



Proef ingediend met het oog op het behalen van de graad van Master
in de Rechten

Biedt het rechterlijk toezicht van het Amerikaanse Hooggerechtshof op discriminatie op grond van seksuele geaardheid een doeltreffendere bescherming dan het rechterlijk toezicht van het Hof van Justitie van de Europese Unie?

Does the judicial review by the United States Supreme Court offer more effective protection against discrimination based on sexual orientation than the judicial review by the Court of Justice of the European Union?

Eline Canon
0578141

Academiejahr 2024-2025

Promotor: Tim CORTHAUT
Jury: Niels KLEIN
Recht en Criminologie

Inhoudsopgave

VOORWOORD	4
1. INTRODUCTIE.....	5
1.1. PROBLEEMSTELLING.....	5
1.2. METHODOLOGIE EN ONDERZOEKSVRAAG.....	6
2. GELIJKHEID EN NON-DISCRIMINATIE IN HET UNIERECHT	8
2.1. ALGEMEEN WETTELIJK KADER	8
2.2. ARTIKEL 21 VAN HET HANDVEST VAN DE GRONDRECHTEN VAN DE EUROPESE UNIE	9
2.2.1. Toepassingsgebied	9
2.2.2. Mogelijkheid tot rechtvaardiging	11
2.3. RICHTLIJN 2000/78/EG EN DE BESCHERMING TEGEN DISCRIMINATIE OP GROND VAN SEKSUELE GEAARDHEID .	12
2.3.1. Toepassing en reikwijdte	12
2.4. HORIZONTALE WERKING.....	13
2.4.1. Mangold – en het autonoom Unierechtelijk beginsel van non-discriminatie	13
2.4.2. Bartsch – en de afbakening van de EU-werkingsfeer.....	14
2.4.3. Küçükdeveci – en de verduidelijking na Mangold en Bartsch.....	14
3. BESCHERMING ONDER DE EQUAL PROTECTION CLAUSE IN DE VERENIGDE STATEN.....	16
3.1. DE EQUAL PROTECTION CLAUSE ALS GRONDSLAG VOOR DE BESCHERMING	16
3.1.1. Totstandkoming van het grondwettelijk kader.....	16
3.1.2. Het Veertiende Amendement en het beginsel van gelijke bescherming onder de wet.....	16
3.2. RECHTERLIJK TOEZICHT EN TOETSINGSNIVEAUS VAN HET AMERIKAANS HOOGGERECHTSHOF	18
3.2.1. Drie toetsingsniveaus in de Amerikaanse jurisprudentie.....	19
3.2.1.1. Strict scrutiny.....	19
3.2.1.2. Intermediate scrutiny.....	19
3.2.1.3. Rational basis	20
4. RECHTSPRAAK INZAKE DE BESCHERMING TEGEN DISCRIMINATIE OP GROND VAN SEKSUELE GEAARDHEID	22
4.1. JURISPRUDENTIE VAN HET HOF VAN JUSTITIE.....	22
4.1.1. Maruko, Jürgen Römer, en Hay	22
4.1.1.1. Maruko (C-267/06).....	22
4.1.1.2. Jürgen Römer (C-147/08)	23
4.1.1.3. Hay (C-267/12)	25
4.1.1. Asociația Accept en NH	26
4.1.1.1. Asociația Accept (C-81/12)	26
4.1.1.2. NH (C-570/18)	27
4.1.1. Léger (C-528/13).....	29
4.1.1. Coman en Pancharevo.....	31
4.1.1.1. Coman (C-673/16).....	31
4.1.1.2. Pancharevo (C-490/20).....	34
4.1.2. J.K. (C-356/21).....	37
4.2. JURISPRUDENTIE VAN HET AMERIKAANS HOOGGERECHTSHOF	40
4.2.1. Romer v. Evans (1996).....	40
4.2.2. Bowers v. Hardwick en Lawrence v. Texas.....	42
4.2.2.1. Bowers v. Hardwick (1986).....	42
4.2.2.2. Lawrence v. Texas (2003)	43
4.2.3. United States v. Windsor en Obergefell v. Hodges.....	45
4.2.3.1. United States v. Windsor (2013)	45
4.2.3.2. Obergefell v. Hodges (2015)	47
4.2.4. Boy Scouts of America v. Dale, Masterpiece Cakeshop en 303 Creative LLC v. Elenis	51
4.2.4.1. Boy Scouts of America v. Dale (2000).....	51
4.2.4.2. Masterpiece Cakeshop v. Colorado Civil Rights Commission (2018)	54

4.2.4.3.	303 Creative LLC v. Elenis (2023).....	57
5.	ANALYSE VAN DE JURISPRUDENTIE EN RECHTSVERGELIJKING	60
5.1.	ANALYSE VAN DE RECHTSPRAAK VAN HET HOF VAN JUSTITIE.....	60
5.1.1.	<i>Toepassingsgebied en rechterlijke interpretatie.....</i>	60
5.1.1.	<i>Een juridische doorbraak met grenzen?</i>	62
5.1.2.	<i>Hoe ver reikt de bescherming tegen discriminatie?.....</i>	66
5.1.3.	<i>Wat met artikel 21 van EU-Handvest?</i>	68
5.1.1.	<i>Slotanalyse Europese rechtspraak</i>	70
5.2.	ANALYSE VAN DE RECHTSPRAAK VAN HET AMERIKAANS HOOGGERECHTSHOF	73
5.2.1.	<i>Welke vorm van toezicht: rational basis test of variant?</i>	73
5.2.2.	<i>Verschuiving van gelijkheid naar vrijheid</i>	77
5.2.3.	<i>Botsing met het Eerste Amendement en fragmentatie van het toezicht</i>	80
5.2.4.	<i>Slotanalyse Amerikaanse rechtspraak</i>	83
5.3.	RECHTSVERGELIJKING	85
5.3.1.	<i>Tussen arresten onderling.....</i>	85
5.3.1.1.	<i>Léger - Romer v. Evans</i>	85
5.3.1.2.	<i>Coman/Pancharevo – United States v. Windsor/Obergefell v. Hodges</i>	87
5.3.1.3.	<i>NH, Asociația Accept en J.K. /Masterpiece Cakeshop en 303 Creative LLC</i>	88
5.3.2.	<i>Algemene tendensen/standpunten.....</i>	90
5.3.2.1.	<i>Geïntegreerde toetsing vs. gefragmenteerde toetsing.....</i>	90
5.3.2.2.	<i>Verschil in bewoordingen/taalgebruik en klemtonen</i>	92
6.	CONCLUSIE	94
7.	BIBLIOGRAFIE	99
7.1.	WETGEVING	99
7.2.	RECHTSPRAAK	99
7.2.1.	<i>Europese rechtspraak.....</i>	99
7.2.2.	<i>Amerikaanse rechtspraak</i>	101
7.3.	RECHTSLEER	102
7.4.	ANDERE BRONNEN	108

Voorwoord

Voor u ligt het sluitstuk van mijn opleiding Rechten aan de Vrije Universiteit Brussel. Deze opleiding was een leerzame, intense, maar ook uitdagende periode. Het schrijven van een masterproef doe je niet alleen, daarom wil ik graag mijn oprechte dank uitspreken aan de mensen die mij in dit proces hebben gesteund.

In de eerste plaats wil ik mijn promotor, professor Tim Corthaut, van harte bedanken voor zijn hulp en de tijd die hij gedurende mijn masterjaar aan dit werk heeft besteed. Zijn bereidheid om waardevol advies en feedback te geven, en zijn beschikbaarheid wanneer nodig, zijn van grote betekenis geweest voor de realisatie van dit werk.

Daarnaast ben ik mijn ouders bijzonder dankbaar voor hun onvoorwaardelijke steun. Die vormde een belangrijke houvast, zowel tijdens het schrijfproces als gedurende mijn hele studie. Een bijzonder woord van dank gaat uit naar mijn pluspapa, Luk, die met veel aandacht deze masterproef heeft herlezen en mij gedurende mijn opleiding voortdurend heeft gesteund. Ook wil ik graag mijn grootouders bedanken. Hun aanhoudende steun en betrokkenheid hebben veel voor mij betekend, ook al moesten zij mij af en toe missen.

Tot slot wil ik ook mijn vriendinnen bedanken voor hun luisterend oor en aanmoedigende woorden. In het bijzonder wil ik Pauline, Michelle en Ans bedanken voor hun steun en aanwezigheid gedurende mijn studies, die voor mij van grote betekenis zijn geweest.

Eline Canon

Brussel, mei 2025

1. Introductie

1.1. Probleemstelling

Zowel in de Europese Unie als in de Verenigde Staten staan homorechten nog steeds onder druk. Seksuele minderheden vormen in de huidige maatschappij een bijzonder kwetsbare groep.¹ Zo blijkt uit de actualiteit dat bepaalde Europese lidstaten zich systematisch verzetten tegen Europese waarborgen tegen discriminatie op grond van seksuele geaardheid.² Uit een onderzoek in 2024 rapporteerde het *Bureau van de Europese Unie voor de grondrechten* dat meer dan een derde van de LGBTQ+-gemeenschap nog steeds met discriminatie wordt geconfronteerd.³ Ook in de Verenigde Staten doet zich een gelijkaardige problematiek voor. Volgens een onderzoek van het *Center for American Progress* uit 2022 blijkt dat één op de drie personen wordt gediscrimineerd op grond van seksuele geaardheid. Ook wijst de *American Civil Liberties Union* erop dat er in 2025 meer dan vijfhonderd statelijke wetten bestaan die specifiek de LGBTQ+-gemeenschap viseren.⁴

Hieruit blijkt dat de bescherming van homoseksuele personen en hun rechten bijzonder fragiel is. Niettemin vormt gelijkheid zowel binnen de Europese Unie als in de Verenigde Staten een fundamenteel grondrecht.⁵ Krachtens deze norm moeten vergelijkbare gevallen op gelijke wijze worden behandeld, en verschillende gevallen op een onderscheiden manier.⁶

¹ C. TOBLER, "Equality and Non-Discrimination under the ECHR and EU Law: A Comparison Focusing on Discrimination against LGBTI Persons", *ZaōRV* 2014, vol. 74, 536-537.

² D. DE GROOT, "The Rights of LGBTI people in the European Union", *European Parliamentary Research Service* (EPRS), mei 2023, ([https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2023/747896/EPRS_BRI\(2023\)747896_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2023/747896/EPRS_BRI(2023)747896_EN.pdf), (geraadpleegd op 20 mei 2025)); Ook startte de Europese Commissie een inbreukprocedure tegen Hongarije ingevolge een Hongaarse anti-LGBTQ-wet. HvJ, C-769/22, Europese Commissie / Hongarije (zaak hangende) X., "Europese Commissie start procedures tegen Hongaarse 'antihomowet' en Poolse 'LGBT-vrije zones'", *DeMorgen*, 15 juli 2021, <https://www.demorgen.be/nieuws/europese-commissie-start-procedures-tegen-hongaarse-antihomowet-en-poolse-lgbt-vrije-zones~bcb66592/> (geraadpleegd op 20 mei 2025); X., "LGBT-vrije Poolse regio's trekken omstreden resolutie in nadat Europa tanden laat zien", *DeMorgen*, 29 september 2021, <https://www.demorgen.be/nieuws/lgbt-vrije-poolse-regio-s-trekken-omstreden-resolutie-in-nadat-europa-tanden-laait-zien~bb5ff215/> (geraadpleegd op 20 mei 2025); M. RAEYMAKERS, "Hongarije op ramkoers: Orbán wil met grondwetswijziging Gay Pride verbieden en genderidentiteiten negeren", *DeMorgen*, 14 april 2025, <https://www.demorgen.be/snelnieuws/hongarije-op-ramkoers-orban-wil-met-grondwetswijziging-gay-pride-verbieden-en-genderidentiteiten-negeren~bde2b8ef/> (geraadpleegd op 20 mei 2025).

³ European Union Agency for Fundamental Rights, "LGBTIQ Equality at a crossroads – Progress and Challenges, 2024", 14 mei 2024, https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/fra-2024-lgbtqi-equality_en.pdf, 18 (geraadpleegd op 20 mei 2025).

⁴ C. MEDINA en L. MAHOWALD, "Discrimination and Barriers to Well-Being: The State of the LGBTQI+ Community in 2022", *Center for American Progress*, 12 januari 2023, <https://www.americanprogress.org/article/discrimination-and-barriers-to-well-being-the-state-of-the-lgbtqi-community-in-2022/> (geraadpleegd op 20 mei 2025); C. SMITH en H. NORRIS, "The LGBTQI+ Community Reported High Rates of Discrimination in 2024", *Center for American Progress*, 12 maart 2025, <https://www.americanprogress.org/article/the-lgbtqi-community-reported-high-rates-of-discrimination-in-2024/> (geraadpleegd op 20 mei 2025); ACLU, "Mapping Attacks on LGBTQ Rights in the U.S. State Legislatures in 2025", *American Civil Liberties Union*, <https://www.aclu.org/legislative-attacks-on-lgbtq-rights-2025>, (geraadpleegd op 20 mei 2025).

⁵ Artikel 20 en 21 van het Handvest; U.S. Const. amend. XIV §1.

⁶ K. LENAERTS en P. VAN NUFFEL, *Europees recht*, zevende editie, Intersentia, 2023, 111; J. MITTEN, L. ABAN, L. ABECASSIS, G. GARCIA-BOU, J. PACWA, T. PLOFSKY, T. SCHNEIDER, K. WIESE, S. YOUNG en Y. ZHANG (eds.), "Equal Protection", *The Georgetown Journal of Gender and the Law* 2022, vol. 23, afl. 2, 270.

Het totstandbrengen van wetgeving vereist echter het nemen van weloverwogen beslissingen. Wetgevers moeten de doelstellingen bepalen die zij met hun wetgevend optreden willen bereiken, evenals de middelen die daarvoor het meest geschikt zijn. Differentiëren is op zich niet verboden; het onderscheid moet alleen objectief gerechtvaardigd kunnen worden. Van discriminatie is sprake wanneer iemand ongunstiger wordt behandeld, zonder dat hiervoor een redelijke rechtvaardiging bestaat.⁷

Aangezien de waarborg tegen ongelijkheid en discriminatie behoort tot één van de meest elementaire vormen van rechtsbescherming, is het bijzonder relevant om na te gaan hoe deze bescherming wordt geïnterpreteerd en toegepast binnen verschillende rechtsstelsels. De wijze waarop hoven omgaan met betwistingen inzake discriminatie op grond van seksuele geaardheid fungeert daarbij als een belangrijk referentiepunt voor de doeltreffendheid van die bescherming. Het Hof van Justitie en het Amerikaanse Hooggerechtshof hanteren elk een andere benadering bij de beoordeling van discriminatie. Het Hof van Justitie houdt voornamelijk toezicht op de rechten op non-discriminatie en gelijkheid toe via een evenredigheidstoets, waarbij beperkingen slechts toelaatbaar zijn indien ze noodzakelijk en passend zijn ten aanzien van een legitiem doel.⁸ Het Amerikaanse Hooggerechtshof daarentegen hanteert een driedig toetsingskader, waarvan de intensiteit afhankelijk is van de grond waarop de wet onderscheid maakt.⁹ Deze structurele verschillen maken een rechtsvergelijkende analyse, mijns inziens, bijzonder waardevol om na te gaan welk rechtsstelsel, zowel in theorie als in de praktijk, een doeltreffendere bescherming biedt aan seksuele minderheden.

1.2. Methodologie en onderzoeksvraag

Het onderzoek zal als volgt verlopen. In het *eerste hoofdstuk* wordt het Europees non-discriminatierecht toegelicht, waarbij wordt gefocust op het discriminatieverbod uit het Handvest en Richtlijn 2000/78/EG. Aangezien het in het kader van een masterproef te omvangrijk is om elk detail en elke nuance daaromtrent te bespreken, worden in dit hoofdstuk enkel die aspecten van het recht behandeld die, mijns inziens, relevant zijn voor het beantwoorden van de onderzoeksvraag. Het *tweede hoofdstuk* richt zich op het Amerikaanse non-discriminatierecht, met nadruk op de *Equal Protection Clause* uit het

⁷ B. MEEUSEN, *Variërende toetsingsintensiteit in de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof*, Wolters Kluwer, 2024, 1-2; K. LENAERTS en P. VAN NUFFEL, *Europees recht*, zevende editie, Intersentia, 2023, 111; *Romer v. Evans*, 517 U.S. 620, 631 (1996); E. BRIBOSIA, I. RORIVE en J. HISLAIRE, "Article 20. - Égalité en droit" in F. PICOD, C. RIZCALLAH en S. VAN DROOGHENBROECK (eds.), *Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, 3e édition, Bruxelles, Bruylant, 2023, 607; M. BELL, "Article 20 - Equality Before the Law" in S. PEERS, T. HERVEY, J. KENNER, en A. WARD, (eds.), *The EU Charter of Fundamental Rights: A Commentary, second edition*, Bloomsbury Publishing, 2021, 605.

⁸ Artikel 21, lid 1 *juncto* artikel 52, lid 1 van het Handvest.

⁹ M. C. DORF en T. W. Morrison, *Oxford introductions to U.S. law: Constitutional Law*, Oxford University Press, 2010, 155-157.

Veertiende Amendement.¹⁰ Ook hier worden enkel die aspecten van het recht behandeld die relevant zijn voor de beantwoording van de onderzoeksvraag.

Het *derde hoofdstuk* gaat in op de jurisprudentie van zowel het Hof van Justitie van de Europese Unie als het Amerikaanse Hooggerechtshof. De arresten worden chronologisch besproken. In het deel over de Amerikaanse rechtspraak worden ook zaken aangehaald die betrekking hebben op het Eerste Amendement, teneinde bepaalde nuances en belangrijke beperkingen in kaart te brengen.

In het *vierde hoofdstuk* volgt de eigenlijke analyse van de besproken jurisprudentie. In een eerste deel worden de Europese en Amerikaanse arresten afzonderlijk beoordeeld. Daarbij wordt telkens ingegaan op de geboden bescherming en de eventuele beperkingen. In een tweede deel wordt de rechtsvergelijking uitgevoerd. Eerst worden specifieke zaken met elkaar vergeleken, waarna wordt gewezen op bredere tendensen en structurele verschillen. Na deze rechtsvergelijking volgt de conclusie, waarin de centrale onderzoeksvraag van deze masterproef wordt beantwoord, met name: *“Biedt het rechterlijk toezicht van het Amerikaanse Hooggerechtshof op discriminatie op grond van seksuele geaardheid een doeltreffendere bescherming dan het rechterlijk toezicht van het Hof van Justitie van de Europese Unie?”*¹¹

¹⁰ Hoewel er statelijke non-discriminatie wetgeving bestaat, ligt de nadruk in deze masterproef op de *Equal Protection Clause* uit de Amerikaanse Grondwet. In beginsel wordt niet ingegaan op wetgeving uit de deelstaten, tenzij deze relevant is voor de beoordeling onder de *Equal Protection Clause* (clausule van gelijke bescherming).

¹¹ In het kader van deze masterproef werd gebruikgemaakt van het taalkundig intelligentiemodel van de artificiële intelligentie ChatGPT. Deze AI-tool werd ingezet om de tekst na te controleren op spelling en zinsbouw, en om de formulering naar een hoger niveau te tillen. De verbeterde tekstfragmenten werden na gebruik van AI zorgvuldig nagelezen en gevalideerd door de auteur. De uiteindelijke inhoud van deze masterproef blijft volledig onder de verantwoordelijkheid van de auteur. Deze tekst weerspiegelt diens eigen keuzes, gebaseerd op suggesties van het taalmodel, ook waar inhoud werd geherformuleerd. Daarbij werden de geraadpleegde primaire en secundaire bronnen, zoals vermeld in de voetnoten en bibliografie, steeds in acht genomen.

2. Gelijkheid en non-discriminatie in het Unierecht

2.1. Algemeen wettelijk kader

Het Europese non-discriminatierecht is vandaag uitgegroeid tot een complex en gelaagd systeem, waarin discriminatieverboden zijn verankerd in zowel het primaire als het secundaire Unierecht. Elk van deze rechtsbronnen heeft een eigen toepassingsgebied.¹² De bescherming van gelijkheid en non-discriminatie is binnen de Unie een fundamenteel gegeven; het zijn constitutionele basisprincipes waarop de Unie is gesteund. Het Hof van Justitie erkent deze principes bovendien als algemene rechtsbeginselen die deel uitmaken van het primaire Unierecht.¹³

Het gelijkheidsbeginsel, de eis dat vergelijkbare situaties gelijk moeten worden behandeld, is een van de oudste kernbeginselen binnen de Europese rechtsorde.¹⁴ Waar het oorspronkelijk gericht was op gelijke beloning ongeacht geslacht, biedt het inmiddels ook bescherming aan diverse groepen binnen uiteenlopende rechtsdomeinen.¹⁵

Hoewel gelijkheid en non-discriminatie onderscheiden rechtsconcepten zijn, zijn ze nauw met elkaar verbonden.¹⁶ Waar het gelijkheidsbeginsel gericht is op een gelijke behandeling, beoogt het discriminatieverbod een onderscheid op grond van persoonskenmerken te verhinderen.¹⁷ Het discriminatieverbod vormt bijgevolg een bijzondere uitdrukking van het gelijkheidsbeginsel. Uitdrukkelijke waarborgen tegen discriminatie spelen hierbij een essentiële rol, aangezien onderscheid op grond van persoonlijke kenmerken vaak

¹² Artikel 21, lid 1 van het Handvest kent een ruim materieel toepassingsgebied en is niet beperkt tot een specifiek rechtsdomein. De toepasselijkheid van het discriminatieverbod is echter afhankelijk van de werkingssfeer van het Handvest zelf, zoals bepaald in artikel 51, lid 1. Daarentegen is het materieel toepassingsgebied van Richtlijn 2000/78/EG beperkt tot de arbeidscontext (artikel 1 richtlijn 2000/78/EG); C. TOBLER, "Equality and Non-Discrimination under the ECHR and EU Law: A Comparison Focusing on Discrimination against LGBTI Persons", *ZaöRV* 2014, vol. 74, 525.

¹³ HvJ 22 november 2005, Mangold, C-144/04, ECLI:EU:C:2005:709, overweging 74-75; HvJ 10 mei 2011, Jürgen Römer, C-147/08, ECLI:EU:C:2011:286, overweging 59-60; HvJ 23 april 2020, NH, C-507/18, ECLI:EU:C:2020:289, overweging 36; HvJ 12 januari 2023, J.K., C-356/21, ECLI:EU:C:2023:9, overweging 41 en 71; Artikel 2 en 6 VEU; P. VAN ELSUWEGE, P. DEVISSCHER en A. VAN BOSSUYT, "Het Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie: implicaties voor de nationale rechtsorde", *Tijdschrift voor Privaatrecht* 2010, afl. 2, 537-538; C. TOBLER, "Equality and Non-Discrimination under the ECHR and EU Law: A Comparison Focusing on Discrimination against LGBTI Persons", *ZaöRV* 2014, vol. 74, 525; E. ELLIS en P. WATSON, *EU Anti-discrimination Law*, second edition, Oxford EU Law Library, 2012, 99.

¹⁴ Artikel 20 van het Handvest; K. LENAERTS en P. VAN NUFFEL, *Europees recht*, zevende editie, Intersentia, 2023, 110. M. BELL, "Article 20 – Equality Before the Law" in S. PEERS, T. HERVEY, J. KENNER, en A. WARD, (eds.), *The EU Charter of Fundamental Rights: A Commentary, second edition*, Bloomsbury Publishing, 2021, 605.

¹⁵ Conclusie Adv. Gen. Ruiz-Jarabo Colomer van 6 september 2007, C-267/06, Maruko, ECLI:EU:C:2007:486, punt 83; M. BELL, "Article 20 – Equality Before the Law" in S. PEERS, T. HERVEY, J. KENNER, en A. WARD, (eds.), *The EU Charter of Fundamental Rights: A Commentary, second edition*, Bloomsbury Publishing, 2021, 607.

¹⁶ A. ILIOPOULOU PENOT, "Chapitre V - Principe d'égalité et de non-discrimination" in J.-B. AUBY en J. DUTHEIL DE LA ROCHÈRE (eds.), *Traité de droit administratif européen*, 3^e édition, Bruxelles, Bruylant, 2022, 535.

¹⁷ M. BELL, "Article 20 – Equality Before the Law" in S. PEERS, T. HERVEY, J. KENNER, en A. WARD, (eds.), *The EU Charter of Fundamental Rights: A Commentary, second edition*, Bloomsbury Publishing, 2021, 600-601; E. BRIBOSIA, I. RORIVE en J. HISLAIRE, "Article 20. - Égalité en droit" in F. PICOD, C. RIZCALLAH en S. VAN DROOGHENBROECK (eds.), *Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, 3^e édition, Bruxelles, Bruylant, 2023, 589-590.

voortvloeit uit sociale vooroordelen of stigma's.¹⁸ Ook heeft discriminatie verregaande gevolgen, aangezien zij doorgaans gepaard gaat met de schending van andere fundamentele rechten en vrijheden.¹⁹

Discriminatie kan op verschillende manieren tot uiting komen.²⁰ Zo doet directe discriminatie zich voor wanneer een persoon ongunstiger wordt behandeld, rechtstreeks op basis van een wettelijk beschermd kenmerk. Dit is het geval wanneer bijvoorbeeld publiekelijk wordt verklaard dat een werkgever geen allochtonen wenst aan te werven.²¹ Daarentegen ontstaat indirecte discriminatie wanneer een ogenschijnlijk neutrale maatregel in de praktijk een nadelig effect heeft op personen met een beschermd kenmerk.²² Dergelijke maatregelen lijken *prima facie* objectief, maar treffen bepaalde groepen onevenredig zwaar.²³ Een verschil in behandeling tussen voltijdse en deeltijdse werknemers, hoewel deze maatregel neutraal kan ogen, kan indirect discriminerend zijn, omdat het disproportioneel meer vrouwen treft.²⁴

2.2. Artikel 21 van het Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie

2.2.1. Toepassingsgebied

Artikel 21, lid 1, van het Handvest luidt als volgt: "*Iedere discriminatie, met name op grond van (...) seksuele geaardheid (...) is verboden*". Hoewel dit verbod een ruim en algemeen materieel toepassingsgebied heeft, wordt de toepasselijkheid ervan afhankelijk gesteld van de werkingssfeer van het Handvest, zoals verankerd in artikel 51, lid 1. Overeenkomstig deze bepaling moeten de Europese instellingen het Handvest steeds naleven, terwijl de lidstaten ertoe gehouden zijn het slechts te eerbiedigen wanneer zij het Unierecht ten uitvoer leggen.²⁵

¹⁸ HvJ 29 april 2015, Léger, C-528/13, ECLI:EU:C:2015:288, overweging 48; HvJ 10 mei 2011, Römer, C-147/08, ECLI:EU:C:2011:286, overweging 59; M. BELL, "Article 20 – Equality Before the Law" in S. PEERS, T. HERVEY, J. KENNER, en A. WARD, (eds.), *The EU Charter of Fundamental Rights: A Commentary, second edition*, Bloomsbury Publishing, 2021, 600-601.

¹⁹ M. BELL, "Article 20 – Equality Before the Law" in S. PEERS, T. HERVEY, J. KENNER, en A. WARD, (eds.), *The EU Charter of Fundamental Rights: A Commentary, second edition*, Bloomsbury Publishing, 2021, 599-600.

²⁰ Hoewel er ook andere vormen van discriminatie bestaan, zoals meervoudige, intersectionele en associatieve discriminatie, beperkt deze masterproef zich tot een analyse van directe en indirecte discriminatie.

²¹ E. ELLIS en P. WATSON, *EU Anti-discrimination Law*, second edition, Oxford EU Law Library, 2012, 142. K. LENAERTS en P. VAN NUFFEL, *Europees recht*, zevende editie, Intersentia, 2023, 112. HvJ 10 juli 2008, C-54/07, Feryn, ECLI:EU:C:2008:397, overweging 18; M. DE VOS, "The European Court of Justice and the march towards substantive equality in European Union anti-discrimination law", *International Journal of Discrimination and the Law* 2020, vol. 20, 1, 65-67.

²² E. ELLIS en P. WATSON, *EU Anti-discrimination Law*, second edition, Oxford EU Law Library, 2012, 143.

²³ K. LENAERTS en P. VAN NUFFEL, *Europees recht*, zevende editie, Intersentia, 2023, 112; M. DE VOS, "The European Court of Justice and the march towards substantive equality in European Union anti-discrimination law", *International Journal of Discrimination and the Law* 2020, vol. 20, 1, 69-70.

²⁴ Zie in dit verband bijvoorbeeld de zaken *Bilka* en *Villar Láz*. Aangezien de betrokken maatregelen in hoofdzaak vrouwen treffen, kan sprake zijn van indirecte discriminatie. HvJ, 13 mei 1986, C-170/84, *Bilka* ECLI:EU:C:1986:204; HvJ, 8 mei 2019, C-161/18, *Villar Láz*, ECLI:EU:C:2019:382; Zie DE VOS, op cit., supra nr. 21, 69-70.

²⁵ Artikel 51, lid 1 van het Handvest.

Wanneer de Europese instellingen optreden, moeten zij de gewaarborgde rechten uit het Handvest eerbiedigen en zijn zij dus gebonden aan de vereisten van gelijkheid en non-discriminatie. Elk optreden van de Unie, ongeacht het betrokken orgaan of rechtsdomein, kan in beginsel worden getoetst aan de artikelen 20 en 21, lid 1, van het Handvest.²⁶

Voor de Europese lidstaten geldt deze verplichting enkel wanneer zij het Unierecht ten uitvoer leggen. Dit is het geval wanneer (i) het Unierecht wordt geïmplementeerd of omgezet in nationaal recht, (ii) het nationale recht steunt op uitzonderingen die door het Unierecht zijn voorzien, of (iii) een Europeesrechtelijk aanknopingspunt kan worden vastgesteld. Met dit laatste wordt een verbinding met het Unierecht bedoeld. Er moet een voldoende nauwe band bestaan met het Unierecht om het geval binnen de werkingssfeer van het Handvest te doen vallen. Dit aanknopingspunt is bovendien essentieel voor het toezicht van het Hof van Justitie, aangezien het Hof in beginsel geen toetsing kan uitoefenen bij het ontbreken ervan.²⁷

Teneinde de gewaarborgde rechten uit het Handvest in zoveel mogelijk gevallen toepasbaar te maken voor de lidstaten, hanteert het Hof een ruime interpretatie van het begrip 'tenuitvoerlegging' in de zin van artikel 51, lid 1. Zo oordeelde het Hof dat het volstaat dat een materie of situatie onder de werkingssfeer van het Unierecht valt of erdoor wordt beheerst. Door deze ruime invulling speelt het Handvest, en bijgevolg het discriminatieverbod uit artikel 21, lid 1 in beginsel dus een belangrijke rol bij het handelen van de lidstaten.²⁸

Wat het personeel toepassingsgebied van het discriminatieverbod betreft, biedt artikel 21, lid 1 van het Handvest bescherming aan ieder individu binnen de Unie die meent het slachtoffer te zijn van discriminatie. Volgens de rechtspraak van het Hof is zelfs niet vereist dat de betrokkene zélf het beschermde kenmerk bezit teneinde bescherming te genieten.²⁹

²⁶ A. WARD, "Article 51 - Field of Application" in S. PEERS, T. HERVEY, J. KENNER, en A. WARD (eds.), *The EU Charter of Fundamental Rights: A Commentary*, second edition, Bloomsbury Publishing, 2021, 1572; F. PICOD, "Article 51. - Champ d'application" in F. PICOD, C. RIZCALLAH en S. VAN DROOGHENBROECK (eds.), *Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, 3e édition, Bruxelles, Bruylant, 2023, 1318; E. BRIBOSIA, I. RORIVE en J. HISLAIRE, "Article 21. - Non-discrimination" in F. PICOD, C. RIZCALLAH en S. VAN DROOGHENBROECK (eds.), *Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, 3e édition, Bruxelles, Bruylant, 2023, 627.

²⁷ E. BRIBOSIA, I. RORIVE en J. HISLAIRE, "Article 21. - Non-discrimination" in F. PICOD, C. RIZCALLAH en S. VAN DROOGHENBROECK (eds.), *Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, 3e édition, Bruxelles, Bruylant, 2023, 622 en 629; A. WARD, "Article 51 - Field of Application" in S. PEERS, T. HERVEY, J. KENNER, en A. WARD (eds.), *The EU Charter of Fundamental Rights: A Commentary*, second edition, Bloomsbury Publishing, 2021, 1577; HvJ 26 februari 2013, Fransson, C-617/10, ECLI:EU:C:2013:105, overweging 20-21; HvJ 23 september 2008, Bartsch, C-427/06, ECLI:EU:C:2008:51, overweging 22-25.

²⁸ Artikel 51 van het Handvest; F. PICOD, "Article 51. - Champ d'application" in F. PICOD, C. RIZCALLAH en S. VAN DROOGHENBROECK (eds.), *Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, 3e édition, Bruxelles, Bruylant, 2023, 1328; A. WARD, "Article 51 - Field of Application" in S. PEERS, T. HERVEY, J. KENNER, en A. WARD (eds.), *The EU Charter of Fundamental Rights: A Commentary*, second edition, Bloomsbury Publishing, 2021, 1578; C. KILPATRICK en H. EKLUND, "Article 21 - Non-Discrimination" in S. PEERS, T. HERVEY, J. KENNER en A. WARD (eds.), *The EU Charter of Fundamental Rights: A Commentary*, Bloomsbury Publishing, 2021, 615.

²⁹ HvJ 16 juli 2015, CHEZ, C-83/14, ECLI:EU:C:2015:480, overweging 56 (een persoon die in een Roma-wijk woonde, werd indirect gediscrimineerd, ondanks het feit dat zij zelf geen Roma was); HvJ 17 juli 2008, Coleman,

2.2.2. Mogelijkheid tot rechtvaardiging³⁰

Een ongunstigere behandeling kan objectief worden gerechtvaardigd. Bij het gelijkheidsbeginsel staat de vergelijkbaarheid van verschillende situaties centraal. Deze hoeven niet identiek te zijn, maar de beoordeling moet wel *in concreto* en specifiek plaatsvinden.³¹ In tegenstelling tot gevallen waar het discriminatieverbod van toepassing is, genieten lidstaten bij de naleving van het gelijkheidsbeginsel een ruimere beoordelingsvrijheid. Het discriminatieverbod vereist daarentegen een strikter toezicht, aangezien het tot doel heeft ongerechtvaardigde verschillen op grond van wettelijk beschermde kenmerken te verbieden. Dergelijke differentiatie wordt bovendien vaak als verdacht aangemerkt, omdat zij mogelijk berust op diepgewortelde vooroordelen of sociale stigma's.³²

Het Handvest voorziet in een beperkingsclausule in artikel 52, lid 1. Dit betekent dat de gewaarborgde grondrechten, waaronder gelijkheid en non-discriminatie, onder bepaalde voorwaarden rechtmatig kunnen worden beperkt. Een beperking is slechts geoorloofd wanneer zij bij wet is vastgesteld, noodzakelijk is met het oog op een doelstelling van algemeen belang of ter bescherming van de rechten van anderen, en in overeenstemming is met het evenredigheidsbeginsel. Bovendien geldt voor elke legitieme beperking een belangrijke ondergrens, namelijk dat de beperking mag geen afbreuk doen aan de essentiële kern van het gewaarborgde recht.³³

De evenredigheidstoets bestaat uit drie elementen: geschiktheid, noodzakelijkheid en evenredigheid *sensu stricto*.³⁴ De eerste subtest betreft de geschiktheid, waarbij wordt onderzocht of de maatregel daadwerkelijk in staat is het beoogde doel te realiseren. De subtest van noodzakelijkheid houdt in dat het doel niet kan worden bereikt met minder ingrijpende alternatieven. Indien een evenwaardig resultaat kan worden verkregen via een

C-303/06, EU:C:2008:415, overwegingen 38 en 50 (een ongunstigere behandeling van een werknemer wegens de handicap van haar kind valt onder de bescherming van Richtlijn 2000/78/EG); E. BRIBOSIA, I. RORIVE en J. HISLAIRE, "Article 21. - Non-discrimination" in F. PICOD, C. RIZCALLAH en S. VAN DROOGHENBROECK (eds.), *Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, 3e édition, Bruxelles, Bruylant, 2023, 622.

³⁰ De toelichting op de rechtvaardigingsgronden uit Richtlijn 2000/78/EG wordt in het kader van dit onderzoek buiten beschouwing gelaten, aangezien deze niet relevant wordt geacht voor het verdere onderzoek en de beantwoording van de onderzoeksvraag.

³¹ HvJ 12 December 2013, Hay, C-267/12, ECLI:EU:C:2013:823, overweging 33. HvJ 10 mei 2011, Jürgen Römer, C-147/08, ECLI:EU:C:2011:286, overweging 42; Zie LENAERTS en VAN NUFFEL, op cit., supra nr. 6, 111.

³² E. BRIBOSIA, I. RORIVE, I. en J. HISLAIRE, "Article 20. - Égalité en droit" in F. PICOD, C. RIZCALLAH en S. VAN DROOGHENBROECK (eds.), *Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, 3e édition, Bruxelles, Bruylant, 2023, 612-615; K. LENAERTS en P. VAN NUFFEL, *Europees recht*, zevende editie, Intersentia, 2023, 110-111.

³³ Artikel 52, lid 1 van het Handvest; E. BRIBOSIA, I. RORIVE en J. HISLAIRE, "Article 21. - Non-discrimination" in F. PICOD, C. RIZCALLAH en S. VAN DROOGHENBROECK (eds.), *Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, 3e édition, Bruxelles, Bruylant, 2023, 630; S. VAN DROOGHENBROECK en C. RIZCALLAH, "Article 52-1. - Limitations aux droits garantis" in F. PICOD, C. RIZCALLAH en S. VAN DROOGHENBROECK (eds.), *Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, 3e édition, Bruxelles, Bruylant, 2023, 1341 en 1347-1348.

³⁴ E. ELLIS en P. WATSON, *EU Anti-discrimination Law*, second edition, Oxford EU Law Library, 2012 130-131.

minder beperkende maatregel, is niet voldaan aan de noodzakelijkheidseis.³⁵ Tot slot vereist de evenredigheid *sensu stricto* dat de maatregel proportioneel is in het licht van de nagestreefde doelstelling, waarbij ook rekening wordt gehouden met de impact op andere relevante belangen.³⁶

2.3. Richtlijn 2000/78/EG en de bescherming tegen discriminatie op grond van seksuele geaardheid

2.3.1. Toepassing en reikwijdte

Naast het Handvest heeft de Europese wetgever ook specifieke wetgeving aangenomen om discriminatie aan te pakken, met name op het gebied van arbeid en beroep.³⁷ Richtlijn 2000/78/EG beoogt een algemeen kader te creëren teneinde discriminatie te bestrijden en het beginsel van gelijke behandeling binnen de lidstaten te waarborgen.³⁸

Richtlijn 2000/78/EG heeft, in tegenstelling tot artikel 21, lid 1 van het Handvest, een veel beperkter materieel toepassingsgebied. De richtlijn is van toepassing binnen de context van arbeid en beroep, zowel in de publieke als in de private sector. Zo heeft de waarborg tegen discriminatie op grond van seksuele geaardheid betrekking op vier deelaspecten: (i) de voorwaarden tot de toegang tot arbeid en beroep³⁹; (ii) de toegang tot beroepsopleidingen of vormingen⁴⁰; (iii) werkgelegenheid en arbeidsvoorwaarden, waaronder ontslag en beloning begrepen⁴¹; en (iv) lidmaatschap/betrokkenheid bij arbeids- of beroepsgebonden organisaties.⁴² De richtlijn is daarentegen niet van toepassing op uitkeringen, ongeacht hun aard, die worden verleend krachtens wettelijke of daaraan gelijkgestelde stelsels, met inbegrip van sociaalezekerheidsstelsels.⁴³

³⁵ K. LENAERTS, P. VAN NUFFEL en T. CORTHAUT, *EU Constitutional Law*, Oxford University Press, 2021, 106-107.

³⁶ *Ibid.*, 105-106; Conclusie Adv. Gen. KOKOTT van 31 mei 2016, Samira Achbita en Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding v G4S Secure Solutions NV, C-157/15, ECLI:EU:C:2016:382, overweging 97; S. VAN DROOGHENBROECK en C. RIZCALLAH, "Article 52-1. - Limitations aux droits garantis" in F. PICOD, C. RIZCALLAH en S. VAN DROOGHENBROECK (eds.), *Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, 3e édition, Bruxelles, Bruylant, 2023, 1371.

³⁷ Richtlijn 2000/78/EG van de Raad van 27 november 2000 tot instelling van een algemeen kader voor gelijke behandeling in arbeid en beroep, *Pb.* 2000, L. 303, 2 december 2000 (hierna: Richtlijn).

³⁸ Art. 1 Richtlijn 2000/78/EG.

³⁹ Artikel 3, lid 1, a) Richtlijn 2000/78/EG.

⁴⁰ Artikel 3, lid 1, b) Richtlijn 2000/78/EG.

⁴¹ Artikel 3, lid 1, c) Richtlijn 2000/78/EG.

⁴² Artikel 3, lid 1, d) Richtlijn 2000/78/EG.

⁴³ Artikel 3, lid 3 Richtlijn 2000/78/EG.

2.4. Horizontale werking

In beginsel heeft een richtlijn geen horizontale rechtstreekse werking. Dit probleem werd echter in de rechtspraak van het Hof van Justitie omzeild teneinde bescherming tegen discriminatie te waarborgen. Het algemeen beginsel van non-discriminatie neemt hierin een bijzondere plaats in, aangezien het wordt erkend als een fundamenteel Unierechtelijk rechtsbeginsel en dus een bijzondere status geniet.⁴⁴ Hoewel de onderstaande zaken betrekking hebben op het discriminatieverbod op grond van leeftijd, kunnen de redeneringen van het Hof met betrekking tot de toepassing van algemene rechtsbeginselen mijns inziens ook relevant zijn voor het discriminatieverbod op grond van seksuele geaardheid. Daarom worden deze zaken in dit kader besproken, aangezien het Hof daarin belangrijke principes formuleert.

2.4.1. *Mangold – en het autonoom Unierechtelijk beginsel van non-discriminatie*

De zaak *Mangold* betrof een geval van differentiatie op grond van leeftijd. In casu stelde het nationale recht de mogelijkheid om arbeidsovereenkomsten van bepaalde duur te sluiten afhankelijk van leeftijdsvoorwaarden. Omdat de heer Mangold de vastgestelde leeftijdsgrens had overschreden, kon hij geen arbeidsovereenkomst van bepaalde duur meer aangaan.⁴⁵ Hoewel hij zich beriep op Richtlijn 2000/78/EG, was de omzettingstermijn daarvan nog niet verstreken. Het Hof oordeelde evenwel dat dit geen belemmering vormde voor de toepassing ervan.⁴⁶ Aangezien het verbod op leeftijdsdiscriminatie wordt erkend als een algemeen beginsel van het Unierecht, en de nationale regeling binnen de werkingssfeer van het Unierecht viel doordat zij strekte tot implementatie van de richtlijn, kon dit algemene beginsel worden toegepast. Deze toepassing kan immers niet afhankelijk worden gesteld van het al dan niet verstrijken van de omzettingstermijn. Bijgevolg zijn nationale rechters gehouden om, indien nodig, nationale bepalingen die strijdig zijn met het algemene beginsel buiten toepassing te laten.⁴⁷ In casu greep het Hof het algemene beginsel van non-discriminatie aan om het ontbreken van rechtstreekse werking van de richtlijn te ondervangen en aldus bescherming te bieden tegen leeftijdsdiscriminatie.⁴⁸

⁴⁴ E. BRIBOSIA, I. RORIVE en J. HISLAIRE, "Article 21. - Non-discrimination" in F. PICOD, C. RIZCALLAH en S. VAN DROOGHENBROECK (eds.), *Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, 3e édition, Bruxelles, Bruylant, 2023, 351; C. TOBLER, "General principles of equal treatment in EU non-discrimination law" in K. S. ZIEGLER, P. J. NEUVONEN, J. JENNINGS, V. MORENO-LAX (eds.), *Research Handbook on General Principles in EU Law: Constructing Legal Orders in Europe*, Edward Elgar Publishing, 2022, 356-357; HvJ 19 januari 2010, Küçükdeveci, C-555/07, ECLI:EU:C:2010:21, overweging 46.

⁴⁵ HvJ 22 november 2005, Mangold, C-144/04, ECLI:EU:C:2005:709, overweging 20-25.

⁴⁶ HvJ 22 november 2005, Mangold, C-144/04, ECLI:EU:C:2005:709, overweging 66.

⁴⁷ HvJ 22 november 2005, Mangold, C-144/04, ECLI:EU:C:2005:709, overweging 75-78.

⁴⁸ C. TOBLER, "General principles of equal treatment in EU non-discrimination law" in K. S. ZIEGLER, P. J. NEUVONEN, J. JENNINGS, V. MORENO-LAX (eds.), *Research Handbook on General Principles in EU Law: Constructing Legal Orders in Europe*, Edward Elgar Publishing, 2022, 356-357.

2.4.2. *Bartsch – en de afbakening van de EU-werkingssfeer*

In *Bartsch* verduidelijkte het Hof van Justitie de werkingssfeer van het Unierecht. De zaak betrof, net zoals *Mangold*, een geschil met betrekking tot het discriminatieverbod op grond van leeftijd. In *Bartsch* wenste een vrouw aanspraak te maken op een nabestaandenpensioen uit het pensioenfonds van de werkgever van haar overleden echtgenoot. Gelet op de leeftijdsvereiste in de nationale richtsnoeren kwam zij hiervoor niet in aanmerking.⁴⁹ De verwijzende rechter stelde in dit verband de vraag of het Unierecht een discriminatieverbod op grond van leeftijd bevat wanneer de vermeende benadeling geen verband houdt met het Unierecht, en of een dergelijk aanknopingspunt desalniettemin kan voortvloeien uit richtlijn 2008/78/EG, zelfs vóór het verstrijken van de omzettingstermijn.⁵⁰ Aangezien de betrokken nationale maatregel geen uitvoering gaf aan de Richtlijn en de echtgenoot bovendien overleed vóór het verstrijken van de omzettingstermijn, kon de situatie niet binnen de werkingssfeer van het Unierecht worden gebracht.⁵¹ In *Bartsch* volgt het Hof dus een andere redenering dan in *Mangold*, aangezien de bestreden norm buiten de Europese werkingssfeer viel.⁵²

2.4.3. *Kücükdeveci – en de verduidelijking na Mangold en Bartsch*

De zaak *Kücükdeveci* stelde het Hof in staat resterende onduidelijkheden na *Mangold* en *Bartsch* te verduidelijken. In casu ontstond een geschil nadat een werkneemster, hoewel zij tien jaar anciënniteit had opgebouwd, op grond van een nationale regeling slechts recht had op een korte opzegtermijn wegens een leeftijdsvoorwaarde.⁵³ De verwijzende rechter wenste te vernemen of deze nationale regeling in strijd was met het discriminatieverbod op grond van leeftijd, zoals vervat in het algemeen beginsel van non-discriminatie en erkend in *Mangold*, dan wel met Richtlijn 2000/78/EG. Ook stelde hij de vraag of een nationale rechter in een horizontaal geschil een nationale bepaling, indien zij onverenigbaar is met het Unierecht, buiten toepassing moet laten.⁵⁴

Het Hof bevestigt het bestaan van een beginsel van non-discriminatie op grond van leeftijd als algemeen beginsel van het Unierecht, dat wordt geconcretiseerd via Richtlijn 2000/78/EG.⁵⁵ Het stelt daarbij dat, naar analogie van *Bartsch*, dit beginsel slechts van toepassing is wanneer de situatie binnen de werkingssfeer van het Unierecht valt.⁵⁶

⁴⁹ HvJ 23 september 2008, *Bartsch*, C-427/06, ECLI:EU:C:2008:51, 8-12.

⁵⁰ HvJ 23 september 2008, *Bartsch*, C-427/06, ECLI:EU:C:2008:51, overweging 14.

⁵¹ HvJ 23 september 2008, *Bartsch*, C-427/06, ECLI:EU:C:2008:51, overweging 16-18.

⁵² HvJ 23 september 2008, *Bartsch*, C-427/06, ECLI:EU:C:2008:51, overweging 24-25.

⁵³ HvJ 19 januari 2010, *Kücükdeveci*, C-555/07, ECLI:EU:C:2010:21, overweging 12-16.

⁵⁴ HvJ 19 januari 2010, *Kücükdeveci*, C-555/07, ECLI:EU:C:2010:21, overweging 17.

⁵⁵ HvJ 19 januari 2010, *Kücükdeveci*, C-555/07, ECLI:EU:C:2010:21, overweging 21.

⁵⁶ HvJ 19 januari 2010, *Kücükdeveci*, C-555/07, ECLI:EU:C:2010:21, overweging 22-23.

Anders dan in *Bartsch* deed het geschil zich in casu voor na het verstrijken van de omzettingstermijn van de richtlijn. Gelet daarop, en op het feit dat de nationale regeling een materie regelt die onder het materieel toepassingsgebied van de richtlijn valt, kon dit geval binnen de werkingssfeer van het Unierecht worden gebracht.⁵⁷ Op basis van op zijn beoordeling oordeelt het Hof dat het algemene beginsel van non-discriminatie op grond van leeftijd, dat wordt geconcretiseerd door de richtlijn, zich verzet tegen de betrokken nationale maatregel.⁵⁸ De nationale rechter bij wie een dergelijk beginsel aan de orde is, moet de volle werking daarvan waarborgen en, indien nodig, elke daarmee strijdige nationale bepaling buiten toepassing laten.⁵⁹

⁵⁷ HvJ 19 januari 2010, Küçükdeveci, C-555/07, ECLI:EU:C:2010:21, overweging 24-26.

⁵⁸ HvJ 19 januari 2010, Küçükdeveci, C-555/07, ECLI:EU:C:2010:21, overweging 43.

⁵⁹ HvJ 19 januari 2010, Küçükdeveci, C-555/07, ECLI:EU:C:2010:21, overweging 51.

3. Bescherming onder de Equal Protection Clause in de Verenigde Staten

3.1. De Equal Protection Clause als grondslag voor de bescherming

3.1.1. *Totstandkoming van het grondwettelijk kader*

De oorspronkelijke Amerikaanse Grondwet bevatte geen bepaling die gelijke bescherming onder de wet garandeerde. Een belangrijk keerpunt in de grondwettelijke verankering van het gelijkheidsbeginsel vond plaats met de aanname van het Dertiende Amendement in 1865, dat de slavernij afschafte.⁶⁰ Enkele jaren later werd de *Equal Protection Clause*, die de Amerikaanse staten verplicht om gelijke bescherming onder de wet voor eenieder te waarborgen, in de Grondwet opgenomen.⁶¹ Toch bleef deze bepaling, ondanks deze belangrijke grondwettelijke stap, aanvankelijk dode letter. Zo oordeelde het Hooggerechtshof in *Plessy v. Ferguson* (1896)⁶² dat maatregelen die rassenscheiding instelden geoorloofd waren.⁶³ De *Equal Protection Clause* zou destijds niet bedoeld zijn geweest om raciale verschillen op te heffen. Het Hooggerechtshof zag bovendien geen bezwaar in dergelijke maatregelen, aangezien rassenscheiding niet als een uiting van minderwaardigheid werd beschouwd.⁶⁴ Dit illustreert de aanvankelijke terughoudendheid van het Hooggerechtshof om wetten op grond van de *Equal Protection Clause* ongeldig te verklaren.⁶⁵

3.1.2. *Het Veertiende Amendement en het beginsel van gelijke bescherming onder de wet*

De Amerikaanse Grondwet bevat enkel een uitdrukkelijke waarborg voor gelijkheid, in tegenstelling tot het Unierecht, waarin een duidelijk onderscheid wordt gemaakt tussen gelijkheid en non-discriminatie.⁶⁶ De Equal Protection Clause uit het Veertiende Amendement luidt als volgt: “*No State shall deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws*”.⁶⁷ Deze grondwettelijke bepaling verbiedt de Amerikaanse

⁶⁰ U.S. Const. amend. XIII, §1: (“*Neither slavery nor involuntary servitude, except as a punishment for crime whereof the party shall have been duly convicted, shall exist within the United States, or any place subject to their jurisdiction*”); U.S. Const. Annotated, “Amdt13.4 Ratification of Thirteenth Amendment”, https://constitution.congress.gov/browse/essay/amdt13-4/ALDE_00013209/; E. CHEMERINSKY, *Constitutional law*, 9th edition, Aspen Publishing, 2023, 609.

⁶¹ U.S. Const. amend. XIV §1; National Archive, 14th Amendment to the U.S. Constitution : Civil Rights (1868), <https://www.archives.gov/milestone-documents/14th-amendment> (geraadpleegd op 12 december 2024).

⁶² *Plessy v. Ferguson*, 163 U.S. 537 (1896).

⁶³ *Plessy v. Ferguson*, 163 U.S. 537, 547-548 (1896).

⁶⁴ *Plessy v. Ferguson*, 163 U.S. 537, 544 (1896).

⁶⁵ E. CHEMERINSKY, *Constitutional law*, 9th edition, Aspen Publishing, 2023, 609; U.S. Const. Annotated, “Amdt13.4 Ratification of Thirteenth Amendment”, https://constitution.congress.gov/browse/essay/amdt13-4/ALDE_00013209/.

⁶⁶ U.S. Const. amend. XIV §1; Zie bijvoorbeeld artikel 20 en 21 van het Handvest.

⁶⁷ U.S. Const. amend. XIV §1.

deelstaten om personen de gelijke bescherming van de wet te ontzeggen.⁶⁸ Staten mogen dus bepaalde groepen niet selectief uitsluiten van wettelijke bescherming.⁶⁹ De *Equal Protection Clause* vereist dat statelijke autoriteiten elke persoon in vergelijkbare omstandigheden gelijk behandelen onder de wet.⁷⁰ Hoewel deze bepaling zich uitdrukkelijk richt tot de deelstaten, is het principe van gelijke bescherming onder de wet eveneens van toepassing op de federale overheid via de *Due Process Clause*⁷¹ van het Vijfde Amendement.⁷²

Hoewel het Veertiende Amendement niet uitdrukkelijk naar persoonskenmerken verwijst, biedt het wel degelijk bescherming tegen discriminatie. Het Hooggerechtshof heeft de *Equal Protection Clause* dan ook ruim geïnterpreteerd teneinde discriminatie te kunnen bestrijden.⁷³ Om na te gaan of staten het gelijkheidsbeginsel schenden, hanteert het Hof een driedelig toetsingskader. Discriminatieclaims worden in de Verenigde Staten niet aan een enkelvoudig toezicht onderworpen; de intensiteit van het rechterlijk toezicht varieert naargelang het kenmerk waarop individuen worden geclassificeerd.⁷⁴

Om te bepalen welk niveau van toezicht een bepaald kenmerk vereist, wordt gekeken naar de verdachtheid van dat kenmerk volgens de *suspect classification*-doctrine.⁷⁵ Krachtens deze doctrine hanteert het Hooggerechtshof een strenger toetsingsniveau wanneer wettelijke classificaties steunen op een verdacht of quasi-verdacht criterium, of wanneer sprake is van een mogelijke aantasting van fundamentele grondrechten.⁷⁶

⁶⁸ U.S. Const. amend. XIV §1.

⁶⁹ J. F. MITCHELL, "Textualism and the Fourteenth Amendment", *Stanford Law Review* 2017, vol. 69, 1247.

⁷⁰ Zie MITTEN et. al., op cit., supra nr. 6, 270.

⁷¹ De *Due Process Clause* uit het Vijfde Amendement verbiedt de federale overheid om een individu het leven, eigendom of vrijheden te ontnemen zonder behoorlijke rechtsgang. Het Veertiende Amendement bevat een gelijkaardige bepaling maar richt zich tot de Amerikaanse staten. De *Due Process Clause* omvat zowel een procedureel als een materieel luik (*substantive due process*). Het procedurele luik heeft betrekking op de procedurele waarborgen die staten en de federale overheid moeten naleven alvorens iemand van rechten of vrijheden te ontnemen. Het materiële luik, hoewel niet uitdrukkelijk opgenomen in de Amerikaanse Grondwet, is gebaseerd op het uitgangspunt dat bepaalde vrijheden als zodanig fundamenteel worden beschouwd dat zij enkel mogen worden beperkt om dwingende redenen. Op basis van deze substantive due process worden dus ook rechten beschermd die niet expliciet in de Grondwet zijn opgesomd, wat soms tot controverse leidt. N. S. CHAPMAN en K. YOSHINO, "Common Interpretation of The Fourteenth Amendment Due Process Clause, *National Constitution Center*, <https://constitutioncenter.org/the-constitution/articles/amendment-xiv/clauses/701>, (geraadpleegd op 21 mei 2025); R. A. FAIRFAX en J. C. HARRISON, "Common Interpretation of The Fifth Amendment Due Process Clause", *National Constitution Center*, <https://constitutioncenter.org/the-constitution/amendments/amendment-v/clauses/633>, (geraadpleegd op 21 mei 2025).

⁷² U.S. Const. Amend. V §1; E. CHERMERINSKY, *Constitutional law*, 9th edition, Aspen Publishing, 2023, 610; Zie MITTEN et. al., op cit., supra nr. 6, 268.

⁷³ J. F. MITCHELL, "Textualism and the Fourteenth Amendment", *Stanford Law Review* 2017, vol. 69, 1240.

⁷⁴ E. CHERMERINSKY, *Constitutional law*, 9th edition, Aspen Publishing, 2023, 612.

⁷⁵ U.S. Const. Annotated, "Amdt14.S1.8.1.2 Equal Protection and Rational Basis Review Generally", https://constitution.congress.gov/browse/essay/amdt14-S1-8-1-2/ALDE_00000817/; M. STRAUSS, "Reevaluating Suspect Classifications", *Seattle University Law Review* 2011, vol. 135, 139-140; J. F. MITCHELL, "Textualism and the Fourteenth Amendment", *Stanford Law Review* 2017, vol. 69, 1247.

⁷⁶ Zie MITTEN et. al., op cit., supra nr. 6, 270-271. S. W. POLLVOGT, "Beyond suspect classifications", *Journal of Constitutional Law*, 2014, vol. 16, 3, 741-742.

De status van een verdacht of quasi-verdacht kenmerk wordt toegekend door het Hooggerechtshof. Hoewel het Hooggerechtshof nooit een uitputtende lijst heeft vastgelegd met criteria voor verdachtheid, kunnen uit zijn jurisprudentie wel enkele richtinggevende factoren worden afgeleid.⁷⁷ In de beoordeling werden onder meer de volgende elementen in overweging genomen: (i) het behoren tot een discrete en insulaire minderheidsgroep, (ii) het bestaan van een historische traditie van discriminatie, (iii) de politieke onmacht van de betrokken groep, en (iv) de onveranderlijkheid van een kenmerk.⁷⁸

Hoewel de *Equal Protection Clause* aanvankelijk voornamelijk was gericht op de bescherming tegen discriminatie op grond van ras en religie, is de reikwijdte ervan in de loop der tijd aanzienlijk verruimd. Ook andere groepen, zoals vrouwen en andere minderheidsgroepen, kunnen inmiddels een beroep doen op deze grondwettelijke bepaling om gelijkheid onder de wet af te dwingen. In recente jaren wordt de *Equal Protection Clause* bovendien steeds vaker ingeroepen ter bescherming van de rechten van de LGBTQ-gemeenschap.⁷⁹

3.2. Rechterlijk toezicht en toetsingsniveaus van het Amerikaans Hooggerechtshof

Het Amerikaanse rechterlijk toezicht verschilt fundamenteel van dat van het Hof van Justitie. In voetnoot 4 van *Carolene Products* werd het idee geïntroduceerd dat niet alle grondwettelijke claims aan eenzelfde toezicht moeten worden onderworpen. Sommige vergen een intensievere toetsingsvorm. De onderliggende premisse is dat wetgeving in beginsel als grondwettig wordt vermoed, tenzij bepaalde omstandigheden een strenger toezicht rechtvaardigen. Gelet op dit vermoeden van grondwettigheid zullen rechters zich in de regel terughoudend opstellen.⁸⁰

⁷⁷ J.B. SMITH, "The Flaws of Rational Basis with Bite: Why the Supreme Court Should Acknowledge Its Application of Heightened Scrutiny to Classifications Based on Sexual Orientation", *Fordham Law Review*, vol. 73, 6, 1-2; Zie POLLVOGT, op cit., supra nr. 76, 753; M. STRAUSS, "Reevaluating Suspect Classifications", *Seattle University Law Review* 2011, vol. 35, 1, 135-136; E. CHEMERINSKY, "The Rational Basis Test Is Constitutional (and Desirable)", *Georgetown Journal of Law & Public Policy* 2016, vol. 14, 2, 401.

⁷⁸ *United States v. Carolene Products Company*, 304 U.S. 144, 152 n. 4 (1938) (*discrete en insulaire minderheden*); *Bowen v. Gilliard*, 483 U.S. 587, 602 (1987); *Lyng v. Castillo*, 477 U.S. 635, 638 (1986) (*historiek van discriminatie*); *Plyler v. Doe*, 457 U.S. 202, 233 (1982) (*politieke machteloosheid*); *Craig v. Boren*, 429 U.S. 190, 197 (1976); *Obergefell v. Hodges*, 576 U.S. 644, 8 (2015) (*onveranderlijkheid van kenmerken*). M. STRAUSS, "Reevaluating Suspect Classifications", *Seattle University Law Review* 2011, vol. 135, 138-140; E. CHEMERINSKY, *Constitutional law*, 9th edition, Aspen Publishing, 2023, 622-623; R. HOLOSZYC-PIMENTEL, "Rational Basis Review : When does rational basis bite?", *New York University Law Review* 2015, vol. 90, 6, 2079, 2081-2082 en 2085.

⁷⁹ U.S. Constitution Annotated, "Amdt14.S1.8.11 Sexual Orientation-Based Classifications", https://constitution.congress.gov/browse/essay/amdt14-S1-8-11/ALDE_00000837/; J. K. GOLDSTEIN, "Teaching the Transformative Fourteenth Amendment", *Saint Louis University Law Journal* 2018, vol. 62, 3, 596-597.

⁸⁰ E. CHEMERINSKY, *Constitutional law*, 9th edition, Aspen Publishing, 2023, 611.

3.2.1. Drie toetsingsniveaus in de Amerikaanse jurisprudentie

Het Amerikaanse grondwettelijk recht kent drie gradaties van rechterlijke toetsing: rational basis test, intermediate scrutiny en de strict scrutiny. Elk van deze niveaus beoordeelt in essentie de doelstelling van een wet of overheidsmaatregel, alsook de geschiktheid van de aangewende middelen om dat doel te bereiken.⁸¹ Hieronder worden de verschillende toetsingsniveaus afzonderlijk besproken.

3.2.1.1. Strict scrutiny

Strict scrutiny is de meest stringente vorm van rechterlijke toetsing. Deze toets wordt toegepast bij classificaties op grond van ras of nationale afkomst, en bij de mogelijke aantasting van fundamentele grondrechten. In dat laatste geval hoeft de vereiste van verdachtheid (*suspect classification*) niet afzonderlijk te worden vastgesteld. Om deze toets te doorstaan, moet de betwiste norm noodzakelijk zijn om een dwingend overheidsdoel (*compelling governmental purpose*) te verwezenlijken. De noodzakelijkheidseis houdt in dat het nagestreefde doel niet op een minder ingrijpende wijze kan worden bereikt. Daarnaast moet de norm nauwkeurig zijn afgestemd op dat doel (*narrowly tailored*). Wetten of maatregelen die aan deze toetsingsvorm worden onderworpen, gelet op deze strenge vereisten, worden doorgaans ongrondwettelijk verklaard.⁸²

3.2.1.2. Intermediate scrutiny

Intermediate scrutiny is de tussenliggende vorm van rechterlijke toetsing. Deze wordt voornamelijk toegepast op classificaties op grond van geslacht. Geslachtsclassificaties worden beschouwd als quasi-suspect en genieten daardoor een verhoogde bescherming. Om deze toets te doorstaan, moet de betrokken norm in substantiële mate verband houden (*substantially related*) met een belangrijk overheidsdoel (*important government interest*).⁸³

In de context van huwelijkswetgeving wordt wel eens betoogd dat een verbod op het homohuwelijk een classificatie op grond van geslacht impliceert. Het geslacht van de partner bepaalt immers of men al dan niet toegang krijgt tot het huwelijk. Een dergelijk

⁸¹ *Ibid.*

⁸² U.S. Const. Annotated, "Amdt14.S1.8.1.1 Overview of Race-Based Classifications", https://constitution.congress.gov/browse/essay/amdt14-S1-8-1-1/ALDE_00000816/; Zie MITTEN et. al., op cit., supra nr. 6, 271-272; E. CHEMERINSKY, *Constitutional law, 9th edition*, Aspen Publishing, 2023, 640-641.

⁸³ U.S. Const. Annotated, "Amdt14.S1.8.8.3 General Approach to Gender Classifications", https://constitution.congress.gov/browse/essay/amdt14-S1-8-8-3/ALDE_00000832/; E. CHEMERINSKY, *Constitutional law, 9th edition*, Aspen Publishing, 2023, 740-741; Craig v. Boren, 429 U.S. 190, 197-198 (1976); Zie MITTEN et. al., op cit., supra nr. 6, 274-275.

argument is niet zonder belang, gelet op het verhoogde toezicht dat op geslachtsclassificaties van toepassing is. Hoewel dit standpunt ongetwijfeld verdedigbaar is, heeft het Hoogerechtshof deze redenering niet aanvaard.⁸⁴

3.2.1.3. Rational basis

De rational basis test vormt het laagste niveau van rechterlijke toetsing. Het is de minimale vorm van rechterlijke controle waaraan elke wet of overheidsmaatregel, die wordt betwist onder de *Equal Protection Clause* maar waarvoor geen verhoogd toezicht geldt, moet voldoen. Classificaties op grond van onder meer seksuele geaardheid, handicap of leeftijd worden in beginsel aan deze toets onderworpen. Deze toezichtsvorm vereist dat de wet in rationeel verband staat (*rationally related*) tot een legitiem overheidsdoel (*legitimate government purpose*).⁸⁵ Met deze eis waarborgt het Hoogerechtshof dat wettelijke classificaties niet louter worden gecreëerd met de bedoeling bepaalde groepen te benadelen.⁸⁶

In de rechtsleer wordt de rational basis test omschreven als de meest terughoudende, en soms zelfs zinloze, vorm van rechterlijk toezicht.⁸⁷ Dit heeft ermee te maken dat normen onder deze standaard enkel rationeel hoeven te zijn; er wordt niet vereist dat de maatregel nauw aansluit bij het nagestreefde doel.⁸⁸ Zelfs wanneer voor de betrokken norm geen duidelijke of concrete rechtvaardiging wordt aangevoerd ter motivering van de gemaakte classificatie, kan de maatregel toch standhouden. Zolang het Hoogerechtshof zich maar enig denkbaar belang kan voorstellen ter ondersteuning van de maatregel, volstaat dit om te voldoen aan de vereiste van een legitiem overheidsdoel.⁸⁹ Het Hoogerechtshof hoeft zich hierbij niet te beperken tot de motieven die daadwerkelijk door de wetgever zijn

⁸⁴ A. LAMPARELLO, "Obergefell v. Hodges: How the Supreme Court Should Have Decided the Case", *Constitutional Law Journal* 2016, vol. 7, 1, 32-33; R. J., "Reframing the Argument: Sexual Orientation Discrimination as Sex Discrimination under Equal Protection", *Georgetown Journal of Gender and the Law*, vol. 20, no. 1, 2018, 53; N. D. HUNTER, "The Sex Discrimination Argument in Gay Rights Cases", *Georgetown Journal of Law and Policy* 2001, 399-400.

⁸⁵ E. CHERMERINSKY, *Constitutional law*, 9th edition, Aspen Publishing, 2023, 789-790 en 794; U.S. Constitution Annotated, "Amdt14.S1.8.11 Sexual Orientation-Based Classifications", https://constitution.congress.gov/browse/essay/amdt14-S1-8-11/ALDE_00000837/; U.S. Const. Annotated, "Amdt14.S1.8.1.2 Equal Protection and Rational Basis Review Generally", https://constitution.congress.gov/browse/essay/amdt14-S1-8-1-2/ALDE_00000817/; Zie MITTEN et. al., op cit., supra nr. 6, 305; M. STRAUSS, "Reevaluating Suspect Classifications", *Seattle University Law Review* 2011, vol. 135, 135-136.

⁸⁶ *Romer v. Evans*, 517 U.S. 620, 633 (1996).

⁸⁷ K. R. EYER, The Canon of Rational Basis Review, *Notre Dame Law Review* 2018, vol. 93, 3, 1319; K. YOSHINO, "Why the court can strike down marriage restrictions under rational-basis review", *N.Y.U Review of Law & Social Change* 2013, vol. 37, 331; E. CHERMERINSKY, *Constitutional law*, 9th edition, Aspen Publishing, 2023, 622-623.

⁸⁸ M. C. DORF en T. W. Morrison, *Oxford introductions to U.S. law: Constitutional Law*, Oxford University Press, 2010, 155; K. YOSHINO, "Why the court can strike down marriage restrictions under rational-basis review", *N.Y.U Review of Law & Social Change* 2013, vol. 37, 331-332.

⁸⁹ M. C. DORF en T. W. Morrison, *Oxford introductions to U.S. law: Constitutional Law*, Oxford University Press, 2010, 155; K. YOSHINO, "Why the court can strike down marriage restrictions under rational-basis review", *N.Y.U Review of Law & Social Change* 2013, vol. 37, 331-331.

genoemd, maar mag ook hypothetische of ex-post bedachte doelstellingen in aanmerking nemen. Doorgaans wordt elke denkbare doelstelling aanvaard, zolang deze niet in strijd is met de Grondwet. *De facto* volstaat dus elk redelijkerwijs voorstelbaar legitiem belang, ongeacht of dit het werkelijke doel van de wetgever was. Het toetsingskader vereist geen bewijs dat het voorgestelde doel daadwerkelijk ten grondslag lag aan de maatregel; het volstaat dat de classificatie in theorie een legitiem overheidsdoel kan dienen.⁹⁰

Ook ten aanzien van de gebruikte middelen stelt het Hooggerechtshof zich onder de rational basis test bijzonder terughoudend op. Classificaties kunnen immers geldig worden verklaard, zelfs wanneer zij over- of onderinclusief zijn.⁹¹ Van onderinclusiviteit is sprake wanneer een maatregel niet wordt toegepast op iedereen die zich in vergelijkbare omstandigheden bevindt, waardoor bepaalde individuen onterecht buiten de regeling vallen. Omgekeerd spreekt men van overinclusiviteit wanneer een maatregel een bredere groep treft dan strikt noodzakelijk is om het beoogde doel te bereiken.⁹²

De rational basis test vertrekt dus duidelijk vanuit een sterk vermoeden van wettigheid. Het rechterlijk toezicht onder deze toetsingsvorm is er dan ook op gericht om wetgevers een zo ruim mogelijke discretionaire beoordelingsvrijheid te laten.⁹³ Deze vrijheid strekt zich zowel uit tot de keuze van doelstellingen als tot de middelen die worden ingezet om deze te realiseren.⁹⁴ In beginsel zal een maatregel enkel ongeldig worden verklaard indien sprake is van een kennelijk onjuiste norm, een arbitraire machtsuitoefening of een volledig gebrek aan beoordeling.⁹⁵ Zelfs wanneer een maatregel als ondoordacht of zwak gemotiveerd wordt beschouwd, kan deze alsnog grondwettig worden geacht en de rational basis test doorstaan.⁹⁶ Niettemin is het belangrijk te benadrukken is dat, ook al gaat het om een uiterst terughoudende vorm van rechterlijke toetsing, dit geenszins betekent dat elke vorm van rechterlijke controle wordt uitgesloten. De toetsing, hoewel zeer beperkt en mild, laat ruimte voor het Hooggerechtshof om in uitzonderlijke gevallen waarin sprake is van manifest onredelijk optreden, toch in te grijpen.⁹⁷

⁹⁰ E. CHERMERINSKY, *Constitutional law*, 9th edition, Aspen Publishing, 2023, 622-623; K. YOSHINO, "Why the court can strike down marriage restrictions under rational-basis review", *N.Y.U Review of Law & Social Change* 2013, vol. 37, 331-333; R. C. FARRELL, "Equal Protection Rational Basis Cases in the Supreme Court since *Romer v. Evans*", *Georgetown Journal of Law & Public Policy* 2016, vol. 14, 2, 442-443.

⁹¹ R. HOLOSZYC-PIMENTEL, "Rational Basis Review : When does rational basis bite?", *New York University Law Review* 2015, vol. 90, 6, 2075.

⁹² E. CHERMERINSKY, *Constitutional law*, 9th edition, Aspen Publishing, 2023, 623.

⁹³ K. YOSHINO, "Why the court can strike down marriage restrictions under rational-basis review", *N.Y.U Review of Law & Social Change* 2013, vol. 37, 333 ; R. C. FARRELL "Equal Protection Rational Basis Cases in the Supreme Court since *Romer v. Evans*", *Georgetown Journal of Law & Public Policy* 2016, vol. 14, 2, 442-443 ; *Romer v. Evans*, 517 U.S. 620, 632 (1996).

⁹⁴ E. CHERMERINSKY, *Constitutional law*, 9th edition, Aspen Publishing, 2023, 621.

⁹⁵ *Ibid.*, 623.

⁹⁶ *Ibid.*, 617-618.

⁹⁷ K. YOSHINO, "Why the court can strike down marriage restrictions under rational-basis review", *N.Y.U Review of Law & Social Change* 2013, vol. 37, 333.

4. Rechtspraak inzake de bescherming tegen discriminatie op grond van seksuele geaardheid

Hieronder wordt de jurisprudentie van het Hof van Justitie en het Amerikaanse Hooggerechtshof uiteengezet. De nadruk ligt op elementen die relevant zijn voor het beantwoorden van de onderzoeksvraag. Eerst komt de Europese rechtspraak aan bod, vervolgens die van het Amerikaanse Hooggerechtshof.

4.1. Jurisprudentie van het Hof van Justitie

4.1.1. *Maruko, Jürgen Römer, en Hay*

4.1.1.1. *Maruko (C-267/06)*

De zaak *Maruko* betrof een geschil over de weigering van een weduwnaarspensioen in het kader van een verplichte beroepspensioenregeling.⁹⁸ Deze uitkering was volgens de toepasselijke Duitse regeling uitsluitend voorbehouden aan gehuwde personen. Aangezien de heer Maruko een geregistreerd partnerschap had gesloten met zijn partner van hetzelfde geslacht, werd hem het recht op deze uitkering ontzegd.⁹⁹ De verwijzende rechter wenste te vernemen of Richtlijn 2000/78/EG op deze situatie van toepassing was.¹⁰⁰ Indien dat het geval was, diende vervolgens te worden onderzocht of de richtlijn zich verzet tegen nationale bepalingen die personen onderscheiden op grond van hun burgerlijke staat.¹⁰¹

Volgens artikel 3, lid 1, onder c), is Richtlijn 2000/78/EG van toepassing op arbeidsvoorwaarden, met inbegrip van beloning. Uitgesloten zijn daarentegen voordelen die voortvloeien uit sociale zekerheidsregelingen of daarmee gelijkgestelde regelingen.¹⁰² De kwalificatie van het beroepspensioen was daarom doorslaggevend voor het toepassingsgebied.¹⁰³ Het Hof verduidelijkte dat het begrip "beloning" ruim moet worden geïnterpreteerd. Het omvat zowel het basis- of minimumloon als andere voordelen in geld of in natura die een werknemer ontvangt krachtens zijn dienstbetrekking. Het moment van toekenning, tijdens of na de tewerkstelling, is daarbij niet relevant.¹⁰⁴ Aangezien het weduwnaarspensioen in casu als beloning kon worden aangemerkt, viel de Duitse regeling binnen het materiële toepassingsgebied van de richtlijn.¹⁰⁵

⁹⁸ Hof van Justitie 1 april 2008, *Maruko*, C-267/06, ECLI:EU:C:2008:179, overweging 2.

⁹⁹ *Ibid.*, overweging 22.

¹⁰⁰ *Ibid.*, overweging 24.

¹⁰¹ *Ibid.*, overweging 27 *juncto* 30-31.

¹⁰² Considerans 13 van Richtlijn 2000/78/EG.

¹⁰³ Hof van Justitie 1 april 2008, *Maruko*, C-267/06, ECLI:EU:C:2008:179, overweging 40-42.

¹⁰⁴ *Ibid.*, overweging 43-44.

¹⁰⁵ *Ibid.*, overweging 45 *juncto* 56.

Wat betreft de mogelijkheid om krachtens nationaal recht een onderscheid te maken op grond van de burgerlijke staat van personen, hanteert het Hof een tweestapsredenering. Enerzijds erkent het dat de regeling van de burgerlijke staat tot de bevoegdheid van de lidstaten behoort en dat het Unierecht daaraan geen afbreuk mag doen. Anderzijds blijven de lidstaten, ook bij de uitoefening van hun eigen bevoegdheden, gebonden aan het Unierecht, waaronder het discriminatieverbod.¹⁰⁶ De verwijzende rechter moet de betreffende nationale bepaling dan ook binnen deze context toetsen.¹⁰⁷

Bij de beoordeling van het eventuele bestaan van discriminatie moet volgens het Hof worden nagegaan of de situatie van gehuwden en geregistreerde partners vergelijkbaar is ten aanzien van het recht op een weduwnaarspensioen. Alleen indien deze situaties juridisch vergelijkbaar zijn, en er geen objectieve rechtvaardiging bestaat voor het verschil in behandeling, kan sprake zijn van discriminatie.¹⁰⁸

De verwijzende rechter had aangegeven dat de betrokken lidstaat een duurzame samenlevingsvorm had ingevoerd voor koppels van hetzelfde geslacht, hoewel het homohuwelijk destijds nog niet mogelijk was.¹⁰⁹ Ook werd opgemerkt dat het geregistreerde partnerschap in toenemende mate convergeerde met het huwelijk. Hierdoor kon worden aangenomen dat gehuwde koppels en geregistreerde partners zich in een vergelijkbare situatie bevonden met betrekking tot het recht op een weduwnaarspensioen.¹¹⁰ Daarom oordeelde het Hof dat, indien de verwijzende rechter in casu zou beslissen dat sprake was van vergelijkbaarheid tussen de situaties, overlevende geregistreerde partners op dit punt ongunstiger zouden worden behandeld dan overlevende echtgenoten. Het Hof ging zelfs een stap verder en stelde dat dit, bij gebreke aan een objectieve rechtvaardiging, directe discriminatie op grond van seksuele geaardheid zou vormen in de zin van de richtlijn.¹¹¹

4.1.1.2. Jürgen Römer (C-147/08)

De zaak *Jürgen Römer* betrof een geschil over de toekenning van een aanvullend ouderdomspensioen.¹¹² De heer Römer, die als administratief medewerker werkzaam was tot hij arbeidsongeschikt werd, had een geregistreerd partnerschap gesloten met zijn partner van hetzelfde geslacht. Op basis daarvan verzocht hij om een herberekening van

¹⁰⁶ *Ibid.*, overweging 59.

¹⁰⁷ *Ibid.*, overweging 62.

¹⁰⁸ *Ibid.*, overweging 65-66.

¹⁰⁹ *Ibid.*, overweging 67.

¹¹⁰ *Ibid.*, overweging 69.

¹¹¹ *Ibid.*, overweging 71-72.

¹¹² HvJ 10 mei 2011, Römer, C-147/08, ECLI:EU:C:2011:286, overweging 2.

zijn pensioen.¹¹³ Dit verzoek werd geweigerd, aangezien het desbetreffende voordeel uitsluitend was voorbehouden aan gehuwden.¹¹⁴ Naar analogie van *Maruko* moest het Hof oordelen of Richtlijn 2000/78/EG op een dergelijke geval van toepassing was, en of het onderscheid verenigbaar was met het Unierecht.¹¹⁵ In het bijzonder wilde de verwijzende rechter weten of dit verschil in behandeling tussen geregistreerde partners en gehuwden kon worden gerechtvaardigd, dan wel in strijd was met het discriminatieverbod op grond van seksuele geaardheid.¹¹⁶

Krachtens zijn redenering in *Maruko* bevestigde het Hof dat een aanvullend ouderdomspensioen kwalificeert als beloning in de zin van artikel 3, lid 1, onder c) van de Richtlijn. Daarmee viel de regeling binnen de materiële werkingssfeer van de Richtlijn.¹¹⁷ Net als in *Maruko* moest worden onderzocht of beide categorieën, met name gehuwden en homopartners¹¹⁸, zich in vergelijkbare situaties bevonden ten aanzien van de toekenning van het aanvullend pensioen. Volgens het Hof moet dit oordeel plaatsvinden binnen de specifieke context en *in concreto*.¹¹⁹ Hierbij is dus geen volledige gelijkstelling tussen het huwelijk en het geregistreerd partnerschap vereist, maar wel vergelijkbaarheid in de context van de desbetreffende uitkering.¹²⁰

De lidstaat had in casu een alternatieve samenlevingsvorm gecreëerd voor koppels van hetzelfde geslacht, aangezien het huwelijk voor hen op dat moment niet mogelijk was. Volgens de verwijzende rechter convergeerden beide samenlevingsvormen geleidelijk, waardoor juridisch gezien geen significante verschillen meer bestonden. Het enige wezenlijke verschil was het geslacht van de partner, wat de mogelijkheid tot huwelijkstoetreding beïnvloedde.¹²¹ Het onderscheid, en bijgevolg de ongunstigere behandeling, had niet te maken met economische, financiële of familiale overwegingen, maar was enkel gebaseerd op het geslacht van de partner.¹²² Daarom oordeelde het Hof dat, indien de verwijzende rechter van oordeel was dat de situatie van gehuwden en geregistreerde partners ten aanzien van het pensioensvoordeel vergelijkbaar was, een

¹¹³ *Ibid.*, overweging 22.

¹¹⁴ *Ibid.*, overweging 23.

¹¹⁵ *Ibid.*, overweging 28.

¹¹⁶ *Ibid.*, overweging 37.

¹¹⁷ *Ibid.*, overweging 32-33.

¹¹⁸ Met de term 'homopartners' wordt in deze masterproef verwezen naar partners van hetzelfde geslacht die een wettelijke samenlevingsvorm zijn aangegaan, zoals in casu een geregistreerd partnerschap.

¹¹⁹ HvJ 10 mei 2011, Römer, C-147/08, ECLI:EU:C:2011:286, overweging 42. Merk op dat het Hof, hoewel het dit in de zaak *Maruko* niet expliciet verwoordde, de beoordeling op die manier heeft uitgevoerd. In plaats van de regelingen inzake huwelijk en geregistreerd partnerschap *in abstracto* te vergelijken, richtte het Hof zich specifiek op de toenemende gelijkenis tussen beide in het Duitse recht, in het bijzonder met betrekking tot de regeling van het weduwnaarspensioen. Hof van Justitie 1 april 2008, *Maruko*, C-267/06, ECLI:EU:C:2008:179, overweging 67-73.

¹²⁰ HvJ 10 mei 2011, Römer, C-147/08, ECLI:EU:C:2011:286, overweging 42-43.

¹²¹ *Ibid.*, overweging 44-45.

¹²² *Ibid.*, overweging 49-50.

dergelijk verschil in behandeling niet toegelaten was, en dat dit op grond van seksuele geaardheid directe discriminatie zou kunnen uitmaken.¹²³

Daarbij voegde het Hof eraan toe dat het beginsel van gelijke behandeling, zelfs in afwachting van een wetswijziging, moet worden gevrijwaard. Nationale rechters moeten nationale bepalingen die strijdig zijn met het Unierecht buiten toepassing laten, zelfs indien wetswijzigingen nog niet werden doorgevoerd. Men kan zich er echter pas op beroepen vanaf het verstrijken van de omzettingstermijn van Richtlijn 2000/78/EG.¹²⁴ In dit verband herinnerde het Hof eraan dat het beginsel van non-discriminatie op grond van seksuele geaardheid enkel toepassing vindt wanneer de situatie in kwestie binnen de werkingssfeer van het Unierecht valt.¹²⁵

4.1.1.3. *Hay (C-267/12)*

In *Hay* draaide het geschil om de weigering van bepaalde arbeidsvoordelen, namelijk bijzondere verlofdagen en een toeslag ter gelegenheid van een huwelijk, die krachtens een collectieve arbeidsovereenkomst uitsluitend voorbehouden waren aan gehuwde werknemers. Aangezien het homohuwelijk in de lidstaat in kwestie op dat moment niet toegestaan was, kon de heer Hay, die een samenlevingsovereenkomst had gesloten met zijn partner van hetzelfde geslacht, deze voordelen niet verkrijgen.¹²⁶ Analoog aan *Maruko* en *Jürgen Römer* werd gevraagd naar de toepasselijkheid en verenigbaarheid van deze beperking met Richtlijn 2000/78/EG.¹²⁷

Wat het toepassingsgebied betreft, doet de omstandigheid dat het gaat om een bepaling uit een collectieve arbeidsovereenkomst, geen afbreuk aan de toepassing van de richtlijn. Ook sociale partners, wanneer zij een materie regelen die binnen de werkingssfeer van de Richtlijn valt, moeten deze in acht nemen.¹²⁸ Omdat het hier ging om de toekenning van arbeidsvoordelen, die onder artikel 3, lid 1, onder c) vallen, was de richtlijn van toepassing.¹²⁹

Wat de verenigbaarheid van het onderscheid op grond van burgerlijke staat betreft, diende de vergelijkbaarheid van de situaties tussen gehuwden en homopartners specifiek te worden beoordeeld ten aanzien van de toekenning van de arbeidsvoordelen.¹³⁰ Ook hier

¹²³ *Ibid.*, overweging 52.

¹²⁴ *Ibid.*, overweging 64.

¹²⁵ *Ibid.*, overweging 60. Dit vormt een bevestiging van het arrest *Bartsch* (zie supra, op pagina 15). Hof van Justitie 23 september 2008, *Bartsch*, C-427/06, ECLI:EU:C:2008:51, overweging 16-18.

¹²⁶ HvJ 12 December 2013, *Hay*, C-267/12, ECLI:EU:C:2013:823, overweging 2 *juncto* 16.

¹²⁷ *Ibid.*, overweging 25.

¹²⁸ *Ibid.*, overweging 27.

¹²⁹ *Ibid.*, overweging 28.

¹³⁰ *Ibid.*, overweging 32-33.

hoeft niet te worden beoordeeld of deze samenlevingsvormen volledig met elkaar gelijkgesteld kunnen worden.¹³¹ Uit de verwijzingsbeslissing bleek dat, net als het huwelijk, een samenlevingsovereenkomst een juridisch kader bood waarin partners elkaar wederzijdse bijstand en ondersteuning verschuldigd zijn. Bovendien was deze samenlevingsvorm op dat moment de enige beschikbare rechtsvorm voor koppels van hetzelfde geslacht, aangezien het homohuwelijk toen niet werd toegelaten.¹³²

Daarom oordeelde het Hof dat, wanneer blijkt dat koppels van hetzelfde geslacht zich in vergelijkbare omstandigheden bevinden met betrekking tot de desbetreffende arbeidsvoordelen en zij desondanks worden uitgesloten op grond van hun burgerlijke staat, sprake is van directe discriminatie.¹³³ Dat de benadeling formeel steunt op de burgerlijke staat en niet uitdrukkelijk op seksuele geaardheid, doet niets af aan de kwalificatie van de discriminatievorm. In een context waarin het huwelijk uitsluitend openstaat voor koppels van verschillend geslacht, leidt het voorbehoud van voordelen aan gehuwden er immers toe dat homopartners systematisch worden uitgesloten.¹³⁴

Wat betreft de mogelijkheid tot rechtvaardiging van deze discriminatievorm, wees het Hof erop dat directe discriminatie slechts kan worden gerechtvaardigd op basis van de uitzonderingsgronden uit artikel 2, lid 5 van de richtlijn. Daaronder vallen bepaalde zwaarwegende belangen, zoals de openbare veiligheid, de bescherming van de volksgezondheid of de handhaving van de openbare orde. Deze gronden moeten bovendien strikt worden geïnterpreteerd, aangezien het een afwijking vormt van het beginsel van het verbod op discriminatie.¹³⁵

4.1.1. Asociația Accept en NH

4.1.1.1. Asociația Accept (C-81/12)

De zaak *Asociația Accept* had betrekking op discriminerende publieke uitspraken van een persoon die, volgens maatschappelijke perceptie, als voetbalmanager werd beschouwd.¹³⁶ Hij verklaarde tijdens een interview dat de voetbalclub geen homoseksuele spelers zou aanwerven.¹³⁷ Hoewel deze persoon geen formele beslissingsbevoegdheid had en op dat moment geen aandeelhouder meer was, rees de vraag of dergelijke verklaringen onder het discriminatieverbod van Richtlijn 2000/78/EG kunnen vallen.¹³⁸ Indien de richtlijn in

¹³¹ *Ibid.*, overweging 34.

¹³² *Ibid.*, overweging 36.

¹³³ *Ibid.*, overweging 41.

¹³⁴ *Ibid.*, overweging 42 en 44.

¹³⁵ *Ibid.*, overweging 45-46.

¹³⁶ HvJ 25 april 2013, *Asociația Accept*, C-81/12, ECLI:EU:C:2013:275, overweging 25.

¹³⁷ *Ibid.*, overweging 2.

¹³⁸ *Ibid.*, overweging 24-26.

dergelijke gevallen bescherming biedt, wilde de verwijzende rechter ook weten of deze verklaringen kunnen worden beschouwd als feiten die krachtens artikel 10, lid 1, discriminatie kunnen doen vermoeden.¹³⁹

Wat betreft de toepassing van de richtlijn oordeelde het Hof dat deze ook in dergelijke situaties geldt, krachtens artikel 3, lid 1, onder a).¹⁴⁰ Het gegeven dat professionele voetballers niet op basis van traditionele aanwervingsprocedures worden aangeworven, verandert niets aan de toepassing ervan.¹⁴¹

Volgens het Hof is het niet vereist dat de persoon die de uitspraken deed formeel bevoegd is om namens de organisatie op te treden.¹⁴² Het vermoeden van discriminatie kan niet worden weerlegd om de reden dat degene die deze uitspraken deed, hoewel belangrijk lijkt te zijn, geen beslissingsmacht heeft binnen de organisatie.¹⁴³ Elementen die het vermoeden van discriminatie kunnen weerleggen zijn bijvoorbeeld een duidelijke publieke distantiëring of de opname van regels waarin het beginsel van gelijke behandeling duidelijk gewaarborgd wordt in het aanwervingsbeleid.¹⁴⁴ Ook is de publieke perceptie hierbij van belang.¹⁴⁵

Alle middelen van het recht kunnen worden aangewend om te bewijzen dat het aanwervingsbeleid op andere elementen steunt dan iemands seksuele geaardheid.¹⁴⁶ Tegelijkertijd is het niet vereist, teneinde het vermoeden van discriminatie te weerleggen, dat wordt aangetoond dat in het verleden een individu met een bepaalde seksuele geaardheid werd aangenomen, gelet op het feit dat dit kan leiden tot een inbreuk op de privacyrechten van die persoon.¹⁴⁷

4.1.1.2. NH (C-570/18)

Het arrest *NH* betreft een situatie die gelijkenissen vertoont met de zaak *Asociația Accept*. In *NH* ging het om stigmatiserende uitspraken over homoseksuele personen, geuit door een advocaat tijdens een radio-uitzending. Hij verklaarde onder meer dat hij deze nooit zou aannemen, noch met hen zou willen samenwerken. Het Hof van Justitie werd verzocht om de toepassing van richtlijn 2000/78/EG te verduidelijken. In het bijzonder werd aan

¹³⁹ *Ibid.*, overweging 40.

¹⁴⁰ *Ibid.*, overweging 28 *juncto* 44.

¹⁴¹ *Ibid.*, overweging 45.

¹⁴² *Ibid.*, overweging 47.

¹⁴³ *Ibid.*, overweging 49.

¹⁴⁴ *Ibid.*, overweging 41-42 *juncto* 58.

¹⁴⁵ *Ibid.*, overweging 51.

¹⁴⁶ *Ibid.*, overweging 55-56.

¹⁴⁷ *Ibid.*, overweging 57.

het Hof gevraagd of het begrip “*voorwaarden voor de toegang tot arbeid (...) of beroep*”, in de zin van artikel 3, lid 1, onder a), van de richtlijn, ook situaties kan omvatten waarin een persoon tijdens een publieke uitzending zijn algemene afkeer uitspreekt ten aanzien van homoseksuele personen, zelfs wanneer er op dat moment geen lopende aanwervingsprocedure is.¹⁴⁸

Met betrekking tot het toepassingsgebied van de richtlijn verduidelijkte het Hof dat het begrip “*voorwaarden voor de toegang tot arbeid (...) of beroep*” moet worden begrepen als de omstandigheden of feiten die in aanmerking moeten worden genomen teneinde te bepalen of een persoon toegang krijgt tot een bepaalde tewerkstelling of tot de uitoefening van een specifiek beroep.¹⁴⁹ Daarenboven moet ook rekening worden gehouden met de doelstelling van de richtlijn.¹⁵⁰ Richtlijn 2000/78/EG heeft tot doel “*een algemeen kader te creëren voor de bestrijding van discriminatie*” teneinde het beginsel van gelijke behandeling in de lidstaten te garanderen.¹⁵¹ Zodoende tracht de richtlijn een doeltreffende rechtsbescherming te bieden.¹⁵² Het Hof merkt bovendien op dat de richtlijn, voor het domein van arbeid en beroep, het beginsel van non-discriminatie uit artikel 21, lid 1, van het Handvest concretiseert.¹⁵³ Gelet op deze doeleinden, de rechten die de richtlijn beoogt te beschermen en de fundamentele waarden waarop zij is gebaseerd, mag het begrip uit artikel 3, lid 1, onder a), niet restrictief worden geïnterpreteerd.¹⁵⁴

Op basis van deze redenering oordeelde het Hof dan ook dat openbare verklaringen over een aanwervingsbeleid onder het toepassingsgebied van de richtlijn kunnen vallen, zelfs wanneer de betrokken aanwerving niet verloopt via klassieke aanwervingsprocedures.¹⁵⁵ Naar analogie met het arrest *Asociația Accept* verhindert het gegeven dat de persoon die de uitspraken deed niet bevoegd is om de organisatie of werkgever te binden of te vertegenwoordigen, de toepassing van de richtlijn niet.¹⁵⁶ Ook belemmert het feit dat er op het moment van de uitspraak geen actieve aanwervingsonderhandelingen waren de toepassing niet.¹⁵⁷ Wanneer het toepassingsgebied van de richtlijn immers afhankelijk zou worden gesteld van het bestaan van een lopende aanwervingsprocedure, zou de essentie van de geboden bescherming teniet kunnen gaan.¹⁵⁸

¹⁴⁸ HvJ 23 april 2020, NH, C-507/18, ECLI:EU:C:2020:289, overweging 28-29.

¹⁴⁹ *Ibid.*, overweging 33.

¹⁵⁰ *Ibid.*, overweging 34.

¹⁵¹ Artikel 1 van Richtlijn 2000/78/EG.

¹⁵² HvJ 23 april 2020, NH, C-507/18, ECLI:EU:C:2020:289, overweging 36.

¹⁵³ *Ibid.*, overweging 38.

¹⁵⁴ *Ibid.*, overweging 39.

¹⁵⁵ *Ibid.*, overweging 40.

¹⁵⁶ *Ibid.*, overweging 41.

¹⁵⁷ *Ibid.*, overweging 42.

¹⁵⁸ *Ibid.*, overweging 54.

De omstandigheid dat de persoon de werkgever niet kan binden of vertegenwoordigen bij aanwervingsbeslissingen, is niet doorslaggevend voor het materiële toepassingsgebied van de richtlijn.¹⁵⁹ Wat wél van belang is, is dat die verklaringen, teneinde binnen de werkingssfeer van de richtlijn te vallen, daadwerkelijk verband houden met een aanwervingsbeleid van een specifieke werkgever. Dit verband mag niet louter hypothetisch zijn. Bij de beoordeling van de feiten moet de nationale rechter rekening houden met elementen zoals de inhoud van de verklaringen, de context waarin deze werden gedaan en de hoedanigheid van de persoon die ze uitte.¹⁶⁰ Met betrekking tot het laatste element volstaat dat de persoon feitelijk aanwervingsbeslissingen kan beïnvloeden of minstens door het brede publiek als zodanig wordt opgevat, ongeacht of deze daadwerkelijk over beslissingsbevoegdheid beschikt.¹⁶¹

In het licht van de vrijheid van meningsuiting stelde het Hof bij de interpretatie van de richtlijn dat aan dit recht geen afbreuk wordt gedaan, zelfs wanneer de toepassing van de richtlijn mogelijk tot een beperking ervan leidt.¹⁶² Beperkingen zijn immers noodzakelijk teneinde de beschermde groep, krachtens de richtlijn, te kunnen beschermen.¹⁶³ Dergelijke uitspraken kunnen individuen weerhouden om te solliciteren.¹⁶⁴ Bijgevolg kunnen deze uitspraken, zelfs al werden ze geuit binnen een entertainmentcontext en gaat het om een persoonlijke mening, niet worden onttrokken aan het toepassingsgebied van de richtlijn.¹⁶⁵

4.1.1. *Léger (C-528/13)*

Het geschil in *Léger* ging over de interpretatie van Richtlijn 2004/33/EG, waarin technische regels omtrent bloeddonoraties zijn opgenomen. De verwijzende rechter vroeg zich af of dergelijke donaties geweigerd kunnen worden op grond van het feit dat een man seksuele betrekkingen aanging met een andere man.¹⁶⁶ Gelet op het bestaan van het overdrachtsrisico op ernstige bloedoverdraagbare ziektes, wilde de rechter weten of dit risico voldoende is om mannen permanent uit te sluiten van bloeddonoraties, of er een beoordeling in concreto moet gebeuren waarbij een tijdelijke uitsluiting afhankelijk is van de risicoperiode.¹⁶⁷ Richtlijn 2004/33/EG maakt een duidelijk onderscheid tussen de permanente en de tijdelijke uitsluiting. Permanente uitsluitingen impliceren een hoger overdrachtsrisico en bijgevolg vereist een tijdelijke uitsluiting een minder groot

¹⁵⁹ *Ibid.*, overweging 43.

¹⁶⁰ *Ibid.*, overweging 43-44.

¹⁶¹ *Ibid.*, overweging 44.

¹⁶² *Ibid.*, overweging 47.

¹⁶³ *Ibid.*, overweging 53.

¹⁶⁴ *Ibid.*, overweging 55.

¹⁶⁵ *Ibid.*, overweging 56.

¹⁶⁶ HvJ 29 april 2015, *Léger*, C-528/13, ECLI:EU:C:2015:288, overweging 1-2.

¹⁶⁷ *Ibid.*, overweging 29.

overdrachtsrisico.¹⁶⁸ Aangezien de Richtlijn niet bepaalt wie beschouwd wordt als risicogroep, beschikt elke lidstaten over een beoordelingsmarge.¹⁶⁹

Omdat de nationale maatregel het Unierecht uitvoert, en de maatregel een onderscheid maakt op grond van de seksuele geaardheid van de persoon, toetste het Hof van Justitie de maatregel aan artikel 21, lid 1 van het Handvest.¹⁷⁰ Het Hof stelt hierbij dat discriminatie op grond van seksuele geaardheid is verboden, en dat de bepaling bovendien een bijzondere uitdrukking vormt van het beginsel van gelijke behandeling. Dit beginsel is een algemeen Unierechtelijk beginsel en wordt verankerd in artikel 20 van het Handvest.¹⁷¹

Wanneer een uitsluitingsmaatregel specifiek gericht is op mannen die seksuele betrekkingen hebben met mannen, worden zij ongunstiger behandeld dan heteroseksuele mannen. Daarom kan deze situatie discriminatie op grond van seksuele geaardheid vormen in de zin van artikel 21, lid 1 van het Handvest.¹⁷² Echter, kan een ongelijke behandeling alsnog gerechtvaardigd worden op grond van artikel 52, lid 1 van het Handvest.¹⁷³ Hieruit volgt dat de beperking bij wet moet worden bepaald en dat een doelstelling van algemeen belang moet worden nagestreefd. Ook moet de maatregel de evenredigheidstoets doorstaan. Essentieel is dat de wezenlijke inhoud van het recht gewaarborgd blijft.¹⁷⁴

Wat betreft de eerste voorwaarde, aanvaardde het Hof de nagestreefde doelstelling, aangezien de nationale maatregel de volksgezondheid beoogde te beschermen, in het bijzonder door de overdraagbaarheid van ziektes bij bloeddonoraties te minimaliseren.¹⁷⁵

Wat de evenredigheidstoets betreft, wees het Hof erop dat de beperking slechts gerechtvaardigd kan worden indien de noodzakelijkheid ervan wordt aangetoond. Dit is het geval wanneer een hoog beschermingsniveau van de gezondheid van bloedontvangers niet kan worden gegarandeerd via alternatieve, minder ingrijpende maar tegelijk doeltreffende methoden zoals bijvoorbeeld detectietechnieken voor hiv.¹⁷⁶ Alleen wanneer aan de noodzakelijkheidsvereiste is voldaan, kan volgens het Hof een permanente uitsluiting bij bloeddonoraties worden gerechtvaardigd.¹⁷⁷ Hoewel het oordeel hierover aan de nationale rechter wordt overgelaten, wees het Hof op het bestaan van minder ingrijpende alternatieven, zoals bijvoorbeeld gerichte vragenlijsten of individuele

¹⁶⁸ *Ibid.*, overweging 36-38.

¹⁶⁹ *Ibid.*, overweging 39.

¹⁷⁰ *Ibid.*, overweging 46-48.

¹⁷¹ *Ibid.*, overweging 48.

¹⁷² *Ibid.*, overweging 49-50.

¹⁷³ *Ibid.*, overweging 51.

¹⁷⁴ *Ibid.*, overweging 52 *juncto* 55.

¹⁷⁵ *Ibid.*, overweging 56-57.

¹⁷⁶ *Ibid.*, overweging 59.

¹⁷⁷ *Ibid.*, overweging 65.

gesprekken, waarmee eventuele gezondheidsrisico's of risicovolle periodes kunnen worden vastgesteld.¹⁷⁸ Het Hof benadrukte dat, zelfs indien seksueel gedrag als risicovol wordt beschouwd, dit niet automatisch betekent dat er geen minder ingrijpende, maar tegelijk doeltreffende detectiemethoden kunnen bestaan ter bescherming van de gezondheid van bloedontvangers.¹⁷⁹

4.1.1. *Coman en Pancharevo*

4.1.1.1. *Coman (C-673/16)*

Het geschil in *Coman* situeert zich binnen het vrij verkeer van personen binnen de Europese Unie.¹⁸⁰ *Coman*, een Roemeense onderdaan, huwde in België met zijn Amerikaanse partner van hetzelfde geslacht.¹⁸¹ Wanneer het echtpaar naar Roemenië wilde verhuizen, werden verblijfsrechten aan de echtgenoot van *Coman* geweigerd, omdat het homohuwelijk niet werd erkend.¹⁸² Daarom wenste de verwijzende rechter te weten of, in een situatie waarin een Unieburger zijn mobiliteitsrechten uitoefent en wenst terug te keren naar zijn lidstaat van oorsprong, verblijfsrechten aan de echtgenoot van hetzelfde geslacht kunnen worden geweigerd, enkel omdat die lidstaat het homohuwelijk niet erkent.¹⁸³

De Burgerschapsrichtlijn, die de mobiliteitsrechten van EU-burgers concretiseert, kon in dit geval niet worden toegepast omdat de heer *Coman* terugkeerde naar zijn eigen lidstaat.¹⁸⁴ Dit betekent echter niet dat het geschil volledig aan de Europese werkingssfeer wordt onttrokken. Indien er een aanknopingspunt met het Unierecht bestaat, wat in casu het geval was, valt de situatie alsnog binnen die werkingssfeer.¹⁸⁵ Ook al kunnen er geen afgeleide verblijfsrechten aan de Burgerschapsrichtlijn worden ontleend, kunnen deze alsnog voortvloeien uit artikel 21, lid 1 VWEU.¹⁸⁶ Het Hof beklemtoonde dat, wanneer een Unieburger een gezinsleven opbouwt of bestendigt in een andere lidstaat dan die waarvan hij de nationaliteit bezit, het nuttig effect van deze bepaling vereist dat dat gezinsleven ook bij terugkeer naar de lidstaat van herkomst kan worden voortgezet en dus wordt

¹⁷⁸ *Ibid.*, overweging 66-67.

¹⁷⁹ *Ibid.*, overweging 60.

¹⁸⁰ HvJ 5 juni 2018, *Coman*, C-673/16, ECLI:EU:C:2018:385, overweging 1-2.

¹⁸¹ *Ibid.*, overweging 9.

¹⁸² *Ibid.*, overweging 19.

¹⁸³ *Ibid.*, overweging 28.

¹⁸⁴ *Ibid.*, overweging 19; Richtlijn 2004/38/EG van het Europees Parlement en de Raad van 29 april 2004 betreffende het recht van vrij verkeer en verblijf op het grondgebied van de lidstaten voor de burgers van de Unie en hun familieleden, tot wijziging van Verordening (EEG) nr. 1612/68 en tot intrekking van Richtlijnen 64/221/EEG, 68/360/EEG, 72/194/EEG, 73/148/EEG, 75/34/EEG, 75/35/EEG, 90/364/EEG, 90/365/EEG en 93/96/EEG, *Pb. L.* 158/47 van 30 april 2004. In dit geval is de toepassing van Richtlijn 2004/38/EG uitgesloten op grond van artikel 3 van de richtlijn.

¹⁸⁵ Dit omdat het koppel reeds gebruik maakte van hun vrij verkeersrechten. HvJ 5 juni 2018, *Coman*, C-673/16, ECLI:EU:C:2018:385, overweging 28.

¹⁸⁶ *Ibid.*, overweging 21 *juncto* 23.

beschermde. Zo niet, dan vormt dit een belemmering van het recht op vrij verkeer, doordat de terugkeer naar zijn eigen lidstaat wordt ontmoedigd.¹⁸⁷

Gezien de heer Coman reeds gebruik maakte van zijn mobiliteitsrechten, kon hij zich beroepen op zijn hoedanigheid als Unieburger en de daaraan verbonden rechten krachtens artikel 21, lid 1 VWEU. Dit geldt ook ten aanzien van de lidstaat waarvan hij staatsonderdaan is.¹⁸⁸ Zodoende genieten Unieburgers onder andere het recht om een normaal gezinsleven te leiden, samen met hun gezinsleden, ook bij terugkeer naar de lidstaat van herkomst.¹⁸⁹

Op de vraag wie als echtgenoot wordt beschouwd, stelt het Hof van Justitie dat het een persoon betreft die door het huwelijk verbonden is met een andere persoon.¹⁹⁰ Het begrip is genderneutraal en omvat dus ook een echtgenoot van hetzelfde geslacht.¹⁹¹ Het Hof verduidelijkt voorts dat, in tegenstelling tot de invulling van het begrip “partner”, waarbij naar het nationale recht moet worden gekeken, de erkenning van een echtgenoot niet afhankelijk is van de voorwaarden van dat nationale recht.¹⁹² Bijgevolg kan een lidstaat zich dus niet beroepen op zijn nationale recht om zich te verzetten tegen de erkenning van een in een andere lidstaat gesloten homohuwelijk, met als uitsluitend doel afgeleide verblijfsrechten aan de derdelander te weigeren.¹⁹³

Omdat de staat van de persoon tot de bevoegdheid van de lidstaten behoort, zijn lidstaten vrij om het homohuwelijk al dan niet toe te staan naar hun nationale recht.¹⁹⁴ Toch blijven lidstaten, bij de uitoefening van hun bevoegdheden, gehouden om het Unierecht te waarborgen, met inbegrip van de vrij verkeersrechten van Unieburgers.¹⁹⁵ Wanneer de toekenning van verblijfsrechten afhankelijk zou worden gemaakt van het nationale huwelijksrecht, en meer bepaald van de erkenning van het homohuwelijk, zouden mobiliteitsrechten binnen de Unie per lidstaat variëren, wat het nuttig effect van artikel 21 VWEU ernstig ondermijnt.¹⁹⁶

De weigering om een wettig gesloten huwelijk te erkennen met het oog op de toekenning van verblijfsrechten, kan een belemmering vormen voor de uitoefening van de rechten die voortvloeien uit artikel 21, lid 1 VWEU. Dit kan ertoe leiden dat een Unieburger wordt

¹⁸⁷ *Ibid.*, overweging 24.

¹⁸⁸ *Ibid.*, overweging 31.

¹⁸⁹ *Ibid.*, overweging 32.

¹⁹⁰ *Ibid.*, overweging 34.

¹⁹¹ *Ibid.*, overweging 35.

¹⁹² *Ibid.*, overweging 36.

¹⁹³ *Ibid.*, overweging 36.

¹⁹⁴ *Ibid.*, overweging 37.

¹⁹⁵ *Ibid.*, overweging 38.

¹⁹⁶ *Ibid.*, overweging 39.

verhinderd om samen met zijn echtgenoot van hetzelfde geslacht terug te keren naar zijn lidstaat van herkomst.¹⁹⁷

Belemmeringen van het vrij verkeer kunnen in beginsel worden gerechtvaardigd wanneer zij steunen op redenen van algemeen belang en voldoen aan de evenredigheidstoets. Deze toets omvat drie deelaspecten: geschiktheid, noodzakelijkheid en proportionaliteit sensu stricto.¹⁹⁸ Aangezien de lidstaten zich in dit verband beriepen op de bescherming van hun traditionele huwelijksopvatting, zoals verankerd in hun Grondwet, onderzocht het Hof van Justitie de toelaatbaarheid van deze beperking.¹⁹⁹

In dit verband werd verwezen naar artikel 4, lid 2 VWEU, de zogenaamde nationale identiteitsclausule, met het oog op een mogelijke rechtvaardiging van de beperking op grond van de bescherming van de openbare orde.²⁰⁰ De openbare orde-exceptie moet volgens het Hof strikt worden geïnterpreteerd, aangezien zij een beperking vormt op fundamentele rechten en vrijheden. Slechts wanneer er sprake is van een *“werkelijke en voldoende ernstige bedreiging van een fundamenteel maatschappelijk belang”* kan een dergelijk rechtvaardigingsmotief worden aanvaard.²⁰¹

De verplichting voor een lidstaat om een wettelijk gesloten (homo)huwelijk te erkennen met het oog op de toekenning van verblijfsrechten voor een derdelander laat het nationale recht onverlet. Zij tast de bevoegdheid van die lidstaat om het huwelijk te definiëren niet aan, omdat het Unierecht geen verplichting oplegt om het homohuwelijk op te nemen in het nationale recht. Alleen moet, teneinde de vrij verkeersrechten te waarborgen, het huwelijk worden erkend. Gelet op deze erkenningsverplichting oordeelde het Hof dat de openbare orde van die lidstaat niet wordt bedreigd.²⁰²

Daarnaast verduidelijkte het Hof van Justitie dat een maatregel die het vrij verkeer belemmert, enkel gerechtvaardigd kan zijn indien zij ook overeenstemt met de door het Handvest gewaarborgde grondrechten.²⁰³ In dat verband stelt het Hof dat het begrip “echtgenoot” moet worden uitgelegd in het licht van artikel 7 van het Handvest, dat het recht op eerbiediging van het privéleven en het familie- en gezinsleven beschermt.²⁰⁴ Omdat deze bepaling overeenkomst met een bepaling uit het EVRM, moet krachtens artikel 52, lid 3, van het Handvest voor de inhoud en reikwijdte van het recht worden gekeken

¹⁹⁷ *Ibid.*, overweging 40.

¹⁹⁸ *Ibid.*, overweging 41.

¹⁹⁹ *Ibid.*, overweging 41-42.

²⁰⁰ *Ibid.*, overweging 42.

²⁰¹ *Ibid.*, overweging 44.

²⁰² *Ibid.*, overweging 45-46.

²⁰³ *Ibid.*, overweging 47.

²⁰⁴ *Ibid.*, overweging 48.

naar de rechtspraak van het EHRM. Volgens die rechtspraak vallen ook homoseksuele relaties onder de bescherming van het privé- en gezinsleven.²⁰⁵ Hieruit volgt dat een derdelander die gehuwd is met een Unieburger van hetzelfde geslacht, overeenkomstig het recht van een andere lidstaat, verblijfsrechten geniet in de lidstaat waarvan de Unieburger afkomstig is op grond van artikel 21, lid 1 VWEU.²⁰⁶

4.1.1.2. *Pancharevo (C-490/20)*

Het geschil in *Pancharevo* ontstond nadat Bulgaarse autoriteiten weigerden een geboorteakte af te leveren vanwege de vaststelling van het ouderschap in hoofde van twee personen van hetzelfde geslacht.²⁰⁷ In casu werd in Spanje een kind geboren. Twee vrouwen, een Britse en een Bulgaarse, werden door de Spaanse geboorteakte erkend als moeders van het kind.²⁰⁸ De akte gaf niet aan wie de biologische moeder van het kind was. Omdat het bewijs van biologische afstamming niet werd verstrekt, en omdat de vaststelling van twee moeders als ouder strijdig zou zijn met de Bulgaarse openbare orde, daar het homohuwelijk niet toegestaan is, werden identiteitsdocumenten voor het kind geweigerd.²⁰⁹ Dit resulteerde in een vreemde situatie waarin een kind werd beschouwd een Bulgaarse onderdaan te zijn, maar *de facto* geen identiteitsdocumenten kon verkrijgen.²¹⁰ De verwijzende rechter stelde daarom de vraag of het Unierecht een lidstaat verplicht om een geboorteakte zoals opgesteld in een andere lidstaat te erkennen, wanneer het kind een onderdaan is van die lidstaat.²¹¹

Omdat het kind de Bulgaarse nationaliteit bezit, ontleent het automatisch de hoedanigheid van Unieburger. Artikel 21, lid 1 VWEU verleent Unieburgers het recht om zich vrij te verplaatsen en te verblijven binnen het grondgebied van de Unie.²¹² In het arrest *Coman* verduidelijkte het Hof dat staatsonderdanen die reeds gebruik maakten van hun vrij verkeerrechten, zich op artikel 21, lid 1 VWEU konden beroepen en bescherming konden genieten jegens hun eigen lidstaat.²¹³ Bovendien geldt die bescherming ook voor Unieburger-kinderen die in een andere lidstaat werden geboren, zelfs indien zij zelf geen vrij verkeerrechten hebben uitgeoefend.²¹⁴

²⁰⁵ *Ibid.*, overweging 49-50.

²⁰⁶ *Ibid.*, overweging 56.

²⁰⁷ HvJ 14 December 2021, *Pancharevo*, C-490/20, ECLI:EU:C:2021:1008, overweging 2.

²⁰⁸ *Ibid.*, overweging 18-19.

²⁰⁹ *Ibid.*, overweging 22-23.

²¹⁰ *Ibid.*, overweging 20 en 23 *juncto* 39.

²¹¹ *Ibid.*, overweging 36.

²¹² *Ibid.*, overweging 40-42.

²¹³ HvJ 5 juni 2018, *Coman*, C-673/16, ECLI:EU:C:2018:385, overweging 31.

²¹⁴ HvJ 14 December 2021, *Pancharevo*, C-490/20, ECLI:EU:C:2021:1008, overweging 42.

Om die vrij verkeerrechten daadwerkelijk te kunnen uitoefenen, moet het kind over identiteitsdocumenten beschikken.²¹⁵ Omdat het kind een Bulgaarse onderdaan is, moet Bulgarije deze afleveren. De daarin opgenomen identiteit moet corresponderen met de Spaanse geboorteakte.²¹⁶ Wanneer het nationale recht de opmaak van een nationale geboorteakte vereist als voorwaarde voor de verkrijging van deze documenten, mag een lidstaat geen beroep doen op deze formaliteit om alsnog de afgifte ervan te weigeren en dus het Unierecht te omzeilen.²¹⁷

Identiteitsdocumenten stellen het kind in staat om haar vrij verkeersrechten uit te oefenen en samen met elk van haar ouders te reizen en te verblijven. Artikel 21, lid 1 VWEU omvat ook het recht om een normaal gezinsleven te leiden zowel in een gastland als in de lidstaat van herkomst.²¹⁸ Aangezien de vrouwen rechtmatig als ouders worden erkend op basis van de Spaanse geboorteakte, en daadwerkelijk voor het minderjarig Unieburger-kind zorgen, genieten zij krachtens deze bepaling en de Burgerschapsrichtlijn het recht om met hun kind te reizen en te verblijven.²¹⁹ Teneinde het recht te kunnen garanderen moeten nationale autoriteiten de afstamming erkennen en documenten ter beschikking stellen waaruit blijkt dat zij met het kind zich kunnen verplaatsen. Dat document moet bovendien ook in andere lidstaten worden erkend.²²⁰

De staat van de persoon behoort tot de bevoegdheid van de lidstaten, en het Unierecht laat deze bevoegdheid onverlet. Lidstaten zijn vrij om het afstammingsrecht en het huwelijksrecht te regelen, doch moet bij de uitoefening van die bevoegdheid het Unierecht wel worden gerespecteerd. Daarom moet de lidstaat het vrij verkeersrecht eerbiedigen door de staat van de persoon te erkennen die krachtens een andere lidstaat werd vastgesteld.²²¹

Zoals in *Coman* betekent de aanwezigheid van een belemmering van het vrij verkeer niet meteen dat deze niet gerechtvaardigd kan worden. Ook hier trachtte de lidstaat in kwestie zich op de nationale-identiteitsclausule te beroepen. Gelet op het gegeven dat het nationale recht niet in dergelijke ouderschapsstructuren voorziet, zou de verplichting tot erkenning van het ouderschap in hoofde van twee vrouwen in strijd zijn met de nationale openbare orde.²²² In *Coman* bracht het Hof reeds verduidelijkingen omtrent de strikte interpretatie

²¹⁵ *Ibid.*, overweging 43.

²¹⁶ *Ibid.*, overweging 44.

²¹⁷ *Ibid.*, overweging 45.

²¹⁸ *Ibid.*, overweging 46-47.

²¹⁹ *Ibid.*, overweging 48.

²²⁰ *Ibid.*, overweging 49-50.

²²¹ *Ibid.*, overweging 52.

²²² *Ibid.*, overweging 53.

van het begrip openbare orde.²²³ Naar analogie met de redenering in *Coman* oordeelde het Hof dat het erkennen van een bestaande ouderschapsband, met het oog op de uitoefening van de mobiliteitsrechten van een Unieburger-kind, geen bedreiging vormt voor de nationale identiteit of openbare orde van die lidstaat.²²⁴ Dergelijke verplichting houdt immers niet in dat deze afstammingsrelatie in het nationale recht moet worden opgenomen. De verplichting is begrensd, omdat zij doelgebonden is en dus geen betrekking heeft op andere rechten die het kind eventueel zou genieten krachtens het Unierecht.²²⁵

Bovendien herinnerde het Hof eraan dat een belemmering ook moet overeenstemmen met de door het Handvest gewaarborgde grondrechten.²²⁶ In dat verband moeten het recht op eerbiediging van het privéleven en van het familie- en gezinsleven, evenals de rechten van het kind, worden gerespecteerd.²²⁷ Voorts genieten deze rechten, wat betreft hun inhoud en reikwijdte, dezelfde bescherming als de corresponderende rechten uit het EVRM.²²⁸ Blijkens de rechtspraak van het EHRM hangt het bestaan van gezins- of familielevens af van de feitelijke omstandigheden en de banden tussen personen. Reeds werd geoordeeld dat ook homoseksuele koppels onder de bescherming van het recht op eerbiediging van het privéleven en familie- en gezinsleven vallen.²²⁹ Bijgevolg wordt ook de afstammingsband tussen personen van hetzelfde geslacht en hun kind beschermd door artikel 7 van het Handvest.²³⁰

Daarnaast, omdat het hier om een kind gaat, moet deze bepaling in samenhang worden gelezen met artikel 24 van het Handvest, waarin de rechten van het kind worden beschermd, en met het Internationaal Verdrag inzake de Rechten van het Kind, dat onder meer een discriminatieverbod bevat. Kinderen mogen niet worden benadeeld op grond van de seksuele geaardheid van hun ouders.²³¹

Bijgevolg leidt het ontkennen van één van de afstammingsbanden, en daarmee het belemmeren van de uitoefening van de vrij verkeerrechten van het kind op grond van de seksuele geaardheid van de ouders, tot een onverenigbaarheid met fundamentele rechten.²³²

²²³ *Ibid.*, overweging 55; HvJ 5 juni 2018, *Coman*, C-673/16, ECLI:EU:C:2018:385, overweging 44.

²²⁴ HvJ 14 December 2021, *Pancharevo*, C-490/20, ECLI:EU:C:2021:1008, overweging 55-57; HvJ 5 juni 2018, *Coman*, C-673/16, ECLI:EU:C:2018:385, overweging 56.

²²⁵ HvJ 14 December 2021, *Pancharevo*, C-490/20, ECLI:EU:C:2021:1008, overweging 57.

²²⁶ *Ibid.*, overweging 58.

²²⁷ *Ibid.*, overweging 60. Artikel 7 en 24 van het Handvest.

²²⁸ *Ibid.*, overweging 60; Artikel 52 (3) van het Handvest.

²²⁹ HvJ 14 December 2021, *Pancharevo*, C-490/20, ECLI:EU:C:2021:1008, overweging 61.

²³⁰ *Ibid.*, overweging 62.

²³¹ *Ibid.*, overweging 63-64.

²³² *Ibid.*, overweging 65.

4.1.2. J.K. (C-356/21)

In het arrest *J.K.* moest het Hof van Justitie zich opnieuw buigen over de interpretatie van Richtlijn 2000/78/EG, in het bijzonder over haar materiële werkingssfeer.²³³ In casu meende een Poolse zelfstandige dat hij gediscrimineerd was, omdat zijn dienstverleningsovereenkomst niet werd verlengd en zijn toekomstige dienstverlening werd geannuleerd, na de publicatie van een videoclip waarin hij samen met zijn partner van hetzelfde geslacht tolerantie ten aanzien van homoseksualiteit trachtte te bevorderen.²³⁴

Hoewel nationaal een wet inzake gelijke behandeling bestond, werden bepaalde situaties, waarin contractspartijen hun keuzevrijheid uitoefenden, van het toepassingsgebied uitgesloten. Zo diende de gelijkheid enkel te worden gewaarborgd wanneer de keuze was gegrond op ras, etnische afstamming, geslacht of nationaliteit. Aangezien deze wet geen bescherming bood tegen discriminatie op grond van seksuele geaardheid, wilde de verwijzende rechter weten of deze bepaling met het Unierecht overeenstemde.²³⁵ In het bijzonder wenste hij te weten of artikel 3, lid 1, onder a) en c) van de richtlijn in een dergelijke situatie bescherming kon bieden, wanneer blijkt dat discriminatie op grond van seksuele geaardheid wordt toegestaan bij het aangaan of verlengen van overeenkomsten met zelfstandigen.²³⁶

Wat betreft artikel 3, lid 1, onder a) van de richtlijn, herinnert het Hof eraan dat het begrip “voorwaarden voor toegang tot arbeid in loondienst of als zelfstandige en tot een beroep” een autonoom Unierechtelijk begrip is, dat dus losstaat van nationale kwalificaties of het nationale recht.²³⁷ Aangezien deze bepaling verschillende vormen van tewerkstelling omvat, hebben de toegangsvoorwaarden betrekking op elke vorm van beroepswerkzaamheid, ongeacht de juridische aard of vorm ervan.²³⁸ Ook herhaalt het Hof dat de richtlijn, gelet op haar doelstelling, ruim moet worden geïnterpreteerd.²³⁹ Activiteiten die instaan voor het levensonderhoud van een zelfstandige ressorteren daarom onder de toepassing van de richtlijn. Wel moeten de beroepsactiviteiten reëel zijn en plaatsvinden binnen een stabiele rechtsverhouding om onder de richtlijn te vallen.²⁴⁰

²³³ HvJ 12 januari 2023, *J.K.*, C-356/21, ECLI:EU:C:2023:9, overweging 1.

²³⁴ *Ibid.*, overweging 18-19 *juncto* 23.

²³⁵ *Ibid.*, overweging 25.

²³⁶ *Ibid.*, overweging 31-32.

²³⁷ *Ibid.*, overweging 34.

²³⁸ *Ibid.*, overweging 36 *juncto* 41.

²³⁹ *Ibid.*, overweging 39; Artikel 1 Richtlijn 2000/78/EG.

²⁴⁰ *Ibid.*, overweging 44-45.

Ook het sluiten van overeenkomsten kan onder de toegangsvoorwaarden in de zin van artikel 3, lid 1, onder a) van de richtlijn vallen. Dit omdat het sluiten ervan een noodzakelijke voorwaarde kan vormen voor de uitoefening van zelfstandige activiteiten, waardoor het binnen het toepassingsgebied van de richtlijn valt. Daarom valt de weigering om een overeenkomst te sluiten met een contractspartij, omwille van diens seksuele geaardheid, onder de richtlijn.²⁴¹

Artikel 3, lid 1, onder c) stelt dat de richtlijn ook toepassing vindt in situaties die betrekking hebben op werkgelegenheid en arbeidsvoorwaarden, inclusief ontslag en beloning.²⁴² Ook hier, in het licht van de doelstelling van de richtlijn, stelt het Hof van Justitie dat de bescherming tegen discriminatie niet kan afhangen van nationale kwalificaties of van de gekozen rechtsverhouding of werkvorm.²⁴³

De richtlijn zou haar effectiviteit en doelstelling verliezen wanneer de bescherming tegen discriminatie niet zou gelden tijdens de uitoefening van zelfstandige arbeid (en de daaraan verbonden voorwaarden), noch bij de beëindiging ervan, hoewel artikel 3, lid 1, onder c) van de richtlijn niet uitdrukkelijk naar zelfstandige arbeid verwijst. De bescherming moet daarom worden geboden voor de volledige arbeidsverhouding.²⁴⁴ Deze bepaling moet bijgevolg ruim worden geïnterpreteerd, zodat zij ook voorwaarden omvat die betrekking hebben op elke vorm van arbeid.²⁴⁵

Ook wees het Hof erop dat het begrip "ontslag" in de zin van artikel 3, lid 1, onder c) van de richtlijn exemplatief is. Hoewel het begrip ontslag formeel niet kan worden gehanteerd wanneer het gaat om zelfstandigen, erkent het Hof niettemin dat ook zelfstandigen hun activiteiten onvrijwillig kunnen verliezen, bijvoorbeeld omdat zij daartoe worden gedwongen door de andere contractspartij.²⁴⁶ Derhalve kan een eenzijdige beëindiging van een dienstenovereenkomst, of de niet-verlenging ervan, worden gelijkgesteld met een ontslag.²⁴⁷

Wat betreft de discriminatie op zich, wees het Hof erop dat artikel 2, lid 5 van de richtlijn deze niet kon rechtvaardigen.²⁴⁸ Deze bepaling laat nationale afwijkingen toe die onontbeerlijk zijn in een democratische samenleving, onder meer ter bescherming van de

²⁴¹ *Ibid.*, overweging 50-51.

²⁴² *Ibid.*, overweging 52-53; Artikel 3, lid 1, onder c) Richtlijn 2000/78/EG.

²⁴³ *Ibid.*, overweging 54-55.

²⁴⁴ *Ibid.*, overweging 53 *juncto* 56.

²⁴⁵ *Ibid.*, overweging 58.

²⁴⁶ *Ibid.*, overweging 62-63.

²⁴⁷ *Ibid.*, overweging 65.

²⁴⁸ *Ibid.*, overweging 68.

openbare orde en de rechten van anderen.²⁴⁹ Deze uitzonderingsclausule moet strikt worden geïnterpreteerd, aangezien zij een afwijking vormt van het beginsel van non-discriminatie.²⁵⁰ Hoewel het oordeel aan de verwijzende rechter toekomt, maakt het Hof enkele richtinggevende opmerkingen.²⁵¹

Terwijl de nationale bepaling de contractsvrijheid van partijen trachtte te beschermen, en zelfs al wordt de ondernemingsvrijheid gewaarborgd door artikel 16 van het Handvest, wijst het Hof van Justitie erop dat een afwijking van het discriminatieverbod in dit geval niet noodzakelijk is in een democratische samenleving.²⁵² Dit omdat er geen reden is om discriminatie op grond van seksuele geaardheid anders te behandelen dan discriminatie op grond van geslacht, waarbij wél een uitzondering op de contractsvrijheid van partijen geldt.²⁵³ Bovendien merkt het Hof op dat, indien een ongelijke behandeling op grond van seksuele geaardheid zou worden toegestaan bij de uitoefening van de contractsvrijheid, dit de nuttige werking van de richtlijn zou ondermijnen.²⁵⁴

²⁴⁹ Artikel 2, lid 5 Richtlijn 2000/78/EG.

²⁵⁰ *Ibid.*, overweging 71.

²⁵¹ *Ibid.*, overweging 72-73.

²⁵² *Ibid.*, overweging 73 *juncto* 76.

²⁵³ *Ibid.*, overweging 76.

²⁵⁴ *Ibid.*, overweging 77.

4.2. Jurisprudentie van het Amerikaans Hooggerechtshof

4.2.1. *Romer v. Evans* (1996)

In *Romer v. Evans*²⁵⁵ stond de geldigheid van een amendement op de statelijke grondwet van Colorado ter discussie.²⁵⁶ Deze wetswijziging werd ingevoerd als reactie op gemeentelijke verordeningen die bescherming boden tegen discriminatie op grond van seksuele geaardheid.²⁵⁷ Het amendement verbood uitdrukkelijk elke wetgevende, uitvoerende of rechterlijke handeling die dergelijke bescherming zou bieden. In feite sloot deze bepaling elke vorm van bescherming uit.²⁵⁸

De staat Colorado verdedigde het amendement met het argument dat het enkel bijzondere bescherming aan een specifieke groep ontzegde, maar dat gelijkheid voor eenieder gewaarborgd bleef.²⁵⁹ Het Hooggerechtshof verwierp deze redenering omdat zij onaannemelijk werd geacht.²⁶⁰ Homoseksuelen werden als groep geïsoleerd en van elke vorm van wettelijke bescherming uitgesloten.²⁶¹ Het amendement identificeerde een doelgroep en legde haar een unieke beperking op. Het ontzegde hen bijgevolg bescherming in de samenleving, waarvan anderen wel zonder enige beperking konden genieten.²⁶² Het argument dat enkel bijzondere bescherming werd ontnomen, hield geen stand, aangezien de gevolgen van het amendement zodanig algemeen en verstrekkend waren dat het de basisbescherming tegen discriminatie in haar geheel uitsloot.²⁶³

Het Hooggerechtshof benadrukte dat dergelijke wettelijke classificaties, ook onder de rational basis test, moeten voldoen aan de vereisten van de Equal Protection Clause.²⁶⁴ Het amendement faalde deze toets, ondanks het feit dat deze in beginsel een milde en terughoudende en eerbiedige standaard is.²⁶⁵

Het Hooggerechtshof merkte op dat het amendement een uitzonderlijke en ongeoorloofde vorm van wetgeving vormde, omdat het een ongebruikelijke en ingrijpende beperking oplegde aan een specifieke groep. De omvang en reikwijdte van de maatregel waren zodanig ver verwijderd van enige redelijke rechtvaardiging, dat geconcludeerd moest

²⁵⁵ *Romer v. Evans*, 517 U.S. 620 (1996). Het Hooggerechtshof behandelde de zaak naar aanleiding van een beroep tegen de beslissing van het hoogste gerechtshof van de staat Colorado, het Colorado Supreme Court. *Romer v. Evans*, 517 U.S. 626 (1996).

²⁵⁶ *Romer v. Evans*, 517 U.S. 620, 623 (1996).

²⁵⁷ *Romer v. Evans*, 517 U.S. 620, 623-624 (1996).

²⁵⁸ *Romer v. Evans*, 517 U.S. 620, 624 (1996).

²⁵⁹ *Romer v. Evans*, 517 U.S. 620, 626 (1996).

²⁶⁰ *Romer v. Evans*, 517 U.S. 620, 626 (1996).

²⁶¹ *Romer v. Evans*, 517 U.S. 620, 627 (1996).

²⁶² *Romer v. Evans*, 517 U.S. 620, 631 (1996).

²⁶³ *Romer v. Evans*, 517 U.S. 620, 630 (1996).

²⁶⁴ *Romer v. Evans*, 517 U.S. 620, 631 (1996).

²⁶⁵ *Romer v. Evans*, 517 U.S. 620, 632 (1996).

worden dat deze voortkwam uit vijandigheid of kwaadwillig opzet (*animus*)²⁶⁶ jegens deze groep.²⁶⁷

Gelet op de ongebruikelijke aard van het amendement, moest een zorgvuldig onderzoek worden uitgevoerd teneinde de tegenstrijdigheden met de Amerikaanse Grondwet vast te stellen.²⁶⁸ De *Equal Protection Clause* eist gelijke bescherming door gelijke wetgeving.²⁶⁹ En indien de *Equal Protection Clause* iets betekent, dan houdt dit in dat *animus* nooit een legitiem overheidsdoel kan vormen.²⁷⁰

Elke legitieme rechtvaardigingsgrond werd bijgevolg ontkracht, aangezien homoseksuele personen algemeen, daadwerkelijk en voortdurend werden geschaad.²⁷¹ Het amendement ontbeerde dan ook elke redelijke verhouding tot een legitiem overheidsdoel.²⁷² Het was tegelijk te specifiek én te algemeen, omdat het gericht was tegen een duidelijk identificeerbare groep en deze volledig uitsloot van elke vorm van bescherming. Een dergelijke uitsluiting was volgens het Hooggerechtshof zonder precedent in zijn jurisprudentie.²⁷³ Wetgeving die het, algemeen gesproken, moeilijker maakt voor een specifieke groep om wettelijke bescherming te verkrijgen, is een schending van de *Equal Protection Clause* in de meest letterlijke zin.²⁷⁴

Aangezien het amendement niet steunde op een vaststelbare of concrete legitieme doelstelling, en geen enkele redelijke verhouding daarmee vertoonde, werd de rational basis test niet doorstaan.²⁷⁵ Derhalve oordeelde het Hooggerechtshof, met een meerderheid van 6 tegen 3, dat het amendement, door individuen op basis van hun seksuele geaardheid te classificeren en hen op die grond ongerechtvaardigd ongunstig te behandelen, in strijd was met de *Equal Protection Clause* van het Veertiende Amendement.²⁷⁶

²⁶⁶ *Animus* verwijst naar het bestaan van vooringenomenheid, kwaadwillig opzet of vijandigheid jegens een specifieke groep. Het Hooggerechtshof definieert *animus* als "het loutere verlangen om een politiek onpopulaire groep te schaden" (*eigen vertaling*). *Romer v. Evans*, 517 U.S. 620, 634 (1996).

²⁶⁷ *Romer v. Evans*, 517 U.S. 620, 632 (1996).

²⁶⁸ *Romer v. Evans*, 517 U.S. 620, 633 (1996).

²⁶⁹ *Romer v. Evans*, 517 U.S. 620, 633-634 (1996).

²⁷⁰ *Romer v. Evans*, 517 U.S. 620, 634 (1996).

²⁷¹ Ook andere rechtvaardigingsgronden werden door de staat aangevoerd, zoals de bescherming van de vrijheden van anderen of de noodzaak om overheidsmiddelen te concentreren op de bestrijding van bepaalde vormen van discriminatie. Gezien de aard van het amendement en het bestaan van *animus* werden deze argumenten door het Hooggerechtshof verworpen. *Romer v. Evans*, 517 U.S. 620, 635 (1996).

²⁷² *Romer v. Evans*, 517 U.S. 620, 635 (1996).

²⁷³ *Romer v. Evans*, 517 U.S. 620, 633 (1996).

²⁷⁴ *Romer v. Evans*, 517 U.S. 620, 633 (1996).

²⁷⁵ *Romer v. Evans*, 517 U.S. 620, 632 *juncto* 635 (1996).

²⁷⁶ *Romer v. Evans*, 517 U.S. 620, 621 *juncto* 635 (1996).

4.2.2. *Bowers v. Hardwick en Lawrence v. Texas*

4.2.2.1. *Bowers v. Hardwick (1986)*

Bowers v. Hardwick, hoewel later vernietigd door *Lawrence v. Texas*, blijft relevant om de evoluerende houding van het Hooggerechtshof te illustreren.²⁷⁷ Het geschil draaide om de geldigheid van een sodomiewet die een strafrechtelijk verbod op bepaalde seksuele handelingen inhield.²⁷⁸ Het Hooggerechtshof werd verzocht te oordelen over de grondwettigheid van deze wet.²⁷⁹ De kernvraag in casu was of de Amerikaanse Grondwet een recht op seksuele autonomie voor homoseksuele individuen beschermde. Het Hooggerechtshof maakte ook duidelijk dat het zich zou onthouden van een oordeel over de wenselijkheid of redelijkheid van dergelijke wetten, en distantieerde zich bijgevolg uitdrukkelijk van morele oordelen.²⁸⁰

Hoewel het Hooggerechtshof in eerdere jurisprudentie fundamentele rechten erkende op basis van *substantive due process*²⁸¹, was het in deze zaak niet bereid om hetzelfde te doen.²⁸² Fundamentele rechten werden immers enkel erkend wanneer zij diep geworteld zijn in de Amerikaanse geschiedenis en tradities, of kunnen worden afgeleid uit het concept van 'geordende vrijheden' (*ordered liberties*).²⁸³ Het Hooggerechtshof meende dat de rechten in casu voor homoseksuele personen niet aan deze voorwaarden voldeden. Het weigerde daarom zijn ruime interpretatieve bevoegdheid onder *substantive due process* te gebruiken om nieuwe fundamentele rechten te erkennen, omdat er volgens het Hof onvoldoende grondwettelijke basis bestond om dit te doen.²⁸⁴

Met een meerderheid van 5 tegen 4 oordeelde het Hooggerechtshof dat de sodomiewet in casu geldig was. Het Hooggerechtshof stelde dat morele opvattingen een voldoende basis

²⁷⁷ *Bowers v. Hardwick*, 478 US 186 (1986); *Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 558 (2003).

²⁷⁸ *Bowers v. Hardwick*, 478 US 186, 187-188 (1986).

²⁷⁹ *Bowers v. Hardwick*, 478 US 186, 189 (1986).

²⁸⁰ *Bowers v. Hardwick*, 478 US 186, 190 (1986).

²⁸¹ Krachtens de *substantive Due Process*-doctrine worden rechten, hoewel niet uitdrukkelijk in de Grondwet verankerd, toch erkend als fundamenteel, wat hun bescherming versterkt. Dit werd bijvoorbeeld bevestigd in *Meyer v. Nebraska*, 262, U.S. 390 (1923), en *Griswold v. Connecticut*, 381, U.S. 479 (1965), waarin privacyrechten werden beschermd onder deze doctrine. Het fundamenteel karakter van deze rechten is cruciaal, aangezien dit impliceert dat zij onderworpen zijn aan een strenger rechterlijk toezicht, wat hun bescherming aanzienlijk vergroot. Legal Information Institute, "Substantive Due Process", *Cornell Law School*, https://www.law.cornell.edu/wex/substantive_due_process, (geraadpleegd op 12 februari 2025); Legal Information Institute, "Fundamental Right", *Cornell Law School*, https://www.law.cornell.edu/wex/fundamental_right, (geraadpleegd op 12 februari 2025). Zie voetnoot 71 voor meer informatie over de Due Process Clause.

²⁸² *Bowers v. Hardwick*, 478 US 186, 191 (1986).

²⁸³ Dit zijn fundamentele rechten en vrijheden die door het Hooggerechtshof als *dermate* essentieel worden beschouwd dat zij bescherming tegen overheidsinmenging moeten genieten. *Bowers v. Hardwick*, 478 US 186, 191-192 (1986).

²⁸⁴ *Bowers v. Hardwick*, 478 US 186, 194 (1986).

konden vormen voor dergelijke wetgeving, en dat immoraliteit op zichzelf reeds volstond om dergelijke regelgeving te handhaven.²⁸⁵

4.2.2.2. *Lawrence v. Texas (2003)*

Lawrence v. Texas behandelde eveneens de betwisting van sodomiewetgeving.²⁸⁶ Het onderscheid met *Bowers v. Hardwick* lag in de reikwijdte van de strafbare gedraging. Terwijl de wet in *Bowers* bepaalde handelingen algemeen strafbaar stelde, richtte de Texaanse wet in *Lawrence* zich uitsluitend tot seksuele handelingen tussen personen van hetzelfde geslacht en viseerde dus specifiek homoseksuele relaties.²⁸⁷

In casu diende het Hooggerechtshof zich over drie kernvragen te buigen. Eerst moest het beoordelen of de Texaanse wet in strijd was met de *Equal Protection Clause*. Vervolgens moest worden onderzocht of seksuele handelingen tussen instemmende volwassenen in de privésfeer bescherming genoten onder de *Due Process Clause*. Tot slot moest het de vraag beantwoorden of het eerdere precedent van *Bowers* gehandhaafd kon blijven.²⁸⁸

Het Hooggerechtshof opende zijn oordeel met een kritieke reflectie op de tekortkomingen van *Bowers*. Het stelde vast dat het destijds onvoldoende in staat was om de volle omvang van de vrijheid, het recht op seksuele autonomie, te begrijpen. In *Bowers* werd de kern van het geschil herleid tot de vraag of bepaalde handelingen al dan niet mochten worden gesteld, terwijl het werkelijke vraagstuk breder reikte. Het ging om de erkenning van persoonlijke relaties en de vrijheid om die relaties vorm te geven zonder overheidsinmenging. Het ging dus om meer dan het louter reguleren van gedrag. Men criminaliseerde en beheerste relaties op een domein waarop eenieder in beginsel vrij zou moeten zijn om persoonlijke keuzes te maken.²⁸⁹

Het Hooggerechtshof benadrukte dat overheden zich niet mogen inmengen in de definitie en invulling van die relaties, aangezien deze onder de privésfeer van het individu vallen. Ook moeten individuen vrij relaties kunnen aangaan en daaraan vorm kunnen geven teneinde hun waardigheid te eerbiedigen. Die vrijheden worden door de Grondwet beschermd, en deze bescherming strekt zich uit tot iedereen, inclusief homoseksuele personen.²⁹⁰ Staatsmachten mogen het strafrecht niet aanwenden teneinde

²⁸⁵ *Bowers v. Hardwick*, 478 US 186, 187 *juncto* 196 (1986).

²⁸⁶ *Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 558, 562 (2003).

²⁸⁷ *Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 558, 566 (2003).

²⁸⁸ *Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 558, 564 (2003).

²⁸⁹ *Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 558, 567 (2003).

²⁹⁰ *Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 558, 567 (2003).

meerderheidsopvattingen²⁹¹ aan de samenleving op te leggen.²⁹² Dergelijk gebruik is ontoelaatbaar omdat het de menselijke waardigheid van homoseksuele personen ondermijnt.²⁹³ Ook wees het Hooggerechtshof op een groeiend maatschappelijk besef dat instemmende volwassenen het recht hebben op seksuele autonomie, zelfs wanneer hun keuzes afwijken van traditionele normen en waarden.²⁹⁴ Fundamentele rechten moeten immers dynamisch zijn en zich kunnen ontwikkelen in overeenstemming met wijzigende maatschappelijke inzichten.²⁹⁵

Hoewel het Hooggerechtshof de mogelijkheid van een analyse onder de *Equal Protection Clause* in lijn met *Romer v. Evans* overwoog, koos het voor de beoordeling op basis van de *Due Process Clause* van het Veertiende Amendement.²⁹⁶ Het Hooggerechtshof was van mening dat de *Equal Protection Clause*, hoewel het een houdbaar alternatief vormde, in deze context onvoldoende bescherming bood tegen stigmatiserende gevolgen van de wet. Alleen wanneer het oordeel gebaseerd is op de waarborg van individuele vrijheden, wordt daadwerkelijk tegemoetgekomen aan het probleem.²⁹⁷ Zo niet, bestaat het risico dat ruimere discriminatie wordt toegestaan.²⁹⁸

Het Hooggerechtshof merkte bovendien op dat een zuiver gelijkheidsargument bij het ongeldig verklaren van de sodomiewet het risico zou kunnen creëren dat het toepassingsgebied van de wet louter wordt uitgebreid tot iedereen. Om dergelijke discussies te vermijden, opteerde het voor die alternatieve rechtsgrond.²⁹⁹

Wel beklemtoonde het Hooggerechtshof de nauwe samenhang die tussen de rechtsconcepten gelijkheid en individuele vrijheid bestaat. Het stelde dat deze concepten elkaar wederzijds versterken. Wanneer vrijheid voor eenieder gegarandeerd wordt, wordt ook de gelijke bescherming eerbiedigd.³⁰⁰

Op basis van deze overwegingen concludeerde het Hooggerechtshof, met een 5-4 meerderheid, dat homoseksuele personen ook het grondwettelijk recht op seksuele autonomie genoten. Dit betekent dat zij vrij zijn om hun relaties te vormen en intieme

²⁹¹ Sodomiewetgeving was voornamelijk gestoeld op opvattingen over immoraliteit, die voortkwamen uit religieuze overtuigingen, dominante meerderheidsstandpunten over wat als juist en aanvaardbaar gedrag gold, en het streven naar bescherming van traditionele gezinswaarden. *Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 558, 570-571 (2003).

²⁹² *Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 558, 571 (2003).

²⁹³ *Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 558, 571 en 575 (2003).

²⁹⁴ *Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 558, 572 (2003).

²⁹⁵ *Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 558, 573 (2003).

²⁹⁶ *Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 558, 574-575 (2003). U.S. Const. amend. XIV §1: "No State shall (...) deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law".

²⁹⁷ *Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 558, 575 (2003).

²⁹⁸ *Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 558, 575 (2003).

²⁹⁹ *Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 558, 575 (2003).

³⁰⁰ *Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 558, 575 (2003).

gedragingen te stellen zonder overheidsinmenging. Het Hooggerechtshof vond echter ook geen legitiem belang om de Texaanse sodomiewet te rechtvaardigen, aangezien morele bezwaren, in tegenstelling tot in *Bowers*, op zichzelf onvoldoende zijn om die wet te verantwoorden.³⁰¹

4.2.3. *United States v. Windsor* en *Obergefell v. Hodges*

4.2.3.1. *United States v. Windsor* (2013)

In *United States v. Windsor* beoordeelde het Hooggerechtshof de grondwettigheid van een bepaling uit een federale wet, de *Defense of Marriage Act* (DOMA).³⁰² Deze wet definieerde het huwelijk als een wettelijke verbintenis tussen een man en een vrouw, en had tot doel het traditionele huwelijk te beschermen. Hierdoor werd de term "echtgenoot" uitsluitend opgevat als een persoon van verschillend geslacht.³⁰³ Hoewel de DOMA het homohuwelijk niet verbood, had de wet verstreckende gevolgen voor talloze federale regelingen waarin de termen "huwelijk" of "echtgenoot" voorkwamen.³⁰⁴ Dit trof onder meer twee Amerikaanse vrouwen die in Canada gehuwd waren. Ondanks dat de staat New York, waarvan ze afkomstig waren, hun huwelijk erkende, kwam de overlevende echtgenote bij het overlijden van haar vrouw niet in aanmerking voor een federale vrijstelling van successierechten.³⁰⁵

Het Hooggerechtshof begon zijn beoordeling in casu door te wijzen op de maatschappelijke evoluties met betrekking tot gelijke behandeling en de toegang tot het huwelijk voor koppels van hetzelfde geslacht.³⁰⁶ Verschillende Amerikaanse staten, waaronder New York, erkenden de nood om het homohuwelijk te legaliseren omdat de uitsluiting van dit recht voor deze koppels onrechtvaardig werd geacht.³⁰⁷ Gelet op hun quasi-exclusieve bevoegdheid op het gebied van het huwelijksrecht konden staten deze keuze maken.³⁰⁸ De federale wetgever (*United States Congress*) mocht op dit domein wel regels aannemen, maar enkel voor zover hij binnen zijn bevoegdheidsgrenzen bleef.³⁰⁹

Het Hooggerechtshof merkte echter op dat de DOMA, ondanks deze beperkte federale bevoegdheid, een aanzienlijke reikwijdte had.³¹⁰ De wet beïnvloedde talrijke federale regelingen en was uitsluitend gericht tegen een groep die in staten juist bescherming

³⁰¹ *Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 558, 561 *juncto* 577-579 (2003).

³⁰² *United States v. Windsor*, 570 US 744, 1 (2013).

³⁰³ *United States v. Windsor*, 570 US 744, 2 (2013).

³⁰⁴ *United States v. Windsor*, 570 US 744, 2 (2013).

³⁰⁵ *United States v. Windsor*, 570 US 744, 2-3 (2013).

³⁰⁶ *United States v. Windsor*, 570 US 744, 13 (2013).

³⁰⁷ *United States v. Windsor*, 570 US 744, 14 (2013).

³⁰⁸ *United States v. Windsor*, 570 US 744, 14 (2013).

³⁰⁹ *United States v. Windsor*, 570 US 744, 15 (2013).

³¹⁰ *United States v. Windsor*, 570 US 744, 15 (2013).

genoot.³¹¹ Volgens het Hooggerechtshof ging de DOMA hiermee de klassieke bevoegdheidsverdeling te buiten.³¹²

Het Hooggerechtshof benadrukte dat het reguleren van het huwelijksrecht, inclusief de erkenning van het homohuwelijk, een essentieel belang van de staten is.³¹³ Het gaat hierbij niet louter om een juridische classificatie, maar om het bieden van waardigheid en bescherming aan deze koppels.³¹⁴ Dit weerspiegelt een evoluerend inzicht in de betekenis van gelijkheid, waarbij het homohuwelijk op gelijke voet wordt geplaatst met heteroseksuele huwelijken.³¹⁵

Gezien de aard van de DOMA, verwees het Hooggerechtshof naar het feit dat discriminatie met een ongebruikelijk karakter bijzondere aandacht vereist.³¹⁶ In dit geval moest zorgvuldig worden beoordeeld of de DOMA ingegeven was door verboden vijandigheid of kwaadwillig opzet (*animus*). Krachtens de waarborg voor gelijkheid kan *animus* geen legitiem overheidsbelang vormen.³¹⁷

In casu beroofde de federale definitie van huwelijk in DOMA een beschermde groep van potentiële huwelijksvoordelen, die zij normaliter zouden genieten op basis van hun erkende huwelijksstatus in hun staat.³¹⁸ Het Hooggerechtshof stelde dat het effect en het doel van DOMA erin bestond een afzonderlijke status te creëren voor koppels van hetzelfde geslacht, waardoor de DOMA deze koppels stigmatiseerde, zelfs wanneer zij rechtsgeldig gehuwd waren.³¹⁹ Het Hooggerechtshof identificeerde daarom *animus* in de wet zelf maar ook in haar totstandkomingsgeschiedenis en de morele afkeer van homoseksualiteit die eraan ten grondslag lag, wat immers ook werd door de titel ervan.³²⁰

Hieruit concludeerde het Hooggerechtshof dat de federale wet primair tot doel had een specifieke, beschermde groep te identificeren en deze ongelijk te behandelen. Omdat de huwelijksstatus naargelang de overheid in kwestie varieerde, leidde dit tot juridische tegenstrijdigheden, aangezien koppels slechts binnen hun staat als gehuwd werden beschouwd. Dit ondermijnde de stabiliteit van hun relaties, terwijl de staat juist streefde naar bescherming van deze relaties.³²¹ In dit verband verwees het Hooggerechtshof naar

³¹¹ United States v. Windsor, 570 US 744, 15-16 (2013).

³¹² United States v. Windsor, 570 US 744, 18 (2013).

³¹³ United States v. Windsor, 570 US 744, 18 (2013).

³¹⁴ United States v. Windsor, 570 US 744, 19-20 (2013).

³¹⁵ United States v. Windsor, 570 US 744, 20 (2013).

³¹⁶ United States v. Windsor, 570 US 744, 19 (2013); Romer v. Evans, 517 U. S. 620, 633 (1996).

³¹⁷ United States v. Windsor, 570 US 744, 20 (2013).

³¹⁸ United States v. Windsor, 570 US 744, 20 (2013).

³¹⁹ United States v. Windsor, 570 US 744, 21 (2013).

³²⁰ United States v. Windsor, 570 US 744, 20-21 (2013).

³²¹ United States v. Windsor, 570 US 744, 22 (2013).

Lawrence v. Texas, waarin werd benadrukt dat dergelijke behandeling koppels, wier levenskeuzes en relaties grondwettelijke bescherming genieten, kleineert.³²²

Om die reden oordeelde het Hooggerechtshof met een 5-4 meerderheid, dat de federale wetgever, hoewel hij bevoegdheden heeft op het gebied van het huwelijk, niet mag ingrijpen op een wijze die individuele vrijheden onder de *Due Process Clause* van het Vijfde Amendement schaadt.³²³ De DOMA richtte zich specifiek op een beschermde groep en beschouwde homohuwelijken als minderwaardig. Het vond bovendien dat DOMA geen legitiem overheidsdoel diende en slechts diende om één groep te vernederen en ongunstiger te behandelen, ondanks hun wettelijke erkenning door hun staat, een motief dat niet als rechtvaardiging kan gelden.³²⁴ Ten slotte maakte het Hooggerechtshof een belangrijke verwijzing naar de *Equal Protection Clause*. Het benadrukte dat individuele vrijheden ook gelijke bescherming onder de wet veronderstellen, waarmee het de logica van de *Equal Protection Clause* van het Veertiende Amendement toepaste.³²⁵

4.2.3.2. *Obergefell v. Hodges (2015)*

Obergefell v. Hodges betrof de betwisting van diverse statelijke huwelijkswetten waarin het huwelijk uitsluitend werd gedefinieerd als een verbintenis tussen een man en een vrouw.³²⁶ De zaak werd aanhangig gemaakt nadat verschillende koppels, die onder deze wetten hinder ondervonden, juridische erkenning van hun huwelijk of hun status als echtgenoten verlangden. Zij streefden naar stabiliteit, rechtszekerheid en gelijke behandeling.³²⁷

Het Hooggerechtshof beperkte zijn oordeel tot twee kernvragen. Enerzijds ging het om de vraag of het Veertiende Amendement een staat verplicht om het huwelijk tussen personen

³²² United States v. Windsor, 570 US 744, 23 (2013).

³²³ U.S. Const. amend. V: "No person shall (...) be deprived of life, liberty, or property, without due process of law (...)". De Due Process Clause van het Vijfde Amendement is inhoudelijk gelijk aan die van het Veertiende Amendement, met dit verschil dat het Vijfde Amendement zich richt tot de federale overheid, terwijl het Veertiende Amendement van toepassing is op de staten. N. S. CHAPMAN en K. YOSHINO, "Common Interpretation of The Fourteenth Amendment Due Process Clause, *National Constitution Center*, <https://constitutioncenter.org/the-constitution/articles/amendment-xiv/clauses/701>, (geraadpleegd op 21 mei 2025); R. A. FAIRFAX en J. C. HARRISON, "Common Interpretation of The Fifth Amendment Due Process Clause", *National Constitution Center*, <https://constitutioncenter.org/the-constitution/amendments/amendment-v/clauses/633>, (geraadpleegd op 21 mei 2025).

³²⁴ United States v. Windsor, 570 US 744, 4 *juncto* 25-26 (2013).

³²⁵ United States v. Windsor, 570 US 744, 25-26 (2013).

³²⁶ Obergefell v. Hodges, 576 U.S. 644, 1 (2015).

³²⁷ James Obergefell, die in een andere staat rechtsgeldig gehuwd was, wilde als echtgenoot worden erkend op de overlijdensakte van zijn overleden partner. April DeBoer en Jayne Rowse werden door statelijke wetgeving verhinderd om gezamenlijk kinderen te adopteren. Ijpe DeKoe en Thomas Kostura ondervonden moeilijkheden met de erkenning van hun huwelijk: hun burgerlijke status verschilde naargelang de staat waarin zij zich bevonden, aangezien sommige staten het homohuwelijk niet erkenden. Obergefell v. Hodges, 576 U.S. 644, 5-6 (2015).

van hetzelfde geslacht te legaliseren. Anderzijds of het Veertiende Amendement staten verplicht om een rechtsgeldig gesloten homohuwelijk in een andere staat te erkennen.³²⁸

Aan het begin van zijn analyse erkende het Hooggerechtshof het belang van het huwelijk.³²⁹ Hoewel het de historische betekenis ervan erkende, wees het ook op de evolutie van maatschappelijke opvattingen over relaties.³³⁰ Ooit werden seksuele relaties tussen personen van hetzelfde geslacht strafbaar gesteld op basis van morele overtuigingen, maar dergelijke opvattingen zijn aanzienlijk veranderd.³³¹ Geleidelijk ontstond tolerantie, wat uiteindelijk leidde tot de openstelling van het huwelijk voor koppels van hetzelfde geslacht in bepaalde staten.³³²

Fundamentele rechten en vrijheden worden beschermd door de *Due Process Clause* van het Veertiende Amendement. Deze bescherming strekt zich uit tot persoonlijke keuzes die bepalend kunnen zijn voor de identiteit van een individu, en vormen de kern van menselijke waardigheid en autonomie. Het Hooggerechtshof erkende zijn rol bij het identificeren en beschermen van deze fundamentele rechten.³³³ Omdat onrecht niet altijd meteen zichtbaar is, moet de Grondwet beschouwd worden als een dynamisch gegeven dat meegroeit met veranderende maatschappelijke inzichten.³³⁴

Het Hooggerechtshof had reeds het recht om te huwen als fundamenteel onder de *Due Process Clause* erkend.³³⁵ Dit betekent dat dit recht grondwettelijke bescherming geniet. Hoewel deze jurisprudentie beperkt bleef tot de erkenning van het heterohuwelijk, mag niet worden vergeten dat dit recht is ingebed in ruimere constitutionele principes.³³⁶ Bijgevolg is de relevante vraag niet of er een grondwettelijk recht om te huwen bestaat, maar of dit recht geldt voor personen van hetzelfde geslacht.³³⁷

Aan de hand van vier constitutionele principes beschouwde het Hooggerechtshof het recht om te huwen als fundamenteel.³³⁸ Ten eerste is het huwelijk een uitdrukking van persoonlijke autonomie. Individuen kunnen vrij beslissen of zij willen trouwen en met wie. Deze vrijheid vormt een van de meest intieme persoonlijke keuzes en ligt aan de basis van grondwettelijke vrijheden. De daarmee gepaarde waardigheid en de waarborg voor deze

³²⁸ Obergefell v. Hodges, 576 U.S. 644, 2-3 (2015).

³²⁹ Obergefell v. Hodges, 576 U.S. 644, 3 (2015).

³³⁰ Obergefell v. Hodges, 576 U.S. 644, 4-6 (2015).

³³¹ Obergefell v. Hodges, 576 U.S. 644, 7-8 (2015).

³³² Obergefell v. Hodges, 576 U.S. 644, 8-9 (2015).

³³³ Obergefell v. Hodges, 576 U.S. 644, 10 (2015).

³³⁴ Obergefell v. Hodges, 576 U.S. 644, 11 (2015).

³³⁵ Obergefell v. Hodges, 576 U.S. 644, 11 (2015).

³³⁶ Obergefell v. Hodges, 576 U.S. 644, 11-12 (2015).

³³⁷ Obergefell v. Hodges, 576 U.S. 644, 12 (2015).

³³⁸ Obergefell v. Hodges, 576 U.S. 644, 12 (2015).

vrijheid moeten op gelijke wijze aan elk koppel toekomen, ongeacht hun seksuele geaardheid.³³⁹ Ten tweede is het huwelijk een unieke twee-persoonsverbintenis, gebaseerd op wederzijdse toewijding, die verder gaat dan een louter juridische status. Het raakt aan de identiteit van het koppel.³⁴⁰ Ten derde beschermt het huwelijk ook het gezinsleven en eventuele afstammelingen.³⁴¹ Door het huwelijk van ouders te erkennen worden juridische stabiliteit en continuïteit gewaarborgd, wat essentieel is voor kinderen om de integriteit en verbondenheid van hun gezin te kunnen begrijpen. Het uitsluiten van koppels van hetzelfde geslacht van het huwelijk schaadt hun kinderen door hen te stigmatiseren, benadelen en vernederen.³⁴² Ten slotte vormt het huwelijk een hoeksteen van de Amerikaanse maatschappelijke orde. Zelfs al evolueerde de instelling doorheen de tijd, behoudt het huwelijk zijn centrale rol binnen de samenleving behouden.³⁴³ Het biedt niet alleen symbolische erkenning, maar ook juridische voordelen die deze verbintenis beschermen.³⁴⁴

Het Hooggerechtshof merkt op dat deze constitutionele principes van toepassing zijn op alle koppels, ongeacht hun seksuele geaardheid of geslacht.³⁴⁵ Wanneer deze koppels de toegang tot het huwelijk wordt ontzegd, worden zij niet alleen uitgesloten van de voordelen die het huwelijk biedt, maar ook als het ware veroordeeld tot een toestand van instabiliteit en rechtsonzekerheid. Naarmate staten meer belang hechten aan de huwelijksinstelling, neemt ook de ongelijkheid voor deze koppels toe. Dit zendt een normatief signaal uit waarin wordt gesuggereerd dat zij minderwaardig zijn, terwijl zij, net als andere koppels, streven naar een relatie met diepe betekenis.³⁴⁶ Zelfs al werd de beperking van het huwelijksrecht lange tijd aanvaard, valt het niet langer te ontkennen dat dergelijke wetgeving deze koppels benadeelt en stigmatiseert.³⁴⁷

Het fundamentele recht om te huwen is ondeelbaar. Dit betekent dat het recht niet mag worden herdefinieerd, afhankelijk van wie het uitoefent. Daarom moet worden onderzocht of dit gewaarborgde grondrecht rechtsgeldig kan worden uitgesloten voor een specifieke groep en of een dergelijke uitsluiting objectief kan worden gerechtvaardigd. Het Hooggerechtshof verwierpt hierbij het historische argument dat het recht enkel door heterokoppels zou kunnen worden uitgeoefend, omdat dit de vooruitgang van mensenrechten zou belemmeren.³⁴⁸ De bescherming van fundamentele rechten moet

³³⁹ Obergefell v. Hodges, 576 U.S. 644, 12-13 (2015).

³⁴⁰ Obergefell v. Hodges, 576 U.S. 644, 13-14 (2015).

³⁴¹ Obergefell v. Hodges, 576 U.S. 644, 14 (2015).

³⁴² Obergefell v. Hodges, 576 U.S. 644, 15 (2015).

³⁴³ Obergefell v. Hodges, 576 U.S. 644, 16 (2015).

³⁴⁴ Obergefell v. Hodges, 576 U.S. 644, 16-17 (2015). De voordelen van het huwelijk strekken zich uit over diverse rechtsdomeinen, waaronder het belastingrecht, het eigendomsrecht, medische beslissingsbevoegdheid, adoptie- en ouderschapsrechten, sociale uitkeringen, enzovoort. Zie in dit verband ook *United States v. Windsor*.

³⁴⁵ Obergefell v. Hodges, 576 U.S. 644, 12 *juncto* 17 (2015).

³⁴⁶ Obergefell v. Hodges, 576 U.S. 644, 17 (2015).

³⁴⁷ Obergefell v. Hodges, 576 U.S. 644, 17-18 (2015).

³⁴⁸ Obergefell v. Hodges, 576 U.S. 644, 18 (2015).

kunnen evolueren in overeenstemming met de hedendaagse opvattingen over vrijheid en gelijkheid.³⁴⁹

Religieuze of morele bezwaren tegen dit recht worden door het Hooggerechtshof erkend. Het stelt echter dat dergelijke overtuigingen problematisch worden wanneer ze tot wetgeving worden verheven. Wanneer individuele vrijheden aan een specifieke groep worden ontzegd, doet dit afbreuk aan hun menselijke waardigheid. In deze context trachten de betrokken koppels geen bijzonder recht te verkrijgen, maar enkel gelijk behandeld te worden inzake een fundamenteel recht.³⁵⁰ Hierdoor wordt de godsdienstvrijheid, gewaarborgd door het Eerste Amendement, niet aangetast. Personen die bezwaren hebben tegen het homohuwelijk behouden immers de vrijheid om hun opvattingen te uiten en bezwaar te maken. Zij worden niet gedwongen om hun overtuigingen op te geven. Om die reden mogen religieuze bezwaren de uitoefening van dit recht niet beperken.³⁵¹

Het recht om te huwen wordt beschermd door zowel de *Due Process Clause* als de *Equal Protection Clause* van het Veertiende Amendement. Hoewel deze rechtsconcepten afzonderlijk bestaan, zijn ze nauw met elkaar verweven, aangezien zij elkaars betekenis wederzijds kunnen versterken.³⁵² De interpretatie van de *Equal Protection Clause* kan namelijk nieuwe inzichten onthullen en ongerechtvaardigde ongelijkheden blootleggen die eerder onopgemerkt of onbetwist zijn gebleven.³⁵³ Dit biedt niet alleen de mogelijkheid om ongelijkheden vast te stellen, maar ook om deze actief te verhelpen, waardoor zowel de waarborg van gelijkheid als de bescherming van individuele vrijheden wordt gevrijwaard.³⁵⁴

Het Hooggerechtshof oordeelde dat wetgeving die koppels van hetzelfde geslacht uitsluit van het huwelijk, niet alleen individuele vrijheden beperkt, maar ook het principe van gelijkheid schendt. Dergelijke wetten leiden tot ongelijkheid doordat huwelijksvoordelen, die voor heterokoppels beschikbaar zijn, voor homoparen ontoegankelijk blijven, enkel omdat zij geen toegang hebben tot het huwelijk. Dit leidt tot ernstige en voortdurende schade voor deze koppels en plaatst hen in een ondergeschikte positie. Het opleggen van dergelijke beperkingen kan dan ook niet worden gerechtvaardigd op grond van de samenhangende toepassing van de *Due Process*- en *Equal Protection Clause*. Derhalve

³⁴⁹ Obergefell v. Hodges, 576 U.S. 644, 18-19 (2015).

³⁵⁰ Obergefell v. Hodges, 576 U.S. 644, 19 (2015).

³⁵¹ Obergefell v. Hodges, 576 U.S. 644, 27 (2015).

³⁵² Obergefell v. Hodges, 576 U.S. 644, 19-20 (2015).

³⁵³ Obergefell v. Hodges, 576 U.S. 644, 20 (2015).

³⁵⁴ Obergefell v. Hodges, 576 U.S. 644, 21 (2015).

moet worden geconcludeerd dat het recht om te huwen niet mag worden ontzegd aan koppels van hetzelfde geslacht.³⁵⁵

Wat betreft de erkenning van homohuwelijken die in een andere staat zijn gesloten, de tweede vraag die het Hooggerechtshof moest analyseren, oordeelde het dat deze huwelijken eveneens moeten worden erkend.³⁵⁶ Aangezien het recht om te huwen voor deze koppels moet worden gewaarborgd, vergt dit dat zulke huwelijken, ongeacht de staat waarin de echtgenoten zich bevinden, erkend moeten worden.³⁵⁷ Een weigering om deze huwelijken te erkennen zou immers leiden tot rechtsonzekerheid en verwarring, aangezien de status van gehuwden zou kunnen variëren afhankelijk van de staat waarin zij zich bevinden.³⁵⁸

Om deze redenen besloot het Hooggerechtshof, met een meerderheid van 5-4, dat het recht om te huwen grondwettelijk beschermd is en dat deze bescherming ook van toepassing moet zijn op koppels van hetzelfde geslacht. Het recht om te huwen wordt door de Grondwet beschermd, en deze bescherming dient, net als voor andere koppels, eveneens te gelden voor koppels van hetzelfde geslacht.³⁵⁹

4.2.4. *Boy Scouts of America v. Dale, Masterpiece Cakeshop en 303 Creative LLC v. Elenis*

De onderstaande zaken betreffen weliswaar geen *Equal Protection*-zaken, maar zijn toch essentieel om de reikwijdte van het gelijkheidsprincipe in de Verenigde Staten te begrijpen. Deze uitspraken bieden namelijk een genuanceerd beeld van de gelijkheidskwestie en illustreren het belangrijke en actuele spanningsveld tussen de waarborg van individuele vrijheden en gelijke bescherming.

4.2.4.1. *Boy Scouts of America v. Dale (2000)*

Boy Scouts of America v. Dale had betrekking op de uitsluiting van een lid, een Padvinder (*Eagle Scout*), vanwege zijn seksuele geaardheid. Dit besluit werd genomen nadat zijn homoseksualiteit bekend werd en omdat hij zich actief inzette voor de bescherming van homorechten. De scoutsvereniging stelde dat dit gedrag onverenigbaar was met haar kernwaarden en besloot hem daarom uit te sluiten.³⁶⁰

³⁵⁵ *Obergefell v. Hodges*, 576 U.S. 644, 22 (2015).

³⁵⁶ *Obergefell v. Hodges*, 576 U.S. 644, 27 (2015).

³⁵⁷ *Obergefell v. Hodges*, 576 U.S. 644, 27-28 (2015).

³⁵⁸ *Obergefell v. Hodges*, 576 U.S. 644, 27-28 (2015).

³⁵⁹ *Obergefell v. Hodges*, 576 U.S. 644, 5 (syllabus) *juncto* 28 (2015).

³⁶⁰ *Boy Scouts of America v. Dale*, 530 U.S. 640, 644 (2000).

Het geschil ontstond in een staat waar antidiscriminatiewetgeving van kracht was. Met toepassing daarvan oordeelde het statelijke Hooggerechtshof dat het lid opnieuw moest worden toegelaten. Het Amerikaanse Hooggerechtshof kreeg daarop de vraag voorgelegd of de toepassing van de antidiscriminatiewet in strijd was met de rechten van de scoutsvereniging onder het Eerste Amendement.³⁶¹

Het Eerste Amendement van de Amerikaanse Grondwet waarborgt diverse fundamentele vrijheden, waaronder de vrijheid van religie, meningsuiting en vereniging.³⁶² Impliciet omvat dit ook het recht om zich te verenigen met het oog op het bevorderen van specifieke doelen, zoals politieke, educatieve of religieuze idealen.³⁶³ Deze rechten zijn essentieel om te voorkomen dat meerderheidsopvattingen worden opgedrongen aan groepen met mogelijk onpopulaire standpunten.³⁶⁴

Het Eerste Amendement, en meer bepaald het recht op vrijheid van vereniging en meningsuiting, kan worden geschonden wanneer de overheid ingrijpt in de interne structuur van een organisatie, bijvoorbeeld door haar te dwingen ongewenste leden te accepteren. Dergelijke inmenging beperkt het vermogen van de organisatie om haar eigen waarden en overtuigingen uit te dragen. Het Hooggerechtshof erkende daarom dat het recht van een organisatie om leden uit te sluiten deel uitmaakt van de vrijheid van meningsuiting en vereniging, zoals beschermd door het Eerste Amendement.³⁶⁵

Toch zijn deze vrijheden niet absoluut. Wetgeving kan het Eerste Amendement beperken om dwingende staatsbelangen te behartigen, mits deze beperkingen niet is gericht op het onderdrukken van ongewenste meningen en het nagestreefde doel niet met een minder ingrijpende maatregel kan worden bereikt.³⁶⁶

In casu betoogde de scoutsvereniging dat homoseksualiteit onverenigbaar was met haar fundamentele waarden.³⁶⁷ Het Hooggerechtshof moest daarom oordelen of de loutere aanwezigheid van dit lid de mogelijkheid van de vereniging zou ondermijnen om haar eigen boodschap uit te dragen, namelijk dat homoseksueel gedrag niet legitiem is en in strijd is met haar opvattingen.³⁶⁸

³⁶¹ Boy Scouts of America v. Dale, 530 U.S. 640, 644 (2000).

³⁶² U.S. Const., amend. I: ("Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof; or abridging the freedom of speech, or of the press; or the right of the people peaceably to assemble, and to petition the Government for a redress of grievances.").

³⁶³ Boy Scouts of America v. Dale, 530 U.S. 640, 647 (2000).

³⁶⁴ Boy Scouts of America v. Dale, 530 U.S. 640, 647-648 (2000).

³⁶⁵ Boy Scouts of America v. Dale, 530 U.S. 640, 648 (2000).

³⁶⁶ Boy Scouts of America v. Dale, 530 U.S. 640, 648 (2000).

³⁶⁷ Boy Scouts of America v. Dale, 530 U.S. 640, 650 (2000).

³⁶⁸ Boy Scouts of America v. Dale, 530 U.S. 640, 651 en 653 (2000).

Hoewel deze rechten gerespecteerd moeten worden, mogen antidiscriminatiebepalingen niet eenvoudigweg terzijde worden geschoven. Omdat het betrokken lid openlijk zijn seksuele geaardheid had geuit en zich inzette voor homorechten, zou zijn aanwezigheid binnen de organisatie volgens de scoutsvereniging neerkomen op het verplicht onderschrijven van een boodschap die strijdig is met haar kernwaarden.³⁶⁹ Daaruit zou een impliciete aanvaarding van homoseksueel gedrag kunnen worden afgeleid.³⁷⁰

Aangezien de verplichting om dit lid te aanvaarden de vrijheid van meningsuiting van de organisatie wezenlijk zou beïnvloeden, en daarmee in strijd zou zijn met het Eerste Amendement, moest worden beoordeeld of de toepassing van de statelijke antidiscriminatiewet kon worden gerechtvaardigd.³⁷¹ Antidiscriminatiewetgeving is oorspronkelijk ingevoerd om individuen te beschermen in publiek toegankelijke ruimten. In de loop der jaren is de reikwijdte van deze wetten echter aanzienlijk uitgebreid, waardoor zij nu ook van toepassing zijn op andere domeinen, waaronder niet-publieke ruimten.³⁷²

Het Hooggerechtshof stelde in deze zaak echter vast dat de bescherming van staatsbelangen ter bestrijding van discriminatie een dergelijke inbreuk niet kon rechtvaardigen. De antidiscriminatiewet legde een aanzienlijke beperking op aan de vereniging, aangezien deze werd verplicht gedrag te aanvaarden dat indruist tegen haar fundamentele overtuigingen. Het Hooggerechtshof benadrukte daarbij dat zijn oordeel niet was gebaseerd op de wenselijkheid of juistheid van de leerstellingen van de organisatie. In plaats daarvan ging het om de bescherming van de vrijheid van meningsuiting en vereniging, zoals gewaarborgd door het Eerste Amendement. Hoewel antidiscriminatiewetgeving gedrag kan bevorderen dat schadelijk gedrag vervangt, mag deze wet niet zodanig worden toegepast dat zij inbreuk maakt op de vrijheid van meningsuiting of uitsluitend dient om een door de staat goedgekeurde boodschap op te leggen.³⁷³

Om die reden oordeelde het Hooggerechtshof, met een meerderheid van 5-4, dat de toepassing van de antidiscriminatiewet in dit geval inbreuk maakte op de rechten van de scoutsvereniging onder het Eerste Amendement. De vereniging kon daarom niet worden verplicht om het betrokken lid te aanvaarden.³⁷⁴

³⁶⁹ Boy Scouts of America v. Dale, 530 U.S. 640, 653 (2000).

³⁷⁰ Boy Scouts of America v. Dale, 530 U.S. 640, 655-656 (2000).

³⁷¹ Boy Scouts of America v. Dale, 530 U.S. 640, 656 (2000).

³⁷² Boy Scouts of America v. Dale, 530 U.S. 640, 656-657 (2000).

³⁷³ Boy Scouts of America v. Dale, 530 U.S. 640, 661 (2000).

³⁷⁴ Boy Scouts of America v. Dale, 530 U.S. 640, 642 *juncto* 659 en 661 (2000).

4.2.4.2. *Masterpiece Cakeshop v. Colorado Civil Rights Commission (2018)*

Masterpiece Cakeshop betrof een geschil waarin een discriminatieklacht werd ingediend tegen een bakker die, vanwege zijn religieuze bezwaren tegen het homohuwelijk, weigerde een huwelijkstaart te maken.³⁷⁵ De staat Colorado beschikt over antidiscriminatiewetgeving die gelijke toegang tot goederen en diensten waarborgt. Volgens deze wet is het verboden om personen te discrimineren op grond van hun seksuele geaardheid door hen om die reden de toegang tot bepaalde goederen of diensten te ontfangen.³⁷⁶

Toen het koppel de toegang tot de gevraagde dienst werd ontfangen, deden zij een beroep op het discriminatieverbod uit de wet.³⁷⁷ De bakker daarentegen beriep zich op zijn rechten krachtens het Eerste Amendement, met name zijn vrijheid van godsdienst of geloofsovertuiging.³⁷⁸ Het Hooggerechtshof moest daarom beoordelen of de toepassing van deze antidiscriminatiewet de bakker zou verplichten om een huwelijkstaart te ontwerpen en te maken die onverenigbaar is met zijn religieuze overtuigingen over het homohuwelijk.³⁷⁹

Bij aanvang van zijn beoordeling erkende het Hooggerechtshof de complexiteit van dergelijke zaken, waarin een belangenconflict bestaat tussen individuele vrijheden en de gelijke bescherming van personen. Enerzijds moeten staten de rechten en waardigheid van homoseksuelen personen beschermen tegen discriminatie.³⁸⁰ Anderzijds moet de bakker de vrijheid behouden om zijn fundamentele rechten, zoals vrijheid van godsdienst en meningsuiting, uit te oefenen, zoals gewaarborgd door het Eerste Amendement.³⁸¹

Het Hooggerechtshof wees erop dat antidiscriminatiewetgeving die betrekking heeft op publieke dienstverlening beperkingen kan opleggen aan de vrijheden die voortvloeien uit het Eerste Amendement.³⁸² Tegelijkertijd bestaan er wettelijke uitzonderingen om deze rechten te beschermen. Zo kan een individu met religieuze bezwaren tegen het homohuwelijk niet verplicht worden om een dergelijk huwelijk te voltrekken. Toch mogen zulke uitzonderingen niet te ruim worden opgevat, omdat dit kan leiden tot een ernstige aantasting van de waardigheid van homoseksuelen personen en tot hun stigmatisatie, wat strijdig zou zijn met het beginsel van gelijke toegang tot openbare dienstverlening.³⁸³ Ook

³⁷⁵ *Masterpiece Cakeshop, Ltd. v. Colorado Civil Rights Commission*, 584 U.S. 617, 1 (2018).

³⁷⁶ *Masterpiece Cakeshop, Ltd. v. Colorado Civil Rights Commission*, 584 U.S. 617, 5 (2018).

³⁷⁷ *Masterpiece Cakeshop, Ltd. v. Colorado Civil Rights Commission*, 584 U.S. 617, 1 (2018).

³⁷⁸ *Masterpiece Cakeshop, Ltd. v. Colorado Civil Rights Commission*, 584 U.S. 617, 1 (2018).

³⁷⁹ *Masterpiece Cakeshop, Ltd. v. Colorado Civil Rights Commission*, 584 U.S. 617, 4 en 9 (2018).

³⁸⁰ *Masterpiece Cakeshop, Ltd. v. Colorado Civil Rights Commission*, 584 U.S. 617, 1-2 (2018).

³⁸¹ *Masterpiece Cakeshop, Ltd. v. Colorado Civil Rights Commission*, 584 U.S. 617, 2 (2018).

³⁸² *Masterpiece Cakeshop, Ltd. v. Colorado Civil Rights Commission*, 584 U.S. 617, 2-3 (2018).

³⁸³ *Masterpiece Cakeshop, Ltd. v. Colorado Civil Rights Commission*, 584 U.S. 617, 10 (2018).

benadrukte het Hooggerechtshof dat de samenleving heeft erkend dat homoseksuele personen niet als minderwaardig mogen worden behandeld. Hoewel religieuze bezwaren worden beschermd, geldt als algemene regel dat ondernemers gelijke toegang tot goederen en diensten dienen te waarborgen.³⁸⁴

In casu ging het om de beoordeling van de discriminatieklacht zelf, maar om de vraag of de klacht tegen de bakker op een religieus neutrale wijze was behandeld. Bij de afhandeling van discriminatieklachten moeten staten religieuze neutraliteit waarborgen, om te voorkomen dat zij vijandig staan tegenover religieuze overtuigingen.³⁸⁵

Aangezien de staat op het moment van het geschil het homohuwelijk niet erkende en de uitspraken in *Windsor* en *Obergefell* nog niet waren uitgesproken, kon door het Hooggerechtshof niet gesteld worden dat de bakker onredelijk handelde.³⁸⁶ Hoewel antidiscriminatiewetgeving de gelijke toegang tot goederen en diensten waarborgt, moeten klachten die hieruit voortvloeien neutraal worden afgehandeld. Dit houdt in dat religieuze bezwaren eerlijk en ernstig moeten worden beoordeeld. Overheidsinstanties mogen bij een weigering zoals die van de bakker niet automatisch aannemen dat zijn handelen verkeerd was. Ondanks de aanzienlijke staatsbelangen bij het handhaven van antidiscriminatiewetgeving, moeten individuen recht hebben op een eerlijke behandeling van hun geloofsbezwaren.³⁸⁷

Het Hooggerechtshof oordeelde dat de klacht *in casu* niet met de vereiste religieuze neutraliteit was behandeld. De wijze waarop de klacht werd afgehandeld, toonde volgens het Hooggerechtshof tekenen van *animus*, namelijk vijandigheid of afkeer, jegens de religieuze overtuigingen van de bakker.³⁸⁸ Dit werd onder meer duidelijk door uitspraken van leden van de Commissie, die over de klacht moesten oordelen. Een commissielid verklaarde dat religieuze bezwaren geen plaats hadden binnen commerciële activiteiten, terwijl een ander lid suggereerde dat wie problemen heeft met antidiscriminatiewetgeving compromissen moet sluiten als men wil ondernemen. Hoewel dergelijke uitspraken kunnen worden geïnterpreteerd als een pleidooi voor gelijke behandeling ongeacht seksuele geaardheid, kunnen ze ook wijzen op een neerbuigende en discriminerende houding ten opzichte van de religieuze overtuigingen van de bakker.³⁸⁹

³⁸⁴ Masterpiece Cakeshop, Ltd. v. Colorado Civil Rights Commission, 584 U.S. 617, 9 (2018).

³⁸⁵ Masterpiece Cakeshop, Ltd. v. Colorado Civil Rights Commission, 584 U.S. 617, 2-3 (2018).

³⁸⁶ Masterpiece Cakeshop, Ltd. v. Colorado Civil Rights Commission, 584 U.S. 617, 11 (2018).

³⁸⁷ Masterpiece Cakeshop, Ltd. v. Colorado Civil Rights Commission, 584 U.S. 617, 12 (2018).

³⁸⁸ Masterpiece Cakeshop, Ltd. v. Colorado Civil Rights Commission, 584 U.S. 617, 12 (2018).

³⁸⁹ Masterpiece Cakeshop, Ltd. v. Colorado Civil Rights Commission, 584 U.S. 617, 12-13 (2018).

Gelet op de bredere context en andere opmerkingen van de Commissie³⁹⁰ concludeerde het Hooggerechtshof dat deze laatste interpretatie de juiste was.³⁹¹ Het benadrukte dat dergelijke opmerkingen ongepast waren, gelet op het feit dat de wet op neutrale wijze moet worden toegepast, niet alleen om discriminatie op grond van seksuele geaardheid te voorkomen, maar ook om discriminatie op grond van religie te vermijden. De houding van de Commissie riep twijfels op over haar onpartijdigheid bij de behandeling van de klacht tegen de bakker.³⁹²

Het Hooggerechtshof stelde vast dat de staat zich in deze zaak schuldig maakte aan het bepalen van wat als aanstootgevend moest worden beschouwd, terwijl dit niet haar taak was. Dit hield een schending in van de verplichting van de staat om wetgeving niet te baseren op *animus* jegens religieuze overtuigingen. Overheden mogen geen waardeoordelen uitspreken over geloofsovertuigingen, aangezien de eis van neutraliteit hen verplicht om geloofsbezwaren eerlijk en objectief te behandelen.³⁹³

Met een 7-2-meerderheidsbeslissing oordeelde het Hooggerechtshof dat de Commissie een vijandige houding had aangenomen bij de beoordeling van de klacht tegen de bakker. Het benadrukte dat antidiscriminatiewetgeving neutraal en eerlijk moet worden toegepast, ook ten aanzien van religieuze bezwaren. Bovendien erkende het Hof dat de belangen van de staat bij antidiscriminatiewetgeving, mits de eis van neutraliteit wordt gerespecteerd, in deze zaak zorgvuldig hadden kunnen worden afgewogen. Het Hof merkte echter op dat zijn oordeel afhankelijk was van de specifieke context van deze zaak, en dat toekomstige gevallen mogelijk tot andere uitkomsten kunnen leiden. Het Hooggerechtshof benadrukte dat in geschillen van deze aard het respect voor religieuze overtuigingen moet worden gewaarborgd, zonder dat dit leidt tot uitsluiting van homoseksuele personen van gelijke toegang tot de markt.³⁹⁴

³⁹⁰ Zo stelde een van de leden van de commissie dat de godsdienstvrijheid en de vrijheid van geloofsovertuiging in het verleden te vaak zijn aangewend om uiteenlopende vormen van discriminatie te rechtvaardigen. Dit lid betoogde daarom dat het beroep op deze grondrechten een van de meest verwerpelijke vormen van retoriek is die men kan hanteren om anderen te kwetsen. Volgens het Hooggerechtshof getuigt deze uitspraak van minachting voor het geloof van de betrokken persoon. *Masterpiece Cakeshop, Ltd. v. Colorado Civil Rights Commission*, 584 U.S. 617, 13 (2018).

³⁹¹ *Masterpiece Cakeshop, Ltd. v. Colorado Civil Rights Commission*, 584 U.S. 617, 12-13 (2018).

³⁹² *Masterpiece Cakeshop, Ltd. v. Colorado Civil Rights Commission*, 584 U.S. 617, 13-14 (2018). Merk ook op dat het Hooggerechtshof in casu oordeelde dat de behandeling van de bakker inconsistent was in het licht van eerdere praktijk. Zo had de commissie in een andere zaak geoordeeld dat de antidiscriminatiewet niet werd geschonden, aangezien de betrokken bakker bereid was andere producten te verkopen. In deze zaak achtte de commissie het echter irrelevant dat de bakker uit Colorado bereid was andere goederen te leveren voor gelegenheden zoals verjaardagen en babyshowers. Deze tegenstrijdige benadering wees volgens het Hooggerechtshof op een inconsistente behandeling van klachten met betrekking tot dit onderwerp. *Masterpiece Cakeshop, Ltd. v. Colorado Civil Rights Commission*, 584 U.S. 617, 14-15 (2018).

³⁹³ *Masterpiece Cakeshop, Ltd. v. Colorado Civil Rights Commission*, 584 U.S. 617, 16-17 (2018).

³⁹⁴ *Masterpiece Cakeshop, Ltd. v. Colorado Civil Rights Commission*, 584 U.S. 617, 17-18 *juncto* 3 (syllabus) (2018).

4.2.4.3. 303 Creative LLC v. Elenis (2023)

303 Creative is een onderneming voor webdesign en marketing die gepersonaliseerde huwelijkswebsites wil aanbieden. Deze websites beogen het unieke liefdesverhaal van een koppel te delen.³⁹⁵ Omdat de ondernemster, die een traditionele visie op het huwelijk aanhangt, met zekerheid wilde weten dat een antidiscriminatiwet uit Colorado³⁹⁶ haar niet zou verplichten boodschappen te uiten die in strijd zijn met haar persoonlijke overtuigingen, maakte zij een geschil aanhangig. Opmerkelijk is dat zij deze activiteiten op dat moment nog niet had opgestart, maar vooraf duidelijkheid wilde verkrijgen over haar grondrechten.³⁹⁷

Het Eerste Amendement beschermt zowel de vrijheid van meningsuiting als de gewetensvrijheid.³⁹⁸ Dit betekent dat de Grondwet meningsuitingen beschermt, ongeacht of deze als misplaatst of verstandig worden beschouwd. Overheden mogen individuen niet dwingen om bepaalde meningen te uiten, noch hen verplichten om boodschappen te verspreiden die tegen hun eigen overtuigingen ingaan.³⁹⁹ De beschermde vrijheid geldt ongeacht het medium waarmee de uiting wordt overgebracht.⁴⁰⁰

Wanneer iemand een huwelijkswebsite voor klanten ontwerpt, weerspiegelt dit in wezen een persoonlijke uitdrukking. Het feit dat de meningen van de ontwerpster en die van haar klanten gecombineerd kunnen worden, doet hieraan geen afbreuk. De bescherming van het Eerste Amendement geldt zodra de ontwerpster zichzelf uitdrukt, en de Staat haar probeert te verplichten om boodschappen te verspreiden die tegen haar persoonlijke overtuigingen ingaan.⁴⁰¹

Het Hooggerechtshof oordeelde dat de verplichting krachtens de antidiscriminatiwet in dit geval neerkwam op een poging van de staat om bepaalde standpunten, zoals het bezwaar tegen het homohuwelijk, uit het publieke debat te weren.⁴⁰² Daarom is er volgens het Hooggerechtshof sprake van een schending van het Eerste Amendement, meer bepaald van een ontoelaatbare beperking van de vrijheid van meningsuiting, wanneer de staat een individu dwingt een bepaalde mening te uiten of dreigt met sancties wanneer persoonlijke overtuigingen desalniettemin worden geuit.⁴⁰³

³⁹⁵ 303 Creative LLC v. Elenis, 600 U.S. 570, 2 (2023).

³⁹⁶ Merk op dat het om dezelfde wet gaat als die welke in Masterpiece Cakeshop werd betwist. Deze wet verbiedt discriminatie op grond van seksuele geaardheid en waarborgt gelijke toegang tot goederen en diensten. 303 Creative LLC v. Elenis, 600 U.S. 570, 2 (2023).

³⁹⁷ 303 Creative LLC v. Elenis, 600 U.S. 570, 2 (2023).

³⁹⁸ 303 Creative LLC v. Elenis, 600 U.S. 570, 6 (2023).

³⁹⁹ 303 Creative LLC v. Elenis, 600 U.S. 570, 8-9 (2023).

⁴⁰⁰ 303 Creative LLC v. Elenis, 600 U.S. 570, 9-10 (2023).

⁴⁰¹ 303 Creative LLC v. Elenis, 600 U.S. 570, 10 (2023).

⁴⁰² 303 Creative LLC v. Elenis, 600 U.S. 570, 11 (2023).

⁴⁰³ 303 Creative LLC v. Elenis, 600 U.S. 570, 11 (2023).

Het Hooggerechtshof erkent de essentiële rol van antidiscriminatiewetgeving en betwist niet dat overheden een dwingend belang hebben bij het bestrijden van discriminatie in openbare voorzieningen. Het erkent ook dat dergelijke wetgeving kan bijdragen aan het herstel van de waardigheid van personen die anders geen gelijke toegang tot goederen of diensten zouden verkrijgen.⁴⁰⁴ In dit verband merkt het op dat de reikwijdte van antidiscriminatiewetgeving, meer algemeen, in de Verenigde Staten aanzienlijk is uitgebreid. Zo heeft de staat Colorado ervoor gekozen om deze wetgeving toe te passen op vrijwel alle ondernemingen die commerciële activiteiten verrichten, waarbij discriminatie op verschillende gronden, waaronder seksuele geaardheid, wordt verboden.⁴⁰⁵ Ongeveer de helft van de Amerikaanse staten, waaronder Colorado, verbiedt momenteel discriminatie op grond van seksuele geaardheid.⁴⁰⁶

Ondanks het belang van antidiscriminatiewetgeving benadrukt het Hooggerechtshof dat geen enkele wet de fundamentele waarborgen van de Grondwet mag ondermijnen. Het Hof heeft eerder geoordeeld dat wetgeving een schending van het Eerste Amendement vormt wanneer zij wordt aangewend om individuen te dwingen bepaalde meningen te uiten.⁴⁰⁷ In gevallen waarin een antidiscriminatiewet in strijd is met de Grondwet, moet de grondwettelijke norm steeds prevaleren.⁴⁰⁸

Hoewel het Hooggerechtshof de evolutie van het antidiscriminatierecht erkent en het belang van gelijke rechtsbescherming voor homoseksuele personen bevestigt, staat deze erkenning los van de voorliggende zaak. De kernvraag hier is of een individu, in het kader van dienstverlening waarbij persoonlijke overtuigingen tot uiting komen, kan worden gedwongen om boodschappen te verspreiden die daarmee onverenigbaar zijn.⁴⁰⁹

De staat Colorado voerde aan dat de ondernemster haar diensten weigerde vanwege de seksuele geaardheid van het koppel, een beschermd kenmerk onder de wet. Het Hooggerechtshof verwierp dit standpunt, omdat deze vrouw bereid was haar diensten aan te bieden aan homoseksuele individuen, voor zover deze diensten niet in strijd waren met haar persoonlijke overtuigingen. Dit principe gold voor al haar klanten, ongeacht hun seksuele geaardheid.⁴¹⁰

⁴⁰⁴ 303 Creative LLC v. Elenis, 600 U.S. 570, 12 (2023).

⁴⁰⁵ 303 Creative LLC v. Elenis, 600 U.S. 570, 13 (2023).

⁴⁰⁶ 303 Creative LLC v. Elenis, 600 U.S. 570, 13 (2023).

⁴⁰⁷ 303 Creative LLC v. Elenis, 600 U.S. 570, 14 (2023).

⁴⁰⁸ 303 Creative LLC v. Elenis, 600 U.S. 570, 14 (2023).

⁴⁰⁹ 303 Creative LLC v. Elenis, 600 U.S. 570, 19 (2023).

⁴¹⁰ 303 Creative LLC v. Elenis, 600 U.S. 570, 17 (2023).

Het Hooggerechtshof benadrukte opnieuw dat het Eerste Amendement de vrijheid van meningsuiting beschermt, ongeacht of de staat deze meningen als aanvaardbaar beschouwt.⁴¹¹ Wat de staat Colorado hier probeert te doen, is het verplichten van een individu om een boodschap te uiten waarmee hij of zij het niet eens is. Dit is volgens het Hof ontoelaatbaar, vooral wanneer het onderwerp politiek of religieus gevoelig is.⁴¹² De bescherming van de vrijheid van meningsuiting impliceert dat staten individuen niet mogen dwingen om boodschappen uit te dragen die in strijd zijn met hun persoonlijke overtuigingen.⁴¹³

Het Hooggerechtshof verduidelijkte dat dit oordeel niet betekent dat ondernemingen het recht krijgen om diensten te weigeren aan een beschermde groep, zoals seksuele minderheden.⁴¹⁴ Dit omdat hier uitsluitend de vraag aan de orde is of een Staat een individu kan dwingen een boodschap te uiten die strijdig is met diens persoonlijke overtuigingen. Zelfs wanneer antidiscriminatiewetgeving van toepassing is, mag deze wet niet worden ingezet om meningen op te leggen.⁴¹⁵

Daarom oordeelde het Hooggerechtshof, met een 6-3-meerderheidsbeslissing, dat de vrijheid van meningsuiting inhoudt dat ook meningen die door de Staat als ongewenst worden beschouwd, bescherming genieten.⁴¹⁶ Zelfs wanneer deze meningen als onaantrekkelijk, misleidend of kwetsend worden ervaren, blijft tolerantie de aangewezen houding, niet dwang.⁴¹⁷

⁴¹¹ 303 Creative LLC v. Elenis, 600 U.S. 570, 17 (2023).

⁴¹² 303 Creative LLC v. Elenis, 600 U.S. 570, 19 (2023).

⁴¹³ 303 Creative LLC v. Elenis, 600 U.S. 570, 19 (2023).

⁴¹⁴ 303 Creative LLC v. Elenis, 600 U.S. 570, 20 (2023).

⁴¹⁵ 303 Creative LLC v. Elenis, 600 U.S. 570, 22 (2023).

⁴¹⁶ 303 Creative LLC v. Elenis, 600 U.S. 570, 25 (2023).

⁴¹⁷ 303 Creative LLC v. Elenis, 600 U.S. 570, 25-26 *juncto* 6 (syllabus) (2023).

5. Analyse van de jurisprudentie en rechtsvergelijking

Hierna volgt eerst een afzonderlijke analyse van de Europese en Amerikaanse jurisprudentie die in het vierde hoofdstuk werd uiteengezet. Aansluitend wordt een rechtsvergelijkende analyse gemaakt.

5.1. Analyse van de rechtspraak van het Hof van Justitie

Uit de besproken Europese jurisprudentie kunnen enkele krachtlijnen worden afgeleid met betrekking tot de waarborgen voor de bescherming tegen discriminatie op grond van seksuele geaardheid.

5.1.1. *Toepassingsgebied en rechterlijke interpretatie*

Uit de besproken Europese arresten blijkt dat het Hof van Justitie het non-discriminatierecht, en de daarmee samenhangende bescherming, zo ruim mogelijk interpreteert.⁴¹⁸ Hoewel het Hof verschillende interpretatiemethoden hanteert, staat de teleologische methode centraal in de besproken rechtspraak.⁴¹⁹

Wat de interpretatie van Richtlijn 2000/78/EG aangaat, houdt het Hof steeds de doelstelling van de richtlijn en de effectiviteit van de rechtsbescherming voor ogen.⁴²⁰ Daarnaast benadrukt het daarbij dat de richtlijn, binnen het domein van arbeid en beroep, het in artikel 21, lid 1 van het Handvest verankerde beginsel van non-discriminatie concretiseert. Ook verwijst het Hof bij de interpretatie van de richtlijn naar de fundamentele rechten en waarden waarop deze gebaseerd is, waardoor de werkingssfeer niet restrictief wordt geïnterpreteerd, wat duidelijk bijdraagt aan een robuuste bescherming tegen discriminatie in de Unie.⁴²¹

⁴¹⁸ Deze ruime interpretatie komt onder meer tot uiting in de toepassing van Richtlijn 2000/78/EG, waarbij artikel 3 – dat het materiële toepassingsgebied van de richtlijn afbakt – extensief wordt uitgelegd. Zo oordeelde het Hof in *Maruko* en *Jürgen Römer* dat een weduwnaarspensioen respectievelijk een aanvullende pensioenregeling als een vorm van beloning konden worden beschouwd, en dus niet buiten het toepassingsgebied van de richtlijn vielen. In *Hay* bevestigde het Hof bovendien dat ook arbeidsvoordelen die voortvloeien uit collectieve overeenkomsten onder de werkingssfeer van de richtlijn vallen. HvJ 1 april 2008, *Maruko*, C-267/06, ECLI:EU:C:2008:179, overweging 56; HvJ 10 mei 2011, *Jürgen Römer*, C-147/08, ECLI:EU:C:2011:286, overweging 32–33; HvJ 12 December 2013, *Hay*, C-267/12, ECLI:EU:C:2013:823, overweging 28.

⁴¹⁹ K. BOELE-WOELKI en L. VAIGE, *Cross-Border Recognition of Formalized Same-Sex Relationships*, 1e edition, Bruxelles, Intersentia, 2022, 203.

⁴²⁰ Artikel 1 Richtlijn 2000/78/EG heeft tot doel “een algemeen kader te creëren voor de bestrijding van discriminatie” teneinde het beginsel van gelijke behandeling in de lidstaten te garanderen.

⁴²¹ HvJ 23 april 2020, *NH*, C-507/18, ECLI:EU:C:2020:289, overweging 39–40; HvJ 22 november 2005, *Mangold*, C-144/04, ECLI:EU:C:2005:709, overweging 75; HvJ 19 januari 2010, *Kücükdeveci*, C-555/07, ECLI:EU:C:2010:21, overweging 21.

Deze extensieve interpretatie ter bescherming tegen discriminatie komt duidelijk ook tot uiting in de arresten *Asociația Accept* en *NH*. Richtlijn 2000/78/EG biedt bijvoorbeeld bescherming in situaties waarin homofobe uitlatingen worden gedaan, zelfs als de persoon die deze uitlatingen doet formeel geen bevoegdheid heeft wat aanwervingsbeslissingen betreft. Deze bescherming geldt ook wanneer er geen lopende of concrete aanwervingsprocedures bestaan.⁴²² In *NH* verruimde het Hof ook de geboden bescherming tegen discriminatie, aangezien de richtlijn bescherming biedt in niet-professionele contexten, op voorwaarde dat een daadwerkelijk of reëel verband kan worden aangetoond met een bepaald aanwervingsbeleid.⁴²³ Indien het Hof deze stap niet had gezet, zou dat immers kunnen impliceren dat de bescherming wordt ondermijnd en de nuttige werking van de richtlijn in gevaar wordt gebracht. Dergelijke gedragingen kunnen een afschrikkend effect hebben, aangezien zij individuen ervan kunnen weerhouden om te solliciteren.⁴²⁴

In het arrest *J.K.* oordeelde het Hof dat ook zelfstandigen bescherming genieten tegen discriminatie op grond van seksuele geaardheid, zowel wanneer hun dienstverleningsovereenkomst niet wordt verlengd als wanneer deze wordt beëindigd of geannuleerd.⁴²⁵ Daarmee verruimt het Hof eveneens de reikwijdte van de richtlijn in het licht van veranderende arbeidsverhoudingen, aangezien het bescherming biedt ongeacht de precieze juridische aard van de arbeidsrelatie.⁴²⁶

Deze interpretatiewijze toont het belang dat de Unie hecht aan een effectieve grondrechtenbescherming. Om die redenen streeft zij er dan ook naar om bepalingen op een wijze uit te leggen waarbij deze hun nuttige werking (*effect utile*) behouden.⁴²⁷

⁴²² HvJ 23 april 2020, *NH*, C-507/18, ECLI:EU:C:2020:289, overweging 40 en 55; HvJ 25 april 2013, *Asociația Accept*, C-81/12, ECLI:EU:C:2013:275, overweging 44-45.

⁴²³ V. PASSALACQUA, "Homophobic Statements and Hypothetical Discrimination: Expanding the Scope of Directive 2000/78/EC: ECJ 23 April 2020, Case C-507/18, Associazione Avvocatura per i diritti LGBTI", *European Constitutional Law Review* 2020, vol. 16, 524.

⁴²⁴ HvJ 23 april 2020, *NH*, C-507/18, ECLI:EU:C:2020:289, overweging 53-56; Conclusie Adv. Gen. SHARPSTON van 31 oktober 2019, *NH*, C-507/18, ECLI:EU:C:2019:922, punt 54; U. BELAVUSAU "The *NH* Case: On the "Wings of Words" in EU Anti-discrimination Law", *European Papers* 2020, vol. 5, 2, 1012.

⁴²⁵ HvJ 12 januari 2023, *J.K.*, C-356/21, ECLI:EU:C:2023:9, overweging 44 en 50-51.

⁴²⁶ C. DE CAPITANI, "Anti-discrimination and labour rights: CJEU confirms protection from discrimination (including on grounds of sexual orientation) covers self-employed workers", *EU law analysis blog*, 24 maart 2023, <https://eulawanalysis.blogspot.com/search?q=J.K.>

⁴²⁷ HvJ 23 april 2020, *NH*, C-507/18, ECLI:EU:C:2020:289, overweging 54; HvJ 5 juni 2018, *Coman*, C-673/16, ECLI:EU:C:2018:385, overweging 36-38.

HvJ 14 December 2021, *Pancharevo*, C-490/20, ECLI:EU:C:2021:1008, overweging 42-43; HvJ 22 november 2005, *Mangold*, C-144/04, ECLI:EU:C:2005:709, overweging 72; HvJ 12 januari 2023, *J.K.*, C-356/21, ECLI:EU:C:2023:9, overweging 56-58; P. VAN ELSUWEGE, P. DEVISSCHER en A. VAN BOSSUYT, "Het Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie: implicaties voor de nationale rechtsorde", *Tijdschrift voor Privaatrecht* 2010, afl. 2, 537-538; K. LENAERTS, P. VAN NUFFEL en T. CORTHAUT, *EU Constitutional Law*, Oxford University Press, 2021, 769.

5.1.1. Een juridische doorbraak met grenzen?

De arresten *Maruko*, *Jürgen Römer* en *Hay* hebben belangrijke juridische principes verduidelijkt. In deze uitspraken erkende het Hof dat gehuwden en homopartners⁴²⁸ zich in vergelijkbare situaties kunnen bevinden met betrekking tot huwelijksgerelateerde arbeidsvoordelen.⁴²⁹ Richtlijn 2000/78/EG verplicht lidstaten niet om bepaalde burgerlijke samenlevingsvormen te erkennen of open te stellen voor koppels van hetzelfde geslacht. Wanneer een lidstaat er echter voor kiest om zulke samenlevingsvormen te erkennen en deze in de nationale context gelijk te stellen aan het huwelijk, dan moet het beginsel van gelijke behandeling worden nageleefd. Zo niet, dan kan sprake zijn van discriminatie op grond van seksuele geaardheid.⁴³⁰ Het Hof legt in die gevallen daarom een verplichting op om dergelijke samenlevingsvormen consistent te behandelen, zonder dat het een minimumniveau van bescherming oplegt.⁴³¹

Terwijl deze bescherming belangrijk is voor koppels van hetzelfde geslacht die niet kunnen huwen, moeten deze uitspraken niettemin worden genuanceerd. De bescherming geldt immers alleen wanneer het nationaal recht een burgerlijke samenlevingsvorm invoert, zoals bijvoorbeeld een geregistreerd partnerschap, en dit gelijkstelt aan het huwelijk. De reikwijdte van de bescherming, en bijgevolg de relevantie van deze uitspraken, is dus afhankelijk van de voorafgaande wetgevende keuzes van de betrokken lidstaat.⁴³² In landen waar het homopartnerschap niet bestaat, zoals Bulgarije, Roemenië, Polen of Litouwen, ontbreekt bijgevolg elke vorm van bescherming voor deze koppels op dit punt. Waar de nood meestal het hoogste is, gelet op het feit dat koppels van hetzelfde geslacht louter feitelijke partners worden beschouwd, blijft die bescherming uit.⁴³³

Noemenswaardig in deze context is de veranderende houding van het Hof in deze arresten. In *Hay* toont het Hof zich opvallend minder tolerant ten aanzien van de ongelijke

⁴²⁸ Met de term 'homopartners' wordt in deze masterproef verwezen naar partners van hetzelfde geslacht die een wettelijke samenlevingsvorm zijn aangegaan, zoals in casu een geregistreerd partnerschap.

⁴²⁹ HvJ 1 april 2008, *Maruko*, C-267/06, ECLI:EU:C:2008:179, overweging 72; HvJ 10 mei 2011, *Jürgen Römer*, C-147/08, ECLI:EU:C:2011:286, overweging 52; HvJ 12 December 2013, *Hay*, C-267/12, ECLI:EU:C:2013:823, overweging 41.

⁴³⁰ HvJ 10 mei 2011, *Jürgen Römer*, C-147/08, ECLI:EU:C:2011:286, overweging 52; HvJ 12 December 2013, *Hay*, C-267/12, ECLI:EU:C:2013:823, overweging 41; T. CORTHAUT, *EU ordre public*, Kluwer, 2012, 395-396; H. SURREL, "Les couples homosexuels", *Revue des affaires européennes* 2014, vol. 2, 333.

⁴³¹ T. CORTHAUT, *EU ordre public*, Kluwer, 2012, 395.

⁴³² HvJ 12 December 2013, *Hay*, C-267/12, ECLI:EU:C:2013:823 overweging, 43-44; L. VERMEULEN, in *Discriminatie in arbeidsrelaties 2.0*, 1^e editie, Brussel, Intersentia, 2020, 259-260; H. SURREL, "Les couples homosexuels", *Revue des affaires européennes* 2014, vol. 2, 333; HvJ 1 april 2008, *Maruko*, C-267/06, ECLI:EU:C:2008:179, overweging 73; HvJ 10 mei 2011, *Jürgen Römer*, C-147/08, ECLI:EU:C:2011:286, overweging 52; G. WILLEMS, "Article 9. - Droit de se marier et de fonder une famille" in F. PICOD, C. RIZCALLAH en S. VAN DROOGHENBROECK (eds.), *Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, 3e édition, Bruxelles, Bruylant, 2023, 240 en 242.

⁴³³ K. BOELE-WOELKI en L. VAIGE, *Cross-Border Recognition of Formalized Same-Sex Relationships*, 1e édition, Brussel, Intersentia, 2022, 265-266 ; C. TOBLER, "Equality and Non-Discrimination under the ECHR and EU Law: A Comparison Focusing on Discrimination against LGBTI Persons", *ZaöRV* 2014, vol. 74, 553; EPBS Briefing, "The rights of LGBTI people in the European Union", [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2023/747896/EPBS_BRI\(2023\)747896_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2023/747896/EPBS_BRI(2023)747896_EN.pdf), 2023, 6.

behandeling tussen gehuwden en homopartners. Waar het Hof in *Maruko* en *Jürgen Römer* de beoordeling van vergelijkbaarheid overliet aan de verwijzende rechter – wat een risico inhield op fragmentatie van de bescherming, afhankelijk van de bereidheid van rechters om situaties als vergelijkbaar te beschouwen – voerde het dit oordeel in *Hay* zelf uit.⁴³⁴ Daarmee wijkt het af van zijn eerdere, meer terughoudende benadering.⁴³⁵ Het arrest getuigt bijgevolg van een assertievere houding en impliceert dat het Hof discriminerende praktijken op dit vlak niet langer zal tolereren. Dit is wenselijk, omdat het voor lidstaten op die manier moeilijker wordt om via juridische nuances de geboden bescherming te omzeilen.⁴³⁶

De arresten *Coman* en *Pancharevo*, hoewel beperkt tot de uitoefening van vrij verkeersrechten, hebben belangrijke implicaties voor de bescherming van koppels van hetzelfde geslacht binnen de Unie. In *Coman* oordeelde het Hof dat lidstaten verplicht zijn het homohuwelijk, dat wettig werd gesloten in een andere lidstaat, te erkennen teneinde de uitoefening van de rechten van Unieburgers effectief te waarborgen.⁴³⁷ Hoewel het Hof zich terughoudend opstelt bij de interpretatie van het begrip 'echtgenoot'⁴³⁸, aangezien het specifiek verwees naar de erkenning van huwelijken die binnen de Unie werden voltrokken⁴³⁹, rijst de vraag of dezelfde erkenningsverplichting zou gelden voor homohuwelijken die werden gesloten in een derde land, zoals de Verenigde Staten, tussen een Unieburger en een derdelander.⁴⁴⁰

⁴³⁴ HvJ 12 December 2013, *Hay*, C-267/12, ECLI:EU:C:2013:823, overweging 41: "Uit de rechtspraak van het Hof blijkt dat een regeling van een lidstaat die het recht op voordelen op het gebied van beloning of arbeidsvoorwaarden voorbehoudt aan gehuwde werknemers, terwijl het huwelijk in de betrokken lidstaat wettelijk is voorbehouden aan personen van verschillend geslacht, (...) discriminatie op grond van seksuele geaardheid tot stand brengt (...) en zich in een vergelijkbare situatie bevinden". A. TRYFONIDOU, "The impact of the framework equality directive on the protection of LGB persons and same-sex couples from discrimination under EU law" in U. BELAVUSAU en K. HENRARD (eds.), *EU Anti-Discrimination Law beyond Gender*, Hart Publishing, 2018, 236-238.

⁴³⁵ HvJ 10 mei 2011, *Jürgen Römer*, C-147/08, ECLI:EU:C:2011:286, overweging 52: "De beoordeling van de vergelijkbaarheid behoort tot de bevoegdheid van de verwijzende rechter en moet worden toegespitst op de respectieve rechten en verplichtingen van gehuwden en personen die een levenspartnerschap hebben gesloten (...) die (...) relevant zijn". HvJ 1 april 2008, *Maruko*, C-267/06, ECLI:EU:C:2008:179, overweging 72: "Gesteld dat de verwijzende rechter beslist dat nabestaande echtgenoten en nabestaande levenspartners wat deze nabestaandenuitkering betreft in een vergelijkbare situatie verkeren".

⁴³⁶ A. TRYFONIDOU, "The impact of the framework equality directive on the protection of LGB persons and same-sex couples from discrimination under EU law" in U. BELAVUSAU en K. HENRARD (eds.), *EU Anti-Discrimination Law beyond Gender*, Hart Publishing, 2018, 239-240; L. VERMEULEN, in *Discriminatie in arbeidsrelaties 2.0*, 1^e editie, Brussel, Intersentia, 2020, 259-271.

⁴³⁷ HvJ 5 juni 2018, *Coman*, C-673/16, ECLI:EU:C:2018:385, overweging 51.

⁴³⁸ In tegenstelling tot wat Advocaat-Generaal WATHELET stelde dat de erkenning moet kunnen plaatsvinden ongeacht de plaats waar het huwelijk is voltrokken. Conclusie Adv. Gen. WATHELET van 11 januari 2018, *Coman*, C-673/16, ECLI:EU:C:2018:2, punt 49. Het Hof daarentegen verwees specifiek naar de erkenning van huwelijken die binnen de EU zijn gesloten (HvJ 5 juni 2018, *Coman*, C-673/16, ECLI:EU:C:2018:385, overweging 33-36). K. BOELE-WOELKI en L. VAIGE, *Cross-Border Recognition of Formalized Same-Sex Relationships*, 1e edition, Brussel, Intersentia, 2022, 161-162 en 167; S. PEERS, Love wins in the CJEU: Same Sex Marriages and EU free movement law, *EU Law Analysis Blog*, 5 juni 2018, <https://eulawanalysis.blogspot.com/2018/06/love-wins-in-cjeu-same-sex-marriages.html>.

⁴³⁹ HvJ 5 juni 2018, *Coman*, C-673/16, ECLI:EU:C:2018:385, overweging 33-36.

⁴⁴⁰ G. WILLEMS, "Article 9. - Droit de se marier et de fonder une famille" in F. PICOD, C. RIZCALLAH en S. VAN DROOGHENBROECK (eds.), *Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, 3e édition, Bruxelles, Bruylant, 2023, 236-237; A. TRYFONIDOU, A., "The ECJ recognises the right of same-sex spouses to move freely between EU Member States: the *Coman* ruling", *European Law Review* 2019, vol. 44, 5, 676; D. VLADIMIROVICH

Ondanks het feit dat het Hof zich niet over deze hypothese uitgesproken, valt niettemin te verdedigen dat de erkenning van een dergelijk huwelijk, ongeacht de plaats van huwelijkssluiting, niet geweigerd mag worden. De waarborg voor de continuïteit van iemands burgerlijke staat is op zichzelf en in het licht van de uitoefening van vrij verkeersrechten essentieel.⁴⁴¹ Wanneer de continuïteit en rechtszekerheid zou worden overgelaten aan lidstaten, en zij krachtens nationale visies en aspiraties al dan niet een huwelijk erkennen, zou dit het vrij verkeer ernstig ondermijnen.⁴⁴²

In *Pancharevo*, waar het Hof een vergelijkbare redenering hanteert⁴⁴³, rijst een soortgelijke vraag in de context van een kind van een Unieburger dat in een derde land werd geboren en waarvan de geboorteakte dus niet door een lidstaat is opgesteld.⁴⁴⁴ Ook in deze zaak dient de waarborg voor de continuïteit van iemands burgerlijke staat en de onbelemmerde uitoefening van diens mobiliteitsrechten prioriteit te krijgen.⁴⁴⁵ Een andere benadering zou immers tot absurde situaties leiden, waarbij de burgerlijke staat of afstammingsrelatie van een persoon afhankelijk zou zijn van de lidstaat waarin men zich bevindt. Zo zou een koppel van hetzelfde geslacht in de ene lidstaat als gehuwd worden beschouwd, maar in een andere niet; hetzelfde geldt voor de juridische erkenning van afstammingsbanden tussen koppels van hetzelfde geslacht en hun kind.⁴⁴⁶ Om die reden is het van belang dat een gecreëerde status, inclusief de continuïteit ervan, ook daadwerkelijk kan worden ingeroepen ter ondersteuning van de erkenning van die status in andere lidstaten.⁴⁴⁷

Hoewel *Coman* en *Pancharevo* een belangrijke stap betekenen voor de bescherming van koppels van hetzelfde geslacht binnen de Unie, moet de reikwijdte van deze uitspraken worden genuanceerd. Zij blijven immers beperkt tot de erkenning van het huwelijk of de afstamming in het kader van de uitoefening van mobiliteitsrechten. Dat is op zich niet

KOCHENOV en U. BELAVUSAU, "After the celebration: Marriage equality in EU Law post-Coman in eight questions and some further thoughts", *Maastricht Journal of European and Comparative Law* 2020, vol. 27, 5, 567.

⁴⁴¹ HvJ 14 December 2021, *Pancharevo*, C-490/20, ECLI:EU:C:2021:1008, overweging 52; HvJ 5 juni 2018, *Coman*, C-673/16, ECLI:EU:C:2018:385, overweging 36-38; HvJ 2 oktober 2003, *Garcia Avello*, C-148/02, EU:C:2003:539, overweging 25; HvJ 14 oktober 2008, *Grunkin en Paul*, C-353/06, EU:C:2008:559, overweging 16.

⁴⁴² T. CORTHAUT, *EU ordre public*, Kluwer, 2012, 405.

⁴⁴³ Ter herinnering volgt uit het arrest *Pancharevo* de volgende verplichting: lidstaten moeten een identiteitsdocument verstrekken aan een kind van wie in het buitenland de afstamming ten opzichte van twee ouders van hetzelfde geslacht is vastgesteld. Bovendien zijn zij verplicht om die in het buitenland vastgestelde afstammingsrelatie te erkennen in het kader van de uitoefening van het recht op vrij verkeer. HvJ 14 December 2021, *Pancharevo*, C-490/20, ECLI:EU:C:2021:1008, overweging 56.

⁴⁴⁴ HvJ 14 December 2021, *Pancharevo*, C-490/20, ECLI:EU:C:2021:1008, overweging 56.

⁴⁴⁵ T. CORTHAUT, *EU ordre public*, Kluwer, 2012, 406-407. Het arrest *Pancharevo* is daarom even belangrijk als *Coman*, omdat het de continuïteit waarborgt van homoparentale (of echtelijke) banden die binnen de Unie tot stand zijn gekomen – ook wanneer dergelijke familiale constellaties niet worden erkend door de ontvangende lidstaat. G. WILLEMS, "Article 9. - Droit de se marier et de fonder une famille" in F. PICOD, C. RIZCALLAH en S. VAN DROOGHENBROECK (eds.), *Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, 3e édition, Bruxelles, Bruylant, 2023, 264.

⁴⁴⁶ HvJ 4 oktober 2024, C-4/23, ECLI:EU:C:2024:845, overweging 54; HvJ 8 juni 2017, *Freitag*, C-541/15, EU:C:2017:432, overweging 36-37; T. CORTHAUT, *EU ordre public*, Kluwer, 2012, 407.

⁴⁴⁷ K. BOELE-WOELKI en L. VAIGE, *Cross-Border Recognition of Formalized Same-Sex Relationships*, 1e edition, Brussel, Intersentia, 2022, 215.

verwonderlijk, aangezien bevoegdheden inzake familierecht in principe tot de lidstaten behoren. In dat opzicht lijkt het Hof tot aan de grenzen van zijn institutionele bevoegdheden te zijn gegaan.⁴⁴⁸

Coman en *Pancharevo* roepen ook vragen op over de bredere implicaties die uit deze verplichte beperkte erkenning voortvloeien. Men kan zich afvragen hoe zulke erkenning houdbaar is in het licht van andere rechtsdomeinen die buiten het bereik van deze rechtspraak vallen. De noodzaak zou immers kunnen ontstaan om homohuwelijken (of de afstamming) te erkennen voor andere juridische doeleinden, in een breder scala van omstandigheden, zelfs als deze niet uitdrukkelijk door het Unierecht worden vereist.⁴⁴⁹ Denk bijvoorbeeld aan belastingvoordelen of sociale voordelen ten behoeve van gehuwden of kinderen. Wat betreft de heer *Coman* en zijn echtgenoot zullen zij vermoedelijk, krachtens het Roemeens recht, als feitelijke partners in deze rechtsdomeinen worden gezien.⁴⁵⁰

Gezien de beperkte bevoegdheden van de Unie op dit terrein, lijkt vrijwillige harmonisatie de enige weg om een alomvattende en inclusieve bescherming te bieden aan koppels van hetzelfde geslacht en hun afstammelingen, verspreid over uiteenlopende rechtsdomeinen.⁴⁵¹ Daarom is het, in het licht van deze quasi-onmogelijkheid van

⁴⁴⁸ HvJ 5 juni 2018, *Coman*, C-673/16, ECLI:EU:C:2018:385, overweging 36-38; HvJ 14 December 2021, *Pancharevo*, C-490/20, ECLI:EU:C:2021:1008, overweging 52; D. VLADIMIROVICH KOCHENOV en U. BELAVUSAU, "After the celebration: Marriage equality in EU Law post-*Coman* in eight questions and some further thoughts", *Maastricht Journal of European and Comparative Law* 2020, vol. 27, 5, 563; A. TRYFONIDOU, "The EU Top Court Rules that Married Same-Sex Couples Can Move Freely Between EU Member States as 'Spouses': Case C-673/16, Relu Adrian Coman, Robert Clabourn Hamilton, Asociația Accept v Inspectoratul General pentru Imigrări, Ministerul Afacerilor Interne", *Feminist Legal Studies* 2019, vol. 27, 217.

⁴⁴⁹ M.-P. ALLARD en G. WILLEMS, "5.1.1. - Le couple homosexuel" in N. DANDOY en G. WILLEMS (eds.), *Les grands arrêts du droit au respect de la vie familiale*, 1e édition, Bruxelles, Larcier, 2022, 602; D. VLADIMIROVICH KOCHENOV en U. BELAVUSAU, "After the celebration: Marriage equality in EU Law post-*Coman* in eight questions and some further thoughts", *Maastricht Journal of European and Comparative Law* 2020, vol. 27, 5, 562-563; S. PEERS, "Love wins in the CJEU: Same Sex Marriages and EU free movement law", *EU Law Analysis Blog*, 5 juni 2018, <https://eulawanalysis.blogspot.com/2018/06/love-wins-in-cjeu-same-sex-marriages.html>.

⁴⁵⁰ Toch wijzen sommige rechtsgeleerden erop dat, gelet op de houdbaarheid van deze enkelvoudige erkenningen, deze benadering het potentieel heeft om druk uit te oefenen op lidstaten. Deze rechtspraak zou, volgens hen, een voorbode kunnen zijn van een volledige en algemene erkenning van het homohuwelijk. Het arrest *Coman* draagt het potentieel in zich van een domino-effect: vanuit praktisch oogpunt zouden lidstaten ertoe kunnen worden aangezet om het homohuwelijk in ruimere zin te erkennen. Bovendien kan deze rechtspraak druk uitoefenen op nationale wetgevers: indien een lidstaat het homohuwelijk niet wil legaliseren, maar dit krachtens het Unierecht wel moet erkennen voor de toepassing van vrijverkeersrechten, dreigt dit te leiden tot interne ongelijkheid. Zie A. TRYFONIDOU, "Free Movement of Same-Sex Spouses within the EU: The ECJ's *Coman* judgment", *European Law Blog*, 19 juni 2018, <https://www.europeanlawblog.eu/pub/free-movement-of-same-sex-spouses-within-the-eu-the-ecjs-coman-judgment/release/1/>; M.-P. ALLARD en G. WILLEMS, "5.1.1. - Le couple homosexuel" in N. DANDOY en G. WILLEMS (eds.), *Les grands arrêts du droit au respect de la vie familiale*, 1e édition, Bruxelles, Larcier, 2022, 602; A. TRYFONIDOU, "The EU Top Court Rules that Married Same-Sex Couples Can Move Freely Between EU Member States as 'Spouses': Case C-673/16, Relu Adrian Coman, Robert Clabourn Hamilton, Asociația Accept v Inspectoratul General pentru Imigrări, Ministerul Afacerilor Interne", *Feminist Legal Studies* 2019, vol. 27, 218.

⁴⁵¹ G. WILLEMS, "Article 9. - Droit de se marier et de fonder une famille" in F. PICOD, C. RIZCALLAH en S. VAN DROOGHENBROECK (eds.), *Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, 3e édition, Bruxelles, Bruylant, 2023, 237-238; S. PEERS, "Love wins in the CJEU: Same Sex Marriages and EU free movement law", *EU Law Analysis Blog*, 5 juni 2018, <https://eulawanalysis.blogspot.com/2018/06/love-wins-in-cjeu-same-sex-marriages.html>; A. TRYFONIDOU, "Free Movement of Same-Sex Spouses within the EU: The ECJ's *Coman* judgment", *European Law Blog*, 19 juni 2018, <https://www.europeanlawblog.eu/pub/free-movement-of-same-sex-spouses-within-the-eu-the-ecjs-coman-judgment/release/1/>.

materiële harmonisatie, des te belangrijker om het beginsel van wederzijdse erkenning ten volle te laten gelden.⁴⁵²

Het blijft echter betreurenswaardig dat het Hof in deze uitspraken geen expliciete verwijzing heeft opgenomen naar artikel 21, lid 1 van het Handvest, dat discriminatie op grond van seksuele geaardheid verbiedt. Een dergelijke verwijzing had kunnen bijdragen aan een krachtiger standpunt en een duidelijker signaal over de bescherming van fundamentele rechten.⁴⁵³ Maatregelen die het vrije verkeer belemmeren, kunnen immers slechts gerechtvaardigd zijn indien zij in overeenstemming zijn met de grondrechten die door het Handvest worden gewaarborgd.⁴⁵⁴ Hoewel het Hof artikel 7 van het Handvest wel aanhaalde, verwees het niet naar het discriminatieverbod, ondanks dat de verwijzende rechter hier expliciet om had verzocht.⁴⁵⁵ Dit wijst op de terughoudendheid van het Hof om gevoelige zaken als deze expliciet te beoordelen in termen van gelijkheid en non-discriminatie, ook al bood artikel 21, lid 1 VWEU reeds een toereikende grondslag voor de bescherming tegen een ongunstigere behandeling.⁴⁵⁶

5.1.2. *Hoe ver reikt de bescherming tegen discriminatie?*

Hoewel het discriminatieverbod op grond van seksuele geaardheid niet absoluut is, blijkt uit de rechtspraak van het Hof van Justitie dat daarop streng toezicht wordt uitgeoefend, waardoor de mogelijkheden tot afwijking strikt worden beperkt.

In *Coman* en *Pancharevo* werden de aangevoerde uitzonderingen ter rechtvaardiging van de belemmering van het vrije verkeer streng beoordeeld. In beide arresten trachtte de lidstaat zich te beroepen op artikel 4, lid 2 VEU om respectievelijk de erkenning van een echtgenoot van hetzelfde geslacht het ouderschap van twee vrouwen te weigeren. Hoewel deze bepaling in een nationale identiteitsclausule voorziet ter bescherming van de nationale openbare orde, kon het Hof, in het licht van de toekenning van mobiliteitsrechten, deze rechtvaardigingsgrond niet aanvaarden.⁴⁵⁷

⁴⁵² T. CORTHAUT, *EU ordre public*, Kluwer, 2012, 407.

⁴⁵³ HvJ 5 juni 2018, *Coman*, C-673/16, ECLI:EU:C:2018:385, overweging 47-50; HvJ 14 December 2021, *Pancharevo*, C-490/20, ECLI:EU:C:2021:1008, overweging 57-65.

⁴⁵⁴ HvJ 5 juni 2018, *Coman*, C-673/16, ECLI:EU:C:2018:385, overweging 47, HvJ 14 December 2021, *Pancharevo*, C-490/20, ECLI:EU:C:2021:1008, overweging 58.

⁴⁵⁵ HvJ 5 juni 2018, *Coman*, C-673/16, ECLI:EU:C:2018:385, overweging 17; HvJ 5 juni 2018, *Coman*, C-673/16, ECLI:EU:C:2018:385 overweging 57-50; HvJ 14 December 2021, *Pancharevo*, C-490/20, ECLI:EU:C:2021:1008, overweging 59-60.

⁴⁵⁶ C. KILPATRICK en H. EKLUND, "Article 21 – Non-Discrimination" in S. PEERS, T. HERVEY, J. KENNER en A. WARD (eds.), *The EU Charter of Fundamental Rights: A Commentary*, Bloomsbury Publishing, 2021, 633; A. TRYFONIDOU, "Same-Sex Marriage: The EU is Lagging Behind", *EU Law Analysis Blog*, 29 juni 2015, <https://eulawanalysis.blogspot.com/2015/06/same-sex-marriage-eu-is-lagging-behind.html>.

⁴⁵⁷ HvJ 14 December 2021, *Pancharevo*, C-490/20, ECLI:EU:C:2021:1008, overweging 56-57; HvJ 5 juni 2018, *Coman*, C-673/16, ECLI:EU:C:2018:385, overweging 45-46.

Hoewel de nationale identiteit van lidstaten bescherming verdient, moet ook de identiteit van lidstaten die het homohuwelijk in hun rechtsorde hebben opgenomen worden gerespecteerd. Het Hof moet daarom dit begrip interpreteren in het licht van de doelstellingen en de context van de Unie. Europese integratie berust immers op het beginsel van wederzijds vertrouwen tussen lidstaten en op de gemeenschappelijke waarden die aan de Unie ten grondslag liggen.⁴⁵⁸ De mogelijkheid voor lidstaten om zich op hun nationale recht te beroepen om hun verplichtingen uit hoofde van het Unierecht te omzeilen, kan dan ook niet worden aanvaard. Dergelijke redenering zou ertoe leiden dat nationale rechtsordes de constitutionele waarden waarop de Unie is gestoeld, kunnen uithollen of op zijn minst verzwakken.⁴⁵⁹

Daarnaast is een weigering om mobiliteitsrechten toe te kennen moeilijk te rechtvaardigen, gelet op het kennelijk ontmoedigende effect dat zo'n beslissing heeft op het vrije verkeer van homoseksuelen en hun gezinsleden.⁴⁶⁰ Het expliciet verwerpen van argumenten die zijn gestoeld op morele keuzes is in dat opzicht essentieel, aangezien het een duidelijke norm stelt die lidstaten verbiedt om seksuele minderheden op ongunstige wijze te behandelen.⁴⁶¹

Het arrest *J.K.* vormt een bijkomend voorbeeld van strikt toezicht op rechtvaardigingsgronden. Hierin erkende het Hof het belang van de vrijheid van ondernemerschap, een recht dat eveneens door het Handvest wordt gewaarborgd. Toch oordeelde het dat de noodzakelijkheid van de opgelegde beperking niet was aangetoond.⁴⁶² Voorts stelde het Hof uitdrukkelijk dat elke afwijking van het discriminatieverbod streng moet worden getoetst. Hoewel het Hof in casu tot de conclusie kwam dat de uitzondering niet gerechtvaardigd kon worden, toonde het enige terughoudendheid om uitvoerig in te gaan op de redenen waarom een dergelijke uitzondering niet aanvaardbaar is.⁴⁶³

Ook de vrijheid van meningsuiting kan worden beperkt om individuen te beschermen tegen discriminatie. In het arrest *NH* stelde het Hof dat Richtlijn 2000/78/EG ruim moet worden

⁴⁵⁸ K. BOELE-WOELKI en L. VAIGE, *Cross-Border Recognition of Formalized Same-Sex Relationships*, 1e edition, Brussel, Intersentia, 2022, 200-202; artikel 2 VEU.

⁴⁵⁹ K. LENAERTS, P. VAN NUFFEL en T. CORTHAUT, *EU Constitutional Law*, Oxford University Press, 2021, 108-109; D. VLADIMIROVICH KOCHENOV en U. BELAVUSAU, "After the celebration: Marriage equality in EU Law post-Coman in eight questions and some further thoughts", *Maastricht Journal of European and Comparative Law* 2020, vol. 27, 5, 558.

⁴⁶⁰ T. CORTHAUT, *EU ordre public*, Kluwer, 2012, 406.

⁴⁶¹ D. VLADIMIROVICH KOCHENOV en U. BELAVUSAU, "After the celebration: Marriage equality in EU Law post-Coman in eight questions and some further thoughts", *Maastricht Journal of European and Comparative Law* 2020, vol. 27, 5, 558.

⁴⁶² De lidstaat in casu trachtte zijn nationale maatregel, waarbij de contractsvrijheid prevaleerde boven de bescherming tegen discriminatie, te rechtvaardigen op grond van artikel 2, lid 5 van de richtlijn. HvJ 12 januari 2023, *J.K.*, C-356/21, ECLI:EU:C:2023:9, overweging 68.

⁴⁶³ Het Hof verwees naar het feit dat de Poolse wetgeving zelf al uitzonderingen op het recht had voorzien, en beschouwde de waarborg van de vrijheid van ondernemerschap daarom niet als essentieel voor een democratische samenleving. HvJ 12 januari 2023, *J.K.*, C-356/21, ECLI:EU:C:2023:9, overweging 76-79.

geïnterpreteerd, en dat deze interpretatie geen afbreuk doet aan het recht op vrijheid van meningsuiting.⁴⁶⁴ Beperkingen van fundamentele rechten kunnen in dit opzicht noodzakelijk zijn om daadwerkelijke bescherming tegen discriminatie te waarborgen. Een ander oordeel zou deze bescherming ondermijnen, of zelfs illusoir maken, en afbreuk doen aan de nuttige werking van de richtlijn.⁴⁶⁵ Tegelijkertijd oordeelde het Hof dat het bewijs waarmee wordt aangetoond dat er geen sprake is van discriminerende praktijken, niet zo ver mag reiken dat daarbij de privacyrechten van een derde worden geschonden.⁴⁶⁶

In het arrest *Léger* ging het Hof niet dieper in op de afweging die artikel 52, lid 1 van het Handvest vereist. Het oordeelde wel dat de bescherming van de volksgezondheid een legitiem doel vormde, maar dat permanente uitsluitingen inzake bloeddonaties enkel gerechtvaardigd kunnen zijn indien aan de noodzakelijkheidseis is voldaan. Daarbij verwees het Hof naar het bestaan van mogelijke alternatieve, minder ingrijpende maatregelen. Hiermee lijkt het Hof de toon te zetten door te suggereren dat dergelijke maatregelen moeilijk gerechtvaardigd zullen kunnen worden, ook al is het uiteindelijk aan de verwijzende rechter om hierover te oordelen.⁴⁶⁷

5.1.3. Wat met artikel 21 van EU-Handvest?

Opmerkelijk is dat het Hof van Justitie in zijn rechtspraak zelden expliciet verwijst naar de algemene wettelijke waarborg tegen discriminatie op grond van seksuele geaardheid.⁴⁶⁸ *Léger* is de enige zaak waarin artikel 21, lid 1 van het Handvest daadwerkelijk als toetsingsnorm werd toegepast.⁴⁶⁹ In *Coman* kwam het discriminatieverbod zelfs niet ter sprake, ondanks het uitdrukkelijke verzoek van de verwijzende rechter om daarop in te

⁴⁶⁴ HvJ 23 april 2020, NH, C-507/18, ECLI:EU:C:2020:289, overweging 43-44.

⁴⁶⁵ HvJ 23 april 2020, NH, C-507/18, ECLI:EU:C:2020:289, overweging 47 en 53. Wanneer een advocaat homofobe uitlatingen doet, zelfs indien het om een persoonlijke mening gaat en er op dat moment geen lopende aanwervingsprocedure is, valt dit niet buiten het toepassingsgebied van de richtlijn. Dergelijke uitlatingen kunnen immers personen ontmoedigen om te solliciteren, terwijl het precies dat soort belemmeringen is waarvoor de richtlijn bescherming beoogt te bieden. HvJ 23 april 2020, NH, C-507/18, ECLI:EU:C:2020:289, overweging 54-56. Conclusie Adv. Gen. SHARPSTON van 31 oktober 2019, NH, C-507/18, ECLI:EU:C:2019:922, punt 54; G. ZACCARONI, *Equality and Non-Discrimination in the EU: The Foundations of the EU Legal Order*, Edward Elgar Publishing, 2021, 183.

⁴⁶⁶ HvJ 25 april 2013, Asociația Accept, C-81/12, ECLI:EU:C:2013:275, overweging 57.

⁴⁶⁷ HvJ 29 april 2015, *Léger*, C-528/13, ECLI:EU:C:2015:288, overweging 50-52 en 60 en 66. Hoewel de uiteindelijke beslissing toekomt aan de verwijzende rechter, werd reeds aangetoond dat het Hof zich, zoals in *Hay*, assertiever kan opstellen. In verband met *Léger* ligt de voornaamste reden voor de meer terughoudende houding vermoedelijk in het feit dat het Hof zich in zulke gevoelige materies liever niet mengt. Volksgezondheid is immers een domein waarin de lidstaten over een ruime discretionaire bevoegdheid beschikken. A. TRYFONIDOU, "The impact of the framework equality directive on the protection of LGB persons and same-sex couples from discrimination under EU law" in U. BELAVUSAU en K. HENRARD (eds.), *EU Anti-Discrimination Law beyond Gender*, Hart Publishing, 2018, 245.

⁴⁶⁸ Dit houdt verband met het feit dat veel Europese zaken betrekking hebben op de arbeidscontext, waardoor Richtlijn 2000/78/EG de aangewezen rechtsgrond vormt. E. BRIBOSIA, I., RORIVE en J. HISLAIRE, "Article 21. - Non-discrimination" in F. PICOD, C. RIZCALLAH en S. VAN DROOGHENBROECK (eds.), *Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, 3e édition, Bruxelles, Bruylant, 2023, 651; A. WARD, "The Impact of the EU Charter of Fundamental Rights on Anti-Discrimination Law: More a Whimper than a Bang?", *Cambridge Yearbook of European Legal Studies* 2018, vol. 20, 42.

⁴⁶⁹ HvJ 29 april 2015, *Léger*, C-528/13, ECLI:EU:C:2015:288, overweging 48.

gaan.⁴⁷⁰ Hoewel *Léger* een belangrijk voorbeeld vormt waarin het Hof artikel 21, lid 1 van het Handvest effectief toetste, heeft deze zaak geen precedent geschapen om ook in latere arresten (zelfs gedeeltelijk) op die grondslag te oordelen. In veel van de besproken zaken ontbreekt elke verwijzing naar het discriminatieverbod. Dit lijkt samen te hangen met het bestaan van een specifiekere rechtsgrond, namelijk Richtlijn 2000/78/EG, die wordt beschouwd als het aangewezen beoordelingskader voor geschillen die binnen haar werkingssfeer vallen.⁴⁷¹ Opvallend is bovendien dat het Hof in zaken die verband houden met de seksuele geaardheid van een persoon, regelmatig gebruikmaakt van alternatieve juridische routes om gelijkheid te waarborgen, zoals het Unieburgerschap in *Coman* en *Pancharevo*. Toch zou het niet onredelijk zijn geweest om in dergelijke zaken ook een directe toetsing aan artikel 21, lid 1 van het Handvest te overwegen.⁴⁷²

Hoe dan ook mag niet worden ontkend dat het discriminatieverbod uit het Handvest, met het daarin vervatte algemene beginsel van non-discriminatie, een belangrijke vangnetfunctie vervult binnen het Unierecht.⁴⁷³ Het werd reeds angewend om het gebrek aan horizontale werking van de richtlijnen op te vangen, en het biedt bovendien een instrument voor een ruime interpretatie van die richtlijnen.⁴⁷⁴

Naar analogie met *Mangold* en *Kücükdeveci* kan de vraag rijzen of er ook een algemeen beginsel van non-discriminatie op grond van seksuele geaardheid bestaat, dat de bescherming tegen discriminatie in het algemeen zou kunnen versterken.⁴⁷⁵ Hoewel het arrest *Jürgen Römer* het Hof de mogelijkheid bood om zich hierover uit te spreken, deed het dat niet. Dit in tegenstelling tot Advocaat-Generaal Jääskinen, die wél suggereerde dat een dergelijk algemeen beginsel moest worden erkend.⁴⁷⁶

Hoewel het Hof in *Jürgen Römer* uitdrukkelijk verwijst naar het beginsel van non-discriminatie op grond van seksuele geaardheid, kon het geen algemeen rechtsbeginsel naar analogie met *Mangold* toepassen wegens het ontbreken van een Europees

⁴⁷⁰ HvJ 5 juni 2018, *Coman*, C-673/16, ECLI:EU:C:2018:385, overweging 17.

⁴⁷¹ E. BRIBOSIA, I., RORIVE en J. HISLAIRE, "Article 21. - Non-discrimination" in F. PICOD, C. RIZCALLAH en S. VAN DROOGHENBROECK (eds.), *Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, 3e édition, Bruxelles, Bruylant, 2023, 651.

⁴⁷² A. WARD, "The Impact of the EU Charter of Fundamental Rights on Anti-Discrimination Law: More a Whimper than a Bang?", *Cambridge Yearbook of European Legal Studies* 2018, vol. 20, 42.

⁴⁷³ E. BRIBOSIA, I., RORIVE en J. HISLAIRE, "Article 21. - Non-discrimination" in F. PICOD, C. RIZCALLAH en S. VAN DROOGHENBROECK (eds.), *Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, 3e édition, Bruxelles, Bruylant, 2023, 645-646.

⁴⁷⁴ HvJ 22 november 2005, *Mangold*, C-144/04, ECLI:EU:C:2005:709, overweging 77 ; HvJ 19 januari 2010, *Kücükdeveci*, C-555/07, ECLI:EU:C:2010:21, overweging 32 en 50; C. KILPATRICK en H. EKLUND, "Article 21 – Non-Discrimination" in S. PEERS, T. HERVEY, J. KENNER en A. WARD (eds.), *The EU Charter of Fundamental Rights: A Commentary*, second edition, Bloomsbury Publishing, 2021, 637.

⁴⁷⁵ HvJ 22 november 2005, *Mangold*, C-144/04, ECLI:EU:C:2005:709, overweging 74-76; HvJ 19 januari 2010, *Kücükdeveci*, C-555/07, ECLI:EU:C:2010:21, overweging 20-21.

⁴⁷⁶ Conclusie Adv. Gen. JÄÄSKINEN van 15 juli 2010, *Jürgen Römer*, C-147/08, ECLI:EU:C:2010:425, overweging 4 en 146.

aanknopingspunt in het concrete geschil.⁴⁷⁷ Sommige rechtsgeleerden zien hierin echter een impliciete bevestiging van het bestaan van een dergelijk algemeen rechtsbeginsel, ook al blijft een duidelijk antwoord op deze vraag uit.⁴⁷⁸

Toch lijkt de meerwaarde van artikel 21, lid 1 van het Handvest relatief bescheiden, aangezien zij vaak wordt aangewend om de bepalingen van Richtlijn 2000/78/EG te verduidelijken of te ondersteunen. De richtlijn vormt in die zin een bijzondere uitdrukking van het in artikel 21, lid 1 van het Handvest vervatte discriminatieverbod.⁴⁷⁹ Niettemin is deze bepaling niet zonder belang gebleven.⁴⁸⁰ Opvallend is echter dat het Hof doorgaans terughoudend blijft om deze bepaling als zelfstandige toetsingsmaatstaf te hanteren.⁴⁸¹

5.1.1. Slotanalyse Europese rechtspraak

Onbetwistbaar is dat het Hof van Justitie, waar mogelijk, de beschermingsomvang tegen discriminerende praktijken op grond van seksuele geaardheid heeft uitgebreid.⁴⁸² Hoewel Richtlijn 2000/78/EG materieel beperkt is tot de arbeidscontext, is haar reikwijdte evenwel aanzienlijk.⁴⁸³ Wat artikel 21, lid 1 van het Handvest betreft, dat een potentieel breed toepassingsgebied heeft gelet op zijn materiële werkingssfeer, blijft deze bepaling echter onderbenut.⁴⁸⁴ In zaken als *Coman* of *Pancharevo* had deze bepaling een relevante rol kunnen spelen, aangezien de seksuele geaardheid van respectievelijk de echtgenoot en de co-ouder van hetzelfde geslacht precies de reden was waarom de betrokken familiebanden niet werden erkend. Juist dat wordt door deze bepaling uitdrukkelijk verboden.⁴⁸⁵

⁴⁷⁷ HvJ 10 mei 2011, Jürgen Römer, C-147/08, ECLI:EU:C:2011:286, overweging 59-64.

⁴⁷⁸ LENAERTS en GUTMAN verwijzen in dit verband naar drie argumenten die het bestaan van een algemeen non-discriminatiebeginsel op grond van seksuele geaardheid zou bevestigen: (i) krachtens artikel 19 VWEU is het een specifieke taak van de Unie om discriminatie te bestrijden; (ii) de Uniewetgever heeft deze bevoegdheid aangewend via wetgeving, met name Richtlijn 2000/78/EG, en heeft daarmee concreet uitdrukking gegeven aan deze taak; en (iii) dit sluit aan bij een recente tendens in de bescherming van grondrechten op Unieniveau, zoals verankerd in artikel 21, lid 1 van het Handvest. Zie K. LENAERTS en K. GUTMAN, "The Comparative Law Method and the European Court of Justice: Echoes Across the Atlantic", *The American Journal of Comparative Law* 2016, vol. 64, 4, 848.

⁴⁷⁹ HvJ 23 april 2020, NH, C-507/18, ECLI:EU:C:2020:289, overweging 38; HvJ 19 januari 2010, Küçükdeveci, C-555/07, ECLI:EU:C:2010:21, overweging 43; C. KILPATRICK en H. EKLUND, "Article 21 – Non-Discrimination" in S. PEERS, T. HERVEY, J. KENNER en A. WARD (eds.), *The EU Charter of Fundamental Rights: A Commentary*, second edition, Bloomsbury Publishing, 2021, 632.

⁴⁸⁰ HvJ 29 april 2015, Léger, C-528/13, ECLI:EU:C:2015:288, overweging 47-50.

⁴⁸¹ C. KILPATRICK en H. EKLUND, "Article 21 – Non-Discrimination" in S. PEERS, T. HERVEY, J. KENNER en A. WARD (eds.), *The EU Charter of Fundamental Rights: A Commentary*, second edition, Bloomsbury Publishing, 2021, 633.

⁴⁸² R. WINTEMUTE, "European Law Against Discrimination on Grounds of Sexual Orientation" in K. BOELE-WOELKI en A. FUCHS (eds.), *Same-Sex Relationships and Beyond: Gender Matters in the EU*, Intersentia, 2017, 191.

⁴⁸³ HvJ 10 mei 2011, Jürgen Römer, C-147/08, ECLI:EU:C:2011:286, overweging 32-33; HvJ 1 april 2008, Maruko, C-267/06, ECLI:EU:C:2008:179, overweging 41; HvJ 23 april 2020, NH, C-507/18, ECLI:EU:C:2020:289, overweging 40-42; HvJ 25 april 2013, Asociația Accept, C-81/12, ECLI:EU:C:2013:275, overweging 44-45; HvJ 12 januari 2023, J.K., C-356/21, ECLI:EU:C:2023:9, overweging 58 en 66.

⁴⁸⁴ R. WINTEMUTE, "European Law Against Discrimination on Grounds of Sexual Orientation" in K. BOELE-WOELKI en A. FUCHS (eds.), *Same-Sex Relationships and Beyond: Gender Matters in the EU*, Intersentia, 2017, 191; E. BRIBOSIA, I. RORIVE en J. HISLAIRE, "Article 21. - Non-discrimination" in F. PICOD, C. RIZCALLAH en S. VAN DROOGHENBROECK (eds.), *Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, 3e édition, Bruxelles, Bruylant, 2023, 633-635.

⁴⁸⁵ K. BOELE-WOELKI en L. VAIGE, *Cross-Border Recognition of Formalized Same-Sex Relationships*, 1e edition, Bruxelles, Intersentia, 2022, 250-251. Naar analogie stelt TRYFONIDOU dat de weigering van lidstaten om

Een andere kwestie die moet worden beklemtoond is dat een inclusieve bescherming tegen discriminatie van koppels van hetzelfde geslacht in grote mate afhankelijk blijft van de lidstaten. De uiteenlopende nationale opvattingen en het gebrek aan harmonisatie blijven een structurele belemmering voor een volwaardige gelijkstelling tussen hetero- en homokoppels.⁴⁸⁶

Hoewel de bescherming in grote mate wordt beperkt door het attributiebeginsel, omdat de bevoegdheid over de burgerlijke staat van personen, en ruimer nog het familierecht, bij de lidstaten berust, mag niet worden ontkend dat het Unierecht, ondanks het ontbreken van een herconfigurerende bevoegdheid, aanzienlijke invloed heeft gehad op de juridische gevolgen daarvan.⁴⁸⁷ Het Hof oefent immers toezicht uit op een domein dat strikt genomen tot de nationale bevoegdheid behoort, maar houdt daarbij wel rekening met de status van gehuwden of homopartners. Op die manier kan het indirect ingrijpen in gevallen van ongunstige behandeling.⁴⁸⁸ In *Coman* en *Pancharevo* heeft het Hof geoordeeld binnen de grenzen van zijn institutionele bevoegdheid.⁴⁸⁹

In de huidige samenleving vormen LGBTQ+-personen een bijzonder kwetsbare groep. Ongunstige behandelingen zijn vaak gebaseerd op stereotypes en stigma's; elementen die in geen geval mogen worden aanvaard. Bovendien is non-discriminatierecht nauw verweven met andere rechtsdomeinen. Daarom mogen de bestaande lacunes in de bescherming tegen discriminatie op grond van seksuele geaardheid niet worden genegeerd.⁴⁹⁰

Ondanks de aanzienlijke bescherming die het Hof van Justitie en het Unierecht bieden, blijft het een gemiste kans dat het Unierecht niet in staat is om discriminatiegevallen in andere aspecten van het dagelijks leven te reguleren en zo een meer effectieve en inclusieve bescherming te waarborgen.⁴⁹¹ Gelet op het onderbenutte potentieel van artikel 21, lid 1 van het Handvest en het beperkte materiële toepassingsgebied van Richtlijn

dergelijke huwelijken te erkennen deze koppels (direct) discrimineert op grond van hun seksuele geaardheid, in de zin van artikel 21, lid 1 van het Handvest. A. TRYFONIDOU, "Same-Sex Marriage: The EU is Lagging Behind", *EU Law Analysis Blog*, 29 juni 2015, <https://eulawanalysis.blogspot.com/2015/06/same-sex-marriage-eu-is-lagging-behind.html>.

⁴⁸⁶ H. SURREL, "Les couples homosexuels", *Revue des affaires européennes* 2014, vol. 2, 335.

⁴⁸⁷ G. WILLEMS, "Article 9. - Droit de se marier et de fonder une famille" in F. PICOD, C. RIZCALLAH en S. VAN DROOGHENBROECK (eds.), *Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, 3e édition, Bruxelles, Bruylant, 2023, 234-235.

⁴⁸⁸ C. TOBLER, "Equality and Non-Discrimination under the ECHR and EU Law: A Comparison Focusing on Discrimination against LGBTI Persons", *ZaöRV* 2014, vol. 74, 550.

⁴⁸⁹ HvJ 14 December 2021, *Pancharevo*, C-490/20, ECLI:EU:C:2021:1008, overweging 52 en HvJ 5 juni 2018, *Coman*, C-673/16, ECLI:EU:C:2018:385, overweging 36-38.

⁴⁹⁰ C. TOBLER, "Equality and Non-Discrimination under the ECHR and EU Law: A Comparison Focusing on Discrimination against LGBTI Persons", *ZaöRV* 2014, vol. 74, 536-537; M. BELL, "Article 20 – Equality Before the Law" in S. PEERS, T. HERVEY, J. KENNER en A. WARD (eds.), *The EU Charter of Fundamental Rights: A Commentary, second edition*, Bloomsbury Publishing, 2021, 599-600.

⁴⁹¹ C. TOBLER, "Equality and Non-Discrimination under the ECHR and EU Law: A Comparison Focusing on Discrimination against LGBTI Persons", *ZaöRV* 2014, vol. 74, 551.

2000/78/EG, vormt een gelijkheidsrichtlijn met een ruimer toepassingsgebied een noodzakelijke en logische aanvulling. In dit verband kan worden verwezen naar het feit dat de Europese Commissie reeds sinds 2008 tracht een dergelijke richtlijn tot stand te brengen – een initiatief dat, gezien de vereiste van unanimiteit binnen de Raad, tot op heden nagenoeg onhaalbaar is gebleken.⁴⁹²

⁴⁹² Merk op dat in het kader van het Werkprogramma van de Europese Commissie voor 2025, dat begin dit jaar werd aangenomen, voorstellen tot intrekking zijn opgenomen, waaronder het voorstel voor een richtlijn uit 2008 betreffende de toepassing van het beginsel van gelijke behandeling van personen ongeacht godsdienst of overtuiging, handicap, leeftijd of seksuele geaardheid. De voorgestelde intrekking wordt gemotiveerd met het argument dat geen overeenstemming in zicht is, aangezien het voorstel geblokkeerd is en verdere vooruitgang als onwaarschijnlijk wordt beschouwd. Voorstel voor een Richtlijn van de Raad betreffende de toepassing van het beginsel van gelijke behandeling van personen ongeacht godsdienst of overtuiging, handicap, leeftijd of seksuele geaardheid, Europese Commissie, 2 juli 2008, COM(2008) 426 definitief; Mededeling van de Commissie aan het Europees Parlement, de Raad, het Europees Economisch en Sociaal Comité en het Comité van de Regio's - Werkprogramma van de Commissie 2025, Europese Commissie, 11 februari 2025, COM(2025) 45 final, 25; G. ZACCARONI, *Equality and Non-discrimination in the EU: The Foundations of the EU Legal Order*, Edward Elgar Publishing, 2021, 90; A. TRYFONIDOU, "The impact of the framework equality directive on the protection of LGB persons and same-sex couples from discrimination under EU law" in U. BELAVUSAU en K. HENRARD (eds.), *EU Anti-Discrimination Law beyond Gender*, Hart Publishing, 2018, 246-247.

5.2. Analyse van de rechtspraak van het Amerikaans Hooggerechtshof

Ook uit de jurisprudentie van het Amerikaans Hooggerechtshof kunnen een aantal krachtlijnen worden geïdentificeerd.

5.2.1. *Welke vorm van toezicht: rational basis test of variant?*

De rational basis test vormt de mildste en meest terughoudende vorm van rechterlijk toezicht. Wetgevers genieten hierbij een ruime beoordelingsvrijheid, zowel ten aanzien van de nagestreefde doelstellingen als van de ingezette middelen om deze te verwezenlijken. Het Hooggerechtshof eerbiedigt deze discretie.⁴⁹³ De enige vereiste is dat de betrokken maatregel op een redelijke wijze verband houdt met een legitiem doel.⁴⁹⁴ In de praktijk impliceert de rational basis test vaak een tandeloze toetsing, die zelden tot ongrondwettigheid leidt.⁴⁹⁵ Toch blijkt uit de bestudeerde jurisprudentie dat dit niet altijd het geval is.

In *Romer v. Evans* oordeelde het Hooggerechtshof dat de aangevoerde staatsbelangen niet aannemelijk waren.⁴⁹⁶ Het concludeerde dat het amendement de rational basis test niet doorstond⁴⁹⁷, omdat het zich richtte tegen een duidelijk identificeerbare groep en hen op een algemene en ongelijke manier behandelde. Dit werd beschouwd als een uitzonderlijke en ongeldige vorm van wetgeving. Ook was de reikwijdte van het amendement dermate verwijderd van de ingeroepen rechtvaardigingsmotieven dat er geen redelijk verband met de aangevoerde belangen kon worden vastgesteld.⁴⁹⁸ Om die reden oordeelde het

⁴⁹³ Deze eerbied vloeit voort uit het vermoeden van wettigheid van normen dat onder deze toetsing bestaat. Onder de *rational basis test* kunnen normen worden gehandhaafd, zelfs wanneer in het concrete geval geen rechtvaardiging wordt aangevoerd of wanneer de rechtvaardiging ontoereikend is, zolang het Hooggerechtshof ten minste één legitieme reden kan bedenken ter ondersteuning van de maatregel. K. YOSHINO, "The New Equal Protection", *Harvard Law Review* 2011, vol. 124, 3, 760.

⁴⁹⁴ Ter herinnering: wat legitieme doelstellingen betreft, aanvaardt het Hooggerechtshof nagenoeg elke doelstelling, zolang deze niet in strijd is met de Amerikaanse Grondwet. Het hoeft bovendien niet te gaan om het doel dat de wetgever daadwerkelijk voor ogen had bij het aannemen van de wet. Wat de verhouding tussen doel en middel betreft, volstaat het dat er sprake is van een redelijke samenhang; een perfecte afstemming is dus niet vereist. R. C. FARRELL, "Equal Protection Rational Basis Cases in the Supreme Court since *Romer v. Evans*", *Georgetown Journal of Law & Public Policy* 2016, vol. 14, 2, 442-443; R. HOLOSZYC-PIMENTEL, "Rational Basis Review: When does rational basis bite?", *New York University Law Review* 2015, vol. 90, 6, 2074. M. C. DORF, en T.W. MORRISON, *Oxford introductions to U.S. law: Constitutional Law*, Oxford University Press, 2010, 155.

⁴⁹⁵ R. C. FARRELL, "Equal Protection Rational Basis Cases in the Supreme Court since *Romer v. Evans*", *Georgetown Journal of Law & Public Policy* 2016, vol. 14, 2, 442-444; K. R. EYER, "The Canon of Rational Basis Review", *Notre Dame Law Review* 2018, vol. 93, 3, 1365.

⁴⁹⁶ Ter herinnering: in *Romer v. Evans* ging het om een amendement dat tot doel had de bescherming tegen discriminatie op grond van seksuele geaardheid in algemene en volledige zin uit te sluiten. Bijgevolg werd het alle staatsmachten verboden om enige maatregel te treffen ter bescherming van deze groep. Het uitvaardigen, aannemen of handhaven van antidiscriminatiwetgeving op grond van seksuele geaardheid werd dus grondwettelijk uitgesloten. *Romer v. Evans*, 517 U.S. 620, 624 (1996).

⁴⁹⁷ Merk op dat het Hooggerechtshof de rational basis test niet bij naam noemt, het verwijst alleen naar elementen ervan. *Romer v. Evans*, 517 U.S. 620, 631 (1996) "We will uphold the legislative classification so long as it bears a rational relation to some legitimate end"; *Romer v. Evans*, 517 U.S. 620, 632 (1996) "Amendment 2 fails, indeed defies, even this conventional inquiry".

⁴⁹⁸ *Romer v. Evans*, 517 U.S. 620, 635 (1996).

Hooggerechtshof dat het amendement ingegeven was door *animus*, een vorm van vijandigheid jegens homoseksuele personen.⁴⁹⁹ Aangezien *animus* nooit als legitiem overheidsbelang kan gelden, ondermijnt het bestaan ervan elke aangevoerde rechtvaardiging.⁵⁰⁰

In *United States v. Windsor* oordeelde het Hooggerechtshof dat de *Defense of Marriage Act* (DOMA), gezien haar reikwijdte en de ongewone afwijking van bevoegdheden die zij inhield, tot doel had een specifieke groep te benadelen die door de staat werd beschermd.⁵⁰¹ Het Hooggerechtshof verwees hierbij naar *Romer v. Evans*, waarin werd geoordeeld dat vormen van discriminatie met een ongebruikelijk karakter een grondiger en zorgvuldiger toetsing vereisen om hun geldigheid te beoordelen. Ook in *Windsor* leidde deze meer indringende toets tot de vaststelling dat de DOMA werd ingegeven door *animus*.⁵⁰²

Hoewel de formulering in *Romer v. Evans* suggereert dat de rational basis test wordt toegepast, leidt de beoordeling in *Windsor* niet tot de vaststelling van een herkenbare toetsingsvorm.⁵⁰³ Het Hooggerechtshof verwijst niet expliciet naar de rational basis test, maar herneemt de redenering uit *Romer*.⁵⁰⁴ Opmerkelijk is dat het Hooggerechtshof in *Windsor* geen poging doet om staatsbelangen te identificeren die DOMA eventueel zouden kunnen rechtvaardigen, noch onderzoekt het of de DOMA redelijk verband hield met het nagestreefde overheidsdoel.⁵⁰⁵

Wanneer *Romer* en *Windsor* worden vergeleken met de klassieke rational basis test, komen er verschillende discrepanties aan het licht. Onder de klassieke test mag het Hooggerechtshof elk denkbaar legitiem belang in overweging nemen, zelfs wanneer het niet expliciet door de wetgever werd aangevoerd. In *Romer* en *Windsor* week het Hooggerechtshof van dit klassieke standpunt af, doordat het de daadwerkelijke doelstellingen van de betwiste normen onderzocht.⁵⁰⁶

⁴⁹⁹ Het Hooggerechtshof definieert *animus* als "a bare (...) desire to harm a politically unpopular group". *Romer v. Evans*, 517 U.S. 620, 634 (1996).

⁵⁰⁰ *Romer v. Evans*, 517 U.S. 620, 632 (1996). *Romer v. Evans*, 517 U.S. 620, 635 (1996).

⁵⁰¹ *United States v. Windsor*, 570 US 744, 20 (2013).

⁵⁰² *United States v. Windsor*, 570 US 744, 21 (2013).

⁵⁰³ *Romer v. Evans*, 517 U.S. 620, 631 (1996); R. K. ROBINSON, "Unequal Protection", *Stanford Law Review* 2016, vol. 68, 1, 163 en 169.

⁵⁰⁴ R. C. FARRELL, "Equal Protection Rational Basis Cases in the Supreme Court since *Romer v. Evans*", *Georgetown Journal of Law & Public Policy* 2016, vol. 14, 2, 454; *United States v. Windsor*, 570 US 744, 16 (2013).

⁵⁰⁵ R. K. ROBINSON, "Unequal Protection", *Stanford Law Review* 2016, vol. 68, 1, 163. Hetzelfde kan worden gezegd van *Obergefell* (zie later).

⁵⁰⁶ *Romer v. Evans*, 517 U.S. 620, 640 (*Scalia, dissenting*) (1996) ("*Romer searched for the actual motive behind the passage of Amendment 2 and used the over- and underinclusiveness of the law to discard the asserted state interests*"); R. C. FARRELL, "Equal Protection Rational Basis Cases in the Supreme Court since *Romer v. Evans*", *Georgetown Journal of Law & Public Policy* 2016, vol. 14, 2, 441-443.

Onder de klassieke rational basis test sluit het bestaan van *animus* op zichzelf niet uit dat er daarnaast ook andere, aanvaardbare motieven aan de betrokken norm ten grondslag liggen. Er valt immers vrijwel altijd een denkbaar legitiem doel te construeren, wat het in de praktijk bijzonder moeilijk maakt om elk potentieel overheidsbelang te weerleggen en zo de test te doen falen.⁵⁰⁷ In *Romer* en *Windsor* werd die redenering echter doorbroken. Zodra het Hooggerechtshof vaststelde dat de maatregel gestoeld was op *animus*, volstond dat op zich om te concluderen dat geen legitiem doel aanwezig was.⁵⁰⁸

Hoewel in *Romer v. Evans* het bestaan van *animus* doorslaggevend was voor de uitkomst, verwees het Hooggerechtshof uitdrukkelijk naar de redenering van de rational basis test.⁵⁰⁹ Het Hooggerechtshof richtte zijn beoordeling op de aangevoerde staatsbelangen en concludeerde dat er geen rationeel verband met de maatregel kon worden vastgesteld, omdat deze evident tekortschoten.⁵¹⁰ In *Windsor* daarentegen week het Hooggerechtshof in veel grotere mate af van de klassieke toezichtsvorm. Het Hooggerechtshof bleef onduidelijk welk niveau van rechterlijk toezicht werd gehanteerd. In plaats daarvan analyseerde het Hooggerechtshof de wet zelf en haar wetgevingsgeschiedenis. Potentiële rechtvaardigingsgronden werden niet besproken, aangezien *animus* rechtstreeks in de wet zelf werd geïdentificeerd.⁵¹¹ Daarmee onderscheidt *Windsor* zich van de klassieke toetsingsstructuur onder de *Equal Protection Clause*, omdat het de traditionele analyse niet eens overwoog.⁵¹²

Animus vormt een ontoelaatbare wetgevende drijfveer. Zodra het Hooggerechtshof dit motief vaststelt, wordt, zelfs onder de meest terughoudende vorm van rechterlijke toetsing, de betrokken wetgeving ongeldig verklaard.⁵¹³ Door de vaststelling van *animus* worden andere mogelijke rechtvaardigingsgronden irrelevant of ongeloofwaardig geacht. Het Hooggerechtshof lijkt dan geen bijkomend onderzoek meer nodig te vereisen naar andere denkbare belangen.⁵¹⁴ *Animus* is als wetgevend motief op zichzelf voldoende om een maatregel ongrondwettelijk te verklaren.⁵¹⁵ In die zin fungeert *animus* als een *silver*

⁵⁰⁷ K. YOSHINO, "Why the court can strike down marriage restrictions under rational-basis review", *N.Y.U. Review of Law & Social Change* 2013, vol. 37, 335.

⁵⁰⁸ *Romer v. Evans*, 517 U.S. 620, 634-635 (1996); *United States v. Windsor*, 570 US 744, 20-21 (2013).

⁵⁰⁹ *Romer v. Evans*, 517 U.S. 620, 632 (1996).

⁵¹⁰ *Romer v. Evans*, 517 U.S. 620, 633 (1996); M. C. DORF en T. W. MORRISON, *Oxford introductions to U.S. law: Constitutional Law*, Oxford University Press, 2010, 160; W. D. ARAIZA, *Enforcing the Equal Protection Clause: Congressional Power Judicial Doctrine, and Constitutional Law*, NYU Press, 2016, 93. Zie MITTEN et. al., op cit., supra nr. 6, 315.

⁵¹¹ *United States v. Windsor*, 570 US 744, 20-21 (2013); W. D. ARAIZA, *Enforcing the Equal Protection Clause: Congressional Power Judicial Doctrine, and Constitutional Law*, NYU Press, 2016, 93.

⁵¹² W. D. ARAIZA, *Enforcing the Equal Protection Clause: Congressional Power Judicial Doctrine, and Constitutional Law*, NYU Press, 2016, 93; *United States v. Windsor*, 570 US 744, 16-17 (Scalia, dissenting) (2013).

⁵¹³ S. W. POLLVOGT, "Unconstitutional Animus", *Fordham Law Review* 2012, vol. 81, 2, 900.

⁵¹⁴ Hoewel de staat Colorado meende dat het amendement verschillende legitieme belangen diende, zoals het eerbiedigen van individuen met persoonlijke of religieuze bezwaren tegen homoseksualiteit, of het besparen van overheidsmiddelen in het kader van het bestrijden van bepaalde vormen van discriminatie, aanvaardde het Hooggerechtshof deze rechtvaardigingen niet. *Romer v. Evans*, 517 U.S. 620, 635 (1996).

⁵¹⁵ S. W. POLLVOGT, "Unconstitutional Animus", *Fordham Law Review* 2012, vol. 81, 2, 930-931.

bullet, aangezien het de klassieke terughoudendheid doorbreekt die kenmerkend is voor de rational basis test, een toets die wetgeving in beginsel probleemloos doorstaat.⁵¹⁶

Opmerkelijk is dat het Hooggerechtshof deze verscherpte toezichtsvorm nooit formeel heeft erkend. Nochtans verwijst het expliciet naar de noodzaak van een grondigere en nauwkeurigere beoordeling wanneer het bestaan van animus wordt vermoed.⁵¹⁷ Omdat het Hooggerechtshof in *Romer* en *Windsor* impliciet een strengere toets toepaste, verwijzen rechtsgeleerden in dit verband vaak naar het bestaan van een zogenaamde rational basis test *with bite*. Het gaat om een impliciete en verscherpte vorm van rechterlijk toezicht, die voortvloeit uit het vermoeden van *animus* jegens een bepaalde groep.⁵¹⁸

Hoewel deze uitspraken, waarin de *animus*-doctrine werd toegepast, hebben geleid tot een significante bescherming van homorechten, mag het belang van deze impliciete toets niet worden overschat. Gezien het gebrek aan formele erkenning kan deze rational basis test *with bite* dan ook niet worden gelijkgesteld met de klassieke vormen van rechterlijk toezicht.⁵¹⁹ Daarbij mag niet worden vergeten dat het bestaan van *animus*, waarvan de toepassing van deze impliciete toetsingsvariant afhankelijk is, een bijzonder subjectief gegeven blijft.⁵²⁰ Doordat *animus* als voorwaarde fungeert om een verscherpt toezicht te rechtvaardigen, ontstaat *de facto* een drempel voor bepaalde groepen, zoals homoseksuelen, om effectieve bescherming onder het gelijkheidsbeginsel te genieten. Er moet immers worden aangetoond dat een wetgevingsinitiatief werd ingegeven door vijandige motieven, wat in de praktijk een aanzienlijke bewijslast oplevert. Bovendien hangt de vaststelling van animus in grote mate af van de bereidheid van het Hooggerechtshof om die vijandigheid effectief te erkennen en bijgevolg een grondiger toezicht uit te voeren.⁵²¹

Ondanks het feit dat de *animus*-doctrine een essentiële rol speelt in de bescherming van seksuele minderheden, en in bepaalde gevallen zelfs het klassieke toetsingskader kan overstijgen, moet worden gewezen op de inconsistente toepassing ervan. De doctrine wordt niet systematisch gebruikt. Zo werd in *Lawrence v. Texas*, waarin een sodomiewet

⁵¹⁶ S. W. POLLVOGT, "Unconstitutional Animus", *Fordham Law Review* 2012, vol. 81, 2, 930-931; K. R. EYER, "The Canon of Rational Basis Review", *Notre Dame Law Review* 2018, vol. 93, 3, 1357; R. C. FARRELL, "Equal Protection Rational Basis Cases in the Supreme Court since *Romer v. Evans*", *Georgetown Journal of Law & Public Policy* 2016, vol. 14, 2, 468; W. D. ARAIZA, *Animus: A Short Introduction to Bias in the Law*, New York University Press, 2017, 81.

⁵¹⁷ *Romer v. Evans*, 517 U.S. 620, 633 (1996); *United States v. Windsor*, 570 US 744, 19 (2013); K. YOSHINO, "Why the court can strike down marriage restrictions under rational-basis review", *N.Y.U Review of Law & Social Change* 2013, vol. 37, 333.

⁵¹⁸ X., "Romer has it", *Harvard Law Review* 2023, vol. 136, 7, 1951-1952; R. K. ROBINSON, "Unequal Protection", *Stanford Law Review* 2016, vol. 68, 1, 165; K. YOSHINO, "Why the court can strike down marriage restrictions under rational-basis review", *N.Y.U Review of Law & Social Change* 2013, vol. 37, 335.

⁵¹⁹ K. YOSHINO, "The New Equal Protection", *Harvard Law Review* 2011, vol. 124, 3, 761.

⁵²⁰ K. R. EYER, "The Canon of Rational Basis Review", *Notre Dame Law Review* 2018, vol. 93, 3, 1366. K. YOSHINO, "The New Equal Protection", *Harvard Law Review* 2011, vol. 124, 3, 763.

⁵²¹ K. R. EYER, "The Canon of Rational Basis Review", *Notre Dame Law Review* 2018, vol. 93, 3, 1359.

werd betwist die uitsluitend van toepassing was op seksuele handelingen tussen personen van hetzelfde geslacht, geen gebruik van de animus-doctrine gemaakt ondanks dat het naar *Romer v. Evans* verwees.⁵²² Ook in *Obergefell v. Hodges* geldt een gelijkaardige vaststelling. Gezien de verwijzingen naar zowel de *Equal Protection Clause* als de uitspraken in *Romer* en *Windsor*, had men kunnen verwachten dat het Hooggerechtshof zich ten minste gedeeltelijk zou baseren op deze impliciete, strengere toezichtsvorm om de eerder ingezette lijn voort te zetten.⁵²³

5.2.2. Verschuiving van gelijkheid naar vrijheid

Opvallend is dat er in het algemeen vrij weinig zaken waren waarin een beoordeling op grond van de *Equal Protection Clause* werd uitgevoerd.⁵²⁴ Behalve in *Romer v. Evans* wordt er nauwelijks uitvoerig op de gelijkheidskwestie ingegaan.⁵²⁵ In *Lawrence* verkoos het Hooggerechtshof om de zaak op grond van de *Due Process Clause* te beslechten, al werd daarbij wel de nauwe samenhang tussen individuele vrijheden en gelijkheid benadrukt.⁵²⁶ Beide concepten zouden elkaar versterken, aangezien de waarborging van vrijheden voor eenieder noodzakelijkerwijs ook gelijkheid bevordert.⁵²⁷ In *Windsor* bleef het onduidelijk welke rechtsgrond doorslaggevend was. Hoewel de uitspraak werd gebaseerd op het Vijfde Amendement⁵²⁸ en verwijzingen bevatte naar *Lawrence* en *Romer*, leek de animus-doctrine desalniettemin doorslaggevend te zijn geweest.⁵²⁹ *Obergefell*, de uitspraak waarmee het homohuwelijk werd gelegaliseerd, steunde hoofdzakelijk op de *Due Process Clause*. Net zoals in *Lawrence* werd daarin opnieuw gewezen op de nauwe verbondenheid tussen

⁵²² *Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 558, 574 en 576 (2003). *Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 558, 566.

⁵²³ *Obergefell v. Hodges*, 576 U.S. 644, 8 (2015) (verwijzing naar *Romer*); *Obergefell v. Hodges*, 576 U.S. 644, 19-23 (2015) (verwijzingen naar *Windsor*); *Obergefell v. Hodges*, 576 U.S. 644, 19-23 (2015) (verwijzingen naar *Equal Protection*); M. L. STEARNS, "Obergefell, Fisher, and the inversion of tiers", *Journal of Constitutional Law* 2017, vol. 19, 5, 1100-1101; A. LAMPARELLO, "Obergefell v. Hodges: How the Supreme Court Should Have Decided the Case", *Constitutional Law Journal* 2016, vol. 7, 1, 33-34.

⁵²⁴ Dit is volgens YOSHINO het gevolg van pluralisme-angst. Dit is de angst van nieuwe 'soorten' mensen (dat zijn individuen en groepen die naar Amerika migreerde waardoor culturele en religieuze diversiteit bestaat) en van 'nieuw zichtbaar geworden individuen of groepen' (dat zijn groepen die ingevolge sociale bewegingen thans veel zichtbaarder zijn, zoals seksuele minderheden). K. YOSHINO, "The New Equal Protection", *Harvard Law Review* 2011, vol. 124, 3, 751.

⁵²⁵ *Romer v. Evans*, 517 U.S. 620, 631-632 (1996).

⁵²⁶ *Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 558, 575 (2003).

⁵²⁷ *Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 558, 575 (2003).

⁵²⁸ U.S. Const. amend. V; Het Vijfde Amendement bevat geen *Equal Protection Clause*. Het Hooggerechtshof heeft echter geoordeeld dat de *Equal Protection Clause* uit het Veertiende Amendement ook van toepassing is op de federale overheid, doordat het via de *Due Process Clause* van het Vijfde Amendement wordt geïncorporeerd. R. A. FAIRFAX en J. C. HARRISON, "Common Interpretation of The Fifth Amendment Due Process Clause", *National Constitution Center*, <https://constitutioncenter.org/the-constitution/amendments/amendment-v/clauses/633>, (geraadpleegd op 21 mei 2025); *Bolling v. Sharpe*, 347 U.S. 497, 499-500 (1954)); YOSHINO, "The New Equal Protection", *Harvard Law Review* 2011, vol. 124, 3, 748.

⁵²⁹ *Windsor* verwijst naar *Romer v. Evans*, wat een *Equal Protection*-zaak is, maar ook naar *Lawrence v. Texas*, wat alweer een *Due Process*-zaak is. *United States v. Windsor*, 570 US 768 en 770 (2013) (verwijzingen *Romer v. Evans*); *United States v. Windsor*, 570 U.S. 773 (2013) (verwijzing naar *Lawrence v. Texas*); Justice SCALIA wijst in dit verband naar het feit dat de uitspraak moeilijk te volgen is. ("If this is meant to be an equal-protection opinion, it is a confusing one. The opinion does not resolve and indeed does not even mention what had been the central question in this litigation: whether, under the Equal Protection Clause, laws restricting marriage to a man and a woman are reviewed for more than mere rationality") *United States v. Windsor*, 570 US 744, 16-17 (Scalia, dissenting) (2013); R. C. FARRELL, "Equal Protection Rational Basis Cases in the Supreme Court since *Romer v. Evans*", *Georgetown Journal of Law & Public Policy* 2016, vol. 14, 2, 454.

vrijheid en gelijkheid. Omdat beide begrippen elkaar kunnen versterken, kan het ene rechtsconcept leiden tot een dieper begrip van het andere.⁵³⁰ Ook hier bleef een daadwerkelijke beoordeling op grond van de *Equal Protection Clause* onder de rational basis-test uit.⁵³¹

Deze verschuiving, en de wijze waarop het Hooggerechtshof de gelijkheidskwesties benadert, heeft bepaalde voordelen. Sinds *Lawrence* worden vrijheden aangewend als vehikel om gelijkheid te waarborgen. Een op vrijheid gebaseerde benadering leidt echter vaak tot een universeelere aanpak, met nadruk op mensenrechten, waardoor een inclusiever gevoel van maatschappelijke verbondenheid ontstaat.⁵³² Ook mag niet worden ontkend dat uitspraken gebaseerd op individuele vrijheden soms tot een verregaandere maar specifiekere bescherming leiden, zeker in het licht van het overheidsoptreden.⁵³³ Wanneer het Hooggerechtshof op grond van gelijkheid zou ingrijpen, kan de impact daarvan beperkter zijn. Ongelijkheden kunnen in dergelijke gevallen immers worden hersteld door de betwiste maatregel ruimer toe te passen om discriminatie te vermijden.⁵³⁴

Deze benadering illustreert hoe het principe van gelijkheid ertoe kan leiden dat rechten universeel worden toegekend, of juist worden ingetrokken. Zo kunnen staten bijvoorbeeld ervoor kiezen om sodomiewetten integraal te verbieden, om op die wijze de bestaande ongelijkheid te verhelpen. Een gelijkaardige redenering geldt in theorie ook voor het huwelijk. Indien een staat beslist om geen huwelijken meer te voltrekken, geldt dat verbod voor zowel hetero- als homokoppels, waardoor formele gelijkheid wordt bereikt.⁵³⁵ Een redenering op grond van vrijheid is in die zin dan soms robuuster dan de klassieke beoordeling op grond van gelijkheid.⁵³⁶

Bescherming gebaseerd op de *Due Process Clause* kan bovendien diepgaander zijn, omdat ze kan leiden tot de volledige ongeldigheid van een overheidsmaatregel. In dat geval wordt dergelijk overheidsoptreden niet meer toegelaten.⁵³⁷ Denk bijvoorbeeld aan *Lawrence*, waarin sodomiewetgeving een ontoelaatbare vorm van overheidsinmenging werd geacht,

⁵³⁰ *Obergefell v. Hodges*, 576 U.S. 644, 19-20 (2015).

⁵³¹ *Obergefell v. Hodges*, 576 U.S. 644, 8-9 (*Scalia, dissenting*) (2015).

⁵³² K. YOSHINO, "The New Equal Protection", *Harvard Law Review* 2011, vol. 124, 3, 794 en 796-797.

⁵³³ K. YOSHINO, "The New Equal Protection", *Harvard Law Review* 2011, vol. 124, 3, 787; J. H. CHOPER en S. F. ROSS, "The Political Process, Equal Protection, and Substantive Due Process", *Journal of Constitutional Law* 2018, vol. 20, 5, 1013-1014.

⁵³⁴ J. H. CHOPER en S. F. ROSS, "The Political Process, Equal Protection, and Substantive Due Process", *Journal of Constitutional Law* 2018, vol. 20, 5, 1013-1014.

⁵³⁵ K. YOSHINO, "A New Birth of Freedom?: *Obergefell v. Hodges*", *Harvard Law Review* 2015, vol. 129, 1, 173-174; K. YOSHINO, "The New Equal Protection", *Harvard Law Review* 2011, vol. 124, 3, 799-800.

⁵³⁶ A. LAMPARELLO, "Obergefell v. Hodges: How the Supreme Court Should Have Decided the Case", *Constitutional Law Journal* 2016, vol. 7, 1, 34-35.

⁵³⁷ J. H. CHOPER en S. F. ROSS, "The Political Process, Equal Protection, and Substantive Due Process", *Journal of Constitutional Law* 2018, vol. 20, 5, 1013-1014.

aangezien individuen vrij relaties moeten kunnen aangaan om hun waardigheid te kunnen eerbiedigen.⁵³⁸

Hoewel de combinatie van rechtsgronden een bredere en diepgaandere juridische basis kan verschaffen aan rechterlijke beslissingen, is dit ook relevant in het licht van de precedenten-werking. Zo'n uitspraak raakt immers zowel individuele vrijheden als gelijkheid, waardoor ze in beginsel moeilijker te overrulen is. Deze benadering kan leiden tot een inclusievere vorm van bescherming, aangezien ze niet alleen ongelijkheid en discriminatie bestrijdt, maar ook de individuele vrijheden van homoseksuele personen waarborgt. Deze holistische aanpak kan dus resulteren in een sterkere bescherming dan wanneer elk principe afzonderlijk zou worden beoordeeld.⁵³⁹

In *Obergefell* leidde dit ertoe dat het homohuwelijk werd gelegaliseerd, aangezien het recht om te huwen als fundamenteel wordt erkend, en dus ook voor seksuele minderheden moet worden erkend. Toch mag niet worden ontkend dat het ontbreken van een diepgaande analyse op grond van gelijkheid tot onzekerheid leidt. Doordat de focus op het waarborgen van gelijkheid en het tegengaan van discriminatie ondergeschikt wordt gemaakt aan de analyse van individuele vrijheden, verzwakt dit mijns inziens de bescherming tegen discriminatie in algemene zin.⁵⁴⁰

Een beoordeling op grond van gelijkheid blijft essentieel, omdat structurele discriminatie jegens seksuele minderheden enkel op een algemene en doeltreffende manier kan worden aangepakt via het principe van gelijke bescherming. Wanneer de nadruk verschuift van een groepsgebonden benadering naar de bescherming van het individu, leidt dit immers tot een fragmentarische bescherming. Denk bijvoorbeeld aan *Obergefell*, dat stilzwijgt over de bescherming tegen discriminatie op grond van seksuele geaardheid van koppels van hetzelfde geslacht in niet-huwelijkse contexten.⁵⁴¹ In dit opzicht blijft de *Equal Protection Clause* het krachtigste juridische instrument om discriminatie structureel aan te pakken.⁵⁴² *Equal Protection* is juist bedoeld om benadeelde groepen te beschermen tegen

⁵³⁸ *Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 558, 567 (2003).

⁵³⁹ R. KAHN, "The Right to Same-Sex Marriage: Formalism, Realism, and Social Change in *Lawrence* (2003), *Windsor* (2013), & *Obergefell* (2015)", *Maryland Law Review* 2015, vol. 75, 1, 299 en 311; L. H. TRIBE, "Equal Dignity: speaking its name", *Harvard Law Review* 2015, vol. 129, 23 en 28; D. HELLEMAN, "The Epistemic Function of Fusing Equal Protection and Due Process", *William & Mary Bill of Rights Journal* 2019, vol. 28, 2, 386.

⁵⁴⁰ D. HELLEMAN, "The Epistemic Function of Fusing Equal Protection and Due Process", *William & Mary Bill of Rights Journal* 2019, vol. 28, 2, 395-397.

⁵⁴¹ K. HAULE, "It's Complicated: The Unusual way *Obergefell v. Hodges* Legalized Same-Seks Marriage", *Loyola of Los Angeles Law Review* 2016, vol. 49, 2, 561 en 572-573.

⁵⁴² K. R. EYER, "Protected Class Rational Basis Review", *North Carolina Law Review* 2017, vol. 95, 4, 979; A. LAMPARELLO, "*Obergefell v. Hodges*: How the Supreme Court Should Have Decided the Case", *Constitutional Law Journal* 2016, vol. 7, 1, 34-36; K. YOSHINO, "A New Birth of Freedom?: *Obergefell v. Hodges*", *Harvard Law Review* 2015, vol. 129, 1, 174.

discriminatie op grond van seksuele geaardheid.⁵⁴³ Door die verschuiving naar individuele vrijheden wordt de kernvraag onder de *Equal Protection Clause* – namelijk of classificaties op grond van seksuele geaardheid legitiem en geoorloofd zijn – vermeden.⁵⁴⁴ Dit is betreurenswaardig, gezien het verschil in behandeling in *Lawrence*, *Windsor* en *Obergefell* telkens duidelijk verband houdt met het geslacht van de partner en dus met de seksuele geaardheid van de betrokkene.⁵⁴⁵

5.2.3. *Botsing met het Eerste Amendement en fragmentatie van het toezicht*

De bescherming tegen discriminatie op grond van seksuele geaardheid is bijzonder kwetsbaar wanneer zij botst met rechten uit het Eerste Amendement. Dit blijkt uit de arresten *Boy Scouts of America v. Dale*, *Masterpiece Cakeshop* en *303 Creative LLC v. Elenis*. In elk van deze uitspraken primeerden de vrijheid van meningsuiting of godsdienst op de toepassing van de statelijke discriminatiewet.⁵⁴⁶

In *Boy Scouts of America* verduidelijkte het Hooggerechtshof dat particuliere organisaties een lid rechtmatig kunnen uitsluiten op basis van diens seksuele geaardheid, aangezien de bescherming van de Eerste Amendementsrechten primeert op de toepassing van de statelijke antidiscriminatiewetgeving.⁵⁴⁷ Met betrekking tot de antidiscriminatiewet in kwestie oordeelde het Hooggerechtshof dat, hoewel de bestrijding van discriminatie een legitiem overheidsbelang vormt, dit belang niet zover mag worden doorgedreven dat organisaties verplicht worden om boodschappen uit te dragen waarmee zij zich niet kunnen vereenzelvigen. Overheidsinmenging is op dit vlak niet toegestaan, zelfs niet wanneer staten hiermee ongepaste of kwetsende uitingen wensen te corrigeren.⁵⁴⁸ Daarom kan het belang dat de staat heeft bij het bestrijden van discriminatie, geen ernstige beperking van de Eerste Amendementsrechten van een particuliere organisatie rechtvaardigen.⁵⁴⁹

Niet te ontkennen is dat dergelijke uitspraken verontrustende gevolgen kunnen hebben. Wat opvalt, is dat het Hooggerechtshof nauwelijks aandacht heeft besteed aan de belangen

⁵⁴³ C. R. SUNSTEIN, "Sexual Orientation and the Constitution: A Note on the Relationship between Due Process and Equal Protection Essays", *University of Chicago Law Review* 1988, vol. 55, 1174.

⁵⁴⁴ *Ibid.*, 1163-1164; X., "Romer has it", *Harvard Law Review* 2023, vol. 136, 7, 1942-1943.

⁵⁴⁵ *Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 558, 562-564 (2003); *United States v. Windsor*, 570 US 744, 1-2 (2013); *Obergefell v. Hodges*, 576 U.S. 644, 5-6 (2015).

⁵⁴⁶ U.S. Const. Amend. I; Het Eerste Amendement waarborgt onder meer de vrijheid van godsdienst, vrijheid van meningsuiting, vrijheid van vereniging. *Boy Scouts of America v. Dale*, 530 U.S. 640 (2000); *Masterpiece Cakeshop, Ltd. v. Colorado Civil Rights Commission*, 584 U.S. 617 (2018); *303 Creative LLC v. Elenis*, 600 U.S. 570 (2023).

⁵⁴⁷ *Boy Scouts of America v. Dale*, 530 U.S. 640, 659-660 (2000).

⁵⁴⁸ *Boy Scouts of America v. Dale*, 530 U.S. 640, 656-657 en 661 (2000).

⁵⁴⁹ *Boy Scouts of America v. Dale*, 530 U.S. 640, 659 (2000); Opmerkelijk is dat, ondanks het fundamentele karakter van de rechten uit het Eerste Amendement, het Hooggerechtshof oordeelde dat de aanvaarding van een lid dat zich openlijk identificeert als homoseksueel zou impliceren dat de vereniging wordt gedwongen een boodschap uit te dragen die haar eigen overtuigingen over homoseksualiteit weerspreekt. *Boy Scouts of America v. Dale*, 530 U.S. 640, 692 (*Stevens, dissenting*) (2000).

van de staat bij het bestrijden van discriminatie. Minstens had er een daadwerkelijke afweging moeten plaatsvinden tussen deze belangen en het recht op vrijheid van meningsuiting en vereniging.⁵⁵⁰ Door het ontbreken van zo'n afweging lijkt het voor verenigingen relatief eenvoudig om antidiscriminatiewetgeving terzijde te schuiven.⁵⁵¹

In *Masterpiece Cakeshop*, een zaak waarin een bakker weigerde een huwelijkskaart te maken voor een koppel van hetzelfde geslacht, stond de wijze waarop de discriminatieklacht tegen de bakker werd afgehandeld centraal.⁵⁵² De kernvraag – met name of de weigering om een dienst te verlenen aan een koppel op grond van hun seksuele geaardheid strijdig is met de statelijke antidiscriminatiewet – werd echter niet besproken. Nochtans is het precies deze vorm van benadeling die de antidiscriminatiewet uitdrukkelijk tracht te voorkomen.⁵⁵³

Hoewel het Hooggerechtshof terecht de complexiteit van dergelijke geschillen erkent, gezien de spanningen tussen het recht op gelijke behandeling en de vrijheid van meningsuiting of godsdienst, beperkte het zijn oordeel uitsluitend tot de analyse van de Eerste Amendementsrechten van de bakker.⁵⁵⁴ Het Hooggerechtshof identificeerde religieuze vijandigheid (*animus*) in de wijze waarop de commissie van Colorado de klacht had behandeld, en oordeelde dat deze procedure niet voldeed aan het vereiste van religieuze neutraliteit. Op basis daarvan werd de beslissing van de commissie vernietigd, wegens de schending van het Eerste Amendement.⁵⁵⁵

Het Hooggerechtshof gaf geen aanwijzingen over hoe conflicterende grondrechten met elkaar in evenwicht moeten worden gebracht. In plaats daarvan richtte het zijn aandacht uitsluitend op de behandeling van de klacht en de religieuze bezwaren van de bakker, en niet op de benadeling van het betrokken koppel.⁵⁵⁶ Zelfs waar het Hooggerechtshof opmerkte dat religieuze bezwaren in het algemeen geen grond mogen vormen om beschermde groepen gelijke toegang tot diensten te ontfangen, werd het discriminatieverbod zoals vervat in de statelijke antidiscriminatiewet niet juridisch beoordeeld.⁵⁵⁷

⁵⁵⁰ Het Hooggerechtshof wees op de evolutie van de antidiscriminatiewetgeving, die uiteindelijk heeft geleid tot een ruime interpretatie, inclusief de uitbreiding van de toepassing tot plaatsen die niet voor het publiek toegankelijk zijn. *Boy Scouts of America v. Dale*, 530 U.S. 640, 656-657 (2000).

⁵⁵¹ *Boy Scouts of America v. Dale*, 530 U.S. 640, 686-687 (*Stevens, dissenting*) (2000); *Boy Scouts of America v. Dale*, 530 U.S. 640, 702 (*Souter, dissenting*) (2000).

⁵⁵² *Masterpiece Cakeshop, Ltd. v. Colorado Civil Rights Commission*, 584 U.S. 617, 2-3 (2018).

⁵⁵³ *Masterpiece Cakeshop, Ltd. v. Colorado Civil Rights Commission*, 584 U.S. 617, 5 (*Ginsburg, dissenting*) (2018); L. KENDRICK en M. SCHWARTZMAN, "The Etiquette of Animus", *Harvard Law Review* 2018, vol. 32, 135.

⁵⁵⁴ *Masterpiece Cakeshop, Ltd. v. Colorado Civil Rights Commission*, 584 U.S. 617, 2-3 (2018).

⁵⁵⁵ *Masterpiece Cakeshop, Ltd. v. Colorado Civil Rights Commission*, 584 U.S. 617, 18 (2018).

⁵⁵⁶ L. KENDRICK en M. SCHWARTZMAN, "The Etiquette of Animus", *Harvard Law Review* 2018, vol. 32, 135.

⁵⁵⁷ *Masterpiece Cakeshop, Ltd. v. Colorado Civil Rights Commission*, 584 U.S. 617, 9-10 en 18 (2018).

Bijzonder aan deze zaak is ook de wijze waarop het Hooggerechtshof de *animus*-doctrine hanteert. Waar deze doctrine in *Romer v. Evans* en *United States v. Windsor* oorspronkelijk werd ingezet om gestigmatiseerde minderheden te beschermen, wordt zij thans juist in hun nadeel gebruikt. In *Masterpiece Cakeshop* wordt de doctrine namelijk aangewend ter waarborging van religieuze bezwaren tegen het homohuwelijk. Deze omkering van het traditionele beschermingsdoel van de *animus*-doctrine problematisch is dan ook problematisch. In plaats van gelijke toegang tot goederen en diensten voor kwetsbare groepen te waarborgen, wordt de doctrine ingezet om die toegang juist te belemmeren. Antidiscriminatiewetgeving wordt derhalve geïnstrumentaliseerd met het oog op het ondermijnen van de bescherming jegens homoseksuele personen.⁵⁵⁸

In *303 Creative* stond de vraag centraal of een ontwerpster van huwelijkswebsites zich op haar rechten uit het Eerste Amendement kon beroepen om toekomstige opdrachten te weigeren die ingingen tegen haar persoonlijke geloofsovertuigingen.⁵⁵⁹ Het Hooggerechtshof erkende weliswaar het belang van antidiscriminatiewetgeving, maar benadrukte dat dergelijke wetgeving, hoe dwingend het overheidsbelang ook mag zijn, steeds in overeenstemming moet zijn met de Amerikaanse Grondwet.⁵⁶⁰ In geval van conflict moet de Grondwet, en in casu het Eerste Amendement, voorrang krijgen.⁵⁶¹ Omdat de antidiscriminatiewet de ondernemster ertoe zou verplichten een boodschap uit te dragen die indruist tegen haar persoonlijke geloofsovertuiging, oordeelde het Hof dat haar rechten op grond van het Eerste Amendement waren geschonden.⁵⁶²

Opmerkelijk is dat het Hooggerechtshof niettemin benadrukte dat deze uitspraak ondernemingen geen recht geeft om dienstverlening aan beschermde groepen te weigeren.⁵⁶³ Toch lijkt het Hooggerechtshof in essentie juist wél ruimte te laten voor een dergelijk recht, met name wanneer de weigering gebaseerd is op de seksuele geaardheid van het betrokken koppel. Deze uitspraak raakt fundamenteel aan de kern van de Amerikaanse antidiscriminatiewetgeving.⁵⁶⁴ Dergelijke wet strekt er immers toe niet alleen gelijke toegang tot goederen en diensten te garanderen, maar ook stigmatisering en sociale uitsluiting op basis van een inherente identiteit tegen te gaan, en de waardigheid van deze personen te waarborgen.⁵⁶⁵ Die doelstelling wordt echter ondergraven wanneer

⁵⁵⁸ *Masterpiece Cakeshop, Ltd. v. Colorado Civil Rights Commission*, 584 U.S. 617, 12-13 (2018); D. CARPENTER, "The Dead End of Animus Doctrine", *Alabama Law Review* 2023, vol. 74, 3, 643-644; M. MURRAY, "Inverting Animus: Masterpiece Cakeshop and the New Minorities", *Supreme Court Review* 2018, 265-267.

⁵⁵⁹ Merk op dat het een hypothetische casus betreft, aangezien zij haar diensten ten tijde van de procedure nog niet daadwerkelijk had aangeboden. *303 Creative LLC v. Elenis*, 600 U.S. 570, 2 (2023).

⁵⁶⁰ *303 Creative LLC v. Elenis*, 600 U.S. 570, 12 (2023).

⁵⁶¹ *303 Creative LLC v. Elenis*, 600 U.S. 570, 12 en 14 (2023).

⁵⁶² *303 Creative LLC v. Elenis*, 600 U.S. 570, 22 en 25 (2023).

⁵⁶³ *303 Creative LLC v. Elenis*, 600 U.S. 570, 20 (2023).

⁵⁶⁴ *303 Creative LLC v. Elenis*, 600 U.S. 570, 1-2 (*Sotomayor, dissenting*) (2023).

⁵⁶⁵ *303 Creative LLC v. Elenis*, 600 U.S. 570, 4-6 (*Sotomayor, dissenting*) (2023).

een beroep op het Eerste Amendement ertoe leidt dat dienstverlening op die grond zonder meer geweigerd mag worden.⁵⁶⁶ Hieruit volgt dat seksuele minderheden op dit punt duidelijk ongunstiger kunnen worden behandeld, aangezien het Eerste Amendement in dat geval als een uitzondering op hun bescherming fungeert – en deze uitzondering primeert.⁵⁶⁷ Het Hooggerechtshof introduceert hierbij een ruime uitzondering, gebaseerd op religieuze bezwaren, die het antidiscriminatierecht en de daaraan verbonden bescherming dreigt uit te hollen.⁵⁶⁸ Daarmee wordt de rechtsbescherming tegen discriminatie op grond van seksuele geaardheid ernstig verzwakt, en dreigt effectieve bescherming in de praktijk onhaalbaar te worden.⁵⁶⁹

Ook in dit arrest, net zoals in *Masterpiece Cakeshop*, wordt de antidiscriminatiewet geïnstrumentaliseerd, doordat zij niet wordt aangewend om bescherming te bieden, maar juist om die bescherming te ondermijnen. Vreemd genoeg lijkt het Hooggerechtshof deze wet enkel nog uitsluitend te beschouwen als een instrument om “gevaarlijke” ideeën te onderdrukken.⁵⁷⁰ Nog opvallender is dat, ondanks de nadruk op grondwettelijke conformiteit, de *Equal Protection Clause*, die uitdrukkelijk gelijke bescherming door de wet voorschrijft, in deze uitspraak zelfs niet aan bod kwam.⁵⁷¹

5.2.4. Slotanalyse Amerikaanse rechtspraak

Uit het bovenstaande blijkt duidelijk dat het Hooggerechtshof, wanneer het zich toespitst op een beoordeling onder de *Equal Protection Clause*, in de praktijk voornamelijk focust op het vaststellen van *animus*.⁵⁷² In *Romer v. Evans* en *United States v. Windsor* komt de *animus*-doctrine naar voren als een betekenisvol concept binnen de context van *Equal Protection*. In *Lawrence* en *Obergefell* wordt deze benadering niet gehanteerd. De reden hiervoor ligt, mijns inziens, in de verschuiving van de juridische rechtsbasis waarop geschillen met betrekking tot ongelijkheid op grond van seksuele geaardheid worden

⁵⁶⁶ Merk op dat in *Masterpiece Cakeshop* nog werd verwezen naar de algemene regel dat religieuze bezwaren tegen het homohuwelijk geen afbreuk mogen doen aan de gelijke toegang tot goederen en diensten, terwijl een dergelijke verwijzing in *303 Creative LLC v. Elenis* volledig ontbreekt. *303 Creative LLC v. Elenis*, 600 U.S. 570, 4-6 (*Sotomayor, dissenting*) (2023); *Masterpiece Cakeshop, Ltd. v. Colorado Civil Rights Commission*, 584 U.S. 617, 9 (2018).

⁵⁶⁷ *303 Creative LLC v. Elenis*, 600 U.S. 570, 31-33 (*Sotomayor, dissenting*) (2023); *303 Creative LLC v. Elenis*, 600 U.S. 570, 14 (2023); K. YOSHINO, “Rights of First Refusal”, *Harvard Law Review* 2023, vol. 137, 1, 253.

⁵⁶⁸ K. YOSHINO, “Rights of First Refusal”, *Harvard Law Review* 2023, vol. 137, 1, 269.

⁵⁶⁹ *Ibid.*, 251-252.

⁵⁷⁰ D. COLE, “We Do No Such Thing”: *303 Creative v. Elenis* and the Future of First Amendment Challenges to Public Accommodations Laws”, *Yale Law Journal Forum* 2024, Vol. 133, 507; *303 Creative LLC v. Elenis*, 600 U.S. 570, 1 (2023) (“Like many States, Colorado has a law forbidding businesses from engaging in discrimination when they sell goods and services to the public. (...) But in this particular case Colorado does not just seek to ensure the sale of goods or services on equal terms. It seeks to use its law to compel an individual to create speech she does not believe.”).

⁵⁷¹ U.S. Const. amend. XIV §1, “No state shall (...) deny (...) to any person (...) the equal protection of the laws”.

⁵⁷² *Romer v. Evans*, 517 U.S. 620, 635 (1996); *United States v. Windsor*, 570 US 744, 25-26 (2013).

beoordeeld. Gelijkheid wordt in deze zaken niet gerealiseerd via de *Equal Protection Clause*, maar via het vehikel van de *Due Process Clause*.⁵⁷³

Steeds vaker lijkt een daadwerkelijke beoordeling op grond van gelijkheid in de Amerikaanse jurisprudentie te verdwijnen. De klassieke rational basis test ter waarborging van gelijke behandeling lijkt daardoor aan relevantie te hebben ingeboet.⁵⁷⁴ Binnen de beoordeling op basis van individuele vrijheden komt de *Equal Protection Clause* nog wel aan bod, zij het enkel in een ondersteunende zin. Daarbij wordt benadrukt dat beide rechtsconcepten elkaar wederzijds versterken.⁵⁷⁵

Hoewel de uitspraken die zijn gebaseerd op individuele vrijheden belangrijke waarborgen tegen discriminatie en ongelijkheid hebben opgeleverd, blijft deze bescherming beperkt tot een specifiek recht. Via de *Due Process Clause* wordt immers geen algemene bescherming tegen discriminatie geboden. Gelijke behandeling geldt immers enkel binnen het kader van de rechten in kwestie, zoals het recht op privacy of het recht om te huwen, waardoor enkel homoseksuele personen binnen die afgebakende contexten worden beschermd.⁵⁷⁶

Een beoordeling op grond van de *Equal Protection Clause* behoudt daarom ook haar relevantie. Precies door haar focus op structurele ongelijkheid biedt zij de mogelijkheid om bredere vormen van discriminatie te ondervangen en vormt zij een fundament voor een meer omvattende juridische bescherming dan louter die gebaseerd op individuele vrijheden.⁵⁷⁷

Aan deze verschuiving zijn echter belangrijke nadelen verbonden. Door de focus te verleggen van gelijkheid naar individuele vrijheden hoeft het Hooggerechtshof zich niet langer te buigen over essentiële vragen met betrekking tot classificaties op grond van seksuele geaardheid. In de praktijk werd weliswaar een impliciet strengere toetsing toegepast, al heeft het Hof nooit formeel erkend dat het een verhoogde standaard hanteerde. Daardoor blijft de kernvraag binnen het *Equal Protection*-leerstuk onbeantwoord, met name de vraag welk niveau van rechterlijk toezicht vereist is voor deze

⁵⁷³ K. YOSHINO, "The New Equal Protection", *Harvard Law Review* 2011, vol. 124, 3, 776.

⁵⁷⁴ M. C. DORF en T. W. Morrison, *Oxford introductions to U.S. law: Constitutional Law*, Oxford University Press, 2010, 159.

⁵⁷⁵ *Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 558, 575 (2003); *Obergefell v. Hodges*, 576 U.S. 644, 19-20 (2015).

⁵⁷⁶ *Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 558, 577-579 (2003); *Obergefell v. Hodges*, 576 U.S. 644, 27-28 (2015); K. HAULE, "It's Complicated: The Unusual way *Obergefell v. Hodges* Legalized Same-Seks Marriage", *Loyola of Los Angeles Law Review* 2016, vol. 49, 2, 572-573.

⁵⁷⁷ K. R. EYER, "Protected Class Rational Basis Review", *North Carolina Law Review* 2017, vol. 95, 4, 979; A. LAMPARELLO, "*Obergefell v. Hodges*: How the Supreme Court Should Have Decided the Case", *Constitutional Law Journal* 2016, vol. 7, 1, 34-36; K. YOSHINO, "A New Birth of Freedom?: *Obergefell v. Hodges*", *Harvard Law Review* 2015, vol. 129, 1, 174.

classificaties en of deze formeel onderworpen zouden moeten worden aan een strengere toetsingsstandaard.⁵⁷⁸

5.3. Rechtsvergelijking

De rechtsvergelijking zal als volgt worden opgebouwd: eerst worden bepaalde arresten met elkaar vergeleken, vervolgens worden algemene conclusies getrokken.

5.3.1. *Tussen arresten onderling*

5.3.1.1. *Léger - Romer v. Evans*

De zaken *Léger* en *Romer v. Evans* illustreren het verschil in aanpak en in de bescherming tegen discriminatie op grond van seksuele geaardheid. Een vergelijking tussen beide arresten toont aan dat dit verschil aanzienlijk is.

Hoewel het Hooggerechtshof in *Romer* een bijzondere toepassing van de rational basis test hanteerde, blijft het van belang om ook de klassieke toetsingsstandaard in overweging te nemen, aangezien die vandaag de dag nog steeds wordt toegepast op classificaties op grond van seksuele geaardheid.⁵⁷⁹ Hoewel de *animus*-doctrine in *Romer* bescherming bood onder de *Equal Protection Clause*, blijft deze bescherming afhankelijk van de bereidheid van het Hooggerechtshof om in te grijpen. Zoals reeds opgemerkt, heeft het Hooggerechtshof vermoedelijk noodgedwongen een impliciete strengere variant van de rational basis test moeten toepassen, aangezien de klassieke test waarschijnlijk onvoldoende was om de betrokken wet ongeldig te verklaren.⁵⁸⁰ Bovendien mag niet worden ontkend dat het Hooggerechtshof in de meer recente jurisprudentie steeds minder geneigd lijkt om via de impliciete verhoogde toetsingsstandaard bescherming te bieden tegen ongelijke behandeling op grond van seksuele geaardheid. De *animus*-doctrine, die weliswaar nog werd gebruikt in *Romer* en *Windsor*, wordt tegenwoordig volledig terzijde gelaten.⁵⁸¹

Hieruit blijkt dat, zelfs als *Romer* een krachtige redenering bood en bescherming kon bieden tegen discriminatie op grond van seksuele geaardheid via de *Equal Protection*

⁵⁷⁸ X., "Romer has it", *Harvard Law Review* 2023, vol. 136, 7, 1940-1943 ; R. K. "Unequal Protection", *Stanford Law Review* 2016, vol. 68, 1, 163; M. L. STEARNS, "Obergefell, Fisher, and the inversion of tiers", *Journal of Constitutional Law* 2017, vol. 19, 5, 1103-1104; C. R. SUNSTEIN, "Sexual Orientation and the Constitution: A Note on the Relationship between Due Process and Equal Protection Essays", *University of Chicago Law Review* 1988, vol. 55, 1174.

⁵⁷⁹ *Romer v. Evans*, 517 U.S. 624 juncto 631 (1996).

⁵⁸⁰ R. C. FARRELL, "Equal Protection Rational Basis Cases in the Supreme Court since *Romer v. Evans*", *Georgetown Journal of Law & Public Policy* 2016, vol. 14, 2, 465.

⁵⁸¹ Zie MITTEN et. al., op cit., supra nr. 6, 474; S. W. POLLVOGT, "Unconstitutional Animus", *Fordham Law Review* 2012, vol. 81, 2, 888-889.

Clause, de bescherming allerminst consistent is.⁵⁸² Ook rijst de vraag of de klassieke rational basis test wel had kunnen volstaan om op te treden tegen een grondwettelijke bepaling die elke vorm van bescherming tegen discriminatie wegens seksuele geaardheid uitsloot. Het gegeven dat het Hooggerechtshof zich genoodzaakt zag een impliciete toetsingsvariant toe te passen om tot het gewenste resultaat te komen, wijst mijns inziens op de vrees dat de klassieke standaard ontoereikend zou zijn gebleken. Het is dan ook aannemelijk dat het Hooggerechtshof bewust afweek van de klassieke toets, omdat deze onvoldoende bescherming bood tegen dergelijke ernstige en manifeste vorm van discriminatie op grond van seksuele geaardheid.⁵⁸³

Het Unierecht biedt daarentegen een aanzienlijke, maar ook gestructureerde bescherming tegen discriminatie. In het arrest *Léger* stelde het Hof van Justitie vast dat mannen die seksuele betrekkingen hebben gehad met andere mannen, bij de mogelijkheid tot bloeddonaatie ongunstiger werden behandeld op grond van hun seksuele geaardheid. De geboden bescherming vloeit echter niet alleen voort uit de uitdrukkelijke waarborg tegen discriminatie in artikel 21, lid 1 van het Handvest, maar ook uit de verplichting dat elke beperking van deze bescherming moet voldoen aan de voorwaarden van artikel 52, lid 1 van het Handvest.⁵⁸⁴

Doordat de toets ter rechtvaardiging van de beperking van fundamentele grondrechten in het Handvest zelf is verankerd, past het Hof deze toets consistent toe wanneer het een zaak beoordeelt krachtens artikel 21, lid 1 *juncto* 52, lid 1 van het Handvest. Het Hof van Justitie hanteert een systematische en strikte evenredigheidstoets die aan een concrete en objectieve motivering moet voldoen. In contrast daarmee staat de klassieke rational basis test, waarbij een denkbaar legitiem belang, gepaard met een maatregel die daarmee redelijk verband houdt, in principe volstaat om discriminatie te rechtvaardigen.⁵⁸⁵ Het Hof van Justitie biedt daarmee een krachtige juridische bescherming tegen discriminatie op grond van seksuele geaardheid. Zelfs wanneer een doel van algemeen belang wordt nagestreefd dat fundamenteel is voor de betrokken lidstaat, zoals de bescherming van volksgezondheid in *Léger*, volstaat dit op zich niet om een beperking te rechtvaardigen. Een maatregel moet bovendien de evenredigheidstoets doorstaan – en uit *Léger* blijkt dat dit allerminst evident is.⁵⁸⁶

⁵⁸² S. W. POLLVOGT, "Unconstitutional Animus", *Fordham Law Review* 2012, vol. 81, 2, 890.

⁵⁸³ R. C. FARRELL, "Equal Protection Rational Basis Cases in the Supreme Court since *Romer v. Evans*", *Georgetown Journal of Law & Public Policy* 2016, vol. 14, 2, 465.

⁵⁸⁴ HvJ 29 april 2015, *Léger*, C-528/13, ECLI:EU:C:2015:288, overweging 49-51.

⁵⁸⁵ E. CHEMERINSKY, *Constitutional law*, 9th edition, Aspen Publishing, 2023, 622-623.

⁵⁸⁶ HvJ 29 april 2015, *Léger*, C-528/13, ECLI:EU:C:2015:288, overweging 55-68; E. CHEMERINSKY, *Constitutional law*, 9th edition, Aspen Publishing, 2023, 612-613.

5.3.1.2. *Coman/Pancharevo – United States v. Windsor/Obergefell v. Hodges*

De uitspraken *Coman*, *Pancharevo*, *United States v. Windsor* en *Obergefell v. Hodges* hebben geleid tot aanzienlijke waarborgen voor koppels van hetzelfde geslacht. Hoewel ze onmiskenbaar een grote symbolische waarde hebben, bestaat er niettemin een belangrijk verschil in de mate van rechtsbescherming die zij bieden. Hoewel *Coman* en *Obergefell* betrekking hebben op vergelijkbare problematieken, heeft *Obergefell* een ruimere beschermingsomvang dan *Coman*.⁵⁸⁷

In *Coman* moeten homohuwelijken worden erkend, uitsluitend in het kader van de uitoefening van vrij verkeersrechten. Vanwege de institutionele bevoegdheidsgrens kon het Hof van Justitie niet zo ver gaan als in *Obergefell* en het homohuwelijk voor de Unie harmoniseren.⁵⁸⁸ Het Hooggerechtshof ging daarentegen in *Obergefell* aanzienlijk ver in de bescherming van het recht om te huwen voor koppels van hetzelfde geslacht. Hoewel de bevoegdheid om het huwelijk te reguleren in hoofdzaak bij de staten ligt, en zij in beginsel soeverein moeten kunnen beslissen of zij het homohuwelijk openstellen en/of erkennen, leidde *Obergefell* tot de legalisatie van het homohuwelijk binnen de Verenigde Staten. Staten zijn sindsdien verplicht het huwelijk voor koppels van hetzelfde geslacht toe te laten volgens hun eigen recht, en daarnaast ook huwelijken te erkennen die in een andere staat werden gesloten.⁵⁸⁹

In *Coman* en *Pancharevo* blijft de reikwijdte beperkt tot het toekennen van rechten in het kader van het vrij verkeer. Deze verplichting heeft geen gevolgen voor andere rechtsdomeinen waarin de Unie geen bevoegdheden heeft.⁵⁹⁰ *United States v. Windsor* daarentegen had ruimere gevolgen en een veel bredere draagwijdte. Het deel van de federale wet (DOMA) dat in die zaak werd vernietigd, had betrekking op een aanzienlijk aantal federale regelingen, onder meer op het vlak van sociale zekerheid, fiscaliteit, insolventierecht, gezondheidszorg en zelfs het strafrecht.⁵⁹¹ In tegenstelling tot *Windsor* leidden *Coman* en *Pancharevo* niet tot zulke verstrekkende gevolgen, aangezien het huwelijk respectievelijk de afstammingsrelatie enkel erkend moesten worden met het oog op de uitoefening van mobiliteitsrechten krachtens artikel 21 VWEU.⁵⁹² Deze uitspraken hebben strikt genomen geen impact op domeinen zoals fiscaliteit, gezondheidszorg of

⁵⁸⁷ A. TRYFONIDOU, "The EU Top Court Rules that Married Same-Sex Couples Can Move Freely Between EU Member States as "Spouses": Case C-673/16, Relu Adrian Coman, Robert Clabourn Hamilton, Asociația Accept v Inspectoratul General pentru Imigrări, Ministerul Afacerilor Interne", *Feminist Legal Studies* 2019, vol. 27, 220.

⁵⁸⁸ HvJ 5 juni 2018, *Coman*, C-673/16, ECLI:EU:C:2018:385, overweging 36-40.

⁵⁸⁹ *United States v. Windsor*, 570 US 744, 14-15 (2013); *Obergefell v. Hodges*, 576 U.S. 644, 27-28 (2015).

⁵⁹⁰ HvJ 14 December 2021, *Pancharevo*, C-490/20, ECLI:EU:C:2021:1008, overweging 53; HvJ 5 juni 2018, *Coman*, C-673/16, ECLI:EU:C:2018:385, overweging 36-38.

⁵⁹¹ *United States v. Windsor*, 570 US 744, 23-24 (2013).

⁵⁹² HvJ 14 December 2021, *Pancharevo*, C-490/20, ECLI:EU:C:2021:1008, overweging 57 en HvJ 5 juni 2018, *Coman*, C-673/16, ECLI:EU:C:2018:385, overweging 45-46.

sociale zekerheid, aangezien deze materies onder de bevoegdheid van de lidstaten vallen.⁵⁹³ En zelfs als men uit *Coman* of *Pancharevo* impliciet zou afleiden dat een homohuwelijk respectievelijk de afstamming voor alle Unierechtelijke doeleinden erkenning moet krijgen, dan nog reikt de beschermingsomvang van *Coman* minder ver dan die van *Obergefell* en *Windsor*.⁵⁹⁴

Windsor en *Obergefell* tezamen leiden tot een verregaande bescherming. Alle koppels van hetzelfde geslacht moeten immers de mogelijkheid hebben om te huwen, en maken daarbij aanspraak op federale huwelijksvoordelen, net zoals heteroseksuele koppels die zouden verkrijgen. De Amerikaanse jurisprudentie is op dit vlak dus verregaand. Zij waarborgt het recht om te huwen op gelijke wijze, ongeacht het geslacht van de partner.⁵⁹⁵ Waar het Hof van Justitie de soevereiniteit van de lidstaten op dit vlak respecteert, doorbrak het Hooggerechtshof die wel degelijk.⁵⁹⁶

5.3.1.3. NH, *Asociația Accept* en *J.K. /Masterpiece Cakeshop* en *303 Creative LLC*

Hoewel de uitspraken *NH, Asociația Accept* en *J.K.* enerzijds, en *Masterpiece Cakeshop* en *303 Creative* anderzijds, niet exact dezelfde problematiek behandelen, kunnen er toch relevante parallellen worden getrokken.

In *Asociația Accept* en *NH* oordeelde het Hof van Justitie dat homofobe publieke uitspraken onder de werkingssfeer van Richtlijn 2000/78/EG kunnen vallen, zelfs wanneer deze worden gedaan door een persoon zonder formele beslissingsbevoegdheid inzake aanwervingen, of wanneer er op dat moment geen lopende aanwervingsprocedure is.⁵⁹⁷ Ook indien de uitspraken in persoonlijke hoedanigheid werden geuit, kunnen zij onder het discriminatieverbod vallen. Dit volgt uit de ruime interpretatie die het Hof aan de Richtlijn geeft.⁵⁹⁸ Het Hof oordeelde voorts in *NH* dat, zelfs al geniet men van de vrijheid van meningsuiting en Richtlijn 2000/78/EG hieraan mogelijk afbreuk doet, beperkingen toch noodzakelijk kunnen zijn om de effectiviteit en het doel van de Richtlijn te waarborgen.⁵⁹⁹ In *J.K.* bevestigde het Hof deze zienswijze opnieuw. Het stelde dat uitzonderingen op het

⁵⁹³ D. VLADIMIROVICH KOCHENOV en U. BELAVUSAU, "After the celebration: Marriage equality in EU Law post-*Coman* in eight questions and some further thoughts", *Maastricht Journal of European and Comparative Law* 2020, vol. 27, 5, 562-563.

⁵⁹⁴ HvJ 5 juni 2018, *Coman*, C-673/16, ECLI:EU:C:2018:385, overweging 47-50; A. TRYFONIDOU, "The EU Top Court Rules that Married Same-Sex Couples Can Move Freely Between EU Member States as 'Spouses': Case C-673/16, Relu Adrian Coman, Robert Clabourn Hamilton, Asociația Accept v Inspectoratul General pentru Imigrări, Ministerul Afacerilor Interne", *Feminist Legal Studies* 2019, vol. 27, 217-219.

⁵⁹⁵ *Obergefell v. Hodges*, 576 U.S. 644, 28 (2015).

⁵⁹⁶ *United States v. Windsor*, 570 US 744, 25-26 (2013); *Obergefell v. Hodges*, 576 U.S. 644, 28 (2015).

⁵⁹⁷ HvJ 25 april 2013, *Asociația Accept*, C-81/12, ECLI:EU:C:2013:275, overweging 47-49; HvJ 23 april 2020, *NH*, C-507/18, ECLI:EU:C:2020:289, overweging 40-44.

⁵⁹⁸ HvJ 23 april 2020, *NH*, C-507/18, ECLI:EU:C:2020:289, overweging 56.

⁵⁹⁹ HvJ 23 april 2020, *NH*, C-507/18, ECLI:EU:C:2020:289, overweging 47 en 53.

discriminatieverbod strikt moeten worden geïnterpreteerd, omdat zij afwijken van het algemeen beginsel van non-discriminatie.⁶⁰⁰ Ook kon de ondernemingsvrijheid, en in het bijzonder de contractsvrijheid *in casu* geen beperking op het verbod rechtvaardigen, aangezien een dergelijke uitzondering elke daadwerkelijke en nuttige werking van het discriminatieverbod op grond van seksuele geaardheid zou ondermijnen.⁶⁰¹

Wat het Hof van Justitie in feite doet, is waken over de effectiviteit van de bescherming tegen discriminatie in de arbeidscontext. Hoewel het discriminatieverbod mogelijk in conflict kan komen met andere, in het Handvest gewaarborgde rechten, vormt dat op zich geen toelaatbare reden om afbreuk te doen aan het verbod.⁶⁰²

In *Masterpiece Cakeshop* en *303 Creative* keert het Hooggerechtshof de redenering om. Antidiscriminatiewetgeving wordt er geïnstrumentaliseerd om de bescherming tegen discriminatie uit te hollen en zelfs om ongelijke behandeling te behouden en te rechtvaardigen. Deze uitspraken hebben tot gevolg dat antidiscriminatiewetgeving op dat vlak volledig haar doel mist, omdat de onderliggende doelstelling wordt ondergraven.⁶⁰³

Waar in *Lawrence*, *Windsor* en *Obergefell* de waardigheid van homoseksuelen en de concrete gevolgen voor hen centraal stonden, hecht het Hooggerechtshof daar geen belang aan wanneer het gaat om zaken die het Eerste Amendement betreffen. Het Hooggerechtshof hanteert immers een ruime uitzondering, die ertoe leidt dat de geboden bescherming tegen discriminatie teniet wordt gedaan. Daardoor dreigt effectieve bescherming in de praktijk onhaalbaar te worden.⁶⁰⁴ Het Eerste Amendement lijkt daarom in de Verenigde Staten dan ook steeds meer te functioneren als een ultieme troefkaart om discriminerende praktijken op grond van seksuele geaardheid te handhaven.⁶⁰⁵

⁶⁰⁰ HvJ 12 januari 2023, J.K., C-356/21, ECLI:EU:C:2023:9, overweging 71.

⁶⁰¹ HvJ 12 januari 2023, J.K., C-356/21, ECLI:EU:C:2023:9, overweging 77.

⁶⁰² HvJ 23 april 2020, NH, C-507/18, ECLI:EU:C:2020:289, overweging 47-56; HvJ 12 januari 2023, J.K., C-356/21, ECLI:EU:C:2023:9, overweging 53-58 en 71-77.

⁶⁰³ *303 Creative LLC v. Elenis*, 600 U.S. 570, 1 (2023); *303 Creative LLC v. Elenis*, 600 U.S. 570, 1-2 en 4-6 (*Sotomayor, dissenting*) (2023); D. COLE, "We Do No Such Thing": *303 Creative v. Elenis* and the Future of First Amendment Challenges to Public Accommodations Laws", *Yale Law Journal Forum* 2024, Vol. 133, 507.

⁶⁰⁴ *Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 558, 567 en 574 (2003); *United States v. Windsor*, 570 US 744, 18-20 (2013); *Obergefell v. Hodges*, 576 U.S. 644, 10 en 13 (2015); K. YOSHINO, "Rights of First Refusal", *Harvard Law Review* 2023, vol. 137, 1, 251-252.

⁶⁰⁵ *Boy Scouts of America v. Dale*, 530 U.S. 640, 700 (*Souter, dissenting*) (2000); *Boy Scouts of America v. Dale*, 530 U.S. 640, 686-687 (*Stevens, dissenting*) (2000).

5.3.2. Algemene tendensen/standpunten

5.3.2.1. Geïntegreerde toetsing vs. gefragmenteerde toetsing

Meer algemeen valt op dat het Hof van Justitie een meer holistische en geïntegreerde benadering hanteert. Wanneer het Hof prejudiciële beslissingen moet nemen over Richtlijn 2000/78/EG, vallen een aantal kenmerken op die de bescherming aanzienlijk versterken. Bij zijn interpretatie vertrekt het Hof steeds vanuit het doel waarvoor de Richtlijn werd aangenomen. Het waakt over de effectiviteit van de rechtsbescherming tegen discriminatie op grond van seksuele geaardheid, zelfs wanneer de toepassing van de discriminatiebepaling in conflict komt met andere fundamentele rechten.⁶⁰⁶ Daarnaast plaatst het Hof de Richtlijn binnen het bredere kader van de gewaarborgde grondrechten in de Unie. Zo stelt het dat de Richtlijn een concretisering vormt van het verankerde beginsel van non-discriminatie, zoals vervat in artikel 21, lid 1 van het Handvest. Uiteindelijk herinnert het Hof aan de fundamentele waarden en rechten waarop de Richtlijn is gebaseerd. Daaruit volgt dat de interpretatie, en dus ook de geboden bescherming systematisch ruim zal zijn.⁶⁰⁷

Ook in de context van de vrij verkeerszaken *Pancharevo* en *Coman* waakt het Hof over de nuttige werking van mobiliteitsrechten. Meer nog, het kadert deze situaties binnen de gewaarborgde rechten van het Handvest. Beperkingen op het vrij verkeer van personen zijn immers slechts toelaatbaar indien zij in overeenstemming zijn met de in het Handvest verankerde grondrechten.⁶⁰⁸ Zelfs al verwijst het Hof in deze zaken niet uitdrukkelijk naar het discriminatieverbod uit het Handvest, kan impliciet uit zijn redenering worden afgeleid dat ook het grondrecht op non-discriminatie moet worden geëerbiedigd.⁶⁰⁹

Daarentegen toont de praktijk van het Hooggerechtshof aan dat gelijkheid slechts zelden wordt gerealiseerd op grond van de *Equal Protection Clause*. Behoudens *Romer v. Evans* werden andere relevante zaken voornamelijk beoordeeld op basis van de *Due Process Clause*. Ook blijkt uit *Lawrence* en *Obergefell* duidelijk dat de beoordeling op grond van gelijkheid grotendeels wordt overschaduwd door een analyse die nadruk legt op individuele

⁶⁰⁶ HvJ 23 april 2020, NH, C-507/18, ECLI:EU:C:2020:289, overweging 47-56; HvJ 12 januari 2023, J.K., C-356/21, ECLI:EU:C:2023:9, overweging 53-58 en 71-77.

⁶⁰⁷ HvJ 23 april 2020, NH, C-507/18, ECLI:EU:C:2020:289, overweging 39-40; HvJ 19 januari 2010, Küçükdeveci, C-555/07, ECLI:EU:C:2010:21, overweging 20-21, HvJ 22 november 2005, Mangold, C-144/04, ECLI:EU:C:2005:709, overweging 74-75.

⁶⁰⁸ HvJ 5 juni 2018, Coman, C-673/16, ECLI:EU:C:2018:385, overweging 47; HvJ 14 december 2021, Pancharevo, C-490/20, ECLI:EU:C:2021:1008, overweging 58.

⁶⁰⁹ A. TRYFONIDOU, "Awaiting the ECJ Judgment in Coman: Towards the Cross-Border Legal Recognition of Same-Sex Marriages in the EU?", *EU Law Analysis*, 5 maart 2017, <https://eulawanalysis.blogspot.com/2017/03/awaiting-ecj-judgment-in-coman-towards.html>.

vrijheden.⁶¹⁰ Zelfs al besteedt het Hooggerechtshof in deze zaken veel aandacht aan de waardigheid van individuen en aan maatschappelijke evoluties, blijft de geboden bescherming op grond van de Due Process Clause te beperkt en te specifiek. In *Lawrence* ging het bijvoorbeeld niet om het aanpakken van structurele discriminatie gebaseerd op het gedrag van homoseksuelen, maar specifiek om de waarborg van hun individuele privacyrechten. In *Obergefell* draaide het uitsluitend om de vraag of het fundamentele recht om te huwen ook voor koppels van hetzelfde geslacht geldt. En dus niet over de vraag of discriminatie van koppels van hetzelfde geslacht, buiten de huwelijkscontext, al dan niet toelaatbaar is.⁶¹¹ Hoewel deze rechtsgrond weliswaar heeft geleid tot significante waarborgen tegen ongelijkheid, pakken de daarop gebaseerde uitspraken echter geen structurele vormen van discriminatie aan. Een dergelijke aanpak is enkel mogelijk via de *Equal Protection Clause*, zoals geïllustreerd in *Romer v. Evans*. De *Equal Protection Clause* is er immers precies op gericht om benadeelde groepen te beschermen tegen discriminatie op grond van seksuele geaardheid.⁶¹²

De tekortkomingen, en het daaruit voortvloeiende gebrek aan algemene bescherming tegen discriminatie, worden des te duidelijker in zaken waarin het Eerste Amendement wordt ingeroepen. In zaken zoals *Boy Scouts of America*, *Masterpiece Cakeshop* en *303 Creative* staat de bescherming van grondwettelijke vrijheden onder het Eerste Amendement centraal, terwijl discriminerende praktijken volledig buiten beschouwing blijven. Het Hooggerechtshof lijkt in deze context rechten als het ware te compartimenteren. Het voert slechts een beperkte analyse uit van het belang dat staten hebben bij antidiscriminatiewetgeving, terwijl de *Equal Protection Clause* in dergelijke zaken niet wordt betrokken. Dat in deze gevallen sprake is van discriminatie, of op zijn minst van een ongunstigere behandeling op grond van seksuele geaardheid, wordt stelselmatig genegeerd. Toch hebben al deze zaken met elkaar gemeen dat de ongunstigere behandeling rechtstreeks voortvloeit uit de seksuele geaardheid van de betrokken individuen.⁶¹³

⁶¹⁰ *Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 558, 575 (2003); *Obergefell v. Hodges*, 576 U.S. 644, 19-20 (2015); X., "Romer has it", *Harvard Law Review* 2023, vol. 136, 7, 1942-1945; K. YOSHINO, "The New Equal Protection Clause", *Harvard Law Review* 2011, vol. 124, 3, 748-749; D. HELLEMAN, "The Epistemic Function of Fusing Equal Protection and Due Process", *William & Mary Bill of Rights Journal* 2019, vol. 28, 2, 395-397.

⁶¹¹ Aangezien de feiten ten gronde in de verschillende zaken die in *Obergefell* werden samengebracht sterk uiteenliepen, had het Hooggerechtshof kunnen opteren voor een algemenere benadering te hanteren (*Obergefell v. Hodges*, 576 U.S. 644, 5-6 (2015); *Obergefell v. Hodges*, 576 U.S. 644, 3-4, 6-10, 21 en 25 (2015); *Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 558, 568-571 en 564-567 (2003); J. MULDER, "Dignity or Discrimination: What paves the road towards equal recognition of same-sex couples in the European Union?", *Journal of Social Welfare and Family Law* 2018, vol. 40, 1, 138; K. R. EYER, "Protected Class Rational Basis Review", *North Carolina Law Review* 2017, vol. 95, 4, 979-980; A. LAMPARELLO, "Obergefell v. Hodges: How the Supreme Court Should Have Decided the Case", *Constitutional Law Journal* 2016, vol. 7, 1, 33-35.

⁶¹² C. R. SUNSTEIN, "Sexual Orientation and the Constitution: A Note on the Relationship between Due Process and Equal Protection Essays", *University of Chicago Law Review* 1988, vol. 55, 1174-1176.

⁶¹³ In *Boy Scouts of America* werd een homoseksueel lid uit de vereniging gesloten omdat zijn loutere aanwezigheid de vereniging zou dwingen een boodschap goed te keuren die strijdig is met haar fundamentele waarden. In *Masterpiece Cakeshop* werd een dienst geweigerd aan een koppel van hetzelfde geslacht, namelijk het maken van een huwelijkskaart, op grond van religieuze bezwaren van de bakker. In *303 Creative* oordeelde

Ondanks het feit dat de Amerikaanse Grondwet uiteraard voorrang geniet, lijkt de redenering *in casu* te simplistisch. Het Veertiende Amendement bevat immers geen expliciet discriminatieverbod. Bijgevolg is het dus aan staten (of de federale overheid) om antidiscriminatiewetgeving aan te nemen, maar zodra deze wetgeving in conflict komt met grondwettelijke waarborgen, zoals het Eerste Amendement, is de uitkomst voorspelbaar. Er ontstaat aldus, mijns inziens, een circulaire redenering, waarbij grondwettelijke bepalingen systematisch als superieur worden beschouwd ten aanzien van statelijke of federale antidiscriminatiewetgeving. Dit maakt het in de praktijk bijzonder moeilijk om effectieve bescherming tegen discriminatie te waarborgen, aangezien het discriminatieverbod in dergelijke gevallen vrijwel automatisch moet wijken voor de bescherming van constitutionele vrijheden.⁶¹⁴

5.3.2.2. Verschil in bewoordingen/taalgebruik en klemtonen

Het taalgebruik en de algemene houding van het Hof van Justitie zijn over het algemeen assertiever en dwingender dan die van het Hooggerechtshof. Zaken zoals *Lawrence*, *Windsor* en *Obergefell* zijn vaak sterk emotioneel geladen. De nadruk ligt daarbij op de waardigheid van individuen en hun gevoelens.⁶¹⁵ Deze uitspraken lijken eerder emotioneel gemotiveerd dan gebaseerd op een ondubbelzinnige juridische vaststelling van discriminerende praktijken op grond van seksuele geaardheid – een behandeling die in dergelijke gevallen niet getolereerd zou mogen worden.⁶¹⁶ Ook dient te worden gewezen op het feit dat de waardigheid van de persoon een vaag en moeilijk hanteerbaar rechtsconcept is, en mijns inziens een minder sterke juridische basis vormt. Zeker wanneer dit begrip wordt genegeerd in contexten waarin gelijke bescherming onder de wet ernstig wordt ondermijnd.⁶¹⁷

het Hooggerechtshof dat bepaalde ondernemers, op grond van hun geloofsovertuiging, de levering van diensten mogen weigeren aan personen of koppels van hetzelfde geslacht, wanneer het verlenen van die dienst zou neerkomen op het uitdragen van een boodschap waarmee zij niet instemmen. *Boy Scouts of America v. Dale*, 530 U.S. 640 (2000); *Masterpiece Cakeshop, Ltd. v. Colorado Civil Rights Commission*, 584 U.S. 617 (2018); *303 Creative LLC v. Elenis*, 600 U.S. 570 (2023).

⁶¹⁴ *Boy Scouts of America v. Dale*, 530 U.S. 640, 653-657 (2000); *303 Creative LLC v. Elenis*, 600 U.S. 570, 12-14 en 19 (2023).

⁶¹⁵ Er kan worden gewezen op enkele voorbeelden uit deze zaken. *Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 558, 578 (2003) ("The State cannot demean their existence or control their destiny by making their private sexual conduct a crime"); *United States v. Windsor*, 570 US 744, 22-23 (2013) ("[DOMA] tells those couples, and all the world, that their otherwise valid marriages are unworthy of federal recognition"). *United States v. Windsor*, 570 US 744, 25 (2013) ("DOMA instructs all federal officials, (...) that their marriage is less worthy than the marriages of others"); *Obergefell v. Hodges*, 576 U.S. 644, 15 (2015) ("Without the recognition, stability, and predictability marriage offers, children suffer the stigma of knowing their families are somehow lesser"); *Obergefell v. Hodges*, 576 U.S. 644, 28 (2015) ("Their hope is not to be condemned to live in loneliness, excluded from one of civilization's oldest institutions. They ask for equal dignity in the eyes of the law").

⁶¹⁶ J. H. CHOPER en S. F. ROSS, "The Political Process, Equal Protection, and Substantive Due Process", *Journal of Constitutional Law* 2018, vol. 20, 5, 1032-1034.

⁶¹⁷ *303 Creative LLC v. Elenis*, 600 U.S. 570 (2023); J. MULDER, "Dignity or Discrimination: What paves the road towards equal recognition of same-sex couples in the European Union?", *Journal of Social Welfare and Family Law* 2018, vol. 40, 1, 138 en 142.

Daarentegen hanteert het Hof van Justitie in de besproken Europese zaken een meer assertievere redenering om gelijkheid te waarborgen. Zo oordeelde het Hof bijvoorbeeld in *Hay* dat het toekennen van arbeidsvoordelen uitsluitend aan gehuwde werknemers, terwijl het huwelijk niet openstond voor personen van hetzelfde geslacht, en hoewel homopartners zich in een vergelijkbare situatie bevonden, directe discriminatie vormt.⁶¹⁸ Hoewel het Hof niet altijd even expliciet is, maakt het soms ook op impliciete wijze duidelijk dat beperkingen op het discriminatieverbod niet kunnen worden gerechtvaardigd. In *Léger* toetste het Hof het permanente verbod op bloeddonthes voor mannen die seks hebben met andere mannen aan de artikelen 21, lid 1 en 52, lid 1 van het Handvest. Bij de beoordeling van een mogelijke rechtvaardiging, die *in casu* aan de nationale rechter toekomt, suggereerde het Hof dat dergelijk verbod slechts toelaatbaar is indien aan de noodzakelijkheidseis is voldaan. In dat licht wees het Hof op het bestaan van minder ingrijpende alternatieven, waaruit kan worden afgeleid dat een dergelijk verbod geen toelaatbare beperking vormt op het discriminatieverbod.⁶¹⁹

⁶¹⁸ HvJ 12 December 2013, *Hay*, C-267/12, ECLI:EU:C:2013:823, overweging 41.

⁶¹⁹ HvJ 29 april 2015, *Léger*, C-528/13, ECLI:EU:C:2015:288, overweging 60.

6. Conclusie

In deze masterproef werd onderzocht welk rechtsstelsel, het Europese of het Amerikaanse, een betere bescherming biedt tegen discriminatie op grond van seksuele geaardheid, en hoe beide systemen juridisch omgaan met hedendaagse uitdagingen inzake homorechten.

De analyse van de Europese rechtspraak toont aan dat het Unierecht en het toezicht van het Hof van Justitie aanzienlijke waarborgen bieden om gelijkheid en non-discriminatie te verzekeren. Via Richtlijn 2000/78/EG hanteert het Hof een ruime interpretatie van het toepassingsgebied en waakt het over de doeltreffendheid van de geboden bescherming.⁶²⁰ Het discriminatieverbod uit het Handvest daarentegen blijkt relatief onderbenut. Toch vormt het een essentieel beschermingsinstrument. Zo fungeert artikel 21, lid 1 van het Handvest, waar van toepassing, als toetsingsnorm en als verankering van een algemeen beginsel van non-discriminatie dat de richtlijn concretiseert.⁶²¹ In lijn met de uitspraken *Mangold*, *Bartsch* en *Kücükdeveci* zou dit beginsel in de toekomst misschien ook een rol kunnen spelen in zaken die verband houden met seksuele geaardheid.⁶²²

De bescherming die het Unierecht biedt wordt echter in belangrijke mate begrensd, enerzijds door het beperkte toepassingsgebied van discriminatieverboden⁶²³, anderzijds door de institutionele bevoegdheidsverdeling. Uit de arresten *Coman* en *Pancharevo* blijkt dat het Hof de lidstaten niet kan verplichten om het homohuwelijk, respectievelijk de afstammingsrelatie in hoofde van personen van hetzelfde geslacht, in hun nationale recht op te nemen.⁶²⁴ Deze beperking komt ook tot uiting in de arresten *Maruko*, *Jürgen Römer* en *Hay*, waaruit blijkt dat de bescherming slechts geldt wanneer lidstaten er zelf voor kiezen om homopartnerschappen naar nationaal recht te regelen en gelijk te stellen met het huwelijk.⁶²⁵ Hoewel het Hof van Justitie op het vlak van het familierecht geen

⁶²⁰ HvJ 1 april 2008, *Maruko*, C-267/06, ECLI:EU:C:2008:179, overweging 56; HvJ 10 mei 2011, *Jürgen Römer*, C-147/08, ECLI:EU:C:2011:286, overweging 32-33; HvJ 12 december 2013, *Hay*, C-267/12, ECLI:EU:C:2013:823, overweging 28.

⁶²¹ HvJ 29 april 2015, *Léger*, C-528/13, ECLI:EU:C:2015:288, overweging 49-51; HvJ 23 april 2020, *NH*, C-507/18, ECLI:EU:C:2020:289, overweging 36; HvJ 22 november 2005, *Mangold*, C-144/04, ECLI:EU:C:2005:709, overweging 75; HvJ 19 januari 2010, *Kücükdeveci*, C-555/07, ECLI:EU:C:2010:21, overweging 21.

⁶²² K. LENAERTS en K. GUTMAN, "The Comparative Law Method and the European Court of Justice: Echoes Across the Atlantic", *The American Journal of Comparative Law* 2016, vol. 64, 4, 848; HvJ 22 november 2005, *Mangold*, C-144/04, ECLI:EU:C:2005:709, overweging 75; HvJ 19 januari 2010, *Kücükdeveci*, C-555/07, ECLI:EU:C:2010:21, overweging 21.

⁶²³ Artikel 51, lid 1 van het Handvest; artikel 3 van Richtlijn 2000/78/EG; HvJ 5 juni 2018, *Coman*, C-673/16, ECLI:EU:C:2018:385, overweging 37; HvJ 14 december 2021, *Pancharevo*, C-490/20, ECLI:EU:C:2021:1008, overweging 52.

⁶²⁴ HvJ 14 december 2021, *Pancharevo*, C-490/20, ECLI:EU:C:2021:1008, overweging 53; HvJ 5 juni 2018, *Coman*, C-673/16, ECLI:EU:C:2018:385, overweging 36-38.

⁶²⁵ HvJ 1 april 2008, *Maruko*, C-267/06, ECLI:EU:C:2008:179, overweging 73; HvJ 10 mei 2011, *Jürgen Römer*, C-147/08, ECLI:EU:C:2011:286, overweging 52; HvJ 12 december 2013, *Hay*, C-267/12, ECLI:EU:C:2013:823, overweging 47.

herconfiguratie kan doorvoeren, blijkt hieruit dat het indirect ingrijpt op domeinen die traditioneel tot de bevoegdheid van de lidstaten behoren.⁶²⁶

In de Verenigde Staten wordt de *Equal Protection Clause* uit het Veertiende Amendement zelden toegepast in gevallen van ongelijke behandeling op grond van seksuele geaardheid. Maar zelfs wanneer het Hooggerechtshof een beoordeling uitvoerde op grond van de *Equal Protection Clause*, moet in beginsel de rational basis test worden gehanteerd. Uit de theoretische beschrijving blijkt dat deze toets in wezen als tandeloos wordt beschouwd.⁶²⁷ In de praktijk blijkt echter dat het Hooggerechtshof bij de toepassing ervan afwijkt en impliciet een strengere variant hanteert.⁶²⁸

Tegelijkertijd is ook een verschuiving zichtbaar, waarbij het Hooggerechtshof niet langer steunt op de *Equal Protection Clause*, maar steeds vaker de *Due Process Clause* aanwendt om gelijkheid voor homoseksuelen en koppels te waarborgen. Deze benadering leidt weliswaar tot de bescherming van rechten en vrijheden voor eenieder, maar blijft beperkt en fragmentarisch. Gelijke bescherming wordt enkel gegarandeerd voor specifieke rechten en vrijheden in concreto, zoals in *Lawrence*, met betrekking tot seksuele autonomie, en in *Obergefell* ten aanzien van het recht om te huwen.⁶²⁹

Op basis van deze bevindingen kan worden teruggekoppeld naar de onderzoeksvraag die in deze masterproef centraal stond, namelijk: *"Biedt het rechterlijk toezicht van het Amerikaanse Hooggerechtshof op discriminatie op grond van seksuele geaardheid een doeltreffendere bescherming dan het rechterlijk toezicht van het Hof van Justitie van de Europese Unie?"*

Waar het Amerikaanse systeem met voetnoot 4 uit *Carolene Products* aanvankelijk een gestructureerd kader voor rechterlijk toezicht beoogde te ontwikkelen, lijkt deze ambitie te zijn ondermijnd door de toepassing van de *animus*-doctrine en de verschuiving in de gehanteerde rechtsgrond binnen de jurisprudentie.⁶³⁰ Hoewel de *Equal Protection Clause*

⁶²⁶ G. WILLEMS, "Article 9. - Droit de se marier et de fonder une famille" in F. PICOD, C. RIZCALLAH en S. VAN DROOGHENBROECK (eds.), *Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, 3e édition, Bruxelles, Bruylant, 2023, 234-235.

⁶²⁷ E. CHERMERINSKY, *Constitutional law*, 9th edition, Aspen Publishing, 2023, 622-623; U.S. Constitution Annotated, "Amdt14.S1.8.11 Sexual Orientation-Based Classifications", https://constitution.congress.gov/browse/essay/amdt14-S1-8-11/ALDE_00000837/; K. R. EYER, The Canon of Rational Basis Review, *Notre Dame Law Review* 2018, vol. 93, 3, 1319; K. YOSHINO, "Why the court can strike down marriage restrictions under rational-basis review", *N.Y.U Review of Law & Social Change* 2013, vol. 37, 331.

⁶²⁸ *Romer v. Evans*, 517 U.S. 620, 633-635 (1996); *United States v. Windsor*, 570 US 744, 20-21 (2013).

⁶²⁹ K. HAULE, "It's Complicated: The Unusual way *Obergefell v. Hodges* Legalized Same-Seks Marriage", *Loyola of Los Angeles Law Review* 2016, vol. 49, 2, 572-573; K. R. EYER, "Protected Class Rational Basis Review", *North Carolina Law Review* 2017, vol. 95, 4, 979; A. LAMPARELLO, "*Obergefell v. Hodges*: How the Supreme Court Should Have Decided the Case", *Constitutional Law Journal* 2016, vol. 7, 1, 34-36; K. YOSHINO, "A New Birth of Freedom?: *Obergefell v. Hodges*", *Harvard Law Review* 2015, vol. 129, 1, 174.

⁶³⁰ R. K. ROBINSON, "Unequal Protection", *Stanford Law Review* 2016, vol. 68, 1, 164.

het potentieel heeft om een omvattende bescherming tegen ongelijkheid te bieden, blijft een consistente en coherente toepassing in de praktijk uit.⁶³¹ Hoewel het Hooggerechtshof in uitspraken zoals *Windsor* en *Obergefell* een meer verstrekkende bescherming bood dan het Hof van Justitie, kan niet gesteld worden dat het Amerikaanse rechterlijk toezicht als geheel doeltreffender is dan het Europese wanneer het aankomt op de bescherming tegen discriminatie op grond van seksuele geaardheid.⁶³²

Ten eerste vormt het bestaan van expliciete rechtsgronden een belangrijke waarborg voor het bestrijden van discriminatie. Binnen de Unie kunnen personen die vermeend gediscrimineerd worden op grond van seksuele geaardheid, en die buiten het materieel toepassingsgebied van Richtlijn 2000/78/EG vallen, zich nog steeds beroepen op artikel 21, lid 1 van het Handvest, voor zover de situatie binnen de werkingssfeer van het Unierecht valt.⁶³³ De Amerikaanse Grondwet biedt daarentegen geen uitdrukkelijke bescherming tegen discriminatie op grond van persoonskenmerken. Omdat de bescherming impliciet uit de *Equal Protection Clause* moet worden afgeleid, leidt dit mijns inziens tot een minder systematische en duurzame bescherming tegen discriminatie.⁶³⁴

Hoewel het Hooggerechtshof in theorie over meerdere grondwettelijke rechtsgronden beschikt om een ruime en krachtige bescherming te bieden tegen discriminatie, zoals de *Equal Protection Clause* al dan niet in combinatie met de *Due Process Clause*, blijkt in de praktijk dat deze bescherming vaak onvoldoende is.⁶³⁵ Dit wordt bijzonder duidelijk in zaken waarin het Eerste Amendement centraal staat. Ook hier wordt de bescherming sterk toegespitst op de vrijheid die wordt ingeroepen, terwijl de discriminerende praktijken die aan deze zaken ten grondslag liggen volledig buiten beschouwing blijven. Hoewel de gelijke bescherming onder de wet grondwettelijk verankerd is, net zoals de vrijheid van meningsuiting of geloofsovertuiging, lijkt zij in deze uitspraken eenvoudigweg niet te

⁶³¹ Dit komt doordat het Veertiende Amendement enkel betrekking heeft op overheidsoptreden op het niveau van de deelstaten, terwijl de bescherming van de *Equal Protection Clause* via de *Due Process Clause* van het Vijfde Amendement ook wordt uitgebreid tot het federale niveau. Beide bepalingen zijn bovendien niet beperkt tot een specifiek rechtsdomein. N. S. CHAPMAN en K. YOSHINO, "Common Interpretation of The Fourteenth Amendment Due Process Clause", *National Constitution Center*, <https://constitutioncenter.org/the-constitution/articles/amendment-xiv/clauses/701>, (geraadpleegd op 21 mei 2025); R. A. FAIRFAX en J. C. HARRISON, "Common Interpretation of The Fifth Amendment Due Process Clause", *National Constitution Center*, <https://constitutioncenter.org/the-constitution/amendments/amendment-v/clauses/633>, (geraadpleegd op 21 mei 2025).

⁶³² *United States v. Windsor*, 570 US 744, 14-15 (2013); *Obergefell v. Hodges*, 576 U.S. 644, 27-28 (2015); HvJ 14 December 2021, Pancharevo, C-490/20, ECLI:EU:C:2021:1008, overweging 53; HvJ 5 juni 2018, Coman, C-673/16, ECLI:EU:C:2018:385, overweging 36-38.

⁶³³ K. LENAERTS en P. VAN NUFFEL, *Europees recht*, zevende editie, Intersentia, 2023, 121; HvJ 23 september 2008, Bartsch, C-427/06, ECLI:EU:C:2008:51, overweging 16-24.

⁶³⁴ U.S. Const. amend. XIV §1; J. F. MITCHELL, "Textualism and the Fourteenth Amendment", *Stanford Law Review* 2017, vol. 69, 1240.

⁶³⁵ D. HELLEMAN, "The Epistemic Function of Fusing Equal Protection and Due Process", *William & Mary Bill of Rights Journal* 2019, vol. 28, 2, 386.

⁶³⁵ *Ibid.*, 395-397.

bestaan.⁶³⁶ Dat in deze gevallen sprake is van discriminatie, of op zijn minst van een ongunstigere behandeling op grond van seksuele geaardheid, is overduidelijk.⁶³⁷ Dit roept daarom de fundamentele vraag op welke betekenis gelijkheid in deze context nog heeft, gelet op het feit dat gelijke bescherming onder de wet ingevolge soortgelijke uitspraken daadwerkelijk wordt ondermijnd.⁶³⁸

Het Hof van Justitie daarentegen, hoewel het aanzienlijk belang hecht aan fundamentele grondrechten, voert een daadwerkelijke beoordeling uit van conflicterende normen die in de betrokken zaken aan de orde zijn. Met het oog op de nuttige werking van de bescherming – en zelfs indien afbreuk wordt gedaan aan die rechten en vrijheden – kunnen beperkingen noodzakelijk worden geacht om de bescherming tegen discriminatie te waarborgen.⁶³⁹

Zelfs al worden het Unierecht en het toezicht van het Hof van Justitie institutioneel beperkt, biedt het Hof een veel coherente en systematischere bescherming ten aanzien van gelijkheid en non-discriminatie. Deze beschermingswijze hangt nauw samen met het gegeven dat gelijkheid en non-discriminatie binnen de Unie fundamentele waarden betreffen waarop de Unie is gegrondvest.⁶⁴⁰ Hoewel het Hof van Justitie zich bewust is van zijn beperkte bevoegdheden, treedt het op en grijpt het in waar het daartoe de mogelijkheid heeft, om ongunstigere behandelingen te voorkomen.⁶⁴¹ Zelfs al zou het Hof in bepaalde zaken assertiever of explicieter kunnen optreden, denk bijvoorbeeld aan het ontbreken van een expliciete verwijzing naar artikel 21, lid 1 van het Handvest in *Coman* en *Pancharevo*, biedt het alsnog aanzienlijke waarborgen voor de bescherming tegen discriminatie.⁶⁴² Algemeen genomen is het toezicht dat het Hof uitoefent op het discriminatieverbod op grond van seksuele geaardheid immers streng, en worden afwijkingen daarop zelden getolereerd.⁶⁴³

⁶³⁶ *Boy Scouts of America v. Dale*, 530 U.S. 640 (2000); *Masterpiece Cakeshop, Ltd. v. Colorado Civil Rights Commission*, 584 U.S. 617 (2018); *303 Creative LLC v. Elenis*, 600 U.S. 570 (2023).

⁶³⁷ Al deze zaken hebben met elkaar gemeen dat de ongunstigere behandeling rechtstreeks voortvloeit uit de seksuele geaardheid van de betrokken individuen. *Boy Scouts of America v. Dale*, 530 U.S. 640 (2000); *Masterpiece Cakeshop, Ltd. v. Colorado Civil Rights Commission*, 584 U.S. 617 (2018); *303 Creative LLC v. Elenis*, 600 U.S. 570 (2023).

⁶³⁸ *303 Creative LLC v. Elenis*, 600 U.S. 570, 31-33 (*Sotomayor, dissenting*) (2023); *303 Creative LLC v. Elenis*, 600 U.S. 570, 12-14 (2023); K. YOSHINO, "Rights of First Refusal", *Harvard Law Review* 2023, vol. 137, 1, 253.

⁶³⁹ HvJ 23 april 2020, NH, C-507/18, ECLI:EU:C:2020:289, overweging 47 en 53; HvJ 12 januari 2023, J.K., C-356/21, ECLI:EU:C:2023:9, overweging 71; HvJ 12 januari 2023, J.K., C-356/21, ECLI:EU:C:2023:9, overweging 77.

⁶⁴⁰ Artikel 2 en 6 VEU; P. VAN ELSUWEGE, P. DEVISSCHER en A. VAN BOSSUYT, "Het Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie: implicaties voor de nationale rechtsorde", *Tijdschrift voor Privaatrecht* 2010, afl. 2, 537-538.

⁶⁴¹ C. TOBLER, "Equality and Non-Discrimination under the ECHR and EU Law: A Comparison Focusing on Discrimination against LGBTI Persons", *ZaöRV* 2014, vol. 74, 550.

⁶⁴² HvJ 5 juni 2018, *Coman*, C-673/16, ECLI:EU:C:2018:385, overweging 17; A. TRYFONIDOU, "Same-Sex Marriage: The EU is Lagging Behind", *EU Law Analysis Blog*, 29 juni 2015, <https://eulawanalysis.blogspot.com/2015/06/same-sex-marriage-eu-is-lagging-behind.html>.

⁶⁴³ HvJ 5 juni 2018, *Coman*, C-673/16, ECLI:EU:C:2018:385, overweging 45-46; HvJ 14 december 2021, *Pancharevo*, C-490/20, ECLI:EU:C:2021:1008, overweging 56-57; HvJ 12 januari 2023, J.K., C-356/21,

Tegelijk tonen de hierboven besproken vaststellingen aan dat, zelfs wanneer het Europese systeem over het algemeen een meer coherente en systematische bescherming biedt, beide systemen nog steeds belangrijke leemtes vertonen.

Wat de Europese Unie betreft, dient te worden gewezen op het gebrek aan bescherming tegen discriminatie in andere domeinen van het dagelijkse leven. Een dergelijke algemene gelijkheidsrichtlijn zou immers een inclusievere bescherming tegen discriminatie op grond van seksuele geaardheid kunnen bieden en de huidige bescherming verstevigen.⁶⁴⁴ Daarnaast moet ook worden opgemerkt dat een volwaardige gelijkstelling tussen hetero- en homokoppels afhankelijk blijft van de lidstaten. Deze is enkel mogelijk via vrijwillige harmonisatie. Aangezien deze hervormingen momenteel zo goed als onhaalbaar zijn, blijft het voor de Unie bijzonder moeilijk om op dit vlak inclusieve en algemene gelijkheid na te streven.⁶⁴⁵

Aan Amerikaanse zijde wordt de formele erkenning van een strengere toetsingsstandaard vaak genoemd als een van de mogelijkheden om de bescherming tegen discriminatie op grond van seksuele geaardheid onder de *Equal Protection Clause* te versterken.⁶⁴⁶ Toch lijkt dit, gelet op de huidige samenstelling van het Hooggerechtshof en het Amerikaanse politieke klimaat, geen omstandigheid die zich op korte termijn zal voltrekken. Voorts lijkt, in het licht van de huidige wijze waarop het Hooggerechtshof de Grondwet interpreteert, de bescherming op grond van de *substantive Due Process*, die in het verleden heeft geleid tot een significante waarborg van de rechten van homoseksuele personen, geen veelbelovende route meer te zijn.⁶⁴⁷

ECLI:EU:C:2023:9, overweging 76-79; HvJ 23 april 2020, NH, C-507/18, ECLI:EU:C:2020:289, overweging 43-44.

⁶⁴⁴ C. TOBLER, "Equality and Non-Discrimination under the ECHR and EU Law: A Comparison Focusing on Discrimination against LGBTI Persons", *ZaôRV* 2014, vol. 74, 551.

⁶⁴⁵ G. WILLEMS, "Article 9. - Droit de se marier et de fonder une famille" in F. PICOD, C. RIZCALLAH en S. VAN DROOGHENBROECK (eds.), *Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, 3e édition, Bruxelles, Bruylant, 2023, 237-238; H. SURREL, « Les couples homosexuels », *Revue des affaires européennes* 2014, vol. 2, 335; A. TRYFONIDOU, "Free Movement of Same-Sex Spouses within the EU: The ECJ's Coman judgment", *European Law Blog*, 19 juni 2018, <https://www.europeanlawblog.eu/pub/free-movement-of-same-sex-spouses-within-the-eu-the-ecjs-coman-judgment/release/1>; Mededeling van de Commissie aan het Europees Parlement, de Raad, het Europees Economisch en Sociaal Comité en het Comité van de Regio's - Werkprogramma van de Commissie 2025, Europese Commissie, 11 februari 2025, COM(2025) 45 final, 25.

⁶⁴⁶ S. L. SOBEL, "When Windsor Isn't Enough: Why the Court Must Clarify Equal Protection Analysis for Sexual Orientation Classifications", *Cornell Journal of Law and Public Policy* 2015, vol. 24, 3, 515; R. K. ROBINSON, "Unequal Protection", *Stanford Law Review* 2016, vol. 68, 1, 1714.

⁶⁴⁷ Via de substantive due process worden ook rechten beschermd die niet expliciet in de Grondwet zijn vermeld. Recente rechtsontwikkelingen tonen echter aan dat het Hooggerechtshof een aanzienlijke stap heeft teruggezet in de bescherming van individuele rechten onder deze clausule. In *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*, 597 U.S. 215 (2022), werd teruggегреpen naar de redenering uit *Bowers v. Hardwick*, 478 U.S. 186 (1986).

7. Bibliografie

7.1. Wetgeving

Handvest van de grondrechten van de Europese Unie (Handvest), *Pb.C* 326, 26 oktober 2012.

Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (VWEU), *Pb.C.* 306, 17 december 2007.

Verdrag betreffende de Europese Unie (VEU), *Pb.C.* 326, 26 oktober 2012.

Richtlijn 2000/78/EG van de Raad van 27 november 2000 tot instelling van een algemeen kader voor gelijke behandeling in arbeid en beroep, *Pb.L.* 303, 2 december 2000.

Richtlijn 2000/43/EG van de Raad van 29 juni 2000 houdende toepassing van het beginsel van gelijke behandeling van personen ongeacht ras of etnische afstamming, *Pb.L.* 180, 19 juli 2000.

Richtlijn 2004/38/EG van het Europees Parlement en de Raad van 29 april 2004 betreffende het recht van vrij verkeer en verblijf op het grondgebied van de lidstaten voor de burgers van de Unie en hun familieleden, tot wijziging van Verordening (EEG) nr. 1612/68 en tot intrekking van de Richtlijnen 64/221/EEG, 68/360/EEG, 72/194/EEG, 73/148/EEG, 75/34/EEG, 75/35/EEG, 90/364/EEG, 90/365/EEG en 93/96/EEG, *Pb.L.* 158, 30 april 2004.

Voorstel voor een Richtlijn van de Raad betreffende de toepassing van het beginsel van gelijke behandeling van personen ongeacht godsdienst of overtuiging, handicap, leeftijd of seksuele geaardheid, Europese Commissie, 2 juli 2008, COM(2008) 426 definitief.

Mededeling van de Commissie aan het Europees Parlement, de Raad, het Europees Economisch en Sociaal Comité en het Comité van de Regio's - Werkprogramma van de Commissie 2025, Europese Commissie, 11 februari 2025, COM(2025) 45 final.

U.S. Constitution amendement I.

U.S. Constitution amendement V.

U.S. Constitution amendement XIII §1.

U.S. Constitution amendement XIV §1.

7.2. Rechtspraak

7.2.1. *Europese rechtspraak*

HvJ 13 mei 1986, C-170/84, Bilka ECLI:EU:C:1986:204.

HvJ 2 oktober 2003, Garcia Avello, C-148/02, EU:C:2003:539.

HvJ 22 november 2005, Mangold, C-144/04, ECLI:EU:C:2005:709.

HvJ 1 april 2008, Maruko, C-267/06, ECLI:EU:C:2008:179.

HvJ 10 juli 2008, C-54/07, Feryn, ECLI:EU:C:2008:397.

HvJ 17 juli 2008, Coleman, C-303/06, EU:C:2008:415.

HvJ 23 september 2008, Bartsch, C-427/06, ECLI:EU:C:2008:51.

HvJ 14 oktober 2008, Grunkin en Paul, C-353/06, EU:C:2008:559.

HvJ 19 januari 2010, Küçükdeveci, C-555/07, ECLI:EU:C:2010:21.

HvJ 10 mei 2011, Jürgen Römer, C-147/08, ECLI:EU:C:2011:286.

HvJ 26 februari 2013, Fransson, C-617/10, ECLI:EU:C:2013:105.

HvJ 25 april 2013, Asociația Accept, C-81/12, ECLI:EU:C:2013:275.

HvJ 12 December 2013, Hay, C-267/12, ECLI:EU:C:2013:823.

HvJ 29 april 2015, Léger, C-528/13, ECLI:EU:C:2015:288.

HvJ 16 juli 2015, CHEZ, C-83/14, ECLI:EU:C:2015:480.

HvJ 8 juni 2017, Freitag, C-541/15, EU:C:2017:432.

HvJ 5 juni 2018, Coman, C-673/16, ECLI:EU:C:2018:385.

HvJ 8 mei 2019, C-161/18, Villar Láiz, ECLI:EU:C:2019:382.

HvJ 23 april 2020, NH, C-507/18, ECLI:EU:C:2020:289.

HvJ 14 December 2021, Pancharevo, C-490/20, ECLI:EU:C:2021:1008.

HvJ, Europese Commissie / Hongarije, C-769/22 (hangende zaak).

HvJ 12 januari 2023, J.K., C-356/21, ECLI:EU:C:2023:9.

HvJ 4 oktober 2024, C-4/23, ECLI:EU:C:2024:845.

Conclusie Adv. Gen. RUIZ-JARABO COLOMER van 6 september 2007, C-267/06, Maruko, ECLI:EU:C:2007:486.

Conclusie Adv. Gen. SHARPSTON van 22 mei 2008, Bartsch, C-427/06, ECLI:EU:C:2008:297.

Conclusie Adv. Gen. Jääskinen van 15 juli 2010, C-147/08, Jürgen Römer, ECLI:EU:C:2010:425.

Conclusie Adv. Gen. KOKOTT van 31 mei 2016, Samira Achbita en Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding v G4S Secure Solutions NV, C-157/15, ECLI:EU:C:2016:382.

Conclusie Adv. Gen. SHARPSTON van 13 juli 2016, C-188/15, Bougnaoui en ADDH, ECLI:EU:C:2016:553.

Conclusie Adv. Gen. WATHELET van 11 januari 2018, Coman , C-673/16, ECLI:EU:C:2018:2.

Conclusie Adv. Gen. SHARPSTON van 31 oktober 2019, NH, C-507/18, ECLI:EU:C:2019:922.

7.2.2. Amerikaanse rechtspraak

Plessy v. Ferguson, 163 U.S. 537 (1896).

Meyer v. Nebraska, 262, U.S. 390 (1923).

United States v. Carolene Prods. Co., 304 U.S. 144 (1938).

Bolling v. Sharpe, 347 U.S. 497 (1954).

Griswold v. Connecticut, 381, U.S. 479 (1965).

Frontiero v. Richardson, 411 U.S. 677 (1973).

Craig v. Boren, 429 U.S. 190 (1976).

Regents of Univ. of Cal. v. Bakke, 438 U.S. 265 (1978).

Plyler v. Doe, 457 U.S. 202 (1982).

City of Cleburne v. Cleburne Living Ctr., 473 U.S. 432 (1985).

Bowers v. Hardwick, 478 US 186 (1986).

Lyng v. Castillo, 477 U.S. 635 (1986).

Bowen v. Gilliard, 483 U.S. 587 (1987).

Federal Communications Commission v. Beach Communications, Inc., 508 U.S. 307 (1993).

Romer v. Evans, 517 U.S. 620 (1996).

United States v. Virginia, 518 U.S. 515 (1996).

Boy Scouts of America v. Dale, 530 U.S. 640 (2000).

Lawrence v. Texas, 539 U.S. 558 (2003).

United States v. Windsor, 570 US 744 (2013).

Obergefell v. Hodges, 576 U.S. 644 (2015).

Masterpiece Cakeshop, Ltd. v. Colorado Civil Rights Commission, 584 U.S. 617 (2018).

303 Creative LLC v. Elenis, 600 U.S. 570 (2023).

7.3. Rechtsleer

ALLARD, M.-P. en WILLEMS, G., "5.1.1. - Le couple homosexuel" in DANDOY, N. en WILLEMS, G. (eds.), *Les grands arrêts du droit au respect de la vie familiale*, 1e édition, Bruxelles, Larcier, 2022, 565-604.

ARAIZA, W. D., *Enforcing the Equal Protection Clause: Congressional Power, Judicial Doctrine, and Constitutional Law*, NYU Press, 2016, 336 p.

ARAIZA, W. D., *Animus: A Short Introduction to Bias in the Law*, NYU Press, 2017, 224 p.

BELAVUSAU, U., "The NH Case: On the "Wings of Words" in EU Anti-discrimination Law", *European Papers* 2020, vol. 5, 2, 1001-1020.

BELL, M., "Article 20 – Equality Before the Law" in PEERS, S., HERVEY, T., KENNER, J. en WARD, A. (eds.), *The EU Charter of Fundamental Rights: A Commentary, second edition*, Bloomsbury Publishing, 2021, 598-612.

BOELE-WOELKI, K. en VAIGE, L., *Cross-Border Recognition of Formalized Same-Sex Relationships*, 1e édition, Bruxelles, Intersentia, 2022, 480 p.

BRIBOSIA, E., RORIVE, I. en HISLAIRE, J., "Article 20. - Égalité en droit" in PICOD, F., RIZCALLAH, C. en VAN DROOGHENBROECK, S. (eds.), *Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, 3e édition, Bruxelles, Bruylant, 2023, 587-615.

BRIBOSIA, E., RORIVE, I. en HISLAIRE, J., "Article 21. - Non-discrimination" in PICOD, F., RIZCALLAH, C. en VAN DROOGHENBROECK, S. (eds.), *Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, 3e édition, Bruxelles, Bruylant, 2023, 617-652.

CARPENTER, D., "The Dead End of Animus Doctrine", *Alabama Law Review* 2023, vol. 74, 3, 585-648.

CHEMERINSKY, E., "The Rational Basis Test Is Constitutional (and Desirable)", *Georgetown Journal of Law & Public Policy* 2016, vol. 14, 2, 401-416.

CHEMERINSKY, E., *Constitutional law*, 9th edition, Aspen Publishing, 2023, 1504 p.

CHOPER, J. H. en ROSS, S. F., "The Political Process, Equal Protection, and Substantive Due Process", *Journal of Constitutional Law* 2018, vol. 20, 5, 983-1042.

COLE, D., "We Do No Such Thing": 303 Creative v. Elenis and the Future of First Amendment Challenges to Public Accommodations Laws", *Yale Law Journal Forum* 2024, Vol. 133, 499-524.

COVAIS, J. R., Baby, "We Were Born This Way: The Case for Making Sexual Orientation a Suspect Classification Under the Equal Protection Clause of the Fourteenth Amendment", *Touro Law Review* 2022, vol. 38, 1, 238-321.

DE CAPITANI, C., "Anti-discrimination and labour rights: CJEU confirms protection from discrimination (including on grounds of sexual orientation) covers self-employed workers", *EU law analysis blog*, 24 maart 2023, <https://eulawanalysis.blogspot.com/search?q=J.K>.

DE VOS, M., "The European Court of Justice and the march towards substantive equality in European Union antidiscrimination law", *International Journal of Discrimination and the Law* 2020, vol. 20, 1, 62-87.

DORF, M. C. en MORRISON, T. W., *Oxford introductions to U.S. law: Constitutional Law*, Oxford University Press, 2010, 268 p.

ELLIS, E. en WATSON, P., *EU Anti-discrimination Law*, second edition, Oxford EU Law Library, 2012, 519 p.

EYER, K. R., "Protected Class Rational Basis Review", *North Carolina Law Review* 2017, vol. 95, 4, 975-1070.

EYER, K. R., "The Canon of Rational Basis Review", *Notre Dame Law Review* 2018, vol. 93, 3, 1317-1370.

FALLON, R. H., *The Nature of Constitutional Rights: The Invention and Logic of Strict Judicial Scrutiny*, Cambridge University Press, 2019, 212 p.

FARRELL, R. C., "Equal Protection Rational Basis Cases in the Supreme Court since *Romer v. Evans*", *Georgetown Journal of Law & Public Policy* 2016, vol. 14, 2, 441-474.

GALVIN, D. J., "There's Nothing Rational About It: Heightened Scrutiny for Sexual Orientation Is Long Overdue", *William & Mary Journal of Race, Gender and Social Justice* 2019, vol. 25, 2, 405-431.

GOLDBERG, S. B., "Equality Without Tiers", *Southern California Law Review* 2004, vol. 77, 481-583.

GOLDSTEIN, J. K., "Teaching the Transformative Fourteenth Amendment", *Saint Louis University Law Journal* 2018, vol. 62, 3, 581-602.

HAULE, K., "It's Complicated: The Unusual way Obergefell v. Hodges Legalized Same-Sex Marriage", *Loyola of Los Angeles Law Review* 2016, vol. 49, 2, 561 en 561-573.

HELLEMAN, D., "The Epistemic Function of Fusing Equal Protection and Due Process", *William & Mary Bill of Rights Journal* 2019, vol. 28, 2, 383-405.

HILLHOUSE, R. J., "Reframing the Argument: Sexual Orientation Discrimination as Sex Discrimination under Equal Protection", *Georgetown Journal of Gender and the Law* 2018, vol. 20, 1, 49-106.

HOLOSZYC-PIMENTEL, R., "Rational Basis Review: When does rational basis bite?", *New York University Law Review* 2015, vol. 90, 6, 2070-2117.

HUNTER, N. D., "The Sex Discrimination Argument in Gay Rights Cases", *Georgetown Journal of Law & Public Policy* 2001, vol. 9, 397-416.

ILIOPOULOU PENOT, A., "Chapitre V – Principe d'égalité et de non-discrimination" in AUBY, J.-B en DUTHEIL DE LA ROCHÈRE, J. (eds.), *Traité de droit administratif européen*, 3e édition, Bruxelles, Bruylant, 2022, 535-564.

JACKSON, V. C., "Constitutional Law in an Age of Proportionality", *The Yale Law Journal* 2015, vol. 124, 8, 3094-3196.

JANSSENS, C., MIRGAUX, S., SMIS, S. en VAN LAETHEM K., *Handboek Mensenrechten: de internationale bescherming van de rechten van de mens*, Antwerpen, Intersentia, 2011, 660 p.

KAHN, R., "The Right to Same-Sex Marriage: Formalism, Realism, and Social Change in Lawrence (2003), Windsor (2013), & Obergefell (2015)", *Maryland Law Review* 2015, vol. 75, 1, 271-311.

KENDRICK L. en SCHWARTZMAN, M., "The Etiquette of Animus", *Harvard Law Review* 2018, vol. 32, 1, 33-70.

KILPATRICK, C. en EKLUND, H., "Article 21 – Non-Discrimination" in PEERS, S., HERVEY, T., KENNER, J. en WARD, A. (eds.), *The EU Charter of Fundamental Rights: A Commentary*, second edition, Bloomsbury Publishing, 2021, 613-637.

LAMPARELLO, A., "Obergefell v. Hodges: How the Supreme Court Should Have Decided the Case", *Constitutional Law Journal* 2016, vol. 7, 1, 27-36.

LENAERTS, K. en GUTMAN, K, "The Comparative Law Method and the European Court of Justice: Echoes Across the Atlantic", *The American Journal of Comparative Law* 2016, vol. 64, 4, 841-864.

LENAERTS, K. en VAN NUFFEL, P., *Europees Recht*, 7e editie, Antwerpen, Intersentia, 2023, 809 p.

LENAERTS, K., VAN NUFFEL, P. en CORTHAUT, T., *EU Constitutional Law*, Oxford University Press, 2021, 1024 p.

LESLIE, C. R., "Embracing loving: trait-specific marriage laws and heightened scrutiny", *Cornell Law Review* 2014, vol. 99, 2, 1077-1132.

MEEUSEN, B., *Variërende toetsingsintensiteit in de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof*, Wolters Kluwer, 2024, 366 p.

MITCHELL, J. F., "Textualism & the Fourteenth Amendment", *Stanford Law review* 2017, vol. 69, 5, 1237-1322.

MITTEN, J., ABAN, L., ABECASSIS, L., GARCIA-BOU, G., PACWA, J., PLOFSKY, T., SCHNEIDER, T., WIESE, K., YOUNG, S. en ZHANG, Y. (eds.), "Equal Protection", *The Georgetown Journal of Gender and the Law* 2022, vol. 23, afl. 2, 267-324.

MULDER, J., "Dignity or Discrimination: What paves the road towards equal recognition of same-sex couples in the European Union?", *Journal of Social Welfare and Family Law* 2018, vol. 40, 1, 129-144.

MURRAY, M., "Inverting Animus: Masterpiece Cakeshop and the New Minorities", *Supreme Court Review* 2018, 257-297.

PASSALACQUA, V., "Homophobic Statements and Hypothetical Discrimination: Expanding the Scope of Directive 2000/78/EC: ECJ 23 April 2020, Case C-507/18, Associazione Avvocatura per i diritti LGBTI", *European Constitutional Law Review* 2020, vol. 16, 3, 513-524.

PEERS, S., "Love wins in the CJEU: Same Sex Marriages and EU free movement law", *EU Law Analysis Blog*, 5 juni 2018, <https://eulawanalysis.blogspot.com/2018/06/love-wins-in-cjeu-same-sex-marriages.html>.

PICOD, F., "Article 51. - Champ d'application" in PICOD, F., RIZCALLAH, C. en VAN DROOGHENBROECK, S. (eds.), *Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, 3e édition, Bruxelles, Bruylant, 2023, 1313-1340.

POLLVOGT, S. W., "Beyond suspect classifications", *Journal of Constitutional Law* 2014, vol. 16, 3, 739-803.

POLLVOGT, S. W., "Marriage Equality, United States v. Windsor, and the crisis in Equal Protection jurisprudence", *Hofstra Law Review* 2014, vol. 42, 4, 1045-1062.

POLLVOGT, S. W., "Unconstitutional Animus", *Fordham Law Review* 2012, vol. 81, 2, 887-937.

ROBINSON, R. K., "Unequal Protection", *Stanford Law Review* 2016, vol. 68, 1, 151-233.

SMITH, J. B., "The Flaws of Rational Basis with Bite: Why the Supreme Court Should Acknowledge Its Application of Heightened Scrutiny to Classifications Based on Sexual Orientation", *Fordham Law Review* 2005, vol. 73, 6, 2769-2814.

SOBEL, S. L., "When Windsor Isn't Enough: Why the Court Must Clarify Equal Protection Analysis for Sexual Orientation Classifications", *Cornell Journal of Law and Public Policy* 2015, vol. 24, 3, 493-531.

STEARNS, M. L., "Obergefell, Fisher, and the inversion of tiers", *Journal of Constitutional Law* 2017, vol. 19, 5, 1043-1110.

STRAUSS, M., "Reevaluating Suspect Classifications", *Seattle University Law Review* 2011, vol. 35, 1, 135-174.

SUNSTEIN, C. R., "Sexual Orientation and the Constitution: A Note on the Relationship between Due Process and Equal Protection Essays", *University of Chicago Law Review* 1988, vol. 55, 1161-1180.

SURREL, H., "Les couples homosexuels", *Revue des affaires européennes* 2014, vol. 2, 327-335.

TOBLER, C., "Equality and Non-Discrimination under the ECHR and EU Law: A Comparison Focusing on Discrimination against LGBTI Persons", *ZaöRV* 2014, vol. 74, 521-561.

TOBLER, C., "General principles of equal treatment in EU non-discrimination law" in ZIEGLER, K. S., NEUVONEN, P. J. en MORENO-LAX, V. (eds.), *Research Handbook on General Principles in EU Law: Constructing Legal Orders in Europe*, Edward Elgar Publishing, 2022, 351-366.

TRIBE, L. H., "Equal Dignity: speaking its name", *Harvard Law Review* 2015, vol. 129, 16-32.

TRYFONIDOU, A., "Awaiting the ECJ Judgment in Coman: Towards the Cross-Border Legal Recognition of Same-Sex Marriages in the EU?", *EU Law Analysis*, 5 maart 2017, <https://eulawanalysis.blogspot.com/2017/03/awaiting-ecj-judgment-in-coman-towards.html>.

TRYFONIDOU, A., "Free Movement of Same-Sex Spouses within the EU: The ECJ's Coman judgment", *European Law Blog*, 19 juni 2018, <https://www.europeanlawblog.eu/pub/free-movement-of-same-sex-spouses-within-the-eu-the-ecjs-coman-judgment/release/1>.

TRYFONIDOU, A., "Same-Sex Marriage: The EU is Lagging Behind", *EU Law Analysis Blog*, 29 juni 2015, <https://eulawanalysis.blogspot.com/2015/06/same-sex-marriage-eu-is-lagging-behind.html>.

TRYFONIDOU, A., "The ECJ recognises the right of same-sex spouses to move freely between EU Member States: the Coman ruling", *European Law Review* 2019, vol. 44, 5, 663-679.

TRYFONIDOU, A., "The EU Top Court Rules that Married Same-Sex Couples Can Move Freely Between EU Member States as "Spouses": Case C-673/16, Relu Adrian Coman, Robert Clabourn Hamilton, Asociația Accept v Inspectoratul General pentru Imigrări, Ministerul Afacerilor Interne", *Feminist Legal Studies* 2019, vol. 27, 211-221.

TRYFONIDOU, A., "The impact of the framework equality directive on the protection of LGB persons and same-sex couples from discrimination under EU law" in BELAVUSAU, U. en HENRARD, K. (eds.), *EU Anti-Discrimination Law beyond Gender*, Hart Publishing, 2018, 229-248.

VAN DROOGHENBROECK, S. en RIZCALLAH, C., "Article 52-1. - Limitations aux droits garantis" in PICOD, F., RIZCALLAH, C. en VAN DROOGHENBROECK, S. (eds.), *Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, 3e édition, Bruxelles, Bruylant, 2023, 1341-1384.

VAN ELSUWEGE P., DEVISSCHER, P. en VAN BOSSUYT, A., "Het Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie: implicaties voor de nationale rechtsorde", *Tijdschrift voor Privaatrecht* 2010, vol. 47, 2, 529-588.

VERMEULEN, L., *Discriminatie in arbeidsrelaties 2.0*, 1^e editie, Bruxelles, Intersentia, 2020, 314 p.

VLADIMIROVICH KOCHENOV, D. en BELAVUSAU, U., "After the celebration: Marriage equality in EU Law post-Coman in eight questions and some further thoughts", *Maastricht Journal of European and Comparative Law* 2020, vol. 27, 5, 549-572.

WARD, A., "Article 51 - Field of Application" in PEERS, S., HERVEY, T., KENNER, J. en WARD, A. (eds.), *The EU Charter of Fundamental Rights: A Commentary*, second edition, Bloomsbury Publishing, 2021, 1553-1610.

WARD, A., "The Impact of the EU Charter of Fundamental Rights on Anti-Discrimination Law: More a Whimper than a Bang?", *Cambridge Yearbook of European Legal Studies* 2018, vol. 20, 32-60.

WILLEMS, G., "Article 9. - Droit de se marier et de fonder une famille" in PICOD, F., RIZCALLAH, C. en VAN DROOGHENBROECK, S. (eds.), *Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, 3e édition, Bruxelles, Bruylant, 2023, 223-269.

WINTEMUTE, R., "European Law Against Discrimination on Grounds of Sexual Orientation" in BOELE-WOELKI, K. en FUCHS, A. (eds.), *Same-Sex Relationships and Beyond: Gender Matters in the EU*, Intersentia, 2017, 179-204.

X., "Romer has it", *Harvard Law Review* 2023, vol. 136, 7, 1936-1957.

YOSHINO, K., "A New Birth of Freedom?: Obergefell v. Hodges", *Harvard Law Review* 2015, vol. 129, 1, 147-179.

YOSHINO, K., "Rights of First Refusal", *Harvard Law Review* 2023, vol. 137, 1, 244-288.

YOSHINO, K., "The New Equal Protection", *Harvard Law Review* 2011, vol. 124, 3, 747-803.

YOSHINO, K., "Why the court can strike down marriage restrictions under rational-basis review", *N.Y.U Review of Law & Social Change* 2013, vol. 37, 331-337.

ZACCARONI, G., *Equality and Non-Discrimination in the EU: The Foundations of the EU Legal Order*, Edward Elgar Publishing, 2021, 232 p.

7.4. Andere bronnen

ACLU, "Mapping Attacks on LGBTQ Rights in the U.S. State Legislatures in 2025", *American Civil Liberties Union*, <https://www.aclu.org/legislative-attacks-on-lgbtq-rights-2025>.

CHAPMAN, N. S. en YOSHINO, K., "Common Interpretation of The Fourteenth Amendment Due Process Clause", *National Constitution Center*, <https://constitutioncenter.org/the-constitution/articles/amendment-xiv/clauses/701>.

DE GROOT, D., "The Rights of LGBTI people in the European Union", European Parliamentary Research Service (EPRS), mei 2023, [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2023/747896/EPRS_BRI\(2023\)747896_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2023/747896/EPRS_BRI(2023)747896_EN.pdf).

EPRS Briefing, "The rights of LGBTI people in the European Union", 2023, [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2023/747896/EPRS_BRI\(2023\)747896_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2023/747896/EPRS_BRI(2023)747896_EN.pdf).

European Union Agency for Fundamental Rights, "LGBTIQ Equality at a crossroads – Progress and Challenges, 2024", 14 mei 2024, https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/fra-2024-lgbtiq-equality_en.pdf.

FAIRFAX, R. A. en HARRISON, J. C., Common Interpretation of The Fifth Amendment Due Process Clause, *National Constitution Center*, <https://constitutioncenter.org/the-constitution/amendments/amendment-v/clauses/633>.

LEGAL INFORMATION INSTITUTE, "Fundamental Right", *Cornell Law School*, https://www.law.cornell.edu/wex/fundamental_right.

LEGAL INFORMATION INSTITUTE, "Substantive Due Process", *Cornell Law School*, https://www.law.cornell.edu/wex/substantive_due_process.

MEDINA C. en MAHOWALD, L., "Discrimination and Barriers to Well-Being: The Staten of the LGBTQI+ Community in 2022", *Center for American Progress*, 12 januari 2023, <https://www.americanprogress.org/article/discrimination-and-barriers-to-well-being-the-state-of-the-lgbtqi-community-in-2022/>.

RAEYMAKERS, M., "Hongarije op ramkoers: Orbán wil met grondwetswijziging Gay Pride verbieden en genderidentiteiten negeren", *DeMorgen*, 14 april 2025, <https://www.demorgen.be/snelnieuws/hongarije-op-ramkoers-orban-wil-met-grondwetswijziging-gay-pride-verbieden-en-genderidentiteiten-negeren~bde2b8ef/>.

SMITH C. en NORRIS, H., "The LGBTQI+ Community Reported High Rates of Discrimination in 2024", *Center for American Progress*, 12 maart 2025, <https://www.americanprogress.org/article/the-lgbtqi-community-reported-high-rates-of-discrimination-in-2024/>.

U.S. Constitution Annotated, "Amdt13.4 Ratification of Thirteenth Amendment", https://constitution.congress.gov/browse/essay/amdt13-4/ALDE_00013209/.

U.S. Constitution Annotated, "Amdt14.S1.8.1.1 Overview of Race-Based Classifications", https://constitution.congress.gov/browse/essay/amdt14-S1-8-1-1/ALDE_00000816/.

U.S. Constitution Annotated, "Amdt14.S1.8.1.2 Equal Protection and Rational Basis Review Generally", https://constitution.congress.gov/browse/essay/amdt14-S1-8-1-2/ALDE_00000817/.

U.S. Constitution Annotated, "Amdt14.S1.8.11 Sexual Orientation-Based Classifications", https://constitution.congress.gov/browse/essay/amdt14-S1-8-11/ALDE_00000837/.

U.S. Constitution Annotated, "Amdt14.S1.8.8.3 General Approach to Gender Classifications", https://constitution.congress.gov/browse/essay/amdt14-S1-8-8-3/ALDE_00000832/.

X., "Europese Commissie start procedures tegen Hongaarse 'antihomowet' en Poolse 'LGBT-vrije zones', *DeMorgen*, 15 juli 2021, <https://www.demorgen.be/nieuws/europese-commissie-start-procedures-tegen-hongaarse-antihomowet-en-poolse-lgbt-vrije-zones~bcb66592/>.

X., "LGBT-vrije Poolse regio's trekken omstreden resolutie in nadat Europa tanden laat zien", *DeMorgen*, 29 september 2021, <https://www.demorgen.be/nieuws/lgbt-vrije-poolse-regio-s-trekken-omstreden-resolutie-in-nadat-europa-tanden-laatzien~bb5ff215/>.