

Constitutioneel Recht

Recente evoluties in de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof

Stefan SOTTIAUX
docent K.U.Leuven, HUB, advocaat

1. 2009 was een boeiend jaar voor het Belgisch constitutioneel recht. Dat danken we niet aan een staats hervorming, maar aan enkele markante uitspraken van het Grondwettelijk Hof. De meest belangwekkende arresten van het afgelopen jaar zijn ongetwijfeld deze waarin het Hof de federale en de deelstatelijke antidiscriminatie wetgeving van 2007 en 2008 onder de loep nam.¹ Daarnaast zorgde de procedure bij de Raad van State tot intrekking van de publieke financiering van het Vlaams Belang voor twee interessante prejudiciële arresten.² Voor een grondige analyse van deze rechtspraak hebben we hier niet de ruimte. Zij laat ons echter toe een viertal actuele leerstukken van naderbij te bekijken: de verruimende lezing, de dialoog tussen de grondwettelijke rechter en het Hof van Justitie, de onafhankelijkheid en de onpartijdigheid van de hoogste rechtscolleges en de bescherming van de vrijheid van meningsuiting. Deze vier thema's komen achtereenvolgens aan bod.

I. De verruimende lezing

2. Niet alleen het optreden van de wetgever maar ook het ontbreken van een wettelijke regeling kan een schending van de Grondwet opleveren. In dat laatste geval spreken we van een leemte in de wet of van een onderinclusieve wet. Verschillende situaties kunnen aanleiding geven tot de vaststelling van een ongrondwettige leemte. Zo kan het ontbreken van procedurele waarborgen resulteren in de schending van de eerlijke procesrechten. De problematiek komt echter vooral op de voorgrond in het gelijkheidscontentieux. Het discriminatieverbod is geschonden wanneer de wetgever zonder redelijke verantwoording aan een bepaalde categorie van personen een voordeel ontzegt dat het aan anderen toekent. Hoe moet de grondwettelijke rechter deze ongelijkheid remediëren? Er dienen zich twee mogelijkheden aan. Ofwel verklaart de rechter de bepaling ongrondwettig, waardoor het voordeel meteen ook verdwijnt voor zij die ervan konden genieten, ofwel beslist hij om het toepassingsgebied uit te breiden tot de groep van personen aan wie het voordeel ten onrechte was ontzegd. We noemen dit het dilemma van de “*equal graveyards or equal vineyards*”.

3. In de Belgische rechtspraak en rechtsleer werd lange tijd aangenomen dat de rechter zijn bevoegdheid te buiten zou treden door zelf de draagwijdte van een regel te verruimen.³ Het beginsel van de machtscheiding zou zich daartegen verzetten. Het is pas zeer recent dat we een kentering kunnen waarnemen in de rechtspraak van de hoogste rechtscolleges. Deze werd ingeluid door het Grondwettelijk Hof in twee arresten van 2008 en 2009.⁴ Niet elke leemte kan

¹ Zie: GWH, nr. 17/2009, 12 februari 2009; GWH, nr. 39/2009, 11 maart 2009; GWH, nr. 40/2009, 11 maart 2009; GWH, nr. 41/2009, 11 maart 2009; GWH, nr. 64/2009, 2 april 2009; GWH, nr. 103/2009, 18 juni 2009; GWH, nr. 122/2009, 16 juli 2009; GWH, nr. 123/2009, 16 juli 2009.

² GWH, nr. 157/2009, 13 oktober 2009; GWH, nr. 195/2009, 3 december 2009.

³ Zie bvb. P. POPELIER, “Rechtsbescherming tegen discriminerende wetgeving, de rol van het Arbitragehof en de mogelijkheden tot rechtsherstel door rechter en wetgever”, *R.W.* 2006-07, 243 en de verwijzingen aldaar.

⁴ GWH, nr. 111/2008, 31 juli 2008; GWH, nr. 64/2009, 2 april 2009.

echter door de rechter worden opgevuld. Uit de beide arresten blijkt dat aan drie voorwaarden moet zijn voldaan. Ten eerste moet de leemte zich in de aan het Hof voorgelegde wettekst bevinden, wat in de rechtsleer wordt omschreven als een ‘intrinsieke’ leemte.⁵ Zij mag dus niet het gevolg zijn van het volledig ontbreken van een wettelijke regeling (de ‘extrinsieke’ leemte). Ten tweede moet het vereiste rechtsherstel worden vastgesteld in voldoende nauwkeurige en volledige bewoordingen.⁶ Ten slotte mag de rechter via de aanvulling van onderinclusieve wetgeving geen afbreuk doen aan het wettigheidsbeginsel in strafzaken door het toepassingsgebied van de strafwet uit te breiden.⁷

4. Het Hof van Cassatie heeft zich bij de criteria van het Grondwettelijk Hof aangesloten, en deze overgenomen in een arrest van 2 september 2008.⁸ In latere arresten voegt het Hof van Cassatie daar nog de volgende overweging aan toe: “Wanneer het Grondwettelijk Hof vaststelt dat een wetbepaling een leemte bevat waardoor de artikelen 10 en 11 van de Grondwet worden geschonden, moet de rechter zo mogelijk deze leemte opvullen. Of de rechter een dergelijke leemte kan opvullen, hangt af van de leemte zelf. Indien aan de ongrondwettigheid zonder meer een einde kan worden gesteld door die wetbepaling, binnen het kader van de bestaande wettelijke regeling, aan te vullen dermate dat ze niet meer strijdig is met de artikelen 10 en 11 van de Grondwet, kan en moet de rechter dit doen. Indien evenwel de leemte van die aard is dat zij noodzakelijk vereist dat een andere regeling wordt ingevoerd, die een hernieuwde maatschappelijke afweging van belangen door de wetgever of een aanpassing van een of meer andere wettelijke bepalingen vereist, kan de rechter zich daarvoor niet in de plaats van de wetgever stellen.”⁹ Deze formule van het Hof van Cassatie komt neer op de twee voorwaarden die het Grondwettelijk Hof heeft gesteld.¹⁰

5. Een treffend voorbeeld van een door het Grondwettelijk Hof geïnitieerde verruimende lezing, vinden we in het arrest van 2 april 2009 over de algemene federale Antidiscriminatiewet van 10 mei 2007.¹¹ Waarover ging deze zaak? Net zoals de eerste Antidiscriminatiewet van 2003, bevat de wet van 2007 een limitatieve lijst van discriminatiegronden: leeftijd, seksuele geaardheid, burgerlijke staat, geboorte, vermogen, geloof of levensbeschouwing, politieke overtuiging, taal, huidige of toekomstige gezondheidstoestand, een handicap,

⁵ GWH, nr. 111/2008, 31 juli 2008, B.10.; GWH, nr. 64/2009, 2 april 2009, B.8.17. Voor het onderscheid tussen de extrinsieke en de intrinsieke leemte, zie M. MELCHIOR en C. COUTROY, “Het verzuim van de wetgever of de lacune in de grondwettelijke rechtspraak”, *T.B.P.* 2008, 587.

⁶ Zie GWH, nr. 111/2008, 31 juli 2009, B.10.: de vaststelling van de ongrondwettigheid is “uitgedrukt in voldoende precieze en volledige bewoordingen om toe te laten dat de in het geding zijnde bepaling wordt toegepast met inachtneming van de artikelen 10 en 11 van de Grondwet”; GWH, nr. 64/2009, 2 april 2009, B.8.17.

⁷ GWH, nr. 64/2009, 2 april 2009, B.8.17, in fine.

⁸ Cass., 2 september 2008, P. 08.137.N. Dit gebeurde met enige aarzeling. Zie Cass., 12 augustus 2008, P.08.1065.N.

⁹ Cass., 3 november 2008, S.07.0013.N.

¹⁰ P. POPELIER, “Het Hof van Cassatie over lacunes in de wetgeving: toenadering tot het Grondwettelijk Hof”, *R.W.* 2009, 1188.

¹¹ GWH, nr. 64/2009, 2 april 2009.

een fysieke of genetische eigenschap en sociale afkomst. Voor de gronden ras en geslacht is aparte wetgeving aangenomen.¹² Omdat het Grondwettelijk Hof in 2004 de gesloten lijst van de eerste wet had vernietigd wegens het ontbreken van een aantal gronden (taal en politieke overtuiging),¹³ had de wetgever de nieuwe lijst zorgvuldig opgesteld. Om inconsistenties te vermijden, werd een duidelijke selectiegrond vooropgesteld. Meer bepaald werd elke ‘belangrijk criterium’ opgenomen. Dit begrip werd als volgt gedefinieerd: “een belangrijk criterium stemt overeen (...) met de uitdrukkelijke vermelding in een instrument van de bescherming van mensenrechten”.¹⁴ Met andere woorden, enkel die gronden die voorkomen in de internationale mensenrechtenverdragen kwamen in aanmerking.

6. Niet iedereen was echter tevreden met de nieuwe lijst van discriminatiegronden. Volgens een aantal vakbonden was de grond syndicale overtuiging of lidmaatschap van een vakorganisatie ten onrechte uit de lijst geweerd.¹⁵ Ook dit criterium komt immers voor in een aantal mensenrechtenverdragen, zij het niet in de non-discriminatie bepalingen. Het Grondwettelijk Hof trad deze redenering bij en stelde een schending van de artikelen 10 en 11 van de Grondwet vast. Door de niet-vermelding van syndicale overtuiging werden slachtoffers van discriminatie op grond van dit criterium zonder redelijke verantwoording verschillend behandeld in vergelijking met de slachtoffers van discriminatie op grond van de wel opgenomen gronden. Anders uitgedrukt: de door de wetgever opgestelde lijst was onderinclusief. Hoe moest nu een einde worden gesteld aan de ongrondwettige leemte? Zou het Grondwettelijk Hof opnieuw de ganse lijst vernietigen, zoals het dat in 2004 had gedaan?

7. Het Hof koos voor een minder radicale oplossing. Het ‘vernietigde’ de opzommelingen in de wet, “doch enkel in zoverre zij, onder de ‘beschermde criteria’, niet de syndicale overtuiging beogen”.¹⁶ Met andere woorden, het Hof geeft een verruimende, grondwetsconforme interpretatie aan de wet. Het Hof leest als het ware de grond syndicale overtuiging in de wet. Het stelt dan ook dat de burgerlijke rechters, in afwachting van een wetgevend optreden, de wet kunnen toepassen alsof de grond syndicale overtuiging in de lijst is opgenomen.¹⁷ Alvorens daartoe te besluiten, toetst het Hof de drie hoger vermelde voorwaarden.¹⁸ Ten eerste bevindt de leemte zich in de aan het Hof voorgelegde wettekst, meer bepaald in de artikelen 3 en 4 van de wet van 10 mei 2007 waarin de discriminatiegronden zijn opgenomen. Ten tweede kan het vereiste rechtsherstel op voldoende nauwkeurige en volledige wijze worden uitgedrukt: het toevoegen van de grond syndicale overtuiging. Ten slotte wordt geen afbreuk gedaan aan het legaliteitsbeginsel in strafzaken: enkel de burgerlijke rechter, niet de strafgerechten, kunnen bij ontstentenis van een wetswijziging, de door het Hof afgekeurde leemte opvullen.

12 Het betreft de Antiracismewet en de Genderwet, beide eveneens van 10 mei 2007.

13 GWH, nr. 157/2004, 6 oktober 2004, B.39.

14 *Parl. St.* Kamer 2006-07, nr. 51-2722/1, 17.

15 Zie het arrest GWH, nr. 64/2009, 2 april 2009.

16 GWH, nr. 64/2009, 2 april 2009, dispositief.

17 *Ibid.* B.8.17.

18 *Ibid.*

II. De dialoog tussen het Grondwettelijk Hof en het Hof van Justitie

8. Ook het tweede onderwerp van deze bijdrage betreft de beslissingstechniek van het Grondwettelijk Hof. De laatste jaren heeft dat Hof zich op het Europese toneel laten opvallen door zijn grote bereidwilligheid tot het stellen van prejudiciële vragen aan het Europees Hof van Justitie in Luxemburg. Het was het eerste grondwettelijk hof dat een dergelijke vraag stelde, en is tot op vandaag de absolute recordhouder wat het aantal prejudiciële procedures betreft.¹⁹ Het Hof te Luxemburg wordt niet alleen ondervraagd over de interpretatie van Europeesrechtelijke normen. Een steeds groter aandeel van het prejudicieel contentieux betreft de geldigheid van afgeleid Europees recht. Alvorens zelf de nationale implementatiewetgeving te onderzoeken, consulteert het Grondwettelijk Hof het Hof van Justitie over de geldigheid van de Europees rechtelijke norm. De achterliggende redenering daarvan luidt dat een bezwaar tegen de omzettingwetgeving indirect ook is gericht tegen de Gemeenschapsnorm. Duidelijke criteria die toelaten om te voorspellen wanneer het Hof een prejudiciële vraag zal stellen ontbreken voorlopig echter nog.²⁰

9. Ook in 2009 werd het Hof van Justitie een aantal keer geraadpleegd door het Grondwettelijk Hof. Een van de prejudiciële vragen rees in een geschil over de antidiscriminatiewetten van 10 mei 2007, meer bepaald de Genderwet.²¹ We staan kort bij deze procedure stil, omdat zij ons toelaat de redenering die het Hof ertoe beweegt een prejudiciële vraag te stellen, te illustreren. Het bij het Hof aanhangig gemaakte vernietigingsberoep was gericht tegen een controversiële uitzonderingsbepaling in de Genderwet. Deze wet verbiedt, in navolging van Richtlijn 2004/113/EG van de Raad van 13 december 2004, geslachtsdiscriminatie bij de toegang tot en het aanbod van goederen en diensten die toegankelijk zijn voor het publiek. Dit betekent onder meer dat in verzekeringscontacten geen direct onderscheid mag worden gemaakt op grond van geslacht bij de berekening van individuele premies en uitkeringen in het kader van verzekeringsdiensten en aanverwante financiële diensten.²² De richtlijn voorziet echter in een mogelijkheid – geen verplichting – om af te wijken van dit principe “voor gevallen waarin sekse een bepalende factor is bij de beoordeling van het risico op basis van relevante en nauwkeurig actuariële en statistische gegevens”.²³ De Belgische wetgever heeft op de valreep van deze optie ge-

19 Zie hierover E. CLOOTS, “Het Grondwettelijk Hof en de toetsing van secundair unierecht aan fundamentele rechten”, in A. ALEN en J. VAN NIEWENHOVE, *Leuvense Staatsrechtelijk Standpunten*, deel I, Brugge, die Keure, 2008, 19 e.v.

20 E. CLOOTS, *l.c.*, 43-44.

21 GWH, nr. 103/2009, 18 juni 2009.

22 Artikel 5, lid 1 Richtlijn 2004/113/EG.

23 Artikel 5, lid 2 Richtlijn 2004/113/EG.

bruik gemaakt, en de uitzonderingsclausule uit de richtlijn in artikel 10 van de federale Genderwet overgenomen.²⁴

10. Volgens de verzoekende partijen (o.a. Test-Aankoop) heeft de wetgever, door gebruik te maken van de afwijkingsmogelijkheid in de richtlijn, het verbod van geslachtsdiscriminatie geschonden, zoals gewaarborgd in de Grondwet, de internationale mensenrechtenverdragen en het primair Gemeenschapsrecht. Het is vaste Europese en internationale rechtspraak dat het criterium ‘geslacht’ bijzonder “verdacht” is, en bijgevolg enkel “zeer sterke” overwegingen een eventueel onderscheid kunnen verantwoorden. Dergelijke dwingende redenen zijn er volgens de verzoekers voor het betwiste onderscheid niet. Het Grondwettelijk Hof wenste op deze discussie echter (voorlopig) niet in te gaan, maar besliste om hierover een prejudiciële vraag te stellen aan het Hof van Justitie. De redenering was de volgende.²⁵ Aangezien de kritiek op de wettelijke uitzonderingsregeling in dezelfde mate geldt ten aanzien van de richtlijn die hiervoor de mogelijkheid voorziet, is de geldigheid van de richtlijn zelf in het geding. Het Grondwettelijk Hof is echter niet bevoegd om de geldigheid van een richtlijn te beoordelen: daarvoor dient het zich, op grond van artikel 234 van het EG Verdrag, tot het Hof van Justitie te wenden.²⁶ Bijgevolg, zo besluit het Grondwettelijk Hof, kan het pas uitspraak doen over de geldigheid van de bestreden wet, nadat het een prejudiciële vraag heeft gesteld over de geldigheid van de richtlijn. Het is dus wachten op de uitspraak van het Hof van Justitie en de wijze waarop die nadien door het Grondwettelijk Hof zal worden uitgelegd en toegepast op de Belgische wet.

III. De onafhankelijkheid en onpartijdigheid van de rechter

11. De twee volgende punten betreffen niet zozeer de beslissingstechniek van het Grondwettelijk Hof, maar hebben betrekking op de inhoudelijke grondrechtenbescherming. We bekijken eerst twee arresten over het recht op een onafhankelijke en onpartijdige rechter. Interessant is dat het Hof zich hierin diende uit te spreken over zijn eigen onpartijdigheid en de onpartijdigheid van de algemene vergadering van de afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State. Beide arresten kwamen tot stand naar aanleiding van hetzelfde bodemgeschil. Het ging meer bepaald om een procedure die werd opgestart op basis van artikel 15^{ter} van de wet van 4 juli 1989 betreffende de beperking en de controle van de verkiezingsuitgaven voor de verkiezingen van de federale kamers, de financiering en de open boekhouding van politieke partijen (de partijfinancieringswet). Volgens deze bepaling kan de algemene vergadering van de afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State, in bepaalde omstandigheden, de publieke dotatie van een zogenaamde antidemocratische politieke par-

²⁴ Ingevoegd bij wet van 21 december 2007 tot wijziging van de wet van 10 mei 2007 ter bestrijding van discriminatie tussen vrouwen en mannen wat betreft het geslacht in verzekeringsaangelegenheden.

²⁵ GWH, nr. 103/2009, 18 juni 2009, B.5.1.-B.6.

²⁶ *Ibid.* B.5.2.

tij intrekken. Dat kan gebeuren wanneer een derde van de leden van de bevoegde parlementaire commissie daartoe een aanvraag bij de Raad van State heeft ingediend.

12. In 2006 werd een artikel 15^{ter}-procedure opgestart tegen een aantal aan het Vlaams Belang gerelateerde vzw's. Deze laatste zijn van oordeel dat de wet op de partijfinanciering in verschillende opzichten strijdig is met de Grondwet, en verzochten de Raad van State daarover een aantal prejudiciële vragen aan het Grondwettelijk Hof te stellen. Een van die vragen was of de algemene vergadering van de afdeling bestuursrechtspraak, dat over het verzoek tot intrekking van de dotatie moet oordelen, wel voldoet aan de vereisten van onafhankelijkheid en onpartijdigheid. Volgens de advocaten van het Vlaams Belang is dit niet het geval, daar de Raad als adviesorgaan bij de totstandkoming van artikel 15^{ter} was betrokken, en er geen strikte scheiding is tussen de adviesverlenende en rechtsprekende functie van dit orgaan. Alvorens het Grondwettelijk Hof over deze en de andere prejudiciële vragen uitspraak kon doen, moest het eerst echter zijn eigen onafhankelijkheid en onpartijdigheid beoordelen. In de procedure voor het Grondwettelijk Hof had het Vlaams Belang immers een aantal rechters van dat Hof gewraakt wegens vermeende partijdigheid.

13. Het vertrekpunt van de juridische analyse in beide arresten is de Straatsburgse rechtspraak over artikel 6 EVRM, die het Grondwettelijk Hof via een ruime lezing van artikel 13 GW in de Belgische Grondwet incorporeert²⁷. Het Hof geeft een handige samenvatting van deze arresten. We herhalen kort de basisprincipes.²⁸ Artikel 6, § 1 vereist dat de rechtscolleges waarop die bepaling van toepassing is, onafhankelijk en onpartijdig zijn. De onpartijdigheid heeft twee aspecten. Ten eerste is er de subjectieve onpartijdigheid, die vereist dat de rechter in een zaak waarover hij dient te oordelen niet vooringenomen is, noch vooroordelen heeft, en dat hij geen belang heeft bij de uitkomst ervan. De subjectieve onpartijdigheid wordt vermoed tot het bewijs van het tegendeel. De tweede vorm is de objectieve onpartijdigheid. Zij vereist dat er voldoende waarborgen zijn om ook een gerechtvaardigde vrees op die punten uit te sluiten. Concreet betekent dit dat wordt nagegaan of er, los van het gedrag van de rechters, aantoonbare feiten bestaan die twijfel kunnen doen ontstaan over de onpartijdigheid. In dat opzicht kan zelfs een gewekte schijn van partijdigheid relevant zijn. Het standpunt van de verzoekende partij wordt hierbij in aanmerking genomen, maar is niet doorslaggevend. Doorslaggevend is of de vrees van de betrokkene objectief verantwoord is.

14. Wat betekent dit nu voor de twee hoger vermelde vragen? Laten we beginnen met de wraking van de rechters van het Grondwettelijk Hof. De vijf wrakingsverzoeken waren gebaseerd op het begrip 'wettige verdenking', vermeld in artikel 828, 2° van het Gerechtelijk Wetboek.²⁹ Dit begrip doelt, aldus het

²⁷ GWH, nr. 195/2009, 3 december 2009, B.8.

²⁸ GWH, nr. 157/2009, 13 oktober 2009, B.3.1.-B.3.2.; GWH, nr. 195/2009, 3 december 2009, B.11.

²⁹ Volgens artikel 101 van de bijzondere wet van 6 januari 1989 kunnen de rechters van het Hof worden gewraakt om de redenen die luidens de artikelen 828 en 830 van het Gerechtelijk Wetboek tot wraking aanleiding geven.

Hof, op de vereisten van onafhankelijkheid en onpartijdigheid gewaarborgd door artikel 6, § 1 EVRM.³⁰ Wie werd er gewraakt en waarom? Het eerste verzoek, tegen voorzitter Paul Martens, was gebaseerd op diens lidmaatschap van een universitair onderzoekscentrum, waarvan een van de onderzoeksdomeinen de strijd tegen extreem-rechts is, en waarvan de directeur advocate is van de tegenpartij in het bodemgeskil. Rechter Roger Henneuse werd onder meer gewraakt omdat hij in 1993 als parlementslid een bijdrage over immigratie heeft gepubliceerd, waarvan de inhoud haaks zou staan op het programma van het Vlaams Belang. Rechter Luc Lavrysen zou dan weer een SPA-signatuur hebben en zich onvoldoende ver van de politiek houden, wat onder andere moet blijken uit zijn medewerking aan een met die partij geassocieerd tijdschrift. De partijdigheid van rechter André Alen zou het gevolg zijn van diens samenwerking met de advocaat van de ministerraad in een universitair onderzoekscentrum. De wraking van rechter Erik Derycke, tot slot, was gegrond op zijn vermeend lidmaatschap van een loge, een vereniging die zijn leden zou verplichten het Vlaams Belang te bekampen.

15. In het arrest van 13 oktober 2009 wees het Hof alle warkingsverzoeken af. Het begon met enkele algemene beschouwingen over de betekenis van de onafhankelijkheid en onpartijdigheid van de rechter voor het grondwettelijk contentieux. Aangezien het algemene rechtsbeginselen betreft, sprak het Hof zich niet uit over de toepasselijkheid van artikel 6, § 1 EVRM.³¹ Verwijzend naar de rechtspraak van het Europees Hof, werd de “bijzondere aard van het grondwettelijk contentieux” in het licht gesteld.³² Dit laatste onderscheidt zich op twee manieren van de gewone rechtsgang. Om te beginnen doet het Grondwettelijk Hof geen uitspraak over de aanspraken van de procespartijen, maar voert het enkel een abstracte toetsing door van de betwiste wetsbepalingen aan hogere normen. Ten tweede is het Hof als enige rechtscollege bevoegd om de grondwettigheid van wetten te toetsen. Ten slotte werd gewezen op de bijzondere samenstelling van het Hof: de door de wetgever gewenste evenwichten op taal-, politiek en professioneel vlak binnen de zetel van twaalf rechters, vormen een waarborg van onpartijdigheid.³³

16. Vervolgens ging het Hof meer concreet in op de verschillende wrakingsgronden. Het putte daarbij opnieuw uit de Straatsburgse rechtspraak en stelde de volgende principes voorop. De politieke sympathie van een magistraat volstaat op zich niet om een gerechtvaardigde vrees van partijdigheid te wekken.³⁴ Daarvoor moet worden aangetoond dat de betrokkene instructies heeft gekregen van een politieke partij over het voorliggende geschil. Verwijzend naar het arrest van de Raad van State in het bodemgeskil, voegt het Hof daar nog aan toe dat uit de voorkeur voor een partij niet automatisch mag worden afgeleid dat de betrokken magistraat het eens is met ieder standpunt van die partij, laat staan met iedere uitspraak van de vertegenwoordigers ervan.³⁵ Ook

30 GWH, nr. 157/2009, 13 oktober 2009, B.2.

31 *Ibid.* B.5.1.

32 *Ibid.* B.5.2.-B.5.3.

33 *Ibid.* B.6.

34 *Ibid.* B.7.2.

35 *Ibid.* Cf. R.v.St., nr. 169.314, 22 maart 2007.

een opdracht verricht in het kader van een vroeger mandaat als parlementslid volstaat op zich niet om te besluiten tot een schijn van partijdigheid van een voor het leven benoemd rechter.³⁶ Wat de academische activiteiten van een aantal rechters betreft, wijst het Hof op de academische vrijheid die door de vrijheid van meningsuiting en de vrijheid van onderwijs wordt gewaarborgd.³⁷ Zij geldt ook voor de rechters van het Grondwettelijk Hof, temeer daar de bijzondere wet de rechters uitdrukkelijk toelaat een academische functie op te nemen. Tot slot vormen ook de sympathieën voor, of zelfs het lidmaatschap van, bepaalde verenigingen, zoals een vrijmetselaarsloge, geen reden tot wraking. Daartoe dient concreet te worden aangetoond de betrokken magistraat zijn sociale verplichtingen binnen de vereniging zou hebben laten primeren op zijn onder eed aanvaarde opdracht om onpartijdige te oordelen.³⁸ Samenvattend stelt het Grondwettelijk Hof dat het feit dat door een rechter “in het openbaar – in welke hoedanigheid dan ook, maar zonder enig verband met de feiten of de beoogde procedure – voordien stelling werd ingenomen over een rechtsvraag die in deze procedure opnieuw rijst, de onafhankelijkheid of de onpartijdigheid van de rechter niet [aantast]. Anders beslissen zou betekenen dat een rechter geen kennis zou mogen nemen van een zaak waarin een rechtsvraag is gerezen die hij reeds in andere zaken heeft beslecht.”³⁹

17. Het Hof achtte zich dus in staat om zonder wraking te oordelen over de prejudiciële vragen die waren gerezen in de artikel 15^{ter}-procedure. Maar wat met de positie van de algemene vergadering van de afdeling bestuursrecht spraak van de Raad van State, die zich ten gronde over het verzoek tot intrekking van de dotatie moet uitspreken? Wordt de onafhankelijkheid en de onpartijdigheid van de Raad in het gedrang gebracht door zijn betrokkenheid bij de totstandkoming van artikel 15^{ter} van de partijfinancieringswet en, meer algemeen, de afwezigheid van een strikte scheiding tussen haar adviesverlenende en rechtsprekende functie? Ook deze vraag diende volgens het Grondwettelijk Hof ontkennend te worden beantwoord, al gaf het daarbij wel een niet mis te verstane instructie aan de Raad van State.

18. In arresten tegen Luxemburg, Nederland en Frankrijk, sprak het Europees Hof zich al uit over de problematiek van de cumul van de adviserende en de rechtsprekende functie van de hoogste administratieve rechtscolleges.⁴⁰ Voortbouwend op deze jurisprudentie, stelt het Grondwettelijk Hof dat het loutere feit dat een instelling tegelijk een adviserende en een rechtsprekende functie uitoefent, niet volstaat om tot een schending van de vereisten van onafhankelijkheid en onpartijdigheid te besluiten.⁴¹ Wat wel vereist is, is dat in elk afzonderlijk geval wordt onderzocht of de onafhankelijkheid van de leden voldoende is gewaarborgd. Relevante factoren daarbij zijn het ontbreken van bindende kracht van de adviezen voor de afdeling die later de rechtsprekende

³⁶ *Ibid.* B.7.4.

³⁷ *Ibid.* B.7.1.

³⁸ *Ibid.* B.7.3.

³⁹ *Ibid.* B.7.5.

⁴⁰ Zie EHRM, *Procola t. Luxemburg*, 28 september 1995; EHRM, *Kleyn e.a. t. Nederland*, 6 mei 2003; EHRM, *Sacilor Lormines t. Frankrijk*, 9 november 2006.

⁴¹ GWH, nr. 195/2009, 3 december 2009, B.12.2.

functie uitoefent, de onafzetbaarheid van de rechters en de mogelijkheid tot wraking van de leden van de rechtsprekende afdeling die als lid van de adviseerende afdeling al advies hebben uitgebracht in ‘dezelfde zaak’.⁴²

19. Toetsen we deze principes aan de positie van de staatsraden van de Belgische Raad van State, dan blijken er in theorie geen problemen te bestaan. De wet voorziet in al de nodige waarborgen voor de onafhankelijkheid van de staatsraden, waaronder hun benoeming voor het leven.⁴³ Voorts kunnen de staatsraden van wie de onpartijdigheid in het geding is, worden gewraakt op basis van artikel 62, eerste lid van het besluit van de Regent van 23 augustus 1948 tot rechtspleging voor de afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State. De wraking gebeurt desnoods ambtshalve: de staatsraad die weet dat hem een grond van wraking treft, moet de betrokken kamer daarvan zelf op de hoogte brengen.⁴⁴ Kortom: de onafhankelijkheid en onpartijdigheid van de Raad van State komt niet in gevaar door het loutere feit dat deze zowel een afdeling wetgeving als bestuursrechtspraak heeft.⁴⁵

20. Wat nu met de omstandigheid dat de algemene vergadering van de afdeling bestuursrechtspraak ermee is belast artikel 15^{ter} van de partijfinancieringswet toe te passen, terwijl de afdeling wetgeving van die diezelfde Raad zich eerder over die bepaling in ontwerp heeft uitgesproken? Het Grondwettelijk Hof merkt in dit verband op dat de adviezen van de afdeling wetgeving niet bindend zijn, en zich beperken tot een abstracte wettigheidstoetsing.⁴⁶ Het advies over een wet moet bijgevolg worden onderscheiden van de concrete toepassing ervan in een individuele zaak die aanhangig wordt gemaakt bij de algemene vergadering van de afdeling bestuursrechtspraak.⁴⁷ Dit alles neemt echter niet weg dat de beginselen van onafhankelijkheid en onpartijdigheid niet toelaten dat dezelfde staatsraden, in een opeenvolgende uitoefening van de adviseerende en de rechtsprekende functie, in ‘dezelfde zaak’ oordelen.⁴⁸ Dit betekent volgens het Hof dat de Raad erover moet waken dat geen gerechtvaardigde schijn van partijdigheid wordt gewekt doordat in de algemene vergadering staatsraden zouden zetelen die voordien, als lid van de afdeling wetgeving, advies hebben uitgebracht over artikel 15^{ter}.⁴⁹ Eerder had de Raad van State de wraking van enkele staatsraden die zich schijnbaar in deze situatie bevonden verworpen. Het Grondwettelijk Hof lijkt de Raad nu aan te sporen om deze rechtspraak te herzien.⁵⁰

42 *Ibid.* B. 13.

43 *Ibid.* B.14.1.

44 *Ibid.*

45 *Ibid.* B.14.2.

46 *Ibid.* B.14.3.

47 *Ibid.*

48 *Ibid.* B.15.1.

49 *Ibid.* B.15.2.

50 *Ibid.* B.15.4.

IV. De vrijheid van meningsuiting

21. Het laatste aspect van de rechtspraak van 2009 waar we kort bij stilstaan, betreft de vrijheid van meningsuiting. Het gaat hier niet zozeer om een nieuwe evolutie, wel om een vastberaden voortzetting van een eerder ingeslagen weg, meer bepaald de strikte controle van maatregelen die deze vrijheid aan banden leggen. De rechtspraak van het Grondwettelijk Hof staat wat dat betreft in schril contrast met de benadering van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens. Daarin nemen we de afgelopen jaren eerder een omgekeerde tendens waar, waarbij de uitingsvrijheid steeds vaker moet wijken voor conflicterende waarden en belangen.⁵¹ In een recent arrest, ging dit Hof zelfs zo ver zich veroordelend uit te laten over expressies die de “sereniteit” van het sociaal klimaat in gevaar brengen.⁵² Met dit soort overwegingen lijkt het Hof zich steeds verder te distantiëren van het oorspronkelijk uitgangspunt dat de vrijheid van meningsuiting ook geldt voor ideeën die kwetsen en choqueren.

22. Het Grondwettelijk Hof is de vrijheid van meningsuiting duidelijk meer genegen. Dat blijkt opnieuw uit de arresten over de antidiscriminatie- en de partijfinancieringswetgeving. Om het belang van deze arresten te vatten, moeten we teruggaan naar twee eerdere uitspraken van het Hof over dezelfde onderwerpen. We beginnen met de partijfinancieringswetgeving. In 2001 boog het Hof zich al over de wet van 4 juli 1989 betreffende de beperking en de controle van de verkiezingsuitgaven voor de verkiezingen van de federale kamers, de financiering en de open boekhouding van politieke partijen.⁵³ Het moest zich meer bepaald uitspreken over de verenigbaarheid van het hoger al besproken artikel 15^{ter} van die wet met het recht op vrije meningsuiting. Dat artikel voorziet in de mogelijkheid om de publieke dotatie van een partij gedeeltelijke in te trekken, wanneer is aangetoond dat die partij ‘vijandig staat ten aanzien van de rechten van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens’. Naar mening van het Hof was dit criterium zo ruim dat de toepassing ervan de expressievrijheid zou schenden. Het oordeelde dat artikel 15^{ter} “strikt [moet] worden geïnterpreteerd en niet op dusdanige wijze dat zij toestaat dat financiële middelen (...) worden ontzegd aan een partij die enkel zou hebben voorgesteld dat een of andere regel in het EVRM of in een van de protocollen daarbij een nieuwe interpretatie krijgt of wordt herzien, of die kritiek zou hebben geuit op de filosofische of ideologische vooronderstellingen van die internationale instrumenten”.⁵⁴ Het begrip “vijandigheid” in artikel 15^{ter} kon daarom enkel worden begrepen als “aanzetting tot een schending van een vigerende rechtsnorm”.⁵⁵ Volgens de rechtsleer houdt deze strikte interpretatie een significante beperking van de oorspronkelijke draagwijdte van artikel 15^{ter} in.⁵⁶ Er blijkt immers uit dat ondemocratische standpunten op zich onvoldoende zijn om de

51 Zie hierover onder andere het speciale themanummer over de vrijheid van meningsuiting van het *European Human Rights Review*, nr. 3, 2009.

52 EHRM, *Féret t. België*, 16 juli 2009, para. 77.

53 GWH, nr. 10/2001, 7 februari 2001.

54 B.4.7.2.

55 *Ibid.*

56 Zie D. DE PRINS en S. SOTTIAUX, “Antidemocratische politieke partijen en hun rechters”, *R.W.* 2001-2002, 121-131.

intrekking van de dotatie te rechtvaardigen. Dit kan enkel gebeuren wanneer vaststaat dat de partij ook heeft aangezet tot het schenden van normen die essentieel zijn voor het democratisch karakter van het regime.

23. Artikel 15^{ter} is geen dode letter gebleven. Zoals gezegd heeft een aantal parlementsleden in 2006 een procedure tot intrekking van de dotatie van het Vlaams Belang opgestart. Niet alleen de problematiek van de onpartijdigheid van de Raad, maar ook de draagwijdte van artikel 15^{ter}, en meer bepaald de grondwetsconforme interpretatie die het Grondwettelijk Hof in 2001 aan die bepaling had gegeven, was het voorwerp van een prejudiciële vraag. Er werd in het bijzonder naar uitgekeken of het Hof zijn destijds eerder cryptisch geformuleerde beperkende interpretatie zou handhaven. Dit was inderdaad het geval. In het arrest van 3 december 2009 herhaalt het Hof dat een partij enkel in aanmerking komt voor intrekking van de dotatie wanneer het heeft aangezet tot schending van een vigerende rechtsnorm.⁵⁷ Het voegt hier wel aan toe dat niet is vereist dat het aanzetten ook afzonderlijk strafbaar is gesteld.⁵⁸ Voorts stelt het Hof dat het voorwerp van de vijandigheid (en dus het aanzetten tot), een beginsel moet zijn dat essentieel is voor het democratisch karakter van het regime, wat de algemene vergadering van de afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State moet nagaan.⁵⁹ We kunnen de concrete gevolgen van deze lezing van artikel 15^{ter} verduidelijken aan de hand van enkele voorbeelden. De gelijkheid tussen vrouwen en mannen is een vigerende rechtsnorm en een essentieel democratisch beginsel. Hetzelfde geldt voor het verbod van discriminatie op grond van godsdienst. Het volstaat echter niet dat een partij deze principes bekritiseert, in vraag stelt of verwerpt. Wat vereist is om het sanctiemechanisme van artikel 15^{ter} in werking te laten treden, is dat wordt aangespoord tot een schending van deze beginselen, wat *in casu* neerkomt op het aanzetten tot discriminatie op grond van geslacht of godsdienst.

24. Ook de verschillende arresten over de antidiscriminatiewetgeving bevatten belangrijke passages voor de vrijheid van meningsuiting. Ook hier betreft het een bevestiging en nadere uitwerking van eerdere rechtspraak. Dat geldt in de eerste plaats voor de restrictieve grondwetsconforme interpretatie die het Hof geeft aan het misdrijf van het ‘aanzetten tot haat, discriminatie of geweld’ in de drie federale wetten van 2007.⁶⁰ Voor die interpretatie grijpt het Hof terug naar een eerder oordeel over een gelijkaardige strafbaarstelling in de oude Antidiscriminatiewet van 2003.⁶¹ Zij is gebaseerd op de woordkeuze van de wetgever en de parlementaire voorbereiding. Wat het eerste betreft, stelt het Hof het volgende: “De term ‘aanzetten tot’ geeft op zich aan dat de strafbaar gestelde han-

⁵⁷ GWH, nr. 195/2009, 3 december 2009, B.29.

⁵⁸ *Ibid.* Het verwerpt hiermee de stelling van de verzoekende partijen dat uit de vermelding van het begrip “misdrijf” in artikel 19 van de Grondwet zou voortvloeien dat de beperking van de vrije meningsuiting steeds via strafrechtelijke weg dient te gebeuren. Volgens het Hof is de *ratio legis* van artikel 19 van de Grondwet er veeleer in gelegen de beperking van de vrijheid van meningsuiting voor te behouden aan de wetgever.

⁵⁹ *Ibid.*

⁶⁰ Zie artikel 20 Antiracismewet, artikel 27 Genderwet en artikel 22 Antidiscriminatiewet.

⁶¹ GWH, nr. 157/2004, 6 oktober 2004.

delingen verder gaan dan louter informatie, ideeën of kritiek. De gebruikelijke betekenis van het werkwoord ‘aanzetten tot’ is ‘aansporen om iets te doen’, ‘opzetten, aanstoken’.⁶² Over de bedoelingen van de wetgever schrijft het Hof als volgt: “Uit de parlementaire voorbereidingen blijkt (...) dat het om een opzettelijk misdrijf gaat. Daarbij moet ervan worden uitgegaan dat er sprake moet zijn van bijzonder opzet. Wegens de draagwijdte die moet worden gegeven aan de termen aanzetten, discriminatie, haat en geweld, mag het niet gaan om een misdrijf waarvan het bestaan zou worden aangenomen vanaf het ogenblik dat de materiële elementen ervan aanwezig zijn.”⁶³ Met andere woorden, bestraffing is enkel mogelijk indien er sprake is van actief aanzetten tot discriminerend, haatdragend of gewelddadig gedrag (op grond van bijvoorbeeld ras, geslacht of seksuele geaardheid) en een bijzonder opzet daartoe in hoofde van de spreker. Louter racistische, seksistische of homofobe uitingen of discriminerende voorstellen vallen buiten de strafbaarstelling.⁶⁴

25. Naast het ‘aanzetten tot’-misdrijf, bevat de Antiracismewet van 2007 nog andere uitingsdelicten. Een daarvan is opgenomen in artikel 21, dat het louter verspreiden van ideeën die zijn gegrond op rassuperioriteit of rassenhaat bestraft.⁶⁵ Ook voor deze bepaling was het Grondwettelijk Hof bijzonder kritisch. Afgaand op vroegere arresten, voorspelde de rechtsleer dat het verspreidingsverbod op zeer gespannen voet zou staan met de vrijheid van meningsuiting.⁶⁶ Tot een formele vernietiging van artikel 21 kwam het echter niet. Wat het Hof wel deed, lijkt echter op hetzelfde neer te komen, in die mate zelfs dat we kunnen spreken van een de facto-vernietiging.⁶⁷ Via een uitvoerig voorbehoud van interpretatie gaf het Hof een geheel nieuwe betekenis aan het verspreidingsmisdrijf, die inhoudelijk nagenoeg volledig samenvalt met het al bestaande ‘aanzetten tot’-misdrijf, zowel wat de materiële als de morele elementen ervan betreft.⁶⁸ Er is slechts sprake van een misdrijf, dixit het Hof, als bezaaid is dat “de verspreiding van de betrokken ideeën tot doel heeft de haat ten aanzien van een groep mensen aan te wakkeren en de totstandkoming van een voor hen discriminerend of op segregatie gericht beleid te rechtvaardigen”.

62 GWH, nr. 157/2004, 6 oktober 2004 B.49-B.51. Bevestigd in GWH, nr. 17/2009, 12 februari 2009, B.67.2.-B.67.4; GWH, nr. 40/2009, 11 maart 2009, B.57-59.

63 *Ibid.*

64 Zie J. VRIELINK en D. DE PRINS, “Die Wiederkehr des Gleichen. Het Grondwettelijk Hof en de (federale) discriminatiewetgeving” in C. BAYART, S. SOTTIAUX en S. VANDROOGHENBROECK, *Actualité du droit de la lutte contre la discrimination / Actuele topics discriminatierecht*, Brugge, die Keure, 2010, nrs. 96-99.

65 Artikel 21 Antiracismewet luidt als volgt: “Met gevangenisstraf van een maand tot een jaar en met een geldboete van vijftig euro tot duizend euro of met een van die straffen alleen wordt gestraft, hij die in de in artikel 444 van het Strafwetboek bedoelde omstandigheden, denkbeelden die zijn gegrond op rassuperioriteit of rassenhaat, verspreidt.”

66 Zie E. CLOOTS, “Het verspreidingsverbod in de nieuwe Antiracismewet en de vrijheid van meningsuiting: heiligt het doel alle middelen?”, *R.W.* 2008, 1098-1112; J. VRIELINK, “Strafbare ideeën: geen goed idee”, *Samenleving en Politiek* 2007, nr. 3, 4-10.

67 J. VRIELINK en D. DE PRINS, *l.c.*, nr. 80 e.v.

68 *Ibid.* nr. 83.

gen.”⁶⁹ Deze en andere kwalificaties maken dat van de oorspronkelijke strafbepaling in de praktijk nauwelijks iets overblijft.

26. We kunnen besluiten dat 2009 het jaar was waarin het Grondwettelijk Hof zijn rechtspraak over de vrijheid van meningsuiting consolideerde en versterkte. Er past wel een kanttekening bij deze op het eerste gezicht rooskleurige boodschap. Uit het overzicht blijkt dat het Hof in deze context veelvuldig gebruik maakt van de techniek van de grondwetsconforme interpretatie. Te ruim opgevatte uitingsdelicten worden haast nooit vernietigd, doch aan een restrictieve, inperkende lezing onderworpen. Elders hebben we aangetoond dat deze techniek soms op gespannen voet staat met het beginsel van de scheiding der machten en negatieve gevolgen heeft voor de effectiviteit van de grondrechtenbescherming.⁷⁰

Beknopte bibliografie

- ALEN, A. en VAN NIEWENHOVE, J., *Leuvense Staatsrechtelijk Standpunten*, deel I, Brugge, die Keure, 2008, 290p.
- MELCHIOR, M. en COUTROY, C., “Het verzuim van de wetgever of de lacune in de grondwettelijke rechtspraak”, *T.B.P.* 2008, 587.
- POPELIER, P., “Rechtsbescherming tegen discriminerende wetgeving, de rol van het Arbitragehof en de mogelijkheden tot rechtsherstel door rechter en wetgever”, *R.W.* 2006-07, 243.
- CLOOTS, “Het Grondwettelijk Hof en de toetsing van secundair unierecht aan fundamentele rechten”, in A. ALEN en J. VAN NIEWENHOVE, *Leuvense Staatsrechtelijk Standpunten*, deel I, Brugge, die Keure, 2008, 19-54.
- VRIELINK, J. en DE PRINS, D., “Die Wiederkehr des Gleichen. Het Grondwettelijk Hof en de (federale) discriminatiewetgeving” in BAYART, C., SOTTIAUX, S. en VANDROOGHENBROECK, S., *Actualité du droit de la lutte contre la discrimination / Actuele topics discriminatierecht*, Brugge, die Keure, 2010, te verschijnen.

⁶⁹ GWH, 12 februari 2009, nr. 17/2009, B.74.4.

⁷⁰ S. SOTTIAUX, “Grondwetsconforme interpretatie. Garantie voor of aantasting van de scheiding der machten?”, in A. ALEN en S. SOTTIAUX, *Leuvense Staatsrechtelijke Standpunten*, deel II, Brugge, die Keure, 2010, te verschijnen.