zou een arbeider dan na 8 juli 2013 recht hebben?⁹⁸ De ongrondwettig verklaarde bepalingen dienen buiten toepassing gelaten te worden. In het arrest van 7 juli 2011 werd het artikel waarin de opzeggingstermijn van de arbeiders werd geregeld ongrondwettig verklaard. Door dit artikel buiten toepassing te laten zou men de regeling voor bedienden kunnen toepassen.⁹⁹

Het is dus niet zo dat de regeling voor bedienden de algemene regel is en dat die voor arbeiders een uitzondering is. Wat wel vast staat is dat het Grondwettelijk Hof duidelijk de regeling voor arbeiders als discriminerend beschouwd, terwijl de regeling voor bedienden ongemoeid wordt gelaten. Het is immers artikel 59 van de arbeidsovereenkomstenwet, waarin de opzeggingstermijn voor arbeiders is opgenomen, dat de artikelen 10 en 11 van de Grondwet schendt. In tegenstelling tot bijvoorbeeld arrest 140/2001, waarin een discriminatie tussen echtgenoten en ongehuwd samenwonenden werd vastgesteld, is de referentiecategorie hier wel duidelijk.¹⁰⁰ De oplossing zou hier aldus een nivellering naar boven zijn, waarbij de arbeiders als benadeelde categorie de opzeggingstermijn van de bedienden wordt toegekend.

Afdeling iii. Vrouwen vs. mannen

Het zal niet verbazen dat de gelijkheid van vrouwen en mannen vaak aan bod komt in de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof.¹⁰¹ Het heeft niet enkel een bijzondere plaats in artikel 11bis van de Grondwet, maar het is tevens een algemeen beginsel van het recht van de Europese Unie.

Ook hier staan beide categorieën niet in een verhouding van een specifieke tot een algemene regeling.¹⁰² Wat betreft de gelijke verloning voor vrouwen en mannen heeft het Hof van Justitie van de Europese Unie een aantal voor dit onderzoek relevante arresten geveld.¹⁰³ Reeds in 1976 oordeelde het Hof van Justitie in het arrest *Defrenne II* dat de lidstaten het beginsel van gelijke

⁹⁶ Artikel 110 Wet van 26 december 2013 betreffende de invoering van een eenheidsstatuut tussen arbeiders en bedienden inzake de opzeggingstermijnen en de carenzdag en begeleidende maatregelen, BS 31 december 2013.

⁹⁷ GwH 21 januari 2016, nr. 10/2016, overw. B8.5 en B.9, www.const-court.be.

⁹⁸ B. LIETAERT, "Discriminatie van arbeiders. Artikel 39 Arbeidsovereenkomstenwet, versie 1978, en de arbeider?", JTT 2013, afl. 1169, 413-416.

⁹⁹ L. VERMEULEN, "Wie betaalt rekening voor ongrondwettig onderscheid arbeiders-bedienden", Juristenkrant, 14 september 2011, p. 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.

¹⁰⁰ GwH 6 november 2001, nr. 140/2001, www.const-court.be.

¹⁰¹ GwH 13 maart 2014, nr. 44/2014, www.const-court.be.

¹⁰² LIETAERT, B., "Discriminatie van arbeiders. Artikel 39 Arbeidsovereenkomstenwet, versie 1978, en de arbeider?", JTT 2013, afl. 1169, 413-416.

¹⁰³ HvJ 27 juni 1990, nr. C-33/89, ECLI:EU:C:1990:265, 'Kowalska'; HvJ 7 februari 1991, nr. C-184/89, ECLI:EU:C:1991:50, 'Nimz'.

verloning van mannelijke en vrouwelijke werknemers diende te verzekeren.¹⁰⁴ In 1990 werd dit bevestigd in het arrest *Barber* en werd het argument van lidstaten betreffende het evenwicht in de pensioenfondsen verworpen (*infra*).¹⁰⁵

De gelijkheid tussen vrouwen en mannen zoals gegarandeerd in de Grondwet en in het recht van de Europese Unie is erop gericht om vrouwen te beschermen. In die zin kan worden verdedigd dat men vrouwen moet toekennen wat mannen toekomen.¹⁰⁶ Een nivellering naar boven is hier het logisch gevolg van het beschermend karakter van de regel. Het Hof van Cassatie volgt die redenering en stelt dat de rechten van mannelijke werknemers niet verlaagd mogen worden om de discriminatie weg te werken.¹⁰⁷ De discriminatie volgt immers uit een te laag loon voor vrouwelijke werknemers, en dit dient rechtgezet te worden (*infra*). Een citaat uit het arrest van het Hof van Cassatie van 17 januari 1994.

*"Dat die nietigheid, met als enig doel iedere bepaling houdende een discriminatie op grond van het geslacht ondoeltreffend te maken, alleen maar een gelijke behandeling kan beogen van de werknemers die door zodanige discriminatie worden benadeeld; dat zij geen invloed heeft op de rechten van de werknemers die door zulke discriminatie niet zijn benadeeld; dat zij derhalve niet noodzakelijkerwijze de hele bepaling treft"*¹⁰⁸

Het Hof van Cassatie zegt hier dus duidelijk dat een nivellering naar beneden niet is toegestaan in het kader van de gelijkheid tussen vrouwen en mannen. Ook de feitenrechters passen een nivellering naar boven toe. Het arbeidshof te Gent oordeelde dat een te laag loon voor een vrouwelijke werknemer enkel kan verholpen worden door een nivellering naar boven.¹⁰⁹

¹⁰⁴ HvJ 8 april 1976, nr. C-43/75, ECLI:EU:C:1976:56, 'Defrenne II'.

¹⁰⁵ HvJ 13 mei 1986, nr. C-170/84, ECLI:EU:C:1986:204, 'Bilka'; HvJ 17 mei 1990, nr. C-262/88, ECLI:EU:C:1990:209, 'Barber'; HvJ 14 december 1993, nr. C-110/91, ECLI:EU:C:1993:926, 'Moroni'; HvJ 9 oktober 2001, nr. C-379/99, ECLI:EU:C:2001:527, 'Menauer'.

¹⁰⁶ 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.; A. WITTERS en I. VERHELST, "Nieuwe discriminatieregels in arbeidszaken", Or., 2007, p. 180.

¹⁰⁷ Cass. 17 januari 1994, www.cass.be.

¹⁰⁸ Cass. 17 januari 1994, www.cass.be.

¹⁰⁹ Arbh. Gent, 14 januari 2013, *NjW* nr. 278, 13 maart 2013, 218.

Hoofdstuk II. Discriminatie in de wettelijke bepaling zelf

Het vaststellen van de referentiecategorie is noodzakelijk, doch niet voldoende om de richting van de nivellering te bepalen. Waar de oorzaak ligt van de discriminatie en welke plaats deze heeft in de rechtsorde zijn tevens belangrijke elementen.

In dit hoofdstuk wordt de situatie besproken waar de aangevochten bepaling zelf het gelijkheidsbeginsel schendt. In dat geval is het de wettelijke bepaling die zelf een ongeoorloofde ongelijke behandeling instelt. Gaat het om een beroep tot vernietiging dan zal het Grondwettelijk Hof de ongelijkheid herstellen door de bestreden bepaling te vernietigen. Betreft het een prejudiciële vraag dan zal het Hof deze bevestigend beantwoorden, waardoor de verwijzende rechter de ongrondwettig bevonden bepaling buiten toepassing dient te laten.

Het onderscheid tussen een beroep tot vernietiging en een prejudiciële vraag heeft echter geen invloed op het resultaat wat betreft de nivellering. Wel beperken de gevolgen van een prejudiciële arrest zich tot het specifieke rechtsgeschil waar de vraag werd gesteld (*supra*). Belangrijker is welke bepaling er exact wordt vernietigd of buiten toepassing wordt gelaten en of deze bepaling rechten toekent dan wel plichten oplegt.

Afdeling i. De aangevochten bepaling kent rechten toe

Indien een wettelijke bepaling die het gelijkheidsbeginsel schendt bepaalde rechten toekent zal de vernietiging of het buiten toepassing laten van deze bepaling leiden tot een nivellering naar beneden. Het voordeel dat de ene kon genieten wordt afgenomen, waardoor de ongelijkheid wordt hersteld. In dit geval heeft de verzoekende partij niet rechtstreeks baat bij een vernietiging, maar kan deze na ingrijpen van de wetgever wel in een betere positie komen.

Deze rechten kunnen ook bestaan in het ontbreken van een plicht. De wettelijke bepaling zal dan bepaalde rechtsonderhorigen vrijstellen van een plicht, terwijl anderen hier wel aan onderworpen blijven. Vernietigd men deze bepaling, dan zal men deze vrijstelling verliezen.

Afdeling ii. De aangevochten bepaling legt plichten op

Een situatie die veel voorkomt is dat een bepaalde groep plichten wordt opgelegd die niet gelden voor anderen. Besluit het Hof dat dit een niet gerechtvaardigde discriminatie uitmaakt dan leidt dit tot een nivellering naar boven. Doordat een plicht wegvalt, komt de benadeelde partij op niveau van de bevoordeelde. Deze plichten kunnen bestaan uit een bijkomende voorwaarde of een belasting. Het gaat om een wettelijke bepaling die een categorie in een minder gunstige positie plaatst.

Men kan zich de situatie voorstellen waar men een bepaling aanvecht die een bepaalde groep in een minder gunstige positie plaatst. Wordt deze bepaling vernietigd is het resultaat logischerwijze een nivellering naar boven. De bepaling die de benadeelde groep in een minder gunstige positie plaatst wordt immers verwijderd uit de rechtsorde (vernietiging) of wordt niet toegepast in het geschil (prejudiciële vraag).

In het arrest van 26 maart 2015 vernietigde het Grondwettelijk Hof een bijkomende voorwaarden voor bepaalde personeelsleden in het onderwijs om benoemd te worden.¹¹⁰ De extra voorwaarden waaraan de benadeelde groep was onderworpen vormden een uitzondering op de algemene bepaling betreffende de voorwaarden om benoemd te worden.¹¹¹

Een ander voorbeeld uit de recente rechtspraak van het Hof is het arrest van 17 juli 2014.¹¹² Er werd een prejudiciële vraag gesteld betreffende de vervaltermijn bij het opeisen van het vaderschap van een kind.¹¹³ De aangevochten bepaling stelde een overgangsregeling in waardoor de vervaltermijn voor de persoon die het vaderschap van een kind wil opeisen, kan aanvangen vooraleer hij kennis heeft kunnen nemen van de erkenning door een andere man.¹¹⁴

Het Hof besliste dat dit een discriminatie uitmaakt en beantwoordde de prejudiciële vraag bevestigend.¹¹⁵ Hierdoor wordt de vervaltermijn in het bodemgeschil verlengd en geniet de man in casu van een nivellering naar boven.

In dit arrest werd het zogenaamde vetorecht van de man aangevochten.¹¹⁶ De nieuwe wet had de bedoeling om de gelijkheid tussen mannen en vrouwen te bereiken bij het geven van de familienaam aan een kind. Daar een kind vroeger automatisch de naam van de vader kreeg maakte de nieuwe wet een keuze mogelijk tussen of de naam van de vader of die van de moeder, of de dubbele naam.

De wet had dus tot doel een historische ongelijkheid weg te werken, maar de vraag was wat er dient te gebeuren indien vader en moeder geen overeenstemming bereiken. De wetgever koos ervoor in dat geval de naam van de vader te laten primeren. Zo gaf men de vader de facto een vetorecht wat betreft de keuze van naam (een verbetering ten opzichte van de oude situatie, maar nog steeds een ongelijkheid).

Het is dit "vetorecht" van de vader dat het Grondwettelijk Hof uiteindelijk vernietigde. De rest van de wet bleef overeind. De bevoorrechte positie van de vader om in geval van onenigheid toch zijn naam aan het kind over te dragen werd afgenomen, aldus is hier sprake van levelling down. Een levelling up bereiken is hier onmogelijk, aangezien men niet tegelijk de enkel de naam van de vader

¹¹⁰ GwH 26 maart 2015, nr. 42/2015, www.const-court.be.

¹¹¹ Artikel 21bis, § 3, van het decreet van de Franse Gemeenschap van 4 januari 1999 betreffende de bevorderingsambten en de selectieambten.

¹¹² GwH 17 juli 2014, nr. 118/2014, www.const-court.be.

¹¹³ Artikel 25 § 1 van de wet van 1 juli 2006 tot wijziging van de bepalingen van het Burgerlijk Wetboek met betrekking tot de vaststelling van de afstamming en de gevolgen ervan, BS 29 december 2006.

¹¹⁴ GwH 17 juli 2014, nr. 118/2014, overw. B.3, www.const-court.be.

¹¹⁵ GwH 17 juli 2014, nr. 118/2014, overw. B.7, www.const-court.be.

¹¹⁶ GwH 14 januari 2016, nr. 2/2016, www.const-court.be.

en enkel de naam van moeder aan een kind kan geven. De wetgever staat nu voor de opdracht een nieuwe regeling uit te werken waarbij deze ongelijkheid zich niet voordoet¹¹⁷.

In het voorbeeld van het politiepensioenarrest had een bepaalde groep voor de vernietiging recht op een lagere pensioenleeftijd.¹¹⁸ Na de vernietiging door het Hof verloor deze groep dat recht en kwamen zij op het niveau van de andere leden van de politie.¹¹⁹ Het gevolg was aldus een nivellering naar beneden. In casu werd een uitzondering aangevochten op een algemeen artikel dat de pensioenleeftijd optrekt (*infra*).¹²⁰

¹¹⁷ Mogelijke pistes zijn: automatisch de dubbele naam waarbij de eerste naam alfabetisch wordt bepaald of de familierechtbank laten beslissen.

¹¹⁸ GwH 10 juli 2014, nr. 103/2014, www.const-court.be.

¹¹⁹ Door de vernietiging van de woorden de woorden "voor de geïntegreerde politie" in artikel 88, tweede lid, van de wet van 28 december 2011 houdende diverse bepalingen wordt het toepassingsgebied van de algemene regel in artikel 88, eerste lid van voormelde wet uitgebreid tot alle leden van de politie.

¹²⁰ Artikel 3 wet van 13 december 2012 houdende diverse wijzigingsbepalingen betreffende de pensioenen van de overheidssector, BS 21 december 2012.

Hoofdstuk III. Discriminatie door een leemte in de wet

Een discriminatie kan niet enkel volgen een uit wettelijke bepaling, maar ook uit de afwezigheid daarvan. De ongrondwettigheid bestaat dan uit een lacune in de wet. Voor bepaalde rechtsonderhorigen ontbreekt er in dat geval een regel die wel van toepassing is op anderen in een vergelijkbare situatie.¹²¹

De wetgever heeft het Grondwettelijk Hof niet expliciet de bevoegdheid gegeven om leemtes in de wet te toetsen. Het is het Hof zelf dat zich bevoegd heeft verklaard om te oordelen over de grondwettigheid van lacunes in de wet.¹²² Het Hof van Cassatie heeft deze visie niet steeds gevolgd.¹²³ De bevoegdheid van het Hof betreffende deze lacunes wordt verder besproken in Deel II (*infra*).

In de rechtsleer maakt men een onderscheid tussen een zogenaamde intrinsieke lacune, waar de ongrondwettigheid vervat zit in de getoetste norm, en een extrinsieke lacune waarbij de leemte buiten de getoetste norm ligt.¹²⁴ Dit onderscheid heeft op zich geen invloed wat betreft de ongrondwettigheid van de lacune, maar is wel van belang als men daar de gevolgen van de ongrondwettigheid kijkt.

Afdeling i. Extrinsieke lacune

Indien de schending van het gelijkheidsbeginsel voorkomt een lacune die zich niet bevindt in de aangevochten bepaling, spreekt men van een eenvoudige of extrinsieke lacune. De aangevochten bepaling op zich is niet ongrondwettig, maar omdat er geen soortgelijke wetgeving bestaat voor een vergelijkbare categorie, schendt de lacune het gelijkheidsbeginsel. De leemte ligt dus met andere woorden buiten de getoetste norm.¹²⁵

¹²¹ Arbitragehof 15 mei 1996, nr. 31/96, www.const-court.be; Arbitragehof 22 december 1999, nr.136/99, www.const-court.be; Arbitragehof 8 oktober 2003, nr. 134/2003, www.const-court.be.

¹²² S. LUST EN P. POPELIER, "Rechtshandhaving door het Arbitragehof en de Raad van State door de uitoefening van de vernietigingsbevoegdheid", R.W. 2001-02, 1214-1216; G. MAES, *De afdwingbaarheid van sociale grondrechten*, Antwerpen, Intersentia, 2003, p. 339-344; P. POPELIER, "De rechtspraak van het Arbitragehof over lacunes in de wetgeving", in A. ALEN (red.), *Twintig jaar Grondwettelijk Hof*, Antwerpen, Kluwer, 2005, p. 76-88; P. POPELIER, *Procederen voor het Grondwettelijk Hof*, Antwerpen, Intersentia, 2008, 67-71; J. SCHOLSEM, "La Cour d'arbitrage et les «lacunes legislatives»", in *De verhouding tussen het Arbitragehof, de rechterlijke macht en de Raad van State*, Brugge, die Keure, 2005, p. 213-237.

¹²³ M. TRAESE, "Over het stilzwijgen van de wet en de verplichting voor het Hof van Cassatie om prejudiciële vragen te stellen aan het Grondwettelijk Hof", R.W. 2008-09, p. 312-314.

¹²⁴ M. MELCHIOR EN C. COURTOY, "Het verzuim van de wetgever of de lacune in de grondwettelijke rechtspraak", TBP 2008, 588; B. LIETAERT, "Taak van de feitenrechter bij discriminaties in de wet of door lacunes van de wet", TSR 2014, 164-166; S. VERSTRAELEN, "Ongrondwettige lacunes en handavingsmaatregelen: decreetgever, let u even op alstublieft?" (noot onder RvS 3 februari 2015, nr. 230.083), RW 2015-16, nr.21, 23 januari 2016, 827.

¹²⁵ LIETAERT, B., "Taak van de feitenrechter bij discriminaties in de wet of door lacunes van de wet", TSR 2014, afl. 2 165, randnummer 27.

Het gevolg hiervan is dat het Grondwettelijk Hof de aangevochten bepaling niet zal vernietigen, omdat deze op zich niet ongrondwettelijk is. Wel zal er gewezen worden op de lacune in de wetgeving en is het aan de wetgever om deze te verhelpen.¹²⁶

Om te bepalen of het om een extrinsieke lacune gaat dient men in het arrest van het Hof te onderzoeken waar de oorzaak van de ongrondwettigheid ligt. Meestal geeft het Hof in haar dictum letterlijk aan dat het gaat om het ontbreken van wetgeving. Op 27 maart 2014 sprak het Hof volgend arrest uit:

*"De ontstentenis van een wetsbepaling die het mogelijk maakt hem die een motorvoertuig bestuurt terwijl de onmiddellijke intrekking van zijn rijbewijs of het als zodanig geldende bewijs dat vereist is voor het besturen van dat voertuig, met toepassing van artikel 55bis van dezelfde wetten is verlengd, te bestraffen, schendt de artikelen 10 en 11 van de Grondwet."*¹²⁷

Zonder dieper in te gaan op de zaak zelf, is het meteen duidelijk dat het om een extrinsieke lacune gaat. Het Hof spreekt letterlijk van de ontstentenis van een wetsbepaling. Ook in andere arresten staat dit rechtstreeks in de uitspraak te lezen.¹²⁸ Zo spreekt het hof in haar arrest van 18 december 2014 over "het ontbreken van een bepaling die....".¹²⁹

In sommige arresten is het vereist om iets dieper in te gaan op de overwegingen van het Hof om te kunnen besluiten dat het om een extrinsieke lacune gaat. In haar uitspraak van 13 januari 2011 zegt het Hof niet letterlijk dat het om een ontbreken of ontstentenis van een wet gaat.¹³⁰ Kijkt men naar de overwegingen in het arrest kan er echter wel besloten worden dat de lacune extrinsiek is. Het Hof spoort de wetgever daar aan om een einde te maken aan een discriminatie die haar oorsprong vindt in de ontstentenis van een bepaling.¹³¹

Afdeling ii. Intrinsieke lacune

De ongrondwettigheid kan ook haar oorsprong vinden in de getoetste norm, in zoverre die norm niet van toepassing is op een vergelijkbare categorie van rechtssubjecten.¹³² Het gaat hier nog steeds om een leemte in de wet, al bevindt de leemte zich nu in de getoetste norm zelf. Het Grondwettelijk Hof zal dan besluiten dat de getoetste norm de artikelen 10 en 11 van de Grondwet schendt, in zoverre het artikel niet voorziet in een bepaalde regeling die wel van toepassing is op de referentiecategorie. In een recent arrest van het Hof vindt men een voorbeeld:

¹²⁶ Arbitragehof 6 november 2001, nr. 140/2001; GwH 12 juli 2007, nr. 100/2007; GwH 21 februari 2008, nr. 23/2008, www.const-court.be; GwH 13 januari 2011, nr. 1/2011; GwH 18 december 2014, nr. 191/2014, www.const-court.be; S. VERSTRAELEN, "Ongrondwettige lacunes en handhavingsmaatregelen: decreetgever, let u even op alstublieft?" (noot onder RvS 3 februari 2015, nr. 230.083), RW 2015-16, nr.21, 23 januari 2016, 827.

¹²⁷ GwH 27 maart 2014, nr. 52/2014, www.const-court.be.

¹²⁸ GwH 16 september 2010, nr. 102/2010, www.const-court.be; GwH 16 december 2010, nr. 148/2010, www.const-court.be; GwH 18 december 2014, nr. 191/2014, www.const-court.be.

¹²⁹ GwH 18 december 2014, nr. 191/2014, www.const-court.be.

¹³⁰ GwH 13 januari 2011, nr 1/2011, www.const-court.be.

¹³¹ GwH 13 januari 2011, nr 1/2011, overw. B15.3, www.const-court.be.

¹³² M. MELCHIOR EN C. COURTOY, "Het verzuim van de wetgever of de lacune in de grondwettelijke rechtspraak", TBP 2008, 588.

“Artikel 31 van de wet van 31 januari 2009 betreffende de continuïteit van de ondernemingen schendt de artikelen 10 en 11 van de Grondwet in zoverre het de belastingadministratie tijdens de periode van opschorting niet verbiedt een hypothecaire inschrijving te nemen om erna als bevoorrechte schuldeiser te worden erkend.”¹³³

Bovenstaand voorbeeld was het antwoord op een prejudiciële vraag, maar het Hof kan ook een intrinsieke lacune vaststellen bij een verzoek tot vernietiging. Het zal dan de aangevochten bepaling vernietigen, in zoverre deze een vergelijkbare categorie uitsluit van zijn werkingsgebied.¹³⁴

Afdeling iii. Nuancering

Het Hof merkt een lacune als extrinsiek aan zodra de discriminatie zich buiten de aangevochten bepaling bevindt. In sommige gevallen maakt dit het onderscheid met een intrinsieke lacune erg kunstmatig. Louter op basis van de bepalingen die men heeft aangevochten wordt de lacune anders gecatalogiseerd.¹³⁵ De lacune kan zich dan nog steeds bevinden in een norm, omdat deze niet van toepassing is op een andere categorie. Strikt genomen zou dit een intrinsieke lacune zijn, maar omdat men de norm waarin de lacune zich bevindt niet heeft aangevochten benoemd het Hof deze toch als extrinsiek (*infra*).

Men zou kunnen stellen dat een lacune zuiver extrinsiek is als de discriminatie zich niet in de aangevochten bepaling bevindt, maar ook niet in een andere bepaling. Er bestaat met andere woorden geen enkele regeling, niet in de getoetste norm, maar ook niet daarbuiten, en daardoor is er sprake van discriminatie.

Ook in het algemeen is het onderscheid tussen beide categorieën van lacunes vatbaar voor kritiek. In beide gevallen gaat het over het feit dat een norm een gegeven situatie niet voorziet.¹³⁶ Bij een intrinsieke lacune is het toepassingsgebied van de bepaling te eng, terwijl bij een extrinsieke lacune zelfs geen norm bestaat. Een extrinsieke lacune kan men opvullen door een nieuwe norm te creëren. Maar ook een intrinsieke lacune zou geremedieerd kunnen worden door een volledig nieuwe bepaling in te voeren.

¹³³ GwH 18 februari 2016, nr. 23/2016, www.const-court.be.

¹³⁴ GwH 19 december 2007, nr. 154/2007, www.const-court.be; S. VERSTRAELEN, “Ongrondwettige lacunes en handhavingsmaatregelen: decreetgever, let u even op alstublieft?” (noot onder RvS 3 februari 2015, nr. 230.083), RW 2015-16, nr.21, 23 januari 2016, 827.

¹³⁵ GwH 15 maart 2011, nr. 38/2011, www.const-court.be.

¹³⁶ K. VANDORMAEL, *Het grondwettelijk Hof: rechter of regelgever, Analyse van de draagwijdte van de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof*, Brussel, Lancier, 2015, nr.203.

Afdeling iii. Zelf herstellend

In principe leidt het vaststellen van een lacune niet automatisch tot rechtsherstel.¹³⁷ Na het arrest van het Grondwettelijk Hof zal de leemte nog steeds bestaan. Pas bij ingrijpen van de wetgever kan de benadeelde categorie zich beroepen op dezelfde rechten als de categorie waarvoor wel reeds wetgeving bestond. Het uiteindelijke resultaat is een nivellering naar boven, doch is meestal men hiervoor afhankelijk van de wetgever (*infra*).¹³⁸

In sommige gevallen zal er wel automatisch rechtsherstel zijn.¹³⁹ Men spreekt dat van een zelfherstellende lacune.¹⁴⁰ De benadeelde categorie hoeft dan het optreden van de wetgever niet af te wachten en kan zich louter op basis van de uitspraak van het Grondwettelijk Hof beroepen op dezelfde rechten als de bevoordeelde categorie. De voorwaarde om zelf herstellend te zijn wordt door het Hof als volgt omschreven:

*"de vaststelling van die lacune is uitgedrukt in voldoende nauwkeurige en volledige bewoordingen die toelaten de in het geding zijnde bepaling toe te passen met inachtneming van de referentienormen op grond waarvan het Hof zijn toetsingsbevoegdheid uitoefent"*¹⁴¹

Dat betekent dat de inhoud van het deel van het dictum waarmee de norm wordt veroordeeld "in zoverre zij niet van toepassing is op" op zodanige wijze kan worden opgesteld of is opgesteld, dat dat deel van het dictum, zoals wordt gezegd over de gevolgen van een norm van internationaal publiekrecht in het intern recht, rechtstreekse werking heeft, onmiddellijk kan worden toegepast, of nog, "self sufficient" is. De norm moet nauwkeurig, volledig en onvoorwaardelijk zijn.¹⁴²

Na een lacune vast te stellen geeft het Hof aan of deze al dan niet in voldoende nauwkeurige en volledige bewoordingen is uitgedrukt. Zo ja, dan kan de verwijzende rechter (in geval van een prejudiciële vraag) of de rechter in het algemeen een einde te maken aan de schending.¹⁴³ Het Hof kan aldus door aan te geven dat de lacune voldoende nauwkeurig is de wet rechtstreeks beïnvloeden.

¹³⁷ GwH 23 juni 2010, nr. 72/2010, www.const-court.be; GwH 16 september 2010, nr. 102/2010, www.const-court.be; GwH 16 december 2010, nr. 148/2010, www.const-court.be; GwH 13 januari 2011, nr. 1/2011, www.const-court.be; GwH 10 maart 2011, nr. 36/2011, www.const-court.be; GwH 18 mei 2011, nr. 76/2011, www.const-court.be; GwH 31 mei 2011, nr. 98/2011, www.const-court.be; GwH 20 oktober 2011, nr. 161/2011, www.const-court.be; GwH 16 februari 2012, nr. 23/2012, www.const-court.be; GwH 31 mei 2012, nr. 70/2012, www.const-court.be; GwH 30 oktober 2012, nr. 135/2012, www.const-court.be; GwH 14 november 2012, nr. 138/2012, www.const-court.be; GwH 28 maart 2013, nr. 51/2013, www.const-court.be; GwH 25 mei 2013, nr. 75/2013, www.const-court.be; GwH 18 juli 2013, nr. 106/2013, www.const-court.be; GwH 10 oktober 2013, nr. 133/2013, www.const-court.be; GwH 27 maart 2014, nr. 52/2014, www.const-court.be; GwH 17 juli 2014, nr. 112/2014, www.const-court.be.

¹³⁸ Arbitragehof 8 oktober 2003, nr. 134/2003, www.const-court.be; GwH 12 juli 2007, nr. 100/2007, www.const-court.be.

¹³⁹ GwH 13 januari 2011, nr. 1/2011, www.const-court.be; GwH 15 maart 2011, nr. 38/2011, www.const-court.be; GwH 11 januari 2012, nr. 1/2012, www.const-court.be; GwH 26 september, nr. 121/2013, www.const-court.be; GwH 18 december 2014, nr. 191/2014, www.const-court.be.

¹⁴⁰ LIETAERT, B., "Taak van de feitenrechter bij discriminaties in de wet of door lacunes van de wet", TSR 2014, afl. 2 165, randnummer 27; P. MARTENS, noot onder GwH 11 januari 2012, nr. 1/2012 van, JLMB 2012/12, 557: Martens spreekt van *une lacune auto-réparatrice*.

¹⁴¹ GwH 15 maart 2011, nr. 38/2011, www.const-court.be.

¹⁴² M. MELCHIOR EN C. COURTOY, "Het verzuim van de wetgever of de lacune in de grondwettelijke rechtspraak", TBP 2008, 588.

¹⁴³ GwH 22 oktober 2015, nr. 149/2015, B.9, www.const-court.be; GwH 17 maart 2016, nr. 42/2015, B.37, www.const-court.be.

Men zou kunnen zeggen dat het Hof in dat geval recht creëert, omdat het zonder tussenkomst van de wetgever een lacune opvult (*infra*).

Een voorbeeld waarin het Hof een intrinsieke lacune als zelf herstellend aanmerkt uit het arrest van 18 februari 2016:

*"Aangezien de vaststelling van die lacune is uitgedrukt in voldoende nauwkeurige en volledige bewoordingen die toelaten de in het geding zijnde bepaling toe te passen met inachtneming van de artikelen 10 en 11 van de Grondwet, staat het aan de verwijzende rechter een einde te maken aan de schending van die normen."*¹⁴⁴

Gaat het om een extrinsieke lacune dan kan deze meestal pas verdwijnen als de wetgever de ontbrekende norm creëert. Het kan echter dat de lacune zich bevindt in een andere, nader genoemde bepaling. De lacune wordt als extrinsiek beschouwd omdat deze zich niet bevindt in de aangevochten bepaling, maar het Hof duidt wel specifiek de bepaling aan waar deze wel ligt. In haar arrest van 15 maart 2011 stelde het Hof dat de discriminatie zich bevond in 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.¹⁴⁵ Dit artikel werd door de verzoekende partijen niet aangevochten. Meer concreet ging het om een intrinsieke lacune vervat in het voormelde artikel 2. Het artikel schond artikelen 10 en 11 van de Grondwet in zoverre het niet erin voorziet dat een beroep tot vernietiging van een administratieve handeling bij de Raad van State dezelfde gevolgen heeft ten opzichte van de vordering tot herstel van de schade veroorzaakt door de vernietigde administratieve handeling als een dagvaarding voor het gerecht.

In feite komt het erop neer dat het Hof een extrinsieke lacune als zelf herstellend beschouwt, maar alleen omwille van een intrinsieke lacune in een andere wettelijke bepaling. Een extrinsieke lacune op zich is in de regel dus niet zelf herstellend. Het Hof gaat hier dus ook niet zo ver om zelf de ontbrekende norm te creëren. De lacune dient steeds uitgedrukt te zijn in voldoende nauwkeurige en volledige bewoordingen, zodat de feitenrechter in staat is deze op te vullen.

Vanuit het standpunt van partij die gediscrimineerd wordt door de ontstentenis van een wettelijke bepaling is het belangrijk dat de lacune zelf herstellend is. Dient men te wachten op het optreden van de wetgever dan is men nog niet meteen geholpen. De ongrondwettigheid is dan met andere woorden enkel gesignaleerd. Een termijn die het Hof oplegt waarbinnen de wetgever dient op te treden kan dan enige garantie bieden (*supra*).

Wat betreft de nivellering leidt een schending van het gelijkheidsbeginsel door een zelfherstellende lacune in de regel tot een nivellering naar boven. Althans indien de leemte bestaat uit het ontbreken van rechten voor de gediscrimineerde partij. In het andere geval, waar er een regeling bestaat die plichten legt op een categorie, maar niet op een andere, zal de nivellering naar beneden gebeuren. Het automatisch opvullen van de leemte zal dan aan iedereen dezelfde plichten opleggen. In deze situatie zou het echter aangewezen zijn om niet de leemte, maar de wet zelf aan te vechten.

¹⁴⁴ GwH 18 februari 2016, nr. 23/2016, overw. B.14.3, www.const-court.be.

¹⁴⁵ GwH 15 maart 2011, nr. 38/2011, overw. B.7.1, www.const-court.be.

Wat de rechtsgevolgen zijn van de vaststelling van een lacune die het gelijkheids- en niet discriminatiebeginsel schendt is niet steeds eenvoudig te bepalen. Soms is het niet duidelijk of de lacune al dan niet zelf herstellend is. In een arrest van 22 maart 2012 vernietigde het Hof het decreet van het Vlaamse Gewest van 23 december 2010 houdende wijziging van het Wetboek der registratie-, hypotheek- en griffierechten, in zoverre het niet de teruggave van de registratierechten toestond bij de aankoop van een nieuwe woning met bijbehorende grond onder het btw-stelsel.¹⁴⁶ Het betrof aldus een intrinsieke lacune die als ongrondwettig werd beschouwd. In de overweging van het hof is echter niet letterlijk te lezen dat de ongrondwettigheid in voldoende nauwkeurige en volledige bewoordingen is vastgesteld.

Dit leidde tot een nieuw geschil waarbij de Vlaamse regering de teruggave van registratierechten weigerde, omdat er intussen een nieuwe regeling werd uitgewerkt die deze teruggave in de weg stond. Hieromtrent werd in 2015 een prejudiciële vraag gesteld aan het Grondwettelijk Hof.¹⁴⁷ De Vlaamse regering was van oordeel dat er op het moment van het arrest van 22 maart 2012 een lacune ontstond in de wetgeving die door de nieuwe regeling met terugwerkende kracht werd opgevuld. Het Hof geeft de Vlaamse regering uiteindelijk ongelijk door te bevestigen dat haar arrest van 22 maart 2012 de lacune rechtstreeks had hersteld. De nieuwe regeling die de Vlaamse regering uitwerkte kon dus niet retroactief werken.¹⁴⁸

Wat betreft de rechtsgevolgen, en dus ook de nivellering, is het zelfherstellend karakter dus belangrijker dan het onderscheid tussen extrinsieke en intrinsieke lacunes. Dit onderscheid wordt door een deel van de rechtsleer ook afgewezen (*supra*). Wel onomstootbaar is dat het onderscheid tussen extrinsieke en intrinsieke lacunes een grote invloed heeft op het zelfherstellend karakter. Een intrinsieke lacune voldoet vaak aan het criterium dat de lacune in voldoende nauwkeurige en volledige bewoordingen die toelaten de bepaling rechtstreeks toe te passen dient te worden vastgesteld. Het spreekt voor zich dat de vaststelling van een extrinsieke lacune veel minder kans maakt om aan het criterium te voldoen. Tenzij het gaat om een lacune die zich buiten de getoetste norm bevindt, maar in een andere intrinsieke lacune (*supra*). Gaat het om een zuiver extrinsieke lacune dan bestaat er helemaal geen regeling. In sommige gevallen geeft het Grondwettelijk Hof zelf aan dat enkel de wetgever deze lacune kan opvullen.¹⁴⁹

Bestaat de discriminatie uit een leemte in de wet dan is het vanzelfsprekend dat de categorie waarvoor wel een regeling bestaat de referentiecategorie is. Door de leemte op te vullen zal er in principe een nivellering plaats hebben naar het niveau van de referentiecategorie, althans indien de leemte zelf herstellend is. Het staat de wetgever vrij om een regeling uit te werken die voor de referentiecategorie minder gunstig is.¹⁵⁰ Dit was het geval bij de problematiek omtrent de belasting van intercommunales en autonome gemeentebedrijven. Zowel bij het beantwoorden van een prejudiciële vraag in 2012 als bij een beroep tot vernietiging in 2014 oordeelde het Hof hierover.¹⁵¹ Het achtte de vrijstelling van vennootschapsbelasting voor intercommunales in strijd met de artikelen

¹⁴⁶ GwH 22 maart 2012, nr. 48/2012, www.const-court.be.

¹⁴⁷ GwH 24 maart 2016, nr. 48/2016, www.const-court.be.

¹⁴⁸ GwH 24 maart 2016, nr. 48/2016, overw. B.8, www.const-court.be.

¹⁴⁹ GwH 12 juli 2007, nr. 100/2007, overw. B.6.3, www.const-court.be.

¹⁵⁰ Dit is niet steeds het geval, zie infra Standstill-beginsel.

¹⁵¹ GwH 6 december 2012, nr. 148/2012, www.const-court.be; GwH 17 juli 2014, nr. 114/2014, www.const-court.be.

10 en 11 van de Grondwet in zoverre deze vrijstelling niet van toepassing is op autonome gemeentebedrijven die een identieke taak uitoefenen.

Om aan deze ongrondwettigheid te verhelpen heeft de wetgever ook intercommunales onderworpen aan de vennootschapsbelasting.¹⁵² Uiteindelijk werd de referentiecategorie dus op een lager niveau gebracht (de vennootschapsbelasting is minder gunstig dan de rechtspersonenbelasting) om de ongelijkheid te verhelpen.¹⁵³

Eerder werd reeds aangehaald dat het Hof van Cassatie wat betreft de gelijkheid tussen mannen en vrouwen een nivellering naar boven voorstaat (*supra*). Ook buiten die specifieke situatie heeft het Hof van Cassatie een voorkeur laat blijken voor een "levelling up".¹⁵⁴ Ook bij andere materies heeft het Hof van Cassatie rechtspraak geveld over hoe men dient om te gaan met discriminaties

Op 15 juli 1998 besliste het Arbitragehof in haar arrest 92/98, ingevolge een prejudiciële vraag, dat artikel 29bis van de WAM-wet (Wet Aansprakelijkheid voor Motorvoertuigen) de artikelen 10 en 11 van de Grondwet schendt, in zoverre het de voertuigen die aan spoorstaven zijn verbonden uitsluit van het stelsel van vergoeding waarin het voorziet.¹⁵⁵ Het stelde hier aldus een intrinsieke lacune in de wet vast. Het Hof van Cassatie zei in een arrest van 20 december 2007 hier het volgende over:

*"De wettelijke norm waarvan het Arbitragehof de ongrondwettigheid vaststelt in een op prejudiciële vraag gewezen arrest verdwijnt door dat arrest niet uit de rechtsorde en blijft dus zonder meer bestaan zolang de bevoegde wetgever niet tussenbeide is gekomen. De rechter mag zich niet in de plaats stellen van de wetgever, aan wie het behoort om aan de ongrondwettige discriminatie een einde te stellen. Deze vaststelling impliceert evenwel geenszins dat de rechter die wettelijke norm onverminderd kan toepassen. Deze verplichting houdt integendeel in dat het de rechter verboden is de ongrondwettig bevonden norm toe te passen. De rechter moet aldus de ongrondwettige norm negeren en toepassing maken van de (andere) normen die de betrokken rechtssituatie beheersen."*¹⁵⁶

In dit geval achtte het Hof van Cassatie het de taak van de wetgever om de discriminatie weg te werken. In 2008 oordeelde het Hof van Cassatie in een zaak over de procedure in strafrecht dat de strafrechter een leemte wel dient op te vullen. Het Grondwettelijk Hof had eerder artikel 416 tweede lid van het Wetboek van Strafvordering in strijd met de artikelen 10 en 11 van de Grondwet verklaard, in zoverre dit artikel niet voorziet in een onmiddellijk cassatieberoep tegen een arrest van de kamer van inbeschuldigingstelling.¹⁵⁷ Hier kwam het Hof van Cassatie tot een andere conclusie:

"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

¹⁵² Programmawet van 19 december 2014, BS 29 december 2014.

¹⁵³ Opheffing van art. 180, 1°, WIB 1992 door artikel 17 Programmawet van 19 december 2014, BS 29 december 2014.

¹⁵⁴ B. LIETAERT, "Discriminatie van arbeiders. Artikel 39 Arbeidsovereenkomstenwet, versie 1978, en de arbeider?", JTT 2013, afl. 1169, p. 416.

¹⁵⁵ Wet van 21 november 1989 betreffende de verplichte aansprakelijkheidsverzekering inzake motorrijtuigen, BS 8 december 1989; Arbitragehof 15 juli 1998, nr. 92/98, www.const-court.be.

¹⁵⁶ Cass. 20 december 2007, www.cass.be.

¹⁵⁷ GwH 31 juli 2008, nr. 111/2008, www.const-court.be.

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”¹⁵⁸

Het Hof van Cassatie hanteert hier een soortgelijk criterium als het Grondwettelijk Hof doet om te beoordelen of een lacune al dan niet zelfherstellend is. Indien de lacune is uitgedrukt in voldoende nauwkeurige en volledige bewoordingen dan moet de rechter de ongrondwettigheid herstellen door de lacune in te vullen.

¹⁵⁸ Cass. 14 oktober 2008, www.cass.be.

Hoofdstuk IV. Hangende zaken

De zaak omtrent de Arco-coöperanten en de discussie omtrent de Turteltaks zijn de laatste tijd niet weg te staan uit de berichtgeving. In dit hoofdstuk worden deze zaken in het licht van de onderzoeksvraag geplaatst. Er wordt telkens een denkoefening gemaakt waar wordt nagegaan of er een nivellering naar boven of naar beneden aannemelijk zou zijn.

Afdeling i. ARCO

Er is momenteel een procedure lopende bij het Grondwettelijk Hof over het verschil in behandeling tussen de aandeelhouders van coöperatieve vennootschappen en die van gewone vennootschappen.¹⁵⁹ De Belgische Staat wil de zogenaamde arco-coöperanten een gelijkaardige staatswaarborg geven zoals deze bestaat voor spaardeposito's. Dit zou een schending van het gelijkheids- en niet discriminatiebeginsel kunnen inhouden omdat het een verschil in behandeling invoert tussen coöperatieve vennootschappen (zoals Arco) en andere vennootschappen waarvan de aandeelhouders niet kunnen rekenen op een staatswaarborg.

Het Grondwettelijk Hof stelde op haar beurt een prejudiciële vraag aan het Europees Hof van Justitie. Volgens het Hof dient het eerst duidelijk te zijn of het volgens richtlijn 94/19/EG (depositogarantiestelsels) toegelaten is of zelfs verplicht om ook voor coöperatieve vennootschappen een staatswaarborg uit te werken. Verder vraagt men aan het Hof van Justitie of dergelijke staatswaarborg dan al dan niet verboden staatssteun is.

Het Hof van Justitie heeft zich nog niet uitgesproken over deze vraag en het Grondwettelijk Hof heeft zich dus ook nog niet uitgesproken over de mogelijke discriminatie. Maar stel dat het Hof uiteindelijk besluit dat het verschil in behandeling tussen coöperatieve vennootschappen en gewone vennootschappen een schending van het gelijkheids- en niet discriminatiebeginsel inhoudt. (In deze denkoefening is het antwoord van het Hof van Justitie niet van belang, zolang de prejudiciële vraag aan het Grondwettelijk Hof maar bevestigend wordt beantwoord.) Op welke manier dient deze discriminatie dan geredigeerd te worden?

Een nivellering naar boven zou in dit geval inhouden dat de staatswaarborg wordt uitgebreid tot alle soorten vennootschappen. Dit zou betekenen dat de verliezen die aandeelhouders leiden bij een faillissement gewaarborgd worden door de staat. Dit is uiteraard ondenkbaar. De staat zou dan het risico van aandeelhouderschap van alle Belgische vennootschappen op zich nemen. Een nivellering naar boven, waarbij de waarborg van de coöperatieve vennootschappen wordt afgenomen lijkt logisch. De theorie van de uitzonderingsregeling ten opzichte van de algemene regeling is hier van toepassing. Het is een uitzonderlijke regeling die de staatswaarborg toekent voor coöperatieve

¹⁵⁹ GwH 5 januari 2015, nr. 15/2015, www.const-court.be.

vennootschappen, terwijl de algemene regel is dat aandeelhouders mee het risico van bedrijfsactiviteiten dragen.

Afdeling ii. Turteltaks

Zeer actueel is de discussie omtrent wat men de "Turteltaks" heeft genoemd. Het gaat om de heffing die de Vlaamse overheid heeft ingevoerd op afnamepunten voor elektriciteit. Men heeft deze belasting ingevoerd om schuld van de netbeheerder voor de financiering van groenestroomcertificaten af te bouwen.¹⁶⁰

Tegen deze heffing lopen een aantal procedures bij het Grondwettelijk Hof. Er zijn twee beroepen tot nietigverklaring hangende.¹⁶¹ Eén daarvan is ingesteld door consumentenorganisatie Test-aankoop, de andere door een particulier.¹⁶² De Raad van State gaf een negatief advies over de heffing omdat deze eenzelfde materie zou belasten als de federale overheid al doet. Hierdoor zou de Vlaamse overheid haar bevoegdheid overschrijden.¹⁶³ De beroepen bij het Grondwettelijk Hof baseren zich echter ook op een vermeende schending van het gelijkheids- en niet discriminatie beginsel.¹⁶⁴

Gesteld dat het Hof de heffing zou vernietigen omwille van een schending van de artikelen 10 en 11 van de Grondwet (en dus niet omwille van een bevoegdheidsoverschrijding), wat zouden de gevolgen hiervan zijn? De gehele regeling omtrent de taks wordt geïnviseerd door het beroep tot vernietiging.¹⁶⁵ Welke artikelen het Hof exact zou vernietigen is koffiedik kijken. De vermeende discriminatie tussen gezinnen en bedrijven en tussen appartementsbewoners en bewoners van een huis (daar een appartement een extra afnamepunt heeft voor de gemeenschappelijke delen) kan wel een indicatie zijn. Het Hof zou aldus het criterium van de heffing per afnamepunt kunnen vernietigen, omdat dit tot de discriminatie leidt.

Zulke vernietiging zou inhouden dat de heffing verdwijnt en noch particulieren, noch bedrijven de belasting moeten betalen (of zelfs terugbetaald krijgen als het Hof terugwerkende kracht van haar arrest niet tempert). De wetgever zal dan een andere regeling moeten uitwerken die niet discriminerend is. Dit zal echter niet eenvoudig zijn omdat men nog steeds met het

¹⁶⁰ Artikel 128-135 decreet van 18 december 2015 houdende bepalingen tot begeleiding van de begroting 2016, BS 29 december 2015.

¹⁶¹ GwH Rolnummers 6419 en 6410, www.const-court.be.

¹⁶² Bij deze laatste is er wel al een uitspraak van het Hof betreffende de vordering tot schorsing, deze werd afgewezen omdat er niet voldaan was aan de voorwaarde van een moeilijk te herstellen ernstig nadeel; GwH 11 mei 2016, nr. 70/2016, www.const-court.be.

¹⁶³ Advies RvS 19 oktober 2015, 58.291/1/3, over een voorontwerp van decreet van de Vlaamse Gemeenschap en het Vlaamse Gewest houdende bepalingen tot begeleiding van de begroting 2016.

¹⁶⁴ Om de federale belastingbevoegdheid betreffende elektriciteit te respecteren werd niet het elektriciteitsverbruik zelf als basis voor de nieuwe heffing genomen, maar wel het afnamepunt. Net hierdoor zou de heffing dan weer het gelijkheids- en niet discriminatiebeginsel schenden, o.a. omdat bedrijven in verhouding minder moeten betalen dan gezinnen.

¹⁶⁵ Hoofdstuk 11 en 12 van het decreet van 18 december 2015 houdende bepalingen tot begeleiding van de begroting 2016, BS 29 december 2015.

bevoegdheidsprobleem zit (Een heffing die volledig gebaseerd is op het elektriciteitsverbruik zou hetzelfde belasten als de federale energiebelasting).¹⁶⁶

Afdeling iii. Pensioenhervorming

Er is een beroep tot vernietiging hangende bij het Grondwettelijk Hof betreffende de verhoging van de pensioenleeftijd.¹⁶⁷ Interessant voor dit onderzoek is dat de vakbonden die het beroep hebben ingesteld, hierbij verwijzen naar de gelijkheid van vrouwen en mannen en naar het standstill-beginsel (Wat het standstill-beginsel inhoudt en de invloed ervan op de nivellering naar boven of naar beneden wordt nader toegelicht in Deel III).

De vakbonden halen aan dat door de verhoging van de pensioenleeftijd van 65 naar 67 jaar er een substantiële achteruitgang van het recht op sociale zekerheid is. Ook menen zij dat vrouwen door de pensioenhervorming harder getroffen worden dan mannen.¹⁶⁸ De gemiddelde loopbaan van vrouwen is korter dan die van mannen. Omdat om toegang te krijgen tot het vervroegd pensioen een loopbaan moet voltooid zijn van minstens 42 jaar zou dit vrouwen op discriminerende wijze treffen.

In Hoofdstuk I werd reeds besproken dat men bij de discriminatie van vrouwen deze op hetzelfde niveau moet brengen als mannen. De situatie is hier echter niet zo eenvoudig als het geval waarbij vrouwen minder gunstige arbeidsvoorwaarden krijgen. Een mogelijke oplossing kan erin bestaan om bij de berekening van de loopbaan van vrouwen rekening te houden met hun specifieke situatie (bijvoorbeeld jaren met loopbaanonderbreking volledig laten meetellen, jaren als huismoeder ook in rekening brengen).

¹⁶⁶ Artikel 170, §2 Gw; artikel 11 Bijzondere wet van 16 januari 1989 betreffende de financiering van de Gemeenschappen en de Gewesten, BS 17 januari 1989.

¹⁶⁷ Wet van 10 augustus 2015 tot verhoging van de wettelijke leeftijd voor het rustpensioen, de voorwaarden voor de toegang tot het vervroegd pensioen en de minimumleeftijd voor het overlevingspensioen, BS 21 augustus 2015.

¹⁶⁸ GwH rolnummer 6365, www.const-court.be; "Vakbonden samen naar Grondwettelijk Hof tegen optrekken pensioenleeftijd", <http://deredactie.be/cm/vrtnieuws/binnenland/1.2579837>.

Hoofdstuk V. Tussenbesluit

Op basis van dit deel kunnen een aantal conclusies worden getrokken over de eerste onderzoeksvraag. Wanneer het tot een nivellering naar boven komt en wanneer deze naar beneden gebeurt hangt af van een aantal factoren.

Vooreerst dient duidelijk te zijn welke categorie kan beschouwd worden als de referentiecategorie. Bestaat er een regeling die een uitzondering uitmaakt op een algemene regeling dan zal deze laatste als referentie dienen. Specifiek wat betreft de discriminatie tussen vrouwen en mannen dient de nivellering steeds te gebeuren richting de categorie van de mannen. Het doel van de het beginsel van gelijkheid tussen vrouwen en mannen is immers om vrouwen te beschermen en ze dezelfde rechten als mannen toe te kennen.

Het Hof zal steeds onderzoeken waar precies de schending van het gelijkheids- en niet discriminatiebeginsel zich bevindt. Is dit in een wettelijke norm, dan kan het volstaan te voorspellen welke impact de vernietiging of het buiten toepassing laten van deze norm heeft op de rechtsorde. Wordt een bepaling die rechten toekent vernietigd, dan is het resultaat een nivellering naar beneden. Omgekeerd zal het verdwijnen van een bepaling die plichten oplegt leiden tot een nivellering naar boven. Hierbij dient men steeds rekening te houden met wie als referentiecategorie beschouwd wordt.

Komt het Hof tot de conclusie dat de discriminatie zich niet bevindt in een wettelijke norm, maar in het ontbreken ervan, dan is het van belang of deze lacune al dan niet zelf herstellend is. Het louter vaststellen van een discriminatie zal niet leiden tot een nivellering. De lacune dient zelf herstellend te zijn, zodat de feitenrechter deze kan opvullen. Het is hier dat het onderscheid tussen een extrinsieke en een intrinsieke lacune een invloed heeft.

Een zuiver extrinsieke lacune kan in principe niet zelf herstellend zijn. Men dient dan het optreden van de wetgever af te wachten. Het Hof kan echter wel druk uitoefenen door de wetgever een bepaalde termijn op te leggen om de ongelijkheid te verhelpen.

Een intrinsieke lacune is zelf herstellend als deze in voldoende precieze en volledige bewoordingen. De oorsprong van de discriminatie dient exact te worden aangegeven, zodat de feitenrechter de wet kan toepassen met inachtneming van de artikelen 10 en 11 van de Grondwet. In dat geval hangt de richting van de nivellering het opnieuw af van de aard van de bepaling, of deze rechten dan wel plichten oplegt.

DEEL III. BEWEGINGSRUIMTE VAN HET HOF

De tweede onderzoeksvraag spitst zich toe op de vraag of het Grondwettelijk Hof zelf een invloed kan uitoefenen op de richting van de nivellering. Het Hof heeft een aantal instrumenten ter beschikking om de gevolgen van haar arresten vorm te geven. In dit deel wordt specifiek onderzocht of het Hof via deze instrumenten de nivellering stuurt. Verder worden een aantal mogelijke beperkingen van de bewegingsruimte van het Hof onderzocht. Ten slotte wordt de vraag gesteld of ook de verzoekende partijen een invloed kunnen uitoefenen op de keuze tussen een "levelling up" of "levelling down".

Het onderzoek in dit deel houdt ook verband met de derde onderzoeksvraag, die in het laatste deel wordt besproken. Met dat verschil dat in dit deel wordt gefocust op wat het Hof kan doen, terwijl in het volgende deel die mogelijkheden van het Hof worden bekeken in het licht van de scheiding der machten.

Hoofdstuk I. Invloed instrumenten

Afdeling i. Verordeningen en handhaving der gevolgen

Door middel van richtlijnen kan het Grondwettelijk Hof de wetgever in een bepaalde richting sturen. Omwille van het dwingende karakter geldt dit des te meer voor verordeningen. Bij een verordening zegt het Grondwettelijk Hof in feite hoe toekomstige wetgeving er uit moet zien.¹⁶⁹ Het Hof kan op die manier een nivellering naar boven (of naar beneden) opleggen aan de wetgever, maar op zich is dit slechts het gevolg van het opleggen van een regeling die grondwettelijk is.¹⁷⁰

Bij het vaststellen van een intrinsieke lacune in de wetgeving maakt het Hof vaak gebruik van verordeningen.¹⁷¹ Door in het dispositief opnemen dat een wettelijke bepaling een discriminatie uitmaakt "in zoverre ..." geeft het Hof een verordening hoe de norm er dient uit te zien.¹⁷² In het geval dat een verordening oplegt het toepassingsgebied van de bestreden bepaling uit te breiden zal dit in veel gevallen een nivellering naar boven tot gevolg hebben.

Het Grondwettelijk Hof gebruikt de techniek van de handhaving der gevolgen om de wetgever een termijn op te leggen om in te grijpen. Maar daarbuiten zorgt zulke handhaving er ook voor dat de ongelijkheid voorlopig blijft bestaan. De nivellering wordt op die manier uitgesteld om de rechtszekerheid te bewaren.¹⁷³

In bepaalde gevallen wordt een nivellering niet enkel uitgesteld, maar wordt door het (tijdig) ingrijpen van de wetgever een andere richting gekozen. Zoals reeds besproken, zou de discriminatie tussen arbeiders en bedienden geleid hebben tot een nivellering naar boven, indien de wetgever niet tijdig een andere regeling had getroffen (*supra*). Er werd uiteindelijk voor een middenweg gekozen. Zonder de mogelijkheid van de handhaving der gevolgen had dit (althans voorlopig) niet mogelijk geweest.

Afdeling ii. Gedeeltelijke vernietiging

De bevoegdheid van het Hof om een wettelijke bepaling gedeeltelijk te vernietigen geeft het veel bewegingsvrijheid.¹⁷⁴ Zoals hierboven besproken zal het Hof bij het vaststellen van een intrinsieke

¹⁶⁹ C. Behrendt, *Le juge constitutionnel, un législateur-cadre positif: une analyse comparative en droit français, belge et allemand*, Brussel, Bruylant, 2006, 537 p.

¹⁷⁰ Arbitragehof 30 juni 2004, nr. 114/2004, overw. B.13-B.14, www.const-court.be.

¹⁷¹ GwH 16 juli 2009, nr. 122/2009

¹⁷² Arbitragehof 11 januari 2007, nr. 4/2007, www.const-court.be; GwH 19 december 2007, nr. 154/2007, www.const-court.be; GwH 31 juli 2008, nr. 111/2008, www.const-court.be; GwH 16 juli 2009, nr. 122/2009, www.const-court.be; GwH 19 december 2013, nr. 174/2013, www.const-court.be; GwH 9 oktober 2014, nr. 148/2014, www.const-court.be; GwH 12 februari 2015, nr. 20/2015, www.const-court.be.

¹⁷³ GwH 7 juli 2011, nr. 125/2011, overw. B.5.5, www.const-court.be; GwH 10 juli 2014, nr. 103/2014, www.const-court.be; GwH 18 december 2014, nr. 185/2014, www.const-court.be; GwH 14 januari 2016, nr. 2/2016, www.const-court.be; S. VERSTRAELEN, "Toen barstte de bom : het Grondwettelijk Hof handhaaft in een prejudicieel arrest de gevolgen van een vastgestelde ongrondwettigheid", R.W. 2011-2012, 1238.

¹⁷⁴ Artikel 8 Bijzondere Wet Grondwettelijk Hof.

lacune invloed hebben op de nivellering. Daarbij maakt het gebruik van de bepaling slechts gedeeltelijk te vernietigen (niet bij een prejudiciële vraag). Het vernietigt de norm slecht in zoverre hij niet van toepassing is op een gediscrimineerde categorie.

Maar ook door slecht één of een aantal woorden uit een bepaling te vernietigen kan het Hof de richting van de nivellering sturen. Indien het Hof de gehele wet, decreet of ordonnantie zou moeten vernietigen of een geheel artikel dan zouden de mogelijkheden veel beperkter zijn.

Als voorbeeld wordt opnieuw het politiepensioenarrest aangehaald.¹⁷⁵ Het Hof vernietigde daar enkel de woorden "voor de geïntegreerde politie" in artikel 88, tweede lid, van de wet van 28 december 2011 houdende diverse bepalingen. Had het Hof het gehele artikel 88 moeten vernietigen dan had het ook de uitzonderingen voor onder andere de militairen afgeschaft. Het is dus niet meer dan logisch dat het Hof de mogelijkheid heeft gedeeltelijk te vernietigen, zo kan het Hof enkel het discriminerende deel vernietigen en andere bepalingen ongemoeid laten. De gehele van 28 december 2011 houdende diverse bepalingen vernietigen zou nog gekker zijn. De wet bevat immers bepalingen die verschillende materies regelen.

Het Hof gebruikt de mogelijkheid om wetten slechts gedeeltelijk te vernietigen om (bij schending van artikelen 10 en 11 van de Grondwet) in de eerste plaats om de bron van de discriminatie correct aan te duiden en enkel dat artikel of deel ervan te vernietigen. Dit kan een impact hebben op de nivellering naar boven of naar beneden.

Afdeling iii. Interpretatiearresten

Door interpretatiearresten uit te spreken bepaalt het Grondwettelijk Hof de wijze waarop een wet dient te worden geïnterpreteerd om conform te zijn met de Grondwet (*supra*). Het Hof zegt dan voor recht welke interpretatie leidt tot een schending van het gelijkheids- en niet discriminatiebeginsel en welke geen schending tot gevolg zal hebben. Ook dit kan een nivellering naar boven of naar beneden teweegbrengen.¹⁷⁶

¹⁷⁵ GwH 10 juli 2014, nr. 103/2014, www.const-court.be.

¹⁷⁶ GwH 17 maart 2016, nr. 44/2016, www.const-court.be; GwH 21 januari 2016, nr. 7/2016, www.const-court.be; GwH 12 februari 2015, nr. 19/2015, www.const-court.be.

Hoofdstuk II. Herformulering en ambtshalve aangebrachte middelen

Volgens artikel 27, §2 van de Bijzondere Wet op het Grondwettelijk Hof heeft het Hof de mogelijkheid om prejudiciële vragen te herformuleren. Hieruit zou men kunnen afleiden dat het Hof verder kan gaan dan de vraag van de verwijzende rechter en ook andere wettelijke bepalingen kan onderwerpen aan een grondwettigheidstoets. Het Hof vat haar bevoegdheid wat betreft de herformulering echter niet zo ruim op. Het Hof gebruikt de herformulering van een prejudiciële vraag louter om duidelijkheid te brengen. Het zal bijvoorbeeld de vraag juridisch correcter formuleren of twee vragen met dezelfde draagwijdte herformuleren tot één vraag.¹⁷⁷

Komt de herformulering van de vraag erop neer dat het voorwerp van de vraag wordt uitgebreid tot bepalingen die niet door de verwijzende rechter worden beoogd dan zal het Grondwettelijk Hof zich hiervan weerhouden.¹⁷⁸ De formulering van de prejudiciële vraag door de verwijzende rechter is aldus een beperkende factor voor het Hof. Het Hof zal de discriminatie niet lokaliseren in bepalingen die buiten het voorwerp van de prejudiciële vraag vallen.

Het Grondwettelijk Hof is minder terughoudend wat betreft het ambtshalve aanbrenge van middelen in vernietigingsarresten. Zelfs al verwerpt het Hof alle middelen van de verzoekende partijen, dan kan ambtshalve een middel opwerpen en de aangevochten bepaling alsnog vernietigen.¹⁷⁹ Hierdoor is het Hof niet afhankelijk van de middelen die de partijen aanbrenge, maar kan het de bestreden bepalingen op een volledige manier toetsen aan het gelijkheids- en niet discriminatiebeginsel vervat in de artikelen 10 en 11 van de Grondwet. Eens het Hof gevat is kan het dus zelf het initiatief nemen om een bepaling te vernietigen (*infra*).

¹⁷⁷ Arbitragehof 12 juli 1996, nr. 47/96, www.const-court.be; Arbitragehof 30 april 1997, nr. 24/97, www.const-court.be.

¹⁷⁸ GwH 4 november 2010, nr. 128/2010, overw. B.1.1, www.const-court.be.

¹⁷⁹ Arbitragehof 19 januari 2005, nr. 14/2005, overw. B.35, www.const-court.be.

Hoofdstuk III. Levelling up of levelling down: een bewuste keuze?

Het Grondwettelijk Hof heeft veel mogelijkheden om schending van het gelijkheids- en niet discriminatiebeginsel te verhelpen (*supra*). Maar dit betekent niet automatisch dat het Hof ook kan kiezen tussen een nivellering naar boven of naar beneden.

Afdeling i. Plaats van de aangevochten norm in de rechtsorde

Het Grondwettelijk Hof moet werken in het wetgevend kader dat bestaat rond de discriminerende bepaling. Soms is het in de praktijk onmogelijk om een nivellering naar beneden toe te passen. In een arrest van 24 april 2014 stelde het Hof een discriminatie vast tussen enerzijds gehuwden en wettelijk samenwonenden waarvan de partner met het hoogste inkomen een deel van zijn inkomen in het buitenland verwerft en anderzijds gehuwden of wettelijk samenwonenden waarvan de partner met het hoogste inkomen zijn inkomen volledig in België verwerft.¹⁸⁰

De combinatie van artikel 134 WIB 92 (belastingvrije som) en artikel 155 WIB 92 (vrijstelling buitenlandse inkomsten met progressievoorbehoud) schendt het gelijkheidsbeginsel en de Europees vastgelegde vrijheid van werknemers.¹⁸¹ De inkomsten uit het buitenland worden vrijgesteld met progressievoorbehoud, waardoor men de facto niet kan genieten van de belastingvrije som. Dit probleem werd in de rechtspraak van het Europese Hof van Justitie uitvoerig behandeld, met als sluitstuk de zaak *Imfeld & Garcet*.¹⁸²

In bovenstaande zaak zou het zeer moeilijk zijn om een nivellering naar beneden toe te passen. Het spreekt voor zich dat de best oplossing is om koppels waarvan een partner (een deel van) zijn inkomen in het buitenland verwerft ook te laten genieten van de belastingvrije som. De ongelijkheid wegwerken door af te nemen wat bevoordeelde toekomt, zou een zeer vergaande ingreep in het systeem van de inkomstenbelastingen vergen. De rol van het Grondwettelijk Hof is hier beperkt tot het vaststellen van de schending. De administratie heeft dit probleem opgelost door een bijkomende vermindering toe te kennen.¹⁸³

Afdeling ii. Standstill-beginsel

De mogelijkheid om een nivellering naar beneden toe te passen stuit in bepaalde gevallen op het zogenaamde *standstill-beginsel*. Dit beginsel houdt in dat het beschermingsniveau van bepaalde grondrechten niet mag worden verminderd. Het beperkt in de eerste plaats de beleidsvrijheid van de wetgever, maar ook het Grondwettelijk Hof zal er rekening mee houden bij het oordelen over de

¹⁸⁰ GwH 24 april 2014, nr. 68/2014, www.const-court.be.

¹⁸¹ Artikel 45 VWEU.

¹⁸² HvJ 12 december 2013, nr. C-303/12, ECLI:EU:C:2013:822, 'Imfeld & Garcet'.

¹⁸³ Circulaire AAFisc Nr. 27/2014 (nr. Ci.RH.331/633.468) d.d. 01.07.2014.

grondwettigheid van wettelijke normen.¹⁸⁴ Het standstill-beginsel is in de Belgische Grondwet begrepen in artikel 23, het recht een menswaardig leven te leiden.¹⁸⁵ Om dit recht te waarborgen dient de wet (in ruime zin) economische, sociale en culturele rechten te verzekeren.¹⁸⁶

Het Grondwettelijk Hof omschrijft het als volgt:

“Artikel 23 van de Grondwet impliceert een standstill-verplichting, die eraan in de weg staat dat de bevoegde wetgever het beschermingsniveau dat wordt geboden door de van toepassing zijnde wetgeving in aanzienlijke mate vermindert, zonder dat daarvoor redenen zijn die verband houden met het algemeen belang.”¹⁸⁷

De wetgever kan niet zomaar een nivellering naar beneden bewerkstelligen als er grondrechten beschermt door artikel 23 van de Grondwet betrokken zijn. Het standstill-beginsel verbiedt de rechten in artikel 23 aanzienlijk te verminderen.¹⁸⁸

Het gelijkheids- en niet discriminatiebeginsel uit de artikelen 10 en 11 van de Grondwet worden geschonden wanneer een nieuwe norm op aanzienlijke wijze de bescherming vermindert die de rechten uit artikel 23 van de Grondwet verlenen.¹⁸⁹

Hierdoor dient de theorie dat bij de vaststelling van lacune die niet zelfherstellend is het de wetgever is die de nivellering bepaalt te worden bijgesteld. Als gevolg van het standstill-beginsel zal de wetgever soms verplicht zijn een nivellering naar boven toe te passen, anders zal de wet opnieuw ongrondwettig zijn. Dit betekent echter niet dat de wetgever niet mag raken aan wetgeving in verband met de rechten uit artikel 23. Enkel als de bescherming op aanzienlijke wijze vermindert zal het standstill-beginsel geschonden zijn.

Afdeling iii. Wetgever heeft het laatste woord?

Het Grondwettelijk Hof kan een norm vernietigen, de inhoud of het toepassingsgebied ervan wijzigen of een interpretatie opleggen aan de wetgever. Maar niets staat de wetgever in de weg om een nieuwe wet in te voeren. Bij het opstellen van een nieuwe regeling dient de wetgever wel rekening te houden het gelijkheids- en niet discriminatiebeginsel en uiteraard met de grondwet en het internationaal recht in het algemeen. Maar specifiek wat betreft de nivellering kan de wetgever in principe een andere weg inslaan. Indien deze nieuwe wet vrij is van discriminaties zal het Grondwettelijk Hof hier verder geen invloed op kunnen hebben.

¹⁸⁴ Artikel 23 Gw. behoort tot de referentienormen van het Grondwettelijk Hof.

¹⁸⁵ I. HACHEZ, *Le principe de standstill dans le droit des droits fondamentaux: une irréversibilité relative*, Bruylant, Brussel, 2008, 694 p.

¹⁸⁶ Artikel 23 Gw.

¹⁸⁷ GwH 21 mei 2015, nr. 67/2015, overw. B.8, www.const-court.be.

¹⁸⁸ K.RIMANQUE, *De grondwet toegelicht, gewikt en gewogen*, Antwerpen, Intersentia, 2005, p.77.

¹⁸⁹ Arbitragehof, 14 januari 2004, nr. 5/2004, overw. B.25.3.

Dit gebeurde bij de invoering van de vennootschapsbelasting voor intercommunales (*supra*). Het Grondwettelijk Hof had door haar arrest een nivellering naar boven bewerkstelligd.¹⁹⁰ Maakt hierna maakte de wetgever dit ongedaan en onderwierp zowel intercommunales als autonome gemeentebedrijven aan de vennootschapsbelasting met als resultaat een "levelling down".

Men kan niet de conclusie trekken dat het Grondwettelijk Hof een daadwerkelijke keuze maakt voor een nivellering naar boven of naar beneden. Het Hof zal in de eerste plaats de discriminatie wegwerken en het gevolg hiervan kan een "levelling up" of een "levelling down" zijn. De wetgever maakt deze keuze wel expliciet, door aan beleid te doen.

¹⁹⁰ GwH 17 juli 2014, nr. 114/2014, www.const-court.be.

Hoofdstuk VI. Invloed van de verzoekende partijen

Naast de invloed die het Hof heeft kan ook de vraag worden gesteld of de verzoekende partijen enige invloed kunnen uitoefening op de uitkomst van de nivellering. Bestaat er met andere woorden een soort tactiek die men kan hanteren om het gewenste resultaat, meestal een nivellering naar boven, te bereiken.

Afdeling i. Doel van de verzoekende partijen

Het is interessant te kijken naar wie een verzoek tot vernietiging instelt en om zo te kijken of hun doel al dan niet bereikt wordt. De verzoekende partij komt immers niet altijd overeen met de benadeelde categorie. Bij het politiepensionarrest was dit wel het geval, de verzoekende partijen bevonden zich in een minder gunstige positie. Uiteindelijk werden zij echter aangemerkt als referentiecategorie en kwam het tot een nivellering naar beneden.

In de zaak van het politiepensionarrest, werd het beroep tot vernietiging ingesteld door een aantal vakverenigingen die het personeel behorende tot de benadeelde groep vertegenwoordigen. In casu verzochten de betrokken vakbonden de vernietiging van de wet van 13 december 2012 houdende diverse wijzigingsbepalingen betreffende de pensioenen van de overheidssector.¹⁹¹ De bepalingen die zij in het bijzonder vernietigd willen zien zijn de artikelen 2 en 3 van voormelde wet.¹⁹² In artikel 2 wordt de pensioenleeftijd in de overheidssector verhoogd, terwijl artikel 3 bepaalde uitzondering voorziet voor categorieën die wel nog kunnen genieten van de oorspronkelijke (lagere) pensioenleeftijd.¹⁹³

Eén van die uitzonderingen betreft de geïntegreerde politie (de federale en lokale politie na de hervorming in 1998).¹⁹⁴ Hierdoor zijn de strengere pensioenregels niet van toepassing op het gehele politiekorps, waardoor de verschillen uit het verleden blijven bestaan. Zo kunnen twee categorieën vroeger met pensioen gaan: 1) personeelsleden van het operationeel kader die behoren tot het basiskader, het middenkader of het kader van hulpagenten van politie.¹⁹⁵ En 2) de personeelsleden die op 30 april 1999 onderworpen waren aan het statuut van het operationeel korps van de Rijkswacht of op die datum als militair aangewezen waren om te dienen in het administratief en logistiek korps van de Rijkswacht.¹⁹⁶

¹⁹¹ Wet van 13 december 2012 houdende diverse wijzigingsbepalingen betreffende de pensioenen van de overheidssector, BS 21 december 2012.

¹⁹² GwH 10 juli 2014, nr. 103/2014, overw. A.1, www.const-court.be.

¹⁹³ Artikel 2-3 wet van 13 december 2012 houdende diverse wijzigingsbepalingen betreffende de pensioenen van de overheidssector, BS 21 december 2012; De pensioenleeftijd werd reeds verhoogd door de wet van 28 december 2011 houdende diverse bepalingen (artikelen 85 tot 92), de wet van 13 december 2012 werkt deze verhoging verder uit; GwH 10 juli 2014, 103/2014, overw. B3.2, www.const-court.be.

¹⁹⁴ Wet van 7 december 1998 tot organisatie van een geïntegreerde politiedienst, BS 5 januari 1999.

¹⁹⁵ Artikel 5 van de wet van 30 maart 2001.

¹⁹⁶ Artikel 10 van de wet van 30 maart 2001.

De vakbonden beogen met hun verzoek tot vernietiging dat ook de andere categorieën bij de politie kunnen genieten van de vervroegde pensioenleeftijd. Zij kunnen volgens de algemene regel op pensioen gaan als ze een leeftijd van 62 jaar bereiken, terwijl voormelde categorieën reeds op 54, 56 of 58 jaar op pensioen kunnen gaan.¹⁹⁷

Uiteindelijk bereikten de vakbonden allerminst hun doel. Integendeel, als gevolg van hun beroep tot vernietiging werd de pensioenleeftijd voor alle leden van de geïntegreerde politie verhoogd. Omdat de discriminatie zich bevond in een uitzonderingbepaling, die werd vernietigd, werd de bevoordeelde categorie op het niveau gebracht van de referentie, de hogere pensioenleeftijd.

Een voorbeeld van een zaak waarin de verzoekende partijen geen nivellering naar boven beoogden is deze over de naamgeving van het kind. Hier werd de nieuwe regeling betreffende de naam overdracht aan het kind vernietigd.¹⁹⁸ De nieuwe wet had de bedoeling om de gelijkheid tussen mannen en vrouwen te bereiken bij het geven van de familienaam aan een kind. Daar een kind vroeger automatisch de naam van de vader kreeg maakte de nieuwe wet een keuze mogelijk tussen of de naam van de vader of die van de moeder, of de dubbele naam.

De wet had dus tot doel een historische ongelijkheid weg te werken, maar de vraag was wat er dient te gebeuren indien vader en moeder geen overeenstemming bereiken. De wetgever koos ervoor in dat geval de naam van de vader te laten primeren. Zo gaf men de vader de facto een vetorecht wat betreft de keuze van naam (een verbetering ten opzichte van de oude situatie, maar nog steeds een ongelijkheid).

Het is dit "vetorecht" van de vader dat het Grondwettelijk Hof uiteindelijk vernietigde. De rest van de wet bleef overeind. De bevoorrechte positie van de vader om in geval van onenigheid toch zijn naam aan het kind over te dragen werd afgenomen, aldus is hier sprake van levelling down. Een levelling up bereiken is hier onmogelijk, aangezien men niet tegelijk de enkel de naam van de vader en enkel de naam van moeder aan een kind kan geven. De wetgever staat nu voor de opdracht een nieuwe regeling uit te werken waarbij deze ongelijkheid zich niet voordoet¹⁹⁹.

In deze zaak waren het verschillende verenigingen die opkomen voor de rechten van de vrouw die het verzoek instelden. Men kan redelijker wijze aannemen dat deze verenigingen niet tot doel hadden het vetorecht aan de vrouw toe te kennen. Het is waarschijnlijk dat zij hun doel bereikten door de wet te laten vernietigen en de wetgever te verplichten met een oplossing te komen die de gelijkheid tussen man en vrouw wel garandeert.

¹⁹⁷ GwH 10 juli 2014, nr. 103/2014, B3.5; B5.2

¹⁹⁸ GwH 14 januari 2016, nr. 2/2016, www.const-court.be.

¹⁹⁹ Mogelijke pistes zijn: automatisch de dubbele naam waarbij de eerste naam alfabetisch wordt bepaald; de rechter laten beslissen; zoals in spanje?

Afdeling ii. Bepaling zelf of lacune aanvallen

In het politiepensioenarrest werd de uitzonderingsbepaling aangevallen door de verzoekende partijen, terwijl deze bepaling eigenlijk in hun voordeel was (*supra*). Men kan de vraag stellen of de vakbonden door een andere formulering van het middel wel een nivellering naar boven hadden kunnen bereiken. Indien de lagere pensioenleeftijd als discriminerend werd beschouwd, in zoverre deze niet van toepassing was op de leden van de politie die de vakbonden vertegenwoordigden, dan zou het effect omgekeerd zijn. De verzoekende partijen kunnen trachten een intrinsieke lacune als bron van de discriminatie te laten aanmerken door het Grondwettelijk Hof.

In deze zaak was het echter niet zo eenvoudig om de discriminatie in een lacune te lokaliseren. Omdat de gunstigere regels voor bepaalde groepen van de politie hun oorsprong niet vinden in de aangevochten wet, maar in een oudere regeling, is het weinig waarschijnlijk dat het Hof de verzoekers hierin had gevolgd (*supra*). In een minder complexe wetgeving kan deze tactiek eventueel wel werken. Uiteindelijk zal het Grondwettelijk Hof zelf oordelen over de bron van de discriminatie. Maar het intelligent kiezen van welke bepalingen men aanvecht kan wel een gunstig effect hebben.

De impact die een vernietiging of het buiten toepassing laten van een wettelijke bepaling heeft op de rechtsorde bepaalt of er naar boven of naar beneden wordt genivelleerd. Met andere woorden dient de situatie voor het arrest vergeleken te worden met deze erna. Brengt men de gediscrimineerde groep op het niveau van de anderen door deze rechten toe te kennen of plichten te verminderen, dan spreekt men van een nivellering naar boven.²⁰⁰ In het omgekeerde geval, waarbij men de rechten van de bevoordeelde groep afneemt of deze dezelfde plichten oplegt als de gediscrimineerde groep, gaat het om een nivellering naar beneden.²⁰¹

Men dient te bepalen of de wettelijke bepaling die men wil aanvechten rechten toekent of plichten oplegt. Op die manier zou men kunnen kiezen om de bepaling zelf aan te vechten of net de afwezigheid van een vergelijkbare bepaling, de lacune. Dit dient echter sterk genuanceerd te worden gelet op de mogelijkheid van het Hof om ambtshalve middelen aan te brengen of een gedeeltelijke vernietiging uit te spreken (*supra*). Hierbij hoort volgend schema:

²⁰⁰ 20/2015; 164/2014

²⁰¹ 2/2016; 103/2014

Kenmerk aangevochten bepaling:

A. RECHTEN:

1. Bepaling zelf → levelling down
2. Lacune
 - Zelf herstellend → levelling up
 - Niet zelf herstellend → optreden wetgever afwachten

B. PLICHTEN:

1. Bepaling zelf → levelling up
2. Lacune
 - Zelf herstellend → levelling down
 - Niet zelf herstellend → optreden wetgever afwachten

Hoofdstuk V. Tussenbesluit

De bewegingsruimte van het Hof bij het toetsen van wetten, decreten en ordonnanties aan het gelijkheids- en niet discriminatiebeginsel is zonder meer ruim te noemen. Dankzij de mogelijkheid tot gedeeltelijke vernietiging en de techniek van de handhaving der gevolgen kan het Hof de gevolgen van haar arresten sturen. Ook door middel van interpretatiearresten bepaalt het Hof welke nivellering er zal toegepast worden.

Maar het Hof maakt niet zomaar een zuivere keuze tussen een "levelling up" of "levelling down". De nivellering is veeleer het gevolg van welke bepaling het Hof als discriminerend aanmerkt en of er al dan niet een lacune wordt vastgesteld. De plaats van de discriminerende bepaling in het breder kader van de wetgeving kan de mogelijkheden van het Hof inperken. Het standstill-beginsel verplicht in bepaalde gevallen tevens een nivellering naar boven. Ten slotte kan de wetgever steeds ingrijpen en zo de (al dan niet bewuste) keuze van het Grondwettelijk Hof ongedaan maken.

DEEL IV. GRENZEN VAN HET GRONDWETTELIJK HOF

Nu in bovenstaande delen is onderzocht op welke manier een nivellering naar boven of naar beneden tot stand komt, is de derde onderzoeksvraag aan de orde. Deze betreft de vraag of het Grondwettelijk Hof haar bevoegdheid niet te buiten gaat wanneer het invloed heeft op de richting van de nivellering.

Om deze vraag te beantwoorden worden de bevindingen van Deel II en III geplaatst in het kader van de scheiding der machten. Er wordt onderzocht welke plaats het Hof heeft in het Belgische staatbestel met de wetgevende, uitvoerende en rechterlijke macht. Pas hierna kan een antwoord worden gevonden op de vraag of het Hof zich niet eerder als wetgever dan als rechter gedraagt.

Hoofdstuk I. Scheiding der machten

De scheiding der machten is een van de basisbeginselen van het Belgisch grondwettelijk bestel en een algemeen rechtsbeginsel. Het staatsgezag wordt uitgeoefend door de drie staatsmachten die elkaar wederzijds controleren en beperken. Deze zijn de wetgevende, uitvoerende en rechterlijke macht. In de Grondwet wordt dit principe benadrukt en zijn er onderscheiden hoofdstukken voor elk van de machten.²⁰² Dat het Grondwettelijk Hof is ondergebracht in een apart Hoofdstuk van de Grondwet doet reeds vermoeden dat het niet éénvoudig in te delen is bij een van de drie machten (*infra*).

Grondlegger van de theorie van de scheiding der machten is de Franse filosoof *Montesquieu*. In zijn werk *De l'esprit des lois* beschreef hij dat middels de vrijheid en gelijkheid van burgers te vrijwaren er drie machten moeten zijn die elkaar controleren en voorkomen dat één macht de bovenhand krijgt.²⁰³ Het belangrijkste principe is volgens *Montesquieu* niet de strikte scheiding der machten, maar wel het evenwicht ertussen. De grootste macht zou moeten liggen bij het meest democratische orgaan, het parlement.

In het hedendaagse Belgische staatsrecht vinden we dit evenwicht ook terug. De uitvoerende macht kan bijvoorbeeld het parlement ontbinden en heeft een initiatiefrecht inzake wetgevend werk.²⁰⁴ Omgekeerd controleert de wetgevende macht de uitvoerende macht en kan het de regering tot ontslag dwingen. De scheiding der machten is absoluut, de bevoegdheden van de verschillende machten zijn niet sluitend afgebakend.²⁰⁵

Meest relevant voor dit onderzoek is de verhouding tussen de rechterlijke macht en de wetgevende macht. De wetgevende macht stelt het geldelijk statuut van de rechters vast, het heft de parlementaire onschendbaarheid op en het verleent verlof om ministeres voor een rechtscollège te brengen of aan te houden. Tevens heeft de wetgevende macht het recht van onderzoek (bijvoorbeeld een parlementaire onderzoekscommissie).²⁰⁶

De rechterlijke macht toetst wetten aan internationale normen met directe werking.²⁰⁷ Ook kan het onder bepaalde voorwaarden een vergoeding toekennen voor schade veroorzaakt door de wetgevende macht.²⁰⁸ Ten slotte toetst het Grondwettelijk Hof wetten aan bepaalde artikelen van de Grondwet, maar het Hof is formeel gezien geen onderdeel van de rechterlijke macht (*infra*).

Het algemeen rechtsbeginsel inzake de scheiding der machten, evenals de bepalingen van de Grondwet inzake de bevoegdheid van de Rechterlijke Macht (de artikelen 40, 144 en 159 van de Grondwet), verhinderen dat de rechter zich in de plaats stelt van de regelgever. Hij mag niet oordelen over de opportuniteit van de beslissingen van de wetgever.²⁰⁹ Het is deze grens waarmee het de

²⁰² Artikel 33, 36 en 37 Gw.; Hoofdstuk II, III en VI Gw.

²⁰³ C. MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, Genève, 1748.

²⁰⁴ J. VANDE LANOTTE, Handboek Belgisch publiekrecht, Brugge, Die Keure, 2014, Deel I, p. 185.

²⁰⁵ J. VANDE LANOTTE, Handboek Belgisch publiekrecht, Brugge, Die Keure, 2014, Deel I, p. 186-200.

²⁰⁶ J. VANDE LANOTTE, Handboek Belgisch publiekrecht, Brugge, Die Keure, 2014, Deel I, p. 186.

²⁰⁷ Cass. 27 mei 1971, 'smeerkaasarrest'.

²⁰⁸ J. VANDE LANOTTE, Handboek Belgisch publiekrecht, Brugge, Die Keure, 2014, Deel I, p. 186.

²⁰⁹ Artikel 40, 144 en 159 Gw; Cass. 3 november 2008, www.cass.be; GwH 26 mei 2003, nr. 73/2003, www.const-court.be; GwH 30 juni 2004, nr. 114/2004, overw. B.5.3, www.const-court.be.

rechtspraak van het Grondwettelijk Hof speelt. In het bijzonder bij het opvullen van lacunes in de wet (*infra*).

Hoofdstuk II. Plaats Grondwettelijk Hof in het Belgische staatsbestel

De bevoegdheid van het Grondwettelijk Hof werd in Deel I reeds toegelicht. In dit hoofdstuk wordt specifiek onderzocht welke plaats het Hof in neemt in het groter geheel van het Belgische staatsbestel.

Door de oprichting van het Arbitragehof in 1980 kwam er een einde aan de onschendbaarheid van de wet. Zij het eerst nog in beperkte mate, maar samen met de uitbreiding van de referentienormen vergrootte de macht van het Arbitragehof, vanaf 2007 het Grondwettelijk Hof (*supra*). Het Grondwettelijk Hof wordt in de Grondwet niet ingedeeld bij een van de drie machten. De rechters van het Grondwettelijk Hof geen grondwettelijk statuut zoals de rechters van de rechterlijke macht.²¹⁰

Volgens het overgrote deel van de rechtsleer is het Grondwettelijk Hof onafhankelijk van de rechterlijke macht. Ook in de parlementaire voorbereiding van de Bijzonder wet op het Arbitragehof in 1988 wordt dit bevestigd.²¹¹ Men kan het Hof beschouwen als een soort vierde macht, die bijdraagt aan het evenwicht tussen de drie andere machten. Het waakt erover dat de andere machten de Grondwet respecteren.²¹² Het is deze functie als bewaker van de Grondwet dat het Hof haar bijzondere plaats geeft. Het Hof vertoont kenmerken van een rechter, maar begeeft zich ook op het rechtcreërend pad (*infra*).

In de parlementaire voorbereiding is veel informatie te vinden over de plaats die de wetgever op dat moment aan het Arbitragehof wilde geven.²¹³ Na een eerste fase, waarin het Arbitragehof bevoegdheidsconflicten tussen de federale overheid, de gemeenschappen en de gewesten, werd door de wijziging in 1989 overgegaan op een tweede fase. In deze fase zou het Hof ook waken over de grondrechten, met als belangrijkste het gelijkheids- en niet discriminatiebeginsel.²¹⁴ De strikte scheiding der machten, ingegeven door de vrees voor een "gouvernement des juges", wordt hierdoor verder verlaten. Men besepte ook het Arbitragehof door de bevoegdheidsuitbreiding zich zou kunnen begeven op het terrein van de wetgever:

*"Voortaan zal het Arbitragehof oordelen of de wet en het decreet gelijke gevallen gelijke behandelt, of er geen vormen van onderscheid worden aangebracht die redelijkerwijze niet verantwoord zijn. De Regering is zich bewust dat dit risico's inhoudt. Het gelijkheidsbeginsel is immers in hoge mate een beginsel waarin het juridische en het politieke, de legaliteit en de opportuniteit, innig verstrengeld zijn."*²¹⁵

Dat het absoluut gezag van gewijsde van de vernietigingsarresten van het Arbitragehof een rechtsvormende bevoegdheid toekende aan het Hof werd voorzien door de wetgever. In de parlementaire voorbereiding erkende men dat een arrest waarbij een wetsbepaling wordt vernietigd

²¹⁰ Artikel 142 Gw.

²¹¹ Hand. kamer 1988-89, 30 december 1988, nr. 633/4, 2.

²¹² L. FAVOREU, "Quel(s) modèle(s) constitutionnel(s)?", RUDH 1995, 357-360; L. FAVOREU, *Les Cours constitutionnelles*, Presses Universitaires de France, Parijs, 1996, 127.

²¹³ Hand. kamer 1988-89, 30 december 1988, nr. 633/4.

²¹⁴ Toenmalige artikels 6 en 6bis GW; Hand. kamer 1988-89, 30 december 1988, nr. 633/4, 4.

²¹⁵ Hand. kamer 1988-89, 30 december 1988, nr. 633/4, 4-5.

een "negatieve wetgevende handeling" is.²¹⁶ Daarom heeft men het absoluut gezag van gewijsde aan de voorwaarde onderworpen van de bekendmaking in het Belgisch Staatsblad, net zoals dat het geval is voor wetten.²¹⁷

Omdat men besepte dat de problemen die het Arbitragehof zou behandelen een grote politieke impact zouden hebben werden er oud-parlementsleden opgenomen in de samenstelling van het Hof. Deze konden door hun wetgevende ervaring een meer praktische benadering van het recht naar voor brengen. Zo trachtte men het evenwicht tussen de drie machten versterken.²¹⁸

Het Grondwettelijk Hof heeft sinds 1989 uiteraard een evolutie doorgemaakt en is niet in de rol gebleven die de wetgever historisch voor ogen had. Het Hof acht zichzelf niet enkel bevoegd om te oordelen over de grondwettigheid van een wettelijke bepaling, maar ook over het ontbreken van een bepaling. Dit noch in de Grondwet, noch in de Bijzondere Wet op het Grondwettelijk Hof voorzien.²¹⁹

De plaats van het Grondwettelijk Hof kan gezien worden als bewaker van de grondwet. Het Hof gedraagt zich soms als (formele) rechter, maar het draagt ook actief bij aan het recht (*infra*).

²¹⁶ Hand. Senaat, 28 april 1983, p. 1839.

²¹⁷ Artikel 9, §1 Bijzondere Wet Grondwettelijk Hof.

²¹⁸ J. VELAERS, *Van Arbitragehof tot Grondwettelijk Hof*, Antwerpen, Maklu, 1990, 411-415.

²¹⁹ Art. 142 Gw; artikel 1 en 26 Bijzondere Wet Grondwettelijk Hof.

Hoofdstuk III. Het Grondwettelijk Hof: Rechter of regelgever?

Het Grondwettelijk Hof heeft kenmerken van een rechter, doch gedraagt zich in bepaalde gevallen ook als regelgever. In dit Hoofdstuk worden eerst de kenmerken van het Grondwettelijk Hof van een (materiële) rechter besproken. Daarna wordt ingegaan op de rol van het Hof als regelgever en de botsing die dit kan opleveren met het principe van de scheiding der machten.

Afdeling i. Het Grondwettelijk Hof als rechter

Het Grondwettelijk Hof is geen rechter in formele zin, daar het geen onderdeel van de rechterlijke macht uitmaakt (*supra*). Het Hof vertoont wel kenmerken van een rechter in materiële zin, waarbij men kijkt naar de activiteit van de rechter. Een materiële rechter beslecht in de eerste plaats rechtsgeschillen.²²⁰ Een rechter neemt een jurisdictionele beslissing die een einde maakt aan de betwisting en de aanspraken van partijen definitief regelt.²²¹ Ook het Grondwettelijk Hof beslecht rechtsgeschillen, het lost conflicten betreffende de grondwettigheid van wetten op. Het spreekt zich wel niet uit over de subjectieve rechten die aan de basis van een prejudiciële vraag liggen.

Een tweede kenmerk van een materiële rechter is dat deze recht spreekt.²²² Hij bepaalt op welke wijze het recht moet worden uitgelegd en toegepast. Ook hieraan voldoet het Grondwettelijk Hof. Het spreekt zich uit over hoe de grondwet dient te worden toegepast en geïnterpreteerd. Tevens bepaalt het Hof hoe een wet dient te worden geïnterpreteerd om in overeenstemming te zijn met de Grondwet. Het Hof velst eindarresten met gezag van gewijsde.²²³

De jurisdictionele rechtshandeling (de uitspraak) van een materiële rechter is ten slotte specifiek.²²⁴ De gevolgen reiken niet verder dan het geschil waarover uitspraak wordt gedaan.²²⁵ Aan dit kenmerk voldoet het Grondwettelijk Hof duidelijk niet. De gevolgen van de arresten van het Hof hebben een ruimere draagwijdte. De vernietiging van een norm heeft *erga omnes* werking (*supra*). En ook een arrest gewezen op een prejudiciële vraag heeft een ruimere werking dan slechts tussen de partijen (*supra*). Hier verschilt het Hof dus in wezen van de definitie van een materiële rechter.

²²⁰ EHRM 23 oktober 1985, nr. 8848/80, Benthem/The Netherlands.

²²¹ P. Taelman, *Het gezag van het rechterlijk gewijsde: een begrippenstudie*, Diegem, kluwer, 2001, 465 p.; P. van Orshoven, *Préadvies: ontwikkelingen in de beslechting van bestuursrechtelijke geschillen in België*, Zwolle, tjeenk Willink, 1990, 6.

²²² P. van Orshoven, *Préadvies: ontwikkelingen in de beslechting van bestuursrechtelijke geschillen in België*, Zwolle, tjeenk Willink, 1990, 6.

²²³ Artikel 116 Bijzonder wet Grondwettelijk Hof.

²²⁴ Artikel 6 Gerechtelijk Wetboek.

²²⁵ P. van Orshoven, *Préadvies: ontwikkelingen in de beslechting van bestuursrechtelijke geschillen in België*, Zwolle, tjeenk Willink, 1990, 6.

Afdeling ii. Het Grondwettelijk Hof als negatieve wetgever

Zolang Het Grondwettelijk Hof op het terrein blijft van een "negatieve wetgever" overschrijdt het niet de bevoegdheid die de wetgever er historisch aan wilde geven (*supra*).

Door een wet te vernietigen speelt het Grondwettelijk Hof haar rol als een zogenaamde "negatieve wetgever". Door de *erga omnes* werking van een vernietigingsarrest heeft het hetzelfde algemeen karakter als een wet. Vanaf hun bekendmaking in het Belgisch Staatsblad hebben arresten houdende vernietiging een absoluut gezag van gewijsde.²²⁶ Volgens de Oostenrijkse professor Kelsen is een Grondwettelijk Hof in feite "niets anders dan een wetgever voorzien van een minteken."²²⁷ Kelsen is zelfs van mening dat er geen verschil tussen wat een Grondwettelijk Hof doet en het creëren van recht. De mogelijkheid om een wet te annuleren zou in dezelfde categorie vallen als het wetgevend gebeuren zelf. Kelsen plaats hier wel een kanttekening bij door op te merken dat een Grondwettelijk Hof wel beperkt wordt door de Grondwet.²²⁸

Het Belgische Grondwettelijk Hof is niet enkel beperkt door de Grondwet, maar ook door de Bijzondere Wet op het Grondwettelijk Hof, welke de (bijzondere) wetgever kan wijzigen. Stellen dat het Grondwettelijk Hof op hetzelfde niveau staat als de wetgever zou daarom te ver gaan. De bevoegdheid om een wettelijke bepaling uit de rechtsorde te verwijderen geeft het Hof echter de mogelijkheid om haar stempel te drukken op het wetgevend proces. Op zich is dit niet abnormaal, daar het Hof moet waken op de grondwettelijkheid van wetten en de wetgever hiermee dus rekening zal houden.

Als het Grondwettelijk Hof een schending van het gelijkheids- en niet discriminatiebeginsel vaststelt waarbij de schending zich bevindt in de aangevochten bepaling zelf, dan blijft het binnen haar traditionele bevoegdheid van artikel 1 en 26 van de Bijzondere wet op het Grondwettelijk Hof. Vult het Hof daarentegen een lacune in de wet op, dan neemt het actief deel aan de totstandkoming van het recht. Het Hof is dan niet langer enkel een "negatieve wetgever" (*infra*)²²⁹

Eens het Hof een discriminatie in een wettelijke bepaling heeft vastgesteld, is een nivellering naar boven of naar beneden eerder een logisch gevolg, dan een keuze. Zeker in het geval van een uitzonderingsregeling ten opzichte van een algemene regel, waarbij er geen twijfel bestaat welke categorie als referentie moet dienen (*supra*). Het Hof is door de Grondwet en de Bijzondere Wet op het Grondwettelijk Hof uitdrukkelijk bevoegd om een norm te vernietigen dus zal hierbij niet buiten haar bevoegdheid treden.

Wel zal het Hof door de techniek van de gedeeltelijke vernietiging een invloed uitoefenen op het uiteindelijke resultaat wat betreft de nivellering (*supra*). Er kan gesteld worden dat het Hof hier louter de bron van de discriminatie specificeert, zonder een gerichte keuze te maken over een nivellering naar boven of naar beneden. Uiteraard is het Hof zich bewust van de rechtgevolgen van haar

²²⁶ Artikel 9, §1 Bijzondere Wet Grondwettelijk Hof.

²²⁷ H. KELSEN, "La garantie juridictionnelle de la constitution (la justice constitutionnelle)", RDP 1928, 227.

²²⁸ H. KELSEN, Pure theory of Law (vert. M. Knight), Berkeley, university of california Press, 2005, 356 p.

²²⁹ C. BEHRENDT, *Le juge constitutionnel, un législateur-cadre positif*, Brussel en Parijs, Bruylant en L.G.D.J., 2006.

arresten. Maar in het kader van haar taak als bewaker van de Grondwet kan bezwaarlijk worden gesteld dat het Hof een discriminatie niet exact zou mogen lokaliseren en laten verdwijnen.

Wanneer het Hof gebruik maakt van de techniek van de negatieve interpretatiemodaliteit blijft het in haar rol als negatieve wetgever. Het vaststellen dat een wet in een bepaalde interpretatie de grondwet schendt kan worden gezien binnen de traditionele bevoegdheid van het Hof. Alle rechters interpreteren de wet om ze toe te passen op de feiten in een zaak. In die zin doet het Grondwettelijk Hof hier niet meer dan andere rechters, met dit verschil dat de gevolgen van een arrest van het Hof gewezen op prejudiciële vraag verder reiken dan *inter partes (supra)*.²³⁰

Afdeling iii. Het Grondwettelijk Hof als positieve wetgever: schending van de scheiding der machten?

In evolutie van haar rechtspraak is het Grondwettelijk Hof niet blijven stilstaan bij een rol als "negatieve wetgever". Op verschillende manieren heeft het Hof een steeds actievere bijdrage geleverd aan de rechtsvorming. Dat het Hof hierbij is afgeweken van de oorspronkelijke bedoeling van de wetgever in 1989 hoeft niet te betekenen dat het Hof haar bevoegdheid overschrijdt. De rechtspraak van het Hof dient echter wel kritisch te worden bekeken in het kader van de scheiding der machten.²³¹

Een eerste manier waarop het Hof zich gedraagt als positieve wetgever is bij de positieve interpretatiemodaliteiten. Bij vernietigingsarresten kan het Hof een interpretatievoorbehoud maken waarbij het zegt hoe een wet geïnterpreteerd moet worden.²³² Indien het Hof een interpretatie geeft waarbij iets wordt toegevoegd aan de norm of de norm vervangen wordt, doet het in feite aan rechtscreatie.²³³ Het kan bekeken worden als het amenderen van een wet, waarbij het Hof aanpassingen maakt om de wet in overeenstemming te brengen met de Grondwet.

Ook in arresten gewezen op prejudiciële vraag kan een Hof een positieve interpretatiemodaliteit geven (meestal gecombineerd met een negatieve modaliteit in een dubbelpositiefarrest). Dezelfde redenering als bij de interpretatievoorbehouden gaat hier op: door een norm te vervangen of door iets toe te voegen gedraagt het Hof zich als materiële wetgever.²³⁴ De verwijzende rechter en alle andere rechters die in dezelfde zaak uitspraak doen zijn verplicht de interpretatie van het Grondwettelijk Hof te volgen.²³⁵ Indien dezelfde vraag over de interpretatie van een wet (identiek voorwerp) zich bij een andere zaak opnieuw stelt, hoeft de rechter geen nieuwe prejudiciële vraag te stellen.²³⁶ Hierdoor krijgt de interpretatie die het Hof geeft de facto een algemene werking.

²³⁰ Artikel 18 Bijzondere Wet Grondwettelijk Hof.

²³¹ J. DE JAEGERE, "Actieve rechtsvorming door het Grondwettelijk Hof. Waar ligt de grens?", TBP 2014, 26-27; 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.

²³² Arbitragehof 7 februari 2001, nr. 10/2001, www.const-court.be; Arbitragehof 29 maart 2001, nr. 40/2001, www.const-court.be.

²³³ Zogenaamde additieve en substitutieve interpretaties

²³⁴ Arbitragehof 9 november 1995, nr. 75/95, www.const-court.be.

²³⁵ Artikel 28 Bijzondere Wet Grondwettelijk Hof.

²³⁶ artikel 26, § 2, 2^o Bijzondere wet Grondwettelijk Hof.

Indien het Hof ambtshalve middelen opwerpt loopt het ook het risico zich op het terrein van de wetgever te begeven (*supra*). Het Hof eigent zich hier een soort van initiatiefrecht toe dat normaal voorbehouden is voor de wetgever.²³⁷ Het Hof dient wel nog gevat te worden door de partijen, maar daarna kan het zelf middelen opwerpen en zo een actievare rol spelen.

De rechtspraak van het Grondwettelijk Hof waar het ontbreken van een bepaalde regeling discriminerend wordt geacht, de zogenaamde lacunes, is ook een vorm van rechtscreatie. Indien het Hof de lacune niet zelfherstellend beschouwd laat het de rol van de wetgever ongemoeid (*supra*). Maar als het gaat om een lacune die wel zelfherstellend maakt het Hof in feite een wet, waar er vroeger geen was.

De bevoegdheid van het Grondwettelijk Hof om te oordelen over lacunes in een wettelijke bepaling werd door het Hof van Cassatie in vraag gesteld.²³⁸ Het Hof van Cassatie weigerde een prejudiciële vraag te stellen wanneer de vraag de discriminatie door een lacune betrof.²³⁹ Later veranderde het Hof van Cassatie van richting en stelde het prejudiciële vragen aan het Grondwettelijk Hof wanneer de leemte een bestaande wettekst in vraag stelt omdat hij niet van toepassing is op een vergelijkbare categorie.²⁴⁰

²³⁷ Artikel 17 Gw.

²³⁸ 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, afl. 8, 306-315.

²³⁹ Cass. 28 april 1999, www.cass.be; Cass. 31 mei 2001, www.cass.be.

²⁴⁰ Cass. 2 oktober 2007, www.cass.be; Cass. 30 oktober 2007, www.cass.be; Cass. 18 maart 2008, www.cass.be.

Hoofdstuk IV. Terughoudendheid van het Grondwettelijk Hof

Het Grondwettelijk Hof heeft ook zelf grenzen gesteld aan haar rol als positieve wetgever. Reeds eerder in dit onderzoek werd de terughoudendheid van het Hof bij het herformuleren van prejudiciële vragen besproken (*supra*).

In het straf- en fiscaal recht speelt het legaliteitsbeginsel en daarvoor is het Hof beducht. Als het in het strafrecht aan rechtscreatie zou doen zou het Hof het basisbeginsel *nullum crimen sine lege* schenden.²⁴¹ In haar rechtspraak verwijst het Hof regelmatig naar dit legaliteitsbeginsel. Zo oordeelde het Hof dat het aan de wetgever is het strafrechtsbeleid te bepalen en meer in het bijzonder om uit te maken op welke wijze minderjarigen strafrechtelijk dienen te worden beschermd.²⁴² Ook voor het fiscaal recht geldt het legaliteitsbeginsel, waardoor een belasting enkel kan ingevoerd worden op een wettelijke basis.²⁴³

Het Grondwettelijk Hof houdt wel degelijk rekening met het principe van de scheiding der machten. In haar rechtspraak erkent het Hof dat een oordeel over de opportuniteit van wettelijke bepalingen aan de wetgever is voorbehouden. Het Hof onthoudt zich van het voeren van een beleid.²⁴⁴ In het politiepensioenarrest verwijst het hof hiernaar:

“Het komt de wetgever toe te oordelen in hoeverre het opportuun is maatregelen te nemen met het oog op besparingen inzake rust- en overlevingspensioenen. Aangezien die pensioenen met overheidsfondsen worden gefinancierd, moet de last die op de Staat weegt, kunnen worden gewijzigd wanneer de sanering van de openbare financiën of het tekort in de sociale zekerheid zulks vereisen. Bij het bepalen van zijn pensioenbeleid beschikt de wetgever derhalve over een ruime beoordelingsbevoegdheid. Dat is des te meer het geval wanneer de betrokken regeling het voorwerp heeft uitgemaakt van sociaal overleg.”²⁴⁵

Het Hof gaat daarna verder met de redenering dat het de bepalingen wel zal toetsen aan het gelijkheids- en niet discriminatiebeginsel.²⁴⁶ De beleidsvrijheid van de wetgever wordt dus beperkt door de grondwet en het is daar dat het Grondwettelijk Hof over waakt. Uiteraard heeft het Hof dan invloed op de wetgeving en onrechtstreeks op het beleid, maar het maakt geen zuivere beleidskeuzes.

Bij het oordelen over lacunes in de wet beperkt het Hof zich ook tot situaties waarbij de verzoeker niet louter het stilzitten van de wetgever aanvecht. Maar zich daar in tegen baseert op een wettelijk bepaling die van toepassing is op een bepaalde categorie, maar niet op een andere. Het Hof acht

²⁴¹ Artikel 12 en 14 Gw.

²⁴² Arbitragehof 10 november 1999, nr. 116/99, overw. B.1.4, www.const-court.be.

²⁴³ Artikel 170 Gw.

²⁴⁴ GwH 7 juli 2011, nr. 125/2011, overw. B.4.1, www.const-court.be.

²⁴⁵ Arbitragehof 12 januari 1995, nr. 1/95, overw. B.3 www.const-court.be; GwH 10 juli 2014, 103/2014, overw. B.6.2, www.const-court.be.

²⁴⁶ GwH 10 juli 2014, 103/2014, overw. B.6.3, www.const-court.be.

zich onbevoegd om te oordelen over en beslissing van impliciete weigering tot het nemen van een wetgevende maatregel.²⁴⁷

De overweging dat een "levelling up" de staat veel geld kan kosten mag het Grondwettelijk Hof niet beïnvloeden. Het is de taak van het Grondwettelijk Hof om discriminaties weg te werken, ongeacht deze kunnen leiden tot een nivellering naar boven en daarom zeer kostelijk kunnen zijn voor de samenleving. De wetgever zal, als hij dit opportuun acht, de wetgeving kunnen aanpassen zonder dat hij opnieuw een discriminatie mag invoeren.²⁴⁸

²⁴⁷ P. POPELIER, "Het Hof van Cassatie over lacunes in de wetgeving : toenadering tot het Grondwettelijk Hof", (Noot onderCass. 17 januari 2008), R.W. 2008-2009, afl. 28, 1186-1189.; M. MELCHIOR en C. COURTOY, "Het verzuim van de wetgever of de lacune in de grondwettelijke rechtspraak", TBP 2008, p. 587-603.

²⁴⁸ B. LIETAERT, "Taak van de feitenrechter bij discriminaties in de wet of door lacunes van de wet", TSR 2014, p.190, randnummer 68.

Hoofdstuk V. Tussenbesluit

Het Grondwettelijk Hof heeft haar rol in de loop der jaren ruimer opgevat dan de wetgever oorspronkelijk voor ogen had. Zo heeft het zich bevoegd verklaard voor het toetsen van lacunes en gebruikt het haar arsenaal aan instrumenten om actief mee te werken aan de rechtsvorming. Toch kan niet besloten worden dat het Hof hierdoor het beginsel van de scheiding der machten schendt. De plaats van het Grondwettelijk Hof in het Belgische staatsbestel is immers deze van bewaker van de Grondwet en in het kader van die rol heeft het Hof haar bevoegdheid opgevat.

Het Hof is tegelijk rechter en regelgever. In die zin dat het kenmerken van een materiële rechter heeft, maar ook actief bijdraagt aan het recht. Vooral bij het opvullen van lacunes in de wet doet het hof in feite aan rechtscreatie. Het Hof van Cassatie heeft zich uiteindelijk neergelegd bij de toetsing van lacunes door het Hof.

De grens van het Hof ligt bij het zich in de plaats stellen van de wetgever. Het Hof gedraagt zich dan wel als "positieve wetgever" bij het toetsen van wetten aan de Grondwet, maar zal niet oordelen over de opportuniteit van die wetten. Ook in het fiscaal recht en het strafrecht stelt het hof zich terughoudend op omwille van het legaliteitsbeginsel.

CONCLUSIE

De bevoegdheid van het Grondwettelijk Hof werd in 1989 uitgebreid tot het toetsen van wettelijke bepalingen aan het gelijkheids- en niet discriminatiebeginsel. Sindsdien heeft het Hof een steeds grotere rol gespeeld in het discriminatierecht. Wanneer het Hof vaststelt dat een maatregel discrimineert, rijst doorgaans de vraag op welke wijze de gelijkheid moet worden hersteld: door de benadeelde te geven wat de bevoordeelde toekomt (nivellering naar boven) of door de bevoordeelde te ontnemen wat de benadeelde wordt ontzegd (nivellering naar beneden).

Er spelen verschillende elementen mee bij het beantwoorden van die vraag. Ten eerste dient de referentiecategorie vastgesteld te worden. In het geval de categorieën in de verhouding staan van een uitzonderingsregeling en een algemene regeling zal deze laatste als referentie dienen. Ook indien de benadeelde categorie geniet van een bijzondere bescherming dient men te geven wat de bevoordeelde categorie toekomt. Zo zal bij de discriminatie van vrouwen ten opzichte van mannen een nivellering naar boven worden toegepast.

De aard van de discriminerende bepaling, of deze rechten dan wel plichten inhoudt, en de plaats ervan in de rechtsorde bepalen mee het resultaat van het herstellen van de gelijkheid. Tevens zal het vaststellen van een discriminatie in een wettelijke bepaling zelf een ander resultaat opleveren dan indien deze zijn oorsprong vindt in een lacune. Wat betreft lacunes is het verder van belang of deze al dan niet zelfherstellend zijn. Enkel zelfherstellende lacunes hebben een rechtstreeks effect op de nivellering. In het andere geval dient men het optreden van de wetgever af te wachten.

Het Hof beschikt over verschillende instrumenten en mogelijkheden om een discriminatie vast te stellen en te remediëren. Hierdoor kan het een invloed uitoefenen op de richting van de nivellering. Tegelijk wordt de bewegingsruimte van het Hof beperkt door onder meer het standstill-beginsel en kan een optreden van de wetgever haar keuze ongedaan maken.

Het Grondwettelijk Hof draagt zowel op negatieve als op positieve manier bij tot de ontwikkeling van het recht. Indien het Hof zich gedraagt als positieve wetgever dient het behoedzaam te zijn om het principe van de scheiding der machten niet te schenden. Het Hof kan en mag, tot op zekere hoogte, sturend optreden bij de keuze van de nivellering. De grens ligt bij het maken van beleidskeuzes, wat exclusief is voorbehouden aan de wetgever.

BIBLIOGRAFIE

Wetgeving

- Internationaal Verdrag inzake Burgerlijke en Politieke Rechten
- Europees Verdrag voor Rechten van de Mens
- Verdrag betreffende de Europese Unie
- Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie.
- Handvest grondrechten EU.
- Richtlijn 76/207/EEG.
- Richtlijn 79/7/EEG.
- Richtlijn 92/85/EEG.
- Richtlijn 2000/43/EC.
- Richtlijn 2000/78/EC.
- Richtlijn 2004/103/EC.
- Richtlijn 2006/54/EG.
- Richtlijn 2010/18/EU.
- Richtlijn 2010/41/EG.
- Richtlijn 2011/99/EU.

- Grondwet.
- Bijzonder wet van 6 januari 1989 op het Grondwettelijk Hof.
- Bijzondere wet van 16 januari 1989 betreffende de financiering van de Gemeenschappen en de Gewesten, BS 17 januari 1989.
- Gerechtelijk Wetboek.
- Burgerlijk Wetboek.

- Wetboek van de Inkomstenbelastingen 1992.
- Wet van 10 maart 1900 op de arbeidsovereenkomst, BS 14 maart 1900.
- Wet van 7 augustus 1922 op het bediendencontract, BS 16-17 augustus 1922.
- Wet van 3 juli 1978 betreffende de arbeidsovereenkomsten, BS 22 augustus 1978.
- Wet van 21 november 1989 betreffende de verplichte aansprakelijkheidsverzekering inzake motorrijtuigen, BS 8 december 1989.
- Wet van 7 december 1998 tot organisatie van een geïntegreerde politiedienst, BS 5 januari 1999.
- Wet van 1 juli 2006 tot wijziging van de bepalingen van het Burgerlijk Wetboek met betrekking tot de vaststelling van de afstamming en de gevolgen ervan, BS 29 december 2006.
- Wet van 13 december 2012 houdende diverse wijzigingsbepalingen betreffende de pensioenen van de overheidssector, BS 21 december 2012.
- Wet van 26 december 2013 betreffende de invoering van een eenheidsstatuut tussen arbeiders en bedienden inzake de opzeggingstermijnen en de carenzdag en begeleidende maatregelen, BS 31 december 2013.
- Programmawet van 19 december 2014, BS 29 december 2014.
- Wet van 10 augustus 2015 tot verhoging van de wettelijke leeftijd voor het rustpensioen, de voorwaarden voor de toegang tot het vervroegd pensioen en de minimumleeftijd voor het overlevingspensioen, BS 21 augustus 2015.
- Decreet van de Franse Gemeenschap van 4 januari 1999 betreffende de bevorderingsambten en de selectieambten.
- Decreet van 18 december 2015 houdende bepalingen tot begeleiding van de begroting 2016, BS 29 december 2015.

Rechtspraak

- EHRM 23 oktober 1985, nr. 8848/80, Benthem/The Netherlands.
- EHRM 27 maart 1998, nr. 20458/92, Petrovic/Oostenrijk.
- EHRM 6 april 2000, nr. 34369/97, Thlimmenos/Griekenland.

- HvJ 8 april 1976, nr. C-43/75, ECLI:EU:C:1976:56, 'Defrenne II'.
- HvJ 13 mei 1986, nr. C-170/84, ECLI:EU:C:1986:204, 'Bilka'.
- HvJ 17 mei 1990, nr. C-262/88, ECLI:EU:C:1990:209, 'Barber'.
- HvJ 27 juni 1990, nr. C-33/89, ECLI:EU:C:1990:265, 'Kowalska'.
- HvJ 7 februari 1991, nr. C-184/89, ECLI:EU:C:1991:50, 'Nimz'.
- HvJ 14 december 1993, nr. C-110/91, ECLI:EU:C:1993:926, 'Moroni'.
- HvJ 9 oktober 2001, nr. C-379/99, ECLI:EU:C:2001:527, 'Menauer'.
- HvJ 12 december 2002, nr. C-442/00, ECLI:EU:C:2002:752, 'Rodríguez Caballero'.
- HvJ 12 december 2013, nr. C-303/12, ECLI:EU:C:2013:822, 'Imfeld & Garcet'.

- Arbitragehof 10 maart 1988, nr. 22/98, www.const-court.be.
- Arbitragehof 13 oktober 1989, nr. 23/89, www.const-court.be.
- Arbitragehof 7 maart 1991, nr. 3/91, www.const-court.be.
- Arbitragehof 7 mei 1992, nr. 33/92, www.const-court.be.
- Arbitragehof 18 november 1992, nr. 74/92, www.const-court.be.
- Arbitragehof 8 juli 1993, nr. 56/93, www.const-court.be.
- Arbitragehof 12 januari 1995, nr. 1/95, www.const-court.be.
- Arbitragehof 9 november 1995, nr. 75/95, www.const-court.be.
- Arbitragehof 15 mei 1996, nr. 31/96, www.const-court.be.
- Arbitragehof 12 juli 1996, nr. 47/96, www.const-court.be.

- Arbitragehof 3 oktober 1996, nr. 54/96, www.const-court.be.
- Arbitragehof 30 april 1997, nr. 24/97, www.const-court.be.
- Arbitragehof 15 juli 1998, nr. 92/98, www.const-court.be.
- Arbitragehof 30 september 1999, nr. 102/99, www.const-court.be.
- Arbitragehof 10 november 1999, nr. 116/99, www.const-court.be.
- Arbitragehof 22 december 1999, nr.136/99, www.const-court.be;
- Arbitragehof 7 februari 2001, nr. 10/2001, www.const-court.be.
- Arbitragehof 29 maart 2001, nr. 40/2001, www.const-court.be.
- Arbitragehof 18 april 2001, nr. 49/2001, www.const-court.be.
- Arbitragehof 6 november 2001, nr. 140/2001, www.const-court.be.
- Arbitragehof 26 juni 2002, nr. 111/2002, www.const-court.be.
- Arbitragehof 10 juli 2002, nr. 129/2002, www.const-court.be.
- Arbitragehof 2 oktober 2002, nr. 138/2002, www.const-court.be.
- Arbitragehof 26 mei 2003, nr. 73/2003, www.const-court.be.
- Arbitragehof 8 oktober 2003, nr. 134/2003, www.const-court.be.
- Arbitragehof 8 oktober 2003, nr. 134/2003, www.const-court.be.
- Arbitragehof 14 januari 2004, nr. 5/2004, www.const-court.be.
- Arbitragehof 31 maart 2004, nr. 62/2004, www.const-court.be.
- Arbitragehof 30 juni 2004, nr. 114/2004, www.const-court.be.
- Arbitragehof 30 juni 2004, nr. 114/2004, www.const-court.be.
- Arbitragehof 19 januari 2005, nr. 14/2005, www.const-court.be.
- Arbitragehof 7 juni 2006, nr.91/2006, www.const-court.be.
- Arbitragehof 11 januari 2007, nr. 4/2007, www.const-court.be.

- GwH 12 juli 2007, nr. 100/2007, www.const-court.be.
- GwH 19 december 2007, nr. 154/2007, www.const-court.be.

- GwH 21 februari 2008, nr. 23/2008, www.const-court.be.
- GwH 31 juli 2008, nr. 111/2008, www.const-court.be.
- GwH 9 juli 2009, nr. 107/2009, www.const-court.be.
- GwH 16 juli 2009, nr. 122/2009, www.const-court.be.
- GwH 16 juli 2009, nr. 123/2009, www.const-court.be.
- GwH 23 juni 2010, nr. 72/2010, www.const-court.be.
- GwH 16 september 2010, nr. 102/2010, www.const-court.be.
- GwH 4 november 2010, nr. 128/2010, www.const-court.be.
- GwH 16 december 2010, nr. 148/2010, www.const-court.be.
- GwH 13 januari 2011, nr. 1/2011, www.const-court.be.
- GwH 10 maart 2011, nr. 36/2011, www.const-court.be.
- GwH 15 maart 2011, nr. 38/2011, www.const-court.be.
- GwH 18 mei 2011, nr. 76/2011, www.const-court.be.
- GwH 31 mei 2011, nr. 98/2011, www.const-court.be.
- GwH 7 juli 2011, nr. 125/2011, www.const-court.be.
- GwH 20 oktober 2011, nr. 161/2011, www.const-court.be.
- GwH 11 januari 2012, nr. 1/2012, www.const-court.be.
- GwH 16 februari 2012, nr. 23/2012, www.const-court.be.
- GwH 22 maart 2012, nr. 48/2012, www.const-court.be.
- GwH 31 mei 2012, nr. 70/2012, www.const-court.be.
- GwH 30 oktober 2012, nr. 135/2012, www.const-court.be.
- GwH 14 november 2012, nr. 138/2012, www.const-court.be.
- GwH 6 december 2012, nr. 148/2012, www.const-court.be.
- GwH 17 januari 2013, nr. 4/2013, www.const-court.be.
- GwH 28 maart 2013, nr. 51/2013, www.const-court.be.
- GwH 25 mei 2013, nr. 75/2013, www.const-court.be.

- GwH 18 juli 2013, nr. 106/2013, www.const-court.be.
- GwH 26 september, nr. 121/2013, www.const-court.be.
- GwH 10 oktober 2013, nr. 133/2013, www.const-court.be.
- GwH 10 oktober 2013, nr. 135/2013, www.const-court.be.
- GwH 19 december 2013, nr. 174/2013, www.const-court.be.
- GwH 19 december 2013, nr. 189/2013, www.const-court.be.
- GwH 13 februari 2014, nr. 29/2014, www.const-court.be.
- GwH 13 maart 2014, nr. 44/2014, www.const-court.be.
- GwH 27 maart 2014, nr. 52/2014, www.const-court.be.
- GwH 24 april 2014, nr. 68/2014, www.const-court.be.
- GwH 8 mei 2014, nr. 79/2014, www.const-court.be.
- GwH 8 mei 2014, nr. 80/2014, www.const-court.be.
- GwH 12 juni 2014, nr. 89/2014, www.const-court.be.
- GwH 30 juni 2014, nr. 99/2014, www.const-court.be.
- GwH 10 juli 2014, nr. 103/2014, www.const-court.be.
- GwH 17 juli 2014, nr. 112/2014, www.const-court.be.
- GwH 17 juli 2014, nr. 114/2014, www.const-court.be.
- GwH 17 juli 2014, nr. 118/2014, www.const-court.be.
- GwH 25 september 2014, nr. 133/2014, www.const-court.be.
- GwH 9 oktober 2014, nr. 148/2014, www.const-court.be.
- GwH 6 november 2014, nr. 164/2014, www.const-court.be.
- GwH 18 december 2014, nr. 185/2014, www.const-court.be.
- GwH 18 december 2014, nr. 191/2014, www.const-court.be.
- GwH 22 januari 2015, nr. 1/2015, www.const-court.be.
- GwH 5 februari 2015, nr. 15/2015, www.const-court.be.
- GwH 12 februari 2015, nr. 19/2015, www.const-court.be.

- GwH 12 februari 2015, nr. 20/2015, www.const-court.be.
- GwH 26 maart 2015, nr. 42/2015, www.const-court.be.
- GwH 23 april 2015, nr.45/2015, www.const-court.be.
- GwH 21 mei 2015, nr. 67/2015, www.const-court.be.
- GwH 22 oktober 2015, nr 149/2015, www.const-court.be.
- GwH 14 januari 2016, nr. 2/2016, www.const-court.be.
- GwH 21 januari 2016, nr. 7/2016, www.const-court.be;
- GwH 21 januari 2016, nr. 10/2016, www.const-court.be.
- GwH 18 februari 2016, nr. 23/2016, www.const-court.be.
- GwH 3 maart 2016, nr. 35/2016, www.const-court.be.
- GwH 10 maart 2016, nr. 40/2016, www.const-court.be.
- GwH 17 maart 2016, nr. 42/2015, www.const-court.be.
- GwH 17 maart 2016, nr. 44/2016, www.const-court.be;
- GwH 24 maart 2016, nr. 48/2016, www.const-court.be.
- GwH 11 mei 2016, nr. 70/2016, www.const-court.be.

- Cass. 27 mei 1971, www.cass.be.
- Cass. 17 januari 1994, www.cass.be.
- Cass. 28 april 1999, www.cass.be.
- Cass. 31 mei 2001, www.cass.be.
- Cass. 2 oktober 2007, www.cass.be.
- Cass. 30 oktober 2007, www.cass.be.
- Cass. 20 december 2007, www.cass.be.
- Cass. 18 maart 2008, www.cass.be.
- Cass. 14 oktober 2008, www.cass.be.
- Cass. 3 november 2008, www.cass.be.

- Cass. 24 januari 2011, www.cass.be.

- Adv. Raad 19 oktober 2015, 58.291/1/3, www.raadvst-consetat.be.

- Arbh. Gent, 14 januari 2013, *NjW* nr. 278, 13 maart 2013, 218.

Rechtsleer

a) Boeken

- ALEN, A., MUYLLE, K., *Handboek van het Belgisch Staatsrecht*, Mechelen, Kluwer, 2011, 376 p.
- BEHRENDT, C., *Le juge constitutionnel, un législateur-cadre positif: une analyse comparative en droit français, belge et allemand*, Brussel, Bruylant, 2006, 537 p.
- FAVOREU, L., *Les Cours constitutionnelles*, Presses Universitaires de France, Parijs, 1996, 127 p.
- HACHEZ, I., *Le principe de standstill dans le droit des droits fondamentaux: une irréversibilité relative*, Bruylant, Brussel, 2008, 694 p.
- KELSEN, H., *Pure theory of Law (vert. M. Knight)*, Berkeley, university of california Press, 2005, 356 p.
- LEYSEN, R. en SMETS, J., *Toetsing van de wet aan de grondwet in België*, Zwolle, W.e.j. tjeenk Willink, 1991, 46 p.
- MAES, G., *De afdwingbaarheid van sociale grondrechten*, Antwerpen, Intersentia, 2003, 420 p.
- MONTESQUIEU, C., *De l'esprit des lois*, Genève, 1748.
- P. POPELIER, *Procederen voor het Grondwettelijk Hof*, Antwerpen, Intersentia, 2008, 426 p.
- POPELIER, P., *De wet juridisch bekeken*, Brugge, die Keure, 2004, 424 p.
- RIMANQUE, K., *De grondwet in groothoekperspectief*, Antwerpen, Intersentia, 2007, 573 p.
- RIMANQUE, K., *De grondwet toegelicht, gewikt en gewogen*, Antwerpen, Intersentia, 2005, 487 p.
- VAN ORSHOVEN, P., *Préadvies: ontwikkelingen in de beslechting van bestuursrechtelijke geschillen in België*, Zwolle, tjeenk Willink, 1990, 95 p.
- VANDE LANOTTE, J., *Handboek Belgisch publiekrecht*, Brugge, Die Keure, 2014, Deel I.
- VANDORMAEL, K., *Het grondwettelijk Hof: rechter of regelgever, Analyse van de draagwijdte van de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof*, Brussel, Lancier, 2015, 117 p.
- VELAERS, J., *Van Arbitragehof tot Grondwettelijk Hof*, Antwerpen, Maklu, 1990, 578 p.

b) Tijdschriften

- AHUMADA RUIZ, M., "El control de constitucionalidad de las omisiones legislativas", *Revista del centro de Estudios Constitucionales*, 1991, 183.
- COURTOY, C., "De betrekkingen tussen de grondwettelijke hoven en de andere nationale rechtscolleges, met inbegrip van de interferentie, terzake, van het optreden van de Europese rechtscolleges", *Rev.b.dr.const.* 2002, afl. 3, 233-320; *TBP* 2002, afl. 6, 371-415.
- DE JAEGERE, J., "Actieve rechtsvorming door het Grondwettelijk Hof. Waar ligt de grens?", *TBP* 2014, 26-27.
- DE RIDDER, P., "De beperkte toetsing van het gelijkheidsbeginsel door het Arbitragehof", *R.W.* 1990-91, 484-485.
- ENGELS, C., "Het onderscheid werkman/bediende, een ongrondwettige discriminatie in strijd met de artikelen 6 en 6bis van de Belgische Grondwet", *R.W.*, 1991-1992, nr.22, 1 februari 1992, 736.
- FAVOREU, L., "Quel(s) modèle(s) constitutionnel(s)?", *RUDH* 1995, 357-360.
- FERNANDEZ RODRIGUEZ, J., "Typologie des dispositifs des décisions des cours constitutionnelles", *RBDC* 1998, 333-354.
- KELSEN, H., "La garantie juridictionnelle de la constitution (la justice constitutionnelle)", *RDP* 1928, 227.
- LIETAERT, B., "Discriminatie van arbeiders. Artikel 39 Arbeidsovereenkomstenwet, versie 1978, en de arbeider ?", *JTT* 2013, afl. 1169, 413-416.
- LIETAERT, B., "Taak van de feitenrechter bij discriminaties in de wet of door lacunes van de wet, *TSR* 2014, afl. 2 143-192
- LUST, S. EN POPELIER, P., "Rechtshandhaving door het Arbitragehof en de Raad van State door de uitoefening van de vernietigingsbevoegdheid", *R.W.* 2001-02, 1214-1216.
- MARTENS, P., "Le juge légiférant", (noot onder GwH 11 januari 2012, nr. 1/2012) , *JLMB* 2012/12, 557.
- MELCHIOR, M. en C. COURTOY, "Het verzuim van de wetgever of de lacune in de grondwettelijke rechtspraak", *TBP* 2008, p. 587-603.
- NERINCKX, S. en VANDENPLAS, L., "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.
- POPELIER, P., "constitutionele toetsing van wetgeving in België", *TVW* 2006, 264-285.

- POPELIER, P., "Het Hof van Cassatie over lacunes in de wetgeving : toenadering tot het Grondwettelijk Hof", (Noot onder Cass. 17 januari 2008), R.W. 2008-2009, afl. 28, 1186-1189.;
- POPELIER, P., "Het vernieuwde Arbitragehof: de Bijzondere Wet van 9 maart 2003 in de praktijk", C.D.P.K., 2006, 5-6.
- SCHOLSEM, J., "La Cour d'arbitrage et les «lacunes legislatives», in *De verhouding tussen het Arbitragehof, de rechterlijke macht en de Raad van State*, Brugge, die Keure, 2005, p. 213-237.
- SOTTIAUX, S., "Grondwetsconforme interpretatie. Garantie voor of aantasting van de scheiding der machten?" in *Leuvense staatsrechtelijke standpunten 2*, Brugge, die Keure, 2010, 211.
- Taelman, P., *Het gezag van het rechterlijk gewijsde: een begrippenstudie*, diegem, kluwer, 2001, 465 p.;
- THEUNIS J., "Het fiscaal legaliteitsbeginsel. Een stand van zaken na 10 jaar rechtspraak van het Arbitragehof", T.F.R. 2006, 79-96.
- TRAEST, M., "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, afl. 8, 306-315.
- VAN HEUVEN, D., "Enkele beschouwingen over het gelijkheidsbeginsel, R.W. 1990-91, 585-596.
- VERMEULEN, L., "Wie betaalt rekening voor ongrondwettig onderscheid arbeidersbedienden", *Juristenkrant*, 14 september 2011, 11.
- VERSTRAELEN, S., "Toen barstte de bom : het Grondwettelijk Hof handhaaft in een prejudicieel arrest de gevolgen van een vastgestelde ongrondwettigheid", R.W. 2011-2012, 1238.
- VERSTRAELEN, S., *Ongrondwettige lacunes en handhavingsmaatregelen: decreetgever, let u even op alstublieft?* (noot onder RvS 3 februari 2015, nr. 230.083), RW 2015-16, nr.21, 23 januari 2016, 827.
- WITTERS, A. en VERHELST, I., "Nieuwe discriminatieregels in arbeidszaken", *Or.*, 2007, 180.

c) Bijdragen in verzamelwerken

- HUMBLET, P., "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.
- POPELIER, P., "De rechtspraak van het Arbitragehof over lacunes in de wetgeving", in A. ALEN (red.), *Twintig jaar Grondwettelijk Hof*, Antwerpen, Kluwer, 2005, p. 76-88.
- SOTTIAUX, S., Grondwetsconforme interpretatie. Garantie voor of aantasting van de scheiding der machten?, in X., *Leuvense staatsrechtelijke standpunten 2*, 193-252.
- THEUNIS J., "De toetsing door het Arbitragehof aan de grondrechten", in *Staatsrecht, Themis-vormingsonderdeel 36*, Brugge, die Keure, 2006, 27-46.

Auteursrechtelijke overeenkomst

Ik/wij verlenen het wereldwijde auteursrecht voor de ingediende eindverhandeling:

De toetsing aan het gelijkheidsbeginsel: levelling up of levelling down?

Richting: **master in de rechten-rechtsbedeling**

Jaar: **2016**

in alle mogelijke mediaformaten, - bestaande en in de toekomst te ontwikkelen - , aan de Universiteit Hasselt.

Niet tegenstaand deze toekenning van het auteursrecht aan de Universiteit Hasselt behoud ik als auteur het recht om de eindverhandeling, - in zijn geheel of gedeeltelijk -, vrij te reproduceren, (her)publiceren of distribueren zonder de toelating te moeten verkrijgen van de Universiteit Hasselt.

Ik bevestig dat de eindverhandeling mijn origineel werk is, en dat ik het recht heb om de rechten te verlenen die in deze overeenkomst worden beschreven. Ik verklaar tevens dat de eindverhandeling, naar mijn weten, het auteursrecht van anderen niet overtreedt.

Ik verklaar tevens dat ik voor het materiaal in de eindverhandeling dat beschermd wordt door het auteursrecht, de nodige toelatingen heb verkregen zodat ik deze ook aan de Universiteit Hasselt kan overdragen en dat dit duidelijk in de tekst en inhoud van de eindverhandeling werd genotificeerd.

Universiteit Hasselt zal mij als auteur(s) van de eindverhandeling identificeren en zal geen wijzigingen aanbrengen aan de eindverhandeling, uitgezonderd deze toegelaten door deze overeenkomst.

Voor akkoord,

Geldof, Dieter

Datum: **15/05/2016**