

HOF VAN BEROEP TE GENT

VAN 24 JUNI 2021

EERSTE KAMER

AUTONOOM GEMEENTEBEDRIJF (...),
met maatschappelijke zetel te (...),
appellante,

hebbende als raadsman mr. DECORDIER Carmenta, advocaat te 9041 OOSTAKKER,

tegen

H. S.,
wonende te (...),
geïntimeerde,

hebbende als raadsman mr. ROETS Joos, advocaat te 2018 ANTWERPEN en mr. HEYMANS Johan,
advocaat te 9030 MARIAKERKE (GENT)

en als aangezegde partijen:

GEMEENTE (...),

vertegenwoordigd door het College van Burgemeester en Schepenen, met kantoren te (...)

hebbende als raadsman mr. DECORDIER Carmenta, advocaat te 9041 OOSTAKKER,

wijst het hof het volgend arrest:

Bij verzoekschrift, neergelegd ter griffie van dit hof op 4 september 2018, heeft het Autonoom Gemeentebedrijf (...) tijdig en op regelmatige wijze hoger beroep ingesteld tegen het bevelschrift van 5 juli 2018, op tegenspraak geveld door de voorzitter van de rechtbank van eerste aanleg Oost-Vlaanderen, afdeling Gent, zetelend zoals in kort geding.

De zaak werd op verzoek van de partijen op de inleidingszitting d.d. 18 oktober 2018 verwezen naar de rol, gelet op de procedure hangende voor het Grondwettelijk Hof, gekend onder de rolnummers 6986 en 6987.

Het Grondwettelijk Hof verleende arrest op 10 juli 2019, waarna de partijen het hof vroegen om conclusietermijnen en een rechtsdag te bepalen.

Het Openbaar Ministerie legde op 31 januari 2020 en op 7 mei 2021 schriftelijk advies neer.

De partijen werden gehoord in openbare terechtzitting van 27 mei 2021. Advocaat-generaal E. V. werd gehoord in haar advies.

De neergelegde conclusies en stukken werden ingezien.

Artikel 24 van de wet van 15 juni 1935 op het gebruik der talen in gerechtszaken werd in acht genomen.

Bijzonderste gegevens

1. Het zwembadcomplex (...) is gelegen in de gemeente (...).

Het zwembadcomplex is eigendom van de gemeente en wordt (met ingang van 1 januari 2017) uitgebaat door het Autonoom Gemeentebedrijf (...).

Door de gemeente (...) werd op 3 oktober 2013 een intern reglement "voor de infrastructuur occasioneel ter beschikking gesteld aan derden in sportcentrum (...) gedeelte zwembad en onder beheer van onze sector Welzijnszaken, afdeling sport en recreatie" uitgevaardigd waarin onder meer werd bepaald:

"9. Zwemkleding, zwem- en duikmateriaal

Onder zwemkleding wordt verstaan voor heren een aansluitende zwembroek, voor dames een badpak of bikini. In deze zwemkledij mogen geen zakken en/of ritsluitingen. Enige andere vorm van kledij zoals ondergoed, bermuda's, shorts, T-shirts, kleedjes, rokjes, burkini's enz, worden om hygiënische/ecologische redenen niet toegestaan."

Dit intern reglement werd niet gewijzigd of vervangen na de inwerkingtreding van de beheersovereenkomst die tussen de gemeente en het Autonoom Gemeentebedrijf (...) werd afgesloten.

Het intern reglement wordt duidelijk geafficheerd op de ad valvas borden aan het zwembad, zowel aan de ingang als bij de publieksbalie.

Op 20 december 2016 bezocht S. H. het zwemcomplex (...). Zij werd vergezeld door S. S. en K. V..

S. H. kleepte zich om in een boerkini. S. S. droeg een loszittende zwemshort. K. V. droeg een zwempak.

Bij het verlaten van de hokjes werd aan S. S. meegedeeld dat zijn zwemkledij niet in overeenstemming was met het intern reglement en dat hij zo het zwembad niet kon betreden.

Ook aan S. H. werd meegedeeld dat haar zwemkledij niet in overeenstemming was met het intern reglement.

De betaalde toegangsprijs werd diezelfde dag, bij het verlaten van het zwembad, terugbetaald aan S. H..

Op 24 december 2016 stuurde S. H. een e-mail naar de zwembadcoördinator van het zwembad:

"Geachte heer, mevrouw,

Op dinsdag 20/12 in de namiddag [4 ging ik samen met een vriend en een vriendin naar het zwembad (...). Nadat we toegang hadden betaald vroeg ik voor alle zekerheid aan de kassabediende of een badpak met een lange broek en lange mouwen toch wel geen probleem zou zijn, gezien het gemaakt is uit "badpak-stof". Hij zei toen dat dat beslist werd door de redders. Ik toonde het kledingstuk en hij zei toen dat het wellicht geen probleem zou zijn.

Na het omkleden kwam aan de toegang tot het zwembad (tussen de zwemruimte en de kleedkamers) een personeelslid ons tegemoet, en ze keek me wat twijfelend aan. Toen ik vroeg of mijn badpak toch geen probleem zou zijn, zei ze iets in de zin van "dat ze het niet zo goed wist voor zo een "burqua-ding" (sic). Ze zei toen dat ze het aan de bazin moest vragen. Na enkele minuten wachten kwam ze terug met een papieren document waarin het zwembadreglement zou staan. Ze vertelde erbij dat ik dit moest lezen en zelf mijn conclusies moest trekken. Ik las de passage over het verbod van loszittende kledij, en vertelde erbij dat mijn badpak toch wel degelijk aansluitend is en uit "zwempakstof" is gemaakt. Ik heb enkele malen gevraagd waarom mijn badpak niet was toegestaan, maar de medewerkster heeft geen exacte reden verwoord, ze verwees enkel naar de geschreven tekst in haar hand. Ze bleef hierbij wel rustig en vriendelijk. Tonslotte (sic) heb ik gevraagd of ik echt niet mocht gaan zwemmen, en ze bevestigde dat ik niet mocht gaan zwemmen. Toen heb ik gezegd dat ik enkel met dit badpak kan zwemmen omdat ik moslim ben, en ik wel degelijk zou moeten zwemmen omdat ik rugklachten heb. Ze bevestigde toen nogmaals dat ik helaas niet in het zwembad mocht. Bij navraag zouden we wel ons betaalde entreegeld terugkrijgen, en we hebben ons dan terug aangekleed en zijn huiswaarts gekeerd. Hoewel het personeel me vriendelijk behandelde, vond ik deze gebeurtenis erg onaangenaam en vernederend. Ik voelde me omwille van mijn geloof buitengesloten. Ik begrijp eerlijk gezegd niet zo goed wat het probleem is en waarom ik niet mocht zwemmen met mijn zwemkledij. Zou u me daarover meer uitleg over kunnen geven?
Vriendelijke groeten,"

Op 10 januari 2017 beantwoordde E. V. D. deze mail als volgt:

"Beste St.

Ik begrijp volledig u (sic) reactie. Als ik het goed lees bent u van het kastje naar het muurtje gestuurd. Dit kan niet de bedoeling zijn.

Eigenlijk is het fout gelopen aan de kassa. De baliemedewerker had u op een correcte manier moeten uitleggen wat kan en niet kan. Zwemslips en short (niet tot aan de knie) aansluitend zijn toegestaan wat de heren betreft. Voor de dames is een badpak en bikini toegestaan. Als ik u (sic) omschrijving lees is dit eerder een pak dat op de duikers lijkt maar dan in een zwem stof. Dit is helaas niet toegestaan ook al is het aansluitend. De reden is omdat dit meer vervuiling in het water teweeg brengt waardoor er meer chloor moet toegevoegd worden. Hoe meer vervuiling hoe meer chloor zich bindt aan deze vervuiling en zo die piekende dampen ontstaan wat irritatie aan de slijmvliezen teweeg brengt. Uiteraard zal dat van 1 pak niet gebeuren maar we moeten ergens de grens leggen. Hopelijk begrijpt u dit.
Onze oprechte excuses voor de manier waarop er met de situatie is omgegaan."

Op 12 januari 2017 vroeg S. H. bijkomende verduidelijking:

"Hartelijk dank voor uw mail en voor de uitleg. Ik moet wel eerlijk zeggen dat ik uw uitleg niet zo goed begrijp. U zegt dat mijn zwemkledij "meer vervuiling in het water teweeg brengt waardoor er meer chloor moet toegevoegd worden". Waarom gaat u ervan uit dat mijn (frisgewassen) zwemkledij vervuilender is dan andere kledij of dan pakweg blote lichamen? Waarop baseert u zich voor deze uitspraak?"

Diezelfde dag beantwoordde mevrouw V. D. de e-mail van S. H. als volgt:

"Beste S.,

Er worden zaken uit de context genomen. .

We gaan er vanuit dat alle kledij die in het zwembad komt frisgewassen is.

Alleen is het hoe meer badstof hoe vervuilender dit is voor de kwaliteit van het water."

S. H. vroeg in haar e-mail van 16 januari 2017 of er een uitzondering om religieuze redenen kan worden toegestaan en benadrukte dat ze om medische redenen zou moeten zwemmen:

"Beste mevrouw V. D.,

Mijn punt ging eigenlijk niet over het feit dat mijn kledij al dan niet vuil zou zijn. Mijn punt ging vooral over het feit dat ik niet inzie waarom propere langere zwemkledij vervuilender zou zijn dan kortere zwemkledij of dan de lichamen van de zwemmers, want dat is mij niet zo duidelijk.

Mijn zwemkledij is namelijk uit badstof gemaakt.

Ik probeer dit te begrijpen aangezien jullie regel betekent dat ik als moslima niet kan zwemmen, als ik mijn lichaam om religieuze redenen wil bedekken. Ik zou dat nochtans zeer graag doen, niet enkel als ontspanning, maar ook om medische redenen. Worden er op deze regel geen uitzonderingen toegestaan om religieuze redenen?"

Diezelfde dag antwoordde mevrouw V. D. het volgende:

"Dag S.,

Enkel tijdens reddend zwemmen wordt er toegestaan om met kledij in het water te gaan. Wij maken geen uitzondering voor religieuze of medische redenen. Misschien kan u de organisatie VOEM contacteren op onderstaande link voor meer info waar u als moslima kan zwemmen."

Op 26 september 2017 legde S. H. voor de eerste rechter een verzoekschrift tot staking neer overeenkomstig art. 29 van het decreet van 10 juli 2008 houdende een kader voor het Vlaamse gelijkheids- en gelijkebehandelingsbeleid en art. 20 van de wet van 10 mei 2007 ter bestrijding van bepaalde vormen van discriminatie, dit lastens de gemeente én het Autonoom Gemeentebedrijf.

2. S. H. vorderde voor de eerste rechter:

- haar vordering ontvankelijk en gegrond te verklaren;
- voor recht te zeggen dat het verbod op het dragen van de (zgn.) "boerkini's" in het zwembad (...), op basis waarvan haar op 20 december 2016 de toegang werd ontzegd tot het zwembad (...), en dat heden nog steeds van kracht is, ten aanzien van haar een directe discriminatie, minstens een indirecte discriminatie uitmaakt op grond van het geloof of levensbeschouwing;
- dienvolgens, overeenkomstig artikel 27 van het Decreet van 10 juli 2008 houdende een kader voor het Vlaamse gelijkheids- en gelijkebehandelingsbeleid en de overeenkomstige bepalingen van de Antidiscriminatiewet juncto artikel 159 van de Grondwet de onwettigheid vast te stellen van het verbod op het dragen van (zgn.) "boerkini's" in het intern reglement van het zwembad (...) en dit verbod in het voorliggend geschil buiten toepassing te laten in de rechtsverhouding tussen de gemeente /het Autonoom Gemeentebedrijf en haarzelf;
- dienvolgens, overeenkomstig artikel 29 van het Decreet houdende een kader voor het Vlaamse gelijkheids- en gelijkebehandelingsbeleid en de overeenkomstige bepalingen van de Antidiscriminatiewet de staking te bevelen van het verbod op het dragen van (zgn.) "boerkini's", opgenomen in het intern reglement van het zwembad (...);
- dienvolgens, de gemeente en het Autonoom Gemeentebedrijf te bevelen binnen twintig dagen na betekening van het tussen te komen vonnis het intern reglement van het zwembad aldus te wijzigen dat het expliciet vermeldt dat, wat het verbod op (zgn.) "boerkini's" betreft, een principiële uitzondering geldt voor personen die tijdens het zwemmen, omwille van hun geloof of levensbeschouwing een daartoe geëigende lichaamsbedekkende zwemkledij te dragen;
- ingevolge artikel 29 §4 van het Decreet houdende een kader voor het Vlaamse gelijkheidsbeleid en de overeenkomstige bepalingen van de Antidiscriminatiewet vast te stellen dat het tussen te komen vonnis uitvoerbaar is bij voorraad, niettegenstaande enige rechtsmiddel en zonder borgtocht;
- de gemeente en het Autonoom Gemeentebedrijf, overeenkomstig artikel 28, §2, 2° van het Decreet van 10 juli 2008 houdende een kader voor het Vlaamse gelijkheids- en gelijkebehandelingsbeleid en de overeenkomstige bepalingen van de Antidiscriminatiewet, in solidum te veroordelen tot het betalen van de forfaitaire schadevergoeding voor morele schade, vastgesteld op 650 EUR;
- de gemeente en het Autonoom Gemeentebedrijf te veroordelen tot de kosten van het geding, met inbegrip van de rolrechten voor het verzoekschrift, zijnde 120 EUR, alsook de rechtsplegingsvergoeding die langs de zijde van de eiseres wordt begroot op het geïndexeerde basisbedrag van 240 EUR.

3. De gemeente en het Autonoom Gemeentebedrijf vorderden voor de eerste rechter:

- in hoofdorde :

vooraleer recht te doen, de navolgende prejudiciële vraag te stellen aan het Grondwettelijk Hof :

"Schendt artikel 28 van het Gelijkekansendecreet de artikelen 10 en 11 van de Grondwet, doordat hierin voorzien wordt dat een forfaitaire vergoeding van 650 EUR verschuldigd is aan het slachtoffer van discriminatie ten titel van morele schade, ongeacht of de schade werd veroorzaakt door directe discriminatie dan wel door indirecte discriminatie?"

- ondergeschikt :

de vordering van S. H. te verwerpen als onontvankelijk, minstens ongegrond; S. H. te veroordelen tot de kosten van het geding aan hun zijde begroot op 1.440 EUR basisbedrag van de rechtsplegingsvergoeding voor een niet in geld waardeerbare vordering.

4. Bij bestreden bevelschrift d.d. 5 juli 2018 besliste de eerste rechter als volgt:

"Verklaart de vordering van de eiseres gericht tegen de eerste verweerster niet ontvankelijk en stelt haar zonder kosten buiten de zaak,

Verklaart de vordering van de eiseres gericht tegen de tweede verweerster ontvankelijk en in de hierna bepaalde mate gegrond,

Zegt voor recht dat het verbod op het dragen van lichaamsbedekkende zwempakken (de zgn. burkini's) in het zwembad (...) ten aanzien van de eiseres een directe discriminatie uitmaakt op grond van het geloof of levensbeschouwing;

Stelt dientengevolge, overeenkomstig artikel 27 van het Decreet van 10 juli 2008 houdende een kader voor het Vlaamse gelijkekansen-en gelijkebehandelingsbeleid juncto artikel 159 van de Grondwet de onwettigheid vast van het verbod op het dragen van lichaamsbedekkende zwempakken (de zgn burkini's) in het intern reglement van het zwembad (...) en laat dit verbod in het voorliggend geschil buiten toepassing in de rechtsverhouding tussen de tweede verweerster en de eiseres;

Beveelt dientengevolge, overeenkomstig artikel 29 van het Decreet houdende een kader voor het Vlaamse gelijkekansen- en gelijkebehandelingsbeleid de staking van het verbod op het dragen van lichaamsbedekkende zwempakken (de zgn. burkini's), opgenomen in het intern reglement van het zwembad (...);

Beveelt dientengevolge, de tweede verweerster binnen de zes maanden na betekening van het tussen te komen vonnis het intern reglement van het zwembad aldus te wijzigen dat het expliciet vermeldt dat, wat het verbod op lichaamsbedekkende zwempakken (de zgn. burkini's) betreft, een principiële uitzondering geldt voor personen die tijdens het zwemmen, omwille van hun geloof of levensbeschouwing een daartoe geëigende lichaamsbedekkende zwemkledij te dragen;

Alvorens te oordelen over de vordering tot toekenning een morele schadevergoeding,

Stelt de volgende vraag aan het Grondwettelijk Hof:

"Schendt het artikel 28 van het Vlaamse gelijke kansen - en gelijkebehandelingsbeleid van 10 juli 2008 de artikelen 10 en 11 van de Grondwet door dezelfde rechtsgevolgen toe te kennen aan de vaststelling van discriminatie ongeacht het gemaakte onderscheid door datzelfde decreet tussen directe en indirecte discriminatie volgens artikel 16 § 1 en 2 van dat decreet",

Houdt de beslissing over de kosten aan,

Verwijst de zaak naar de bijzondere rol van deze kamer,

Verklaart overeenkomstig artikel 29 §4 van het Decreet houdende een kader voor het Vlaamse gelijkekansenbeleid het tussen te komen vonnis uitvoerbaar is bij voorraad, niettegenstaande enige rechtsmiddel en zonder borgtocht;

Nodigt de griffier uit het vonnis tevens ter kennis te brengen van de Procureur des konings conform artikel 29 §4 van het Decreet houdende een kader voor het Vlaamse gelijkheidsbeleid,"

De eerste rechter overwoog daartoe (samengevat) het volgende:

- S. H. beschikt wel degelijk over een (rechtstreeks) belang bij haar vordering, ondanks het feit dat ze woonachtig is in (...) en ondanks het gegeven dat wordt opgeworpen dat de zwembaduitstap d.d. 20 december 2016 een "fishing expedition" was; ze heeft de vrijheid om te gaan zwemmen waar ze wil en ze heeft tevens het recht zich te laten adviseren zoals zij dit wil.
- Het Autonoom Gemeentebedrijf is belast met de exploitatie van het zwembad (...). Ten aanzien van de gemeente is de vordering niet ontvankelijk bij gebreke van de vereiste hoedanigheid in hoofde van de gemeente.
- Het is niet uitgesloten dat S. H. een boerkini wenst te dragen vanuit religieuze motieven. Het komt niet aan de rechtbank toe zich uit te spreken over de legitimiteit van de wijze waarop een religieuze overtuiging wordt gemanifesteerd. S. H. hoeft ook niet aan te tonen dat zij een bepaalde handeling stelt als een verplichting die haar godsdienst haar oplegt.
- Blijkens de memorie van toelichting bij het decreet moet de rechter in zijn beslissingsproces twee vragen beantwoorden. In eerste instantie moet hij nagaan of de klager minder gunstig wordt behandeld dan een ander in een vergelijkbare situatie wordt of zou worden behandeld. Enkel wanneer op die vraag bevestigend wordt geantwoord, moet de rechter nagaan of voor die minder gunstige behandeling van vergelijkbare gevallen een objectieve en redelijke verantwoording voorhanden is. - Artikel 9 van het zwembadreglement creëert een ongunstiger behandeling op grond van geloof tussen enerzijds moslima's die een bedekkend zwempak (boerkini) willen dragen omwille van religieuze redenen en anderzijds vrouwelijke zwemmers die zich niet door een dergelijke religieuze regel gebonden achten en een badpak of bikini/minder bedekkend zwempak dragen om te zwemmen.
- Het is niet geloofwaardig dat de opsomming in artikel 9 louter exemplarisch zou zijn. Bovendien is de boerkini de enige vorm van religieuze lichaamsbedekkende zwemkledij die wordt vermeld.
- Aldus moet de rechtbank vervolgens nagaan in hoeverre voor die minder gunstige behandeling van vergelijkbare gevallen een objectieve en redelijke verantwoording voorhanden is. Voor wat betreft de hygiëne kan verwezen worden naar het advies van 18 maart 2016 van het Agentschap Zorg en Gezondheid waarin wordt gezegd dat het verbieden van boerkini's om hygiënische redenen niet gepast is. Wat betreft het aspect veiligheid wordt in hetzelfde advies gezegd dat een lichaamsbedekkend badpak geen obstakel vormt voor de veiligheid.
- Wat de gevorderde morele schade betreft dient een prejudiciële vraag te worden gesteld.

5. Het Autonoom Gemeentebedrijf kan zich niet verzoenen met de beslissing van de eerste rechter en tekent hoger beroep aan waarbij ze haar verweer herneemt en vraagt om het bestreden bevelschrift teniet te doen en opnieuw recht doende, de oorspronkelijke vordering van S. H. onontvankelijk, minstens ongegrond te verklaren en aldus te oordelen dat het intern reglement "voor de infrastructuur occasioneel ter beschikking gesteld aan derden in sportcentrum (...) (gedeelte zwembad) en onder beheer van de sector Welzijnszaken, afdeling sport en recreatie", zoals van kracht op het ogenblik van het instellen van de oorspronkelijke vordering, noch een directe, noch een indirecte discriminatie uitmaakte op grond van geloof of levensbeschouwing.

6. Bij arrest van 10 juli 2019 oordeelde het Grondwettelijk Hof, voor wat betreft de morele schadevergoeding, dat artikel 28, §2, 2° van het Vlaamse decreet van 10 juli 2008 houdende een kader voor het Vlaamse gelijkheids- en gelijkebehandelingsbeleid de artikelen 10 en 11 van de Grondwet niet schendt.

7. S. H. vraagt:

"-) In hoofdorde

Concluante verzoekt Uw Hof de vorderingen van AGB in hoger beroep ongegrond te verklaren.

Concluante verzoekt Uw Hof voorts het bevelschrift a quo integraal te willen bevestigen, met name:

- het verbod op het dragen van burkini's in het zwembad (...) maakt ten aanzien van concluante een directe, minstens een indirecte discriminatie uit op grond van geloof;
- het verbod is onwettig in de zin van artikel 27 Gelijkekansendecreet juncto artikel 159 Grondwet, waarbij het verbod buiten toepassing wordt verklaard tussen concluante en AGB;
- een staking van het verbod dient te worden doorgevoerd op grond van artikel 29 van het Gelijkekansendecreet;
- het intern reglement van het zwembad (...) dient binnen zes maand na betekening van het tussen te komen vonnis te worden aangepast, zodat het expliciet vermeldt dat een principiële uitzondering wordt toegelaten voor personen die omwille van hun religie willen zwemmen met lichaamsbedekkende zwemkledij.

Concluante vordert daarenboven te horen zeggen voor recht dat het verbod op het dragen van burkini's in het zwembad (...) een schending uitmaakt van de godsdienstvrijheid uit artikel 9 EVRM.

Concluante verzoekt Uw Hof tevens te willen oordelen dat concluante in casu het slachtoffer werd van intersectionele discriminatie op het kruispunt gender en geloof.

Concluante vordert dan ook AGB te veroordelen tot het betalen van de wettelijk bepaalde forfaitaire schadevergoeding van 1300 euro voor de geleden morele schade.

Ten slotte vraagt concluante AGB te willen veroordelen tot de kosten van het geding, aan de zijde van concluante begroot op de dagvaardingskosten/het rolrecht meer de rechtsplegingsvergoeding (bedoeld in artikelen 1018, eerste lid, 6^o en 1022 van het Ger. W.), die door conluent(e) voorlopig wordt begroot op het (geïndexeerd) basisbedrag van de vergoeding zoals vastgesteld door het Koninklijk besluit van 26 oktober 2007 in uitvoering van de Wet van 21 april 2007 betreffende de verhaalbaarheid van de erelonen en de kosten van een advocaat, zijnde 1440 euro per aanleg.

-) In ondergeschikte orde

Concluante verzoekt Uw Hof, in het geval Uw Hof zou twijfelen aan de accuraatheid en volledigheid van de door concluante bijgebrachte stukken betreffende de veiligheid van het zwembad en de kwaliteit van het zwembadwater, een deskundige aan te stellen in de zin van artikel 962 van het Gerechtelijk wetboek."

8. Het Openbaar Ministerie legde op 31 januari 2020 volgende schriftelijk advies neer:

"Mijn ambt besluit dan ook dat het zgn. 'boerkiniverbod, vervat in het intern reglement van de gemeente, toepasselijk op het zwembad (...) te (...) niet als direct of indirect discriminerend in de zin van het Decreet van 10 juli 2008 houdende een kader voor het Vlaamse gelijkekansen- en gelijkebehandelingsbeleid kan worden beschouwd.

In het licht hiervan bestaat evenmin een noodzaak om de prejudiciële vraag aan het Grondwettelijk Hof, zoals geformuleerd door de eerste rechter, te stellen.

Mijn ambt adviseert dan ook het bestreden bevelschrift te hervormen, en opnieuw rechtdoende, de oorspronkelijke vordering van huidige geïntimeerde af te wijzen als ontvankelijk, doch ongegrond."

Het advies van het Openbaar Ministerie d.d. 7 mei 2021 is eensluidend.

Beoordeling

1. Belang van S. H. om haar oorspronkelijke vordering in te stellen?

1.1. Het Autonoom Gemeentebedrijf werpt opnieuw op dat de oorspronkelijke vordering van S. H. niet ontvankelijk is omdat ze niet zou beschikken over het vereiste (rechtstreeks) belang.

Het Autonoom Gemeentebedrijf wijst hiertoe op het gegeven:

- dat S. H. geen inwoner is van de gemeente (...), doch in (...) woont;
- dat S. H. de mogelijkheid heeft te zwemmen, volgens de voorschriften van haar geloof, tijdens de zwemuren die voorzien zijn voor vrouwen in het zwembad van de gemeente E. (haar stuk 12); S. H. zou ook kunnen deelnemen aan 'het zwemuurtje' dat iedere vrijdag van 19u tot 20u wordt georganiseerd in het zwembad van het Revalidatiecentrum van het UZ G. door VZW VOEM (Vereniging voor Ontwikkeling & Emancipatie voor Moslims). Deze beide initiatieven laten volgens het Autonoom Gemeentebedrijf aan S. H. toe om te zwemmen op het Gentse grondgebied, en dit in overeenstemming met haar geloofsovertuiging, waaruit kan worden afgeleid dat aan S. H. het recht op toegang tot recreatie (en de mogelijkheid om sport te beoefenen omwille van medische redenen) niet kan worden ontnomen;
- dat S. H. argumenteert dat ze met haar vier kinderen naar het zwembad van haar keuze wenst te gaan terwijl dit niet mogelijk zou zijn tijdens voormelde 'aparte' zwemuurtjes, maar dat zij op het ogenblik van haar bewuste zwembadbezoek van 20 december 2016 niet vergezeld was door haar kinderen, doch door S. S. en K. V. ;
- dat nazicht aantoonde dat S. S. academicus is, verbonden aan o.m. de UG, en dat hij in het verleden verbonden was aan het "Human Rights Centre" van de UG en doctorerde rond mensenrechten waarbij hij in het bijzonder onderzoek voerde naar hoofddoekenverboden en islamitische kledij (haar stuk 5);
- dat S. H. eveneens academicus is en als onderzoeker verbonden is aan de UG (eveneens "Human Rights Centre") en aan een doctoraat rond vrouwenrechten werkt (haar stuk 6). Ze publiceerde reeds commentaren op tal van websites, op tal van tijdstippen, ook voorafgaandelijk aan de bewuste zwembaduitstap van 20 december 2016 (o.m. schreef ze: "Vanuit mijn geloof wil ik niet halfnaakt tussen mannen zwemmen.");
- dat uit haar eigen relaas blijkt dat ze aanvankelijk niet werd aangesproken over haar zwemkledij doch er zelf actief de aandacht op vestigde, uitsluitend met de bedoeling een standpunt met betrekking tot de boerkini uit te lokken;
- dat S. H., die beweert om medische redenen te moeten zwemmen, ruim gewacht heeft met haar vordering;
- dat gelijktijdig door een andere moslima, Y. A., bijgestaan door dezelfde raadsman, doch woonachtig te Antwerpen, een gelijkaardige vordering gesteld werd tegen de stad Gent (omdat ze in het V. E. zwembad wilde zwemmen met boerkini) en dat ook deze dame bij haar zwembadbezoek vergezeld werd door twee academici, verbonden aan de UG ("Human Rights Centre");
- dat ook voor de rechtbank van eerste aanleg te Antwerpen een verzoekschrift werd neergelegd tegen een gelijkaardig verbod, door dezelfde mevrouw A., bijgestaan door dezelfde raadsman.

Al deze elementen wijzen er volgens het Autonoom Gemeentebedrijf op dat de zwembaduitstap d.d. 20 december 2016 een "fishing expedition" (een onderneming met de uitsluitende bedoeling om bewijzen te verzamelen) was, dat de betwisting voor S. H. uitsluitend een "principepskwestie" vormt waarbij zij haar "gelijk" wil halen, dat ze een administratieve praktijk die haar in werkelijkheid niet rechtstreeks raakt, gewijzigd wil zien eerder dan dat zij werkelijk een persoonlijk voordeel beoogt met de ingestelde vordering.

Volgens het Autonoom Gemeentebedrijf is deze procedure georchestreerd door de "Legal Clinic" van het "Human Rights Centre" van de UG. S. H. zou nog steeds niet verduidelijken waarom ze, als inwoner van de stad G., zou willen zwemmen in het zwembad (...) in (...) terwijl ze op Gents grondgebied over gelijkaardige zwemgelegenheden beschikt. Het Autonoom Gemeentebedrijf wijst er verder op dat S. H. — sedert de aanpassing van het reglement — amper één keer zou zijn komen zwemmen in het zwembad (...).

1.2. Artikel 17 Ger.W. bevat twee ontvankelijkheidsvereisten. De rechtsvordering kan niet worden toegelaten indien de eiser geen hoedanigheid en belang heeft om ze in te dienen. Het begrip 'belang' verwijst naar het materieel en moreel voordeel dat een eiser met het instellen van de vordering nastreeft.

S. H. wenst te zwemmen in het zwembad (...) in (...) en dit in lichaamsbedekkende kledij, omwille van haar geloofsovertuiging.

Ze legt een stuk voor aangaande haar gezondheidstoestand (haar stuk 4, waaruit blijkt dat ze een erfelijke bindweefselaandoening heeft en dat op vlak van sport 'laag intense cyclische bewegingen', zoals zwemmen, aangewezen is). Ze legt ook stukken voor met betrekking tot de autismespectrumstoornis van haar zoontjes I. en Y. en haar dochtertje N. (haar stuk 1).

Los van de vaststelling dat ze de vrijheid heeft om te gaan zwemmen waar ze wil, toont ze dus — voor zoveel als nodig — aan dat zij (en ook haar kinderen) 'nood' heeft (hebben) aan zwemmen en dat de reeds bestaande 'vrouwenuurtjes' in de zwembaden van Evergem en het revalidatiecentrum van het UZ G. voor haar te beperkt zijn (zie ook haar stuk 11, zijnde een artikel omtrent haar klachten bij Unia: "Elf jaar geleden besliste de vrouw zich tot de islam te bekeren toen ze haar Turkse man leerde kennen. Twee jaar na haar huwelijk ging ze een hoofddoek dragen. 'Ik was me gaan verdiepen in de islam en daar hoorde voor mij een hoofddoek bij' zegt ze. 'Sindsdien draag ik hem altijd als ik buiten kom. Ze besliste in die periode ook dat ze geen badpak of bikini meer wilde dragen. 'Ik wil niet meer onbedekt de straat op, zegt ze. 'Dan voel ik me naakt. Zoals een niet-moslima als ze zonder broek buiten zou komen. Ik schaam me als mijn haren niet bedekt zijn. Door mijn geloof wil ik daarom ook niet meer halfnaakt tussen mannen zwemmen.' H. vindt de boerkini de ideale oplossing. 'Ik zwem supergraag, maar ik doe het alleen nog in Turkije. Mijn kinderen gaan heel graag zwemmen met hun mama en ze vinden het doodzonde dat het niet in Gent mag. Het is zo'n onrechtvaardige discussie. Ik ben een Vlaamse vrouw, waarom mag ik niet kiezen welke zwemkleding ik draag?") .

Op 20 december 2016 werd haar de toegang tot het zwembad (...) geweigerd omwille van haar zwemkledij (een boerkini). Ze beschikt wel degelijk over het vereiste persoonlijke en rechtstreekse belang om het intern reglement en het erin opgenomen verbod tot het dragen van een boerkini aan te vechten.

Dat ze niet in (...) woont, doch in Gentbrugge, doet hieraan geen afbreuk. Ze mag, net als elke andere burger, gaan zwemmen in het zwembad van haar keuze. Het zwembad (...) is opengesteld voor niet-inwoners van de gemeente, dus ook voor S. H.. S. H. beroept zich in dit verband terecht op het beginsel van de benuttingsgelijkheid. Alle burgers die zich in dezelfde positie bevinden moeten gelijke toegang tot een openbare dienstverlening krijgen.

Dat S. H. vergezeld was van twee 'academici', personen van het "Human Rights Centre" en de "Legal Clinic" van de UG, waaruit het Autonoom Gemeentebedrijf afleidt dat het hier om een "fishing expedition" ging, doet aan voormeld belang evenmin enige afbreuk.

S. H. heeft, zoals zeer terecht weerhouden door de eerste rechter, het recht om zich te laten adviseren en bijstaan zoals zij dit wenst.

De stukken tonen ten andere afdoende aan dat het initiatief tot het aanvechten van het boerkiniverbod wel degelijk van S. H. zelf kwam. Het hof verwijst o.m. naar haar stuk 9, zijnde een verklaring van M. D., tevens moslima, die S. H. leerde kennen via Facebook. Op 26 juli 2018 wilden de beide dames samen gaan zwemmen in het zwembad R. in Gent. M. D. verklaart hieromtrent:

"Gezien ik moslim ben en dus wens te zwemmen in een bedekkend zwempak, met lange mouwen, een legging en een kapje voor op het hoofd, moest ik een eind van thuis (Deerlijk) weg om een zwembad te vinden waar dit kon. Via Facebook was ik met S. in contact gekomen en zo was voor mij de drempelvrees kleiner om naar een onbekend zwembad te gaan.

We zijn naar Rozenbroeken gereden en het was er bij aankomst niet overdreven druk. We kochten 2 kaartjes aan de kassa, en ik vond het al heel positief dat de dame aan de kassa geen opmerking gaf over de dresscode omdat zowel S. als ik een hijab (hoofddoek) dragen en ik zou er, had ik als bediende aan

de kassa gezeten, zeker een opmerking over hebben gemaakt. Daarom hebben we het ook niet verder bevraagd veronderstel ik.

We waren super content, keken er naar uit om te zwemmen, hebben samen in de kleedkamer nog een selfie genomen in ons zwempak, en trokken toen naar het zwembad zelf.

We kwamen binnen ongeveer ter hoogte van de redderstoel en zoals je doet wanneer je voor het eerst een nieuw zwembad binnen komt, stonden we te kijken naar het bad. Al heel snel werden we geroepen door een vrouwelijke redster, die ons, naar mijn gevoel op niet al te vriendelijke wijze, verzocht om het zwembad te verlaten wegens onze kledij.

(..)

Die mevrouw maakte zich sterk dat het zwembad R. in privé aanneming was en dus niet aan de nieuwe regel onderhevig. Ze wees ons ook op een bordje waarop de dresscode stond vermeld, dit hadden we niet gezien bij aankomst.

(..)

Daarna nam S. me mee naar het zwembad in M. omdat dit dan, volgens wat we in de media hadden vernomen, wel degelijk onder de wetgeving viel die was gewijzigd en zouden we daar wettelijk gezien wel mogen zwemmen in de door ons gekozen kledij. Maar daar raakten we niet verder dan de kassa, waar we een weliswaar meer begripvolle dame aantroffen maar die blijkbaar geen autoriteit had op dit vlak en die ons niet kon helpen zolang er geen concrete richtlijnen kwamen van hogerhand in verband met de nieuwe afspraken. Dus we hebben die dag niet gezwommen."

S. H. klaagde reeds op 24 december 2016 het boerkiniverbod aan bij de zwembadbeheerder. Ze had ook in 2012 al een klacht ingediend bij de Ombudsdienst van de stad Gent (haar stuk 10) en in 2012, 2015 en 2016 bij Unia (haar stuk 11).

De toegangswijgering in het zwembad (...) op 20 december 2016 was voor haar klaarblijkelijk de (spreekwoordelijke) druppel om op te komen tegen het boerkiniverbod (dat zij als discriminerend ervaart).

Dat haar verzoekschrift pas in september 2017 werd neergelegd, om welke (persoonlijke) redenen ook, ontnemt haar evenmin haar rechtstreeks belang om huidige vordering te stellen.

Dat ze sedert het bestreden bevelschrift maar één maal is gaan zwemmen in het zwembad '(...)' doet aan wat voorafgaat evenmin enige afbreuk. Met haar stuk 15 geeft ze hier —voor zoveel als nodig— een plausibele uitleg voor.

De vordering van S. H. is wel degelijk ontvankelijk.

2. Ten gronde

2.1. De 'boerkini' (zijnde een samentrekking van 'boerka' en 'bikini') is een lichaamsbedekkend badpak, vervaardigd uit dezelfde stof als een badpak of bikini, doch met lange (of halflange) mouwen, lange pijpen en een geïntegreerde badmuts. Enkel het gezicht, de voeten en de handen (en desgevallend de onderarmen) blijven onbedekt. De boerkini is ontworpen door de (islamitische) Australische ontwerpster A. Z., die de badkledij in 2003 ontwikkelde en de namen 'burkini' en 'burqini' gaf (en als merken deponeerde). De boerkini is ontwikkeld conform de Islamitische voorschriften en moet moslimmeisjes aanmoedigen om aan sport te doen (www.burqini.com). Ook het merk 'Nike' brengt intussen boerkini's op de markt, onder de naam 'Nike Victory' (zie de link in voetnoot 32 van de synthesebesluiten van S. H.).

Het Autonoom Gemeentebedrijf argumenteert dat de koran naar verluidt werd opgesteld in de 7de eeuw n. Chr. terwijl de boerkini in (aldus het Autonoom Gemeentebedrijf) 2006 werd ontworpen en betwist zodoende dat de boerkini kan beschouwd worden als religieuze kledij. Dit argument kan niet worden bijgetreden. Hiervoor werd verwezen naar de website van de ontwerpster van de boerkini. Deze is wel

degelijk ontwikkeld conform de Islamitische voorschriften teneinde moslimmeisjes aan te moedigen om te zwemmen. Ook godsdiensten evolueren evident mee met hun tijd (vgl. het 'streamen' van gebedsdiensten in coronatijden, wat ook maar een recente evolutie is). In de communicatie na het omstreden zwembadbezoek van S. H. aan het zwembad (...) werd trouwens min of meer erkend dat de boerkini om religieuze redenen gedragen wordt (zie hoger: "Wij maken geen uitzondering voor religieuze of medische redenen. Misschien kan u de organisatie VOEM contacteren op onderstaande link voor meer info waar u als moslima kan zwemmen."). Dat niet alle moslima's een boerkini willen dragen tijdens het zwemmen doet verder geen afbreuk aan het recht van elke gelovige om zijn/haar geloof te belijden op de wijze die hij/zij wenst, dus aan het recht van S. H. om wél met bedekt lichaam te willen zwemmen vanuit haar geloofsovertuiging. Dat ook niet-moslima's een boerkini willen en kunnen dragen doet hieraan uiteraard evenmin enige afbreuk.

S. H. wenst een boerkini te dragen vanuit religieuze overwegingen. Haar loutere verklaring hiertoe volstaat (zoals blijkt uit de rechtspraak van het EHRM en de Raad van State: EHRM 15 januari 2013, nr. 48420/10, 59842/10, 51671/10, 36516/10, 15 januari 2013, Eweida e.a./Verenigd Koninkrijk, Juristenkrant 2013 (weergave ALIDADI, K.), afl. 263, 2; EHRM 1 juli 2014, nr. 43835/11, (S.A.S. / Frankrijk), T.Strafr. 2014 (weergave GALLALA, I., RIGO, B., WILLEMS, A., CASIER, I.), afl. 5, 328); RvS 14 oktober 2014, nr. 228.748, (Sharanjit Singh / Gemeenschapsonderwijs), TORB 2014-15, afl. 3, 71, noot LIEVENS, J., VRIELINK, J.). De eerste rechter overwoog terecht dat S. H. niet hoeft aan te tonen dat zij met een boerkini wenst te zwemmen, omdat haar godsdienst haar dit oplegt. Voor S. H. is het dragen van een boerkini een uiting van haar geloof. Niemand, en dus ook het Autonoom Gemeentebedrijf niet, heeft het recht om de legitimiteit van de wijze waarop S. H. haar geloof uit, te beoordelen (zie ook EHRM 1 juli 2014, nr. 43835/11, (S.A.S. / Frankrijk), waarnaar hoger reeds verwezen). Een boerkini is — anders dan het Autonoom Gemeentebedrijf argumenteert — wél een algemeen erkende vorm om de islam te belijden. De boerkini werd (zoals gezegd) immers speciaal daartoe ontworpen. Ook hier wijst het hof erop dat het feit dat andere moslima's mogelijke in badpak of bikini willen zwemmen aan S. H. geenszins het recht ontnemt om in het zwembad toch lichaamsbedekkende kledij te dragen vanuit haar geloofsovertuiging.

2.2. S. H. argumenteert dat er sprake is van directe of minstens indirecte discriminatie op grond van geloof en levensbeschouwing in de zin van het EVRM, het Gelijkekansendecreet en de Antidiscriminatiewet.

Ze verwijst naar art. 14 in combinatie met art. 9 EVMR, dat het recht op vrijheid van geloofsovertuiging waarborgt.

Ze haalt ook art. 20,6° van het Decreet van 10 juli 2008 houdende een kader voor het Vlaamse gelijkekansen- en gelijkebehandelingsbeleid (hierna: het Gelijkekansendecreet) aan op basis waarvan (binnen de grenzen van de aan de Vlaamse Gemeenschap en het Vlaamse Gewest toegewezen bevoegdheden) elke vorm van discriminatie verboden is, zowel in de overheidssector, als in de particuliere sector, met inbegrip van overheidsinstanties, met betrekking tot "het aanbod van, de toegang tot, de levering en het genot van goederen en diensten die publiekelijk beschikbaar zijn — al dan niet tegen betaling —, met inbegrip van huisvesting".

Tenslotte verwijst ze naar art. 5§1,8° van de Antidiscriminatiewet waaruit blijkt dat elke vorm van discriminatie in de toegang tot en de deelname aan economische activiteiten toegankelijk voor het publiek verboden is, verbod dat zowel in de overheidssector als in de particuliere sector van toepassing is.

Ze wijst er daarbij op dat het Autonoom Gemeentebedrijf als uitbaatster van het zwembad (...) een publiekrechtelijke rechtspersoon is. Dit blijkt inderdaad uit de beheersovereenkomst tussen de gemeente en het Autonoom Gemeentebedrijf (zie stuk 2 Autonoom Gemeentebedrijf). Het uitbaten van het zwembad (...) betreft een economische activiteit. Het Autonoom Gemeentebedrijf is immers verantwoordelijk voor de exploitatie van het zwembad, kan daartoe overeenkomsten sluiten met andere

rechtspersonen en ontvangt inkomsten uit de door haar uitgevoerde activiteiten (zie haar statuten, o.m. art. 5, 8 en 35). Het zwembad (...) is ook voor het publiek toegankelijk, wat niet wordt betwist.

Het Autonoom Gemeentebedrijf betwist dat er sprake is van directe dan wel indirecte discriminatie.

2.3. Art. 16 van het Gelijkekansendecreet luidt als volgt:

„§ 1

Er is sprake van directe discriminatie als iemand minder gunstig wordt behandeld dan iemand anders in een vergelijkbare situatie wordt, is of zou worden behandeld, op grond van een of meer, werkelijke of vermeende, eigen of bij associatie toegekende, beschermde kenmerken, tenzij die ongunstige behandeling objectief wordt gerechtvaardigd door een legitiem doel en de middelen voor het bereiken van dat doel passend en noodzakelijk zijn.

§2

Er is sprake van indirecte discriminatie als een ogenschijnlijk neutrale bepaling, maatstaf of handelswijze personen met een werkelijk of vermeend, eigen of bij associatie toegekend beschermd kenmerk in vergelijking met andere personen kan benadelen, tenzij:—die bepaling, maatstaf of handelswijze objectief wordt gerechtvaardigd door een legitiem doel en de middelen voor het bereiken van dat doel passend en noodzakelijk zijn;—in het geval van indirect onderscheid op grond van een handicap aangetoond wordt dat geen redelijke aanpassingen getroffen kunnen worden."

Art. 36 van het Gelijkekansendecreet luidt als volgt:

„§ 1

Als een persoon of een van de instellingen, organen of verenigingen, vermeld in artikelen 40 en 41, in een burgerrechtelijke procedure voor een bevoegd gerecht de schending inroept van dit decreet en feiten aanvoert die het bestaan van een discriminatie kunnen doen vermoeden, valt de bewijslast dat er geen discriminatie is, ten laste van de verweerder.

§2

Onder feiten die het bestaan van een directe discriminatie op grond van een beschermd kenmerk kunnen doen vermoeden, wordt onder meer, doch niet uitsluitend, begrepen:

1 °de gegevens waaruit een bepaald patroon van ongunstige behandeling blijkt ten aanzien van personen die drager zijn van een of meer welbepaalde beschermde kenmerken, onder meer via verschillende, los van elkaar staande meldingen, die bij het orgaan of de organen in de zin van artikel 40, of bij een van de verenigingen of organisaties in de zin van artikel 41, werden gedaan;

2°de gegevens waaruit blijkt dat de situatie van het slachtoffer van de ongunstiger behandeling, vergelijkbaar is met de situatie van de referentiepersoon.

§3

Onder feiten die het bestaan van een indirecte discriminatie op grond van een beschermd kenmerk kunnen doen vermoeden, wordt onder andere, doch niet uitsluitend, begrepen:

1 °algemene statistieken over de situatie van de groep waartoe het slachtoffer van de discriminatie behoort of feiten van algemene bekendheid;

2°het gebruik van een intrinsiek verdacht criterium van onderscheid;

3°elementair statistisch materiaal waaruit een ongunstige behandeling blijkt."

Het (ingevolge het bestreden bevelschrift inmiddels aangepaste) door S. H. gehekkelde art. 9 van het reglement van het Autonoom Gemeentebedrijf luidde op het moment van het bewuste zwembadbezoek d.d. 20 december 2016 als volgt:

"Enige andere vorm van kledij zoals ondergoed, bermuda's, shorts, T-shirts, kleedjes, rokjes, burkini's, enz. worden om hygiënische/ecologische redenen niet toegestaan."

2.4. Vooreerst is de bestaansreden van voormeld art. 9 (dus de intentie waarmee het Autonoom Gemeentebedrijf dit heeft ingevoerd), zoals S. H. terecht aangeeft, volstrekt irrelevant.

Dat het Autonoom Gemeentebedrijf bij het opstellen en afdwingen van voormeld art. 9 geen discriminatoir oogmerk had (wat ze meermaals benadrukt in haar synthesebesluiten) neemt immers niet weg dat de maatregel door S. H. als discriminerend kan worden ervaren en ook wordt ervaren (zie ook EHRM 1 juli 2014, nr. 43835/11, (S.A.S. / Frankrijk), § 161; en EHRM 13 november 2007 nr. 57325/00, (D.H. e.a. /Tsjechië), § 175 en 184-185; Juristenkrant 2008 (weergave DEBEL, R.), afl. 164, 6: "De Grote Kamer herhaalt vooreerst haar vaste definitie van het begrip discriminatie, namelijk het ongelijk behandelen van personen in een gelijkaardige situatie zonder objectieve en redelijke verantwoording. Het Hof voegt daaraan toe dat artikel 14 ook indirecte discriminatie verbiedt. Een neutraal beleid, dat een bepaalde groep onevenredig benadeelt, kan discriminatoir zijn, zelfs al is dat beleid niet uitdrukkelijk op die groep gericht. Daarbij is het niet vereist dat de overheid de bedoeling had te discrimineren, wat telt is het effect van de maatregel.").

Het hof gaat dan ook niet in op de door het Autonoom Gemeentebedrijf gemaakte vergelijking tussen de boerkini enerzijds en andere lichaamsbedekkende kledij die eveneens verboden is anderzijds. Het Autonoom Gemeentebedrijf vertrekt vanuit een verkeerde premisse.

2.5. Volgens S. H. is er (in hoofdorde) sprake van directe discriminatie.

Art. 9 van het zwembadreglement creëert een verschil in behandeling tussen de gebruikers van het zwembad (...) naar gelang hun religie, doordat er een onderscheid wordt gemaakt tussen:

- enerzijds (categorie 1), de groep zwembadgebruikers die zich omwille van religieuze of levensbeschouwelijke redenen gebonden achten om tijdens het zwemmen bedekkende kledij te dragen; en
- anderzijds (categorie 2), de overige zwembadgebruikers die zich niet door een dergelijke religieuze regel gebonden achten en die een badpak/bikini (een minder bedekkend zwempak) dragen.

Volgens S. H. is art. 9 van die aard dat ze de eerstgenoemde personen (categorie 1) ongunstiger behandelt dan de tweede vernoemde personen (categorie 2) die gebruik zouden maken van het zwembad (...). Ze argumenteert dat de bewuste bepaling de eerstgenoemde personen, waaronder haarzelf, gelet op de dwingende aard van het reglement, de toegang tot het zwembad ontzegt, vermits de bepaling niet in de mogelijkheid voorziet voor de gebruikers - al dan niet bij wege van uitzondering - een bedekkend badpak te dragen wegens religieuze of levensbeschouwelijke motieven.

Elk (in)direct onderscheid op grond van (o.m.) geloof of levensbeschouwing vormt op grond van het Gelijkekansendecreet een (verboden) (in)directe discriminatie.

De memorie van toelichting bij het Gelijkekansendecreet stelt o.m.:

"In artikel 15 wordt een definitie gegeven van directe en indirecte discriminatie.

Paragraaf 1 omschrijft directe discriminatie. Deze omschrijving is inhoudelijk gebaseerd op de definities die in de Europese richtlijnen inzake discriminatiebestrijding worden gehanteerd (artikel 2, lid 2, van Richtlijn 2000/43/EG, artikel 2, lid 2, van Richtlijn 2000/78/EG, artikel 2, lid 2, van Richtlijn 2002/73/EG en artikel 2, a, van Richtlijn 2004/113/EG) en op de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof en het Europees Hof voor de Rechten van de Mens inzake het discriminatieverbod. Uit de definitie blijkt dat niet elk direct onderscheid ook directe discriminatie vormt. Het artikel stelt de criteria vast aan de hand waarvan de rechter kan beoordelen of een ongelijke behandeling directe discriminatie uitmaakt. Het rechterlijk toetsingsproces bestaat uit twee stappen: de toetsingsingang en de rechtvaardigingstoets. De toetsingsingang is de fase waarin de rechter dient te onderzoeken of de klager minder gunstig wordt behandeld dan een ander in een vergelijkbare situatie wordt, is of zou worden behandeld. Slechts wanneer het antwoord op die vraag positief is, wordt ingezet met de tweede fase: de rechtvaardigingstoets. In deze fase gaat de rechter na of voor de minder gunstige behandeling van vergelijkbare gevallen een objectieve en redelijke verantwoording voorhanden is. Meer bepaald dient de rechter te onderzoeken of met het verschil in behandeling een legitiem doel wordt nagestreefd en of de middelen voor het bereiken van dat doel evenredig zijn. Evenredige middelen zijn middelen die (i) relevant zijn voor het bereiken van het doel, (ii) die niet verder gaan dan nodig is om het doel te bereiken,

en (iii) die in een proportionele verhouding staan tot het doel. Dit laatste criterium (ook wel proportionaliteit in de enge zin genoemd) veronderstelt dat de rechter een afweging maakt tussen, enerzijds, de ernst van de persoonlijke belangen aantasting die het gevolg is van het verschil in behandeling en, anderzijds, het privaat of publiek belang van het nagestreefde doel. Er is sprake van directe discriminatie indien er geen objectieve en redelijke verantwoording voorhanden is."

Zoals terecht aangestipt door de eerste rechter moeten dus twee vragen worden beantwoord. In eerste instantie moet worden nagaan of de klager minder gunstig wordt behandeld dan een ander in een vergelijkbare situatie wordt of zou worden behandeld. Enkel wanneer op die vraag bevestigend wordt geantwoord, moet worden nagegaan of voor die minder gunstige behandeling van vergelijkbare gevallen een objectieve en redelijke verantwoording voorhanden is.

Ook het hof oordeelt dat voormeld art. 9 een ongunstiger behandeling creëert op grond van geloof tussen enerzijds moslima's die een bedekkend zwempak/boerkini willen dragen omwille van religieuze redenen en anderzijds vrouwelijke zwemmers die zich niet door een dergelijke religieuze regel gebonden achten en een badpak of bikini/minder bedekkend zwempak dragen om te zwemmen.

Voormelde vergelijking heeft, anders dan het Autonoom Gemeentebedrijf voorhoudt, wel degelijk betrekking op gelijke/vergelijkbare situatie. De boerkini is, zoals gezegd, ontworpen als zwemkledij (bestaande uit 100% polyester, waterafstotend en chloor resistent). S. H., die een boerkini wenst te dragen, wordt minder gunstig behandeld dan de andere zwemsters die geen boerkini dragen. Als zij toegang wenst te krijgen tot het zwembad (...) moet ze haar geloofsovertuiging aan de kant zetten.

De eerste rechter wees er ook terecht op dat de principes van de benuttigingsgelijkheid en neutraliteit net worden miskend door vrouwen met een bedekkend badpak de toegang tot het zwembad (...) te ontzeggen. S. H. wenst toegang tot het zwembad in zwemkledij voor moslima's ontworpen uit zwempakmateriaal. Ze wenst dit, net zoals de andere zwemsters, om haar hobby te beoefenen (en in haar geval aan haar medische problemen te (pogen) verhelpen). Ze heeft recht op benuttigingsgelijkheid. Er is wel degelijk sprake van een gelijke situatie.

Zoals hoger reeds gezegd speelt de intentie waarmee het Autonoom Gemeentebedrijf het (gehekelde) verbod heeft ingevoerd geen enkele rol.

Het Autonoom Gemeentebedrijf kan ook niet worden bijgetreden waar ze argumenteert dat het woord 'boerkini' (in de tekst 'burkini's) louter exemplarisch vermeld werd. In de opsomming van verboden kledingstukken is de boerkini immers het enige stuk dat uit zwempakmateriaal bestaat. De andere opgesomde kledingstukken ("ondergoed, bermuda's, shorts, T-shirts, kleedjes, rokjes") vallen niet onder de noemer 'zwemkledij'. Die bestaan (meestal) niet uit zwembadstof en zijn dus (meestal) niet gemaakt om te zwemmen.

Voormelde regel ex art. 9 ontzegt S. H. de facto de toegang tot het zwembad vermits hij niet toelaat een bedekkend badpak te dragen wegens religieuze motieven. Indien moslima's die omwille van religieuze redenen een boerkini wensen te dragen toch toegang willen krijgen tot het zwembad, dan moeten zij hun religieuze motieven terzijde schuiven. S. H. is door voormelde bepaling/regel het slachtoffer van directe discriminatie.

2.6. Minstens, in het geval de vermelding van de 'boerkini' in art. 9 toch slechts exemplarisch zou zijn, ter verduidelijking van het algemeen verbod op loszittende en bedekkende kledij an sich, zou er sprake zijn van indirecte discriminatie.

Art. 9 benadeelt moslima's die een boerkini willen dragen ten opzichte van andere zwemsters met niet-religieuze lichaamsbedekkende zwemkledij.

Beide groepen worden verboden, doch de boerkini is de enige zwemkledij die gedragen wordt uit religieuze overtuigingen. De moslima's die een boerkini wensen te dragen kunnen ingevolge dit verbod niet zwemmen (tenzij ze, zoals gezegd, hun geloofsovertuiging opzij schuiven, wat voor hen geen optie is). De zwemsters die andere niet-religieuze lichaamsbedekkende kledij wensen te dragen (bijvoorbeeld een pakje van 'catwoman, spiderman, superman, mega Mindy', zoals aangehaald door de Procureur-generaal in haar advies d.d. 7 mei 2021) zouden gemakkelijk van zwemkledij kunnen wisselen (zonder hun geloofsovertuiging opzij te moeten zetten) om toegang te krijgen tot het zwembad.

De verwijzing naar de conclusie van advocaat-generaal bij het Hof van Justitie in de zaak A. (het stuk 16 van het Autonoom Gemeentebedrijf) is verder, zoals terecht geoordeeld door de eerste rechter, zonder relevantie. Voormeld arrest handelde over het neutraliteitsgebod voor werknemers. Er is geen enkele verplichting tot neutraliteit voor de gebruikers van een openbare dienst.

2.7. Vermits de eerste vraag positief beantwoord wordt, dient in een tweede stap te worden nagegaan of met het verschil in behandeling een legitiem doel wordt nagestreefd en of de middelen voor het bereiken van dat doel evenredig zijn. Evenredige middelen zijn "middelen die (i) relevant zijn voor het bereiken van het doel, (ii) die niet verder gaan dan nodig is om het doel te bereiken, en (iii) die in een proportionele verhouding staan tot het doel."

Het Autonoom Gemeentebedrijf argumenteert dat het verbod op het dragen van een boerkini in het zwembad (...) gerechtvaardigd is op grond van (1) de hygiëne en ecologie van het zwembad (2) de veiligheid van de redders en de zwemsters in boerkini.

2.7.1. De eerste rechter heeft zich voornamelijk gebaseerd op het advies van 18 maart 2016 van het Agentschap Zorg en Gezondheid (stuk 8 S. H.).

Het Autonoom Gemeentebedrijf argumenteert dat de eerste rechter teveel rekening heeft gehouden met dit advies. Het Openbaar Ministerie stelt in haar advies d.d. 7 mei 2021 dan weer dat het Autonoom Gemeentebedrijf "beter in staat is dan het hof om te beslissen, in acht genomen alle feitelijke omstandigheden, over wat al dan niet nuttig en nodig is en welke kledij dient te worden gedragen om de gezondheid, hygiëne en veiligheid in het zwembad te vrijwaren."

Het gaat uiteraard niet op om het standpunt van het Autonoom Gemeentebedrijf - partij in het geding - hier zwaarder te laten doorwegen enkel en alleen omwille van haar hoedanigheid. Het hof neemt kennis van de beide standpunten, onderzoekt en beoordeelt deze aan de hand van de stukken, die worden voorgelegd ter staving van de respectieve standpunten. Het advies van het Agentschap Zorg en Gezondheid d.d. 18 maart 2016 is één van deze stukken. Het Autonoom Gemeentebedrijf hekelt dat het advies 'beknopt' is en dateert van 2016. Het stond en staat het Autonoom Gemeentebedrijf vrij andersluidende of meer recente adviezen of studies voor te leggen, wat ze niet doet.

Het Agentschap Zorg en Gezondheid is een intern verzelfstandigd agentschap (IVA) zonder rechtspersoonlijkheid van de Vlaamse overheid. Het behoort tot het beleidsdomein Welzijn, Volksgezondheid en Gezin. Het agentschap werd opgericht bij Besluit van de Vlaamse Regering d.d. 7 mei 2004 tot oprichting van het intern verzelfstandigd agentschap "Zorg en Gezondheid" (B.S. 7 juni 2004).

Het werd opgericht voor de uitvoering van het beleid inzake Welzijn en Volksgezondheid. Het agentschap heeft (zie art. 2 van het besluit) als missie om samen te werken met alle belanghebbenden aan een betere zorg en meer gezondheid. Het agentschap voert zijn missie uit door:

- 1° mensen te stimuleren om gezond te leven, hen te beschermen tegen besmettelijke ziektes of een ongezond milieu en aandoeningen sneller op te sporen of te voorkomen;
- 2° de uitbouw te bevorderen van kwaliteitsvolle zorg door voorzieningen en zorgverstrekkers;
- 3° relevante gegevens te produceren en beschikbaar te stellen om het beleid en de samenleving te ondersteunen.

Het heeft o.m. als taak het controleren van de zwembaden. Iedere zwembadexploitant heeft in dat verband de wettelijke plicht om elk ernstig incident binnen de 24 uur te melden aan het Agentschap Zorg en Gezondheid (zie art. 5.32.8.1.10 §4 VLAREM II: "Elk ernstig ongeval of overlijden binnen de badinrichting wordt binnen een termijn van 24 uur telefonisch of per mail gemeld aan de afdeling, bevoegd voor het toezicht op de volksgezondheid.").

Naar het oordeel van het hof beschikt het Agentschap Zorg en Gezondheid zodoende niet alleen over de nodige expertise terzake, doch wordt het ook geacht om (binnen de schoot van de Vlaamse regering) onafhankelijk te adviseren. Er ligt verder — wat toch moet worden benadrukt — geen andersluidend of recenter advies voor.

Voormeld advies d.d. 18 maart 2016 stelt:

"Het agentschap is van oordeel dat zwembadkledij vooral proper moet zijn. Vanuit hygiënisch oogpunt mag zwemkleding ook alleen gebruikt worden om te zwemmen of te baden en moet deze regelmatig gewassen worden. Het toezicht op een correct hygiënisch gebruik van zwemkleding is voor de zwembadverantwoordelijke geen gemakkelijke opgave maar een boerkini verschilt daarin niet van andere specifiek op baden of zwemmen gerichte kledij. Boerkini's verbieden louter omwille van hygiënische reden is bijgevolg niet gepast. Bij correct gebruik voldoen zij als zwemkleding aan de hygiënische eisen."

Volgens het Agentschap Zorg en Gezondheid moeten de regels met betrekking tot hygiëne voor boerkini's niet afwijken van deze die gelden voor andere zwemkledij. Het dragen van een boerkini heeft dus geen invloed op de hygiëne in het zwembad, mits de boerkini correct hygiënisch gedragen wordt, wat door de zwembadverantwoordelijke kan worden gecontroleerd (in die zin dat kan worden gecontroleerd of de draagster ervan voor de zwembeurt een douche neemt, zoals de andere zwemmers dit ook moeten doen).

In haar "Juridisch advies gericht tot de verantwoordelijken van overheidszwembaden in Vlaanderen over lichaamsbedekkende zwemkleding" van 10 juli 2017 verwijst ook het Interfederaal Gelijkekansencentrum Unia naar voormeld advies van het Agentschap Zorg en Gezondheid. Unia voegt hieraan toe (op blz. 9):

"Het verbieden van lichaamsbedekkende zwemkleding om hygiënische reden is dus erg kort door de bocht. Bij correct gebruik voldoet deze kleding als zwemkleding aan alle hygiënische eisen. (...) Als conclusie kunnen we dus stellen dat een lichaamsbedekkend badpak volgens het Agentschap Zorg en Gezondheid geen probleem stelt op vlak van hygiëne. Wanneer een dergelijk badpak uit badstof bestaat, heeft dit dus geen enkele negatieve invloed op de waterkwaliteit, en dit conform de VLAREM-regelgeving."

([https://www.unia.be/files/Documenten/Aanbevelingen/advies/Advies lichaamsbedekkende zwemkledij2.pdf](https://www.unia.be/files/Documenten/Aanbevelingen/advies/Advies%20lichaamsbedekkende%20zwemkledij2.pdf))

Meer specifiek argumenteert het Autonoom Gemeentebedrijf dat een verbod op het dragen van een boerkini in het belang van de hygiëne gerechtvaardigd zou zijn (1) omwille van de nodige controle op medische aandoeningen of wonden, (2) met het oog op het garanderen van de effectiviteit van de preventieve douchebeurt, en (3) met het oog op de controle op het niet-dragen van andere kledij/ondergoed onder de zwemkledij.

(1) Het is correct dat aan mensen met bepaalde huidaandoeningen of huidinfecties de toegang tot het zwembad moet ontzegd worden omwille van het besmettingsgevaar (zie o.m. "Zwembaden: het reglement van interne orde onder de loep", Vlaams Tijdschrift voor Sportbeheer 2008, nr. 205, 93-98, neergelegd onder stuk 9 van het Autonoom Gemeentebedrijf). Het is ook correct dat bedekkende kledij het de zwembadverantwoordelijke moeilijker maakt om na te gaan of de zwemmer/zwemster omwille van bepaalde medische redenen de toegang tot het zwembad niet moet worden ontzegd. De aandoeningen waarnaar men in voormeld artikel verwijst (hyperhydrosis, schimmelinfecties, kalknagels, wratjes, ...) doen zich echter voornamelijk voor op de handen en de voeten. Die blijven ook

bij de dragers van een boerkini controleerbaar. Daarenboven is, zelfs met de dracht van een badpak of bikini, een volledige controle (op bijvoorbeeld schimmelinfecties aan de intieme delen) uitgesloten.

Het feit dat een boerkini de controle waarover het hier gaat bemoeilijkt, rechtvaardigt een verbod naar het oordeel van het hof dan ook niet. Het Agentschap Zorg en Gezondheid heeft op dit punt ten andere geen opmerking gemaakt. Zoals gezegd gaat het hof uit van de expertise én neutraliteit van voormelde instelling.

In het hoger aangehaalde artikel "Zwembaden: het reglement van interne orde onder de loep" leest het hof verder (blz. 95): "R. C., Provinciaal Instituut voor Hygiëne (Antwerpen) bevestigt dat schimmel zo frequent voorkomt (veel personen zijn drager zonder dat ze het weten) dat je het niet buiten het zwembad kunt houden. Een correcte reiniging is dus essentieel." Het artikel stelt verder dat veel bejaarden schimmelinfecties hebben en dat het 'moeilijk' is hen te weigeren. Ook in dat opzicht is een boerkiniverbod niet proportioneel.

Het hof stelt zich ten andere de vraag of een redder zonder medische opleiding de geïsoleerde infecties/schimmels wel kan herkennen met de de visu controles die hij/zij uitvoert, ook bij personen met een badpak of bikini.

S. H. merkt verder terecht op dat het zwembadreglement wel duikpakken voor duiklessen, gewone kledij voor reddend zwemmen of lange zwempakken voor wedstrijdzwemmers en triatleten toelaat bij wijze van 'uitzonderingen om sporttechnische redenen' (zie art. 9 van het zwembadreglement). Ook wat deze zwemmers betreft wordt de controle bemoeilijkt. Deze zwemmers — die dus veelal trainen voor wedstrijden — zullen daarbij vermoedelijk ook vaker komen zwemmen/trainen en langer in het zwembad blijven. De impact van deze 'sporttechnische uitzonderingen' is, zoals terecht gesteld door S. H., (veel) groter dan deze van de (enkele) moslima's die zouden komen zwemmen in boerkini.

De moeilijke(re) controle bij de draagsters van een boerkini op besmettelijke infecties kan dus niet ingeroepen worden om het boerkiniverbod te rechtvaardigen. Er mag van uitgegaan worden dat de draagsters van een boerkini, net als de andere zwembadgebruikers, weten wanneer ze wel of niet het zwembad mogen betreden en dat zij evenmin gezondheidsrisico's nemen voor hun medezwemmers.

Minstens moet worden vastgesteld dat er minder ingrijpende maatregelen mogelijk zijn om aan deze doelstelling te voldoen en dus een zwemomgeving met zo weinig mogelijk gezondheidsrisico's door medische aandoeningen te garanderen.

Zo dient de zwembaduitbater voldoende aandacht te besteden aan de hygiëne van het zwembadwater (door het op peil houden van de chloorwaarden) en dienen ook de vloeren afdoende gereinigd te worden (zie ook "Zwembaden: het reglement van interne orde onder de loep", blz. 95: "Naast een goede reiniging is het ook belangrijk te sensibiliseren. Vaak worden kinderen bij schoolzwemmen aangemoedigd zich snel aan te kleden, maar eigenlijk zouden zij aangemoedigd moeten worden om zich grondig te drogen (op handdoek staan, voeten eerst drogen, dan pas het haar,...), zo krijgen schimmels minder kans zich te ontwikkelen.").

Het hygiënisch risico door medische aandoeningen en open wonden kan dus niet enkel middels een boerkiniverbod worden vermeden.

S. H. legt onder haar stuk 16 een officiële lijst van de waterkwaliteit in een aantal geselecteerde Vlaamse zwembaden voor. Dit betreft Vlaamse overdekte circulatiebaden (zoals in VLAREM II gedefinieerd) waar het dragen van een lichaamsbedekkend zwempak expliciet dan wel impliciet is toegelaten. De algemene beoordeling van de waterkwaliteit was veelal 'uitstekend' of 'zeer goed' (enkele keren 'goed' en 'aanvaardbaar'). Deze zwembaden, waar boerkini's dus toegelaten zijn, hebben globaal genomen dus een uitstekende algemene waterkwaliteit. Het toelaten van zwemsters met een boerkini blijkt dus geen probleem te zijn naar de waterkwaliteit (en dus de gezondheidsrisico's voor de andere zwemmers) toe,

wat aantoonde dat er andere maatregelen kunnen genomen worden om deze doelstelling te garanderen (zie ook de stukken 17, 18 en 23 S. H.).

(2) Ook vanuit het oogpunt dat het dragen van een boerkini niet zou toelaten de effectiviteit van een douchebeurt te garanderen, kan het verbod naar het oordeel van het hof niet gerechtvaardigd worden.

Het wassen (of minstens douchen) vooraleer te zwemmen valt onder art. 5.32.9.2.2, §7 van het Besluit van de Vlaamse regering van 1 juni 1995 houdende algemene en sectorale bepalingen inzake milieuhygiëne: "Elke bader moet een stortbad nemen alvorens de zwemhal te betreden". Er wordt geen onderscheid gemaakt naargelang de aard van de gedragen zwemkledij.

Het is dus ook in het zwembad (...) verplicht om voor elke zwembeurt een stortbad te nemen, volgens het Autonoom Gemeentebedrijf om "zwemmersvuil" (zoals o.m. zweet, urine, haargel, make-up...) zo veel mogelijk weg te spoelen.

Het Autonoom Gemeentebedrijf argumenteert dat wanneer personen met een boerkini zich douchen, minder organische stoffen zouden worden weggespoeld, met een negatieve impact op de hygiëne in het zwembad.

Deze bewering blijft echter onbewezen en wordt weerlegd door het stuk 22 (blz. 4) van S. H., zijnde een verslag van dr. ir. M. K., expert in waterkwaliteit: "De initiële vervuiling wordt afgegeven in de eerste 60 seconden van het zwemmen en is makkelijk met douche af te spoelen. Na 15 seconden is er reeds 50% van dit vuil afgespoeld en na 30 seconden zelfs 75%, ongeacht het type zwemkledij".

Vroeger waren in dat verband ook badmutsen verplicht. Intussen is in geen enkel Oost-Vlaams zwembad nog een badmuts verplicht (zie stuk 24 S. H.: "Ooit waren badmutsen de regel, uit hygiënische overwegingen en omdat losgekomen haren filterinstallaties konden verstopen. De voorbije jaren kwamen veel zwembaden daarop terug, onder meer omdat er nu modernere installaties zijn."). In het zwembad (...) is een badmuts evenmin (nog) verplicht. Het boerkiniverbod kan in dit licht niet gerechtvaardigd worden. Een boerkini kan zelfs verhinderen dat bepaald zwemmersvuil (huidschilfers, haren...) in het water terechtkomt.

In de praktijk nemen niet alle zwemmers trouwens een even grondig stortbad alvorens het zwembad te betreden. Er is geen enkele grondslag om de 'menselijke vervuiling' van de zwembaden aan de dracht van de boerkini toe te schrijven. 'Menselijke vervuiling' in het zwembad kan ook perfect op een andere manier (dan middels een boerkiniverbod) worden tegengegaan, zoals o.m. het afdwingen van een minimum duur voor de voorafgaandelijke douche (en een activering van de douches gedurende deze duur), het voorzien van zeep/shampoo in de doucheruimtes en het uitoefenen van controle op het naleven van deze minimum douchetijd.

Ook in dit verband kan gewezen worden op het voormeld advies van Unia:

"Dit kan volgens Unia verholpen worden door bijvoorbeeld goed advies te geven aan de bezoekers over het verplichte douchen voor het zwemmen en door duidelijk aan te geven wat al dan niet toegelaten is in termen van (zwem)kleding. Dat laatste kan bijvoorbeeld door middel van informatie op de website, bij de receptie, door het personeel en via duidelijke informatieve borden in de kleedruimte en in het zwembad. Een duidelijk handelingskader is immers essentieel, maar er moet ook steeds rekening gehouden worden met de antidiscriminatiewetgeving."

(3) Tot slot kan ook de noodzaak tot het controleren op het dragen van andere kledij onder de zwemkledij niet als rechtvaardigingsgrond voor het boerkiniverbod worden weerhouden.

Een boerkini is al lichaamsbedekkend. Een draagster hiervan heeft dus geen enkele reden om hier nog ondergoed onder te dragen. De eerste rechter heeft er ook terecht op gewezen dat sowieso niet of zeer moeilijk kan worden nagegaan of een gebruiker al dan niet nog een onderbroek (of string) draagt onder zijn/haar zwemkledij.

Ook hier geldt dat er minder ingrijpende maatregelen genomen kunnen worden op vlak van hygiëne, zoals het aanpassen van de chloorgehalten onder de VLAREM II-waarden en het duidelijk informeren/sensibiliseren van alle gebruikers (dat het dragen van ondergoed onder de zwemkledij niet toegelaten is en hierbij ook duidelijk te informeren waarom — zie het advies van Unia). Het boerkiniverbod staat niet in proportionele verhouding tot het doel.

2.7.2. Het Autonoom Gemeentebedrijf wijst nog op het veiligheidsaspect, doch naar het oordeel van het hof rechtvaardigt dit het boerkiniverbod evenmin.

Opnieuw kan algemeen verwezen worden naar het advies van het Agentschap Zorg en Gezondheid d.d. 18 maart 2016:

"Wat betreft het argument dat het dragen van een boerkini het zwemmen bemoeilijkt, kan ik u meedelen dat er bij het agentschap tot op heden nog geen onveilige situaties gemeld zijn die in relatie staan met het dragen van een boerkini.

In de Vlarem-voorwaarden voor zwembaden is vastgelegd dat er per bader per dag minimaal 30 liter vers water toegevoegd moet worden. Dit ter compensatie van het water dat geloosd wordt bij het spoelen van de filters en van het water dat verloren gaat als gevolg van verdamping, spatten of dat wordt meegenomen door de baders (haren, kleding, lichaam). Het extra waterverlies dat mogelijk gecreëerd wordt door het zwemmen met een boerkini wordt hierdoor ruim aangevuld."

Een boerkini vormt aldus geen obstakel voor de veiligheid volgens het Agentschap Zorg en Gezondheid dat — het weze herhaald — de nodige waarborgen biedt qua expertise én onafhankelijkheid. In het verleden hebben er zich nog geen problemen desbetreffend voorgedaan. S. H. merkt ook terecht op de boerkini in bepaalde 'pretparkzwembaden' wél toegelaten is (zie de zwembadregels van P., neergelegd onder stuk 27 van S. H. en deze van Sunparks, neergelegd onder stuk 28 van S. H.). Als er al sprake zou zijn van een veiligheidsrisico zou dit eerder aan de orde zijn in dergelijk pretparkzwembad dan in een gewoon zwembad, wat het Autonoom Gemeentebedrijf erkent (zie verder).

Ook Unia stelt in haar advies d.d. 10 juli 2017:

"Als conclusie kunnen we dus stellen dat een lichaamsbedekkend badpak volgens het Agentschap Zorg en Gezondheid geen probleem stelt op vlak van hygiëne. Wanneer een dergelijk badpak uit badstof bestaat, heeft dit dus geen enkele negatieve invloed op de waterkwaliteit, en dit conform de VLAREM-regelgeving. Een lichaamsbedekkend badpak vormt ook geen obstakel voor de veiligheid, noch voor de drager ervan, noch voor andere gebruikers van het zwembad."

Het Autonoom Gemeentebedrijf wijst meer specifiek op twee — volgens haar problematische — veiligheidsproblemen, met name (1) de moeilijkheden voor de redders bij het 'redden' van een zwemster met een boerkini, en (2) het risico op verdrinking voor de zwemsters met een boerkini zélf.

(1) Dat het werk van de redders negatief zou beïnvloed worden wanneer de te redden persoon een boerkini draagt blijft alvast een onbewezen bewering. Dit blijkt uit geen enkele wetenschappelijk gefundeerde studie. Het Autonoom Gemeentebedrijf legt evenmin enige verklaring van een redder in die zin voor (anders dan S. H. — zie hierna).

Zoals gezegd is een boerkini vervaardigd uit badpakstof. Het extra gewicht dat de boerkini oplevert bij een eventuele reddingsoperatie is te verwaarlozen, wat B. V. E., redder in het zwembad en aan het strand van Middelkerke en Westende (sedert 1978) ook bevestigt (zie stuk 26 S. H.):

"Als we er van mogen uitgaan dat een 'boerkini' gemaakt is van badpakstof, lijkt me het meergewicht in verhouding tot het 'naakte gewicht' eerder verwaarloosbaar. We zouden ook kunnen stellen dat het een (klein) voordeel is bij het uit het water halen omdat men dan ook de kledij kan vastgrijpen.

Redders oefenen zelf vaak met kledij die hen verzwaart en daar blijkt dit vooral hinderend te zijn bij het zwemmen voor de redder zelf. De redder zelf is ook gemakkelijker vast te grijpen en kan zich moeilijk losmaken. Ook een bader maakt het eerder voor zichzelf moeilijker bij het zwemmen met verzwarende

kledij dan voor iemand die hem moet redden. Maar ook, indien het om badpakstof gaat, is dat mogelijk verwaarloosbaar.

Het grootste probleem voor de redder zelf zal eerder gelegen zijn in de toestand van de drenkeling, bijvoorbeeld bewusteloos of niet, en het grootste gevaar bij de houding en de mogelijke weerstand van een zwemmer die in paniek is. Ook dan vergroot het gevaar wanneer deze persoon sterk is (eerder een man dan een vrouw) en intrinsiek een zwaarder gewicht heeft.

Het klopt dat bij het gebruik van een AED elke seconde van belang is. Althans voor het slachtoffer. Mogelijk kan het doorknippen van een boerkini bij het vrijmaken van de borst enkele seconden langer duren dan bij een badpak. Ook dat zou kunnen getest worden.

Toch denk ik dat dit niet opweegt tegen andere factoren zoals bereikbaarheid van het toestel, de kwaliteit van het materiaal (schaar), de alertheid, de koelbloedigheid en ervaring van de betrokken redder(s).

Bij wijze van conclusie meen ik te mogen stellen dat het dragen van een boerkini bestaande uit badpakstof geen noemenswaardig groter risico met zich meebrengt dan het dragen van een 'gewoon' badpak, althans voor de betrokken redder."

Vermits het Autonoom Gemeentebedrijf niet aantoont dat er een veiligheidsrisico bestaat voor de redders ingeval van een reddingsoperatie waarbij de te redden persoon een boerkini draagt, kan dit niet worden aangegrepen om het (verregaande) boerkiniverbod te rechtvaardigen.

Ook hier kunnen minder ingrijpende maatregelen volstaan, zoals het specifiek opleiden/trainen van de redders tot het redden van zwemsters met boerkini. S. H. toont met haar stukken aan dat er wél zwembaden zijn waar de boerkini toegelaten is. Deze stukken hebben betrekking op 'pretparkzwembaden' waarvan het Autonoom Gemeentebedrijf erkent dat zich aldaar 'meer gevaarlijke situaties' voordoen (toeristische context, veel kleine kinderen, veel gevaarlijke situaties zoals buizen, wildwaterbanen...). Hiermee is afdoende bewezen dat voor het veiligheidsaspect andere maatregelen kunnen worden voorzien dan een boerkiniverbod.

(2) Het Autonoom Gemeentebedrijf beroept zich nog op het risico op verdrinking voor de zwemsters in een boerkini, doch ook dit blijft volstrekt ongestaafd.

Nogmaals, de boerkini is ontworpen om ermee te zwemmen en bestaat uit badpakstof. Zoals hoger weerhouden (zie de verklaring van B. V. E.) is het meergewicht ervan 'verwaarloosbaar'. Een boerkini zal het de draagster ervan niet moeilijker maken in het zwembad (anders dan wanneer bijvoorbeeld met gewone kledij gezwommen wordt, die aanzienlijk veel water opneemt en voor veel 'meergewicht' zorgt, met alle veiligheidsrisico's voor de zwemmer/zwemster van dien). Dat er een groter risico bestaat op verstrikking in de afzuigroosters bij zwemsters die een boerkini dragen of zwemsters met een badpak of bikini wordt evenmin aannemelijk gemaakt. Dames die een boerkini dragen met badmuts aan lopen — anders dan dames die in badpak of bikini én zonder badmuts en met de (lange) haren (in een staart of vlecht) zwemmen — zelfs helemaal geen gevaar op verstrikking van hun staart/vlecht in de afzuigroosters. Ook een bikini met strikjes aan het broekje of bovenstuk heeft loshangende delen die in de roosters terecht kunnen komen, net zoals juwelen (kettingen, armbandjes,... waarvan niet blijkt dat deze verboden zijn in het zwembad). Dat een boerkini een veel groter risico daartoe geeft en een dermate groot risico dat hij moet verboden worden, wordt niet aangetoond. Het verbod staat niet in een proportionele verhouding tot het doel.

Iedere zwembadexploitant heeft, zoals gezegd, de wettelijke plicht om elk ernstig incident binnen de 24 uur te melden aan het Agentschap Zorg en Gezondheid. Het feit dat de boerkini zonder gekende en gemelde problemen wordt toegelaten in de commerciële pretparkzwembaden toont aan dat er voor de zwemsters zelf geen extra veiligheidsrisico is, zoals ook blijkt uit het advies van het Agentschap Zorg en Gezondheid.

Het Autonoom Gemeentebedrijf beweert verder wel dat in de commerciële pretparkzwembaden meer redders worden ingezet, doch ook dit blijft onbewezen. Er ligt geen enkel stuk voor waarmee ze bewijst dat er veel meer redders aanwezig zouden zijn in een subtropisch zwemcomplex. Ook wat betreft het

aantal toezichthouders/redders zijn er ten andere welbepaalde strikte regels (zie art. 5.32.8.2.1.11 § 4 VLAREM II).

Kortom, dat de draagsters van een boerkini een groter risico op verdrinking lopen blijft onbewezen. Dit argument kan niet worden ingeroepen om een boerkiniverbod af te dwingen.

Ook hier kan het hof tenslotte niet anders dan vaststellen dat er andere — veel minder ingrijpende — maatregelen kunnen getroffen worden om dit beweerd (doch niet bewezen) veiligheidsrisico te ondervangen. Zo kunnen de zwemmers en zwemsters, waaronder de draagsters van een boerkini, voor hun zwembadbezoek nog eens extra gewezen worden op en gewaarschuwd worden voor de gevaren van loszittende kledij (of haren) ter hoogte van de afzuigroosters. Ook kan aan de redders gevraagd worden om een extra oogje in het zeil te houden wanneer een draagster van een boerkini (net zoals een draagster van een bikini met loszittende delen) ter hoogte van een afzuigrooster blijft 'hangen'. Desgevallend kan de infrastructuur aangepast worden. Nogmaals, ook een dame met een bikini met loshangende delen/lintjes of een zwemmer/zwemster met armbanden kan ergens aan blijven vasthaken.

Het Autonoom Gemeentebedrijf argumenteert dat van het zwembadpersoneel niet kan verwacht worden dat ze extra 'aandachtig' zijn voor zwemmers die een boerkini dragen, omdat er voor hen een groter gevaar op verdrinking bestaat. Zoals gezegd slaagt ze er niet in om dat beweerde 'groter gevaar' ook maar met één stuk aan te tonen. Verder kan slechts worden vastgesteld dat van het zwembadpersoneel wél mag worden verwacht dat het voor bepaalde groepen zwemmers (denk maar aan kinderen of zwemmers met een (lichamelijke) beperking) een extra alertheid aan de dag legt. Het extra in de gaten houden van de sporadische zwemster in een boerkini, voor zover dat al vereist zou zijn, vergt voor dit personeel allerm minst een onoverkomelijke en onhaalbare extra inspanning.

2.8. Kortom, de eerste rechter heeft terecht besloten tot de gegrondheid van de vordering tot staken.

Het hoger beroep van het Autonoom Gemeentebedrijf is ongegrond.

3. Art. 28 van het Gelijkekansendecreet luidt als volgt:

"§1

In geval van discriminatie kan het slachtoffer een schadevergoeding vorderen overeenkomstig het contractuele of buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht.

In de gevallen, vermeld in § 2, moet de persoon die het discriminatieverbod heeft geschonden, aan het slachtoffer een vergoeding betalen die naar keuze van het slachtoffer, gelijk is hetzij aan een forfaitair bedrag zoals uiteengezet in § 2, hetzij aan de werkelijk door het slachtoffer geleden schade. In het laatstgenoemde geval moet het slachtoffer de omvang van de geleden schade bewijzen.

§2

De forfaitaire schadevergoeding, vermeld in § 1, wordt als volgt bepaald:

2° in alle overige gevallen wordt de forfaitaire vergoeding van de morele schade, geleden ten gevolge van een feit van discriminatie, vastgesteld op 650 euro. Dat bedrag wordt verhoogd tot 1300 euro indien de verweerder niet kan aantonen dat de betwiste ongunstige of nadelige behandeling ook op niet-discriminerende gronden getroffen zou zijn of wegens andere omstandigheden, zoals de bijzondere ernst van de geleden morele schade."

Wat de gevorderde morele schade betreft heeft de eerste rechter, op verzoek van het Autonoom Gemeentebedrijf, een prejudiciële vraag gesteld aan het Grondwettelijk Hof.

Deze vraag werd inmiddels beantwoord. Bij arrest van 10 juli 2019 oordeelde het Grondwettelijk Hof, voor wat betreft de morele schadevergoeding, dat artikel 28, §2, 2° van het Gelijkekansendecreet de artikelen 10 en 11 van de Grondwet niet schendt.

Het hof trekt de zaak tot zich. Het stellen van een prejudiciële vraag is immers geen onderzoeksmaatregel in de zin van art. 1068 Ger.W. (vgl. met betrekking tot het stellen van een prejudiciële vraag aan het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen: Cass. (3e k.) AR S.00.0155.F, S.00.0156.F, 21 oktober 2002 (Housing Service e.a. / R.d.H.C.)).

Met haar stukken toont S. H. de bijzondere ernst van haar geleden morele schade afdoende aan. Zwemmen is, zoals hoger weerhouden, nodig omwille van gezondheidsredenen. Haar weigering op 20 december 2016 was vernederend.

Ze maakt derhalve, gelet op het arrest van het Grondwettelijk hof, terecht aanspraak op de forfaitaire morele schadevergoeding van 1.300,00 EUR.

OP DEZE GRONDEN,
HET HOF, recht doende op tegenspraak.

Verklaart het hoger beroep toelaatbaar doch ongegrond.

Bevestigt het bestreden bevelschrift van de afdelingsvoorzitter van de rechtbank van eerste aanleg Oost-Vlaanderen, afdeling Gent, zetelend zoals in kortgeding d.d. 5 juli 2018.

Trekt de zaak tot zich.

Verklaart de vordering van S. H. tegen het Autonoom Gemeentebedrijf verder gegrond als volgt:

Veroordeelt het Autonoom Gemeentebedrijf tot het betalen aan S. H. van de (wettelijk bepaalde forfaitaire) schadevergoeding van 1.300,00 EUR voor de geleden morele schade.

Verwijst het Autonoom Gemeentebedrijf in de bij de neerlegging van het verzoekschrift hoger beroep reeds vereffende bijdrage van 20,00 EUR aan het Begrotingsfonds voor de juridische tweedelijnsbijstand in toepassing van artikel 4, § 2, lid 1 en 3 en artikel 5, § 1 van de wet van 19 maart 2017 tot oprichting van een Begrotingsfonds voor de juridische tweedelijnsbijstand (BS 31 maart 2017) en in het reeds vereffende rolrecht van 210,00 EUR.

Verwijst het Autonoom Gemeentebedrijf in de overige kosten van de beide instantie, die aan haar zijde niet verder dienen te worden begroot, daar zij haar ten laste blijven, en die aan de zijde van S. H. vereffend worden op het rolrecht en de kosten van het Begrotingsfonds in eerste aanleg (niet begroot — PM) en op 1.440,00 EUR rechtsplegingsvergoeding per instantie.

Aldus gewezen door de EERSTE KAMER van het hof van beroep te Gent, zetelende in burgerlijke zaken, samengesteld uit:

L. TAVERNIER, raadsheer, waarnemend voorzitter;

O. DE VEL, raadsheer;

A. GRAWET, raadsheer,

en uitgesproken door de waarnemend voorzitter van de kamer in openbare terechtzitting op 24 JUNI 2021,

bijgestaan door S. DE BACKER, griffier.