

Faculteit Rechtsgeleerdheid
Universiteit Gent

Academiejaar 2016-2017

De vrijheid om te discrimineren?

Een rechtsfilosofische en rechtsvergelijkende analyse van
antidiscriminatiewetgeving in België en Nederland.

Masterproef van de opleiding
'Master in de rechten'

Ingediend door

Stéphane Heusequin

Studentennr.: 00704347

Promotor: prof. Jan Verplaetse
Commissaris: dhr. Charles Delmotte

Voorwoord

Het schrijven van een ‘thesis’, ‘eindwerk’ of – met nog meer pathos – ‘masterproef’ wordt door het ‘Reglement Masterproef in de Rechten’ omschreven als hét sluitstuk van de academische rechtenopleiding. Dit wekt de indruk dat het schrijven van een masterproef een logische eindstap in het intellectuele vormingsproces van de student is, waarmee hij of zij op zelfzekere wijze bewijst de grondslagen en methodiek van het recht grondig te beheersen en te kunnen toepassen op een specifieke materie. Als het even kan, presenteert de student bij voorkeur ook nog eens nieuwe baanbrekende inzichten die de lezer tot een ware ‘Aha-Erlebnis’ brengen. Menig rechtenstudent droomt er ongetwijfeld stiekem van dat zijn thesis tot ingrijpende wetsvoorstellen of -wijzigingen zal leiden.

Ik beken; deze ambities waren ook mij niet vreemd toen ik besloten had een kritisch, rechtsfilosofisch eindwerk over het controversiële thema ‘discriminatierecht’ te schrijven. Ik had nu en dan al eens nagedacht over het onderwerp, had zoals praktisch iedereen een vurige mening over genderquota en hoofddoeken op de werkvloer en durfde nobele onbekenden op sociale media wel eens terecht te wijzen voor hun eigen incompetente meningen (mea culpa). Deze masterproef zou mijn grote gelijk worden, waarmee ik al de kennis opgedaan tijdens mijn universitaire opleidingen zou aanwenden, aanvullen met inzichten van gezaghebbende auteurs en combineren met eigen kritische bedenkingen, om uiteindelijk tot een prachtig en grensverleggend eindwerk te komen. Mijn sluitstuk.

Zo is het niet gegaan. De lezer zal hopelijk de indruk krijgen dat het schrijven van deze thesis op een gestructureerde manier is verlopen, dat het logisch en op chronologische wijze van A tot Z is opgebouwd, dat ik zeker ben van mijn stuk en dat het aantal voetnoten een bewijs van grote eruditie is. In dat geval, ben ik in mijn opzet geslaagd. Een boodschap kunnen verkopen is ook een kunst – juristen verdienen er dagelijks hun brood mee. Maar de eerlijkheid gebiedt mij toe te geven dat mijn twijfels over het onderwerp tijdens het schrijven van deze thesis alleen maar zijn toegenomen. Ik heb vastgesteld dat mijn aanvankelijke kennis om bij te huilen was en dat hoe meer ik aan kennis won, hoe minder ik leek te weten. Telkens wanneer ik een moment van verlichting ervoer bij het lezen van de ene gezaghebbende auteur, volgde er een andere assertieve auteur met al even gezaghebbende argumenten om mij van mijn fragiele zekerheid te beroven. Zoals de filosoof Peter Singer zei: “rationaliteit is zoals een roltrap; eenmaal we erop zitten, kunnen we er niet meer van af tot we zijn waar het ons leidt.” Ik bevond mij op de roltrap en kon er inderdaad niet meer van afstappen. Aannames die voordien logisch en consistent leken, werden door één goed ontwikkeld argument tot schroot herleid. Rationeel-analytisch nadenken is een voortdurende strijd tegen jezelf. De grot van Plato is zo slecht nog niet. Een rechtsfilosofische thesis is geen sluitstuk, maar een lijdensweg vol twijfels.

Hoewel ik tevreden ben over het eindresultaat, ben ik nooit volledig gestopt met twijfelen. Ik bevind mij nog steeds op de roltrap, maar toch een stuk hoger dan voordien. Het schrijven van deze thesis was misschien een vermoeiende lijdensweg, maar wel één van het type waar je achteraf voldaan op terugkijkt. Het hoofdopzet was om een degelijk onderbouwd en alternatief licht te werpen op het immer controversiële thema discriminatierecht en daarbij mensen – mijzelf inclusief – tot denken (en twijfelen) aan te zetten. Ik hoop dat ik in dit opzet geslaagd ben. En ook al geef ik in alle bescheidenheid mijn twijfels en onzekerheid toe in dit voorwoord, ik beloof de lezer een ambitieuze, assertieve en overtuigende toon in het verdere betoog.

Om eender welke ‘queeste’ tot een goed einde te brengen, heb je uiteraard steeds de steun van enkele figuren nodig. Dat was bij deze thesis niet anders. Op het gevaar af enkele mensen te discrimineren, wens ik vanzelfsprekend mijn promotor, professor Jan Verplaetse, te danken. In de eerste plaats, om mij op weg te zetten en verschillende invalshoeken aan te reiken van waaruit ik het onderzoeksonderwerp kon benaderen; in de tweede plaats, om mij de nodige vrijheid te schenken. Vrijheid speelt geen onbelangrijke rol in deze thesis, dus het hoeft niet te verbazen dat dit voor mij persoonlijk van groot belang was. Voorts wil ik doctoraal onderzoeker en assistent Charles Delmotte bedanken, onder meer voor zijn hulp en waardevolle tips om bepaalde werken te raadplegen die uiteindelijk een cruciale rol hebben gespeeld in mijn onderzoek. Ook dank ik hem om op mijn vraag het zeer recente boek van Tarunabh Khaitan te bestellen, zonder dewelke deze thesis er volstrekt anders had uitgezien. Tot slot bedank ik mijn zus, Nathalie Heusequin, om deze thesis grondiger na te lezen dan ik had durven vragen en zowel op grammaticaal als inhoudelijk vlak bijzonder gewaardeerde feedback te geven.

Aan allen, enorm veel bedankt.

Stéphane Heusequin

15 mei 2017

I. INLEIDING	7
A) HET HORIZONTALE DISCRIMINATIEVERBOD: VAN RACISTEN TOT BRILLENVERKOPERS	7
B) PROBLEEMSTELLING, ONDERZOEKSOPZET EN ONDERZOEKSVRAGEN	10
i) <i>Probleemstelling: inflatie van het discriminatiebegrip, beknutting van de individuele autonomie en rechtsonzekerheid</i>	10
ii) <i>Onderzoeksopzet: een sociaalliberale benadering van discriminatierecht</i>	13
iii) <i>Structuur en onderzoeksvragen</i>	14
II. HET DISCRIMINATIEBEGRIIP IN HET RECHT	17
A) OVER ‘ONDERSCHIEDEN’ EN ‘DISCRIMINEREN’	17
B) CONCEPTUELE ONTLEDING VAN HET JURIDISCHE DISCRIMINATIEBEGRIIP.....	18
i) <i>Gedraging</i>	18
ii) <i>Discriminatiegronden</i>	19
iii) <i>Nadeel</i>	22
iv) <i>Rechtvaardiging</i>	22
C) EVOLUTIE VAN HET DISCRIMINATIEBEGRIIP.....	24
i) <i>Gelijkheid voor de overheid, vrijheid voor de burger</i>	24
ii) <i>De horizontale doorwerking van het gelijkheidsbeginsel</i>	26
III. DE GROTE LIJNEN VAN HET BELGISCHE DISCRIMINATIERECHT EN VERGELIJKING MET NEDERLAND (DE LEGE LATA)	29
A) WETTELIJK KADER.....	29
i) <i>Internationaal en Europees</i>	29
ii) <i>Nationaal</i>	30
B) HET (FEDERALE) BELGISCHE DISCRIMINATIERECHT	31
i) <i>Het begrip discriminatie</i>	32
(1) Direct onderscheid	32
(a) Ongunstigere behandeling	33
(b) Vergelijkbaarheid	33
(c) Causaal verband met discriminatiegrond.....	35
(2) Indirect onderscheid	37
(a) Ogenscheinlijk neutrale bepaling, maatstaf of handelwijze	39
(b) Bijzondere benadeling	39
ii) <i>Discriminatiegronden</i>	40
iii) <i>Toepassingsgebied</i>	43
iv) <i>Rechtvaardiging</i>	45
(1) De algemene proportionaliteitstoets	46
(a) Legitiem doel	47
(b) Pertinentie	47
(c) Noodzakelijkheid	48
(d) Evenredigheid <i>sensu stricto</i>	49
(2) Bijzondere rechtvaardigingen.....	51

(a)	Wezenlijke en bepalende beroepsvereisten	52
(b)	Redelijke aanpassingen	54
(c)	Maatregel van positieve actie	55
(3)	Overwegend gesloten systeem voor discriminatiegronden ras en geslacht	58
v)	<i>Handhaving</i>	61
(1)	Strafsancties en burgerlijke sancties	61
(2)	Rechtspleging en toezicht	64
C)	VERGELIJKING MET HET NEDERLANDSE DISCRIMINATIERECHT	67
i)	<i>Wettelijk kader</i>	68
ii)	<i>Geen 'discriminatie' maar 'onderscheid'</i>	69
iii)	<i>Minder beschermde criteria</i>	70
iv)	<i>Uiteenlopende toepassingsgebieden</i>	72
v)	<i>Rechtvaardiging</i>	74
(1)	Gesloten systeem in de AWGB	74
(a)	Principieel verbod op direct onderscheid	74
(b)	Algemene uitzonderingen	77
(c)	Specifieke uitzonderingen op grond van andere grondrechten	78
(2)	Open systeem in de andere wetten	81
vi)	<i>Zachtere handhaving</i>	82
D)	TUSSENCONCLUSIE	85

IV. DE GRONDSLAG VAN DISCRIMINATIERECHT: RECHTSFILOSOFISCHE

BESCHOUWINGEN 87

A)	DE ZOEKTOCHT NAAR EEN GRONDSLAG	87
i)	<i>Een rationele structurering van het debat</i>	87
(1)	Discriminatie en dadenethiek: twee mogelijke benaderingswijzen	87
(a)	Deontologie	88
(b)	Consequentialisme	90
(c)	Appels en peren	93
(2)	Discriminatierecht: correctieve of distributieve rechtvaardigheid?	94
ii)	<i>Van vorm naar inhoud: kandidaat-grondslagen</i>	99
(1)	Pseudo-grondslagen	99
(2)	Menselijke waardigheid	102
(3)	Vrijheid of autonomie	104
(4)	Gelijkheid	108
B)	DE SCHEIDSRECHTER: JOHN RAWLS	113
i)	<i>Rechtvaardigheid als billijkheid</i>	115
ii)	<i>Vier opeenvolgende fasen</i>	118
iii)	<i>Toepassing op discriminatie(recht)</i>	120
C)	DE CONSTITUTIONELE FASE: DISCRIMINATIE(RECHT) EN MENSELIJKE WAARDIGHEID	122
i)	<i>De plicht tot menswaardige behandeling (Alexander)</i>	123
(1)	Voorkeuren voor bepaalde mensen: vooroordelen, rolpatronen en aversies	124
(2)	Voorkeuren voor bepaalde karaktertrekken: stereotypen	126

(3) Voorkeuren van gebruikers: reactie-kwalificaties	129
ii) <i>Een bescheiden rol voor discriminatierecht</i>	131
D) DE LEGISLATIEVE FASE: DISCRIMINATIE(RECHT) EN VRIJHEID	132
i) <i>Een gedachte-experiment: onbewuste discriminatie (Shin)</i>	132
ii) <i>Het ideaal: een eerlijke kans op zelfrealisatie (Khaitan)</i>	134
(1) Drie basisgoederen	136
(a) Negatieve vrijheid	136
(b) Opportuniteiten	137
(c) Zelfrespect	139
(2) Verband tussen de drie basisgoederen en discriminatierecht.....	140
(a) Het doel van discriminatierecht: de eliminatie van relatieve groepsverschillen	140
(b) Verband tussen relatieve groepsverschillen en discriminatierecht	141
(3) Discriminatierecht versus klassieke welzijnsmaatregelen	144
(4) Bedenkingen.....	146
iii) <i>Libertaire kritieken op discriminatierecht</i>	147
(1) Libertaire kritiek 1: de heilzame werking van een vrije markt (Epstein).....	148
(2) Libertaire kritiek 2: de beperkte slagkracht van discriminatierecht (Wertheimer)	150
(3) Libertaire kritiek 3: discriminerende meerderheden (Hayek en Buchanan)	154
E) DE GERECHTELIJKE FASE: EEN RATIONEEL TOETSINGSSCHEMA	159
i) <i>Geen botsing met grondrechten</i>	161
(1) Intrinsiek immorele discriminatie.....	161
(2) Extrinsiek immorele discriminatie	162
ii) <i>Botsing met grondrechten</i>	166
(1) Grondrechten en non-discriminatie: welk perspectief?	167
(2) Drie stappen	168
(3) Niet alles is een grondrecht	172
iii) <i>Synthese</i>	173
F) DE FOUT VAN EGALITARISTEN	175
i) <i>Semantische discussies</i>	175
ii) <i>Het gevaar van een gelijkheidsfetisj</i>	177
iii) <i>Theoretische inconsistenties (Holmes)</i>	179
V. TOEPASSING OP HET BELGISCHE EN NEDERLANDSE DISCRIMINATIERECHT (DE LEGE FERENDA)	184
A) ‘DISCRIMINATIE’ EN ‘VERBODEN ONDERSCHIED’	184
B) DISCRIMINATIEGRONDEN	186
C) TOEPASSINGSGEBIED	187
D) RECHTVAARDIGING	189
E) HANDHAVING EN TOEZICHT.....	190
VI. CONCLUSIE.....	193
VII. BIBLIOGRAFIE.....	196

I. INLEIDING

a) Het horizontale discriminatieverbod: van racisten tot brillenverkopers

“I have a dream that my four little children will one day live in a nation where they will not be judged by the color of their skin, but by the content of their character.” – Marthin Luther King

Meer dan 50 jaar na de historische speech van Marthin Luther King voor het Lincoln Memorial in Washington D.C. blijven zijn woorden tot op vandaag nazinderen. Het verhaal dat aanleiding gaf tot de beroemde redevoering is bekend: de zwarte Rosa Parks zat op een plaats in de bus die voorbehouden was voor blanke mensen, zoals de apartheidswetten in de staat Alabama indertijd voorschreven. Toen ze haar zitplaats weigerde af te staan aan een blanke man, kreeg ze een boete en werd ze aangehouden nadat ze deze weigerde te betalen.

Weinigen zullen vandaag ontkennen dat er in het geval van Rosa Parks sprake was van flagrante discriminatie, afkomstig uit een tijd waarin segregatie en racisme de Amerikaanse samenleving domineerden. Hier ging de discriminatie uit van de overheid zelf, die met haar apartheidswetten een ongelijke behandeling van burgers op basis van ‘ras’ voorschreef.¹ Maar natuurlijk is het niet enkel de overheid die zich aan discriminatie kan bezondigen. Ook burgers kunnen elkaar onderling de duvel aandoen. In hun zoektocht naar werk, een woning, een school of vrijetijdsbesteding kunnen mensen evenzeer gehinderd worden door hun medemens, op grond van vermeende negatieve kenmerken waarover ze beschikken, zoals ras, geslacht, geloof of seksuele geaardheid. Sinds ruim een halve eeuw proberen overheden daarom door middel van het recht paal en perk te stellen aan discriminatie in private rechtsverhoudingen,² zoals in België met de algemene ‘Antidiscriminatiewet’ (2003)³ en in Nederland

¹ Ik zet het woord ‘ras’ tussen aanhalingstekens, omdat het bestaan van mensenrassen een biologische fictie is. In genetisch opzicht bestaat er maar één ras: de mens. Het bestaan van de discriminatiegrond ‘ras’ in antidiscriminatiewetgeving dient dan ook eerder te worden begrepen als een erkenning van het feit dat het *geloof* in rassen reëel is. Omwille hiervan (en omwille van politieke correctheid) heeft de wetgever bij de wetswijziging van 2003 de discriminatiegrond ‘ras’ gewijzigd naar ‘vermeend ras’. (Zie in dit verband: T. VANDER BEKEN, ‘Voor de sport: de strafrechtelijke aanpak van discriminatie vanaf 2003’, in M. DE VOS, E. BREMS, K. BERNAUW en M. DAMBRE (eds.), *De wet bestrijding discriminatie in de praktijk*, Antwerpen, Intersentia, 2004, 268). Om het leesgemak te bevorderen, zal ik in het vervolg van deze thesis echter op politiek incorrecte wijze het woord ‘ras’ blijven hanteren.

² R. HOLTMAAT en P. RODRIGUES, ‘Discriminatie bezien vanuit juridisch perspectief. Naar een holistische benadering?’, in M. DAVIDOVIC en A. TERLOUW (eds.), *Diversiteit en discriminatie. Onderzoek naar processen van in- en uitsluiting*, Amsterdam, Amsterdam University Press, 2015, 125.

³ Wet 25 februari 2003 ter bestrijding van discriminatie en tot wijziging van de wet van 15 februari 1993 tot oprichting van een Centrum voor Gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding, B.S. 25 februari 2003, opgeheven door de nieuwe Wet van 10 mei 2007 ter bestrijding van bepaalde vormen van discriminatie, B.S. 30 mei 2007.

met de ‘Algemene Wet Gelijke Behandeling’ (1994)⁴ gebeurde. Dit wordt ook wel de ‘horizontale doorwerking van het gelijkheidsbeginsel’ genoemd, waarmee men bedoelt dat de overheid via specifieke wetgeving erkent dat ook burgers – en niet enkel de overheid – het grondwettelijk gewaarborgde gelijkheidsbeginsel dienen te respecteren.⁵ De grens tussen privaatrecht en publiekrecht vervaagt hierdoor enigszins. Dit laatste is niet onomstreden: in tegenstelling tot de overheid, streven private personen of instellingen immers zelden het algemeen belang na. Men kan dan ook niet verwachten dat burgers dezelfde mate van neutraliteit vertonen in hun relaties tot anderen als de overheid.

Om recht te evalueren, kan men tal van maatstaven hanteren. Men kan bijvoorbeeld nagaan of een nieuwe wet aansluit op de algemene evolutie van het recht of dat het zich logisch en consistent integreert in het geheel van bestaande rechtsregels en rechtspraak. Veelal zal het recht echter op basis van iets heel anders worden beoordeeld, met name op basis van ‘buikgevoelens’ of *morele intuïties* die men heeft over recht en rechtvaardigheid. Vooral wanneer het recht tot onrechtvaardige oplossingen lijkt te leiden, zullen deze intuïties naar boven komen. Ook deze thesis is vanuit een dergelijk gevoel tot stand gekomen: het gevoel dat een discriminatieverbod wel degelijk wenselijk en zelfs noodzakelijk is, maar al te vaak tot *overdreven of onrechtvaardige resultaten* leidt. Enkele voorbeelden uit België en Nederland illustreren dit. Zo oordeelde het Hof van Beroep te Antwerpen in 2007 dat een brillenverkoper discrimineerde door kortingen aan klanten in functie van de leeftijd toe te kennen.⁶ Door een hogere korting te geven aan oudere mensen, maakte de brillenverkoper een onderscheid op basis van leeftijd dat niet gerechtvaardigd was. Het Hof stelde onder meer dat ‘geen redenen – laat staan een objectieve of redelijke verantwoording – aangevoerd kunnen worden om aan een dertigjarige consument een korting toe te staan van 30% en aan een tweëndertigjarige een korting van 32%. (...) De prijs van een brilmontuur stijgt ook niet per jaar verschil in leeftijd.’⁷ Deze rechtspraak m.b.t. de discriminatoire aard van leeftijdskortingen werd ook in andere zaken bevestigd, onder andere in een zaak waarin een reisbureau korting gaf aan 55-plussers.⁸ Hierin gaf de rechter onder meer als motivatie “dat men er toch niet omheen kan dat de leeftijdsgrens lukraak gekozen is; dat op geen enkele wijze gerechtvaardigd wordt waarom een 54-jarige voor een welbepaalde reis in een welbepaalde periode niet zou kunnen genieten van een korting (5 of 10%), terwijl een 56-jarige dit voor exact dezelfde reis in exact dezelfde periode wel zou kunnen (...)”⁹ Beide rechters lijken zich hier te baseren op het ‘irrationele’ of

⁴ Algemene Wet Gelijke Behandeling van 2 maart 1994, *Stb.* 1994, 230.

⁵ Over de horizontale doorwerking van grondrechten in het algemeen en over het gelijkheidsbeginsel in het bijzonder, zie: J. VELAERS, ‘De horizontale werking van het discriminatieverbod in de antidiscriminatiewet. Enkele constitutionele beschouwingen’, in UFSIA, *Vrijheid en gelijkheid. De horizontale werking van het gelijkheidsbeginsel en de nieuwe antidiscriminatiewet*, Antwerpen-Apeldoorn, Maklu, 2003, 289-297.

⁶ Antwerpen 26 april 2007, B-Vision Group NV / Pearle Belgium NV, *Jaarboek Handelspraktijken & Mededinging* 2007, 469-482, noot J. STUYCK.

⁷ *Ibidem*, 475.

⁸ Brussel 15 februari 2011, Sociale dienst voor de plaatselijke en gewestelijke overheidsdiensten VZW / Vereniging Vlaamse Reisbureaus VZW, *Jaarboek Marktpraktijken* 2011, 60.

⁹ Voorz. Kh. Brussel 17 september 2008, Sociale dienst voor de plaatselijke en gewestelijke overheidsdiensten VZW / Vereniging Vlaamse Reisbureaus VZW, *Jaarboek Handelspraktijken & Mededinging* 2008, 65.

‘willekeurige’ karakter van het gemaakte onderscheid, maar hierbij vallen heel wat bedenkingen te maken. We zouden ons bijvoorbeeld kunnen afvragen of het gemaakte onderscheid in de eerste plaats wel degelijk zo irrationeel is als wordt voorgesteld: is het behalen van een hogere omzet geen rationele betrachting van ondernemingen? Ten tweede, dringt de vraag zich op of hieruit kan worden afgeleid dat discriminatie steeds per definitie irrationeel moet zijn: kan rationele discriminatie niet eveneens problematisch zijn? Op deze vragen komen we later uitgebreid terug. Ook bij onze Noorderburen vinden we regelmatig oordelen terug die bij heel wat auteurs de wenkbrauwen doen fronsen. Zo is er de uitspraak van het College voor de Rechten van de Mens in 2013,¹⁰ waarin het College oordeelde dat een boekhandel discrimineerde op grond van geslacht door op Moederdag enkel aan vrouwen een gratis kopje koffie aan te bieden.¹¹ Volgens het College kon de verweerder het vermoeden dat een ‘verboden onderscheid op grond van geslacht’ werd gemaakt immers niet weerleggen. In soortgelijke – veelal fel bekritiseerde – oordelen besloot het College onder meer tot een verboden onderscheid m.b.t. het verbod voor mannen om korte broeken te dragen op de werkvloer¹² en de uitsluiting van homoseksuele paren voor deelname aan openbare danswedstrijden.¹³ Hoewel het discriminatierecht in België en Nederland op vele vlakken fundamenteel van elkaar verschilt, lijkt het er sterk op dat het discriminatieverbod in beide landen nu en dan tot bizarre resultaten leidt.

Deze voorbeelden uit België en Nederland nopen ons tot enkele fundamentele vragen. Wat maakt discriminatie problematisch? Welk kwaad tracht discriminatierecht precies te bestrijden? Uit de wetgeving worden we niet veel wijzer. Het discriminatieverbod blijft bij uitstek een open norm. Foblets en Velaers omschrijven het als een denkkader, een stramien voor belangenafweging, dat *an sich* juridische scherpte mist.¹⁴ En ook al is de appreciatiebevoegdheid van de rechter de laatste jaren sterk afgezwakt, zoals we verder zullen zien, wordt de invulling van het discriminatieverbod nog steeds hoofdzakelijk aan de rechtspraak en gespecialiseerde colleges overgelaten. Hierbij is het problematisch dat de weinige criteria die de wet aanreikt ‘neutraal’ zijn: ze vertellen ons niet wat de *onderliggende ethische grondslag* van het discriminatieverbod is. Anders geformuleerd: ze vertellen ons niet wat discriminatie precies onrechtvaardig maakt, waarom bepaalde vormen van onderscheid immoreel of onwenselijk zijn. Zo vormen de criteria van de ‘proportionaliteitstoets’ in het Belgische discriminatierecht, die later uitgebreid wordt toegelicht, slechts een neutraal stappenplan die de rechter moet helpen zijn beoordeling rationeel te structureren. Indien een katholieke jeugdvereniging een

¹⁰ Dit is een ‘semi-rechterlijke’ instantie in Nederland, vergelijkbaar met Unia in België, met het verschil dat het College niet louter bemiddelend optreedt maar ook effectief niet-bindende oordelen kan vellen (zie *infra*, onderdeel III, C: ‘Vergelijking met het Nederlandse discriminatierecht’).

¹¹ Oordeel College van 16 december 2013, 2013-163 – zie <https://www.mensenrechten.nl/publicaties/oordelen/>

¹² Oordeel College van 21 september 2004, 2004-116 – zie www.mensenrechten.nl/publicaties/oordelen

¹³ Oordeel College 97-29 (datum onbekend) – zie T. LOENEN, ‘Een wet zonder keuzes? Een beschouwing over de Belgische antidiscriminatiewet vanuit een Nederlands perspectief.’, in UFSIA, *Vrijheid en gelijkheid, o.c.*, 794.

¹⁴ D. DE PRINS, S. SOTTIAUX en J. VRIELINK, *Handboek discriminatierecht*, Mechelen, Kluwer, 2005, xxxi. (Voorwoord door Jan Velaers en Marie-Claire Foblets)

homoseksuele jongen weigert, dient de rechter bijvoorbeeld na te gaan of dit gemaakte onderscheid op basis van seksuele geaardheid wel een ‘legitieme doelstelling’ heeft (1), of het onderscheid ‘passend’ en ‘noodzakelijk’ is om dit doel te bereiken (2) en of het onderscheid ‘proportioneel’ is met het gestelde doel (3).¹⁵ Veelal zal aan de eerste twee voorwaarden voldaan zijn, waardoor de rechter voor de derde stap dus tot een belangenafweging moet overgaan. Hij moet zich dan de vraag stellen of het gemaakte onderscheid wel in verhouding staat tot het doel dan men nastreeft. In het voorbeeld, zal de rechter dus moeten nagaan of de ongelijke behandeling van de homoseksuele jongen al dan niet opweegt tegen de wens van de jeugdvereniging om hun eigen streng-katholieke project uit te werken, wat in essentie een afweging tussen twee belangen is. Maar aan welk belang dient de rechter meer gewicht te geven? En hoe dient deze afweging precies te gebeuren? De wettelijke criteria bieden geen soelaas: ze vormen slechts een neutrale procedure die de rechter moet volgen, maar brengen inhoudelijk niets bij. Er ontbreekt een duidelijk *metrum*, een toetssteen, aan de hand waarvan de reikwijdte van het discriminatieverbod kan worden afgemeten.¹⁶ Dit brengt ons tot de probleemstelling van deze thesis.

b) Probleemstelling, onderzoeksopzet en onderzoeksvragen

i) Probleemstelling: inflatie van het discriminatiebegrip, beknotting van de individuele autonomie en rechtsonzekerheid

Het gebrek aan heldere criteria en een duidelijke onderliggende grondslag van het discriminatieverbod leidt tot drie grote gevaren.

(1) Eerst en vooral, dreigt het gemis van een grondslag ertoe te leiden dat het discriminatieverbod veel te ruim wordt opgevat. Holtmaat spreekt in dit verband van de ‘*inflatie van het discriminatiebegrip*’: door het discriminatieverbod ook toe te passen op gevallen waarin slechts sprake is van een zeer gering nadeel, verliest het begrip zijn intrinsieke morele waarde.¹⁷ Elk onderscheid dreigt dan als ‘discriminatie’ te worden beschouwd, met als gevaar dat ‘echte’ discriminatie tot iets banaals wordt herleid. Een ongelijke behandeling op grond van leeftijd lijkt dan even erg te zijn als een ongelijke behandeling op grond van huidskleur. De striptekenaar Jan Kruis vatte het probleem van de inflatie van het discriminatiebegrip perfect samen in een fragment uit de strip ‘Jan, Jans en de Kinderen’. Hierin kwam vader Jan na enkele beschouwingen tot het besluit dat hij, als man zijnde die geen kinderen kon

¹⁵ Art. 7 WBD – zie *infra*: de proportionaliteitstoets.

¹⁶ M. ADAMS, ‘Vrijheid of gelijkheid? De nieuwe Belgische antidiscriminatiewet en de soevereiniteit in eigen kring’, *R&R*, 2003, (89), 94.

¹⁷ R. HOLTMAAT, ‘Stop de inflatie van het discriminatiebegrip! Een pleidooi voor het maken van onderscheid tussen discriminatie en ongelijke behandeling’, *NJB*, 2003, 1266-1276.

krijgen zonder vrouw – terwijl zijn lesbische nicht Hanna wel ‘BOM’-moeder kon worden zonder man – eigenlijk gediscrimineerd werd. Hier voegde hij aan toe dat hij dit best onthield, want “als je tegenwoordig kunt aantonen dat je gediscrimineerd wordt, heb je gelijk een streepje voor!”¹⁸ Willen we discriminatie serieus nemen, wordt het echter best restrictief geïnterpreteerd en niet zoals Jan dit deed. Om een uitholling van het discriminatiebegrip te voorkomen, zijn daarom duidelijke criteria nodig die een onderscheid mogelijk maken tussen ‘ernstige’ en ‘minder ernstige’ discriminatie; tussen de racist en de ondernemende brillenverkoper.

(2) Een tweede probleem is dat de vrees van de tegenstanders van een horizontaal discriminatieverbod bewaarheid dreigt te worden. Niet iedereen in België was immers even enthousiast bij de stemming van de ‘algemene’ Antidiscriminatiewet in 2003.¹⁹ Kort samengevat, leidt een discriminatieverbod volgens de critici tot *een te grote beperking van de individuele vrijheid*, waaronder ook de ‘vrijheid om te discrimineren’ valt. De bekendste criticus van de nieuwe wetgeving in België was professor Matthias Storme (K.U. Leuven), die in een buitengewoon hard opiniestuk in het Juristenblad onomwonden riep dat een algemene antidiscriminatiewet onvermijdelijk naar een politiestaat leidt.²⁰ Het ging Storme niet zozeer om het al dan niet immorele karakter van discriminatie, maar eerder om het feit dat ‘het recht’ een ongeschikt en contraproductief middel is om dit te bestrijden. Een grondrecht op non-discriminatie bestaat volgens Storme niet in private verhoudingen. Zolang mensen binnen de objectieve grenzen van hun vrijheid blijven, hoeven zij zich juridisch niet te verantwoorden voor het uiteenlopend gebruik dat zij van hun vrijheid maken ten aanzien van anderen. Het is slechts door het creëren van een vrijheidsruimte waarbinnen mensen ‘het recht hebben om te discrimineren’, dat menselijke waarden tot hun recht komen, aldus Storme. Alles wat zin en waarde geeft in het leven – liefde, vriendschap, trouw – is in wezen immers gegrond op discriminatie. In een ander stuk beschrijft Storme uitvoerig de evolutie van de verre gaande juridisering van de maatschappelijke verhoudingen sinds de 19^e eeuw, waarvan hij de horizontale werking van het gelijkheidsbeginsel als het sluitstuk beschouwt.²¹ “Na onze portefeuille, wordt nu ook onze geest gekoloniseerd”, verwoordt hij het met enig gevoel voor dramatiek.²²

Voorstanders van de nieuwe wet pareerden deze kritiek door te wijzen op de positieve effecten die ervan kunnen uitgaan, waarvoor Storme wel blind lijkt. Discriminatie is geen ‘fata morgana’ en vormt helaas

¹⁸ J. KRUIS, *Jan, Jans en de kinderen – 20 jaar*, Utrecht, Proost International Bookproduction, 1990, 57.

¹⁹ Hiervan getuigen de honderden amendementen en tal van adviezen van de Raad van State bij de wetsvoorstellen, net zoals de annulatieberoepen die na de stemming van de wet werden ingesteld bij het Grondwettelijk Hof (toen nog het Arbitragehof). Voor een bespreking van de totstandkoming van de Belgische algemene discriminatiewet, de kritieken hierop en de ingestelde annulatieberoepen, zie: D. DE PRINS, S. SOTTIAUX en J. VRIELINK, *Handboek discriminatierecht, o.c.*, randnummers 1115-1128.

²⁰ M. E. STORME, ‘Algemene discriminatiewet leidt onvermijdelijk naar politiestaat’, *De Juristenkrant*, 2002, nr. 57, 4.

²¹ M. E. STORME, ‘De weerslag van de juridisering op vrijheid en gelijkheid in de verhoudingen van de burgerlijke maatschappij’, in UFSIA, *Vrijheid en gelijkheid, o.c.*, 147-185.

²² M. E. STORME, ‘De weerslag van de juridisering op vrijheid en gelijkheid in de verhoudingen van de burgerlijke maatschappij’, *o.c.*, 181.

de dagelijkse realiteit voor veel mensen.²³ Of de individuele autonomie werkelijk drastisch beperkt wordt, is vooral een empirische kwestie, volgens Adams.²⁴ Net om te vermijden dat de ‘sovereiniteit binnen eigen kring’ te veel doorbroken wordt en de tegenstanders gelijk krijgen, is het volgens hem dan ook belangrijk dat rechters de wet niet toepassen op pietluttigheden, maar zich best beperken tot ‘ernstige en systematische schendingen van de menselijke waardigheid’.²⁵ Velaers is dezelfde mening toegedaan: wil men recht doen aan de openheid, het pluralisme en de ruimdenkendheid die een democratische samenleving typeren, dient een discriminatieverbod best restrictief te worden geïnterpreteerd. Burgers hoeven volgens hem niet dezelfde ‘dictatuur van het politiek correcte denken’ van de overheid te ondergaan.²⁶ Het is nu net het gemis van een duidelijke, onderliggende grondslag – en daaraan gekoppeld, de mogelijke inflatie van het discriminatiebegrip – dat ertoe leidt dat de tegenstanders van het eerste uur dreigen gelijk te krijgen. Om de soevereiniteit binnen de eigen kring te vrijwaren en een dictatuur van het politiek correcte denken te voorkomen, is een grondige reflectie over de onderliggende grondslag van een discriminatieverbod om deze reden meer dan wenselijk.

(3) Het gemis van een duidelijke, ethische grondslag leidt tot slot ook onvermijdelijk tot *rechtsonzekerheid*.²⁷ Daarnet werden de criteria van de Belgische ‘proportionaliteitstoets’ geschetst. Hierbij werd duidelijk dat deze criteria weinig houvast bieden en dat het allerminst evident is voor rechters om tot uniforme uitspraken te komen. Maar als het al zo moeilijk is voor een rechter om uit te maken of een onderscheid ‘legitiem’, ‘pertinent’, ‘noodzakelijk’ en ‘proportioneel’ is, kan men dan dezelfde inspanning van gewone burgers verwachten? Moeten zij bij elke sollicitant die ze afwijzen, bij elke kandidaat-huurder aan wie ze niet verhuren op voorhand dezelfde overwegingen maken? Uiteraard geldt in een rechtstaat het algemene rechtsbeginsel “iedereen wordt geacht het recht te kennen”, maar een minimumgraad aan voorspelbaarheid is steeds een vereiste. Dit gaat des te meer op wanneer men bepaalde discriminatoire gedragingen door middel van het strafrecht wenst te handhaven, waar het legaliteitsbeginsel weinig ruimte voor vage normen toelaat.²⁸

Er bestaan natuurlijk wel meerdere open normen in het recht, waarvan het zorgvuldigheidsbeginsel (art. 1382 BW) het voorbeeld bij uitstek vormt. Open normen hebben als voordeel dat een relatief simpele

²³ J. VRIELINK, ‘Van kinderen en badwater... Reactie op Matthias Storme’, *De Juristenkrant*, 2002, nr. 58, 2.

²⁴ M. ADAMS, ‘Vrijheid of gelijkheid? De nieuwe Belgische antidiscriminatiewet en de soevereiniteit in eigen kring’, *o.c.*, 92.

²⁵ M. ADAMS, ‘Vrijheid of gelijkheid? De nieuwe Belgische antidiscriminatiewet en de soevereiniteit in eigen kring’, *o.c.*, 93.

²⁶ J. VELAERS, ‘De antidiscriminatiewet en de botsing van grondrechten’, in UFSIA, *Vrijheid en gelijkheid*, *o.c.*, 338.

²⁷ J. VERPLAETSE en C. DELMOTTE, *Basisboek ethiek en rechtsfilosofie*, Antwerpen-Apeldoorn, Maklu, 2015, 145.

²⁸ Voor de problemen die de strafbaarstelling van bepaalde discriminatoire gedragingen in de oorspronkelijke antidiscriminatiewet veroorzaakte in het licht van het legaliteitsbeginsel, zie: J. VELAERS, ‘De horizontale werking van het discriminatieverbod in de discriminatiewet. Enkele constitutionele beschouwingen’, *o.c.*, 320-326.

formulering ontelbaar veel toepassingen toelaat. Werkt men met gesloten formuleringen, moet de wetgever zeer goed nadenken over alle mogelijke situaties en uitzonderingen die zich kunnen voordoen, wat veelal onmogelijk is. Toch moeten ook open normen steeds een zekere minimumgraad aan voorspelbaarheid hebben. Dit is net wat een achterliggende grondslag bijbrengt. Het zorgt voor consistente uitspraken en reikt een toetssteen aan waar zowel rechters als burgers op kunnen terugvallen. Dit gaat des te meer op voor een antidiscriminatiewet, die bij uitstek een wet is die een zekere mentaliteitsbeïnvloeding nastreeft.²⁹ Indien de wetgever actieve gedragsverandering aan burgers oplegt, dan moeten zij ook minstens een reële inschatting kunnen maken van wat wel en niet mag.

ii) Onderzoekopzet: een sociaalliberale benadering van discriminatierecht

Uit het voorgaande blijkt dat het gemis aan een duidelijke ethische grondslag drie grote gevaren met zich meebrengt: de inflatie van het discriminatiebegrip, de beknotting van de individuele autonomie en rechtsonzekerheid. Dit vormt de probleemstelling van deze thesis. We hebben uiteengezet dat de identificatie van een ethische grondslag van het discriminatiebegrip hieraan tegemoet kan komen. De *zoektocht naar en verdediging van een ethisch beginsel als grondslag van discriminatierecht* vormt daarom het hoofdpunt van ons onderzoek. Deze grondslag dient dan als vertrekpunt van waaruit duidelijke ethische principes kunnen worden gedistilleerd. Om dit te doen, zullen we ons noodgedwongen moeten beroepen op politiek-filosofische argumenten. Zoals verder duidelijk zal worden, kiezen we ervoor om discriminatie en discriminatierecht vanuit een *sociaalliberale invalshoek* te benaderen. De keuze voor een bepaalde ideologie stelt ons in staat om knopen door te hakken en bepaalde waarden boven andere te stellen. Hierdoor wordt het eveneens mogelijk het huidige discriminatierecht te *evalueren*. Om te evalueren, heb je immers steeds een toetssteen nodig.

Hiermee wordt ook getracht een bijdrage te leveren aan het maatschappelijke debat rond discriminatie. Nog steeds is discriminatie bijzonder actueel, en nog steeds is een discriminatieverbod bijzonder controversieel. Het al dan niet verbieden van ‘boerkini’s’ in private zwembaden, het dragen van een hoofddoek in het onderwijs, rekening houden met het geslacht of de leeftijd bij het sluiten van een verzekeringspolis, het weigeren van mannen met een bepaalde huidskleur in een dancing, enkel ‘mooie mensen’ aannemen als werknemer in een kledingwinkel, een ‘*dress code*’ opleggen op het werk, het systematisch weigeren van oudere sollicitanten, de weigering om een hand te schudden op grond van geloofsovertuigingen... Verhitte discussies zijn nooit ver weg in deze materie, of het nu op café, op

²⁹ P. POPELIER, ‘Laten we allemaal vriendjes zijn! Over de antidiscriminatiewet en wetgevingsmethoden’, in UFSIA, *Vrijheid en gelijkheid, o.c.*, 250.

sociale media of in politieke praatprogramma's is. In deze discussies worden te pas en te onpas zowel juridische, ideologische als emotionele argumenten in het rond geslingerd, argumenten die vaak minder of niet goed onderbouwd zijn en waarin het gemakkelijk de weg verliezen is als neutrale toehoorder. De (positief-juridische) vraag *wat* discriminatie precies inhoudt, wordt daarbij veelal verward met de (rechtsfilosofische) vraag *waarom* discriminatie al dan niet verboden zou moeten zijn en *hoe* een dergelijk verbod er idealiter uitziet. Het is de nobele betrachting van deze thesis hierin meer klaarheid te scheppen.

iii) Structuur en onderzoeksvragen

Grosso modo zal deze thesis uit drie luiken bestaan: een positief-juridisch luik, een rechtsfilosofisch luik en een evaluatief luik. In deel III komt het positief-juridische luik aan bod, '*de lege lata*', en beschrijven we de grote lijnen van het Belgische (federale) discriminatierecht. Vermits het zwaartepunt op de rechtsfilosofische analyse zal liggen, zal de positief-juridische bespreking slechts een dienende functie hebben. Het is geenszins de bedoeling een exhaustief overzicht van het discriminatierecht in België weer te geven, wat sowieso een onmogelijke taak is in het kader van een eindwerk. Het discriminatierecht is een bijzonder uitgebreide, ingewikkelde en technische materie geworden, waarbij zowel rekening moet worden gehouden met het nationale kader als met de steeds toenemende Europese en internationale regelgeving. Er zal dan ook noodzakelijk een selectie moeten worden gemaakt. We zullen ons in deze thesis beperken tot een bespreking van de grote lijnen van het Belgische (federale) discriminatierecht, waarin we hoofdzakelijk oog hebben voor deze aspecten die relevant zijn vanuit een rechtsfilosofisch perspectief. Het spreekt voor zich dat procedurele of technisch-juridische regels vanuit dit opzicht minder interessant zijn. Daarnaast wordt ook over de grenzen gekeken om een vergelijking met het Nederlandse discriminatierecht te maken. De keuze om het Nederlandse discriminatierecht in de analyse te betrekken, is ingegeven vanuit zowel praktische als inhoudelijke redenen. Enerzijds, is er uiteraard het feit dat beide landen qua waarden en normen zeer dicht bij elkaar aanleunen, een vergelijkbare rechtscultuur delen en met vergelijkbare maatschappelijke problemen geconfronteerd worden, wat vanuit rechtsvergelijkend perspectief minder methodologische problemen oplevert. Anderzijds, heeft de Nederlandse wetgever op een aantal belangrijke punten een fundamenteel andere keuze gemaakt dan de Belgische wetgever, wat een vergelijking tussen beide stelsels ook meteen zinvol maakt. De gelijkenissen en verschillen tussen beide stelsels zullen later, in deel V, opnieuw aan bod komen en aan de hand van de voorgestelde ethische principes geëvalueerd worden.

In deel IV begint het rechtsfilosofische luik van deze thesis. Dit wordt opgesplitst in zes onderdelen. In onderdeel A trachten we licht in de duisternis te scheppen door twee mogelijke ethische benaderingswijzen van normatieve problemen – zoals discriminatie – toe te lichten. Een deontologische

benadering, dat uitgaat van het immorele karakter van de daad zelf, wordt hierbij onderscheiden van een consequentialistisch perspectief, dat oog heeft voor de gevolgen van discriminatie en discriminatierecht. We bespreken eveneens twee soorten rechtvaardigheid die discriminatierecht kan nastreven: correctieve rechtvaardigheid op individueel niveau en distributieve rechtvaardigheid op structureel niveau. Het debat wordt op deze manier op een rationele wijze gestructureerd, zonder dat we zelf reeds een normatief standpunt innemen. Vervolgens gaan we van vorm naar inhoud en bespreken we drie ‘kandidaten’ onder de ethische beginselen die traditioneel worden aangereikt in de literatuur om een horizontaal discriminatieverbod te rechtvaardigen of juist af te schieten. Het gaat om het beginsel van menselijke waardigheid, het autonomiebeginsel en het gelijkheidsbeginsel. Vanaf onderdeel B begint de normatieve benadering: zoals gezegd, wensen we discriminatie en discriminatierecht te analyseren vanuit een sociaalliberale invalshoek. Hierbij zal het beroemde werk van de Amerikaanse filosoof John Rawls, *‘A theory of Justice’*, dienst doen als ideologische onderbouw. Rawls’ werk zal zowel de ‘bril’ zijn waardoor we naar de wereld kijken, als de ‘kapstok’ waaraan we de uitgewerkte principes in het vervolg van ons betoog zullen ophangen. In de volgende onderdelen volgt de toepassing. We zullen hierbij gebruik maken van het ‘vier fasen schema’ dat Rawls in zijn theorie hanteert. In onderdeel C komt de ‘constitutionele’ fase aan bod, waarin discriminatie als een mogelijke deontologische inbreuk op menselijke waardigheid wordt benaderd en discriminatierecht als een zuivere toepassing van correctieve rechtvaardigheid wordt opgevat. Hierin zal duidelijk worden dat discriminatie slechts uitzonderlijk als een ‘intrinsiek immorele’ daad kan doorgaan en dat discriminatierecht slechts weinig zou inhouden mocht dit de enige invalshoek zijn. In onderdeel D zullen we daarom overstappen naar de ‘legislatieve’ fase, waarin discriminatierecht als een zuiver consequentialistisch instrument wordt beschouwd dat de vrijheid van individuen tracht te verhogen. Het hoofddoel van discriminatierecht bestaat er vanuit deze benadering in om significante ongelijkheden tussen groepen – maar niet tussen individuen – in de samenleving te elimineren. We zullen argumenteren dat dit een legitieme sociaalliberale doelstelling is, maar dat we tegelijk niet blind moeten zijn voor de valkuilen waarvoor libertaire filosofen en economen ons waarschuwen. Meer bepaald moeten we waakzaam zijn voor het gevaar dat discriminatierecht dienst doet als bliksemafleider voor complexe maatschappelijke problemen, niet zelden veroorzaakt door inefficiënte overheidsinterventies. In onderdeel E gaan we over tot de ‘gerechtelijke’ fase, de laatste fase in Rawls’ theorie. Hierin trachten we een concreet en ethisch gekleurd toetsingsschema af te leiden uit de hogere principes die we in de vorige onderdelen geïdentificeerd hebben. In onderdeel F, tot slot, betogen we dat we er goed aan doen om ‘gelijkheid’ best te laten vallen als grondslag van discriminatierecht. Hoewel gelijkheid misschien de meest voor de hand liggende keuze is om een discriminatieverbod te verklaren, zullen we zien dat dit niet alleen theoretisch inconsistent, maar ook gevaarlijk is. Het is net deze gelijkheidsbenadering die de hierboven geschetste gevaren reëel maakt.

In deel V volgt de uiteindelijke synthese, *‘de lege ferenda’*. De gevonden gelijkenissen en verschillen tussen het Belgische en Nederlandse discriminatierecht worden geëvalueerd in het licht van de inzichten

uit het rechtsfilosofische luik. Hierbij doen we enkele ambitieuze voorstellen die het discriminatierecht in zijn huidige vorm op fundamentele wijze zouden hervormen, zoals het ambitieuze laatstejaarsstudenten in de rechten betaamt.

De volgende onderzoeksvragen zullen hierbij de leidraad van deze thesis vormen, waarbij de antwoorden op de deelvragen samen het antwoord op de hoofdvraag geven.³⁰

1. *Hoe zien de grote lijnen van het federale discriminatierecht in België eruit en wat zijn de belangrijkste gelijknissen / verschillen met het Nederlandse discriminatierecht?* (luik III)
2. *Is er plaats voor een horizontaal discriminatieverbod vanuit een sociaalliberaal perspectief en, zo ja, hoe ziet een discriminatieverbod er dan idealiter uit?* (luik IV)
 - a. *Hoe worden discriminatie en discriminatierecht benaderd vanuit de belangrijkste ethisch-filosofische stromingen?* (Deel A)
 - b. *Welke ethische beginselen kunnen een horizontaal discriminatieverbod rechtvaardigen vanuit een sociaalliberaal perspectief?* (deel C en D)
 - c. *Welke concrete, ethische principes kunnen worden afgeleid uit de in b. gevonden grondslag(en)?* (deel E)
3. *Hoe wordt het huidige Belgische en Nederlandse discriminatierecht geëvalueerd, vanuit het perspectief van de in 2) gevonden ethische grondslag(en) en daaruit afgeleide principes?* (luik V)

Vooraleer het Belgische en Nederlandse discriminatierecht te behandelen, dient het discriminatiebegrip als onderzoeksvoorwerp van deze thesis zelf wat nader te worden toegelicht. In deel II hieronder wordt het verschil tussen ‘onderscheiden’ en ‘discrimineren’ besproken, het juridische discriminatiebegrip conceptueel ontleed en de evolutie van het non-discriminatiebeginsel als ‘norm van publiekrecht’ naar ‘norm van privaatrecht’ bondig geschetst.

³⁰ Waarbij vragen 1 en 2.a descriptief, vragen 2.b en 2.c normatief en vraag 3 evaluatief van aard zijn.

II. HET DISCRIMINATIEBEGRIIP IN HET RECHT

a) Over ‘onderscheiden’ en ‘discrimineren’

‘Discriminatie’ – ontleend aan het Latijnse ‘discrīminātio’, wat ‘scheiding’ of ‘onderscheid’ betekent³¹ – is van alle tijden. Strikt etymologisch gezien ‘discrimineren’ of ‘onderscheiden’ we elke dag. Van nature zijn alle mensen immers ongelijk, zijn we allemaal uniek. Zowel DNA als omgeving zorgen ervoor dat we ons van elkaar onderscheiden door duizenden factoren, op het vlak van uiterlijk, geloof, huidskleur, intelligentie, vaardigheden, seksuele geaardheid en karakter. Het is dan ook begrijpelijk dat we ons in onze dagelijkse omgang met mensen laten leiden door *voorkeuren*, door kenmerken die we relevant achten. Vooral wanneer we een keuze of selectie tussen verschillende mensen moeten maken, kunnen we niets anders dan te ‘discrimineren’ op basis van deze voorkeuren. We discrimineren op basis van intelligentie bij het uitreiken van diploma’s, want we kunnen niet aan iedereen diploma’s geven. We discrimineren op basis van karakter en uiterlijk bij het uitkiezen van een partner, want we kunnen niet met iedereen een relatie hebben. En we discrimineren op basis van competenties en ervaring bij het aanwerven van een nieuwe werknemer, want we kunnen niet iedereen die zich kandidaat stelt tewerkstellen.

‘Discriminatie’ heeft in het dagelijkse taalgebruik echter een pejoratieve lading: we spreken slechts van discriminatie wanneer een gehanteerd onderscheid door ons als *onrechtvaardig* wordt beschouwd.³² Wanneer iemand niet op basis van zijn competenties, maar op grond van zijn geloof of seksuele geaardheid een job geweigerd wordt, voelt dit in de meeste gevallen als onrechtvaardig aan. We wensen immers beoordeeld te worden op basis van onze kwaliteiten, niet op grond van kenmerken waar we zelf niet voor kiezen of waar we geen verantwoording over zouden moeten afleggen. Welke onderscheidingsgronden we als gerechtvaardigd beschouwen en welke niet, hangt af van verschillende factoren, zoals tijd en context, persoonlijke morele overtuigingen en ideologie. Een radicale nationalist zal elk onderscheid op basis van nationaliteit gerechtvaardigd vinden, terwijl een communist zelfs het verschil in loon van arbeiders en CEO’s – een onderscheid op basis van de marktwaarde van iemands arbeid – als discriminatoir beschouwt.

³¹ M. PHILIPPA e.a. (2003-2009), ‘Etymologisch Woordenboek van het Nederlands’ [WWW]. Etymologiebank.nl: <http://www.etymologiebank.nl/trefwoord/discriminatie> [raadpleging op 2 februari 2017]

³² R. HOLTMAAT en P. RODRIGUES, ‘Discriminatie gezien vanuit juridisch perspectief. Naar een holistische benadering?’, *o.c.*, 128. Het vierde punt – afwezigheid van rechtvaardiging – wordt niet bijzonder besproken in dit artikel, maar heb ik er aan toegevoegd omdat het m.i. een wezenlijk onderdeel van het discriminatiebegrip is.

b) Conceptuele ontleding van het juridische discriminatiebegrip

Ook in het recht heeft ‘discriminatie’ steeds een pejoratieve lading. Enkel bepaalde vormen van onderscheid, die de wetgever als onrechtvaardig of problematisch beschouwt, worden verboden door het recht. Er bestaat echter geen eengemaakte, juridische definitie van discriminatie. Afhankelijk van het niveau (internationaal, Europees, nationaal) en de rechtsbron, komen verschillende definities voor. In elke juridische omschrijving van discriminatie kan men echter steeds vier elementen terugvinden: het gaat telkens om een *gedraging* (1) die verband houdt met *beschermde kenmerken* (2), dat tot een zeker *nadeel* leidt voor de betrokkene (3) en dat juridisch *ongerechtvaardigd* is (4).³³

i) Gedraging

Twee soorten gedragingen kunnen discriminatoir van aard zijn. Eerst en vooral zijn er de gedragingen die we in deze thesis met de term ‘*eigenlijke discriminatie*’ zullen benoemen: het ongelijk behandelen van mensen die zich in een gelijkaardige situatie als anderen bevinden. Dit wordt veelal als een toepassing gezien van de regel die Aristoteles reeds formuleerde in zijn *Ethica Nicomachea*: “gelijke gevallen, moeten gelijk behandeld worden”.³⁴ De gelijke behandeling van gelijke gevallen wordt in de rechtsleer en politieke filosofie veelal benoemd met het concept ‘formele gelijkheid’.³⁵ In de juridische instrumenten gaat het dan steeds, in horizontale relaties, om het ongelijk behandelen van personen bij het stellen van bepaalde welomschreven *rechtshandelingen*.³⁶ De ongelijke behandeling heeft dus een rechtsgevolg voor de betrokkene. Zo kan men denken aan het weigeren te verhuren aan een ex-veroordeelde, iemand niet in dienst nemen omdat ze een vrouw is of mensen met een bepaald uiterlijk niet toelaten in een dancing. Ook het omgekeerde is mogelijk: indien men geen rekening houdt met de verscheidenheid van verschillende mensen en iedereen op dezelfde manier behandelt, kan dit eveneens discriminatie zijn. “Ongelijke gevallen moeten ongelijk behandeld worden”, luidt het dan volgens de tweede regel in Aristoteles’ formule.³⁷ In dit geval spreekt men veelal van ‘materiële gelijkheid’, als tegenhanger van formele gelijkheid.³⁸ Een materiële gelijkheidsbenadering wordt vaak aan het begrip ‘indirecte discriminatie’ gekoppeld, waarover later meer. In beide gevallen worden mensen rechtstreeks

³³ R. HOLTMAAT en P. RODRIGUES, ‘Discriminatie gezien vanuit juridisch perspectief. Naar een holistische benadering?’, *o.c.*, 129-130. Het laatste onderdeel ‘afwezigheid van rechtvaardiging’ wordt niet expliciet opgesomd door Holtmaat, maar hebben we eraan toegevoegd omdat het een wezenlijk onderdeel van het discriminatiebegrip is.

³⁴ D. DE PRINS, S. SOTTIAUX en J. VRIELINK, *Handboek discriminatierecht*, *o.c.*, randnummers 6-7.

³⁵ *Ibid.*

³⁶ R. HOLTMAAT en P. RODRIGUES, ‘Discriminatie gezien vanuit juridisch perspectief. Naar een holistische benadering?’, *o.c.*, 130.

³⁷ D. DE PRINS, S. SOTTIAUX en J. VRIELINK, *Handboek discriminatierecht*, *o.c.*, randnummers 6-7.

³⁸ *Ibid.*

of onrechtstreeks anders behandeld op grond van bepaalde kenmerken die ze bezitten, waardoor ze niet dezelfde gunstige rechtsgevolgen bekomen als mensen die deze kenmerken niet bezitten. Wertheimer benoemt deze vorm van discriminatie als '*discrimination in contract*'.³⁹

Een tweede vorm van discriminatie, wat we '*oneigenlijke discriminatie*' noemen, bestaat uit *materiële handelingen* – geen rechtshandelingen – die op zich geen nadelig rechtsgevolg voor de betrokkene veroorzaken, maar wel op een andere manier nadelig kunnen zijn.⁴⁰ Men kan denken aan het pesten, vernederen, bedreigen of het gebruiken van fysiek geweld ten aanzien van personen omwille van bepaalde kenmerken die ze hebben, het aanzetten tot haat en discriminatie ten opzichte van een bepaalde bevolkingsgroep of het gebruiken van kwetsende stereotyperingen in communicatiemiddelen, zoals in media, literatuur en films. Discriminatie is hier niet het doel of gevolg van de betrokken handeling, maar eerder de oorzaak. Wertheimer spreekt in dit verband van '*discrimination in contact*'.⁴¹

Uit de probleemstelling en de daaruit afgeleide onderzoeksvragen, volgt dat we in deze thesis enkel oog zullen hebben voor 'eigenlijke' discriminatie. Bij oneigenlijke discriminatie, gaat het immers om een veelvoud aan uiteenlopende gedragingen die onmogelijk op één hoop kunnen worden gegooid en waarvan het verbod vanuit rechtsfilosofisch perspectief minder problematisch is. Een uitzondering hierop is het spanningsveld tussen het verbieden van zogenaamde *hate speech* en de vrijheid van meningsuiting, wat echter een heel andere invalshoek vraagt en waaraan reeds veel aandacht is besteed binnen de literatuur.⁴²

ii) Discriminatiegronden

Niet elke 'ongelijke behandeling van gelijke gevallen' (of omgekeerd) is ongerechtvaardigd. Dat spreekt voor zich, want zoals gezegd is niemand in elk opzicht gelijk aan iemand anders. 'Gelijke gevallen' is dan ook een misleidende benaming. Een discriminatieverbod erkent net dat iedereen anders is; het tracht juist bescherming te bieden aan mensen die, omwille van hun 'anders zijn', op een ongelijke manier behandeld worden. Het gaat dan ook niet zozeer om het ongelijk behandelen van mensen die 'gelijk' zijn, maar wel om het ongelijk behandelen van mensen *op grond van bepaalde kenmerken*. Vanuit een zeker rechtvaardigheidsgevoel, oordeelt men dat het onverantwoord is een onderscheid te maken op basis van bepaalde eigenschappen. Deze eigenschappen worden 'discriminatiegronden' of 'beschermd

³⁹ A. WERTHEIMER, 'Reflections on discrimination', *San Diego Law Review*, 2006, vol. 43, 955.

⁴⁰ R. HOLTMAAT en P. RODRIGUES, 'Discriminatie gezien vanuit juridisch perspectief. Naar een holistische benadering?', *o.c.*, 131.

⁴¹ A. WERTHEIMER, 'Reflections on discrimination', *o.c.*, 955.

⁴² Zie in dit verband uitgebreid: J. VRIELINK, *Van haat gesproken? Een rechtsantropologisch onderzoek naar de bestrijding van rasgerelateerde uitingsdelicten in België*, Antwerpen, Maklu, 2010, 770p.

kenmerken' genoemd. De bekendste discriminatiegronden, opgesomd in de meeste instrumenten, zijn ras, afkomst, nationaliteit, geslacht, leeftijd, geloof, levensbeschouwing, politieke overtuiging, handicap en seksuele geaardheid.⁴³ Welke kenmerken precies wel en niet als discriminatiegronden worden opgenomen, is een subjectieve kwestie die in de loop van de tijd kan verschuiven. Zo was er in België indertijd heel wat te doen rond het al dan niet opnemen van de discriminatiegronden 'politieke overtuiging' of 'taal' in de oorspronkelijke Antidiscriminatiewet van 2003.⁴⁴ De Belgische Antidiscriminatiewet werd, ironisch genoeg, daarom trouwens zélf discriminerend bevonden door het Arbitragehof (nu: Grondwettelijk Hof), dat oordeelde dat het niet objectief en redelijk gerechtvaardigd was om bepaalde kenmerken wél en anderen niét op te nemen als discriminatiegrond in de wet.⁴⁵

Soms worden discriminatiegronden uitdrukkelijk *limitatief* in de wet of een verdrag opgesomd. In dat geval kan er slechts sprake zijn van bescherming tegen discriminatie op grond van één van de kenmerken opgesomd in het instrument. Het is eveneens mogelijk dat discriminatiegronden *niet-limitatief* worden opgesomd: in dat geval eindigt de opsomming veelal met 'of op welke grond ook' en is het aantal mogelijke discriminatiegronden eindeloos.⁴⁶ Terwijl de opsomming in non-discriminatieclausules van de meeste internationale mensenrechtenverdragen of grondwettelijke teksten open is, werken de meeste wetten die discriminatie in horizontale relaties verbieden met limitatieve opsommingen.⁴⁷ Beide systemen hebben hun voor- en tegenstanders. Het logische voordeel van een gesloten opsomming bestaat uit een grotere rechtszekerheid. Volgens sommige auteurs gaat er eveneens een grotere symboolwaarde uit van gesloten opsommingen, omdat de wetgever hiermee expliciet te kennen geeft dat ze bepaalde vormen van onderscheid bijzonder afkeurenswaardig acht.⁴⁸ Indien het aantal discriminatiegronden in een lijst met een gesloten opsomming echter te beperkt is, dreigen een heleboel gevallen van discriminatie niet onder de beschermingssfeer te vallen. Discriminatierecht loopt dan het gevaar zelf 'discriminerend' te zijn, zoals het geval was met de oorspronkelijke Belgische Antidiscriminatiewet. Indien voor een gesloten opsomming wordt gekozen, moet de wetgever dus op voorhand zeer goed nadenken over welke discriminatiegronden ze al dan niet opneemt. Met een open opsomming, daarentegen, loopt men niet het risico dat bepaalde discriminatiegronden over het hoofd worden gezien. Het laat ook eenvoudiger toe om met 'meervoudig' of 'intersectioneel' onderscheid rekening te houden, wat inhoudt dat een onderscheid tot stand komt door de specifieke combinatie van

⁴³ Zie bv. de opsommingen in art. 14 EVRM, Art. 3 WBD, art. 3 Antiracismewet, art. 3 Genderwet, art. 1.1, b-c AWGB, etc.

⁴⁴ D. DE PRINS, S. SOTTIAUX en J. VRIELINK, *Handboek discriminatierecht, o.c.*, randnummers 1129-1136.

⁴⁵ GwH 6 oktober 2004, nr. 157/2004.

⁴⁶ D. DE PRINS, S. SOTTIAUX en J. VRIELINK, *Handboek discriminatierecht, o.c.*, randnummer 13.

⁴⁷ Zie o.a. art. 14 EVRM, art. 26 BuPo, art. 10-11 Gw. in België en art. 1 Gw. in Nederland voor een open opsomming.

⁴⁸ J. H. GERARDS, 'Gronden van discriminatie – de wenselijkheid van open en gesloten opsommingen', in C. BAYART, S. SOTTIAUX e.a. (eds.), *De nieuwe federale antidiscriminatiewetten*, Brugge, Die Keure, 2008, 134-136.

verschillende beschermde criteria.⁴⁹ Zo kan een Marokkaanse vrouw bijvoorbeeld gediscrimineerd worden, niet omdat ze ‘Marokkaans’ is of omdat ze ‘vrouw’ is, maar omdat ze een ‘Marokkaanse vrouw’ is. Het is dus niet de loutere samenloop van twee discriminatiegronden, maar wel de specifieke combinatie van twee beschermde kenmerken die tot het onderscheid leidt. Een gesloten opsomming heeft het moeilijker met het probleem van intersectionaliteit, aangezien een gemaakt onderscheid dan steeds aan één of meerdere afzonderlijke discriminatiegronden moet worden verbonden. Een open systeem lijkt daarom beter aangepast te zijn aan de complexe maatschappelijke realiteit. De vanzelfsprekende keerzijde van een open opsomming bestaat dan weer uit minder rechtszekerheid. Volgens sommigen vergroot een open opsomming eveneens de kans dat discriminatierecht door burgers als wapen wordt ingezet om elke vorm van ‘futiel onderscheid’ voor de rechter te brengen.⁵⁰ Zoals we later zullen zien, heeft het reeds geschetste risico op de inflatie van het discriminatiebegrip echter maar weinig te maken met de keuze voor een open of gesloten lijst van discriminatiegronden.

Discriminatiegronden kunnen tot slot symmetrisch of asymmetrisch van aard zijn.⁵¹ *Asymmetrische* discriminatiegronden strekken uitsluitend tot de bescherming van bevolkingsgroepen die in het verleden veelvuldig uitgesloten werden of achtergesteld zijn. Het gaat bijvoorbeeld om bescherming van vrouwen, allochtonen of kansarmen tegen ongelijke behandelingen. *Symmetrische* discriminatiegronden, daarentegen, beschermen zowel ‘bevoordeelde’ als ‘benadeelde’ groepen in de samenleving tegen discriminatie op grond van een bepaald kenmerk, zoals geslacht, afkomst of vermogen. Niet enkel vrouwen, allochtonen en kansarmen, maar ook mannen, autochtonen en rijken vallen dan onder de beschermingsfeer. De keuze voor symmetrisch of asymmetrisch geformuleerde discriminatiegronden hangt nauw samen met de onderliggende grondslag en doelstelling van een discriminatieverbod. Als discriminatierecht er hoofdzakelijk op gericht is om de structurele achterstelling en onderdrukking van kwetsbare bevolkingsgroepen te elimineren, is een keuze voor asymmetrisch geformuleerde discriminatiegronden de logische consequentie. Symmetrische discriminatiegronden verdienen dan weer de voorkeur wanneer bijvoorbeeld gelijkheid (‘iedereen moet gelijk behandeld worden’) of menselijke waardigheid (‘iedereen moet menswaardig behandeld worden’) de onderliggende grondslagen van een discriminatieverbod zijn. We komen hier uitgebreid op terug in deel IV.

⁴⁹ J. H. GERARDS, ‘Gronden van discriminatie – de wenselijkheid van open en gesloten opsommingen’, *o.c.*, 156-158.

⁵⁰ Dit argument werd o.a. aangehaald in de Memorie van Toelichting bij de totstandkoming van de ‘reparatiewet’ in 2007 om de keuze voor een limitatieve lijst te motiveren – zie M.v.T. bij het wetsontwerp ter bestrijding van bepaalde vormen van discriminatie, *Parl. St.* Kamer 2006-07, nr. 2722/001, 16. Zie ook: J. H. GERARDS, ‘Gronden van discriminatie – de wenselijkheid van open en gesloten opsommingen’, *o.c.*, 154-155.

⁵¹ R. HOLTMAAT en P. RODRIGUES, ‘Discriminatie bezien vanuit juridisch perspectief. Naar een holistische benadering?’, *o.c.*, 143.

iii) Nadeel

Het volgende element van het discriminatiebegrip bestaat uit een zeker *nadeel* dat de gediscrimineerde ondervindt.⁵² Opnieuw zijn er verschillende mogelijkheden. Soms wordt vereist dat men als *doel* heeft iemand zekere schade te berokkenen door hem of haar te discrimineren; in andere gevallen volstaat het wanneer dit het *gevolg* is of zou kunnen zijn.⁵³ De intentie om een persoon schade toe te brengen is dus niet steeds van belang: soms volstaat het dat een persoon schade ondervindt of zou kunnen ondervinden, zelfs indien dit niet de bedoeling was van de discriminator. Zoals gezegd, zal dit nadeel bij ‘eigenlijke’ discriminatie steeds bestaan uit een concreet rechtsgevolg, zoals het niet krijgen van een baan, een huurcontract dat niet wordt toegekend of het betalen van een hogere prijs voor een bepaald product. Daarnaast kan ook immateriële schade optreden, zoals de krenking van de menselijke waardigheid.

Veelal zal men moeten aantonen dat iemand een nadeel heeft ondervonden *in vergelijking met iemand anders*, zoals iemand van het andere geslacht of met een andere huidskleur.⁵⁴ Het is dan vereist dat de persoon die gunstiger werd behandeld (of ‘zou’ worden behandeld), zich in een vergelijkbare situatie bevindt met de persoon die gediscrimineerd werd. Men spreekt in dit verband van de vergelijking met een ‘referentiepersoon’, waar we verder nog op terugkomen.⁵⁵ Van een benadeling kan dus enkel sprake zijn wanneer aangetoond wordt dat de gediscrimineerde en de referentiepersoon zich in vergelijkbare situaties bevinden.

iv) Rechtvaardiging

Niet elke ongunstigere behandeling van iemand op grond van een beschermd kenmerk wordt steeds verboden in het discriminatierecht. Een gemaakt onderscheid is pas verboden indien dit niet *gerechtvaardigd* is. Het rechtvaardigingsregime kan een ‘open’ of ‘gesloten’ systeem zijn.⁵⁶ In een *open systeem* geeft de wetgever aan de rechter de mogelijkheid om *in concreto* te beslissen of een onderscheid al dan niet gerechtvaardigd is. Veelal reikt de wet hiervoor bepaalde criteria aan, zoals deze die vervat zitten in de reeds aangehaalde ‘proportionaliteitstoets’, aan de hand waarvan een rechter tot een besluit kan komen. In een gesloten systeem, daarentegen, geeft de wetgever zelf aan welke vormen van

⁵² R. HOLTMAAT en P. RODRIGUES, ‘Discriminatie gezien vanuit juridisch perspectief. Naar een holistische benadering?’, *o.c.*, 134.

⁵³ *Ibid.*

⁵⁴ R. HOLTMAAT en P. RODRIGUES, ‘Discriminatie gezien vanuit juridisch perspectief. Naar een holistische benadering?’, *o.c.*, 135.

⁵⁵ C. BAYART en C. DEITEREN, ‘Direct en indirect onderscheid’, *o.c.*, 188.

⁵⁶ D. DE PRINS, S. SOTTIAUX en J. VRIELINK, *Handboek discriminatierecht*, *o.c.*, randnummer 14.

onderscheid verboden zijn en welke niet. Doorgaans is het uitgangspunt in een gesloten systeem dat elk onderscheid verboden is, behoudens de uitzonderingen waarin de wet zelf expliciet voorziet.

Het onderscheid tussen open en gesloten systemen wordt soms wel als het *summa divisio* van het discriminatierecht omschreven.⁵⁷ Sottiaux wijst erop dat er in werkelijkheid een brede waaier aan rechtvaardigingssystemen voorkomt. De tegenstelling tussen open en gesloten systemen is geen absolute dichotomie: beide concepten moeten eerder als uiteinden van een continuüm worden gezien.⁵⁸ Ook in een ‘open’ systeem kan de wetgever immers criteria aanreiken die de beoordelingsvrijheid van de rechter beperken. Afhankelijk van hoe stringent deze criteria worden omschreven, schuift het rechtvaardigingssysteem meer op in de richting van een ‘open’ of ‘gesloten’ systeem. Een combinatie van deels open en deels gesloten modellen komt vaker voor dan een zuiver open of gesloten systeem.⁵⁹

Beide systemen hebben opnieuw hun voor- en tegenstanders. De discussie over de pro’s en contra’s van een open en gesloten systeem loopt parallel met de rechtstheoretische discussie over ‘beginselen’ versus ‘regels’.⁶⁰ Een open systeem kenmerkt zich door een grotere mate aan flexibiliteit, wat de rechter toelaat om steeds rekening te houden met de concrete omstandigheden van de zaak. De keerzijde van deze flexibiliteit bestaat uit het gebrek aan rechtszekerheid. Een gesloten systeem kent deze problemen in mindere mate, maar dit gaat ten koste van flexibiliteit en de mogelijkheid tot belangenafweging. De rigiditeit van een gesloten systeem laat in mindere mate toe dat de uitkomst van een zaak wordt beïnvloed door de relevante gelijkenissen en verschillen met andere zaken, waardoor fundamenteel van elkaar verschillende gevallen mogelijks over dezelfde kam worden geschoren. Bovendien moet de wetgever in een gesloten systeem opnieuw zeer goed nadenken over alle mogelijke situaties waarin een onderscheid gerechtvaardigd kan zijn, wat een bijzonder moeilijke opdracht is. Een open systeem kent dit probleem niet, aangezien zijn open formulering de toepassing op een ontelbaar aantal gevallen mogelijk maakt. Naast deze pragmatische pro’s en contra’s, bestaan er ook bedenkingen van publiekrechtelijke aard m.b.t. de keuze voor een open of gesloten systeem. Deze komen naar boven wanneer er sprake is van een ‘botsing met grondrechten’, wat wil zeggen dat de discriminator zijn recht om te discrimineren afleidt uit een fundamenteel vrijheidsrecht, zoals de vrijheid van vereniging of godsdienstvrijheid. Voorstanders van een gesloten systeem argumenteren dat het enkel aan de wetgever en niet aan de rechter toekomt om de verhouding tussen grondrechten af te bakenen.⁶¹ Voorstanders van

⁵⁷ M.v.T. bij het wetsontwerp ter bestrijding van bepaalde vormen van discriminatie, *Parl. St.* Kamer 2006-07, nr. 2722/001, 22.

⁵⁸ S. SOTTIAUX, ‘De rechtvaardigingsgronden in het federale discriminatierecht’, in C. BAYART, S. SOTTIAUX e.a. (eds.), *De nieuwe federale antidiscriminatie wetten*, o.c., 231.

⁵⁹ A. W. HERINGA, ‘Standards of review for discrimination. The scope of review by the courts’, in T. LOENEN en P. RODRIGUES (eds.), *Non-discrimination law: comparative perspectives*, Den Haag, Kluwer Law International, 1999, 32-33.

⁶⁰ *Ibid.*

⁶¹ S. SOTTIAUX, ‘De rechtvaardigingsgronden in het federale discriminatierecht’, o.c., 234.

een open systeem pareren deze kritiek, door te stellen dat enkel de Grondwet of de internationale mensenrechtenverdragen zelf deze verhouding kunnen regelen.⁶² Aangezien deze instrumenten geen ‘hiërarchie’ van grondrechten kennen, komt het niet aan de wetgever toe om op algemene wijze het ene grondrecht steeds voorrang te geven op het andere. Een conflict tussen grondrechten kan volgens deze visie nooit *in abstracto* door de wetgever worden geregeld, maar enkel *in concreto* door de rechter worden beslecht, rekening houdende met alle in het geding zijnde belangen.⁶³

c) Evolutie van het discriminatiebegrip

In de vorige onderdelen hebben we het discriminatiebegrip zowel semantisch als juridisch nader toegelicht. Elke vorm van discriminatie houdt steeds een zeker onderscheid in, maar niet elk onderscheid is daarom noodzakelijk discriminatoir. We hebben gezien dat ‘eigenlijke’ discriminatie in de juridische instrumenten steeds vier elementen omvat: een ongelijke behandeling van gelijke gevallen (of omgekeerd) (1) die verband houdt met een beschermd kenmerk, (2) een nadelig rechtsgevolg heeft voor de betrokkene (3) en niet gerechtvaardigd is (4).

Nu het discriminatiebegrip als onderzoeksonderwerp duidelijk geïdentificeerd is, staan we kort stil bij de historische evolutie van het discriminatieverbod van een ‘norm van publiekrecht’, uitsluitend gericht tot de overheid, naar een ‘norm van privaatrecht’, waar ook particulieren rekening mee moeten houden. Deze historische evolutie sluit nauw aan bij het eeuwige spanningsveld tussen ‘gelijkheid’ en ‘vrijheid’, waaraan we uitgebreid aandacht zullen schenken in het rechtsfilosofische luik. Wat simplistisch uitgedrukt, gaat het om het spanningsveld tussen het recht op gelijkheid van de gediscrimineerde, tegenover het recht op vrijheid van de discriminator. Om dit spanningsveld beter te begrijpen, is een korte historische duiding aangewezen. De ideologische tweespan vrijheid en gelijkheid wordt immers als de dubbele grondslag van de moderne maatschappij beschouwd.⁶⁴ Beide ideeën zijn producten van de Verlichting en domineren de moderne Westerse rechtstaat sinds de Amerikaanse (1776) en Franse revoluties (1789).

i) Gelijkheid voor de overheid, vrijheid voor de burger

In *verticale rechtsverhoudingen*, tussen burgers en overheid, is gelijkheid sinds de Verlichting de regel

⁶² J. VELAERS, ‘De antidiscriminatiewet en de botsing van grondrechten’, *o.c.*, 330-331.

⁶³ *Ibid.*

⁶⁴ G. VANHEESWIJCK, ‘De horizontale werking van het discriminatieverbod. Een antropologische analyse’, *o.c.*, 43.

in een democratische rechtstaat: iedereen is gelijk voor de wet, ongeacht geboorte, afkomst, status of andere kenmerken. Dit principe is in België grondwettelijk verankerd en staat bekend als het *gelijkheidsbeginsel*, dat vaak in één adem met het *non-discriminatiebeginsel* wordt genoemd (art. 10-11 Gw.).⁶⁵ Hiermee maakte de grondwetgever een breuk met de hiërarchische standensamenleving uit het Ancien Régime.⁶⁶ De overheid wordt sindsdien democratisch gelegitimeerd door de bevolking en streeft het algemeen belang na. Hierbij mogen we verwachten dat zij rationeel handelt, haar burgers gelijk behandelt en geen willekeurig onderscheid maakt. Of je nu rijk of arm bent, blank of zwart, hetero- of homoseksueel: iedereen betaalt belastingen, iedereen heeft recht op eerbiediging van zijn privéleven en iedereen wordt beschermd tegen onrechtmatige vrijheidsberoving. Als de wetgever toch een onderscheid wenst te maken, zal zij dit steeds dienen te verantwoorden in het licht van het gelijkheidsbeginsel. Het Grondwettelijk Hof in België ziet erop toe dat elke ongelijke behandeling ‘objectief en redelijk verantwoord’ is.⁶⁷ Slaagt de wetgever er niet in dit aan te tonen, loopt zij het risico dat een wet of een onderdeel daarvan ongrondwettig wordt bevonden en mogelijks zelfs wordt vernietigd. Gelijkheid is de regel; afwijkingen de uitzondering.⁶⁸

Daar waar in het publiekrecht, in verticale relaties tussen de overheid en burgers, het gelijkheidsbeginsel speelt, wordt traditioneel aangenomen dat in het privaatrecht, in *horizontale rechtsverhoudingen* tussen particulieren onderling, het *autonomiebeginsel* of vrijheidsbeginsel speelt.⁶⁹ Particulieren streven immers zelden het algemeen belang na. Private personen en ondernemingen hebben veelal eigenbelangen voor ogen en de mate van rationaliteit die ze daarbij aan de dag moeten leggen is beperkt. Burgers mogen in hun private relaties in beginsel hun eigen voorkeuren laten gelden en hoeven deze niet te verantwoorden. Tal van (grond)rechten, opgesomd in de (grond)wet en internationale mensenrechtenverdragen, beschermen mensen om deze reden tegen ongerechtvaardigde overheidsinmenging in het privéleven, zoals het recht op privacy, de vrijheid van meningsuiting, de vrijheid van vereniging, de contractvrijheid, het eigendomsrecht, de vrijheid van ondernemerschap, etc. Zolang particulieren andermans vrijheid niet beperken, horen zij in hun handelen niet beperkt te worden door de overheid. We kiezen zelf met wie we vriendschap sluiten, wie we in onze voetbalclub toelaten en met wie we willen samenwerken op de werkvloer. Of de kenmerken op basis waarvan we selecteren relevant zijn of niet, is vanuit deze visie niet van belang. Van particulieren kan men niet verwachten dat

⁶⁵ In Nederland: art. 1 Gw. Zie ook art. 14 EVRM en art. 20-21 Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie op Europees niveau.

⁶⁶ G. MARTYN en R. OPSOMMER, *Geschiedenis van de politiek en van het publiekrecht*, Brugge, Die Keure, 2011, 173.

⁶⁷ Volgens vaste rechtspraak van het Hof, is een onderscheid objectief en redelijk verantwoord wanneer dit een legitiem doel nastreeft, objectief, pertinent en noodzakelijk is en het gemaakte onderscheid proportioneel is met het gestelde doel – zie bv. GwH. 13 januari 1994, nr. 1-94. Voor een algemene bespreking van de grondwettelijk gelijkheidsbeginsel en de toets door het Grondwettelijk Hof, zie: J. VANDE LANOTTE en G. GOEDERTIER, *Handboek Belgisch Publiekrecht*, Brugge, Die Keure, 2010, 355-366.

⁶⁸ G. VANHEESWIJCK, ‘De horizontale werking van het discriminatieverbod. Een antropologische analyse’, *o.c.*, 43.

⁶⁹ *Ibid.*

zij zich te allen tijde ‘neutraal’ opstellen en laten leiden door overwegingen van algemeen belang bij het uitstippelen van hun leven. Zelfs indien zij zich hierbij baseren op negatieve stereotypen verbonden aan bepaalde kenmerken, behouden ze deze vrijheid. Het politiek correct denken speelt minder in private verhoudingen. Mensen hebben het recht voor zichzelf te kiezen; ook ‘domme keuzes’ vallen daaronder. Vrijheid is hier de regel; beperkingen de uitzondering.⁷⁰

ii) De horizontale doorwerking van het gelijkheidsbeginsel

De dominantie van het autonomiebeginsel binnen private rechtsverhoudingen is de laatste decennia echter onder druk komen te staan. Het besef dat burgers in hun streven naar economische, culturele en sociale zelfontplooiing niet enkel door de overheid, maar ook door hun medeburgers kunnen gehinderd worden, ligt hiervoor aan de grondslag.⁷¹ Het houdt volgens deze redenering weinig steek om enkel de overheid te verbieden een willekeurig onderscheid te maken, indien ook private personen of organisaties – vooral deze met een feitelijke machtspositie binnen de samenleving – in staat zijn om mensen hun kansen op zelfontplooiing te ontnemen, door hen bijvoorbeeld de toegang tot arbeid of bepaalde goederen en diensten te ontzeggen. Dit idee werd in België voor het eerst geconcretiseerd met de inwerkingtreding van de ‘Antiracismewet’ in 1981,⁷² dat slechts een beperkt toepassingsgebied kende, en werd gefinaliseerd met de stemming van de reeds vermelde ‘algemene’ Antidiscriminatiewet in 2003. Juridisch spreekt men van ‘*de horizontale doorwerking van het gelijkheidsbeginsel*’, ofwel de toepassing van het discriminatieverbod in private relaties.⁷³

De horizontale doorwerking van het gelijkheidsbeginsel maakt deel uit van een algemene evolutie, waarin internationale en grondwettelijke rechtsinstanties sinds de jaren ‘70 van de vorige eeuw de *positieve werking van fundamentele grondrechten* zijn gaan erkennen.⁷⁴ Zoals gezien, zijn grondrechten in essentie ‘verticaal’: ze beheersen de relatie burger-overheid en beschermen mensen tegen onverantwoord overheidsingrijpen.⁷⁵ Deze klassiek-liberale visie heeft de laatste decennia zijn overtuigingskracht verloren. Van de overheid wordt niet langer enkel verwacht dat zij zich afzijdig

⁷⁰ G. VANHEESWIJCK, ‘De horizontale werking van het discriminatieverbod. Een antropologische analyse’, *o.c.*, 43.

⁷¹ M. ADAMS, ‘Vrijheid of gelijkheid? De nieuwe Belgische antidiscriminatiewet en de soevereiniteit in eigen kring’, *o.c.*, 91.

⁷² Wet 30 juli 1981 tot bestraffing van bepaalde door racisme of xenofobie ingegeven daden, *B.S.* 8 augustus 1981.

⁷³ M. ADAMS, ‘Vrijheid of gelijkheid? De nieuwe Belgische antidiscriminatiewet en de soevereiniteit in eigen kring’, *o.c.*, 89.

⁷⁴ De positieve werking van bepaalde grondrechten werd voor het eerst erkend in het mijlpaalarrest ‘*Belgian linguistic case*’ van het EHRM in 1967- Zie EHRM 9 februari 1967, nr. 1474/62; 1677/62; 1691/62; 1769/63; 1994/63; 2126/64, *Case ‘Relating to certain aspects of the laws on the use of languages in education in Belgium’ v. Belgium*.

⁷⁵ J. VANDE LANOTTE en G. GOEDERTIER, *Handboek Belgisch Publiekrecht*, *o.c.*, 278-279.

houdt, maar dat zij ook actief ingrijpt om de grondrechten van mensen te beschermen tegen het onrechtmatig optreden van privépersonen. Hiervoor zijn enkele goede argumenten aan te halen. Eerst en vooral, indien bepaalde rechten werkelijk ‘fundamenteel’ zijn, dan doet het er vanzelfsprekend weinig toe of de schending uitgaat van een overheid of een burger.⁷⁶ Ten tweede, het feitelijk onderscheid tussen een overheid en private organisaties of ondernemingen is niet steeds even scherp. Vooral wanneer deze laatsten een sterke machtspositie binnen de samenleving innemen, kunnen ze net als overheden een bedreiging vormen voor andermans grondrechten.⁷⁷ Tot slot, wordt ook niet langer aanvaard dat overheden steeds vrijuit gaan wanneer een schending uitgaat van een privépersoon. Indien schendingen tot stand kunnen komen doordat de overheid dit toelaat, gedooft of gebrekkige bescherming biedt, pleegt zij ‘schuldig verzuim’ en is ze medeverantwoordelijk. Een ‘Pontius Pilatus’ houding van de overheid wordt niet langer aanvaard door mensenrechtelijke en grondwettelijke rechtsinstanties, zoals Velaers het treffend verwoordt.⁷⁸

Deze ‘positieve verplichtingen’ kunnen op twee manieren worden gerealiseerd. Enerzijds, kan de overheid een wetgevend kader scheppen waarin bescherming tegen de schending van een grondrecht door private personen wordt geboden, bijvoorbeeld door het sanctioneren van bepaalde gedragingen en het bieden van effectieve rechtsbescherming aan slachtoffers.⁷⁹ Op deze manier wordt ‘directe’ horizontale werking aan grondrechten verleend, zoals met de antidiscriminatiewetten gebeurd is. Anderzijds, wordt ook van de rechterlijke macht verwacht dat zij de wet steeds ‘grondwetsconform’ toepast.⁸⁰ Hoewel een rechtstreekse toetsing van de wet aan de grondwet in België enkel toekomt aan het Grondwettelijk Hof,⁸¹ kunnen (en moeten) ook ‘gewone’ rechters bij de interpretatie van normen rekening houden met de door de grondwet beschermde rechten en vrijheden. Vooral open normen, zoals het zorgvuldigheidsbeginsel (art. 1382 BW), de uitvoering van contracten te goeder trouw (art. 1134 BW) en de figuur van rechtsmisbruik lenen zich er bij uitstek toe om grondrechten in het privaatrecht te laten doorwerken. Op deze manier kan ook de rechtspraak ‘indirecte’ horizontale werking aan grondrechten verlenen, zelfs indien er geen specifieke wetgeving bestaat. Zo aanvaardde het Hof van

⁷⁶ J. VELAERS, ‘De horizontale werking van het discriminatieverbod in de discriminatiewet. Enkele constitutionele beschouwingen,’ *o.c.*, 290.

⁷⁷ *Ibid.*

⁷⁸ *Ibid.*

⁷⁹ J. VELAERS, ‘De horizontale werking van het discriminatieverbod in de discriminatiewet. Enkele constitutionele beschouwingen,’ *o.c.*, 293 en 296.

⁸⁰ J. VELAERS, ‘De horizontale werking van het discriminatieverbod in de discriminatiewet. Enkele constitutionele beschouwingen,’ *o.c.*, 293-294 en 297.

⁸¹ Art. 159 Gw. en art. 1 Bijzondere Wet 6 januari 1989 op het Grondwettelijk Hof, *B.S.* 7 januari 1989, gewijzigd door de Bijzondere Wet 21 februari 2010 tot aanpassing van verschillende bepalingen aan de benaming "Grondwettelijk Hof", *B.S.* 26 februari 2010.

Cassatie, reeds vóór de stemming van de Antidiscriminatiewet, dat een inbreuk door een particulier op het grondwettelijke gelijkheidsbeginsel een onrechtmatige daad in de zin van art. 1382 BW kan zijn.⁸²

Het ‘revolutionaire’ karakter van de Antidiscriminatiewet dient dus enigszins genuanceerd te worden. Reeds voordien, via een indirecte doorwerking van het gelijkheidsbeginsel bij de interpretatie van open normen in het privaatrecht, kon via de rechtspraak het ‘recht op gelijke behandeling’ (of compensatie voor een schending daarvan) worden afgedwongen.⁸³ Velen vonden dit echter niet toereikend en pleitten voor een expliciete wettelijke verankering van het discriminatieverbod in horizontale relaties, wat in België dus uiteindelijk gerealiseerd werd met de ‘algemene’ Antidiscriminatiewet in 2003. Dit was ook deels een juridische verplichting opgelegd door Europese richtlijnen, zoals we verder zullen zien. Volgens Vanheeswijck maakt de horizontalisering van het gelijkheidsbeginsel deel uit van een logische en onvermijdelijke evolutie van het recht, waarin de private sfeer steeds meer ‘publiek’ wordt gemaakt door particulieren in te schakelen in de realisatie van doelstellingen van algemeen belang.⁸⁴

⁸² J. VELAERS, ‘De horizontale werking van het discriminatieverbod in de discriminatiewet. Enkele constitutionele beschouwingen’, *o.c.* 297. Velaers verwijst in dit verband naar de verantwoording bij het amendement nr. 98 van H. Vandenberghe en M. De Schamphelaere, *Parl. St.*, Senaat, 1999-2000, 2-12/10, 2.

⁸³ Laurent Waelkens keert nog verder terug in de tijd en toont mooi aan hoe reeds in het Romeinse civiele recht sprake was van ‘*aequitas*’ of gelijke behandeling, op grond waarvan vrije burgers een *exceptio doli* konden invoeren en compensatie eisen voor het verbreken van ‘het aangeboren evenwicht’ tussen twee vrije burgers – zie L. WAELKENS, ‘Oude wijn in nieuwe vaten. Van de Romeinse vrijheid en gelijkheid naar het actuele discriminatieverbod’, in UFSIA, *Vrijheid en gelijkheid*, *o.c.*, 26.

⁸⁴ G. VANHEESWIJCK, ‘De horizontale werking van het discriminatieverbod. Een antropologische analyse’, *o.c.*, 43-44.

III. DE GROTE LIJNEN VAN HET BELGISCHE DISCRIMINATIERECHT EN VERGELIJKING MET NEDERLAND (*DE LEGE LATA*)

Na de probleemstelling en het onderzoeksopzet van deze thesis uiteengezet te hebben, het juridische discriminatiebegrip als onderzoeksobject conceptueel ontleed te hebben en de evolutie van het discriminatieverbod van een ‘norm van publiekrecht’ naar een ‘norm van privaatrecht’ summier geschetst te hebben, zijn we klaar om in het volgende luik de grote lijnen van het discriminatierecht in België te bespreken. Nadien vergelijken we de Belgische regelgeving met de Nederlandse ‘gelijkebehandelingswetgeving’ op die punten die relevant zijn voor het verdere verloop van deze thesis. Hiermee wordt getracht de eerste onderzoeksvraag van deze thesis te beantwoorden. Hier en daar zullen reeds enkele kritische bedenkingen worden gemaakt, die de lezer warm maken voor de rechtsfilosofische analyse in het volgende luik.

a) Wettelijk kader

i) Internationaal en Europees

Het discriminatierecht is uitgegroeid tot een gefragmentariseerd en gelaagd systeem dat zowel op internationaal als nationaal niveau vorm heeft gekregen. Op internationaal niveau zijn onder andere de antidiscriminatieclausules binnen de mensenrechtenverdragen relevant, zoals het Internationaal Verdrag inzake Burgerlijke en Politieke Rechten (BuPo)⁸⁵, het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (EVRM)⁸⁶ en het Handvest van de Grondrechten van de EU.⁸⁷ Het non-discriminatiebeginsel opgenomen in deze verdragen richt zich in beginsel tot de overheid, die het genot van rechten en vrijheden moet verzekeren ‘zonder onderscheid, op welke grond ook’. Deze normen zijn in zeer vage en algemene termen omschreven, zonder een limitatief aantal opgenomen discriminatiegronden, waardoor ze een ruim toepassingsgebied kennen. Door het verticale karakter van deze verdragen, kunnen burgers zich echter niet rechtstreeks op deze discriminatieverboden beroepen wanneer zij menen onterecht gediscrimineerd te worden door een privaat persoon, zodat deze clausules dan ook maar een beperkt belang hebben binnen het horizontale discriminatierecht. Van groter belang is het werk dat de laatste decennia binnen de Europese Unie is verricht, met de uitvaardiging van vier belangrijke

⁸⁵ Art. 26 BuPo.

⁸⁶ Art. 14 EVRM.

⁸⁷ Art. 20-21 Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie.

richtlijnen die discriminatie in private rechtsverhoudingen moeten bestrijden. Eerst en vooral, is er de 'Rasrichtlijn' (2000) die discriminatie op grond van ras en etnische afstamming in een ruim aantal maatschappelijke domeinen verbiedt.⁸⁸ Daarnaast is er de 'Kaderrichtlijn' (2000), die gericht is op discriminatie op grond van godsdienst of overtuiging, handicap, leeftijd of seksuele geaardheid in het domein van arbeidsbetrekkingen.⁸⁹ Tot slot zijn er twee richtlijnen die specifiek van toepassing zijn op geslachtsdiscriminatie in twee verschillende domeinen: arbeidsbetrekkingen (1976) en het aanbod van goederen en diensten (2004).⁹⁰ Zoals merkbaar, is het Europese discriminatierecht van primair belang in het domein van arbeidsbetrekkingen. Buiten het domein van arbeid bieden de richtlijnen enkel bijzondere bescherming tegen discriminatie op grond van 'ras', 'etnische afstamming' en 'geslacht'. Zowel de Belgische als Nederlandse antidiscriminatie wetten vormen de implementatie van deze Europese richtlijnen. De Belgische en Nederlandse wetgeving hebben, zoals we verder zullen zien, echter beide een ruimer toepassingsgebied dan de Europese richtlijnen, met als gevolg dat de wetgevers op de domeinen die buiten de werkingssfeer van het Europese recht vallen nog steeds een grote beleidsvrijheid hebben.

ii) Nationaal

Het gelijkheidsbeginsel in de Belgische Grondwet (art. 10 Gw.) wordt veelal in één adem met het non-discriminatiebeginsel genoemd (art. 11 Gw.). Deze beginselen bepalen dat er in België geen onderscheid van standen is, dat alle Belgen gelijk zijn voor de wet en dat het genot van toegekende rechten en vrijheden zonder discriminatie moet worden verzekerd. Net zoals in de internationale verdragen, gaat het hier om een eerder vaag en ruim omschreven beginsel van publiekrechtelijke aard dat louter de verhouding overheid-burger beheerst. Zoals gezien, begrenst het gelijkheids- en non-discriminatiebeginsel (zoals andere grondrechten) de overheidsmacht en legt deze positieve verplichtingen op aan de overheid, maar creëert het geen (rechtstreekse) rechten of plichten voor burgers in particuliere relaties.

⁸⁸ 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.

⁸⁹ 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.

⁹⁰ (1) Richtlijn 76/207/EEG van de Raad van 9 februari 1976 betreffende de tenuitvoerlegging van het beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen ten aanzien van de toegang tot het arbeidsproces, *PB. L.* 39, 14 februari 1976; zoals gewijzigd door Richtlijn 2002/73/EG van het Europees Parlement en de Raad van 23 september 2002 tot wijziging van Richtlijn 76/207/EEG van de Raad betreffende de tenuitvoerlegging van het beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen ten aanzien van de toegang tot het arbeidsproces, de beroepsopleiding en de promotiekansen en ten aanzien van de arbeidsvoorwaarden, *PB. L.* 5 oktober 2002; (2) Richtlijn 2004/113/EG van de Raad van 13 december 2004 houdende toepassing van het beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen bij de toegang tot en het aanbod van goederen en diensten, *PB. L.* 737, 21 december 2004.

Met de Belgische antidiscriminatie wetten werd rechtstreekse horizontale werking gegeven aan het grondwettelijk gewaarborgd gelijkheidsbeginsel en werden tevens de Europese richtlijnen geïmplementeerd. In België wordt het wettelijk kader op federaal niveau hoofdzakelijk gevormd door drie wetten, elk met een gelijkaardig begrippenapparaat en toepassingsgebied: de ‘Antiracismewet’ (1981), de ‘Genderwet’ (2007)⁹¹ en de algemene ‘Wet ter Bestrijding van Discriminatie’ (2007) die de oorspronkelijke Antidiscriminatie wet van 2003 vervangt (hierna: ‘WBD’). Daarnaast is er ook een specifieke wet die discriminatie op grond van type arbeidsovereenkomst verbiedt in het domein van arbeidsbetrekkingen, dewelke in het vervolg niet bijzonder zal worden toegelicht.⁹²

b) Het (federale)⁹³ Belgische discriminatierecht

Het discriminatieverbod in België bestaat uit drie constitutieve elementen: het begrip discriminatie (‘welke handelingen zijn verboden?’), discriminatiegronden (‘op basis van welke beschermde kenmerken mag men geen onderscheid maken?’) en het toepassingsgebied (‘in welke relaties mag men niet discrimineren?’).⁹⁴ Deze drie elementen worden hieronder toegelicht.

⁹¹ Wet 10 mei 2007 ter bestrijding van discriminatie tussen vrouwen en mannen, *B.S.* 30 mei 2007. Voordien was discriminatie op grond van geslacht uiteraard ook reeds verboden, maar werd ‘geslacht’ als discriminatiegrond enerzijds geregeld door de algemene Antidiscriminatie wet van 2003, en anderzijds door het specifieke wettelijke kader van de ‘Wet gelijke behandeling man-vrouw’ (Wet van 7 mei 1999 op de gelijke behandeling van mannen en vrouwen ten aanzien van de arbeidsvoorwaarden, de toegang tot het arbeidsproces en de promotiekansen, de toegang tot een zelfstandig beroep en de aanvullende regelingen voor sociale zekerheid, *B.S.* 19 juni 1999). Dit leidde tot heel wat toepassingsproblemen m.b.t. de precieze verhouding tussen beide wetten. Om deze reden werd met de ‘reparatiewet’ van 2007 een apart wettelijk kader voor geslachts- en genderdiscriminatie uitgewerkt. Zie P. FOUBERT, ‘Basisconcepten van de wet bestrijding discriminatie en haar verhouding tot andere discriminatieregels’, in M. DE VOS, E. BREMS, K. BERNAUW en M. DAMBRE (eds.), *De wet bestrijding discriminatie in de praktijk*, *o.c.*, 26.

⁹² Wet 5 juni 2002 betreffende het non-discriminatiebeginsel ten voordele van werknemers met een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd, *B.S.* 26 juni 2002.

⁹³ De decreten van de gemeenschappen en gewesten inzake gelijke kansen en discriminatiebestrijding worden in deze thesis buiten beschouwing gelaten. Voor Vlaanderen is vooral het ‘Gelijkekansendecreet’ van 2008 van belang, dat enerzijds op reactieve wijze discriminatie verbiedt in domeinen die onder de bevoegdheid van de Vlaamse Gemeenschap vallen en anderzijds een kader creëert waarbinnen het proactief gelijkekansenbeleid in Vlaanderen moet worden uitgewerkt (Decreet van 10 juli 2008 houdende een kader voor het Vlaamse gelijkekansen- en gelijkebehandelingsbeleid, *B.S.* 23 september 2008). De algemene antidiscriminatie wet van 2003 deed heel wat constitutionele vragen rijzen i.v.m. de bevoegdheidsverdeling in het federale België, aangezien de wet door haar ruime toepassingsgebied ook discriminatie verbiedt in aangelegenheden die tot de bevoegdheid van de gemeenschappen en gewesten behoren (zoals o.m. onderwijs en tewerkstellingsbeleid). Deze problematiek wordt hier verder niet besproken, zie in dit verband o.a.: J. VELAERS, ‘De horizontale werking van het discriminatieverbod in de antidiscriminatie wet. Enkele constitutionele beschouwingen’, *o.c.*, 298-305.

⁹⁴ P. FOUBERT, ‘Basisconcepten van de wet bestrijding discriminatie en haar verhouding tot andere discriminatieregels’, *o.c.*, 1.

i) Het begrip discriminatie

De WBD maakt een onderscheid tussen vijf vormen van discriminatie: (1) directe discriminatie, (2) indirecte discriminatie, (3) een weigering om redelijke aanpassingen te treffen voor personen met een handicap, (4) een opdracht geven tot discriminatie en (5) intimidatie.⁹⁵ Aangezien de twee laatste vormen kunnen worden beschouwd als wat we in deel II reeds ‘oneigenlijke discriminatie’ hebben genoemd, en het treffen van redelijke aanpassingen voor personen met een handicap slechts een bijzondere verschijningsvorm van het algemene discriminatiebegrip is, zullen we hieronder slechts aandacht besteden aan de begrippen ‘directe’ en ‘indirecte discriminatie’, die de kern uitmaken van het Belgische (en Europese) discriminatierecht.

(1) Direct onderscheid

De WBD omschrijft directe discriminatie als “een direct onderscheid op grond van een beschermd criterium dat niet gerechtvaardigd kan worden op grond van de wettelijke criteria”.⁹⁶ Meteen valt op dat de wet een onderscheid maakt tussen de concepten ‘onderscheid’ en ‘discriminatie’: een onderscheid wordt pas als discriminatie gekwalificeerd indien dit niet gerechtvaardigd kan worden volgens de wettelijke criteria en bijgevolg ongeoorloofd is. Dit is een verbetering ten opzichte van de oude Antidiscriminatiewet, waarin het conceptueel verschil tussen beide begrippen slechts impliciet vervat zat.⁹⁷ Op de concepten ‘beschermd criterium’ (discriminatiegrond) en ‘rechtvaardiging’ wordt later ingegaan, waardoor enkel het aspect ‘direct onderscheid’ nog overblijft.

Van een ‘*direct onderscheid*’ is er sprake wanneer iemand “ongunstiger is of wordt behandeld dan een ander in een vergelijkbare situatie, of zou worden behandeld op basis van één van de beschermde criteria”.⁹⁸ Hierin vallen drie elementen op: het moet gaan om een (1) ‘ongunstigere’ behandeling van een persoon, (2) ten opzichte van een andere persoon die zich in een ‘vergelijkbare situatie’ bevindt en (3) er moet een zeker ‘causaal verband’ zijn tussen de ongunstigere behandeling en het beschermde criterium.⁹⁹

⁹⁵ Art. 14 WBD, art. 12 Racismewet en art. 19 Genderwet.

⁹⁶ Art. 4, 7° WBD, art. 4, 7° Antiracismewet en art. 5, 6° Genderwet.

⁹⁷ C. BAYART en C. DEITEREN, ‘Direct en indirect onderscheid’, *o.c.*, 179-180.

⁹⁸ Art. 4, 6° WBD, art. 4, 6° Antiracismewet en art. 5, 5° Genderwet.

⁹⁹ C. BAYART en C. DEITEREN, ‘Direct en indirect onderscheid’, *o.c.*, 184.

(a) Ongunstigere behandeling

Direct onderscheid vereist eerst en vooral dat iemand ‘ongunstiger’ wordt behandeld dan een persoon die niet de drager van het beschermd criterium is. Een loutere ‘ongelijke behandeling’ is dus niet voldoende: men moet daarbovenop ook nog eens ‘ongunstiger’ behandeld worden, wat een zeker *nadeel* impliceert in vergelijking met een referentiepersoon. Op het element ‘vergelijkbaarheid’ wordt in de volgende paragraaf ingegaan. Een vrouwelijke werknemster die meent op grond van haar geslacht een bepaalde job niet gekregen te hebben, moet dus aantonen dat een man (die zich in een vergelijkbare situatie met haar bevindt) de job wél gekregen heeft of zou hebben. Uit deze definitie, volgt dat de juridische definitie van direct onderscheid overeenkomt met het rechtstheoretisch concept ‘formele gelijkheid’: gelijke gevallen moeten gelijk behandeld worden.¹⁰⁰ Conceptueel zou het dan ook logisch zijn mocht de ‘gelijke behandeling van ongelijke gevallen’, niet onder ‘directe discriminatie’ maar onder ‘indirecte discriminatie’ vallen. Hierover bestaat echter onduidelijkheid binnen de rechtspraak, wat er toe leidt dat het onderscheid tussen beide rechtsfiguren in de praktijk niet steeds duidelijk is.¹⁰¹

Strikt gezien zou zuivere segregatie niet onder ‘direct onderscheid’ kunnen vallen: het gaat hier immers om een verschil in behandeling, zonder dat dit verschil in behandeling echter leidt tot een ‘ongunstigere’ behandeling. Men kan denken aan het voorbeeld van Rosa Parks, of het voorzien van aparte zwembadruimtes voor moslims en niet-moslims. De Belgische wetgever heeft in de Memorie van Toelichting echter uitdrukkelijk aangegeven dat segregatie op grond van een beschermd kenmerk eveneens als een ‘ongunstigere behandeling’ moet worden beschouwd,¹⁰² waarmee zij zich uitdrukkelijk verzet tegen een ‘*separate but equal*’ rechtvaardiging en een andere weg volgt dan het Europese Hof van Justitie.¹⁰³

(b) Vergelijkbaarheid

Een tweede vereiste om van ‘direct onderscheid’ te kunnen spreken is dat de persoon die ongunstiger

¹⁰⁰ C. BAYART en C. DEITEREN, ‘Direct en indirect onderscheid’, *o.c.*, 185-187.

¹⁰¹ Zie bv. de rechtspraak van het Europees Hof van Justitie in *Murphy*, waarin het oordeelde dat de eiseres die weliswaar hetzelfde loon kreeg als haar mannelijke medewerker, voor werk dat volgens haar echter een ‘hogere waarde’ had dan het werk van haar collega, niet ‘ongunstiger’ behandeld werd en dus niet direct gediscrimineerd werd. (HvJ 4 februari 1988, nr. 157/86, *Mary Murphy and others v An Bord Telecom Eireann*). In de zaak *Brown* kwam het Hof van Justitie echter terug op deze rechtspraak en oordeelde ze dat het toepassen van dezelfde regel op onvergelijkbare gevallen eveneens directe discriminatie kan uitmaken. (HvJ 30 juni 1998, C-394/96, *Mary Brown v Rentokil Ltd*). Bayart en Deiteren bekritisieren deze interpretatie van directe discriminatie, dat volgens hen een interpretatie *contra legem* is en bovendien niet aansluit bij het theoretisch onderscheid tussen formele en materiële gelijkheid, dat conceptueel zou moeten aansluiten bij het onderscheid tussen directe en indirecte discriminatie. Zie C. BAYART en C. DEITEREN, ‘Direct en indirect onderscheid’, *o.c.*, 187.

¹⁰² M.v.T. bij het wetsontwerp ter bestrijding van bepaalde vormen van discriminatie, *Parl. St.* Kamer 2006-07, nr. 2722/001, 40.

¹⁰³ HvJ 10 maart 2005, nr. C-196/02, *Vasiliki Nikoloudi v Organismos Tilepikoinonion Ellados AE*. – Zie C. BAYART en C. DEITEREN, ‘Direct en indirect onderscheid’, *o.c.*, 223.

werd behandeld, zich in een ‘vergelijkbare situatie’ bevindt als een persoon die gunstiger werd behandeld en geen drager is van het beschermde kenmerk, ook wel de ‘referentiepersoon’ of ‘comparator’ genoemd. Vermits de wet stelt dat er sprake is van direct onderscheid indien een persoon ongunstiger wordt of *zou* worden behandeld dan iemand in een vergelijkbare situatie, is het niet noodzakelijk dat deze referentiepersoon ook effectief bestaat. Naast een actuele of historische referentiepersoon, kan de vergelijking ook plaatsvinden met een hypothetische referentiepersoon.¹⁰⁴ Louter op basis van een algemeen reglement of gehanteerde tarieven die een onderscheid maken op grond van een beschermd kenmerk (zoals leeftijdskortingen), kan men dus reeds spreken van een ‘direct onderscheid’. Het is niet vereist dat men aantoont dat een andere persoon die niet het beschermde kenmerk bezit, ook effectief gunstiger behandeld werd.

De delicate vraag is uiteraard wanneer iemand zich in een situatie bevindt die ‘vergelijkbaar’ is met die van een ander. Volgens de parlementaire voorbereiding zou de referentiepersoon op ‘relevante en pertinente punten’ vergelijkbaar moeten zijn met de (vermoedelijk) gediscrimineerde persoon.¹⁰⁵ Welke punten precies relevant en pertinent zijn, hangt af van de precieze doelstelling van de betrokken ongunstigere behandeling. Op het vlak van loondiscriminatie kan men onder meer denken aan criteria zoals functie, anciënniteit en type contract als ‘relevante en pertinente punten’. Bayart en Deiteren halen de ‘eliminatiemethode’ aan om tot een vergelijkbaarheidstoets te komen: hierbij worden alle factoren die een verschil in behandeling zouden kunnen rechtvaardigen onderzocht en geëlimineerd, tot er slechts één verklarende factor – het verboden onderscheidingscriterium – overblijft.¹⁰⁶

Een andere vraag die zich stelt, is binnen welke grenzen de vergelijking met een referentiepersoon moet worden gemaakt. Bevindt een vrouwelijke werknemster bij werkgever X zich in een vergelijkbare situatie met een mannelijke werknemer die hetzelfde soort werk verricht bij werkgever Y? Volgens Bayart en Deiteren kan er slechts sprake zijn van ‘vergelijkbaarheid’ indien de ongunstigere behandeling uit *dezelfde bron* voortvloeit, waarmee zij de basisregel die reeds bestaande is in het Europees loondiscriminatierecht doortrekken naar andere domeinen.¹⁰⁷ In het bovenstaande voorbeeld kan er dan ook enkel sprake zijn van direct onderscheid indien de ongelijke behandeling uitgaat van dezelfde werkgever.

Het belang en de rol van een vergelijkbaarheidstoets is omstreden. In de rechtspraak kan worden vastgesteld dat rechters niet steeds een vergelijkbaarheidstoets toepassen en meteen tot de rechtvaardigingsvraag overgaan (zie *infra*).¹⁰⁸ Soms is ook het omgekeerde het geval en wordt op een

¹⁰⁴ C. BAYART en C. DEITEREN, ‘Direct en indirect onderscheid’, *o.c.*, 189-190.

¹⁰⁵ Verslag LIBERT, *Parl. St. Kamer* 2006-07, nr. 2720/009, 75-76.

¹⁰⁶ C. BAYART en C. DEITEREN, ‘Direct en indirect onderscheid’, *o.c.*, 192.

¹⁰⁷ C. BAYART en C. DEITEREN, ‘Direct en indirect onderscheid’, *o.c.*, 191.

¹⁰⁸ C. BAYART en C. DEITEREN, ‘Direct en indirect onderscheid’, *o.c.*, 193-194.

kunstmatige manier tot ‘onvergelijkbaarheid’ besloten, net om de rechtvaardigingstoets te vermijden (bijvoorbeeld, om een onbillijke uitspraak te vermijden indien een gesloten systeem geen belangenafweging toelaat).¹⁰⁹ Dit heeft veel te maken met het gebrek aan consistentie en het ontbreken van een vast toetsingsschema binnen de rechtspraak. Naast deze pragmatische kritieken, vallen er ook meer inhoudelijke, normatieve bedenkingen te maken bij de vereiste van vergelijkbaarheid. Strikt gezien zou er immers onmogelijk sprake kunnen zijn van (direct) ‘onderscheid’ indien *iedereen* even slecht behandeld wordt. Van ‘ongunstigere’ behandeling is dan immers geen sprake meer: er is enkel nivellering naar beneden (*levelling down*). Hoewel de vergelijking met een comparator zinvol kan zijn om de ongeoorloofde behandeling te bewijzen, zou het volgens sommige auteurs geen *grondvereiste* van discriminatie mogen zijn.¹¹⁰ Niet zozeer het feit dat men ‘ongunstiger’ is of zou worden behandeld dan iemand anders, maar wel het feit men *onrechtvaardig* is behandeld op grond van bepaalde kenmerken is intrinsiek voor een discriminatieverbod.¹¹¹ Andere auteurs vinden het dan weer net een cruciaal element van het discriminatiebegrip, vermits een ‘ongunstigere’ behandeling net de kern van discriminatie vormt en dit automatisch vergelijking impliceert.¹¹² Deze verschillende visies weerspiegelen in essentie een verschil in visie op de onderliggende grondslag(en) van het non-discriminatiebeginsel en de rol die (formele of materiële) gelijkheid al dan niet speelt hierin. Hierop wordt verder ingegaan in het rechtsfilosofische luik van deze thesis.

(c) Causaal verband met discriminatiegrond

Tot slot moet er een *oorzakelijk verband* zijn tussen de ongunstigere behandeling en minstens één van de discriminatiegronden opgesomd in de wet.¹¹³ Een vrouw die meent gediscrimineerd te worden, moet niet enkel aantonen dat ze ongunstiger werd behandeld dan een man in een vergelijkbare situatie; ze moet ook aantonen dat ze gediscrimineerd werd *omdat* ze een vrouw is. De causaliteitsvereiste dient echter onderscheiden te worden van het motief van de dader: ‘opzet’ vormt immers geen essentieel bestanddeel van (directe of indirecte) discriminatie. Het opzettelijke karakter kan daarentegen wel een rol spelen in het bewijs van directe discriminatie en in sommige gevallen, wat de discriminatiegronden ras en geslacht betreft, zelfs tot een strafrechtelijke veroordeling leiden (zie *infra*).

¹⁰⁹ *Ibid.*

¹¹⁰ Zie onder andere: S. FREDMAN, *Discrimination law*, Oxford, Oxford University Press, 2011, 10; S. MOREAU, ‘The wrongs of unequal treatment’, in F. FARADAY (ed.), *Making equality rights real: securing substantive equality under the Charter*, Toronto, Irwin Law, 2009, 59; E. HOLMES, ‘Anti-discrimination rights without equality’, *The Modern Law Review*, 2005, vol. 68, (175), 186.

¹¹¹ E. HOLMES, ‘Anti-discrimination rights without equality’, *o.c.*, 186.

¹¹² Zie bijvoorbeeld M. BANTON, ‘Discrimination entails comparison’, in T. LOENEN en P. RODRIGUES (eds.), *Non-discrimination law: comparative perspectives*, *o.c.*, 107-117.

¹¹³ C. BAYART en C. DEITEREN, ‘Direct en indirect onderscheid’, *o.c.*, 195.

Tot causaliteit kan gemakkelijk worden besloten indien een bepaalde discriminatiegrond openlijk wordt gehanteerd of indien de maker van het onderscheid toegeeft dat het onderscheid op basis van de beschermde grond plaatsvond. In de rechtspraak worden discriminatiegronden ruim geïnterpreteerd: er kan ook sprake zijn van direct onderscheid indien een onderscheid wordt gemaakt op grond van criteria die onlosmakelijk verbonden zijn met het beschermde kenmerk.¹¹⁴ Zo werd aanvaard dat een ongunstigere behandeling omwille van zwangerschap een direct onderscheid op grond van geslacht uitmaakt, zelfs wanneer ‘zwangerschap’ nog niet expliciet als discriminatiegrond opgenomen was in de wet.¹¹⁵ Ook een ongunstigere behandeling die verband houdt met het dragen van een hoofddoek wordt als een direct onderscheid op grond van geloof beschouwd, tenzij wanneer dit kadert in een neutraliteitsbeleid dat men in het verleden consistent heeft uitgedragen.¹¹⁶

Vanzelfsprekend vallen ook stereotypen en vooroordelen onder het toepassingsgebied: indien men Noord-Afrikaanse jongeren de toegang tot een dancing ontzegt, niet omwille van hun ras of etniciteit op zich, maar wel op grond van het stereotype beeld dat jongeren met deze afkomst vaak problemen in het nachtleven veroorzaken, zal dit eveneens als een direct onderscheid op basis van ras of etniciteit worden beschouwd.¹¹⁷ Stereotypen zijn echter complex: ze zijn niet steeds negatief en kunnen zelfs rationeel, op basis van statistische gegevens of algemene kennis, tot stand komen. Nog complexer is het wanneer iemand zich niet laat leiden door stereotypen of vooroordelen die hij zelf persoonlijk deelt, maar die uitgaan van zijn klanten of gebruikers (zogenaamde ‘*client preferences*’).¹¹⁸ Ook hier wordt in het rechtsfilosofische luik verder op ingegaan.

Interessant is dat een slachtoffer van directe discriminatie niet effectief de drager van het beschermde kenmerk moet zijn. Ook onderscheid op grond van perceptie kan een direct onderscheid uitmaken.¹¹⁹ Zo valt te denken aan een heteroseksuele man die ongunstiger wordt behandeld omdat de discriminator er ten onrechte van uitgaat dat hij homoseksueel is: ook hier zal sprake zijn van direct onderscheid op grond van seksuele geaardheid. Hetzelfde valt te zeggen over onderscheid op grond van associatie: een heteroseksueel die de toegang tot een dancing wordt ontzegt omdat hij zich in het bijzijn van een homoseksueel bevindt, valt eveneens onder de beschermingsfeer van direct onderscheid.¹²⁰

¹¹⁴ C. BAYART en C. DEITEREN, ‘Direct en indirect onderscheid’, *o.c.*, 196.

¹¹⁵ Dit werd aanvaard door het Europees Hof van Justitie in de zaak Dekker – zie HvJ 8 november 1990, nr. C-177/88, *Elisabeth Johanna Pacifica Dekker v Stichting Vormingscentrum voor Jong Volwassenen (VJV-Centrum) Plus*. Thans stellen zowel de Richtlijn 76/207/EEG (zoals gewijzigd door Richtlijn 2002/73) als de Belgische Genderwet onderscheid op grond van ‘zwangerschap’ expliciet gelijk aan direct onderscheid op grond van ‘geslacht’ – zie art. 2.7 Richtlijn 76/207/EEG (zoals gewijzigd door Richtlijn 2002/73) en art. 4, § 1 Genderwet.

¹¹⁶ Arbrb. Tongeren (1e k.) nr. 11/2142/A, 2 januari 2013, *Limb.Rechtsl.* 2013, afl. 1, 55.

¹¹⁷ C. BAYART en C. DEITEREN, ‘Direct en indirect onderscheid’, *o.c.*, 197.

¹¹⁸ Zie in dit verband: A. WERTHEIMER, ‘Jobs, Qualifications and Preferences’, *Ethics*, 1983, 99-112.

¹¹⁹ Verslag LIBERT, *Parl. St. Kamer* 2006-07, nr. 2720/009, 41-42.

¹²⁰ Dit valt niet rechtstreeks uit de wet af te leiden, maar wordt wel bevestigd door het Europese Hof van Justitie in de zaak ‘Coleman’, waarin een werkneemster op grond van haar band met een gehandicapte man minder gunstig

Uit het bovenstaande volgt dat zeer snel tot ‘causaliteit’ tussen een ongunstigere behandeling en een discriminatiegrond besloten kan worden. Het is dan ook niet steeds noodzakelijk om op de figuur van indirect onderscheid terug te vallen als veiligheidsnet wanneer het onderscheid niet rechtstreeks op basis van een verboden criterium plaatsvindt. Hierdoor vervalt het rechtstheoretische onderscheid tussen direct en indirect onderscheid enigszins, wat niet onproblematisch is. Zoals verder zal worden besproken, is er voor direct onderscheid immers veel minder ruimte voor een open rechtvaardigingstoets dan bij indirect onderscheid. Nog complexer wordt het wanneer direct onderscheid op grond van verschillende discriminatiegronden plaatsvindt (‘intersectionaliteit’), zeker wanneer de rechtvaardigingsmogelijkheden verschillen naargelang de betrokken discriminatiegrond.¹²¹ Daarnaast kan er ook een bedenking van rechtsfilosofische aard worden gemaakt: als loutere ‘causaliteit’ (en niet zozeer ‘opzet’) volstaat om tot directe discriminatie te besluiten, dient *onbewuste* discriminatie dan niet evenzeer onder het verbod op directe discriminatie te vallen? Deze vraag snijdt een controversieel thema aan: het spanningsveld dat bestaat tussen een ‘deontologische’, op individuele verantwoordelijkheid gebaseerde benadering tegenover een zuiver ‘consequentialistische’, causale en op maatschappelijke rechtvaardigheid gebaseerde benadering. Op deze bedenkingen wordt uitgebreid teruggekomen in het rechtsfilosofische luik van deze thesis.

(2) *Indirect onderscheid*

De WBD omschrijft indirecte discriminatie als “indirect onderscheid op grond van een beschermd criterium dat niet gerechtvaardigd kan worden op grond van de wettelijke criteria”.¹²² Analoot aan het begrip ‘directe discriminatie’ wordt ook hier een conceptueel onderscheid gemaakt tussen ‘discriminatie’ en ‘onderscheid’.

Een *indirect onderscheid* doet zich voor wanneer “een ogenschijnlijk neutrale bepaling, maatstaf of handelwijze bepaalde personen, die gekenmerkt worden door een beschermd criterium, in vergelijking met andere personen bijzonder kan benadelen”.¹²³ Uit deze definitie vallen twee essentiële bestanddelen af te leiden: (1) een ogenschijnlijke neutrale bepaling, maatstaf of handelwijze en (2) een (mogelijke) bijzondere benadeling in vergelijking met andere personen die niet het beschermde criterium hebben.

werd behandeld. Men kan aannemen dat dezelfde conclusie moet worden doorgetrokken naar andere domeinen binnen de Belgische antidiscriminatiewetgeving, op zijn minst voor het gedeelte van de wet dat onder het toepassingsgebied van het Europees antidiscriminatierecht valt. (HvJ 17 juli 2008, nr. C-303/06, *S. Coleman v Attridge Law and Steve Law*)

¹²¹ J. H. GERARDS, ‘Gronden van discriminatie – de wenselijkheid van open en gesloten opsommingen’, *o.c.*, 159.

¹²² Art. 4, 9° WBD, art. 4, 9° Antiracismewet en art. 5, 8° Genderwet.

¹²³ Art. 4, 8° WBD, art. 4, 8° Antiracismewet en art. 5, 7° Genderwet.

Uit de Memorie van Toelichting blijkt dat indirecte discriminatie een dubbele functie vervult in het discriminatierecht. (1) Enerzijds, wordt via indirecte discriminatie getracht om ook zogenaamde ‘verkapte’ of verholde directe discriminatie aan te pakken.¹²⁴ Hierbij kan men denken aan een organisatie die bepaalde kledingvoorschriften oplegt onder het mom van ‘neutraliteit’, maar dit in de praktijk enkel doet om moslims uit een zaak te weren. Op deze manier tracht men het discriminatieverbod te ontlopen door geen rechtstreeks onderscheid op basis van ‘religie’ te maken, maar slechts een ogenschijnlijk ‘neutrale’ maatstaf te hanteren die voor iedereen hetzelfde is, doch in de praktijk vooral moslims treft. Moreel beschouwd is er in dit geval geen verschil tussen directe en indirecte discriminatie: indirecte discriminatie vervult slechts een ‘veiligheidsnet’ waarop slachtoffers en gerechtelijke instanties kunnen terugvallen wanneer het bewijzen van directe discriminatie moeilijk of onmogelijk is. (2) Anderzijds, dient het concept indirecte discriminatie ook om structurele achterstelling van bepaalde bevolkingsgroepen te bestrijden.¹²⁵ Hierbij kan worden gedacht aan het gebruik van fysieke geschiktheidscriteria die voor iedereen dezelfde zijn, maar die in de praktijk vooral vrouwelijke kandidaten benadelen omdat ze hoofdzakelijk op een mannelijke biologie afgesteld zijn. Een ander voorbeeld is het belonen van voltijdse werknemers, wat in de praktijk veelal vrouwen zal benadelen aangezien vrouwen statistisch gezien vaker dan mannen deeltijds werken. In deze tweede betekenis is er wel een sterk moreel verschil tussen directe en indirecte discriminatie: waar er voor directe discriminatie wordt gekeken naar het al dan niet geoorloofd karakter van de handeling, wordt indirecte discriminatie hoofdzakelijk beoordeeld vanuit de *feitelijke gevolgen*, los van het morele karakter van de handeling zelf. Waar het verbod op directe discriminatie hoofdzakelijk gericht is op discriminatie tussen individuen, beoogt het verbod op indirecte discriminatie dus eerder discriminatie tussen *groepen* te bestrijden. Indirecte discriminatie wordt in deze benadering veelal gelijkgesteld met het politiek-filosofisch concept van materiële gelijkheid.¹²⁶ Toch zijn beide concepten geen synoniemen: het verbod op indirecte discriminatie legt immers geen algemene plicht op aan bepaalde particulieren om ‘ongelijke gevallen ongelijk te behandelen’. De mogelijkheid blijft immers steeds bestaan dat een indirect onderscheid gerechtvaardigd wordt (zie *infra*). Auteurs die ‘echte’ materiële gelijkheid willen gerealiseerd zien, beschouwen deze mogelijkheid tot rechtvaardiging net als de grote tekortkoming van het huidige discriminatierecht.¹²⁷

Hieronder bespreken we de twee constitutieve bestanddelen van ‘indirect onderscheid’: een ‘ogenschijnlijk neutrale bepaling, maatstaf of handelswijze’ en ‘bijzondere benadeling’.

¹²⁴ M.v.T. bij het wetsontwerp ter bestrijding van bepaalde vormen van discriminatie, *Parl. St.* Kamer 2006-07, nr. 2722/001, 41.

¹²⁵ *Ibid.*

¹²⁶ D. DE PRINS, S. SOTTIAUX en J. VRIELINK, *Handboek discriminatierecht, o.c.*, randnummer 10.

¹²⁷ K. WENTHOLT, ‘Formal and substantive equal treatment: the limitations and the potential of the legal concept of equality’, in T. LOENEN en P. RODRIGUES, *Non-discrimination law: comparative perspectives, o.c.*, 56.

(a) Ogenschijnlijk neutrale bepaling, maatstaf of handelwijze

Noch de wet, noch de Europese richtlijnen preciseren wat onder een ‘ogenschijnlijk neutrale bepaling, maatstaf of handelwijze’ moet worden verstaan. Uit de Europese rechtspraak blijkt overigens dat een precieze aanduiding van deze neutrale maatstaf van ondergeschikt belang is om het bestaan van indirect onderscheid te bewijzen.¹²⁸ Hieruit kan worden afgeleid dat voor de vaststelling van indirect onderscheid vooral belang gehecht wordt aan de (mogelijke) benadeling die deze handeling voor een bepaalde bevolkingsgroep met zich meebrengt.¹²⁹ Een ‘neutrale bepaling, maatstaf of handelwijze’ wordt dan ook best ruim uitgelegd. Als voorbeelden kunnen worden aangehaald: neutrale kledingvoorschriften, toelatingstesten, een cao die een extra beloning toekent aan voltijdse werknemers voor gepresteerde overuren, taalvereisten, de verplichting om een handdruk te geven bij wijze van begroeting, een kermisattractie die niet aangepast is aan mensen met overgewicht, een gebouw dat niet toegankelijk is voor rolstoelpatiënten, het niet voorzien van vrouwentoiletten op een openbaar evenement¹³⁰, etc.

(b) Bijzondere benadeling

Hoewel de definitie van ‘indirect onderscheid’ impliceert dat ook hier een ‘vergelijkbaarheidstoets’ moet plaatsvinden, merkt men in de praktijk dat rechters zelden tot een dergelijke toets overgaan en louter onderzoeken of er sprake is van bijzondere *benadeling* van de ‘beschermd groep’.¹³¹ In de rechtsleer wordt gesteld dat de ‘vergelijkbaarheidstoets’ in het kader van het onderzoek naar indirect onderscheid werd vervangen door een ‘benadelingstoets’.¹³² De ‘beschermd groep’ is de groep waarvan al de leden drager zijn van een beschermd kenmerk, zoals bijvoorbeeld de groep ‘vrouwen’, ‘homoseksuelen’ of ‘allochtonen’. Hoewel het verbod op indirecte discriminatie erop gericht zou zijn om de structurele achterstelling van bepaalde groepen in de samenleving te bestrijden, worden vreemd genoeg echter ook de groepen ‘mannen’, ‘heteroseksuelen’ en ‘autochtonen’ beschermd tegen indirecte discriminatie door de Belgische antidiscriminatiewetten.

Om aan te tonen dat een beschermd groep in de samenleving bijzonder benadeeld wordt, dient te worden aangetoond dat de betrokken maatregel een *disproportionele impact* heeft of zou kunnen hebben op deze groep.¹³³ Opnieuw volstaat een louter potentiële bijzondere benadeling: zelfs indien een

¹²⁸ Zie bv. HvJ 27 oktober 1993, nr. C-127/92, *Dr. Pamela Mary Enderby v Frenchay Health Authority and Secretary of State for Health*, r.o. 15-19. Zie ook: C. BAYART en C. DEITEREN, ‘Direct en indirect onderscheid’, *o.c.*, 206.

¹²⁹ C. BAYART en C. DEITEREN, ‘Direct en indirect onderscheid’, *o.c.*, 207.

¹³⁰ Voor een interessant opiniestuk over geslachtsdiscriminatie bij het aanbod van mannen- en vrouwentoiletten, zie: J. VRIELINK en S. SOTTIAUX, ‘Discriminatoire urinoirs: ‘potty parity’ in België’, *De Juristenkrant*, 26 oktober 2011, 3.

¹³¹ C. BAYART en C. DEITEREN, ‘Direct en indirect onderscheid’, *o.c.*, 209.

¹³² *Ibid.*

¹³³ *Ibid.*

ogenschijnlijke neutrale maatregel nog niet werd uitgevoerd, kan er sprake zijn van indirect onderscheid. Het risico op een dergelijke impact is voldoende.¹³⁴

De focus op de feitelijke impact van een maatregel op de situatie van een kwetsbare groep, werd doorgetrokken in de bewijsregeling van indirecte discriminatie (zie *infra*).¹³⁵ Het ‘vermoeden’ van indirecte discriminatie kan immers worden bewezen door middel van (1) ‘algemene statistieken’ over de situatie van de groep waartoe het vermeende slachtoffer behoort of ‘feiten van algemene bekendheid’, (2) door het gebruik van een ‘intrinsiek verdacht criterium’, of, tot slot, (3) door ‘elementair statistisch materiaal’ waaruit een ongunstige behandeling blijkt.¹³⁶ In al deze gevallen is er weliswaar niet automatisch sprake van een schending van het discriminatieverbod: de bewijslast keert enkel om. De vermeende discriminator zal dan moeten aantonen dat er *in concreto* geen sprake is van een disproportionele impact, bijvoorbeeld door te bewijzen dat er evenveel mannen als vrouwen deeltijds tewerkgesteld zijn in het bedrijf. Slaagt hij daar niet in, dan rest hem nog steeds de mogelijkheid deze disproportionele impact te verantwoorden in de fase van de rechtvaardigingstoets (zie *infra*).

ii) Discriminatiegronden

Hoewel de WBD veelal als een ‘algemene’ antidiscriminatiewet wordt omschreven, beperkt de wet zich tot een limitatief aantal opgesomde discriminatiegronden. Een limitatief systeem impliceert automatisch een selectie van welbepaalde gronden, wat het gevaar van willekeur met zich meebrengt. Zoals reeds vermeld, oordeelde het Grondwettelijk Hof net daarom dat de oorspronkelijke Antidiscriminatiewet van 2003 zélf discriminerend was. Het Hof achtte het ongeoorloofd dat de wetgever bepaalde discriminatiegronden, meer bepaald ‘taal’ en ‘politieke overtuiging’, van het toepassingsgebied van de wet uitgesloten had.¹³⁷ Hierop vernietigde het de volledige limitatieve lijst, waardoor (het burgerlijke en procesrechtelijke luik van) de oorspronkelijke Antidiscriminatiewet gedurende enkele jaren plots een geheel ‘open opsomming’ kreeg, tegen de oorspronkelijke wil van de wetgever in.¹³⁸

Met de reparatiewetten van 2007, waarmee de Belgische wetgever eveneens meer aansluiting met de Europese richtlijnen zocht,¹³⁹ heeft de wetgever echter opnieuw voor een gesloten systeem geopteerd.

¹³⁴ C. BAYART en C. DEITEREN, ‘Direct en indirect onderscheid’, *o.c.*, 212.

¹³⁵ I. RORIVE en V. VAN DER PLANCKE, ‘Quels dispositifs pour prouver la discrimination ?’, in C. BAYART, S. SOTTIAUX. e.a. (eds.), *De nieuwe federale antidiscriminatiewetten in de praktijk*, *o.c.*, 448.

¹³⁶ Art. 28, § 3 WBD, art. 30, § 3 Antiracismewet en art. 33, § 3 Genderwet.

¹³⁷ Arbitragehof 6 oktober 2004, nr. 157/2004.

¹³⁸ D. DE PRINS, S. SOTTIAUX en J. VRIELINK, *Handboek discriminatierecht*, *o.c.*, randnummers 1129-1144. Voor het strafrechtelijke luik van de wet werd de limitatieve lijst echter behouden, dit omdat een open opsomming strijdig zou zijn met het legaliteitsbeginsel in strafzaken.

¹³⁹ C. BAYART en C. DEITEREN, ‘Direct en indirect onderscheid’, *o.c.*, 177.

Naast de discriminatiegronden ‘taal’ en ‘politieke overtuiging’, werd de lijst ook met andere gronden uitgebreid en werden bepaalde oorspronkelijke gronden ruimer omschreven. Het Belgische discriminatierecht biedt momenteel bescherming tegen discriminatie op basis van de volgende discriminatiegronden:¹⁴⁰

- Zogenaamd ras, nationaliteit, huidskleur, afkomst, nationale of etnische afstamming;
- Geslacht (en daarmee gelijkgesteld: zwangerschap, bevalling, moederschap, geslachtsverandering, genderidentiteit en genderexpressie);
- Leeftijd;
- Seksuele geaardheid;
- Burgerlijke staat;
- Geboorte;
- Vermogen;
- Geloof of levensbeschouwing;
- Politieke overtuiging;
- Syndicale overtuiging;
- Taal;
- Huidige of toekomstige gezondheidstoestand, een handicap, een fysieke of genetische eigenschap;
- Sociale afkomst;
- Arbeidsovereenkomst van bepaalde tijd.

Hoewel er herhaaldelijk voor gepleit werd door sommigen om van de wet een echte ‘algemene’ antidiscriminatiewet te maken dat alle mogelijke discriminatiegronden omvatte, werd er dus opnieuw voor een limitatieve lijst geopteerd.¹⁴¹ Hiermee geeft de wetgever aan dat zij bepaalde vormen van onderscheid expliciet afkeurt en dat zij de opgesomde discriminatiegronden als intrinsiek ‘verdacht’ beschouwt.¹⁴² In de Memorie van Toelichting verdedigt de wetgever de keuze voor welbepaalde discriminatiegronden door te wijzen op het ‘belang’ van de opgesomde gronden, waarbij zij zich rechtstreeks heeft geïnspireerd op de criteria die voorkomen in internationale instrumenten inzake mensenrechten.¹⁴³ Daarnaast benadrukt zij ook het belang van rechtszekerheid, dat volgens haar nog

¹⁴⁰ Art. 3 WBD, art. 3 Antiracismewet, art. 3-4 Genderwet en art. 3 Wet betreffende het non-discriminatiebeginsel ten voordele van werknemers met een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd.

¹⁴¹ J. VELAERS, ‘De horizontale werking van het discriminatieverbod in de discriminatiewet. Enkele constitutionele beschouwingen’, *o.c.*, 314.

¹⁴² J. VELAERS, ‘De horizontale werking van het discriminatieverbod in de discriminatiewet. Enkele constitutionele beschouwingen’, *o.c.*, 316.

¹⁴³ M.v.T. bij het wetsontwerp ter bestrijding van bepaalde vormen van discriminatie, *Parl. St. Kamer* 2006-07, nr. 2722/001, 16-17.

meer speelt in horizontale verhoudingen dan in verticale verhoudingen.¹⁴⁴ Tot slot wordt gewezen op het gevaar van een overdreven ‘juridisering’ van de samenleving indien de wet als grondslag zou dienen om een eindeloos aantal rechtsvorderingen in te leiden.¹⁴⁵ In de probleemstelling van deze thesis hebben we dezelfde bekommernissen geuit, maar volgens ons dienen deze risico’s in andere aspecten van het discriminatierecht gezocht te worden. Zoals we verder zullen zien, hebben rechtsonzekerheid en de uitholling van het discriminatiebegrip maar weinig te maken met de keuze voor een open of gesloten opsomming van discriminatiegronden.

De motivering van de wetgever weerhield het Grondwettelijk Hof er niet van om de limitatieve opsomming opnieuw strijdig met het gelijkheidsbeginsel te achten, in zoverre zij onderscheid op basis van ‘syndicale overtuiging’ van de beschermingsfeer uitsloot.¹⁴⁶ Ditmaal ging het Hof echter niet over tot een volledige vernietiging van de lijst met discriminatiegronden, maar besloot ze louter tot ‘ongrondwettigheid’. Concreet had dit tot gevolg dat de lijst moest worden uitgebreid met de betreffende grond, waar de wetgever ook gehoor aan gaf met de wet van 30 december 2009.¹⁴⁷ Belangrijk is dat dit niet een eenmalig incident hoeft te zijn: volgens Sottiaux heeft het Hof in zijn arrest een ‘openingsclausule’ voorzien dat de voorwaarden vastlegt waaraan nieuwe gronden moeten voldoen om aan de lijst van kenmerken te worden toegelaten.¹⁴⁸ Men kan dus niet in algemene termen stellen dat de huidige WBD de toets met het gelijkheidsbeginsel doorstaat: het blijft mogelijk dat het Hof in de toekomst, naar aanleiding van een nieuwe prejudiciële vraag, opnieuw oordeelt dat het ontbreken van bepaalde gronden ongrondwettig is.

Rond de keuze voor een gesloten lijst vallen heel wat principiële bedenkingen te maken. Waarom zou bijvoorbeeld geen bescherming worden geboden tegenover discriminatie op basis van een strafrechtelijk verleden? De praktijk wijst uit dat ook ex-veroordeelden zeer vaak louter op basis van hun strafblad ongunstiger worden behandeld op de arbeidsmarkt, wat hun re-integratie in de maatschappij bijzonder moeilijk maakt. Of wat gezegd van de moeilijkheden die ‘onaantrekkelijke’ mensen dagelijks ondervinden op tal van levensdomeinen? De benadeling van mensen die niet het winnende lot in de esthetische loterij hebben getrokken is misschien wel één van de meest onderbelichte vormen van

¹⁴⁴ M.v.T. bij het wetsontwerp ter bestrijding van bepaalde vormen van discriminatie, *Parl. St. Kamer* 2006-07, nr. 2722/001, 15.

¹⁴⁵ M.v.T. bij het wetsontwerp ter bestrijding van bepaalde vormen van discriminatie, *Parl. St. Kamer* 2006-07, nr. 2722/001, 16.

¹⁴⁶ GwH. 2 april 2009, nr. 64/2009.

¹⁴⁷ Art. 107 Wet 30 december 2009, *B.S.* 31 december 2009.

¹⁴⁸ J. VRIELINK en S. SOTTIAUX, ‘Discrimineert de Nederlandse discriminatiewet? De Nederlandse gelijkebehandelingswetgeving getoetst aan de rechtspraak van het Belgische Grondwettelijk Hof’, *o.c.*, 323. Het gaat om de volgende drie voorwaarden: (1) de gronden moeten ‘belangrijk’ zijn, wat er concreet op neer komt dat ze moeten voorkomen in internationale mensenrechtenverdragen, (2) de wetgever mag de betrokken grond niet uitdrukkelijk – en met redelijke, inhoudelijke argumenten – van het toepassingsgebied van de wet uitgesloten hebben en (3) er mag niet reeds voorzien zijn in gelijkwaardige bescherming tegen discriminatie op basis van de betrokken grond door middel van andere wetgeving.

structurele discriminatie in de samenleving, maar toch wordt ‘uiterlijk’ zelden als discriminatiegrond erkend. Het Belgisch discriminatierecht is wat dit betreft eerder de uitzondering dan de regel.¹⁴⁹ En wat met een compleet willekeurig en irrationeel onderscheid, dat niet aan één van de genoemde discriminatiegronden valt te linken? Wat als een werkgever niet kan kiezen uit drie kandidaten en hij beslist een lotje te trekken? Of iemand verkiest die voor dezelfde voetbalploeg supportert? Toegegeven, het zijn misschien niet de meest flagrante schendingen van de menselijke waardigheid, maar dat kan evenmin gezegd worden van een heleboel andere inbreuken op het discriminatieverbod. Hoewel de lijst met discriminatiegronden sinds 2003 aanzienlijk uitgebreid is, blijft de kritiek dat de antidiscriminatiewet zelf discriminerend is op het vlak van opgenomen discriminatiegronden enigszins overeind. Naar veel rechtsfilosofische argumenten voor de gekozen discriminatiegronden moet niet gezocht worden: zoals Gerards aanhaalt, wordt de keuze eerder gemaakt op basis van pragmatische en politiek getinte overwegingen dan dat zij gesteund is op diepgaande normatieve reflecties.¹⁵⁰ Lobbywerk, politieke druk en juridische slagkracht spelen hier een grote rol in. Het toevoegen van de discriminatiegrond ‘syndicale overtuiging’ in de WBD in 2009, nadat werknemersvertegenwoordigingen een succesvol annulatieberoep bij het Grondwettelijk Hof hadden ingesteld, is illustrerend wat dit laatste betreft. We komen hier verder op terug in deel V, waar we op basis van de argumenten in het rechtsfilosofische luik (en in het bijzonder, de libertaire kritieken t.a.v. discriminerende meerderheidsstelsels) zullen pleiten voor een open opsomming van discriminatiegronden, gekoppeld aan een engere invulling van het discriminatiebegrip.

iii) Toepassingsgebied

De WBD, de Antiracismewet en de Genderwet kennen een ruim en gelijklopend toepassingsgebied, dat een verregaande doorwerking van het discriminatieverbod in horizontale rechtsverhoudingen met zich meebrengt. *Grosso modo* kan worden gesteld dat het discriminatieverbod in drie maatschappelijke domeinen van toepassing is:¹⁵¹

- De toegang tot en het aanbieden van *goederen en diensten die publiekelijk beschikbaar zijn*;

¹⁴⁹ Voor zover mag worden aangenomen dat de generieke term ‘uiterlijk’ onder de opgenomen discriminatiegrond ‘fysieke eigenschappen’ kan worden gesitueerd. Hierover is geen rechtspraak bekend en ook de Memorie van Toelichting geeft geen nadere uitleg over de draagwijdte van dit begrip. De Nederlandse AWGB kent deze discriminatiegrond niet en ook in de Angelsaksische instrumenten worden ‘uiterlijk’ of ‘fysieke eigenschappen’ veelal van het toepassingsgebied uitgesloten – zie o.a. T. KHAITAN, *A theory of discrimination law*, o.c., 138; R. ARNESON, ‘What is wrongful discrimination?’, *San Diego Law Review*, 2006, 803-804.

¹⁵⁰ J. H. GERARDS, ‘Gronden van discriminatie – de wenselijkheid van open en gesloten opsommingen’, o.c., 152.

¹⁵¹ Art. 5 WBD, art. 5 Antiracismewet en art. 6 Genderwet.

- De *arbeidsbetrekkingen*, waaronder de voorwaarden voor de toegang tot het beroep, de arbeidsvoorwaarden, de beloning en de beëindiging van de arbeidsovereenkomst;
- De toegang tot en deelname aan (economische, sociale, culturele of politieke *activiteiten* aangeboden door) *verenigingen die publiekelijk toegankelijk zijn*.

Door de ruime omschrijving van ‘arbeidsbetrekkingen’ geeft de wetgever aan dat ongeveer het gehele terrein van arbeid onder de beschermingsfeer valt, van aanwerving tot arbeidsvoorwaarden en ontslag.¹⁵² Ook ‘publieke’ verenigingen, zoals sportclubs, jeugdbewegingen, vakbonden of politieke partijen, vallen onder het toepassingsgebied.¹⁵³ Van een ‘publieke’ vereniging is sprake indien deze vereniging voor een ruim publiek openstaat, doordat zij de voorwaarden tot lidmaatschap in algemene termen omschrijft.¹⁵⁴ Ook de activiteiten georganiseerd door een dergelijke vereniging zijn ‘publiek’ indien in beginsel iedereen die dat wenst eraan kan deelnemen, eventueel na het betalen van toegangsgeld. Zowel het ‘lidmaatschap’ van als ‘deelname aan activiteiten’ van publieke verenigingen valt dus onder de beschermingsfeer. Zuiver ‘besloten’ verenigingen en vergaderingen daarentegen, die gekenmerkt worden door een sterk *intuitu personae* karakter (zoals bijvoorbeeld een kaartenclub opgericht door vrienden of een serviceclub), ontsnappen aan de toepassing van de wet.¹⁵⁵ Van zodra men goederen of diensten aanbiedt aan het publiek, tot slot, dient men zich eveneens te houden aan de verplichten die voortvloeien uit het discriminatierecht. Dit zal steeds het geval zijn voor professionele handelaars en ondernemingen, maar ook niet-professionele personen kunnen gebruikelijk goederen of diensten aan het publiek aanbieden (bijvoorbeeld, wanneer iemand een product te koop aanbiedt op een openbare veilingsite zoals Ebay).

Hoewel het discriminatieverbod doorwerkt in horizontale verhoudingen, valt het meteen op dat niet álle particuliere relaties onder het toepassingsgebied vallen. Enkel particuliere rechtsverhoudingen die in zekere zin een *publiek karakter* hebben, d.w.z. waarbij een particulier zich tot het publiek richt, komen in het vizier.¹⁵⁶ Hiermee wil men voorkomen dat het discriminatieverbod de persoonlijke levenssfeer en de vrijheid van vereniging te sterk zou inperken. Voor wie er nog aan mocht twijfelen: bij het kiezen van onze vrienden, minnaars of echtgenoten mogen we ons nog steeds zo racistisch of discriminerend opstellen als we willen. Door zuiver ‘private’ horizontale relaties aan de beschermingsfeer van het verbod te onttrekken, wenst de wetgever de autonomie binnen eigen kring te vrijwaren. Indien je enkel een relatie wenst te hebben met een blank persoon omdat je gelooft dat anderskleurigen minderwaardig zijn, kan dit in moreel opzicht misschien even verwerpelijk zijn als andere vormen van discriminatie,

¹⁵² Art. 5, § 2 WBD, art. 5, § 2 Antiracismewet en art. 6, § 2 Genderwet.

¹⁵³ Art. 5, § 1, 8° WBD, art. 5, § 1, 8° Antiracismewet en art. 6, § 1, 8° Genderwet.

¹⁵⁴ J. VELAERS, ‘De antidiscriminatiewet en de botsing van grondrechten’, *o.c.*, 348.

¹⁵⁵ *Ibid.*

¹⁵⁶ J. VELAERS, ‘De antidiscriminatiewet en de botsing van grondrechten’, *o.c.*, 344.

maar de wetgever is terecht van mening dat mensen, binnen zekere grenzen, de vrijheid hebben om binnen hun eigen kring immoreel te handelen.

Het is opvallend dat het discriminatieverbod slechts in *één richting* geldt: werkgevers, verkopers en verenigingen kunnen discrimineren, maar werknemers, klanten en leden kunnen dit niet. Hiervoor kunnen uiteraard pragmatische redenen worden aangehaald: in de praktijk zou het zeer moeilijk zijn om te bewijzen dat een racistische consument niet bij een Marokkaanse verkoper wou kopen op grond van racistische motieven. Een meer principiële verklaring kan worden gegeven wanneer we aannemen dat ‘zelfrealisatie’ de onderliggende grondslag van het discriminatierecht is (zie *infra*). Het unidirectionele karakter van de non-discriminatieplicht kan dan begrepen worden vanuit de vaststelling dat voornamelijk deze plichtsdragers ‘*gatekeepers*’ zijn van waardevolle opportuniteiten,¹⁵⁷ zoals het genot van waardevolle goederen en diensten, werk, deelname aan het verenigingsleven, etc. Door het toepassingsgebied van de wet tot deze plichtsdragers te beperken, geeft de wetgever aan dat zij de verdeling van bepaalde rechtsgoederen (werkgelegenheid, consumptie, deelname aan het verenigingsleven) dusdanig belangrijk acht dat zij niet op basis van discriminerende overwegingen mogen worden verdeeld.¹⁵⁸

iv) Rechtvaardiging

Zoals reeds aangegeven, is er slechts sprake van discriminatie indien een direct of indirect onderscheid niet *gerechtvaardigd* is. We hebben reeds het verschil tussen ‘open’ en ‘gesloten’ systemen besproken, waarbij we opmerkten dat in de praktijk een combinatie van deels open en deels gesloten rechtvaardigingsregimes vaker lijkt voor te komen dan een zuiver open of gesloten systeem.

Ook in België kan worden gesproken van een ‘gemengd systeem’. Door de reparatiewetten van 2007, waarbij aansluiting werd gezocht met het Europese discriminatierecht, is het Belgische discriminatierecht voor bepaalde discriminatiegronden, met name ‘ras’ en ‘geslacht’, in overeenstemming met de Europese richtlijnen meer opgeschoven naar een ‘gesloten’ systeem, terwijl voor andere discriminatiegronden een (half)open systeem blijft domineren. De algemene proportionaliteitstoets blijft weliswaar het zwaartepunt van het huidige rechtvaardigingsregime. Hoewel de wetgever met enkele afwijkende, specifieke rechtvaardigingsgronden (zoals ‘wezenlijke en bepalende beroepsvereisten’ in het domein van arbeidsbetrekkingen) de indruk lijkt te wekken naar een meer gesloten systeem op te schuiven, gaat het in werkelijkheid om niet meer dan een concrete

¹⁵⁷ T. KHAITAN, *A theory of discrimination law, o.c.*, 209.

¹⁵⁸ J. H. GERARDS, ‘Gronden van discriminatie – de wenselijkheid van open en gesloten opsommingen’, *o.c.*, 149.

toepassing van de algemene proportionaliteitstoets.¹⁵⁹ In wat volgt wordt eerst de proportionaliteitstoets toegelicht, om vervolgens kort de specifiekere rechtvaardigingsgronden (‘wezenlijke en bepalende beroepsvereisten,’ redelijke aanpassingen’ en ‘positieve actie’) te bespreken. Nadien wordt bijzondere aandacht geschonken aan de rechtvaardigingsmogelijkheden voor onderscheid op grond van ras en geslacht, waarvoor een overwegend gesloten systeem geldt.

(1) *De algemene proportionaliteitstoets*

De WBD stelt dat een direct of indirect onderscheid ongerechtvaardigd is, tenzij dit onderscheid “objectief wordt gerechtvaardigd door een legitiem doel en de middelen voor het bereiken van dat doel passend en noodzakelijk zijn”.¹⁶⁰ De Genderwet en Antiracismewet kennen dezelfde mogelijkheid tot rechtvaardiging, maar enkel in zoverre het gaat om ‘indirect onderscheid’ of om ‘direct onderscheid op grond van geslacht in andere domeinen dan arbeidsbetrekkingen en het aanbod van goederen en diensten’ (zie *infra*).

Uit de Memorie van Toelichting kan worden afgeleid dat de wetgever de formulering in de Europese richtlijnen overgenomen heeft, die op zijn beurt geïnspireerd is door de klassieke rechtvaardigheidstoets die ook door het Europees Hof van Justitie en het Europees Hof voor de Rechten van de Mens wordt toegepast.¹⁶¹ In dit verband is het belangrijk om op te merken dat het toetsingsmodel waarvan de bovenvermelde hoven gebruik maken, niet zonder meer kan worden doorgetrokken naar horizontale verhoudingen. Deze hoven buigen zich immers over de vraag of een bepaalde handelswijze van een *overheid* al dan niet discriminerend is. Het spreekt voor zich dat een overheid die een ongelijke behandeling doorvoert, strenger beoordeeld zal worden dan een privépersoon die, zoals gezegd, niet de plicht heeft zich steeds neutraal op te stellen of een doel van algemeen belang na te streven. De Raad van State maakte deze bemerking reeds bij het ontwerp van de oorspronkelijke Antidiscriminatiewet van 2003: “Met particulieren is het anders gesteld: hun gedragingen zijn niet noodzakelijk rationeel en kunnen niet altijd beoordeeld worden aan de hand van het utilitaristische criterium van de ‘even grote of grotere doeltreffendheid’ (...). Bovendien zullen de particulieren in een democratische en pluralistische samenleving een verschillende kijk hebben op het begrip ‘algemeen belang’ (...).”¹⁶² Hieruit kan worden afgeleid dat de rechtvaardigingstoets uit het verticale discriminatierecht slechts ‘bij

¹⁵⁹ S. SOTTIAUX, ‘De rechtvaardigingsgronden in het federale discriminatierecht’, *o.c.*, 242-247.

¹⁶⁰ Art. 7 en art. 9, 1^e streepje WBD, art. 9 Antiracismewet voor indirect onderscheid op grond van ras en art. 15 Genderwet voor indirect onderscheid op grond van geslacht.

¹⁶¹ M.v.T. bij het wetsontwerp ter bestrijding van bepaalde vormen van discriminatie, *Parl. St.* Kamer 2006-07, nr. 2722/001, 50.

¹⁶² *Parl. St.*, Senaat, 1999-2000, 2-12/5, 8.

analogie' kan worden toegepast op het horizontale discriminatierecht.¹⁶³ De criteria die voor de overheid gelden moeten met andere woorden flexibeler worden toegepast op particulieren.

In wat volgt, worden de verschillende onderdelen van de proportionaliteitstoets toegelicht: de eerste twee stappen (pertinentie en noodzakelijkheid) hebben betrekking op de vereiste relatie tussen het gestelde doel en het middel (het onderscheid) dat daarvoor aangewend wordt. In de laatste stap (evenredigheidstoets *sensu stricto*) wordt nagegaan of dit middel, indien dit effectief kan bijdragen tot de realisatie van het gestelde doel, wel in verhouding staat tot dit doel.¹⁶⁴ Vooraleer de proportionaliteitstoets zelf aan te vatten, stellen de wetten uitdrukkelijk dat de rechter in de eerste plaats moet nagaan of het doel zelf wel legitiem is.

(a) Legitiem doel

Nergens in de wet of in de Memorie van Toelichting wordt toegelicht wanneer een doel als 'legitiem' moet worden beschouwd. Zoals reeds gezegd, dient deze vraag hoe dan ook minder streng te worden beoordeeld voor particulieren dan voor de overheid. Aangezien ook 'egoïstische belangen' legitieme doelstellingen kunnen zijn, dient hieruit te worden afgeleid dat er slechts zelden niet zal voldaan zijn aan deze eerste voorwaarde.¹⁶⁵ Zo kan worden gedacht aan het lokken van nieuwe klanten of het realiseren van een hogere omzet als legitieme doelstellingen voor een onderneming. Maar ook een onversneden racist kan legitieme belangen aanvoeren wanneer hij mensen met een andere huidskleur ongelijk behandelt, zoals het intact houden van zijn gewetensvrijheid. Enkel wanneer sprake is van 'discriminerende overwegingen', dit wil zeggen wanneer het onderscheid als doel heeft de persoon met het beschermd criterium te benadelen of schade te berokkenen, kan mogelijks sprake zijn van een ongerechtvaardigd doel.¹⁶⁶ In de praktijk valt dit uiteraard zeer moeilijk te bewijzen.

Indien het doel van het gemaakte onderscheid legitiem is, gaat men over tot de proportionaliteitstoets in ruime zin, waarin eerst en vooral het verband tussen het onderscheid en het gestelde doel wordt onderzocht door middel van respectievelijk de 'pertinentietest' en de 'noodzakelijkheidstest'.

(b) Pertinentie

Eerst en vooral zal de rechter nagaan of het middel – de ongelijke behandeling – wel 'passend' of *pertinent* is om het gestelde doel te bereiken. Het gaat hier met andere woorden om de vraag naar de

¹⁶³ J. VELAERS, 'De horizontale werking van het discriminatieverbod in de discriminatiewet. Enkele constitutionele beschouwingen', *o.c.*, 307.

¹⁶⁴ S. SOTTIAUX, 'De rechtvaardigingsgronden in het federale discriminatierecht', *o.c.*, 237.

¹⁶⁵ *Ibid.*

¹⁶⁶ *Ibid.*

effectiviteit van het middel. Men hoeft niet volstrekt te bewijzen dat de ongelijke behandeling ook effectief tot de realisatie van het doel zal leiden: het volstaat dat men ‘redelijkerwijze’ kan aannemen dat het middel hiertoe bijdraagt.¹⁶⁷ Opnieuw mag worden aangenomen dat voor de burger niet dezelfde mate aan effectiviteit en redelijkheid kan worden verwacht zoals geldt voor de overheid.¹⁶⁸ Zo mag een ondernemer wellicht in alle redelijkheid aannemen dat het toekennen van leeftijdskortingen tot een groter klantenbereik of een hogere omzet kan bijdragen. Men hoeft niet te bewijzen dat dit ook effectief het geval is.

(c) Noodzakelijkheid

Daarna wordt nagegaan of het middel ook *noodzakelijk* is om het gestelde doel te bereiken. Indien dit doel evenzeer kan worden bereikt door andere, minder ingrijpende middelen, is het gemaakte onderscheid niet noodzakelijk en bijgevolg niet gerechtvaardigd.¹⁶⁹ Men moet met andere woorden nagaan of er geen volwaardige en realistische alternatieven voor de ongunstigere behandeling voorhanden zijn. Soms komt deze beoordeling *de facto* neer op een belangenafweging, bijvoorbeeld indien een doeltreffend, niet-discriminerend alternatief voorhanden is dat echter een zwaardere financiële belasting vormt voor degene die het onderscheid maakt.¹⁷⁰ In dit geval begeeft de rechter zich op de grens tussen een noodzakelijkheidstoets en een proportionaliteitstoets in enge zin (zie *infra*), wat conceptuele verwarring mogelijk maakt. Om deze verwarring te vermijden, doet men er volgens ons goed aan om in de fase van de noodzakelijkheidstoets ook na te gaan of een doeltreffend alternatief *even efficiënt* is als het middel van de ongelijke behandeling. Enkel indien een alternatief middel voorhanden is dat even efficiënt is als het gemaakte onderscheid, kan er in dat geval sprake zijn van een schending van de noodzakelijkheidsvereiste.

Los van deze conceptuele vaagheid, kan men ook meer principiële bedenkingen maken rond het criterium van ‘noodzakelijkheid’. Voor een overheid is het vanzelfsprekend dat een ongelijke behandeling slechts gerechtvaardigd is voor zover dit noodzakelijk is om een doelstelling van algemeen belang te bereiken. Zoals gezien, is ‘gelijkheid’ immers de regel in het publiekrecht en zijn afwijkingen hierop de uitzondering. In het privaatrecht, waar het autonomiebeginsel sterk doorspeelt, is dit niet het geval. Waarom zou een onderscheid, dat een legitiem doel heeft en niet disproportioneel is met het nadeel dat iemand hierdoor ondervindt, dan evenzeer ‘noodzakelijk’ moeten zijn? Men kan moeilijk argumenteren dat evenementen zoals ‘*Ladies at the movies*’ of aerobiclessen uitsluitend voor vrouwen ‘noodzakelijk’ zijn om welk doel dan ook te bereiken, hoewel men zich in de rechtspraak soms in allerlei

¹⁶⁷ S. SOTTIAUX, ‘De rechtvaardigingsgronden in het federale discriminatierecht’, *o.c.*, 238.

¹⁶⁸ *Ibid.*

¹⁶⁹ *Ibid.* Zie ook M.v.T. bij het wetsontwerp ter bestrijding van bepaalde vormen van discriminatie, *Parl. St. Kamer* 2006-07, nr. 2722/001, 51.

¹⁷⁰ S. SOTTIAUX, ‘De rechtvaardigingsgronden in het federale discriminatierecht’, *o.c.*, 239.

bochten wringt om dit toch aan te tonen. Zo argumenteerde de uitbater van een fitnesscentrum dat uitsluitend vrouwelijke leden toeliet, dat de ongelijke behandeling tussen mannen en vrouwen ‘noodzakelijk’ was omdat veel vrouwen zich anders niet zouden durven inschrijven uit angst om ‘begluurd’ te worden, of dat de lessen en toestellen afgesteld waren op een ‘vrouwelijke biologie’.¹⁷¹ Vreemd genoeg haalt men net stereotype overwegingen aan om de noodzakelijkheid van het gemaakte onderscheid te staven. Het Hof van Beroep volgde het fitnesscentrum hierin, al haalt het weinig goede argumenten aan om tot de conclusie te komen dat dit onderscheid inderdaad ‘noodzakelijk’ was. Het onderscheid was volgens ons gerechtvaardigd, niet omdat het ‘noodzakelijk’ was, maar simpelweg omdat het niet disproportioneel was met het (zeer geringe) nadeel dat mannen hierbij ondervinden. In het rechtsfilosofische luik zal daarom een alternatief toetsingsmodel voorgesteld worden, waarin de noodzakelijkheid van het gemaakte onderscheid niet langer aangetoond moet worden.

(d) Evenredigheid *sensu stricto*

Tot slot gaat men in de laatste fase over tot een *belangenafweging*, ook wel de evenredigheidstest of proportionaliteitstest in enge zin genoemd. Het valt te betreuren dat deze laatste stap, die traditioneel deel uitmaakt van de klassieke rechtvaardigingstoets die door internationale en grondwettelijke rechtsinstanties wordt gehanteerd, niet expliciet in de nieuwe wetten wordt vermeld.¹⁷² Dit zou de coherentie en consistentie in de rechtspraak ten goede komen, aangezien rechters deze fase vaak verwarren met andere stappen van het toetsingsproces of hem simpelweg overslaan.¹⁷³ Toch maakt de evenredigheidstest *sensu stricto* volgens Sottiaux nog steeds onverkort deel uit van de rechtvaardigheidstoets, toch minstens in de mate dat dit criterium resulteert in een hogere bescherming tegen discriminatie.¹⁷⁴

Indien een ongelijke behandeling een legitiem doel heeft en het onderscheid ‘geschikt’ en ‘noodzakelijk’ is om dit doel te bereiken, wil dit niet zeggen dat het onderscheid automatisch gerechtvaardigd is. Het doel heiligt niet steeds de middelen. In deze laatste fase wordt daarom de vraag gesteld of de belangen

¹⁷¹ Luik 4 november 2014, onuitgegeven. Aangehaald in: J. VRIELINK en S. SOTTIAUX, ‘Fitness-segregatie dan toch geen discriminatie: separate but equal?’, *De Juristenkrant*, 2014, nr. 299, 3.

¹⁷² Art. 7 en art. 9, 1^e streepje WBD spreken immers enkel van een objectieve rechtvaardiging indien sprake is van een ‘legitiem doel’ en indien het middel voor het bereiken van dit doel ‘passend’ (geschikt) en ‘noodzakelijk’ is. Dit kan volgens Sottiaux verklaard worden doordat de evenredigheidstest *sensu stricto* niet voorkomt in de om te zetten Europese richtlijnen en het gegeven dat deze test onderontwikkeld is in de rechtspraak van het Europees Hof van Justitie. – S. SOTTIAUX, ‘De rechtvaardigingsgronden in het federale discriminatierecht’, *o.c.*, 240.

¹⁷³ S. SOTTIAUX, ‘De rechtvaardigingsgronden in het federale discriminatierecht’, *o.c.*, 240.

¹⁷⁴ *Ibid.* Uit de Memorie van Toelichting blijkt immers dat het ‘behoud van het acquis’ één van de krachtlijnen van de doorgevoerde hervormingen was (*Parl. St.* Kamer 2006-07, nr. 2720/001, 10). Aangezien in de rechtspraak en rechtsleer vóór de reparatiewet van 2007 werd aangenomen dat het criterium van evenredigheid tot de rechtvaardigheidstoets behoorde – wat impliciet uit de Memorie van Toelichting van de oorspronkelijke Antidiscriminatiewet van 2003 kon worden afgeleid – mag dan ook worden aangenomen dat de evenredigheidstest in strikte zin ook onder het huidige stelsel blijft bestaan.

van de persoon of onderneming die het onderscheid maakt, al dan niet opwegen tegen de belangen van het vermeende slachtoffer van discriminatie.¹⁷⁵ Men kijkt dus naar de concrete gevolgen van de ongelijke behandeling: slechts indien de gevolgen van de ongelijke behandeling *evenredig* zijn met het nagestreefde (legitieme) doel, zal er sprake zijn van een gerechtvaardigd onderscheid. Indien de nadelige gevolgen voor het slachtoffer echter niet opwegen tegen de belangen van de discriminator, zal er sprake zijn van ongerechtvaardigde discriminatie. Er vindt met andere woorden een belangenafweging *in concreto* plaats tussen ‘doel’ en ‘gevolgen’. Zo kan de weigering van een streng katholieke privéschool om een Joodse leerling te aanvaarden in het ene geval evenredig zijn met het nadeel dat de leerling hierbij ondervindt en in het andere geval niet, afhankelijk van de vraag of er al dan niet realistische alternatieven (bijvoorbeeld, een openbare school in de buurt) voorhanden zijn.¹⁷⁶

Noch in de huidige wet, noch in de parlementaire stukken wordt verder toegelicht hoe deze evenredigheidstest precies moet worden uitgevoerd. Tijdens de parlementaire voorbereidingen van de oorspronkelijke Antidiscriminatiewet werd nog gesteld dat er nooit sprake kan zijn van een evenredig verband indien de maatregel ertoe leidt dat een persoon in zijn ‘fundamentele rechten’ wordt geschonden, zelfs indien deze maatregel doeltreffend is en niet kan vervangen worden door een andere.¹⁷⁷ Dit vereiste werd niet herhaald bij de totstandkoming van de nieuwe wetgeving, waardoor het helemaal niet duidelijk is op basis van welke principes deze belangenafweging dient te gebeuren. Van pertinent belang zijn de volgende vragen: *welke belangen* moeten meespelen in de beoordeling en *welk gewicht* moet aan elk van deze belangen worden toegekend? In sommige gevallen kan men zich beroepen op concrete grondrechten die als ‘belang’ kunnen doorgaan, zoals de katholieke privéschool die zich op zijn godsdienstvrijheid en vrijheid van vereniging beroept om een homoseksuele leerkracht niet in dienst te nemen, terwijl de leerkracht daar de beknutting van zijn recht op vrije seksualiteitsbeleving (recht op privacy) tegen kan inbrengen. Maar welke belangen dient men in overweging te nemen wanneer géén concrete grondrechten in het geding zijn, zoals in het voorbeeld met de brillenverkoper? Kunnen klanten die zich gediscrimineerd voelen een beroep doen op het abstracte gelijkheidsbeginsel als ‘belang’? Wat is überhaupt de aard van het gelijkheidsbeginsel in horizontale verhoudingen? Is gelijke behandeling een grondrecht, dat op gelijke voet staat naast de klassieke vrijheidsrechten, zoals vrijheid van vereniging en godsdienstvrijheid, of is het eerder een onderliggende modaliteit van andere vrijheidsrechten? Hebben klanten een fundamenteel recht op gelijke kortingen?

¹⁷⁵ S. SOTTIAUX, ‘De rechtvaardigingsgronden in het federale discriminatierecht’, *o.c.*, 241.

¹⁷⁶ Voorbeeld aangehaald door J. VELAERS, ‘De antidiscriminatiewet en de botsing van grondrechten’, *o.c.*, 370-371. In het bovenstaande voorbeeld wordt bewust gekozen voor een privéschool, vermits de subsidiëring van een school uiteraard kan afhangen van vereisten van algemeen belang, waaronder de gelijke toegang tot het onderwijs. Zowel ten aanzien van leerlingen als leerkrachten is de keuzevrijheid van gemeenschapsscholen en vrije gesubsidieerde scholen zeer beperkt geworden – Zie Decreet 28 juni 2002 betreffende gelijke onderwijskansen, *B.S.* 14 september 2002; Decreet 27 maart 1991 betreffende de rechtspositie van sommige personeelsleden van het gesubsidieerd onderwijs en de gesubsidieerde centra voor leerlingenbegeleiding, *B.S.* 25 mei 1991.

¹⁷⁷ *Parl. St.* Senaat, 1999-2000, 2-12/15, 5.

En wat met de brillenverkoper? Kan hij aanvoeren dat zijn contractvrijheid of vrijheid van ondernemen wordt geschonden, of, meer abstract, dat hij onrechtmatig in zijn autonomie wordt beperkt? Of kijkt men louter naar de concrete gevolgen van een ongelijke behandeling voor beide partijen, los van abstracte principes en belangen? Maakt het daarbij uit hoe groot de korting precies is die aan oudere mensen wordt toegekend, of hoe groot het rendement is die de onderneming kan halen uit deze kortingen?

Veel vragen, maar de wet reikt geen antwoorden aan. Ook de rechtspraak brengt weinig duidelijkheid: rechters gaan zelden over tot een volledige en zuivere formulering van de verschillende elementen van de proportionaliteitstoets en vermengen de verschillende fasen ook vaak met elkaar.¹⁷⁸ Uit de rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens kan weliswaar worden afgeleid dat de ‘toetsingsintensiteit’ verschilt naargelang de betrokken discriminatiegrond en dat een strengere evenredigheidstoets zal plaatsvinden voor bijzondere ‘verdachte’ gronden, zoals ras, nationaliteit, geslacht en geloof.¹⁷⁹ In dat geval zullen enkel ‘bijzonder gewichtige redenen’ het gemaakte onderscheid kunnen verantwoorden. Maar verschillende niveaus van toetsingsintensiteit vertellen ons nog steeds niets over de inhoud van het toetsingsmodel. Er werd reeds vermeld dat de ‘vergelijkbaarheidstoets’ veelal wordt genegeerd in de praktijk en dat rechters soms meteen tot de rechtvaardigheidstoets overgaan. In dat geval, is het des te problematischer dat er weinig duidelijkheid bestaat rond de manier waarop de proportionaliteitstest moet worden uitgevoerd. ‘Proportionaliteit’ is een rekbaar begrip; belangenafwegingen zijn steeds subjectief. De wet beschrijft louter een (onvolledig) stappenplan dat zelden consistent wordt gevolgd in de rechtspraak. Er is geen enkele inhoudelijke *grondslag* aan de hand waarvan de reikwijdte van het discriminatieverbod kan worden afgemeten. Om deze reden, gaan we in het rechtsfilosofische luik op zoek naar een duidelijke ethische grondslag van het discriminatieverbod, van waaruit een concreet en ethisch gekleurd toetsingsschema kan worden afgeleid die minder ruimte laat voor subjectiviteit en belangenafweging dan de huidige proportionaliteitstoets.

(2) *Bijzondere rechtvaardigingen*

Hieronder wordt beknopt ingegaan op enkele bijzondere rechtvaardigingsgronden opgesomd in het

¹⁷⁸ S. SOTTIAUX, ‘De rechtvaardigingsgronden in het federale discriminatierecht’, *o.c.*, 236-241. Zie bijvoorbeeld de motivatie van het Hof van Antwerpen in de zaak van de brillenverkoper, dat zich in het kader van de rechtvaardigingstoets louter beperkte tot de vaststelling dat er ‘geen redenen’ kunnen aangevoerd worden om aan een dertigjarige consument een korting toe te staan van 30% en aan een tweeëndertigjarige een korting van 32% (zie *supra*).

¹⁷⁹ A. W. HERINGA, ‘Standards of review for discrimination. The scope of review by the Courts’, *o.c.*, 29-31. Dit werd voor het eerst geformuleerd door het EHRM in de *Belgian Linguistic Case* (1968), waarin het Hof stelt dat ‘*very weighty reasons*’ moeten worden aangevoerd om een onderscheid op grond van geslacht – dat als een ‘*suspect classification*’ wordt beschouwd – te rechtvaardigen (zie *supra*).

huidige discriminatierecht, die ofwel specifiek zijn voor een bepaald domein (arbeidsbetrekkingen) of een bepaalde discriminatiegrond (handicap), ofwel voor een specifiek doel worden aangewend (positieve actie).¹⁸⁰

(a) Wezenlijke en bepalende beroepsvereisten

Indien in het domein van arbeidsbetrekkingen een direct onderscheid wordt gemaakt op basis van bepaalde discriminatiegronden, kan dit onderscheid slechts gerechtvaardigd zijn indien de discriminatiegrond een ‘wezenlijke en bepalende beroepsvereiste’ is.¹⁸¹ Niet alle discriminatiegronden vallen onder dit specifiek rechtvaardigingssysteem: enkel de discriminatiegronden die de wetgever als ‘intrinsiek verdacht’ beschouwt in het arbeidsdomein, vallen onder de toets van wezenlijke en bepalende beroepsvereisten.¹⁸² Het gaat om de gronden ras, huidskleur, afkomst, afstamming, geslacht (en gronden daarmee gelijkgesteld), geloof, handicap, seksuele geaardheid en levensbeschouwing.¹⁸³ Direct onderscheid op basis van andere discriminatiegronden in het domein van arbeid kan worden gerechtvaardigd door de open proportionaliteitstoets.¹⁸⁴ Indirect onderscheid in het domein van arbeid, op welke grond ook, kent eveneens steeds een open rechtvaardigingssysteem.

Van een ‘wezenlijke en bepalende beroepsvereiste’ is volgens de wet sprake indien “een bepaald kenmerk, dat verband houdt met een beschermd criterium, vanwege de aard van de betrokken specifieke beroepsactiviteiten of de context waarin deze worden uitgevoerd, wezenlijk en bepalend is, en het vereiste berust op een legitieme doelstelling en evenredig is ten aanzien van deze nagestreefde doelstelling.”¹⁸⁵

¹⁸⁰ Enkele zeer specifieke rechtvaardigingsregimes vallen buiten het opzet van deze thesis en worden bijgevolg niet toegelicht. Het gaat onder meer om onderscheid op grond van geslacht in het verzekeringswezen (art. 10 Genderwet) en onderscheid op het vlak van aanvullende regelingen voor sociale zekerheid op grond van leeftijd (art. 12, § 2 WBD) en geslacht (art. 12, § 2-3 Genderwet).

¹⁸¹ Art. 8, § 1 WBD, art. 8, § 1 Antiracismewet en art. 13, § 1 Genderwet.

¹⁸² C. BAYART en I. BOSMANS, ‘De federale antidiscriminatiewetten en arbeidsbetrekking in de private sector’, in C. BAYART, S. SOTTIAUX e.a. (eds.), *De nieuwe federale antidiscriminatiewetten*, o.c., 566.

¹⁸³ Principieel geldt voor ‘leeftijd’ ook een gesloten systeem ingevolge art. 8, § 1 WBD, maar dit gesloten systeem wordt opnieuw opgeheven door een specifieke rechtvaardigingsgrond in art. 12, § 1 WBD dat een open rechtvaardigingstoets voorziet voor onderscheid op grond van leeftijd in arbeidsbetrekkingen. Dit artikel omschrijft bovendien ‘doelstellingen van het beleid op het terrein van de werkgelegenheid en de arbeidsmarkt’ als niet-limitatieve voorbeelden van ‘legitieme’ doelstellingen. Hiermee heeft de Belgische wetgever uitdrukkelijk gebruik gemaakt van de mogelijkheid waarin art. 6 van de Kaderrichtlijn voorziet voor lidstaten om een open rechtvaardigingstoets voor leeftijdsdiscriminatie in arbeidsbetrekkingen te behouden. Zie ook C. BAYART en I. BOSMANS, ‘De federale antidiscriminatiewetten en arbeidsbetrekking in de private sector’, o.c., 568-572.

¹⁸⁴ Het gaat meer bepaald om nationaliteit, leeftijd, burgerlijke staat, geboorte, vermogen, taal, sociale afkomst, fysieke of genetische eigenschap, politieke overtuiging en huidige of toekomstige gezondheidstoestand. – Zie C. BAYART en I. BOSMANS, ‘De federale antidiscriminatiewetten en arbeidsbetrekking in de private sector’, o.c., 566.

¹⁸⁵ Art. 8, § 2 WBD, art. 8 § 2 Antiracismewet en art. 13, § 2 Genderwet.

Daar waar de algemene proportionaliteitstoets om het even welk legitiem doel aanvaardt, worden in het kader van de arbeidsbetrekkingen dus enkel doelstellingen aanvaard die een zeker rationeel verband vertonen met de arbeidsactiviteit.¹⁸⁶ Van een dergelijk verband kan sprake zijn, zowel vanwege ‘de aard’ van de betrokken beroepsactiviteit als vanwege ‘de context’ waarin deze wordt uitgevoerd. Vooral in de culturele sector en in de reclamesector kan gedacht worden aan beschermde criteria die wezenlijke en bepalende beroepsvereisten uitmaken vanwege ‘de aard’ van de betrokken beroepsactiviteit.¹⁸⁷ Vanzelfsprekend zal het geen probleem zijn indien een filmproducent enkel zwarte acteurs zoekt om de rol van Marthin Luther King te spelen, of wanneer een modellenbureau uitsluitend vrouwen aanneemt om in vrouwelijke lingerie te poseren. Huidskleur en geslacht zijn vanwege de aard van de beroepsactiviteit wezenlijke en bepalende beroepsvereisten. Een beschermd criterium kan ook vanwege ‘de context’ waarin de beroepsactiviteit plaatsvindt een wezenlijke en bepalende beroepsvereiste zijn. Zo kan worden gedacht aan een katholieke school die eist van een leerkracht dat hij binnen de schoolmuren de katholieke grondslag (de ‘context’) van de school eerbiedigt en eraan meewerkt.¹⁸⁸ Hoewel deze voorwaarde geen verband houdt met de beroepsactiviteit zelf (het lesgeven), is het wel relevant voor de context waarin ze wordt uitgevoerd.

De wetgever heeft met de reparatiewetten van 2007 het criterium van ‘wezenlijke en bepalende beroepsvereisten’ nog eens geconcretiseerd voor ‘identiteitsgebonden instellingen’: dit zijn organisaties (scholen, zorginstellingen, jeugdverenigingen, etc.) met een religieuze of levensbeschouwelijke grondslag.¹⁸⁹ Wat hun personeel betreft, bepaalt dit artikel dat dergelijke organisaties een direct onderscheid op grond van geloof of levensbeschouwing mogen maken, voor zover het geloof of de levensovertuiging een wezenlijke, legitieme en gerechtvaardigde beroepsvereiste vormt, gelet op de grondslag van de organisatie. De WBD stelt dus expliciet dat geloof en levensbeschouwing legitieme functie-criteria kunnen zijn voor deze instellingen, op voorwaarde dat dit noodzakelijk is om hun religieuze of levensbeschouwelijke identiteit te behouden. Een direct onderscheid ten aanzien van personeel op grond van andere criteria dan geloof of levensbeschouwing valt niet onder de toepassing van deze bepaling, maar kan nog steeds gerechtvaardigd worden op grond van andere rechtvaardigingsmogelijkheden waarin de antidiscriminatiewetten voorzien.¹⁹⁰ Deze bepaling geldt

¹⁸⁶ S. SOTTIAUX, ‘De rechtvaardigingsgronden in het federale discriminatierecht’, *o.c.*, 243.

¹⁸⁷ *Ibid.*

¹⁸⁸ Of een school dit ook ‘buiten de schoolmuren’ van een leerkracht kan eisen, is minder duidelijk. Voorbeeld uitgebreid besproken door J. VELAERS, ‘De antidiscriminatiewet en de botsing van grondrechten’, *o.c.*, 363-369.

¹⁸⁹ Art. 13 WBD. Voor een algemene bespreking van deze rechtvaardigingsgrond voor identiteitsgebonden verenigingen, zie: D. CUYPERS, ‘Discriminatierecht in non-profitondernemingen: identiteitsgebonden ondernemingen en het arbeidsrecht’, in C. BAYART, S. SOTTIAUX e.a. (eds.), *De nieuwe federale antidiscriminatiewetten*, *o.c.*, 689-724.

¹⁹⁰ Art. 13, 1^e lid, *in fine* WBD.

enkel t.a.v. het personeel van identiteitsgebonden instellingen en niet t.a.v. andere personen, zoals leden, deelnemers, leerlingen, patiënten, etc.

In wezen is de vereiste van ‘wezenlijke en bepalende beroepsvereisten’ niet meer dan een striktere en meer gestructureerde variant van de algemene proportionaliteitstoets.¹⁹¹ De criteria ‘wezenlijk’ en ‘bepalend’ verwijzen duidelijk naar de meer algemene voorwaarden van ‘noodzakelijkheid’ en ‘pertinentie’ die in de algemene proportionaliteitstoets voorkomen. Daarnaast moet er nog steeds sprake zijn van een legitiem doel en moet ook hier het onderscheid evenredig blijven ten aanzien van dit doel. Het enige verschil is dat niet om het even welk legitiem doel aanvaard wordt: enkel de doelstellingen die verband houden met de aard of de context van de beroepsactiviteit mogen in overweging worden genomen.

(b) Redelijke aanpassingen

Indien een particulier een indirect onderscheid op grond van een handicap maakt, kan dit niet enkel worden gerechtvaardigd door middel van de algemene proportionaliteitstoets, maar ook door aan te tonen dat ‘geen redelijke aanpassingen’ konden worden getroffen.¹⁹² Onder ‘redelijke aanpassingen’ wordt verstaan: “passende maatregelen die in een concrete situatie en naargelang de behoefte worden getroffen (...), tenzij deze maatregelen een onevenredige belasting vormen voor de persoon die deze maatregelen moet treffen.”¹⁹³

Het criterium van ‘redelijke aanpassingen’ wordt soms beschouwd als een toepassing van een materiële gelijkheidsbenadering.¹⁹⁴ Deze gelijkschakeling gaat, net zoals voor de rechtsfiguur ‘indirect onderscheid’, opnieuw niet helemaal op: private personen en instellingen die zich in het rechtsverkeer begeven hebben immers nog steeds geen algemene plicht om ‘ongelijke gevallen ongelijk te behandelen’, of om speciale maatregelen te regelen voor personen met een handicap. De weigering om aanpassingen te treffen kan immers steeds gerechtvaardigd worden, indien men kan aantonen dat aanpassingen die de betrokken persoon in staat stellen om op een evenwaardige manier te participeren aan een bepaalde beroepsactiviteit *niet mogelijk* zijn ofwel een *onevenredige belasting* vormen.¹⁹⁵ Of een bepaalde belasting al dan niet onevenredig is, is een feitenkwestie. Hierbij kan worden gedacht aan een overdreven zware financiële of organisatorische belasting, rekening houdende met de concrete mogelijkheden en draagkracht van de persoon of organisatie. Het gaat dus slechts om een specifieke

¹⁹¹ S. SOTTIAUX, ‘De rechtvaardigingsgronden in het federale discriminatierecht’, *o.c.*, 242-243.

¹⁹² Art. 9, 2^o streepje WBD.

¹⁹³ Art. 4, 12^o WBD.

¹⁹⁴ Zoals door T. LOENEN, ‘Een wet zonder keuzes? Een beschouwing over de Belgische antidiscriminatiewet vanuit een Nederlands perspectief.’, *o.c.*, 798.

¹⁹⁵ J. VRIELINK, S. SOTTIAUX en D. DE PRINS, ‘De anti-discriminatiewet. Een artikelsgewijze analyse (Deel 1)’, *De Juristenkrant*, 2003, nr. 23, 269.

rechtvaardigingsgrond voor indirect onderscheid op grond van handicap; niet om een maatregel van positieve actie.¹⁹⁶ Dit wordt bevestigd doordat de wet stelt dat de beoordeling van de redelijkheid van de aanpassingen steeds *in concreto* dient te gebeuren.¹⁹⁷ Een werkgever heeft dus niet de algemene plicht de werkomgeving rolstoeltoegankelijk te maken, maar kan wel veroordeeld worden indien hij een sollicitant met een handicap niet in dienst neemt omdat het gebouw niet rolstoeltoegankelijk is, terwijl het geen onredelijke belasting was om hiervoor te zorgen. Men moet dus steeds nagaan of er een concrete *behoefte* aan aanpassingen voor personen met een beperking bestaat.¹⁹⁸ Pas indien dit het geval is, moet men nagaan of aanpassingen ook ‘mogelijk’ en ‘redelijk’ zijn. Preventief optreden is daarentegen niet verplicht.

Ook hier kan worden besloten dat het criterium van redelijke aanpassingen tot op zekere hoogte een striktere omschrijving van de algemene proportionaliteitstoets is. Aanpassingen zijn slechts redelijk indien zij ‘passend’ zijn en niet in ‘onevenredige belastingen’ resulteren, wat slechts een concretisering is van de vereisten van ‘pertinentie’ en ‘proportionaliteit in strikte zin’.¹⁹⁹

(c) Maatregel van positieve actie

Een laatste bijzondere rechtvaardigingsgrond, toepasselijk op zowel direct als indirect onderscheid, omvat een maatregel van positieve actie. Er is sprake van een maatregel van positieve actie indien het gaat om “specifieke maatregelen om de nadelen verband houdende met een van de beschermde criteria te voorkomen of te compenseren, met het oog op het waarborgen van een volledige gelijkheid in de praktijk.”²⁰⁰ Een gelijke of evenwichtigere samenstelling tussen mannen en vrouwen op de werkvloer of binnen bestuursraden is de meest bekende toepassing van een maatregel van positieve actie. In dit verband is het beter om van ‘positieve discriminatie’ te spreken, dat slechts één van de vele mogelijke maatregelen van positieve actie uitmaakt.²⁰¹ Door middel van positieve discriminatie probeert men de benadeling van bepaalde bevolkingsgroepen die drager zijn van een beschermd criterium te compenseren of voorkomen. Anders gesteld: door ongelijk te behandelen, wenst men een grotere gelijkheid in de praktijk te bekomen.

¹⁹⁶ J. VRIELINK, S. SOTTIAUX en D. DE PRINS, *Handboek discriminatierecht*, o.c., 268.

¹⁹⁷ Art. 9, 2^e streepje WBD spreekt immers van “passende maatregelen die *in een concrete situatie en naargelang de behoefte* worden getroffen”.

¹⁹⁸ J. VRIELINK, S. SOTTIAUX en D. DE PRINS, *Handboek discriminatierecht*, o.c. 268.

¹⁹⁹ S. SOTTIAUX, ‘De rechtvaardigingsgronden in het federale discriminatierecht’, o.c., 245-246.

²⁰⁰ Art. 4, 11^o WBD, art. 4, 11^o Antiracismewet en art. 5, 11^o Genderwet.

²⁰¹ M. DE VOS, ‘Positieve actie en discriminatie in het Europese en Belgische discriminatierecht’, in C. BAYART, S. SOTTIAUX e.a. (eds.), *De nieuwe federale antidiscriminatie wetten*, o.c., 302. Andere, minder ingrijpende voorbeelden van positieve actie zijn onder andere een gefocust diversiteitsbeleid, accommodatieprogramma’s, onderzoek naar de oorzaken van discriminatie, sensibilisatie, etc.

Net zoals het geval was met het criterium van ‘redelijke maatregelen’ gaat het ook hier niet om een ‘echte’ maatregel van positieve actie, maar slechts om een bijzondere, individuele rechtvaardigingsgrond.²⁰² Een werkgever die een groter evenwicht tussen mannen en vrouwen wil binnen het management en daarom beslist om enkel vrouwelijke kandidaten te weerhouden, kan zich op positieve discriminatie beroepen om dit te rechtvaardigen. Er rust echter *geen algemene plicht* op werkgevers om een dergelijk evenwicht na te streven. Bovendien zal ook een maatregel van positieve discriminatie, zoals elk ander onderscheid op grond van een beschermd criterium, slechts gerechtvaardigd zijn indien dit aan bepaalde voorwaarden voldoet. Deze voorwaarden zijn de volgende:²⁰³

- er moet een *kennelijke ongelijkheid* zijn;
- het *verdwijnen van deze ongelijkheid* moet worden aangewezen als een *te bevorderen doelstelling*;
- de maatregel van positieve actie moet van *tijdelijke aard* zijn en van die aard zijn dat hij verdwijnt zodra de beoogde doelstelling is bereikt;
- de maatregel van positieve actie mag *anderemans rechten niet onnodig beperken*.

De wet stelt daarbovenop dat de Koning via een besluit de situaties vastlegt waarin en de voorwaarden waaronder een maatregel van positieve actie kan plaatsvinden.²⁰⁴ Hiermee geeft de wetgever aan dat ze naar een meer gesloten systeem inzake positieve discriminatie wil evolueren, waarin de overheid – en niet de rechter – beslist in welke situaties positieve discriminatie geoorloofd is en in welke situaties niet. Tot op heden is van een dergelijk K.B. echter nog geen sprake, waardoor het rechtvaardigingssysteem van positieve discriminatie voorlopig dode letter blijft.²⁰⁵ Strikt gezien, is elke maatregel van positieve discriminatie op grond van een beschermd criterium waarin de WBD voorziet thans dus verboden,²⁰⁶ al is de uitwerking van een dergelijk K.B. momenteel wel in voorbereiding.²⁰⁷ Enkel positieve discriminatie op grond van geslacht kan momenteel gerechtvaardigd worden, aangezien hiervoor in het verleden reeds een specifiek K.B. werd uitgewerkt (zie *infra*). Een werkgever die vandaag een vacature zou voorbehouden voor allochtone sollicitanten om op deze manier meer diversiteit op de werkvloer te

²⁰² K. WENTHOLT, ‘Formal and substantive equal treatment: the limitations and the potential of the legal concept of equality’, *o.c.*, 56.

²⁰³ Art. 10, § 2 WBD, art. 10, § 2 Antiracismewet en art. 16, § 2 Genderwet.

²⁰⁴ Art. 10, § 3 WBD, art. 10, § 3 Antiracismewet en art. 16, § 3 Genderwet.

²⁰⁵ Zie i.v.m. het uitblijven van dit K.B.: UNIA (1 april 2009), ‘Positieve Actie-Maatregelen’ [WWW]. Unia: <http://unia.be/nl/wetgeving-aanbevelingen/aanbevelingen-van-unia/positieve-actie-maatregelen> [raadpleging op 7 april 2017]

²⁰⁶ M. DE VOS, ‘Positieve actie en discriminatie in het Europese en Belgische discriminatierecht’, *o.c.*, 329-330.

²⁰⁷ Vr. en Antw. Kamer, 7 december 2016, nr. 54/098, 385 (Vr. nr. 417 Catherine Fonck). Hiervoor worden de resultaten van een commissie van experts afgewacht die de huidige antidiscriminatie wetten moeten evalueren (KB van 18 november 2015 tot vaststelling van de samenstelling van de Commissie van experts, hun aanstelling en de vorm en concrete inhoud van het verslag dat voorgesteld moet worden tot uitvoering van artikel 52, § 3, van de wet van 10 mei 2007 ter bestrijding van bepaalde vormen van discriminatie, *B.S.* 12 december 2015).

bekomen, begaat dus steeds een verboden onderscheid op grond van afkomst. Of er in de toekomst werkelijk van een ‘gesloten’ rechtvaardigingssysteem voor positieve discriminatie sprake zal zijn, hangt af van de mate waarin de situaties en voorwaarden in het K.B. op een rigide, dan wel op een ruime manier omschreven worden.

Opnieuw kan in de rechtvaardigingstoets voor positieve discriminatie een parallel met de algemene proportionaliteitstoets worden vastgesteld. Het doen verdwijnen van een kennelijke ongelijkheid binnen de samenleving is slechts een concrete omschrijving van een ‘legitieme doelstelling’, terwijl de tijdelijke aard van de maatregel en het verbod op een onnodige beperking van andermans rechten kunnen worden beschouwd als een concretisering van de evenredigheidstoets in enge zin.²⁰⁸

Hoewel een maatregel van positieve discriminatie in het huidige discriminatierecht dus slechts een *mogelijkheid* is en *geen verplichting*, neemt dit niet weg dat de overheid in een aantal beperkte domeinen deze verplichting wél heeft opgelegd. Zo bepaalt de ‘genderquotawet’ dat in de toekomst minstens één derde van de leden van de raden van bestuur binnen beursgenoteerde vennootschappen van een ‘ander geslacht’ moet zijn dan de andere leden, waarmee *de facto* een verplichte minimumvertegenwoordiging van vrouwen binnen bestuursorganen wordt opgelegd aan deze vennootschappen.²⁰⁹ Ook binnen tal van overheidsinstellen en overheidsbedrijven gelden er tegenwoordig quota.²¹⁰ Deze maatregelen zijn toepassingen van werkelijke, resultaatgerichte positieve actie die volgens bepaalde auteurs aansluiten bij een meer materiële gelijkheidsbenadering.²¹¹ Positieve discriminatie in het huidige discriminatierecht vormt daarentegen slechts een ‘uitzondering’, een mogelijke rechtvaardigingsgrond voor bepaalde vormen van direct of indirect onderscheid, waarbij de uitvoerende macht bovendien op limitatieve wijze de situaties vastlegt waarin een maatregel van positieve discriminatie gerechtvaardigd kan zijn. Maatregelen van positieve discriminatie blijven dus principieel verboden, tenzij deze aan de wettelijke voorwaarden inzake legitimiteit en proportionaliteit voldoen en enkel wanneer het een situatie betreft die wordt opgesomd in het (tot op heden onbestaande) uitvoeringsbesluit.

²⁰⁸ S. SOTTIAUX, ‘De rechtvaardigingsgronden in het federale discriminatierecht’, *o.c.*, 246-247.

²⁰⁹ Art. 518bis, § 1 W. Venn., ingevoerd door de wet van 28 juli 2001 tot wijziging van de wet van 21 maart 1991 betreffende de hervorming van sommige economische overheidsbedrijven, het Wetboek van vennootschappen en de wet van 19 april 2002 tot rationalisering van de werking en het beheer van de Nationale Loterij teneinde te garanderen dat vrouwen zitting hebben in de raad van bestuur van de autonome overheidsbedrijven, de genoteerde vennootschappen en de Nationale Loterij, *B.S.* 14 september 2011.

²¹⁰ De wet van 28 juli 2011 legt quota op voor de bestuursorganen van genoteerde vennootschappen, autonome overheidsbedrijven en de Nationale Loterij (wet van 28 juli 2011, *B.S.* 14 september 2011). Het Koninklijk Besluit van 2 juni 2012 legt vrouwenquota vast voor de eerste twee niveaus binnen de overheid. Voortaan moet 1 op 3 topambtenaren een vrouw zijn. (KB 2 juni 2012 tot wijziging van het koninklijk besluit van 2 oktober 1937 houdende het statuut van het rijkspersoneel, *B.S.* 8 juni 2012)

²¹¹ K. WENTHOLT, ‘Formal and substantive equal treatment: the limitations and the potential of the legal concept of equality’, *o.c.*, 58-59.

Positieve discriminatie blijft een controversieel onderwerp. Terwijl sommige egalitaristen vinden dat het in zijn huidige vorm niet ver genoeg gaat, vinden anderen het manifest onrechtvaardig dat bepaalde mensen die toevallig tot een beschermde groep behoren bevoordeeld worden. Slechts weinig mannen zullen het acceptabel achten dat een vrouw met minder ervaring boven hen verkozen wordt voor een bepaalde functie, louter omdat ze een vrouw is. Sommige feministen zullen daartegen inbrengen dat vele vrouwen net minder ervaring hebben als gevolg van de eeuwenlange onderdrukking en gendergerelateerde stereotypen die ook vandaag nog leven, waardoor ze niet dezelfde startkansen als mannen hebben. Hoe ver moeten we echter gaan in dit gelijkheidsdenken? Er zijn ook aanzienlijk veel meer vrouwelijke dan mannelijke verplegers, wat evenmin moeilijk los te koppelen valt van heersende stereotypen rond ‘vrouwelijkheid’ en ‘mannelijkheid’. Kan positieve discriminatie in dit geval niet eveneens gerechtvaardigd zijn? Een mannelijke verpleger boven een vrouwelijke verkiezen, omdat er al zoveel vrouwelijke verpleegsters zijn? En wat met andere minderheidsgroepen die het moeilijker hebben binnen de samenleving? Als er met quota voor geslacht wordt gewerkt, waarom dan ook niet quota voor pakweg homoseksuelen of moslims vastleggen? Daarnaast wordt ook vaak gewezen op het gevaar dat dergelijke maatregelen net de heersende stereotypen kunnen versterken die het discriminatierecht juist tracht te bestrijden, doordat ze bijvoorbeeld het beeld bevestigen dat vrouwen niet op basis van eigen verdienste een hoge functie kunnen bemachtigen. Dit zijn slechts enkele aandachtspunten die rijzen in discussies rond positieve discriminatie. Ook hier wordt op teruggekomen in het rechtsfilosofische luik.

(3) Overwegend gesloten systeem voor discriminatiegronden ras en geslacht

Met de ‘reparatiewetten’ van 2007 wenste de wetgever tegemoet te komen aan enkele gebreken van de oorspronkelijke antidiscriminatiewetten, die de Europese richtlijnen niet correct implementeerden. Daar waar de oorspronkelijke wet grotendeels een ‘open systeem’ hanteerde, werken de Europese richtlijnen immers met een overwegend gesloten systeem.²¹² De beleidsvrijheid van de wetgever voor die rechtsgebieden die onder het toepassingsgebied van de richtlijnen vallen was dus beperkt.

Omwille hiervan, is het Belgische discriminatierecht voor de gronden ‘ras’ en ‘geslacht’ (en de gronden daaraan gerelateerd) met de reparatiewet van 2007 geëvolueerd naar een quasi volledig gesloten systeem. Opvallend hierbij is dat de wetgever ervoor gekozen heeft nog verder te gaan dan wat het Europese recht haar oplegt, door het gesloten systeem ook door te trekken naar die domeinen die niet onder het toepassingsgebied van de richtlijnen vallen (de deelname aan activiteiten en het lidmaatschap van economische, sociale, culturele of politieke publieke verenigingen) of door voor een volledig gesloten systeem te kiezen daar waar de richtlijnen een min of meer open systeem hanteren (direct

²¹² J. VRIELINK, ‘De horizontale werking van het discriminatieverbod in de discriminatiewet. Enkele constitutionele beschouwingen’, *o.c.*, 312-314.

onderscheid op basis van geslacht in het domein van goederen- en dienstenverkeer en arbeidsbetrekkingen).²¹³

Wat de discriminatiegronden ras, huidskleur, afkomst en nationale of etnische afstamming betreft, werkt de Antiracismewet in zijn huidige vorm met een volledig gesloten systeem voor elke vorm van direct onderscheid.²¹⁴ Commerciële datingsites die zich uitsluitend richten tot mensen met een donkere huidskleur zijn ingevolge het gesloten systeem dus principieel verboden.²¹⁵ Enkel in het domein van arbeidsbetrekkingen blijft de gemeenschappelijke rechtvaardigingsgrond ‘wezenlijke en bepalende beroepsvereisten’ gelden wat direct onderscheid betreft (opnieuw valt te denken aan het casten van zwarte acteurs voor bepaalde rollen).²¹⁶ Daarnaast kan een direct onderscheid op grond van ras en daaraan gerelateerde kenmerken in theorie ook gerechtvaardigd worden door een maatregel van positieve actie, al werd deze mogelijkheid ook hier afhankelijk gesteld van de uitvaardiging van een tot op heden onbestaand uitvoeringsbesluit.²¹⁷ In de andere gevallen heeft de rechter geen enkele beoordelingsvrijheid. Enkel een indirect onderscheid op grond van ras kan middels de algemene proportionaliteitstoets gerechtvaardigd worden.²¹⁸ Vreemd genoeg wordt voor de discriminatiegrond ‘nationaliteit’ dan weer een volledig open systeem gehandhaafd.²¹⁹

Ook voor de discriminatiegrond ‘geslacht’ en daaraan gerelateerde kenmerken wordt naar een grotendeels gesloten systeem opgeschoven indien het een direct onderscheid betreft in bepaalde domeinen. Direct onderscheid op grond van geslacht is steeds verboden in deze domeinen, behoudens de wettelijke uitzonderingen. Wat het aanbod van goederen en diensten betreft (1), kan een direct onderscheid enkel gerechtvaardigd zijn indien het gaat om goederen en diensten die ‘exclusief of essentieel bestemd zijn voor de leden van één geslacht’.²²⁰ Daarbovenop komt het enkel aan de Koning toe om op limitatieve wijze de goederen en diensten te bepalen die ‘exclusief’ of ‘essentieel’ zijn voor de leden van één geslacht.²²¹ Ook van dit K.B. is tot op heden nog geen sprake, waardoor moet worden besloten dat in theorie geen enkel direct onderscheid op grond van geslacht bij het aanbieden van goederen en diensten (met uitzondering van verzekeringen, waarvoor de wet een expliciete uitzondering

²¹³ S. SOTTIAUX, ‘De rechtvaardigingsgronden in het federale discriminatierecht’, *o.c.*, 255.

²¹⁴ Art. 7, § 1 Antiracismewet

²¹⁵ S. SOTTIAUX, ‘De rechtvaardigingsgronden in het federale discriminatierecht’, *o.c.*, 249.

²¹⁶ Art. 8, § 1 Antiracismewet

²¹⁷ Art. 10, § 1 en § 3 Antiracismewet

²¹⁸ Art. 9 Antiracismewet

²¹⁹ Art. 7, § 2 Antiracismewet

²²⁰ Art. 8 *j.*° art. 9, § 1 Genderwet

²²¹ Art. 9, § 2 Genderwet

voorziet)²²² gerechtvaardigd is.²²³ Strikt gezien zijn evenementen zoals *'Ladies at the movies'* of *'upperdare parties'* voor vrouwen vandaag de dag dus steeds verboden.²²⁴ Wat het domein van arbeidsbetrekkingen betreft (2), kan direct onderscheid op grond van geslacht volgens de wet gerechtvaardigd worden indien het geslacht een 'wezenlijke en bepalende beroepsvereiste' is, maar ook hier komt het enkel aan de Koning toe om op limitatieve wijze te bepalen in welke situaties dit het geval is.²²⁵ Opnieuw is de regering in gebreke gebleven om een dergelijk uitvoeringsbesluit uit te vaardigen, maar het oude K.B. van 8 februari 1979 blijft hier wel zijn werking behouden.²²⁶ Dit K.B. omschrijft zeer summier en op limitatieve wijze de beroepsactiviteiten waarin direct onderscheid op grond van geslacht toegelaten is.²²⁷ Het is opvallend dat de Genderwet in het domein van arbeidsbetrekkingen verder gaat dan wat de Europese richtlijnen voorschrijven en zelfs nog strikter is dan de Antiracismewet.²²⁸ Indien op arbeidsvlak een direct onderscheid op grond van geslacht wordt gemaakt, komt aan de rechter immers geen enkele beoordelingsvrijheid toe, daar waar dit wel mogelijk is voor de discriminatiegrond ras. De algemene proportionaliteitstoets is nog enkel toepasselijk in het domein van het verenigingsleven en de deelname aan activiteiten²²⁹ en in de gevallen waarin het een indirect onderscheid betreft.²³⁰ Ook hier blijft een maatregel van positieve actie eveneens een mogelijke rechtvaardigingsgrond indien deze maatregel onder één van de situaties valt opgesomd in een tot op heden onbestaand K.B.²³¹ In de tussentijd blijft het K.B. van 14 juli 1987 i.v.m. gelijke kansen voor mannen en vrouwen in de privésector wel zijn gelding behouden, waardoor tot op vandaag dus enkel positieve discriminatie op grond van geslacht wettig kan zijn.²³²

Voor de discriminatiegronden ras en geslacht kan besloten worden dat het Belgische discriminatierecht naar een bijzonder rigide en weinig elegant systeem is geëvolueerd, waarin weinig tot geen

²²² Art. 10 Genderwet. Voor een uitgebreide bespreking, zie: Y. THIERY, 'Verzekeren in tijden van gendergelijkheid - Een leidraad door rechtsonzeker gebied', in C. BAYART, S. SOTTIAUX e.a. (eds.), *o.c.*, 755-796.

²²³ Art. 9, § 3 Genderwet stelt immers dat de rechter bij gebreke van een dergelijk besluit de algemene proportionaliteitstoets dient toe te passen, maar dit slechts 'uiterlijk tot 21 december 2007'. Zie ook S. SOTTIAUX, 'De rechtvaardigingsgronden in het federale discriminatierecht', *o.c.*, 250. Overigens wordt vastgesteld dat rechters in de praktijk dit wel eens over het hoofd zien en toch tot een algemene proportionaliteitstoets overgaan. Voor een toepassing op fitnesscentra die hun 'diensten' uitsluitend aan vrouwelijke leden aanbieden, zie: J. VRIELINK en S. SOTTIAUX, 'Fitness-segregatie dan toch geen discriminatie: separate but equal?', *o.c.*, 3.

²²⁴ Al durven sommige rechters dit wel eens over het hoofd te zien. Zie in dit verband: J. VRIELINK en S. SOTTIAUX, 'Fitness-segregatie dan toch geen discriminatie: separate but equal?', *o.c.*, 3.

²²⁵ Art. 13, § 1 en § 3 Genderwet

²²⁶ KB 8 februari 1979 tot vaststelling van de gevallen waarin melding kan worden gemaakt van het geslacht in de toegangsvoorwaarden van een betrekking of een beroepsactiviteit, *B.S.* 16 februari 1979. Zie C. BAYART en I. BOSMANS, 'De federale antidiscriminatie wetten en arbeidsbetrekking in de private sector', *o.c.*, 576.

²²⁷ Het gaat onder meer om acteurs, toneelspelers, mannequins, modellen voor kunstwerken, etc.

²²⁸ S. SOTTIAUX, 'De rechtvaardigingsgronden in het federale discriminatierecht', *o.c.*, 253.

²²⁹ Art. 14 Genderwet

²³⁰ Art. 15 Genderwet

²³¹ Art. 16, § 1 en § 3 Genderwet.

²³² K.B. van 14 juli 1987 houdende maatregelen tot bevordering van gelijke kansen voor mannen en vrouwen in de privésector, *B.S.* 26 augustus 1987. Zie C. BAYART en I. BOSMANS, 'De federale antidiscriminatie wetten en arbeidsbetrekking in de private sector', *o.c.*, 573.

beoordelingsvrijheid aan rechters wordt overgelaten. In de domeinen waarin het gesloten systeem geldt, is er geen enkele ruimte voor de rechter om tot een evenredigheidstest over te gaan en mogelijke conflicterende belangen *in concreto* tegenover elkaar af te wegen. Het is hierbij allerm minst duidelijk hoe dit grote verschil in verschillende rechtvaardigingssystemen kan worden verantwoord. Waarom wordt voor sommige gronden een quasi volledig gesloten rechtvaardigingssysteem gehanteerd, terwijl andere gronden een (half)open systeem blijven behouden? Cru geschetst is het onder het huidige stelsel beter om homoseksuelen ongelijk te behandelen dan om zwarten ongelijk te behandelen. Als je weigert te verhuren aan een homoseksueel, maak je immers nog kans om dit te rechtvaardigen indien je kan aantonen dat dit onderscheid een legitiem doel heeft en noodzakelijk, pertinent en proportioneel is, terwijl dit niet mogelijk is voor de discriminatiegrond ras. Hoe kan een dergelijk verschil in rechtvaardigingssystemen naargelang de discriminatiegrond worden verantwoord? Uiteraard had de wetgever weinig keuze in de rechtsgebieden die onder het toepassingsgebied van de Europese richtlijnen vielen, maar zoals gezien heeft zij dit gesloten systeem ook doorgetrokken in andere gebieden waarin zij wél de beleidsvrijheid had om voor een flexibeler open systeem te opteren. Vanzelfsprekend kan dezelfde vraag ook worden gesteld aan de Europese normsteller. We kunnen niet anders dan besluiten dat de uiteenlopende rechtvaardigingssystemen in de huidige wetgeving een aanzienlijk verschil in behandeling tussen verschillende dragers van beschermde kenmerken met zich meebrengt, zonder dat het duidelijk is hoe dit verschil in bescherming objectief en redelijk kan worden verantwoord.²³³ Opnieuw kan met enig gevoel voor ironie worden vastgesteld dat een wet die discriminatie in horizontale relaties verbiedt, zelf het grondwettelijke gelijkheidsbeginsel onvoldoende lijkt te respecteren.

v) Handhaving

(1) Strafsancties en burgerlijke sancties

Hoewel de WBD in enkele strafbepalingen voorziet, blijft de wet hoofdzakelijk burgerrechtelijk van aard.²³⁴ Het is hierbij opvallend dat niet de ‘eigenlijke discriminatie’ zelf, maar wel de ‘oneigenlijke discriminatie’ strafbaar werd gesteld. Enkel op het *aanzetten* tot discriminatie, haat, geweld of segregatie wegens een van de beschermde criteria staan strafrechtelijke sancties.²³⁵ ‘Eigenlijke discriminatie’ wordt hoofdzakelijk door middel van burgerrechtelijke en arbeidsrechtelijke sancties gesanctioneerd. Meer

²³³ S. SOTTIAUX, ‘De rechtvaardigingsgronden in het federale discriminatierecht’, *o.c.*, 255-256.

²³⁴ J. VRIELINK, S. SOTTIAUX en D. DE PRINS, ‘De anti-discriminatiewet. Een artikelsgewijze analyse (Deel 2)’, *o.c.*, 299.

²³⁵ Art. 22 WBD. Daarnaast wordt ook opzettelijke ‘eigenlijke’ discriminatie strafbaar gesteld indien dit uitgaat van bijzondere personen, zoals openbare officieren of ambtenaren (art. 23 WBD).

specifiek gaat het om de nietigheid van contractuele bedingen,²³⁶ de stakingsvordering met eventuele dwangsom, bescherming tegen represaille-ontslag en de vordering tot een contractuele of buitencontractuele schadevergoeding.²³⁷ Schadevergoeding kan bekomen worden overeenkomstig het gemeenrecht, maar de wetten voorzien eveneens in de bijzondere mogelijkheid voor het slachtoffer om een forfaitaire schadevergoeding te bekomen, waardoor de werkelijke omvang van de schade niet langer bewezen moet worden.²³⁸ Zoals opgemerkt door verschillende auteurs, is het merkwaardig dat het intentiedelict wordt gecriminaliseerd, maar het delict zelf niet.²³⁹ Weigeren te verhuren aan iemand op grond van een beschermd criterium is niet strafbaar, maar anderen aanzetten om aan dergelijke personen niet te verhuren is dat wel. Volgens diezelfde auteurs zou dit principe op gespannen voet staan met het proportionaliteitsbeginsel in strafzaken: aan meningen komt immers een grotere bescherming toe dan aan feitelijke gedragingen.²⁴⁰

De Antiracismewet blijft daarentegen gedeeltelijk een echte strafwet, die ‘opzettelijke’ eigenlijke discriminatie strafbaar stelt in het domein van arbeidsbetrekkingen en bij het publiekelijk aanbieden van goederen of diensten.²⁴¹ Zowel directe als indirecte discriminatie kunnen in theorie opzettelijk zijn,²⁴² al zal er slechts sprake zijn van opzettelijke indirecte discriminatie voor zover het gaat om een ‘verkapte’ vorm van directe discriminatie waarbij bewust een neutraal criterium wordt gehanteerd om het

²³⁶ Waarbij de nietigheid enkel betrekking heeft op het discriminatoire onderscheid, niet op het volledige beding zelf. Er is dus sprake van een ‘levelling up’ van voordelen – zie C. BAYART en I. BOSMANS, ‘De federale antidiscriminatiewetten en arbeidsbetrekkingen in de private sector’, *o.c.*, 582.

²³⁷ Art. 15-20 WBD. Voor een uitgebreide bespreking van de burgerrechtelijke sancties, zie : P. TAELEMAN, ‘Het handhavingsrecht van de wet bestrijding discriminatie’, in M. DE VOS, E. BREMS, K. BERNAUW en M. DAMBRE (eds.), *De wet bestrijding discriminatie in de praktijk*, *o.c.*, 203-248.

²³⁸ Art. 18, § 1-2 WBD, art. 16, § 1-2 Antiracismewet en art. 23, § 1-2 Genderwet. De forfaitaire vergoeding voor morele schade bedraagt 650 tot 1300 euro. In het geval dat discriminatie plaatsvindt in het kader van arbeidsbetrekkingen, wordt de vergoeding voor materiële en morele schade forfaitair vastgelegd op het brutoloon voor 6 maanden.

²³⁹ J. VRIELINK, S. SOTTIAUX en D. DE PRINS, ‘De anti-discriminatiewet. Een artikelsgewijze analyse (Deel 2)’, *o.c.*, 297. Zie ook J. VELAERS, ‘De horizontale werking van het discriminatieverbod in de discriminatiewet. Enkele constitutionele beschouwingen’, *o.c.*, 321.

²⁴⁰ Deze kritiek moet met de nieuwe reparatiewet van 2007 echter genuanceerd worden. Daar waar de oorspronkelijke wet immers zowel ‘aanzetten tot discriminatie’ als ‘openlijk het voornemen om discriminatie te plegen te kennen geven’ criminaliseerde (art. 6, § 1 oude Antidiscriminatiewet 2003), heeft de huidige wet enkel de eerste gedraging als misdrijf behouden. Onder de oude wet kon iemand die bijvoorbeeld een zoekertje plaatste in de lokale krant waarin hij meedeelde op zoek te zijn naar een ‘blanke’ huurder strafrechtelijk veroordeeld worden, terwijl dit niet kon voor iemand die effectief enkel aan blanken verhuurde (zonder dit publiekelijk te verkondigen). De nieuwe wet heeft – na vernietiging door het Grondwettelijk Hof in hetzelfde reeds vernoemde arrest van 6 oktober 2004 – echter enkel het ‘aanzetten tot haat en discriminatie’ als misdrijf behouden; het ‘te kennen geven van een voornemen tot discriminatie’ is weggefallen. M.i. bestaan er wel degelijk goede argumenten om ‘aanzetten tot haat en discriminatie’ zwaarder te veroordelen dan de discriminatie zelf. Zoals we in het ethisch luik zullen zien, zal ‘werkelijke’ discriminatie immers slechts zelden intrinsiek immoreel zijn, in tegenstelling tot zogenaamde uitingsdelicten die vaak gepaard gaan met vijandigheid of *animus* ten aanzien van bepaalde bevolkingsgroepen. Uiteraard treedt hierbij een spanningsveld op met de vrijheid van meningsuiting. Zie in dit verband uitgebreid: J. VRIELINK, *Van haat gesproken? Een rechtsantropologisch onderzoek naar de bestrijding van rasgerelateerde uitingsdelicten in België*, Antwerpen, Maklu, 2010, 770p.

²⁴¹ Art. 24-25 Antiracismewet.

²⁴² Art. 19 Antiracismewet.

discriminatieverbod te omzeilen.²⁴³ Ook de Genderwet werd in 2014 tot een gedeeltelijke strafwet omgevormd: opzettelijke discriminatie op grond van geslacht kan voortaan eveneens strafrechtelijk gesanctioneerd worden indien dit plaatsvindt in het domein van arbeidsbetrekkingen of bij het publiekelijk aanbieden van goederen of diensten.²⁴⁴ Naast de strafsancities, blijven uiteraard ook de burgerrechtelijke sancties behouden in beide wetten.²⁴⁵ In tegenstelling tot de WBD, dat enkel het ‘aanzetten tot’ criminaliseert en de werkelijke discriminatie louter als een civielrechtelijke fout behandelt, wordt werkelijke discriminatie in de Genderwet en Antiracismewet dus zowel strafrechtelijk als civielrechtelijk gehandhaafd.

Het is opnieuw moeilijk zoeken naar een verantwoording voor het verschil tussen burgerrechtelijke en strafrechtelijke sancties naargelang de betrokken discriminatiegrond. In de Memorie van Toelichting bij het wetsontwerp van 2014, dat van de Genderwet gedeeltelijk een strafwet maakt, wordt nergens toegelicht waarom discriminatie op basis van geslacht plots strenger moet worden aangepakt dan andere vormen van discriminatie.²⁴⁶ Vermits strafrecht, in tegenstelling tot het burgerlijke recht, niet zozeer een ‘herstellende’ maar eerder een vergeldende of afschrikwekkende functie heeft, zou een dergelijk verschil enkel verantwoord kunnen zijn indien men kan aantonen dat de ene vorm van discriminatie moreel verwerpelijker of schadelijker is dan de andere. Het loutere feit dat discriminatie op grond van geslacht of ras vaker zou voorkomen is – voor zover dit waar zou zijn – een onbevredigend argument. De wetgever slaagt er dan ook niet aan te tonen dat het verschil in behandeling tussen verschillende discriminatievormen op het vlak van criminalisering objectief en redelijk verantwoord is. Het subsidiariteitsbeginsel in strafzaken vereist bovendien dat men zuinig omspringt met strafrecht: criminalisering moet het laatste redmiddel zijn, niet het vertrekpunt. Enkel wanneer een bepaald maatschappelijk probleem onvoldoende door middel van het civiele recht kan worden bestreden, mag de wetgever volgens dit beginsel naar het strafrecht teruggrijpen.²⁴⁷ Ook hier blijft de wetgever in gebreke om te motiveren waarom strafsancities noodzakelijk zijn om discriminatie op grond van geslacht en ras te bestrijden. Opnieuw moet worden vastgesteld dat je beter homofob dan racist of seksist bent

²⁴³ Al valt moeilijk in te zien hoe het opzet van een ‘verkapte’ vorm van directe discriminatie kan bewezen worden, aangezien men in dit geval net terugvalt op de figuur van indirecte discriminatie *omdat* het niet kan bewezen worden dat een onderscheid plaatsvond ‘op grond van’ een beschermd kenmerk. Zie C. BAYART en C. DEITEREN, ‘Direct en indirect onderscheid’, *o.c.*, 218. Het Grondwettelijk Hof oordeelde dat dit niet in strijd is met het strafrechtelijke legaliteitsbeginsel (GwH 12 februari 2009, nr. 17/2009).

²⁴⁴ Art. 28/1 en art. 28/2 Genderwet – zoals gewijzigd door de Wet van 22 mei 2014 ter bestrijding van seksisme in de openbare ruimte en tot aanpassing van de wet van 10 mei 2007 ter bestrijding van discriminatie teneinde de daad van discriminatie te bestraffen, *B.S.* 24 juli 2014.

²⁴⁵ Art. 13-18 Antiracismewet en art. 20-25 Genderwet

²⁴⁶ M.v.T. bij het wetsontwerp ter bestrijding van seksisme in de openbare ruimte en tot aanpassing van de wet van 10 mei 2007 ter bestrijding van discriminatie tussen vrouwen en mannen teneinde de daad van discriminatie te bestraffen, *Parl. St. Kamer* 2013-14, nr. 3297/001, 3-10.

²⁴⁷ C. VAN DEN WYNGAERT, *Strafrecht en strafprocesrecht in hoofdlijnen. Deel I*, Antwerpen, Maklu, 2009, 11.

in België en dat het discriminatierecht zelf op gespannen voet staat met het grondwettelijke gelijkheidsbeginsel.

(2) *Rechtspleging en toezicht*

De bestrijding van discriminatie gebeurt via het klassieke systeem van rechtshandhaving. In een zuivere civielrechtelijke procedure brengt de benadeelde zelf de vordering op gang, maar de bewijslast wordt evenwel verdeeld tussen beide partijen.²⁴⁸ Hiermee komt de wetgever tegemoet aan de vaststelling dat het bewijs van discriminatie in de praktijk veelal zeer moeilijk is. De verdeling van bewijslast houdt in dat, wanneer het vermeende slachtoffer feiten aanvoert die het bestaan van directe of indirecte discriminatie doen ‘vermoeden’, de bewijslast wordt omgekeerd. Het is dan de vermeende discriminator die moet bewijzen dat er geen discriminatie is geweest. Onder de oude antidiscriminatiewetten werd o.a. melding gemaakt van anonieme ‘praktijktests’ als voorbeeld van feiten die discriminatie kunnen doen vermoeden.²⁴⁹ Daarnaast konden praktijktest in sommige gevallen op zichzelf ook voldoende zijn als volwaardig bewijs van directe of indirecte discriminatie.²⁵⁰ Het gebruik van praktijktests vergde echter nadere uitvoeringsmaatregelen die er (opnieuw) nooit gekomen zijn, vooral omwille van de controverses die gepaard gaan met deze vorm van bewijsvergaring.²⁵¹ De vermelding naar praktijktests is om deze reden verdwenen in de nieuwe wetgeving, die thans een lijst met niet-limitatieve voorbeelden geeft van feiten die een vermoeden van directe of indirecte discriminatie kunnen aantonen. Er werd bewust gekozen voor een algemene formulering van mogelijke ‘richtingwijzers’ die de rechter kan hanteren om tot een vermoeden van directe of indirecte discriminatie te besluiten.²⁵²

Een vermoeden van *directe discriminatie* kan, onder meer, worden aangetoond door gegevens waaruit een bepaald ‘patroon’ van ongunstige behandeling blijkt ten aanzien van beschermde personen (waaronder verschillende, los van elkaar staande gedane meldingen bij Unia of andere belangenverenigingen), of gegevens waaruit blijkt dat de situatie van het slachtoffer van de ongunstigere behandeling, vergelijkbaar is met de situatie van de referentiepersoon.²⁵³ Onder de eerste ‘patrooncontrole’ kan elk feit vallen waaruit blijkt dat dragers van een beschermd kenmerk mogelijk systematisch benadeeld worden.²⁵⁴ Bij wijze van voorbeeld kan men denken aan getuigenissen waaruit

²⁴⁸ Art. 28, § 1 WBD, art. 30, § 1 Antiracismewet en art. 33, § 1 Genderwet.

²⁴⁹ Oud art. 19, § 3 WBD (2003). Zie J. VRIELINK, S. SOTTIAUX en D. DE PRINS, ‘De anti-discriminatiewet. Een artikelsgewijze analyse (Deel 2)’, *o.c.*, 300-302.

²⁵⁰ Oud art. 19, § 4 WBD (2003).

²⁵¹ C. BAYART en C. DEITEREN, ‘De federale antidiscriminatiewetten en arbeidsbetrekkingen in de private sector’, *o.c.*, 591-592.

²⁵² Verslag LIBERT, *Parl. St. Kamer* 2006-07, nr. 2720/9, 86.

²⁵³ Art. 28, § 2 WBD, art. 30, § 2 Antiracismewet en art. 33, § 2 Genderwet.

²⁵⁴ Verslag LIBERT, *Parl. St. Kamer* 2006-07, nr. 2720/9, 78.

blijkt dat mensen met een bepaalde huidskleur systematisch de toegang geweigerd worden tot een dancing. Het is duidelijk dat deze patronen moeten uitgaan van de persoon of organisatie aan wie de discriminatie wordt verweten.²⁵⁵ Indien men zich hiervoor op statistische gegevens baseert, mag ook worden aangenomen dat het aantal gevallen waarop deze gegevens betrekking hebben voldoende groot moet zijn om representatief te zijn en dat de afwijking ten opzichte van het ‘gemiddelde’ voldoende groot moet zijn om significant te zijn.²⁵⁶ Zo kan men denken aan gegevens waaruit blijkt dat een vastgoedkantoor slechts 1% van de huizen verkoopt of verhuurt aan allochtonen, terwijl zij gesitueerd is in een buurt waar 50% van de inwoners een allochtone afkomst hebben. Een tweede mogelijkheid om een vermoeden van directe discriminatie op te wekken, bestaat uit het aanvoeren van gegevens die de vergelijkbaarheid van de benadeelde persoon en de ‘referentiepersoon’ aantonen (zie *supra*, ‘eliminatiemethode’).²⁵⁷ Zo kan worden gedacht aan de situatie waarin een persoon met een buitenlands accent zich als kandidaat-koper van een huis telefonisch aanmeldt bij een vastgoedkantoor en te horen krijgt dat het betreffende huis reeds verhuurd is, terwijl een volgende kandidaat-koper met vergelijkbare relevante criteria (zoals inkomen en job) maar zonder accent wel uitgenodigd wordt voor een plaatsbezoek.

Een vermoeden van *indirecte discriminatie* kan, zoals reeds aangehaald, worden bewezen door middel van ‘algemene statistieken’ en ‘feiten van algemene bekendheid’, door het gebruik van ‘intrinsiek verdachte criteria’ of door ‘elementair statistisch materiaal’.²⁵⁸ Louter algemene statistieken kunnen zowel op macro-economisch niveau als op het niveau van de onderneming verzameld zijn.²⁵⁹ Statistische gegevens die bijvoorbeeld aantonen dat disproportioneel meer vrouwen dan mannen deeltijds werken, kunnen dus volstaan om uit een bepaalde maatregel ten nadele van deeltijdse werknemers een ‘vermoeden’ van indirecte discriminatie op grond van geslacht af te leiden. Ook feiten van algemene bekendheid, zoals het feit dat mensen van vreemde origine over het algemeen de Nederlandse taal minder goed beheersen, kunnen volstaan om indirecte discriminatie te vermoeden (bijvoorbeeld, wanneer het praten van de Nederlandse taal als selectie criterium wordt gehanteerd). Van een ‘intrinsiek verdacht criterium’ is sprake wanneer het duidelijk is dat meer personen die tot een beschermde doelgroep behoren getroffen en benadeeld worden door het gehanteerde criterium.²⁶⁰ Te denken valt aan het gebruik van ‘lengte’ als criterium, terwijl vrouwen algemeen beschouwd kleiner zijn dan mannen.

²⁵⁵ J. VRIELINK, S. SOTTIAUX en D. DE PRINS, ‘De anti-discriminatiewet. Een artikelsgewijze analyse (Deel 2)’, *o.c.*, 301.

²⁵⁶ *Ibid.*

²⁵⁷ Verslag LIBERT, *Parl. St. Kamer* 2006-07, nr. 2720/9, 80.

²⁵⁸ Art. 28, § 3 WBD, art. 30, § 3 Antiracismewet en art. 33, § 3 Genderwet.

²⁵⁹ Verslag LIBERT, *Parl. St. Kamer* 2006-07, nr. 2720/9, 80.

²⁶⁰ Verslag LIBERT, *Parl. St. Kamer* 2006-07, nr. 2720/9, 81.

Onder ‘elementair statistisch materiaal’, tot slot, verstaat men ruwe gegevens die de concrete disproportionele impact van de maatregel sterk doen vermoeden.²⁶¹

Hoewel praktijktest niet meer worden vermeld in de nieuwe regelgeving, moet worden besloten dat de algemene formuleringen in de exemplatieve lijst het gebruik van praktijktests niet in de weg staan.²⁶² Doordat de nieuwe wetten niet langer melding maken van praktijktests, is er zelfs geen K.B. meer nodig die de kwalitatieve voorwaarden vastlegt waaraan dergelijke tests moeten voldoen om als ‘vermoeden’ weerhouden te worden.²⁶³ De betrouwbaarheid van een praktijktest wordt thans dus aan de soevereine appreciatiebevoegdheid van de rechter overgelaten. Hoewel velen ervoor pleitten dat overheidsinstanties zoals Unia systematisch praktijktests als beleidsinstrument op de woningmarkt en de arbeidsmarkt zouden inzetten, blijft de overheid uit angst voor ‘Big Brother’ praktijken bijzonder argwanend tegenover het gebruik van dergelijke tests.²⁶⁴ Nochtans blijkt uit onderzoek dat praktijktests een effectief instrument kunnen zijn in de preventie van discriminatie.²⁶⁵

De zonet geschetste verdeling van de bewijslast is enkel mogelijk in zuivere burgerrechtelijke procedures. In een strafprocedure, daarentegen, blijft de bewijslast integraal op het Openbaar Ministerie en de (eventuele) burgerlijke partij rusten.²⁶⁶ Het vermoeden van onschuld in strafzaken verzet zich immers tegen elke omkering van de bewijslast. Paradoxaal genoeg genieten vermoedelijke daders van strafbaar gestelde discriminatie, die volgens de logica van het strafrecht net de meest kwalijke vormen van discriminatie zouden moeten zijn, dus van een gunstiger bewijsstelsel in zoverre een dader ook effectief strafrechtelijk vervolgd wordt. Door het principe ‘*le criminel tient le civil en état*’ zal een slachtoffer van discriminatie dus geen schadevergoeding of andere vorm van herstel kunnen bekomen wanneer de dader op strafrechtelijk vlak is vrijgesproken op grond van onvoldoende bewijs.²⁶⁷

Naast het klassieke individuele vorderingsrecht, maakt de wet ook een collectief actierecht mogelijk. Hoewel ook andere belangenverenigingen (zoals mensenrechtenorganisaties of syndicaten)²⁶⁸ in rechte kunnen optreden, gaat het hier in de eerste plaats om het Interfederaal Gelijkekansencentrum ‘Unia’, het

²⁶¹ *Ibid.*

²⁶² RORIVE, I. en VAN DER PLANCKE, V., ‘Quels dispositifs pour prouver la discrimination ?’, *o.c.*, 426 en 431.

²⁶³ Zie in dit verband de kritiek van dhr. Bart Laeremans (Vlaams Belang) bij de totstandkoming van de nieuwe wet, die stelde dat praktijktests in naam niet meer bestonden, maar in veel sterkere mate realiteit waren geworden – Verslag LIBERT, *Parl. St.* Kamer 2006-07, nr. 2720/9, 81.

²⁶⁴ RORIVE, I. en VAN DER PLANCKE, V., ‘Quels dispositifs pour prouver la discrimination ?’, *o.c.*, 436.

²⁶⁵ Zie in dit verband: P. VERHAEGHE en K. VAN DER BRACHT, ‘Praktijktesten: Van onderzoeksmethode naar beleidsinstrument tegen discriminatie?’, *Sociologos*, 2017, vol. 38, 182-200.

²⁶⁶ Art. 27 WBD, art. 29 Antiracismewet en art. 32 Genderwet. – zie RORIVE, I. en VAN DER PLANCKE, V., ‘Quels dispositifs pour prouver la discrimination ?’, *o.c.*, 460.

²⁶⁷ Het gezag van strafrechtelijk gewijsde strekt zich immers uit tot wat de strafrechter ‘noodzakelijk’ en ‘zeker’ heeft kunnen vaststellen: als de strafrechter een bepaald feit niet bewezen acht en een beklagde vrijspreekt op grond van twijfel, kan de burgerlijke rechter niet vaststellen dat de verweerder het feit toch heeft gepleegd - C. VAN DEN WYNGAERT, *Strafrecht en strafprocesrecht in hoofdlijnen. Deel II, o.c.*, 864.

²⁶⁸ Art. 30 WBD, art. 32 Antiracismewet en art. 35 Genderwet.

voormalige Centrum voor Gelijke Kansen en Racismebestrijding dat in 2014 van naam veranderde.²⁶⁹ Naast het vermeende slachtoffer van discriminatie, kan Unia eveneens een rechtsvordering instellen en schadevergoeding vorderen.²⁷⁰ Hoewel zij hiervoor weliswaar de toestemming van een geïdentificeerd slachtoffer nodig heeft (voor zover mogelijk),²⁷¹ gaat het om een afzonderlijke rechtsvordering.²⁷² Unia treedt dus niet op in naam en voor rekening van het slachtoffer, maar treedt op ter bescherming van het algemeen belang. De grote troef van het centrum is de laagdrempeligheid: mensen die zich gediscrimineerd voelen, kunnen relatief simpel en zonder al te veel formalisme hiervan melding maken. Indien deze klacht ontvankelijk wordt geacht, zal het centrum eerst en vooral als bemiddelaar optreden en een buitengerechtelijke oplossingen tussen partijen trachten uit te werken.²⁷³ Slechts uitzonderlijk, in de zwaarste gevallen of wanneer de dialoog spaak loopt, zal het centrum beslissen om een gerechtelijke procedure op te starten en eventueel het slachtoffer bijstaan in de verdere procedure.²⁷⁴ Naast haar gerechtelijke opdracht, oefent Unia een algemene toezichtstaak uit inzake de bestrijding van discriminatie. Zo voert zij onderzoek uit naar discriminatie, doet ze concrete aanbevelingen aan zowel de overheid als de privésector, werkt ze samenwerkingsverbanden met belangrijke maatschappelijke 'stakeholders' (overheidsinstellingen, onderwijs, bedrijven, etc.) uit en tracht ze meer algemeen in te zetten op preventie en sensibilisering.²⁷⁵

c) Vergelijking met het Nederlandse discriminatierecht

Tot zover de krijtlijnen van het Belgische federale discriminatierecht. In het volgende onderdeel nemen we een korte kijk over de grenzen heen en maken we de vergelijking met het Nederlandse discriminatierecht. Het Nederlandse discriminatierecht vertoont op een aantal punten immers significante verschillen met de Belgische regelgeving, wat een vergelijking zinvol maakt. Aangezien rechtsvergelijking – zoals reeds aangehaald – slechts een dienende functie speelt in deze thesis, zal in het volgende onderdeel uitsluitend aandacht worden geschonken aan deze verschillen die relevant zijn in het kader van ons rechtsfilosofisch onderzoeksoepzet. In respectievelijke volgorde wordt de

²⁶⁹ Zie www.unia.be

²⁷⁰ Art. 29, § 1 WBD en art. 31 Antiracismewet. Dit met uitzondering van geschillen die betrekking hebben op discriminatie op grond van 'taal' (waarvoor door de Koning een apart orgaan moet worden opgericht, wat tot op heden nog niet is gebeurd) en op grond van 'geslacht', waarvoor het Instituut voor de Gelijkheid van Mannen en Vrouwen bevoegd is (art. 29, § 2 WBD en art. 34 Genderwet).

²⁷¹ Art. 31 WBD, art. 33 Antiracismewet en art. 36 Genderwet. Ook indien er geen geïdentificeerde slachtoffers zijn (bijvoorbeeld bij een discriminatoire vacature), mag worden aangenomen dat het Centrum een vordering kan instellen – zie C. BAYART en I. BOSMANS, 'De federale antidiscriminatie wetten en arbeidsbetrekking in de private sector', *o.c.*, 593.

²⁷² P. TAELEMAN, 'Het handhavingsrecht van de wet bestrijding discriminatie', *o.c.*, 220.

²⁷³ Zie <http://www.unia.be/nl/rechtspraak-alternatieven>

²⁷⁴ In 2015 betrof het slechts 14 gerechtelijke procedures, op een totaal van 1422 dossiers. Zie UNIA, *Jaarverslag 2015*, Brussel, 2015, 22-23. (beschikbaar op www.unia.be)

²⁷⁵ INTERFEDERAAL GELIJKEKANSENCENTRUM, *Jaarverslag 2014*, Brussel, 2014, 72. (beschikbaar op www.unia.be)

vergelijking gemaakt met het discriminatiebegrip, de lijst van discriminatiegronden, de rechtvaardigingsgronden, het toepassingsgebied en het handhavingsmechanisme in het Nederlandse discriminatierecht.

i) Wettelijk kader

Net zoals in België, bestaat het discriminatierecht in Nederland uit een gefragmenteerd geheel van regelgeving. Hoewel ook Nederland een ‘algemene’ antidiscriminatiewet kent, vergelijkbaar met de Belgische WBD, is de Nederlandse wetgever er evenmin in geslaagd een alomvattende antidiscriminatiewet uit te werken die alle erkende discriminatiegronden omvat. Het huidige horizontale discriminatierecht in Nederland komt tot uiting in de volgende nationale rechtsbronnen:²⁷⁶

- De Algemene Wet Gelijke Behandeling van 1994 (AWGB)²⁷⁷
- De Wet Gelijke Behandeling op grond van Handicap of Chronische Ziekte van 2003 (WGBH/CZ)²⁷⁸
- De Wet Gelijke Behandeling op grond van Leeftijd bij arbeid van 2003 (WGBL)²⁷⁹
- De Wet Gelijke Behandeling van Mannen en Vrouwen van 1980 (WGBMV)²⁸⁰
- De Wet Onderscheid Arbeidsduur van 1996 (WOA)²⁸¹
- De Wet Onderscheid Bepaalde en Onbepaalde Tijd van 2002 (WOBOT)²⁸²

Naast de nationale wetgeving, zijn de reeds besproken internationale en supranationale instrumenten vanzelfsprekend ook van toepassing in de Nederlandse rechtsorde. Daarnaast kent ook Nederland een

²⁷⁶ Toegankelijk via: <https://www.mensenrechten.nl/gelijkebehandelingswetgeving>

²⁷⁷ Wet van 2 maart 1994, houdende algemene regels ter bescherming tegen discriminatie op grond van godsdienst, levensovertuiging, politieke gezindheid, ras, geslacht, nationaliteit, hetero- of homoseksuele gerichtheid of burgerlijke staat, *Stb.* 1994, 230.

²⁷⁸ Wet van 3 april 2003 tot vaststelling van de Wet gelijke behandeling op grond van handicap of chronische ziekte, *Stb.* 2003, 329.

²⁷⁹ Wet van 17 december 2003, houdende gelijke behandeling op grond van leeftijd bij arbeid, beroep en beroepsonderwijs, *Stb.* 2004, 90.

²⁸⁰ Wet van 1 maart 1980, houdende aanpassing van de Nederlandse wetgeving aan de richtlijn van de Raad van de Europese Gemeenschappen van 9 februari 1976 inzake de gelijke behandeling van mannen en vrouwen, *Stb.* 1980, 86.

²⁸¹ Wet van 3 juli 1996, houdende wijziging van het Burgerlijk Wetboek en de Ambtenarenwet in verband met het verbod tot het maken van onderscheid tussen werknemers naar arbeidsduur, *Stb.* 1996, 391.

²⁸² Wet van 7 november 2002 tot uitvoering van de richtlijn 1999/70/EG van de Raad van de Europese Unie van 28 juni 1999 betreffende de door het EVV, de UNICE en het CEEP gesloten raamovereenkomst inzake arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd, *Stb.* 2002, 560.

constitutioneel verankerd gelijkheidsbeginsel, dat vervat zit in artikel 1 van de Nederlandse Grondwet.”²⁸³

ii) Geen ‘discriminatie’ maar ‘onderscheid’

Net zoals in België, wordt in Nederland een onderscheid gemaakt tussen ‘direct’ en ‘indirect’ onderscheid.²⁸⁴ Het onderscheid tussen beide rechtsfiguren komt overeen met de Belgische invulling, wat een logisch gevolg is van de harmonisering op Europees niveau. Hierbij is het weliswaar opvallend dat de Nederlandse wetten nergens spreken van een verbod op ‘discriminatie’, maar louter van een verbod op (ongeoorloofd) ‘*onderscheid*’. Terwijl in België discriminatie net wordt gedefinieerd als een direct of indirect onderscheid dat niet kan worden gerechtvaardigd, heeft de Nederlandse wetgever er dus bewust voor geopteerd om het pejoratief geladen begrip ‘discriminatie’ achterwege te laten. Van een ‘onderscheid’ is volgens de AWGB sprake wanneer ‘een persoon *op een andere wijze* wordt behandeld dan een ander in een vergelijkbare situatie wordt, is of zou worden behandeld’. Ook hier is er een duidelijk verschil met de Belgische WBD, dat pas van onderscheid spreekt indien iemand ‘ongunstiger’ werd behandeld dan een persoon die zich in een vergelijkbare situatie bevindt. De drempel in de Nederlandse AWGB ligt dus beduidend lager dan in de Belgische WBD.

Het gebruik van het neutrale begrip ‘onderscheid’ werd door het Nederlandse College voor de Rechten van de Mens (toen: ‘Commissie Gelijke Behandeling’) verdedigd, door te stellen dat dit begrip minder geladen is.²⁸⁵ Het pejoratieve begrip ‘discriminatie’ zou te zeer geassocieerd worden met kwaadwillige, directe discriminatie, terwijl discriminatie in juridische zin ook indirect en onbewust kan plaatsvinden. Een verweerder die van ‘discriminatie’ beschuldigd wordt, zou meer redenen hebben om het discriminatoire karakter van zijn handeling te ontkennen, wat volgens het College de bereidheid om het negatieve gedrag bij te stellen zou belemmeren. Hierdoor zou afbreuk worden gedaan aan de effectiviteit van de normgeving, aangezien ‘gedragsverandering’ – en niet het toekennen van blaam – de hoofddoelstelling van discriminatierecht is. Het gebruik van dit neutrale begrip ligt in de lijn van de ‘communicatieve’ aard van de Nederlandse gelijkebehandelingswetgeving, wat inhoudt dat men

²⁸³ Art. 1 Gw. (Ned.) luidt als volgt: “Allen die zich in Nederland bevinden, worden in gelijke gevallen gelijk behandeld. Discriminatie wegens godsdienst, levensovertuiging, politieke gezindheid, ras, geslacht of op welke grond dan ook, is niet toegestaan.”

²⁸⁴ Art. 1 AWGB

²⁸⁵ Aangehaald door R. HOLTMAAT, ‘Stop de inflatie van het discriminatiebegrip! Een pleidooi voor het maken van onderscheid tussen discriminatie en ongelijke behandeling’, *o.c.*, 1269.

gedragsverandering nastreeft door middel van dialoog en communicatie tussen de partijen, eerder dan via klassieke gerechtelijke handhavingsmechanismes (zie *infra*).²⁸⁶

Niet iedereen vindt dit een goede zaak. Auteurs zoals Holtmaat beweren dat het gebruik van het neutrale begrip ‘onderscheid’, samen met de gestage uitbreiding van discriminatiegronden, er net toe geleid heeft dat het pejoratieve discriminatiebegrip zijn emotionele inbedding in de samenleving verloren heeft.²⁸⁷ Om deze reden pleit zij voor een conceptueel onderscheid tussen ‘discriminatie’ enerzijds en ‘ongerechtvaardigde ongelijke behandeling’ anderzijds.²⁸⁸ We komen uitgebreid terug op deze visie in deel V van deze thesis.

iii) Minder beschermde criteria

Hoewel de AWGB, net zoals de Belgische WBD, propageert een ‘algemene’ gelijkebehandelingswet te zijn, biedt deze wet geen rechtsbescherming tegen álle vormen van onderscheid, maar slechts tegen onderscheid op grond van een aantal uitdrukkelijk opgesomde kenmerken. Net zoals zijn Belgische tegenhanger, werkt de Nederlandse AWGB dus met een limitatieve lijst van discriminatiegronden. Hierbij valt het op dat de lijst met discriminatiegronden in de AWGB veel beperkter is dan deze in de Belgische WBD. De AWGB verbiedt direct of indirect onderscheid op grond van de volgende kenmerken:²⁸⁹

- nationaliteit en ras (en daarmee gelijkgesteld: afkomst)
- godsdienst of levensovertuiging
- politieke gezindheid
- geslacht (en daarmee gelijkgesteld: zwangerschap, transseksualiteit, travestie, interseksualiteit)
- hetero- of homoseksuele gerichtheid (en daarmee gelijkgesteld: biseksuele gerichtheid)
- burgerlijke staat

De reden voor deze beperkte lijst, waarin onder meer ‘handicap’ en ‘leeftijd’ opvallende afwezigen zijn, ligt in het gesloten systeem van rechtvaardigingsmogelijkheden dat de AWGB hanteert (zie *infra*). Om deze reden – en als gevolg van de plichten opgelegd door Europese regelgeving – werden bijzondere gelijkebehandelingswetten geïmplementeerd met een beperkter toepassingsgebied en een flexibeler

²⁸⁶ J. GOLDSCHMIDT en A. HENDRIKS, ‘Het gelijkheidsbeginsel en andere grondrechten in een veranderende samenleving’, *NJB*, 2003, afl. 25, 1284.

²⁸⁷ R. HOLTMAAT, ‘Stop de inflatie van het discriminatiebegrip! Een pleidooi voor het maken van onderscheid tussen discriminatie en ongelijke behandeling’, *o.c.*, 1268.

²⁸⁸ R. HOLTMAAT, ‘Stop de inflatie van het discriminatiebegrip! Een pleidooi voor het maken van onderscheid tussen discriminatie en ongelijke behandeling’, *o.c.*, 1270.

²⁸⁹ Art. 1, lid 1, b-c AWGB.

rechtvaardigingssysteem, waardoor de discriminatiegronden uit de AWGB kunnen worden aangevuld met de volgende beschermde kenmerken:

- leeftijd²⁹⁰
- handicap en chronische ziekte²⁹¹
- arbeidsduur (voltijds en deeltijds) en type arbeidscontract (bepaald en onbepaald)²⁹²

De Nederlandse discriminatiegronden zijn, net zoals de Belgische, overwegend symmetrisch van aard. Een uitzondering hierop is de discriminatiegrond 'handicap en chronisch ziekte', dat louter leden van de 'beschermde minderheid' beschermt. In België wordt deze asymmetrische discriminatiegrond aangevuld met de symmetrische en ruim geformuleerde criteria 'gezondheidstoestand' en 'fysieke en genetische kenmerken', waardoor ook 'gezonde' mensen in België onder de beschermingssfeer vallen.

Zelfs met de uitbreiding indachtig, blijft de vaststelling overeind dat het Nederlandse discriminatierecht een veel beperktere bescherming tegen discriminatie biedt wat het aantal beschermde criteria betreft. Zo valt onderscheid op grond van 'vermogen', 'sociale afkomst', 'taal', 'politieke of syndicale overtuiging', 'huidige of toekomstige gezondheidstoestand' en 'fysieke of genetische eigenschappen' (los van handicap of chronische ziekte) niet onder de beschermingssfeer van de Nederlandse gelijkebehandelingswetgeving. De Nederlandse wetgever heeft slechts weinig aandacht besteed aan de verdediging van de keuze voor de opgenomen discriminatiegronden.²⁹³ Terwijl de Belgische wetgever bij de totstandkoming van de nieuwe wetgeving (na de eerdere vernietiging door het Grondwettelijk Hof) uitdrukkelijk verwees naar het 'belang' van de gronden om haar keuze te motiveren, daarmee verwijzend naar het voorkomen van deze gronden in internationale mensenrechtenverdragen (zie *supra*), is de Nederlandse wetgever minder consistent in haar motivering. Voor de discriminatiegronden in de AWGB nam de wetgever simpelweg de criteria over die genoemd werden in de Nederlandse Grondwet. Ze onderstreepte hierbij het belang van 'menselijke waardigheid' als grondslag van een discriminatieverbod, zonder echter te motiveren waarom enkel onderscheid op grond van deze criteria de menselijke waardigheid zou kunnen aantasten.²⁹⁴ Voor de 'nieuwe' discriminatiegronden, waarmee ze vooral gehoor gaf aan haar Europese verplichtingen, verwees ze dan weer naar de 'relevantie' voor de nationale en internationale context of hun 'verwantschap' met andere discriminatiegronden. Deze

²⁹⁰ Art. 1, b-c WGBL.

²⁹¹ Art. 1, b-c WGBH/CZ.

²⁹² Art. 3, lid 1 WOA en art. 2, lid 1 WOBOT.

²⁹³ J. VRIELINK en S. SOTTIAUX, 'Discrimineert de Nederlandse discriminatiewet? De Nederlandse gelijkebehandelingswetgeving getoetst aan de rechtspraak van het Belgische Grondwettelijk Hof', *o.c.*, 233-234.

²⁹⁴ J. VRIELINK, 'Gelijke behandeling in Nederland. Een bespreking van de Nederlandse Algemene Wet Gelijke Behandeling', in UFSIA, *Vrijheid en gelijkheid, o.c.*, 760.

motivering is weinig coherent en hanteert verschillende criteria die niet verklaren waarom bepaalde discriminatiegronden wel en andere niet opgenomen worden.²⁹⁵

Het feit dat Nederland geen Grondwettelijk Hof heeft, waardoor wetten niet door een rechterlijke instantie kunnen worden getoetst aan hun conformiteit met de grondwet, is hier uiteraard niet vreemd aan. Een wetgever die haar keuzes moet verantwoorden in het licht van het grondwettelijk beschermde gelijkheidsbeginsel, zal een ongelijke behandeling van gevallen steeds goed moeten verantwoorden en bijgevolg meer zelfkritiek aan de dag leggen.²⁹⁶ Dit wil uiteraard niet zeggen dat de Belgische wetgeving daarom superieur is aan de Nederlandse wetgeving, of dat het Nederlandse discriminatierecht er 'Belgischer' zou uitzien bij een constitutionele toetsing. Ook het Grondwettelijk Hof in België maakt rechtspolitieke keuzes, die in Nederland tot het exclusieve domein van de wetgever behoren. Wel zorgt een constitutionele toetsing ervoor dat een wetgever haar keuzes steeds op een consistente en coherente wijze moet motiveren, wat tot meer zelfkritiek leidt en de kwaliteit van wetgeving ten goede komt. Zo werd de lijst met discriminatiegronden aanzienlijk uitgebreid door de Belgische wetgever, nadat deze eerder vernietigd werd door het Grondwettelijk Hof omwille van zijn arbitraire karakter. De Nederlandse wetgever moet zich echter geen zorgen maken over mogelijke toetsing door een rechterlijke instantie, waardoor ze voorlopig weinig aandacht heeft besteed aan de motivatie van haar keuze voor welbepaalde discriminatiegronden. De kritiek die voordien werd gemaakt wat de gesloten opsomming betreft van discriminatiegronden in het Belgische discriminatierecht, gaat dus *a fortiori* op voor de Nederlandse gelijkebehandelingswetten.

iv) Uiteenlopende toepassingsgebieden

De materiële werkingssfeer van de AWGB is sterk gelijkend op deze van de Belgische WBD. De belangrijkste maatschappelijke domeinen waarin de AWGB direct of indirect onderscheid verbiedt zijn de volgende:

- 1) Arbeidsbetrekkingen in dienstverband en de toegang tot het vrije beroep²⁹⁷
- 2) Het aanbod van goederen en diensten:²⁹⁸
 - a) in de uitoefening van een beroep of bedrijf;
 - b) door de openbare dienst;

²⁹⁵ J. VRIELINK en S. SOTTIAUX, 'Discrimineert de Nederlandse discriminatiewet? De Nederlandse gelijkebehandelingswetgeving getoetst aan de rechtspraak van het Belgische Grondwettelijke Hof', *o.c.*, 234.

²⁹⁶ J. VRIELINK en S. SOTTIAUX, 'Discrimineert de Nederlandse discriminatiewet? De Nederlandse gelijkebehandelingswetgeving getoetst aan de rechtspraak van het Belgische Grondwettelijke Hof', *o.c.*, 239.

²⁹⁷ Art. 5, lid 1 en 6 AWGB

²⁹⁸ Art. 7, lid 1 AWGB

- c) door instellingen die werkzaam zijn op het gebied van volkshuisvesting, welzijn, gezondheidszorg, cultuur of onderwijs;
- d) door natuurlijke personen die niet handelen in de uitoefening van een beroep of bedrijf, voor zover het aanbod in het openbaar geschiedt.

Zowel de Belgische als de Nederlandse wetten strekken zich uit tot ongeveer het gehele terrein van arbeid, gaande van selectiecriteria tot arbeidsvoorwaarden en ontslag.²⁹⁹ Wat het aanbod van goederen en diensten betreft, is de reikwijdte van de Nederlandse AWGB enigszins ruimer dan zijn Belgische variant.³⁰⁰ Het aanbod van goederen en diensten dat plaatsvindt in het kader van de uitoefening van een beroep, een bedrijf of bepaalde instellingen moet immers niet noodzakelijk een ‘openbaar’ karakter hebben om onder het toepassingsgebied van de AWGB te vallen.³⁰¹ Alleen bij natuurlijke personen die niet handelen in de uitoefening van een beroep of bedrijf wordt vereist dat de aangeboden goederen en diensten ‘publiekelijk beschikbaar’ zijn om onder de beschermingsfeer te vallen.³⁰² Hieruit volgt dat zuivere private verenigingen met een *intuitu personae* karakter (‘gezelligheidsorganisaties’) buiten de werkingssfeer van de AWGB vallen, net zoals in België.³⁰³ Aan de andere kant, is de werkingssfeer van de AWGB beperkter dan zijn Belgische variant. Zo valt het ‘interne recht van verenigingen’ buiten het toepassingsgebied.³⁰⁴ Verenigingen mogen dus steeds de voorwaarden voor lidmaatschap bepalen, tenzij wanneer een vereniging in wezen een openbaar én zakelijk karakter heeft, waardoor de uitsluiting van het lidmaatschap zou neerkomen op de uitsluiting van de mogelijkheid om goederen of diensten van deze vereniging te bekomen.³⁰⁵ Om deze reden heeft het College in een zaak rond de uitsluiting van vrouwen van volwaardig lidmaatschap in een conservatieve politieke partij, besloten dat het lidmaatschap van politieke verenigingen buiten de werkingssfeer van de AWGB valt.³⁰⁶ Terwijl het ‘interne recht’ van publieke verenigingen in België niet van het toepassingsgebied van de antidiscriminatie wetten uitgesloten is en er dus steeds *in concreto* dient nagegaan te worden of bepaalde voorwaarden in verband met het lidmaatschap al dan niet gerechtvaardigd zijn, ontsnappen dergelijke vormen van onderscheid in Nederland steeds aan het toepassingsgebied van de AWGB.

Het toepassingsgebied van de andere ‘gelijkebehandelingswetten’ is telkens veel beperkter dan dat van de AWGB. Ze zijn hoofdzakelijk van toepassing op die domeinen die verplicht worden voorgeschreven door het Europese recht. Zo was de Wet Gelijke Behandeling op grond van Handicap of Chronische

²⁹⁹ Art. 5, lid 1, a-h AWGB.

³⁰⁰ T. LOENEN, ‘Een wet zonder keuzes? Een beschouwing over de Belgische antidiscriminatie wet vanuit een Nederlands perspectief’, in UFSIA, *o.c.*, 790.

³⁰¹ Art. 7, lid 1, a-c AWGB.

³⁰² Art. 7, lid 1, d AWGB.

³⁰³ T. LOENEN, ‘Een wet zonder keuzes? Een beschouwing over de Belgische antidiscriminatie wet vanuit een Nederlands perspectief’, *o.c.*, 790.

³⁰⁴ Enkel het lidmaatschap van beroepsorganisaties valt onder het toepassingsgebied (art. 6a, lid 1 AWGB).

³⁰⁵ *Ibid.*

³⁰⁶ Oordeel College van 21 december 2001, 2001-150 – zie: <https://www.mensenrechten.nl/publicaties/oordelen/>

Ziekte tot voor kort enkel van toepassing in het domein van arbeidsbetrekkingen en in bepaalde andere, welomschreven domeinen (werknemersvertegenwoordigingen, onderwijsinstellingen, woningmarkt en openbaar vervoer)³⁰⁷, terwijl de Wet Gelijke Behandeling op grond van Leeftijd hoofdzakelijk bescherming biedt tegen onderscheid in het domein van arbeidsbetrekkingen.³⁰⁸ In dit opzicht verschilt het Nederlandse discriminatierecht van het Belgische, dat een identiek materieel toepassingsgebied kent voor de drie antidiscriminatiewetten. Zo konden ook personen met een handicap in België sinds de inwerkingtreding van de algemene Antidiscriminatiewet steeds van bescherming tegen discriminatie genieten buiten het domein van arbeidsbetrekkingen (bv. in het kader van diensten aangeboden door reisbureaus), daar waar deze domeinen in Nederland tot voor kort buiten de beschermingssfeer van het gelijkebehandelingsrecht vielen.³⁰⁹ De Belgische wetgever heeft er dus uitdrukkelijk voor gekozen om zich niet te beperken tot de domeinen die voorgeschreven worden door het Europese recht. Dit heeft opnieuw alles te maken met de vereiste conformiteit van wetgeving met het grondwettelijke gelijkheidsbeginsel en de toetsing door het Grondwettelijk Hof in België, waardoor verschillende toepassingsgebieden naargelang de discriminatiegrond onaanvaardbaar werden geacht door de Belgische wetgever.³¹⁰

v) Rechtvaardiging

(1) *Gesloten systeem in de AWGB*

Het meest wezenlijke verschil tussen het Belgische en het Nederlandse discriminatierecht situeert zich op het vlak van rechtvaardigingsmogelijkheden. Terwijl de Belgische WBD een open rechtvaardigingssysteem als uitgangspunt neemt, waarin de afweging tussen conflicterende belangen en (grond)rechten in beginsel door de rechter gebeurt, kent de Nederlandse AWGB een *gesloten rechtvaardigingssysteem* telkens wanneer er sprake is van *direct onderscheid*.³¹¹

(a) Principieel verbod op direct onderscheid

Het uitgangspunt in de AWGB is dat direct onderscheid steeds verboden is, tenzij wanneer men zich

³⁰⁷ Art. 4-8 WGBH/CZ. Het toepassingsgebied van deze wet werd echter op 1 januari 2017 uitgebreid naar het domein van goederen- en dienstenaanbod (Wet van 14 april 2016 tot uitvoering van het op 13 december 2006 te New York tot stand gekomen Verdrag inzake de rechten van personen met een handicap, *Stb.* 2016, 215.)

³⁰⁸ Art. 3-6 WGBL.

³⁰⁹ Sinds 1 januari 2017 biedt art. 5b WGBH/CZ ook bescherming tegen onderscheid op grond van handicap of ziekte in het domein van goederen- en dienstenaanbod.

³¹⁰ J. VRIELINK en S. SOTTIAUX, *Discrimineert de Nederlandse discriminatiewet? De Nederlandse gelijkebehandelingswetgeving getoetst aan de rechtspraak van het Belgische Grondwettelijke Hof*, *o.c.*, 235.

³¹¹ Art. 5-7a AWGB.

kan beroepen op één van de expliciete uitzonderingen waarin de wet zelf voorziet. Niet de rechter, maar wel de wetgever legt dus de situaties vast waarin direct onderscheid gerechtvaardigd is. Dit is een fundamenteel andere keuze dan deze van de Belgische wetgever, die een grotere verantwoordelijkheid bij de rechter legt. Hiermee legt de Nederlandse wetgever ook uitdrukkelijk een hiërarchie tussen grondrechten vast: het gelijkheidsbeginsel in horizontale relaties primeert in beginsel steeds op andere grondrechten, tenzij wanneer de wet zelf in uitzonderingen voorziet. Volgens deze visie komt het uitsluitend aan de wetgever – en niet aan de rechter – toe om de verhouding tussen conflicterende grondrechten vast te leggen.³¹²

Naast principiële constitutionele overwegingen, dient de keuze van de Nederlandse wetgever voor een gesloten systeem hoofdzakelijk in de grotere rechtszekerheid te worden gezocht.³¹³ Rechtszekerheid houdt in dat men keuzes maakt: omdat de Belgische antidiscriminatiewetten veelal de mogelijkheid openlaten voor een belangenafweging *in concreto*, spreekt Loenen daarom van een ‘wet zonder keuzes’.³¹⁴ De grootste kritiek op een dergelijk gesloten systeem is, zoals gezien, echter dat een grotere rechtszekerheid ten koste gaat van billijkheid en de mogelijkheid tot belangenafweging. Een overwaarding van het gelijkheidsbeginsel dreigt ertoe te leiden dat andere (grond)rechten worden uitgehold.³¹⁵ Een verweerder die zich niet kan beroepen op één van de wettelijk voorziene uitzonderingen, heeft immers geen enkele mogelijkheid om een direct onderscheid te rechtvaardigen. Enkel wanneer sprake is van een *indirect* onderscheid, bestaat de mogelijkheid om – via de proportionaliteitstoets – tot een afweging van belangen over te gaan.³¹⁶ Men kan zich op dit punt afvragen of het verschil tussen direct en indirect onderscheid wel zo wezenlijk is dat een dergelijk verschil in rechtvaardigingsmogelijkheden kan worden gerechtvaardigd. Deze kritiek moet weliswaar enigszins genuanceerd worden, net omdat het College in het verleden bijzonder flexibel – en vaak inconsistent – is geweest in het aflijnen van de rechtsfiguren ‘direct’ en ‘indirect’ onderscheid.³¹⁷ Het valt hierbij op dat het College niet zelden lijkt te besluiten tot ‘indirect’ onderscheid, indien een strikte toepassing van de AWGB tot onbillijke of absurde uitkomsten zou leiden. Zo besloot het bijvoorbeeld tot ‘indirect’ onderscheid op grond van seksuele geaardheid in een zaak m.b.t. de uitsluiting van homoseksuele mannen voor bloeddonoraties, terwijl dit onderscheid bezwaarlijk ‘indirect’ kan worden

³¹² J. VRIELINK, ‘Gelijke behandeling in Nederland. Een bespreking van de Nederlandse Algemene Wet Gelijke Behandeling’, in UFSIA, *Vrijheid en gelijkheid*, o.c., 760.

³¹³ J. VRIELINK, ‘Gelijke behandeling in Nederland. Een bespreking van de Nederlandse Algemene Wet Gelijke Behandeling’, o.c., 761.

³¹⁴ T. LOENEN, ‘Een wet zonder keuzes? Een Beschouwing over de Belgische antidiscriminatiewet vanuit Nederlands perspectief’, o.c., 799.

³¹⁵ S. SOTTIAUX, ‘De rechtvaardigingsgronden in het federale discriminatierecht’, o.c., 233.

³¹⁶ Art. 2.1 AWGB.

³¹⁷ T. LOENEN, ‘Een wet zonder keuzes? Een Beschouwing over de Belgische antidiscriminatiewet vanuit Nederlands perspectief’, o.c., 794-795. Zie ook Jan Velaers, die spreekt van ‘juridische acrobatie’ van het College – J. VELAERS, ‘De horizontale werking van het discriminatieverbod in de discriminatiewet. Enkele constitutionele beschouwingen’, o.c., 311.

genoemd.³¹⁸ In de Belgische opvatting zou er geen probleem zijn om tot direct onderscheid te besluiten, aangezien direct onderscheid op grond van seksuele geaardheid nog steeds gerechtvaardigd kan worden aan de hand van de open proportionaliteitstoets. Het is duidelijk dat de keuze voor een open of gesloten systeem allerm minst de uitkomst van bepaalde zaken op significante wijze vastlegt, toch niet in zoverre de mogelijkheid tot rechtvaardiging steeds wordt opengelaten voor ‘indirect’ onderscheid.³¹⁹ Het verschil in rechtszekerheid tussen de Belgische en Nederlandse regelgeving wordt dan ook best met een korrel zout genomen. Hierbij mogen we overigens niet vergeten dat ook de Belgische antidiscriminatie wetten sinds 2007 meer in de richting van een gesloten systeem zijn geëvolueerd voor de discriminatiegronden ras en geslacht.

Wel mogen we redelijkerwijze aannemen dat de principiële voorrang van het gelijkheidsbeginsel een groter risico op ‘overbescherming’ tegen ongelijke behandeling inhoudt, ten nadele van andere conflicterende rechten en belangen. Heel wat oordelen van het College uit het verleden werden om deze reden op kritiek onthaald door auteurs zoals Holtmaat en Velaers. Deze laatste wijst op het gevaar van ‘gelijkheidshypertrofie’ of van het eenzijdig gericht zijn op één waarde in het rechtssysteem, wat tot absurde uitkomsten kan leiden.³²⁰ Zo valt te denken aan de reeds aangehaalde voorbeelden m.b.t. de uitsluiting van homoseksuele paren voor deelname aan openbare danswedstrijden,³²¹ het verbod voor mannen om korte broeken te dragen op de werkvloer³²² of het schenken van gratis kopjes koffie uitsluitend aan vrouwen op Moederdag³²³: allemaal zaken waarin het College besloot dat het gemaakte onderscheid in strijd was met de AWGB. Hoewel, zoals gezien, ook België niet immuun is voor absurde uitkomsten, is dit gevaar voor gelijkheidshypertrofie wellicht minder aanwezig in het Belgische discriminatierecht, dat immers geen principiële voorrang aan het gelijkheidsbeginsel toekent. Daarnaast is ook het verschil in handhaving hier vermoedelijk niet vreemd aan, gelet op de mogelijkheid voor het College om zelf oordelen uit te spreken (zie *infra*). De evolutie naar een meer gesloten systeem van rechtvaardigingsmogelijkheden gedurende de laatste decennia in het Belgische en Europese discriminatierecht zou wel een alarmbel mogen doen afgaan voor beide wetgevers, willen ze de zonet geschetste risico’s van een streng gesloten systeem vermijden.

³¹⁸ Oordeel 97/29 van het College – aangehaald in T. LOENEN, *o.c.*, 794.

³¹⁹ J. GOLDSCHMIDT en A. HENDRIKS, ‘Het gelijkheidsbeginsel en andere grondrechten in een veranderende samenleving’, *o.c.*, 1283.

³²⁰ J. VELAERS, ‘De antidiscriminatie wet en de botsing van grondrechten’, *o.c.*, 352.

³²¹ Zie *supra*: Inleiding. Het initiële oordeel van het College werd op veel kritiek onthaald in Nederland (o.a. door te wijzen op het intrinsieke verschil tussen man/vrouw en man/man echtparen op het vlak van fysieke kenmerken, kleding, silhouet, etc. en dat dansen wel wat meer is dan ‘bewegen op muziek’, wat een verschillende behandeling tussen heteroseksuele en homoseksuele echtparen voor deelname aan een danswedstrijd zou rechtvaardigen), maar in 2004 kwam zij in een soortgelijke zaak niet op haar oorspronkelijke oordeel terug. Voor een kritische bespreking, zie o.a. J. VELAERS, ‘De antidiscriminatie wet en de botsing van grondrechten’, *o.c.*, 351-352.

³²² Oordeel College 25 mei 2010, 2010-80 – zie: <https://www.mensenrechten.nl/publicaties/oordelen/>

³²³ Zie *supra*: Inleiding.

(b) Algemene uitzonderingen

De AWGB voorziet in twee soorten uitzonderingen die een direct onderscheid op grond van een beschermd kenmerk kunnen rechtvaardigen. Eerst en vooral, zijn er ‘algemene’ uitzonderingen die in elk beschermd domein kunnen worden ingeroepen en die telkens betrekking hebben op de discriminatiegronden ‘ras’, ‘geslacht’ en ‘nationaliteit’. Daarnaast zijn er ook ‘specifieke’ uitzonderingen die de verhouding tussen het verbod op direct onderscheid en andere grondrechten regelt. Hieronder worden eerst de algemene uitzonderingen besproken.

Een eerste algemene uitzondering op het verbod van direct onderscheid betreft *maatregelen van positieve actie*. Een direct onderscheid kan gerechtvaardigd zijn indien hiermee getracht wordt “vrouwen of personen behorende tot een etnische of culturele minderheid een bevoorrechte positie toe te kennen om op deze manier de nadelen die verband houden met de gronden ras en geslacht te verminderen”.³²⁴ Terwijl deze rechtvaardigingsgrond in België zich uitstrekt tot alle discriminatiegronden (althans in theorie, in afwachting van het vereiste uitvoeringsbesluit), is ze in Nederland dus beperkt tot de discriminatiegronden ras, geslacht en de daaraan gerelateerde kenmerken. De gronden op basis waarvan positieve discriminatie kan plaatsvinden zijn bovendien asymmetrisch geformuleerd, terwijl de Belgische wetten inzake positieve discriminatie symmetrisch van aard zijn.³²⁵

Een tweede algemene uitzondering op het verbod van direct onderscheid op grond van (de uiterlijke kenmerken die samenhangen met) ras, nationaliteit en geslacht betreft de situaties waarin deze kenmerken ‘bepalend’ zijn.³²⁶ Opnieuw valt te denken aan het casten van uitsluitend zwarte acteurs om de rol van Marthin Luther King te spelen, wat in België als een ‘wezenlijke en bepalende beroepsvereiste’ zou worden beschouwd. Een Algemene Maatregel van Bestuur³²⁷ legt hierbij op limitatieve wijze de gevallen vast waarin ras, geslacht en nationaliteit bepalend kunnen zijn.³²⁸ Ook hier toont de Nederlandse wetgever dus enige argwaan tegenover de appreciatiebevoegdheid van de rechter. Bij wijze van voorbeeld, bevestigt het uitvoeringsbesluit expliciet dat de scheiding tussen mannen- en vrouwentoiletten een gerechtvaardigd direct onderscheid op grond van geslacht is.³²⁹ Dit toont enigszins de absurde vormen van regelgeving aan die volgen uit een streng gesloten rechtvaardigingssysteem. In

³²⁴ Art. 2, lid 3 AWGB.

³²⁵ T. LOENEN, ‘Een wet zonder keuzes? Een Beschouwing over de Belgische antidiscriminatiewet vanuit Nederlands perspectief’, *o.c.*, 792.

³²⁶ Art. 2, lid 2, a, art. 2, lid 4, a en art. 2, lid 5, b AWGB. Voor de discriminatiegrond ‘nationaliteit’ geldt bovendien nog eens de bijkomende uitzonderingscategorie die bepaalt dat direct onderscheid niet verboden is indien dit gebaseerd is op ‘algemeen verbindende voorschriften’ of geschreven of ongeschreven regels van internationaal recht – art. 2, lid 5, a AWGB.

³²⁷ Vergelijkbaar met een K.B. in België.

³²⁸ Besluit gelijke behandeling van 18 augustus 1994, *Stb.* 1994, 657. Zie J. VRIELINK, ‘Gelijke behandeling in Nederland. Een bespreking van de Nederlandse Algemene Wet Gelijke Behandeling’, *o.c.*, 771.

³²⁹ Art. 1.d Besluit gelijke behandeling van 18 augustus 1994, *Stb.* 1994, 657.

België was, tot voor de reparatiewetgeving van 2007, een wettelijke ‘goedkeuring’ van de scheiding tussen mannen- en vrouwentoiletten volstrekt overbodig, aangezien men redelijkerwijze kon aannemen dat een dergelijk onderscheid steeds gerechtvaardigd kon worden door middel van de algemene proportionaliteitstoets. Zoals gezien, is echter sinds 2007 ook de Belgische Genderwet opgeschoven in de richting van een gesloten systeem, waardoor de situaties waarin onderscheid op grond van geslacht bij het aanbieden van goederen en diensten (zoals toiletten) eveneens op limitatieve wijze moeten worden vastgelegd in een K.B. Door het ontbreken van een dergelijk K.B., is de scheiding tussen mannen- en vrouwentoiletten tot op vandaag strikt gezien dus verboden in België. In Nederland, daarentegen, moeten burgers zich geen zorgen maken.

(c) Specifieke uitzonderingen op grond van andere grondrechten

Naast de algemene uitzonderingen, voorziet de AWGB eveneens in ‘specifieke’ uitzonderingen die de verhouding tussen het verbod op direct onderscheid en andere vrijheidsrechten in welbepaalde situaties regelt.³³⁰ Deze hebben hoofdzakelijk betrekking op de eerbiediging van de godsdienstvrijheid en de daaraan gerelateerde verenigingsvrijheid.

Zo is de AWGB in zijn geheel niet van toepassing op de ‘intern-kerkelijke sfeer’, waarmee bedoeld wordt dat rechtsverhoudingen binnen geestelijke genootschappen en het geestelijk ambt buiten het toepassingsgebied van de AWGB vallen.³³¹ Hoewel de intern-kerkelijke sfeer niet expliciet wordt uitgesloten door de Belgische WBD, is het verschil hier weliswaar louter theoretisch van aard: in de praktijk kunnen ook kerkgenootschappen in België zich nog steeds op hun godsdienstvrijheid beroepen om bijvoorbeeld vrouwen uit te sluiten van het priesterambt. Het enige verschil is dat de Nederlandse Katholieke Kerk zich rechtstreeks op de uitsluiting van het toepassingsgebied van de AWGB kan beroepen, terwijl de Belgische Kerk hiervoor een omweg moet maken via de proportionaliteitstoets.³³²

³³⁰ T. LOENEN, ‘Een wet zonder keuzes? Een Beschouwing over de Belgische antidiscriminatiewet vanuit Nederlands perspectief’, *o.c.*, 795 e.v.

³³¹ Art. 3 AWGB. Technisch gezien is dit geen ‘rechtvaardigingsgrond’ maar een aangelegenheid dat simpelweg buiten het toepassingsgebied van de AWGB valt. Zie ook B. VERMEULEN, ‘De verhouding tussen de vrijheidsrechten en de discriminatieverboden in de Nederlandse wet gelijke behandeling’, *o.c.*, 805-806.

³³² In dit geval moet – volgens de opvatting van prof. Velaers – de beoordeling weliswaar niet gebeuren vanuit de ongelijke behandeling, maar wel vanuit de beperking van de godsdienstvrijheid. De rechtsvraag is dus niet ‘is de ongelijke behandeling gerechtvaardigd?’ maar wel ‘is de beperking van godsdienstvrijheid gerechtvaardigd?’. Gelet op art. 21 Gw. dat de scheiding tussen Kerk en Staat regelt, kan de inmenging van de overheid in internkerkelijke aangelegenheden, waaronder ook de benoeming van de bedienaren van de eredienst, nooit gerechtvaardigd zijn – ook niet onrechtstreeks via een antidiscriminatiewet. Een vrouw die tot het priesterambt wil toetreden zou zich echter ook op haar *eigen* geloofsvrijheid kunnen beroepen (in plaats van het recht op gelijke behandeling), waaruit volgt dat de beoordeling dient te gebeuren vanuit het leerstuk inzake botsende grondrechten. In dit geval kan men – volgens een ietwat creatieve redenering – stellen dat praktische concordantie van beide grondrechaanspraken mogelijk is, omdat niemand de vrouw verplicht lid te blijven van de Rooms-Katholieke Kerk en zij dus steeds de vrijheid heeft om haar eigen kerk op te richten. *De facto* worden ‘intern-kerkelijke

Daarnaast kunnen ook zogenaamde ‘identiteitsgebonden instellingen’ of instellingen die gestoeld zijn op een religieuze, levensbeschouwelijke of politieke grondslag (waaronder welzijnsorganisaties, ziekenhuizen en instellingen van bijzonder onderwijs) ten aanzien van hun personeel functie-eisen stellen op grond van godsdienst, levensovertuiging of politieke gezindheid, indien deze kenmerken ‘wezenlijke, legitieme en gerechtvaardigde beroepsvereisten’ zijn, gelet op aard van de functie en de context waarin deze wordt uitgeoefend.³³³ In 2015 heeft de Nederlandse wetgever de controversiële ‘enkele feit’-constructie geschrapt, op basis waarvan dergelijke instellingen ten aanzien van hun personeel geen onderscheid mochten maken op grond van ‘het enkele feit’ van bepaalde beschermde criteria, waaronder ook seksuele geaardheid.³³⁴ Meer concreet, hield dit in dat dat een katholieke school homoseksuele leerkrachten niet mocht weigeren op grond van het ‘enkele feit’ van hun seksuele geaardheid, maar dat ‘bijkomende omstandigheden’ die verband hielden met dit kenmerk en relevant zijn voor het functioneren binnen de instelling het onderscheid wél konden rechtvaardigen.³³⁵ Deze specifieke rechtvaardigingsmogelijkheid temperde in sterke mate het strenge gesloten systeem van de AWGB voor identiteitsgebonden instellingen, waarmee de Nederlandse wetgever aangaf dat het principiële verbod op direct onderscheid niet gold ten aanzien van deze instellingen wat hun personeelsbeleid betreft. In dit verband, was de Nederlandse AWGB dus eveneens een ‘wet zonder keuzes’. Het onderscheid tussen ‘enkel feit’ en ‘bijkomende omstandigheden’ was echter vaag en werd in de praktijk zelden gevolgd door het College voor de Rechten van de Mens.³³⁶ Sinds de schrapping van de ‘enkele feit’-constructie in 2015 is het voor identiteitsgebonden instellingen nog enkel mogelijk om, ten aanzien van hun personeel, een onderscheid te maken op basis van de kenmerken ‘geloof’, ‘levensovertuiging’ en ‘politieke gezindheid’ en enkel voor zover deze kenmerken ‘wezenlijk, legitiem en gerechtvaardigd’ zijn. Net zoals in het Belgische discriminatierecht, wordt dus een expliciet verband vereist tussen de beschermde grond en de geschiktheid om de beroepsactiviteit uit te oefenen. Terwijl deze uitzondering voor België algemeen van toepassing is in het domein van arbeidsbetrekkingen, heeft ze in de Nederlandse AWGB dus een beperktere werkingssfeer: de uitzondering is beperkt tot het personeelsbeleid van identiteitsgebonden instellingen. Algemene ‘neutrale’ instellingen in Nederland zullen zich nooit op dit uitzonderingsregime kunnen beroepen, ook niet indien zij ‘neutraliteit’ aanvoeren als rechtvaardigingsgrond om bijvoorbeeld een werkneemster te verbieden een hoofddoek op

rechtsverhoudingen’ op deze manier dus ook in België van het toepassingsgebied van het discriminatieverbod uitgesloten. Zie J. VELAERS, ‘De antidiscriminatiewet en de botsing van grondrechten’, *o.c.*, 355-356.

³³³ Art. 5, lid 2 AWGB. Zie ook B. VERMEULEN, ‘De verhouding tussen de vrijheidsrechten en de discriminatieverboden in de Nederlandse wet gelijke behandeling’, *o.c.*, 806-807.

³³⁴ Art. I.A. Wet van 21 mei 2015 tot wijziging van de Algemene wet gelijke behandeling in verband met het annuleren van de enkele-feitconstructie in de Algemene wet gelijke behandeling, *Stb.* 2015, 243.

³³⁵ J. VRIELINK, ‘Gelijke behandeling in Nederland. Een bespreking van de Nederlandse algemene wet gelijke behandeling’, *o.c.*, 773.

³³⁶ B. VERMEULEN, ‘De verhouding tussen de vrijheidsrechten en de discriminatieverboden in de Nederlandse wet gelijke behandeling’, *o.c.*, 812.

het werk te dragen.³³⁷ Daarnaast is de uitzondering beperkt tot de drie genoemde discriminatiegronden. Een katholieke school in Nederland mag dus eventueel een Joodse leerkracht weigeren op grond van zijn geloof, maar mag in beginsel nooit een homoseksuele leerkracht weigeren op grond van zijn seksuele geaardheid. In België is het daarentegen nog steeds mogelijk het onderscheidingscriterium seksuele geaardheid als een ‘wezenlijk en bepalende beroepsvereiste’ te verdedigen, gelet op de context waarin de functie wordt uitgeoefend en de evenredigheid ten aanzien van het doel.³³⁸

Wat het aanbod van diensten door ‘bijzondere onderwijsinstellingen’³³⁹ betreft, bepaalt de AWGB dat deze onderwijsinstellingen ook leerlingen op grond van godsdienst, levensovertuiging of geslacht kunnen weigeren voor zover deze kenmerken, gelet op de grondslag, ‘wezenlijk, legitiem en gerechtvaardigd’ zijn en het gemaakte onderscheid ‘passend’ is.³⁴⁰ Een direct onderscheid op grond van geslacht is bovendien enkel toegestaan indien voor leerlingen van beide geslachten gelijkwaardige voorzieningen aanwezig zijn.³⁴¹ Ook hier werd de initiële ‘enkele feit’-constructie verlaten in 2015.³⁴² In deze rechtvaardigingsmogelijkheid vinden we elementen van de in België bekende proportionaliteitstoets terug, al is het toepassingsgebied opnieuw veel beperkter: het gaat enkel om direct onderscheid door bijzondere onderwijsinstellingen ten aanzien van leerlingen, terwijl de gronden op basis waarvan een direct onderscheid kan worden gerechtvaardigd beperkt zijn tot godsdienst, levensovertuiging en geslacht. Andere identiteitsgebonden instellingen dan deze in het bijzonder onderwijs kunnen zich bij het aanbod van goederen of diensten niet beroepen op hun godsdienstvrijheid of levensbeschouwing. Een katholiek rusthuis mag bijvoorbeeld wel een onderscheid maken ten aanzien van zijn personeel op grond van hun godsdienst, maar niet ten aanzien van zijn patiënten. Het gelijkheidsbeginsel zal in deze situaties steeds primeren op andere vrijheidsrechten, in tegenstelling tot het Belgische discriminatierecht waarin een belangenafweging *in concreto* veelal mogelijk blijft.

Terwijl de Belgische WBD de ruimte voor belangenafweging niet beperkt tot situaties waarin een instelling zijn recht om te discrimineren afleidt uit het recht op godsdienstvrijheid en vrijheid van vereniging, laat de Nederlandse AWGB dus enkel in deze gevallen enige beoordelingsvrijheid toe in

³³⁷ Rechtvaardiging zal enkel mogelijk zijn indien besloten wordt dat het om ‘indirect’ onderscheid gaat. We hebben reeds vermeld dat het College vaak op inconsistente wijze deze rechtsfiguren hanteert. Ook in het geval van een ‘hoofddoekenverbod’ oordeelt ze nu eens tot ‘direct’ onderscheid en in andere gevallen tot ‘indirect’ onderscheid – Zie T. LOENEN, ‘Een wet zonder keuzes? Een beschouwing over de Belgische antidiscriminatiewet vanuit een Nederlands perspectief’, *o.c.*, 794-795.

³³⁸ Zoals gezien, sluit de specifieke uitzonderingsbepaling voor identiteitsgebonden instellingen in de WBD immers niet uit dat ook andere discriminatiegronden dan ‘geloof’ of ‘levensbeschouwing’ wezenlijke en bepalende beroepsvereisten kunnen zijn (art. 13, 1^e lid *in fine* WBD).

³³⁹ In Nederland zijn ‘bijzondere onderwijsinstelling’ scholen die gestoeld zijn op een religieuze of levensbeschouwelijke grondslag, vergelijkbaar met het ‘vrije onderwijs’ in België.

³⁴⁰ Art. 7, lid 2 AWGB.

³⁴¹ *Ibid.*

³⁴² Art. I.C. Wet van 21 mei 2015 tot wijziging van de Algemene wet gelijke behandeling in verband met het annuleren van de enkele-feitconstructie in de Algemene wet gelijke behandeling, *Stb.* 2015, 243.

hoofde van de rechter of het College. Het gaat dan telkens om een toets die vergelijkbaar is met de proportionaliteitstoets of het criterium ‘wezenlijke en bepalende beroepsvereisten’ zoals in België gekend is. We besluiten dat het grootste verschil tussen de AWGB en de WBD op het vlak van rechtvaardigingsmogelijkheden zich niet zozeer situeert in de domeinen waarin de AWGB in een uitzondering op het principiële verbod op direct onderscheid voorziet, maar vooral in de domeinen waarvoor geen wettelijke uitzonderingen bestaan. In het eerste geval komt de rechtvaardigingstoets immers grotendeels overeen met de in België gekende proportionaliteitstoets en zal er dus ruimte zijn voor belangenafweging, terwijl in het tweede geval een direct onderscheid in beginsel steeds verboden zal zijn.

(2) Open systeem in de andere wetten

Net omdat een gesloten systeem veel toepassingsmoeilijkheden kent in de praktijk, werd er bij de totstandkoming van de AWGB bewust voor gekozen om andere discriminatiegronden – waaronder ‘leeftijd’ en ‘handicap’ – buiten het toepassingsgebied van de wet te houden.³⁴³ Zowel leeftijd als handicap vormen in een heleboel uiteenlopende situaties immers zeer frequent gehanteerde onderscheidingscriteria, waardoor het zeer moeilijk wordt om alle uitzonderingscategorieën waarin van een legitiem onderscheid sprake kan zijn op sluitende wijze te formuleren. Om deze reden, en om tegemoet te komen aan de Europese verplichtingen, werden voor deze discriminatiegronden afzonderlijke wettelijke kaders uitgewerkt die een flexibeler rechtvaardigingsregime kennen. De Wet Gelijke Behandeling op grond van Handicap of Chronische Ziekte kent een rechtvaardigingstoets die vergelijkbaar is met deze in de Belgische regelgeving: degene tot wie het verbod zich richt (werkgevers, onderwijsinstellingen, verkopers en verhuurders van woningen en openbare vervoersmaatschappijen) hebben, naargelang de concrete behoefte, de plicht om doeltreffende (‘redelijke’) aanpassingen te treffen voor personen met een handicap of chronische ziekte, tenzij deze aanpassingen voor hen een onevenredige belasting zou vormen.³⁴⁴ Ook de Wet Gelijke Behandeling op grond van Leeftijd bij de Arbeid kent een flexibeler open rechtvaardigingssysteem vergelijkbaar met de Belgische regelgeving, die een direct onderscheid op grond van leeftijd toelaat mits dit ‘objectief gerechtvaardigd is door een legitiem doel en de middelen voor het bereiken van dat doel passend en noodzakelijk zijn’.³⁴⁵ Beide wetten kennen dus een (half)open rechtvaardigingssysteem voor zowel direct als indirect onderscheid, vergelijkbaar met de Belgische regelgeving.

³⁴³ T. LOENEN, ‘Een wet zonder keuzes? Een beschouwing over de Belgische antidiscriminatiewet vanuit een Nederlands perspectief’, *o.c.*, 788.

³⁴⁴ Art. 2 WGBH/CZ.

³⁴⁵ Art. 7, lid 1, c WGBL.

Zoals gezegd, kennen deze wetten een beperkter toepassingsgebied dan dat van de AWGB. Het open systeem en de daaruit voortvloeiende rechtsonzekerheid worden dus enigszins gecompenseerd door een beperking van de werkingssfeer. Het resultaat is een ietwat onesthetisch, onoverzichtelijk en incoherent geheel van regelgeving dat, afhankelijk van de betrokken discriminatiegrond, verschillende toepassingsgebieden en rechtvaardigingsmogelijkheden kent. De Nederlandse gelijkebehandelingswetten geven trouw uitvoering aan de Europese regelgeving, maar hebben volgens Vrieling en Sottiaux weinig oog voor de eigen constitutionele traditie, waardoor het geheel er volgens hen ‘on-Nederlands’ uitziet.³⁴⁶

vi) Zachtere handhaving

De sancties opgenomen in de AWGB en de andere gelijkebehandelingswetten zijn eerder bescheiden van aard.³⁴⁷ Zo bepaalt de AWGB, net zoals het Belgische discriminatierecht, dat de discriminatoire beëindiging van arbeidsovereenkomsten en discriminatoire bedingen in het algemeen nietig zijn.³⁴⁸ Daarnaast blijft een vordering tot schadevergoeding op grond van contractuele of buitencontractuele aansprakelijkheid conform het gemeenrecht mogelijk.³⁴⁹ Net zoals in België, wordt de bewijslast omgekeerd indien de benadeelde feiten aanvoert die een vermoeden van onderscheid aantonen.³⁵⁰ Ook in Nederland wordt het discriminatierecht hoofdzakelijk civielrechtelijk gehandhaafd: terwijl het uitingsdelict ‘aanzetten tot haat en discriminatie’ strafbaar is,³⁵¹ ligt de nadruk voor ‘eigenlijke discriminatie’ op burgerlijke sancties en procedures. Toch kent ook Nederland bescheiden strafsancities voor bepaalde vormen van eigenlijke discriminatie, die weliswaar van beperkt belang zijn.³⁵² De belangrijkste vaststelling in dit verband is dat het Nederlandse discriminatierecht, net zoals het Belgische discriminatierecht, weinig consistentie aan de dag legt op het vlak van criminalisering.³⁵³

³⁴⁶ J. VRIELINK en S. SOTTIAUX, ‘Discrimineert de Nederlandse discriminatiewet? De Nederlandse gelijkebehandelingswetgeving getoetst aan de rechtspraak van het Belgische Grondwettelijke Hof’, *o.c.*, 238-239.

³⁴⁷ J. VRIELINK, ‘Gelijke behandeling in Nederland. Een bespreking van de Nederlandse Algemene Wet Gelijke Behandeling’, *o.c.*, 776.

³⁴⁸ Art. 8-9 AWGB.

³⁴⁹ Art. 10, lid 3 AWGB.

³⁵⁰ Art. 10, lid 1 AWGB.

³⁵¹ Art. 137d-e Sr. In Nederland worden evenwel ook publieke *uitingen* strafbaar gesteld die beledigend zijn voor een bevolkingsgroep of kunnen aanzetten tot haat en discriminatie, terwijl dit laatste uitingsdelict in België werd geschrapt na eerdere vernietiging door het Grondwettelijk Hof (zie *supra*).

³⁵² Art. 137g. Sr. en art. 429*quater* Sr. Nederland.

³⁵³ De Nederlandse strafbaarstellingen inzake discriminatie zijn ruimer dan in België. Zo wordt niet enkel opzettelijke discriminatie op grond van ras of geslacht strafbaar gesteld, maar eveneens opzettelijke discriminatie op grond van godsdienst, levensovertuiging, geslacht of seksuele geaardheid. Het toepassingsgebied is beperkt tot discriminatie die plaatsvindt in de uitoefening van een ambt, bedrijf of beroep. De maximum strafmaat is hoger voor discriminatie op grond van ras (6 maand gevangenisstraf) dan discriminatie op grond van andere kenmerken (2 maand hechtenis) (art. 137g. Sr. en art. 429*quater* Sr.).

Het sanctie-apparaat van de Nederlandse gelijkebehandelingswetgeving is eerder beperkt uitgewerkt in vergelijking met de Belgische wetten. Zo voorziet de Nederlandse AWGB nergens in de mogelijkheid voor het slachtoffer van discriminatie om een forfaitaire schadevergoeding te bekomen, in tegenstelling tot de Belgische regelgeving. Deze beperkte sanctieregeling kan vooral verklaard worden vanuit de rol die voor het toezichthoudend orgaan is weggelegd: het College voor de Mensenrechten, dat tot 1 oktober 2012 bekend stond onder de naam ‘Commissie Gelijke Behandeling’. Net zoals het geval is voor het Belgische Unia, bestaat de hoofdtaak van dit orgaan erin om een laagdrempelig en minder kostelijk alternatief te bieden voor vermeende slachtoffers van discriminatie, naast de klassieke gerechtelijke procedure.³⁵⁴ Zij verschilt echter sterk van haar Belgische tegenpool Unia, in die zin dat ze niet louter een adviserende en bemiddelende functie uitoefent, maar eveneens niet-bindende *oordelen* kan vellen. Het College is op deze manier doorheen de jaren uitgegroeid tot een semi-rechterlijke instantie die jaarlijks een groot aantal uitspraken doet.³⁵⁵ Hoewel de naamswijziging anders zou kunnen doen vermoeden, blijft het College uitsluitend bevoegd om zich uit te spreken over de vraag of een bepaalde handeling al dan niet in strijd is met de gelijkebehandelingswetgeving van Nederland. Het blijft dus bij uitstek een ‘gelijkheidscollege’ eerder dan een volwaardig ‘mensenrechtencollege’, dat zich naast ‘gelijkheid’ ook op andere conflicterende waarden en vrijheden zou kunnen oriënteren.³⁵⁶

Naast deze alternatieve, buitengerechtelijke procedure hebben klagers nog steeds de mogelijkheid om een gerechtelijke procedure op te starten. Ook het College heeft, net zoals Unia in België, de mogelijkheid om in eigen naam en voor eigen rekening een vordering in te stellen.³⁵⁷ Deze mogelijkheid voor het College is evenwel niet onomstreden, omdat zijn rol van onafhankelijk en onpartijdig deskundigenorgaan moeilijk te cumuleren valt met dat van procespartij. Om deze reden maakt het College bijna nooit gebruik van deze mogelijkheid, in tegenstelling tot het Belgische Unia.³⁵⁸ Hoewel de oordelen van het College niet bindend zijn, worden deze in de praktijk veelal wel nageleefd.³⁵⁹ Net

³⁵⁴ Art. 10 Wet van 24 november 2011, houdende de oprichting van het College voor de rechten van de mens, *Stb.* 2011, 606. (Hierna: Wet College voor de rechten van de mens) - J. VRIELINK, ‘Gelijke behandeling in Nederland. Een bespreking van de Nederlandse Algemene Wet Gelijke Behandeling’, *o.c.*, 777.

³⁵⁵ T. LOENEN, ‘Een wet zonder keuzes? Een beschouwing over de Belgische antidiscriminatiewet vanuit een Nederlands perspectief’, *o.c.*, 786. In 2015 betrof het 155 oordelen, waarin het College in ongeveer 50% van de zaken tot discriminatie besloot. Zie COLLEGE VOOR DE RECHTEN VAN DE MENS, *Jaarverslag 2015*, Utrecht, 2015, 18.

³⁵⁶ Voor een kritiek hierop, zie in dit verband: J. GOLDSCHMIDT en A. HENDRIKS, ‘Het gelijkheidsbeginsel en andere grondrechten in een veranderende samenleving’, *NJB*, 2003, afl. 25, 1284.

³⁵⁷ Art. 13 Wet College voor de Rechten van de Mens.

³⁵⁸ J. VRIELINK, ‘Gelijke behandeling in Nederland. Een bespreking van de Nederlandse Algemene Wet Gelijke Behandeling’, *o.c.*, 780. In het jaarrapport van het College voor 2015 wordt nergens gewag gemaakt van een gerechtelijke procedure die werd opgestart door het College, dit in tegenstelling tot Unia dat in 2015 in 14 dossiers besliste om naar de rechter te stappen. Zie COLLEGE VOOR DE RECHTEN VAN DE MENS, *Jaarverslag 2015*, *o.c.*, 56p. en UNIA, *Jaarverslag 2015*, *o.c.*, 23.

³⁵⁹ R. HOLTMAAT en P. RODRIGUES, ‘Discriminatie bezien vanuit juridisch perspectief. Naar een holistische benadering?’, *o.c.*, 142.

zoals Unia, vervult het College dus een ‘filterfunctie’ tussen rechtzoekenden en gerecht, met het verschil dat het College ook effectief oordelen velt en deze bovendien openbaar publiceert op zijn website.³⁶⁰

Deze ‘zachte’ alternatieve vorm van geschillenbeslechting door het College toont bij uitstek de communicatieve aard aan van het gelijkebehandelingsrecht in Nederland. ‘Communicatieve wetgeving’ kenmerkt zich hoofdzakelijk door open normen en een zwak handhavingsmechanisme. Het onderscheidt zich zowel van ‘symboolwetgeving’, dat louter de schijn opwekt dat bepaalde problemen worden aangepakt, als van ‘instrumentele wetgeving’, waarbij de wetgever een ‘order’ doorgeeft aan rechtssubjecten en verwacht dat deze daar ook meteen gevolg aan geven.³⁶¹ Bij communicatieve wetgeving scheidt de overheid daarentegen een forum waarin gedebatteerd kan worden over de invulling van open normen zoals ‘gelijkheid’, zonder dat de betekenis hiervan op imperatieve wijze wordt vastgelegd door de wetgever. Het hoofddoel van communicatieve wetgeving is om door middel van dialoog tot een mentaliteitswijziging te komen. Net omdat een mentaliteitswijziging zich moeilijk laat rijmen met een streng handhavingsapparaat, wordt een ‘zachte’ handhaving verkozen boven de klassieke gerechtelijke handhaving aan de hand van burgerlijke en strafrechtelijke sancties.³⁶² Zowel in België als in Nederland wordt deze communicatieve aanpak gecombineerd met een instrumentele methode. Instanties zoals het College en Unia vormen bij uitstek fora waarbinnen in de eerste plaats dialoog moet plaatsvinden, terwijl gerechtelijke procedures met juridische sancties eerder als vangrails dienst doen in situaties waarin dialoog niet mogelijk of opportuun blijkt. Toch blijft de nadruk in het Belgische discriminatierecht veel meer op de klassieke methode van individuele rechtshandhaving liggen.³⁶³ Unia kan immers zelf geen oordelen vellen in concrete geschillen, in tegenstelling tot het College. Dit verklaart ook wellicht waarom het juridische sanctie-apparaat in België uitgebreider is dan in Nederland. Aangezien de niet-bindende oordelen van het College in de praktijk vaak worden nageleefd, is er automatisch minder nood aan een sterk uitgewerkt straffenarsenaal. Hoewel het College juridisch gezien ‘naast’ de rechter staat, wordt het discriminatierecht in Nederland dan ook quasi uitsluitend gevormd en gekneed door de oordelen van dit semi-rechterlijke orgaan.³⁶⁴

Opnieuw moet het verschil tussen beide handhavingsmechanismen echter niet overroepen worden. Hoewel Unia, in tegenstelling tot het College, geen ‘rechtsprekende’ bevoegdheid heeft, zal het via haar rol als bemiddelaar wel steeds impliciet een oordeel vellen. Wanneer Unia een schikkingsvoorstel doet

³⁶⁰ Zie www.mensenrechten.nl/publicaties/oordelen

³⁶¹ P. POPELIER, ‘Laten we allemaal vriendjes zijn! Over de antidiscriminatiewet en wetgevingsmethoden’, *o.c.*, 252-254.

³⁶² P. POPELIER, ‘Laten we allemaal vriendjes zijn! Over de antidiscriminatiewet en wetgevingsmethoden’, *o.c.*, 250-251.

³⁶³ P. POPELIER, ‘Laten we allemaal vriendjes zijn! Over de antidiscriminatiewet en wetgevingsmethoden’, *o.c.*, 283.

³⁶⁴ P. POPELIER, ‘Laten we allemaal vriendjes zijn! Over de antidiscriminatiewet en wetgevingsmethoden’, *o.c.*, 281-282.

aan één van de partijen, gaat zij immers onvermijdelijk over tot een normatief oordeel m.b.t. de feiten. Het is bovendien niet vergezocht om aan te nemen dat een verwerende partij veelal de voorkeur geeft aan een buitengerechtelijke afhandeling en zich daarom zal schikken naar het voorstel van Unia, niet in het minst om reputatieschade te voorkomen. Ook Unia vervult op deze manier *de facto* de functie van ‘semi-rechterlijke instantie’. Hierin situeert zich wel één groot verschil tussen het Belgische en Nederlandse systeem: in België blijft de buitengerechtelijke afhandeling van geschillen m.b.t. het discriminatierecht ‘binnenskamers’, terwijl de oordelen van het College integraal online gepubliceerd worden met vermelding van de namen van de verwerende partijen. Het afschrikwekkende effect van een buitengerechtelijke veroordeling door het College in Nederland is hierdoor vermoedelijk groter dan dat van een buitengerechtelijke schikking via Unia in België.

d) Tussenconclusie

We hebben in dit positief-juridische luik de eerste onderzoeksvraag van deze thesis afgerond, dat als volgt luidde: *“Hoe zien de grote lijnen van het federale discriminatierecht in België eruit en wat zijn de belangrijkste gelijkenissen / verschillen met het Nederlandse discriminatierecht?”*. Uit het voorgaande is gebleken dat het horizontale discriminatierecht in beide landen tot een bijzonder complex, juridisch-technisch en onoverzichtelijk geheel van regels is geëvolueerd. De omslachtige vergelijkbaarheidstoets met een referentiepersoon, de limitatieve lijst van discriminatiegronden, het naast elkaar bestaan van deels open en deels gesloten rechtvaardigingssystemen, het verschil in werkingssfeer naargelang de discriminatiegrond en de inconsistente strafbaarstelling van bepaalde vormen van discriminatie waren illustratief hiervoor. In plaats van een open *beginsel*, vergelijkbaar met het ‘recht op leven’ of ‘godsdienstvrijheid’, is het discriminatieverbod in horizontale verhoudingen geëvolueerd tot een systeem van starre *regels*. Daar waar in verticale relaties niet meer dan enkele zinnen volstaan om discriminatie door de overheid te verbieden, geldt in horizontale verhoudingen een karrenvracht aan complexe voorschriften om discriminatie tussen particulieren te bestrijden.

Deze kritiek gaat op voor zowel het Belgische als het Nederlandse discriminatierecht. Het Belgische discriminatierecht is vanuit ‘esthetisch’ perspectief weliswaar iets overzichtelijker en consistent, aangezien de materiële werkingssfeer voor elke wet en betrokken discriminatiegrond gelijkaardig is. Ook biedt het Belgische discriminatierecht een ruimere bescherming wat het aantal opgenomen discriminatiegronden betreft. Het grootste verschil tussen beide rechtstelsels in de juridische bestrijding van discriminatie situeert zich op het vlak van de gehanteerde rechtvaardigingssystemen en handhaving. Terwijl het open systeem nog steeds het uitgangspunt blijft in Belgische WBD, hanteert de Nederlandse AWGB een principieel gesloten systeem voor direct onderscheid. Op het vlak van handhaving worden de Belgische wetten in het klassieke systeem van individuele rechtshandhaving geïncorporeerd, terwijl

in Nederland een buitengerechtelijk orgaan de bevoegdheid heeft om via een laagdrempelige procedure zelf oordelen te vellen. Adams stelt daarom dat België gekozen heeft voor een ‘zachte wet met potentieel harde juridische consequenties’, terwijl Nederland over een ‘harde wet met potentieel zachte juridische consequenties’ beschikt.³⁶⁵ Toch moeten deze verschillen niet overroepen worden. De keuze voor een open of gesloten systeem impliceert niet noodzakelijk andere uitkomsten en ook het Belgische Unia kan op impliciete wijze oordelen vellen, zoals gezien. De verschillen situeren zich vermoedelijk eerder in de manier waarop een uitkomst wordt gemotiveerd dan in de uitkomst zelf.

Doordat het discriminatierecht in beide rechtssystemen is uitgegroeid tot een bulk aan regelgeving, wordt het helaas steeds moeilijker om ‘het kwaad’ dat overheden wensten te bestrijden te identificeren. Het onoverzichtelijk geheel van uiteenlopende rechtvaardigingssystemen, het feit dat intenties irrelevant zijn om discriminatie vast te stellen en het gegeven dat ook ‘onschuldige’ neutrale maatregelen verboden kunnen zijn, zorgt voor een zekere ont koppeling tussen de benadering van discriminatie in ‘morele zin’ en in ‘juridische zin’.³⁶⁶ Hoe uitgebreider het discriminatierecht, des te onduidelijker het wordt waartoe een discriminatieverbod precies dient. Zoals reeds uiteengezet, is een duidelijke formulering van een dergelijke doelstelling nochtans van fundamenteel belang. Enerzijds, draagt dit bij tot een consistentere rechtspraak met soortgelijke uitkomsten. We weten ondertussen dat de rechtspraak inzake discriminatie zowel in België als in Nederland niet steeds uitblinkt in consistentie. Anderzijds, maakt de formulering van een duidelijke doelstelling van discriminatierecht een kritische evaluatie van zowel wetgeving als rechtspraak mogelijk. Zoals reeds gezegd: om te evalueren, heb je steeds een toetssteen nodig.

De zoektocht naar en verdediging van de grondslag(en) van het discriminatieverbod vormt de rode draad doorheen het volgende deel van deze thesis. Zoals aangehaald in de inleiding, zal deze zoektocht gebeuren vanuit een sociaalliberaal perspectief. We gaan aldus op zoek naar een antwoord op de tweede onderzoeksvraag van deze thesis: *“Is er plaats voor een horizontaal discriminatieverbod vanuit een sociaalliberaal perspectief en, zo ja, hoe ziet dit er dan idealiter uit?”*.

³⁶⁵ M. ADAMS, ‘Vrijheid of gelijkheid? De nieuwe Belgische antidiscriminatiewet en de soevereiniteit in eigen kring’, *o.c.*, 96.

³⁶⁶ Of zoals Khaitan het omschrijft, een discrepantie tussen de ‘*lay approach*’ en de ‘*legal approach*’. T. KHAITAN, *A theory of discrimination law*, *o.c.*, 2016, 1.

IV. DE GRONDSLAG VAN DISCRIMINATIERECHT: RECHTSFILOSOFISCHE BESCHOUWINGEN

a) De zoektocht naar een grondslag

Hoewel de vraag naar de ethische grondslag van het discriminatieverbod slechts sporadisch aan bod komt in de Belgische en Nederlandse doctrine, is dit wel het geval in de Angelsaksische – en in het bijzonder de Amerikaanse – literatuur. De bijzondere ervaring van de Amerikaanse samenleving met discriminatie en segregatie in het verleden en de rijke traditie inzake discriminatierecht zijn hier vermoedelijk niet vreemd aan.³⁶⁷ In de volgende onderdelen zullen we ons dan ook voornamelijk baseren op de visie en argumenten die in de Angelsaksische rechtsleer worden aangereikt. Vooraleer de drie grondslagen die traditioneel in verband worden gebracht met discriminatierecht te bespreken, is het echter noodzakelijk om het verschil tussen twee mogelijke ethische benaderingswijzen van normatieve problemen – zoals discriminatie en discriminatierecht – toe te lichten. Op deze manier wordt een rationele structurering van het normatieve debat mogelijk. Het gaat meer bepaald om het verschil tussen een deontologische en een consequentialistische benadering van discriminatie enerzijds en het verschil tussen correctieve en distributieve rechtvaardigheid anderzijds.

i) Een rationele structurering van het debat

(1) Discriminatie en dadenethiek: twee mogelijke benaderingswijzen

Zowel deontologie als consequentialisme zijn twee hoofdstrekkingen binnen het ethisch normatief denken die zich inlaten met de vraag of bepaalde *keuzes* die mensen maken al dan niet moreel toelaatbaar zijn. Terwijl deontologie oog heeft voor de moraliteit van een daad op zichzelf, focust consequentialisme zich op de gevolgen van bepaalde handelingen. Beide strekkingen behoren tot de *dadenethiek*, die zich bezighoudt met de vraag “welke daden zijn goed?”.³⁶⁸ De dadenethiek contrasteert met de *deugdenethiek*, ook wel *perfectionisme* genoemd, die oog heeft voor de *intenties* die aan keuzes voorafgaan en zich als hoofdvraag stelt “wat zijn waardevolle deugden om na te streven?”.

³⁶⁷ De eerste Amerikaanse antidiscriminatiewet, de ‘*Civil Rights Act*’, dateert immers al van 1964. Het Europese discriminatierecht heeft zich overigens in grote mate laten inspireren door het Amerikaanse discriminatierecht, waardoor men kan spreken van *legal transplants* vanuit de V.S. naar Europa. – Zie L. WAELKENS, ‘Oude wijn in nieuwe vaten. Van de Romeinse vrijheid en gelijkheid naar het actuele discriminatieverbod’, *o.c.*, 35.

³⁶⁸ L. ALEXANDER en M. MOORE (17 oktober 2016), ‘Deontological Ethics - Introduction’ in *Stanford Encyclopedia of Philosophy* [WWW]. Stanford University: <https://plato.stanford.edu/entries/ethics-deontological/> [raadpleging op 2 februari 2017]

Perfectionisme onderscheidt zich van de dadenethiek, doordat zij niet ‘de daad’ maar wel ‘de mens’ en het gehele leven dat hij of zij leidt als focus neemt.³⁶⁹ Deze strekking is niet rechtstreeks relevant voor de morele beoordeling van discriminatie als individuele daad, maar kan wel relevant zijn voor de morele beoordeling van discriminatierecht, met name wanneer dit wordt ingezet als instrument om mensen in staat te stellen een ‘waardevol leven’ te leiden. Perfectionisme komt daarom later aan bod (zie *infra*, deel D: ‘De legislatieve fase’). In wat volgt, beperken we ons tot een bespreking van het verschil tussen een deontologisch en een consequentialistisch perspectief op discriminatie.

(a) Deontologie

‘Deontologie’, ook wel ‘morele plichtenleer’ genoemd, is de strekking binnen de dadenethiek die ervan uitgaat dat er *absolute morele rechten en plichten* bestaan.³⁷⁰ Wat moreel acceptabel gedrag is en wat niet staat met andere woorden vast. Zolang iemand binnen de grenzen van zijn of haar morele plichten blijft, heeft deze persoon de morele vrijheid om te handelen zoals het hem of haar uitkomt. Deze plichten zijn de keerzijde van de rechten of vrijheden die andere personen bezitten. Indien men een absolute morele vrijheid had en kon handelen zoals het hem of haar uitkwam, zou dit immers onvermijdelijk andermans morele rechten schenden. Maar zolang men de morele rechten van anderen respecteert, is er geen plicht om de ene optie boven te andere te verkiezen. Zelfs als keuze A voor veel mensen een groter geluk zou veroorzaken, terwijl keuze B enkel voordelig is voor mijzelf, rust er op mij geen enkele plicht om voor keuze A te kiezen.³⁷¹ Ik mag gerust egoïstisch zijn, zolang ik geen inbreuk pleeg op andermans morele rechten. De moraliteit van een keuze wordt door een deontologisch perspectief met andere woorden *onafhankelijk van de gevolgen* beoordeeld. Iets dat goede gevolgen heeft, kan immers ingegeven zijn door immorele keuzes en andersom. Er bestaan verschillende strekkingen en varianten binnen de deontologische theorieën, maar de meest bekende toepassing van een deontologische ethiek is ongetwijfeld het ‘categorisch imperatief’ van de Duitse filosoof Immanuel Kant.³⁷² Volgens Kant bestaan er universele morele regels, onafhankelijk van tijd of context, die je door middel van rationeel denken kan achterhalen en waarvan je mag aannemen dat elke persoon met een rationele wil ze zal aanvaarden. Op deze manier wordt het mogelijk om regels af te leiden die *intrinsiek moreel* zijn en bijgevolg bepaalde keuzes als *intrinsiek immoreel* te beschouwen. Een bekend voorbeeld van een intrinsiek morele regel volgens Kant is dat je een medemens nooit als ‘middel’ maar steeds als ‘doel’ moet beschouwen.³⁷³ Een mens mag nooit tot een ding worden herleid om een bepaald doel te bereiken,

³⁶⁹ *Ibid.*

³⁷⁰ L. ALEXANDER en M. MOORE (17 oktober 2016), ‘Deontological Ethics - (2) Deontological theories’ in *Stanford Encyclopedia of Philosophy* [WWW]. Stanford University: <https://plato.stanford.edu/entries/ethics-deontological/> [raadpleging op 2 februari 2017]

³⁷¹ R. ARNESON, ‘What is wrongful discrimination?’, *o.c.*, 779.

³⁷² J. VERPLAETSE en C. DELMOTTE, *Basisboek ethiek en rechtsfilosofie*, *o.c.*, 22-26.

³⁷³ J. VERPLAETSE en C. DELMOTTE, *Basisboek ethiek en rechtsfilosofie*, *o.c.*, 23.

want geen enkel zinnig mens zou hiermee instemmen. Om deze reden mag een gekaapt vliegtuig door terroristen nooit neergeschoten worden, want anders herleid je de inzittende passagiers tot voorwerpen. Morele plichten staan los van de gevolgen, hoe wreed deze ook mogen zijn.

Het feit dat deontologie enkel oog heeft voor de moraliteit van de *daad*, en niet voor waardevolle deugden zoals in het perfectionisme, wil niet zeggen dat concrete *intenties* die aan bepaalde daden voorafgaan irrelevant zijn voor een deontologische benadering. Theoretisch gezien is het uiteraard steeds mogelijk om een onderscheid te maken tussen de daad zelf, of zoals Arneson het noemt, de ‘daad in enge zin’, en de intenties waarmee men deze daad pleegt.³⁷⁴ Je kan een daad in enge zin, zoals weigeren een ijsje te delen met je jongere broer, op zich misschien niet als immoreel beschouwen, maar de intentie die daaraan voorafgaat – jaloezie tegenover je broer – wel als een immorele deugd zien. Volgens sommige auteurs moet de morele beoordeling van de daad daarom steeds onafhankelijk van de intenties worden beoordeeld.³⁷⁵ Morele daden kunnen immers voorafgegaan worden door immorele intenties, terwijl de beste intenties tot immorele daden kunnen leiden. Deze visie wordt niet gevolgd door ons. Zoals Arneson terecht stelt, kunnen individuele daden – zoals discriminatie – immers onmogelijk als moreel of immoreel worden beschouwd zonder oog te hebben voor de concrete beweegredenen waarmee men deze daden stelt.³⁷⁶ Enkel de *combinatie* van de daad in enge zin met de concrete intenties die aan deze daad voorafgaan, wat Arneson de ‘daad in ruime zin’ noemt, maakt een deontologische benadering zinvol. De intenties worden vanuit deze benadering dus geacht onlosmakelijk deel uit te maken van de daad zelf. Ook wij zullen in het vervolg van deze thesis uitsluitend oog hebben voor de daad in ruime zin, wanneer we discriminatie vanuit een sociaalliberale deontologische invalshoek zullen benaderen (zie *infra*, deel C: ‘De constitutionele fase’).

In zijn meest absolute vorm kan deontologie wereldvreemd overkomen. Indien we Kant volgen, mag een vliegtuig dat gekaapt is door terroristen nooit neergehaald worden en mag een persoon die een bom heeft verstoppt nooit gefolterd worden, want hiermee pleeg je een inbreuk op de morele rechten van anderen en deze zijn absoluut. Dit dogmatisch denken is net de grote troef van deontologische theorieën: eenmaal de absolute morele rechten en plichten geïdentificeerd zijn, mogen deze nooit geschonden worden. Een schending van een morele plicht kan enkel gerechtvaardigd zijn wanneer dit de enige manier is om de schending van andere minstens even hoge absolute morele plichten te voorkomen. De rechtlijnigheid van deontologische theorieën lijkt haaks te staan op de mogelijkheid tot

³⁷⁴ R. ARNESON, ‘What is wrongful discrimination?’, *o.c.*, 781.

³⁷⁵ Zie bv. J. THOMSON, *The realm of rights*, Cambridge, Harvard University Press, 1990, 383p. (Aangehaald door R. ARNESON, ‘What is wrongful discrimination?’, *o.c.*, 780, voetnoot 15.)

³⁷⁶ R. ARNESON, ‘What is wrongful discrimination?’, *o.c.*, 786.

belangenafweging, wat vaak een betere optie lijkt in de complexe morele realiteit. Het ‘wereldvreemde’ karakter van deontologisch denken moet echter genuanceerd worden, omwille van twee redenen.

Eerst en vooral, impliceert deontologisch denken niet dat je geen enkele rekening houdt met de gevolgen van je keuzes. Een deontoloog gelooft simpelweg dat mensen de morele vrijheid hebben om keuzes te maken die niet de beste gevolgen hebben en, vice versa, dat mensen de morele plicht hebben om bepaalde keuzes níet te maken, zelfs indien deze keuzes betere gevolgen zouden hebben. Zolang iemand zijn morele plichten niet schendt, staat het hem echter volledig vrij om bepaalde keuzes met een betere uitkomst te verkiezen boven andere keuzes.³⁷⁷ Bepaalde keuzes kunnen zelfs op een dwingende manier worden afgedwongen door een overheid, zolang deze overheid de absolute morele rechten van anderen maar niet schendt. Het bekendste voorbeeld van een bij uitstek deontologische theorie die tegelijk gevoelig is voor de gevolgen van bepaalde keuzes, kan teruggevonden worden in ‘*A Theory of Justice*’ van de Amerikaanse filosoof John Rawls,³⁷⁸ waar we verder nog op terugkomen.

Ten tweede, staat ‘intrinsiek immoreel gedrag’ niet per definitie gelijk aan gedrag dat dwingend verboden moet worden door een overheid. Ethisch denken impliceert dat je niet enkel het morele karakter van bepaalde keuzes of handelingen beoordeelt, maar dat je tevens kijkt naar de morele aanvaardbaarheid van mogelijke *interventies*.³⁷⁹ De vaststelling dat een bepaalde keuze intrinsiek immoreel is, garandeert daarom nog niet dat een getroffen maatregel niet zélf intrinsiek immoreel is. Soms is het middel erger dan de kwaal. Radicale moslims die hun kinderen niet naar ‘zondige’ Westerse scholen laten gaan plegen ongetwijfeld intrinsiek immoreel gedrag, maar het juridisch verbieden hiervan is wellicht nog immoreler. Een bepaalde keuze kan weliswaar immoreel zijn, maar mensen kunnen tot op zekere hoogte de morele vrijheid behouden om ook immoreel te handelen.

(b) Consequentialisme

Terwijl een deontologische benadering uitsluitend kijkt naar de moraliteit van de daad zelf, heeft een consequentialistische benadering daarentegen enkel oog voor de *gevolgen* van bepaalde daden.³⁸⁰ Een consequentialist gelooft niet in abstracte, absolute morele rechten of plichten die mensen zouden hebben. Of een bepaalde keuze al dan niet moreel toelaatbaar is, hangt simpelweg af van de concrete gevolgen die deze keuze teweeg brengt. Een consequentialist ontkent dat het nooit toelaatbaar is om een geckaapt

³⁷⁷ R. ARNESON, ‘What is wrongful discrimination?’, *o.c.*, 804-805.

³⁷⁸ J. RAWLS, *A Theory of Justice*, Oxford, Oxford University Press, 1978, 607p. Aangehaald in: R. ARNESON, ‘What is wrongful discrimination?’, *o.c.*, 805, voetnoot 57.

³⁷⁹ J. VERPLAETSE en C. DELMOTTE, *Basisboek ethiek en rechtsfilosofie*, *o.c.*, 35.

³⁸⁰ W. SINNOT-ARMSTRONG (22 oktober 2015), ‘Consequentialism - Introduction’ in *Stanford Encyclopedia of Philosophy* [WWW]. Stanford University: <https://plato.stanford.edu/entries/consequentialism/> [raadpleging op 2 februari 2017]

vliegtuig neer te halen of om iemand te folteren: in sommige gevallen kan dit wel degelijk gerechtvaardigd zijn, indien men hiermee een groter onheil voorkomt.

Welke gevolgen precies in rekening moeten worden genomen, vanuit welk perspectief deze moeten worden geëvalueerd en of aan bepaalde gevolgen een hoger belang moet worden toegekend dan aan andere, is voer voor discussie binnen het consequentialisme. De meest zuivere toepassing van een consequentialistische theorie is het klassiek utilitarisme van de Engelse filosoof Jeremy Bentham.³⁸¹ Volgens Bentham is een handeling ‘goed’ wanneer dit het *geluk* van individuele mensen bevordert. Het ‘goede’ van de gevolgen schuilt met andere woorden in de mate waarin dit bijdraagt tot het bevorderen van het geluk van zoveel mogelijk mensen, of zoals Bentham het verwoordt: “*the greatest happiness for the greatest number*”.³⁸² Aan de ene kant is het utilitarisme bijzonder pragmatisch, waarin net haar grote kracht schuilt. Het gaat niet uit van abstracte, absolute morele plichten, maar stelt simpelweg dat een handeling moreel toelaatbaar is indien het bijdraagt tot geluk. Tegelijk kan ook het utilitarisme voor excessen zorgen en bijzonder wereldvreemd overkomen. Indien een bepaalde handeling sommige mensen gelukkig maakt, terwijl het andere mensen leed bezorgt, dient er volgens Bentham een wiskundige rekensom (‘morele calculus’) te worden gemaakt van het ‘nut’ van deze handeling. Indien er meer mensen gelukkig dan ongelukkig worden door een bepaalde keuze, zal de individuele nutsbalans steeds positief zijn en negatief in het omgekeerde geval. Een handeling is dan enkel acceptabel wanneer de balans positief is. Het geluk van een groot aantal mensen weegt dus steeds op tegen het ongeluk van een kleiner aantal mensen. Het is net dit rekenkundig aspect van het utilitarisme dat indruist tegen onze morele intuïties. Groepsverkrachting wordt herleid tot een simpele rekensom: indien het plezier van de daders groter is dan het leed van het slachtoffer, is de nutsbalans positief en zal het toelaatbaar zijn. Of toegepast op discriminatie: indien een meerderheid binnen een samenleving het belangrijk vindt dat leden van een minderheid gediscrimineerd worden, valt ook hier weinig tegen op in te brengen. Er zijn geen hogere beginselen waarmee men moet rekening houden en er zijn geen vormen van plezier of verdriet die een hogere waarde hebben.

Het utilitarisme van Bentham is uiteraard maar één vorm van consequentialisme. Niet enkel ‘geluk’, maar ook andere waarden kunnen in de ‘morele calculus’ worden betrokken. Het geluk dat individuen ondervinden bij een bepaalde handeling kan bijvoorbeeld worden afgewogen tegenover individuele ‘rechten’ waarover mensen beschikken.³⁸³ Volgens Rawls zijn bepaalde rechten zo fundamenteel belangrijk, dat een schending van deze rechten nooit kan gerechtvaardigd worden door een groter geluk

³⁸¹ J. VERPLAETSE en C. DELMOTTE, *Basisboek ethiek en rechtsfilosofie, o.c.*, 17-22.

³⁸² J. VERPLAETSE en C. DELMOTTE, *Basisboek ethiek en rechtsfilosofie, o.c.*, 18.

³⁸³ W. SINNOT-ARMSTRONG (22 oktober 2015), ‘Consequentialism – (5) Consequences of what? Rights, relativity and rules’ in *Stanford Encyclopedia of Philosophy* [WWW]. Stanford University: <https://plato.stanford.edu/entries/consequentialism/> [raadpleging op 2 februari 2017]

voor andere mensen.³⁸⁴ Groepsverkrachting kan om deze reden nooit goedgepraat worden, hoeveel ‘geluk’ de verkrachters hier ook uit halen. Men kan ook andere waarden in de balans betrekken, zoals zelfrespect, autonomie, liefde, fysieke integriteit en eerlijkheid. Deze varianten worden ook wel ‘pluralistisch consequentialisme’ genoemd, in die zin dat ze niet enkel met geluk of leed rekening houden bij het opmaken van een nutsbalans, maar met een veelheid aan variabelen.³⁸⁵ Eigen aan dit pluralistisch consequentialisme is dat niet aan elke waarde een even hoog belang wordt toegekend. Sommige waarden wegen zwaarder door dan anderen in de balans. Zo maakte de Engelse filosoof-econoom John Stuart Mill, die de harde kanten van Bentham’s utilitarisme bijstaaft, een onderscheid tussen ‘hogere’ en ‘lagere’ vormen van geluk.³⁸⁶ Volgens Mill hebben intellectuele en morele plezieren een hogere waarde dan puur fysiek plezier. “Het is beter om een onvoldaan menselijk wezen te zijn, dan een voldaan varken”, aldus Mill.³⁸⁷ Het lagere plezier van verkrachters zal daarom nooit opwegen tegen het leed van het slachtoffer.

Zonder al te uitgebreid op de kritieken van consequentialisme in zijn harde vorm en de mogelijke oplossingen hiervoor in te gaan, moet uit het voorgaande blijken dat het fundamentele uitgangspunt van consequentialistische theorieën steeds dezelfde blijft: de morele rechtvaardiging van bepaalde keuzes of handelingen dient steeds in het licht van de *gevolgen* beoordeeld worden. Er bestaan in het consequentialisme geen intrinsiek morele keuzes die altijd, ongeacht de gevolgen, moeten worden verkozen boven andere. Een bijzondere vorm van consequentialisme die vooral in het licht van deze thesis interessant zal blijken, is ‘*prioritarianism*’ of (in een gebrekkige Nederlandse vertaling) ‘*humanitarisme*’. Volgens het humanitarisme moet steeds prioriteit worden gegeven aan daden die voordelig zijn voor de minst begunstigde mensen in de samenleving.³⁸⁸ Humanitarisme kent dus een groter gewicht toe aan positieve gevolgen voor zij die het minst fortuinlijk zijn.³⁸⁹ Verlies voor de rijken kan vanuit dit perspectief enkel gerechtvaardigd zijn wanneer dit ten goede komt aan de armste mensen. Het is vooral dit humanitair perspectief dat verder in deze thesis waardevol zal blijken bij de consequentialistische benadering van discriminatie (zie *infra*, deel D: ‘De legislatieve fase’).

³⁸⁴ *Ibid.*

³⁸⁵ W. SINNOT-ARMSTRONG (22 oktober 2015), ‘Consequentialism – ‘What is good? Hedonistic v. Pluralistic consequentialism’ in *Stanford Encyclopedia of Philosophy* [WWW]. Stanford University: <https://plato.stanford.edu/entries/consequentialism/> [raadpleging op 2 februari 2017]

³⁸⁶ *Ibid.*

³⁸⁷ *Ibid.*

³⁸⁸ B. HOOKER (18 november 2015), ‘Rule consequentialism – (3) Other goods to be promoted’, in *Stanford Encyclopedia of Philosophy* [WWW]. Stanford University: <https://plato.stanford.edu/entries/consequentialism-rule/> [raadpleging op 2 februari 2017]

³⁸⁹ R. ARNESON, ‘Against Rawlsian equality of opportunity’, *Philosophical Studies*, 1999, vol. 93, nr. 1, (1), 8. Gratis versie geconsulteerd op: <http://philosophyfaculty.ucsd.edu/faculty/rarneson/againstrawlsianequality.pdf>. (De paginanummers corresponderen met deze van de online publicatie.)

(c) Appels en peren

Of we discriminatie nu vanuit een deontologisch of consequentialistisch perspectief benaderen, zegt uiteindelijk niets over het uiteindelijke standpunt dat wordt ingenomen. Deontologie en consequentialisme zijn slechts twee mogelijke benaderingswijzen om normatieve problemen te bestuderen, maar zelf missen ze concrete inhoud. Het onderscheid tussen beide perspectieven stelt ons wel in staat om de ethische discussie rond discriminatie op een rationele manier te structureren. Wanneer iemand bijvoorbeeld een deontologisch argument geeft om discriminatie te verbieden (“men heeft de morele plicht om niet te discrimineren”), dan moet je hier een deontologisch argument tegenover plaatsen wil je dit ontkrachten (“een discriminatieverbod schendt mensen in hun morele recht om te discrimineren”). Hetzelfde geldt voor de andere benadering: een consequentialistisch argument (“discriminatie veroorzaakt grote maatschappelijke problemen”) kan enkel met een consequentialistisch tegenargument weerlegd worden (“een discriminatieverbod maakt de problemen nog erger”). Het theoretische onderscheid tussen deontologie en consequentialisme biedt een formeel kader waarbinnen de normatieve discussie op een rationele manier kan plaatsvinden, maar welk standpunt men precies inneemt hangt af van ethische, ideologische of politieke voorkeuren. Een deontoloog en een consequentialist kunnen het perfect met elkaar eens zijn dat een discriminatieverbod gerechtvaardigd is, ook al gebruiken ze compleet andere argumenten om tot dit standpunt te komen. Op analoge wijze kunnen twee consequentialisten tot compleet tegenovergestelde conclusies komen, terwijl ze toch hetzelfde gedachtenstramien volgen.

Het onderscheid tussen beide benaderingswijzen wordt in de normatieve discussie rond discriminatie wel eens over het hoofd gezien. Wanneer critici de consequentialistische en klassiek-liberale rechtsfilosoof Richard Epstein verwijten ‘on gevoelig’ te zijn voor de psychologische schade die immorele discriminatie kan veroorzaken voor slachtoffers, voeren ze de discussie op het verkeerde terrein.³⁹⁰ Nergens probeert Epstein, het leed van slachtoffers van discriminatie te minimaliseren of de immoraliteit ervan te ontkennen. Wel zegt hij dat discriminatierecht deze problemen niet beter oplost dan het geval zou zijn in een competitieve markt zónder deze wetgeving.³⁹¹ Een discriminatieverbod resulteert volgens de auteur enkel in een heleboel bureaucratie, lobbywerk, dure rechtszaken en nettoverlies voor de hele samenleving. Terwijl tegenstanders argumenten van deontologische aard opwerpen, is Epstein’s denkwijze volstrekt consequentialistisch.³⁹² Dit wil niet zeggen dat deze deontologische argumenten zinloos zijn, maar het impliceert wel dat je deze argumenten niet kan gebruiken om een zuiver consequentialistische redenering te ontkrachten. Dat kan enkel op een rationele

³⁹⁰ R. EPSTEIN, ‘Standing firm on forbidden grounds’, *San Diego Law Review*, vol. 31, 1994, (1), 18.

³⁹¹ R. EPSTEIN, ‘Standing firm on forbidden grounds’, *o.c.*, 2.

³⁹² Epstein geeft zelf uitdrukkelijk aan dat zijn invalshoek ‘utilitair’ is: R. EPSTEIN, ‘Standing firm on forbidden grounds’, *o.c.*, 3.

manier gebeuren door tegenargumenten van consequentialistische aard te formuleren, zoals door studies aan te halen die aantonen dat een discriminatieverbod wél een efficiënt en effectief middel is ter bestrijding van discriminatie. Om het met een spreuk vol volkswijsheid te zeggen: appels moet je niet met peren vergelijken.

We hebben een formeel kader geschetst waarbinnen op een rationele en gestructureerde manier de normatieve discussie over *discriminatie* kan plaatsvinden. Verder in deze thesis zullen we zowel de deontologische als consequentialistische invalshoek gebruiken om daden van discriminatie te analyseren. Vooraleer dit te doen, staan we stil bij het type rechtvaardigheid dat *discriminatierecht* kan nastreven. Zoals gezegd, maakt men in de ethiek immers steeds het onderscheid tussen de normatieve beoordeling van een ‘gedraging’ en van de daaropvolgende ‘interventie’. In het volgend onderdeel kijken we naar de interventie ten aanzien van discriminatie door middel van het recht.

(2) *Discriminatierecht: correctieve of distributieve rechtvaardigheid?*

Recht en rechtvaardigheid worden vaak in één adem genoemd, maar niet elke wet streeft noodzakelijk rechtvaardigheid na. John Gardner omschrijft een ‘reden van rechtvaardigheid’ als een reden om mensen hun *relatieve positie* te *veranderen*.³⁹³ Met ‘relatieve positie’, verwijst Gardner naar mensen hun situatie in relatie tot anderen. Dit kan geïllustreerd worden a.d.h.v. het verbod op folteren: terwijl het moeilijk te ontkennen valt dat foltering steeds *onmenselijk* is, is het moeilijker om hard te maken dat foltering ook *onrechtvaardig* is. Indien je niet wilt dat iemand gefolterd wordt, volstaat het om aan te tonen dat folteren op zich in strijd is met de menselijke waardigheid. Hiermee verwijst je niet naar de situatie van de gefolterde in relatie tot anderen. Of andere personen er nu beter of slechter aan toe zijn dan de gefolterde maakt niets uit. Maar indien je wilt aantonen dat foltering ook *onrechtvaardig* is, heb je een moeilijkere opdracht. Je dient dan de situatie van de gefolterde te vergelijken met de situatie van andere mensen en aan te tonen dat het verschil in behandeling niet gerechtvaardigd is. Terwijl het moeilijker te weerleggen valt dat foltering onmenselijk is, kan men echter altijd argumenteren dat de foltering volstrekt rechtvaardig is – bijvoorbeeld, door de vergelijking te maken met het leed dat anderen hebben ondervonden of zouden ondervinden mocht iemand niet gefolterd worden.

Discriminatierecht lijkt op het eerste zicht een typevoorbeeld te zijn van wetgeving die rechtvaardigheid nastreeft.³⁹⁴ Een discriminatieverbod verplicht mensen immers niet om zich op een absolute manier te gedragen (“behandel X zo”), maar legt ons de plicht op om bepaalde mensen – dragers van een

³⁹³ J. GARDNER, ‘Discrimination as injustice’, *Oxford Journal of Legal Studies*, 1996, vol. 16, (353), 353.

³⁹⁴ Gardner beweert dat dit ook effectief zo is, iets wat we in deze thesis niet voor vanzelfsprekend aannemen - J. GARDNER, ‘Discrimination as injustice’, *o.c.*, 354-355.

beschermde kenmerk – te behandelen *zoals men anderen zou behandelen* (“behandel X zoals je Y zou behandelen”). Een discriminatieverbod lijkt in dit opzicht inderdaad gericht te zijn op de verandering van mensen hun relatieve positie, omdat het steeds het element van vergelijking met zich meedraagt. Maar is een non-discriminatieplicht effectief een norm van rechtvaardigheid? Om hierop een antwoord te kunnen geven, moeten we wat dieper ingaan op het concept van rechtvaardigheid. Deze bekommernis is niet louter een vorm van intellectuele bezigheidstherapie: zoals verder zal blijken, is het type rechtvaardigheid dat een bepaalde norm al dan niet nastreeft immers intrinsiek verbonden met zijn uiteindelijke doelstelling. Terwijl het voor de meeste rechtstakken evident is om in te zien op welke manier ze zich verhouden met rechtvaardigheid, zal meteen duidelijk worden dat dit allerm minst het geval is voor discriminatierecht. Om deze reden, is het aangewezen de verschillende concepties van rechtvaardigheid nader van elkaar af te bakenen.

In de doctrine wordt veelal het theoretische onderscheid gemaakt tussen ‘*correctieve*’ en ‘*distributieve*’ rechtvaardigheid. Over het precieze verschil tussen beide vormen bestaat onenigheid, maar voor het doel van deze thesis beperken wij ons tot de volgende twee intrinsieke verschillen:³⁹⁵

- Correctieve rechtvaardigheid beoogt de verandering van de relatieve positie van *individuen*, terwijl distributieve rechtvaardigheid de relatieve positie van volledige *groepen* binnen de samenleving wenst te veranderen.
- Correctieve rechtvaardigheid streeft *herstel* van de oorspronkelijke relatieve positie van individuen na, terwijl distributieve rechtvaardigheid de relatieve positie van (groepen van) individuen *op een andere manier dan herstel* beoogt te veranderen.

Beide vormen van rechtvaardigheid streven dus een zekere vorm van *evenwicht* na. Terwijl correctieve rechtvaardigheid het evenwicht tussen twee of meerdere individuen wenst te herstellen, tracht distributieve onrechtvaardigheid een groter evenwicht tussen groepen (arm en rijk – autochtoon en allochtoon – man en vrouw, etc.) te bekomen. Om deze reden wordt soms ook wel gesproken van ‘individuele’ rechtvaardigheid tegenover ‘groepenrechtvaardigheid’. Daar waar correctieve rechtvaardigheid een zekere *fout* van een individu impliceert, is distributieve rechtvaardigheid onafhankelijk van een voorafgaande individuele fout en streeft het een rechtvaardige *verdeling* van rechten en middelen tussen groepen na. Terwijl distributieve rechtvaardigheid oog heeft voor het

³⁹⁵ A. MORRIS, ‘On the normative foundations of indirect discrimination law: understanding the competing models of discrimination law as Aristotelian forms of justice’, *Oxford Journal of Legal Studies*, 1995, vol. 15, (199), 204-205 (aangehaald door Gardner). Morris onderscheidt nog twee andere essentiële verschilpunten tussen correctieve en distributieve rechtvaardigheid (agent-relatief vs. agent-neutraal en universeel vs. particulier) die hier niet verder besproken worden. Gardner bekritiseert deze aangehaalde verschillen en argumenteert dat enkel het ‘herstel’ van de relatieve positie vs. ‘andere veranderingen van de relatieve positie dan herstel’ het intrinsieke onderscheid tussen beide vormen van rechtvaardigheid is. Een bespreking hiervan zou ons echter te ver van ons doel brengen. Zie: J. GARDNER, ‘Discrimination as injustice’, *o.c.*, 355-357.

rechtvaardige karakter van de initiële verdeling van bepaalde goederen *ex ante*, kijkt correctieve rechtvaardigheid naar de manier waarop deze goederen worden overgedragen *ex post*.³⁹⁶ Met een schenking of een consensuele koop-verkoop is nooit iets mis vanuit een perspectief van correctieve rechtvaardigheid, maar het kan wel onrechtvaardig zijn vanuit een perspectief van distributieve rechtvaardigheid. Omgekeerd, hoeft een transactie die door middel van geweld of fraude plaatsvindt niet noodzakelijk in strijd te zijn met een principe van distributieve rechtvaardigheid, maar zal het wel steeds ongerechtvaardigd zijn vanuit het idee van correctieve rechtvaardigheid.

Daarnaast moeten we een onderscheid maken tussen rechtvaardigheid *op primair niveau*, dit is op het niveau van de rechten en plichten die rechtstreeks uit een norm voortvloeien, en rechtvaardigheid *op secundair niveau*, dat betrekking heeft op de rechten en plichten waarop mensen zich beroepen nádat een bepaalde norm geschonden werd.³⁹⁷ Uit het voorgaande moet duidelijk zijn dat correctieve rechtvaardigheid uitsluitend op secundair niveau ter sprake komt, aangezien ‘herstel’ net het intrinsieke kenmerk van correctieve rechtvaardigheid is. Op het niveau van conflictbeslechting houdt een rechter zich dan ook uitsluitend met correctieve rechtvaardigheid bezig, doordat hij de relatieve positie van individuen steeds herstelt of bestendigt na een veroordeling of vrijspraak.³⁹⁸ Dit zegt echter niets over de aard van de oorspronkelijke rechten en plichten die in de wet zelf vervat zitten. Terwijl rechters uitsluitend als ‘pathologen’ optreden in die situaties waarin er iets is misgelopen, bestaat er ook nog een wereld van het recht naast deze van rechtsconflicten. Terwijl rechtspreken steeds een kwestie van rechtvaardigheid is, kan hetzelfde niet worden gezegd van elke wet of rechtstak. Zo bevat aansprakelijkheidsrecht op primair niveau helemaal geen normen van rechtvaardigheid. Aansprakelijkheidsrecht legt immers geen relatieve, maar wel een absolute plicht op aan mensen om ‘zorgvuldig’ of ‘te goeder trouw’ te handelen.³⁹⁹ In een ideale wereld houdt iedereen zich aan deze norm en komt de relatieve positie van mensen niet ter sprake. Enkel op secundair niveau, wanneer een persoon door onzorgvuldig gedrag schade veroorzaakt, komt het herstel van iemands relatieve positie aan de orde. Sociaal welzijnsrecht is dan weer een voorbeeld van een rechtstak die op primair niveau wél rechtvaardigheid nastreeft, meer bepaald distributieve rechtvaardigheid. De rechten en plichten die uit deze rechtstak voortvloeien beogen immers op actieve wijze de relatieve positie van (groepen van) individuen te wijzigen en dit op een andere wijze dan herstel. Zelfs als niemand deze normen schendt, zal er daarom nog steeds sprake zijn van distributieve rechtvaardigheid. Enkel wanneer een plichtsdrager een norm van distributieve rechtvaardigheid schendt (bv. door sociale fraude) en zich hiervoor moet

³⁹⁶ J. COLEMAN, S. HERSHOVITZ en G. MENDLOW (17 december 2015), ‘Theories of the Common Law of Torts – (3.1.3) Corrective justice versus distributive justice’ in *Stanford Encyclopedia of Philosophy* [WWW]. Stanford University: <https://plato.stanford.edu/entries/tort-theories/#CorJusVerDisJus> [geraadpleegd op: 2 februari 2017]

³⁹⁷ J. GARDNER, ‘Discrimination as injustice’, *o.c.*, 354.

³⁹⁸ *Ibid.*

³⁹⁹ *Ibid.*

verantwoorden, tracht men de relatieve positie van partijen (dader en staat) door middel van herstel te wijzigen en zal het opnieuw een kwestie van correctieve rechtvaardigheid betreffen.

We weten ondertussen dat discriminatierecht ‘iets’ met rechtvaardigheid te maken heeft. De vraag luidt nu: om welke vorm van rechtvaardigheid gaat het? Is discriminatierecht een rechtstak die vergelijkbaar is met aansprakelijkheidsrecht, dat op primair niveau geen normen van rechtvaardigheid bevat maar enkel op secundair niveau correctieve rechtvaardigheid nastreeft? Of toont discriminatierecht eerder gelijkenissen met rechtstakken zoals sociaal welzijnsrecht, die op primair niveau distributieve rechtvaardigheid beogen?

Over de correctieve, distributieve of ‘gemengde’ aard van discriminatierecht bestaat heel wat verwarring in de literatuur. Rechtstheoretisch zou het logisch zijn mocht het verbod op ‘directe’ discriminatie een kwestie van correctieve rechtvaardigheid zijn, terwijl het verbod op ‘indirecte’ discriminatie een toepassing van distributieve rechtvaardigheid is, gelet op de motivering van het onderscheid tussen beide figuren. In werkelijkheid vinden we echter elementen van zowel correctieve als distributieve rechtvaardigheid terug in beide rechtsfiguren. Enerzijds, stellen we vast dat het discriminatieverbod in essentie welbepaalde gedragingen van *individuen* verbiedt. In dit opzicht, lijkt zowel het verbod op directe als indirecte discriminatie een kwestie van correctieve rechtvaardigheid te zijn. Zelfs positieve discriminatie wordt in het discriminatierecht omschreven als een rechtvaardigingsgrond van welbepaalde individuele handelwijzen, niet als een universele plicht waarmee rechtvaardigheid tussen groepen wordt beoogd. In tegenstelling tot zuiver distributieve rechtstakken, zoals sociaal welzijnsrecht, verleent een discriminatieverbod bovendien geen universele rechten aan mensen die tot een bepaalde groep behoren. Discriminatierecht creëert hoofdzakelijk *reflectieve rechten*, wat betekent dat mensen slechts een bepaald subjectief recht bekomen nádat ze op een bepaalde manier foutief werden behandeld (*ex post*).⁴⁰⁰ Niet iedereen die tot de doelgroep van de maatregel behoort kan er dus gebruik van maken. Ook in dit opzicht lijkt discriminatierecht dus een toepassing van correctieve rechtvaardigheid te zijn. Een correctieve benadering verklaart overigens beter waarom het gros van de opgesomde discriminatiegronden symmetrisch van aard is. Als het bijvoorbeeld de bedoeling is om de onrechtvaardige verdeling van rechtsgoederen tussen mannen en vrouwen tegen te gaan, waarom zouden dan ook mannen tegen discriminatie beschermd worden? Aan de andere kant, bevat het discriminatierecht ook overduidelijk aspecten van distributieve rechtvaardigheid. Zo weten we dat er sprake is van indirect onderscheid wanneer een zogenaamde neutrale handelwijze ertoe leidt dat leden van een bepaalde *groep* hierdoor bijzonder benadeeld worden. Positieve discriminatie kan op zijn beurt gerechtvaardigd worden indien vaststaat dat er een kennelijke ongelijkheid tussen bepaalde groepen in de samenleving bestaat. Zelfs het verbod op directe discriminatie lijkt nu en dan een groepsdimensie te

⁴⁰⁰ T. KHAITAN, *A theory of discrimination law, o.c.*, 144.

hebben, aangezien onder het huidige discriminatierecht ook perfect rationele en morele vormen van direct onderscheid in strijd kunnen zijn met het discriminatieverbod. Tracht het verbod op leeftijdsdiscriminatie in het domein van arbeid niet eerder de onrechtvaardige (*ex ante*) verdeling van goederen tussen de bevoordeelde groep ‘jonge werknemers’ en de benadeelde groep ‘oudere werknemers’ te elimineren? Sommige auteurs menen van wel; zij stellen dat het zwaartepunt bij de beoordeling van directe discriminatie eveneens op de gevolgen voor de leden van een kwetsbare groep ligt en niet zozeer op de aanwezigheid van een voorafgaande ‘fout’ bij de discriminator.⁴⁰¹

Vele discussies binnen de literatuur over de functie van discriminatierecht zijn te herleiden tot de verwarring over de correctieve of distributieve aard van het discriminatieverbod. Deze discussies over de aard van discriminatierecht zijn zowel theoretisch (‘welke rechtvaardigheid streeft discriminatierecht na?’) als normatief (‘welke rechtvaardigheid zou discriminatierecht moeten nastreven?’) van aard. De theoretische verwarring vloeit rechtstreeks voort uit het discriminatierecht zelf, dat aspecten van beide vormen van rechtvaardigheid bevat. Opnieuw is het noodzakelijk om beide vormen van rechtvaardigheid van elkaar te onderscheiden, willen we de normatieve discussie over discriminatierecht op een rationele manier structureren. Eveneens moet de discussie over de immoraliteit van *discriminatie* onderscheiden worden van het debat over de rechtvaardigheid van *discriminatierecht*. Toch is er volgens ons een belangrijke parallel te trekken tussen de normatieve benadering van discriminatie enerzijds en van discriminatierecht anderzijds. Een *zuiver deontologische benadering* van discriminatie, kan enkel leiden tot de verdediging van discriminatierecht als een toepassing van *correctieve rechtvaardigheid*. Omgekeerd, kan een *zuiver consequentialistische benadering* van discriminatie een discriminatieverbod enkel legitimeren als een toepassing van *distributieve rechtvaardigheid*. Een deontologische inbreuk op iemands absolute morele rechten veroorzaakt immers steeds een verstoring in het evenwicht tussen twee of meerdere individuen, terwijl het herstel van de relatieve positie van individuen net het hoofdkenmerk van correctieve rechtvaardigheid is. Wanneer discriminatie daarentegen op een zuiver consequentialistische wijze wordt benaderd, kan discriminatierecht enkel gerechtvaardigd worden wanneer het totale ‘nut’ van een discriminatieverbod groter is in vergelijking met een stelsel zonder discriminatieverbod. Het totale nut van een maatregel kan nooit worden afgeleid uit het zuivere herstel van het evenwicht op microniveau, maar kan enkel volgen uit de impact die een discriminatieverbod veroorzaakt op macroniveau. Aangezien distributieve rechtvaardigheid zich net onderscheidt van correctieve rechtvaardigheid doordat het oog heeft voor rechtvaardigheid tussen groepen in een samenleving in zijn geheel, kan discriminatierecht vanuit een zuiver consequentialistische benadering daarom enkel verdedigd worden als een toepassing van distributieve rechtvaardigheid.

⁴⁰¹ T. KHAITAN, *A theory of discrimination law, o.c.*, 159-162.

Het onderscheid tussen discriminatierecht als een toepassing van correctieve dan wel distributieve rechtvaardigheid, stelt ons opnieuw in staat om het normatieve debat over discriminatie en discriminatierecht op een rationele manier te structureren. Als je zuiver consequentialistische argumenten aanhaalt om discriminatie te verbieden (“discriminatierecht moet voor een rechtvaardigere verdeling van middelen en rechten tussen mannen en vrouwen zorgen”), kan je niet tegelijk discriminatierecht als een toepassing van correctieve rechtvaardigheid gaan invullen (“een man die een vrouw ongelijk behandelt op grond van haar geslacht begaat tegenover haar een morele fout die moet worden hersteld, tenzij hij dit kan rechtvaardigen”). Omgekeerd, kan je met zuiver deontologische argumenten (“geslachtsdiscriminatie is een immorele daad”) niet verklaren waarom het discriminatierecht eveneens distributieve aspecten zou moeten hebben (“werkgevers zouden een vacature moeten kunnen voorbehouden voor vrouwelijke kandidaten, maar niet voor mannelijke”). Opnieuw zegt de keuze voor een correctieve of distributieve benadering van discriminatierecht echter niets over de uiteindelijke positie die men zal innemen. Net zoals voor deontologie en consequentialisme het geval was, missen beide vormen van rechtvaardigheid normatieve inhoud om een concreet standpunt in te nemen. Hiervoor moeten we een beroep doen op tastbare ethische beginselen die we terugvinden in politiek-filosofische theorieën. Nu de vormgeving duidelijk is waarbinnen het normatieve debat over discriminatie en discriminatierecht kan plaatsvinden, is de tijd rijp om over te schakelen naar inhoud.

ii) Van vorm naar inhoud: kandidaat-grondslagen

In dit onderdeel zullen we op algemene wijze drie klassieke beginselen overlopen die in de rechtstheoretische literatuur traditioneel worden aangehaald om een horizontaal discriminatieverbod te verdedigen of net af te schieten. Het gaat om het beginsel van menselijke waardigheid, het vrijheids- of autonomiebeginsel en het gelijkheidsbeginsel. Vooraleer deze beginselen en hun relatie met discriminatie(recht) te bespreken, worden enkele ‘pseudo-grondslagen’ overlopen die soms ten onrechte worden aangereikt ter verdediging van een discriminatieverbod.

(1) Pseudo-grondslagen

Soms wordt geargumenteed dat discriminatie onrechtvaardig is omdat het ‘*niet rationeel*’ of ‘*willekeurig*’ is, omdat mensen beoordeeld worden op grond van criteria die *irrelevant* zouden zijn.⁴⁰²

⁴⁰² Zo tracht discriminatierecht volgens Patricia Populier rationaliteit te stimuleren, wat volgens haar een logische en legitieme betrachting is, al erkent ze meteen dat rationaliteit een relatief begrip is dat niet op dezelfde wijze kan worden toegepast op horizontale relaties als op verticale relaties – P. POPELIER, ‘Laten we allemaal vriendjes zijn! Over de antidiscriminatie wetten en wetgevingsmethoden’, *o.c.*, 250.

Dit kan moeilijk de morele rechtvaardiging van een discriminatieverbod zijn. Of een onderscheidingscriterium al dan niet relevant is, hangt immers steeds af van het standpunt van de discriminator.⁴⁰³ Vanuit het perspectief van een racist, zal ras vanzelfsprekend een relevant kenmerk zijn. Enkel een racist die soms zwarten discrimineert en soms niet, handelt willekeurig. Een consistente racist kan daarentegen niet verweten worden willekeurig te zijn. Men zou uiteraard kunnen opwerpen dat racisme op zich steeds een irrationele overtuiging is, want er bestaan niet zoiets als ‘mensenrassen’ en een huidskleur vertelt niets over mensen hun intrinsieke kwaliteiten. Er rust echter geen algemene juridische of morele plicht op mensen om steeds rationeel te handelen in hun relaties tot anderen. We hebben reeds aangehaald dat van burgers, in tegenstelling tot van de overheid, niet kan worden verwacht dat ze zich steeds neutraal en rationeel opstellen. Mocht rationaliteit de onderliggende grondslag van een discriminatieverbod zijn, verklaart dit bovendien niet waarom de non-discriminatieplicht slechts unidirectioneel van aard is en een beperkt toepassingsgebied heeft. Consumenten mogen nog steeds volstrekt irrationeel zijn en ervoor kiezen om niet te kopen bij een Pakistaanse winkeluitbater, terwijl we ons bij de keuze van een levenspartner nog steeds zo racistisch en oppervlakkig mogen opstellen als we zelf willen. Rationaliteit verklaart evenmin waarom sommige volstrekt rationele vormen van onderscheid toch verboden worden door het discriminatierecht. Zoals gezien, werden bepaalde leeftijdskortingen door de rechtspraak als discriminatoir beschouwd omdat leeftijd een volstrekt irrationeel kenmerk zou zijn dat niets te maken heeft met de prijs van een bril, terwijl leeftijd vanuit het perspectief van de brillenverkoper uiteraard wél een rationeel criterium is. Het is de brillenverkoper simpelweg te doen om meer klanten te lokken en een hogere omzet te behalen, wat rationele doelstellingen zijn van ondernemingen. Het feit dat bepaalde mensen dit ‘oneerlijk’ vinden maakt het gemaakte onderscheid daarom nog niet irrationeel. Zelfs mocht het volstrekt irrationeel zijn, omdat in de praktijk bijvoorbeeld zou blijken dat de handelaar hierdoor net minder omzet zou behalen, dan nog verklaart dit niet waarom het recht moet ingrijpen om deze irrationele commerciële strategie te verbieden. Mogen we niet aannemen dat een competitieve markt volstrekt irrationele marktstrategieën, zoals niet-winstgevende kortingen, uit zichzelf zou elimineren? We kunnen ons dan ook de vraag stellen of een rechter zich niet te veel op de ondernemersstoel begeeft wanneer hij zich uitspreekt over het ‘irrationele’ karakter van bepaalde onderscheidingscriteria.

Het irrationele karakter van discriminatie brengt ons hoe dan ook geen stap verder. Soms geeft men ook aan dat het onrechtvaardige karakter van discriminatie schuilt in het feit dat mensen anders worden behandeld op grond van ‘kenmerken waarover ze zelf niet kunnen kiezen’.⁴⁰⁴ Ook deze redenering is op

⁴⁰³ L. ALEXANDER, ‘What makes discrimination wrongful? Biases, preferences, stereotypes and proxies’, *University of Pennsylvania Law Review*, 1992, vol. 141, (149), 151.

⁴⁰⁴ Wat bekendstaat als ‘het keuzepincipe’, uitgewerkt door Paul Hirst (P. HIRST, *Associatieve democracy: New Forms of Economic and Social Governance*, Oxford, Polity Press, 1994, 222p.) Dit argument werd o.a. in België gegeven door de verdedigers van het wetsvoorstel voor de algemene antidiscriminatiewet in 2003 – zie *Parl. St. Senaat* 1999-2000, 2-12/1, 2. Zie ook bijvoorbeeld het (bekritiseerde) standpunt van Unia, dat oordeelde dat de ongunstigere behandeling van een man met piercings geen directe discriminatie op basis van fysieke kenmerken

los zand gebouwd. Enerzijds zijn er genoeg gevallen waarin we er geen probleem mee hebben dat mensen anders worden behandeld op basis van eigenschappen waarvoor ze zelf niet hebben gekozen, zoals de blinde die geen chauffeur mag worden. Anderzijds, zijn er genoeg discriminatiegronden, zoals ‘geloof’ of ‘politieke overtuiging’, waarvoor we misschien tot op zekere hoogte zelf kiezen, maar waarbij we toch van mening zijn dat dit niet steeds een ongelijke behandeling rechtvaardigt.⁴⁰⁵ Het is niet omdat mensen vrij zouden zijn om van geloof of politieke overtuiging te veranderen, dat dit ook redelijkerwijze kan worden opgelegd aan hen.

Sommigen, tot slot, zien de onrechtvaardigheid van discriminatie dan weer in het feit dat mensen *niet krijgen wat ze ‘verdienen’*, wat een meritocratisch argument is.⁴⁰⁶ Een blanke man die beter gekwalificeerd is dan een zwarte man en toch de job niet krijgt, wordt onrechtvaardig behandeld omdat hij de job meer verdiende dan de andere sollicitant. Ook deze grondslag houdt echter niet lang stand. Indien een werkgever beslist om puur willekeurig, op basis van zijn wispelturig humeur, een kandidaat te kiezen, zullen sommigen dit misschien wel als onrechtvaardig beschouwen, maar weinigen zullen het als ‘discriminatie’ zien. Er rust volgens ons ook geen enkele algemene morele óf juridische plicht op werkgevers om een bepaalde positie toe te kennen aan de persoon die dit het meest ‘verdient’.⁴⁰⁷ Bovendien is er een verschil tussen een job het meest ‘verdienen’ en het best ‘gekwalificeerd’ zijn voor de job. Wertheimer geeft het voorbeeld van een blanke en zwarte man die kandidaat-inspecteur zijn bij een lokaal politiekantoor.⁴⁰⁸ De blanke man heeft meer ervaring, haalde betere resultaten op de toelatingsproeven en maakte een betere indruk tijdens het interview. Het politiekantoor houdt er echter rekening mee dat de inspecteur voornamelijk zal worden tewerkgesteld in een buurt waar overwegend zwarte kansarme jongeren leven. Ze nemen aan dat de jongeren meer zullen openstaan voor een zwarte inspecteur en dat dit tot minder spanning en onveilige situaties zal leiden. De blanke kandidaat ‘verdient’ ongetwijfeld de positie meer dan de zwarte kandidaat, maar je kan moeilijk zeggen dat hij daarom ook beter ‘gekwalificeerd’ is. In juridische termen zou er wellicht sprake zijn van een legitieme doelstelling die passend, noodzakelijk en vermoedelijk proportioneel is. Ook een meritocratische grondslag blijft dus in gebreke om een horizontaal discriminatieverbod te verklaren.

was, omdat de man zelf had gekozen voor deze piercings – E. BREMS en J. VRIELINK, ‘Een verschil tussen gekozen en ongekomen discriminatie?’, *De juristenkrant*, 23 december 2009, 12-13.

⁴⁰⁵ L. ALEXANDER, ‘What makes discrimination wrongful? Biases, preferences, stereotypes and proxies’, *o.c.*, 151; D. DE PRINS, S. SOTTIAUX en J. VRIELINK, *Handboek discriminatierecht*, *o.c.*, randnummers 1133-1134.

⁴⁰⁶ A. WERTHEIMER, ‘Reflections on discrimination’, *o.c.*, 949-950.

⁴⁰⁷ Al kan dat wel steeds contractueel worden afgesproken tussen bijvoorbeeld een onderneming en een HR-werknemer die instaat voor werving en selectie van kandidaten, of eventueel afgeleid worden uit de plicht die rust op bestuurders van een vennootschap om steeds in het algemene belang van de aandeelhouders te handelen. In dat geval gaat het echter om een toepassing van contractuele aansprakelijkheid, niet om een algemene morele of juridische plicht die discriminatierecht zou rechtvaardigen. – Zie ook R. ARNESON, ‘What is wrongful discrimination?’, *o.c.*, 784.

⁴⁰⁸ A. WERTHEIMER, ‘Reflections on discrimination’, *o.c.*, 949-950.

We besluiten dat zowel ‘rationaliteit’, het ‘keuze-argument’ als het ‘meritocratisch ideaal’ slechts pseudo-grondslagen zijn die het bestaan van discriminatierecht niet of slechts onvolledig kunnen rechtvaardigen. In wat volgt, gaan we nader in op drie klassieke beginselen die in de literatuur traditioneel worden aangehaald om discriminatie en discriminatierecht te benaderen: het beginsel van menselijke waardigheid, het vrijheids- of autonomiebeginsel en het gelijkheidsbeginsel. We beperken ons in dit onderdeel tot een algemene beschrijving van de drie beginselen en hoe ze met discriminatie(recht) in verband kunnen worden gebracht. Dit onderdeel is louter descriptief van aard; in de volgende onderdelen wordt het ideologische kader geschetst waarvan we verder gebruik zullen maken en wordt de keuze voor bepaalde beginselen verdedigd.

(2) *Menselijke waardigheid*

Menselijke waardigheid is ongetwijfeld één van de meest fundamentele ethische en juridische beginselen. Of je nu libertair of egalitair bent, niemand ontkent het belang van menselijke waardigheid. In tal van internationale mensenrechtenverdragen of grondwetten staat menselijke waardigheid prominent op de eerste plaats, boven alle andere fundamentele rechten. Art. 1 van de Universele Verklaring van de Rechten van de Mens (1948) luidt als volgt: “Alle mensen worden vrij en gelijk in waardigheid en rechten geboren.” Opvallend is dat in deze ene korte zin meteen een link wordt gelegd tussen waardigheid en twee andere beginselen: vrijheid en gelijkheid. Menselijke waardigheid kan dan ook als het onderliggend beginsel van alle andere fundamentele rechten en morele beginselen worden beschouwd. Hierin schuilt ook net de kritiek: het begrip zou slechts een vaag en abstract containerbegrip zijn.⁴⁰⁹ Volgens sommigen heeft het voornamelijk een symbolische waarde dat goed klinkt in plechtige redevoeringen, maar dat geen concrete inhoud bevat. Samen met andere auteurs volgen we deze kritiek niet. Het is mogelijk een onderscheid te maken tussen de abstracte, alomvattende norm van menselijke waardigheid en de concrete, substantieve invulling hiervan.

In zijn *abstracte vorm* wordt menselijke waardigheid als een intrinsieke waarde beschouwd dat simpelweg eigen is aan ‘mens zijn’. Terwijl waardigheid in vroegere tijden veelal verbonden werd met eigenschappen zoals ‘moed’ of ‘eer’ waar sommige mensen meer of minder van bezaten, kreeg waardigheid in moderne tijden een egalitaire twist: iedereen bezit er tegenwoordig evenveel van, we zijn allemaal *gelijkwaardig*.⁴¹⁰ Je moet het niet verdienen en je kan het ook niet verliezen. Het betekent dat je mensen behandelt als mensen, elk met een ‘intrinsieke, onvergelijkbare en onuitwisbare waarde’.⁴¹¹ Het abstracte waardigheidsbeginsel vertelt ons dat iedereen een zekere waardigheid bezit, maar zegt

⁴⁰⁹ J. VERPLAETSE en C. DELMOTTE, *Basisboek ethiek en rechtsfilosofie, o.c.*, 36.

⁴¹⁰ D. G. RÉAUME, ‘Discrimination and dignity’, *Louisiana Law Review*, 2003, vol. 63, (645), 674.

⁴¹¹ Citaat van Immanuel Kant, geciteerd door D. G. RÉAUME, ‘Discrimination and dignity’, *o.c.*, 675.

niets over de concrete inhoud van menselijke waardigheid. In zijn abstracte vorm valt menselijke waardigheid niet duidelijk af te lijnen van andere beginselen, maar is het inderdaad eerder een onderliggende modaliteit van andere beginselen.

Jan Verplaetse en Charles Delmotte geven menselijke waardigheid een *concretere inhoud*, waardoor het duidelijk te onderscheiden valt van andere waarden. De auteurs omschrijven waardigheid op een negatieve manier: het houdt het verbod in om mensen als ‘dier’ of als ‘ding’ te behandelen.⁴¹² Door mensen *unieke of essentiële menselijke eigenschappen* te ontzeggen, behandel je hen niet langer als mens maar als iets lager dan een mens. Een voorbeeld van een ‘unieke’ menselijke eigenschap is de behoefte aan privacy en het ervaren van schaamte. Als je gedetineerden hun behoefte in een emmer laat doen zonder muren of deuren om zich af te schermen, behandel je hen niet als mens maar als dier. Een voorbeeld van een ‘essentiële’ menselijke eigenschap is individualiteit. Cijfers die gevangenen niet bij hun naam maar met een getal aanspreken, reduceren deze mensen tot voorwerpen. Dit noemt men *dehumanisering*. Het verbod op dehumanisering houdt in dat alle mensen steeds een minimum aan respect verdienen. Niet uit verdienste, maar louter omdat ze mens zijn.

Sophia Moreau maakt eveneens een onderscheid tussen waardigheid in subjectieve en in objectieve zin.⁴¹³ In *subjectieve zin*, gaat het om *gevoelens* van onwaardigheid die mensen zelf ervaren. Door bepaalde handelingen kunnen mensen het gevoel hebben dat ze niet het respect krijgen dat ze verdienen. We zijn het met Moreau eens dat een louter gevoel van onwaardigheid op zich niet voldoende is om te oordelen dat iemand onwaardig werd behandeld.⁴¹⁴ Mensen voelen zich wel vaker respectloos behandeld, maar de drempel voor ‘mensonwaardige behandeling’ moet hoger liggen dan een zuiver gevoel. Enkel wanneer mensen in *objectieve zin* in hun waardigheid worden aangetast, door hen unieke of essentiële menselijke eigenschappen te ontzeggen, kunnen we spreken van een schending van het beginsel van menselijke waardigheid. Het omgekeerde is eveneens waar: zelfs wanneer mensen sterk in hun schoenen staan en zich niet in hun waardigheid aangetast voelen door een bepaalde behandeling, verhindert dit niet dat een handeling toch in strijd kan zijn met het waardigheidsbeginsel. Zo aanvaardt de Mensenrechtenraad van de Verenigde Naties dat mensen onwaardig kunnen worden behandeld, ook wanneer ze dit zelf niet zo ervaren (zoals in de beroemde ‘dwerfgwerpenzaak’).⁴¹⁵ Gevoelens van

⁴¹² J. VERPLAETSE en C. DELMOTTE, *Basisboek ethiek en rechtsfilosofie*, o.c., 45-46.

⁴¹³ S. MOREAU, ‘The wrongs of unequal treatment’, o.c., 34.

⁴¹⁴ S. MOREAU, ‘The wrongs of unequal treatment’, o.c., 49.

⁴¹⁵ United Nations Human Rights Council, 15 juli 2002, nr. 854/1999, waarin de Mensenrechtenraad van de V.N. de Franse man Manuel Wackenheimer, die aan dwerggroei leed, ongelijk gaf in zijn redenering dat het verbod op dwergwerpen in strijd was met zijn recht op zelfbeschikking. Het feit dat hij zichzelf niet in zijn waardigheid aangetast voelde, weerhield Frankrijk er niet van deze activiteit te verbieden met het oog op het vrijwaren van de menselijke waardigheid.

onwaardigheid kunnen hoogstens een bijkomend element ter ondersteuning zijn, maar zijn geen noodzakelijke óf voldoende voorwaarde om te besluiten dat iemand menonwaardig werd behandeld.

Auteurs die discriminatie als een schending van de menselijke waardigheid zien, hanteren meestal een enge visie op discriminatie. Doorgaans wordt discriminatie dan gezien als een ongunstigere behandeling die tot stand komt op basis van negatieve vooroordelen of stereotypen waardoor mensen worden herleid tot tweederangsburgers, wat een vorm van dehumanisering is.⁴¹⁶ In dit geval, wordt discriminatie gezien als een deontologische inbreuk op mensen hun fundamentele waardigheid. Sommige auteurs houden ook rekening met het negatieve effect dat discriminatie heeft op iemands zelfrespect, wat een subjectieve invulling is van menselijke waardigheid,⁴¹⁷ of met de invloed die dit heeft op de toegang tot goederen en diensten die noodzakelijk zijn om een menswaardig leven te leiden.⁴¹⁸ In dit geval, gaat het om een consequentialistische benadering, waarbij de morele toelaatbaarheid van discriminatie wordt beoordeeld vanuit de gevolgen die dit heeft op mensen hun waardigheid of waardigheidsgevoel.

Menselijke waardigheid is een waardevolle grondslag om een horizontaal discriminatieverbod te verdedigen, maar is wellicht te beperkt om het huidige discriminatierecht integraal te verklaren. Het verbod op ‘indirecte’ discriminatie, het unidirectionele toepassingsgebied, de uiteenlopende rechtvaardigingsregimes en de voorkeur voor buitengerechterlijke afhandeling via gespecialiseerde colleges kunnen moeilijk in verband worden gebracht met menselijke waardigheid. We moeten daarom ook andere beginselen overwegen als kandidaat-grondslag. Het vrijheids- of autonomiebeginsel is de volgende kandidaat.

(3) *Vrijheid of autonomie*

Zowel in ons moreel als juridisch denken is vrijheid veelal het centrale uitgangspunt. De Amerikaanse filosoof Joel Feinberg noemt dit ‘de vooronderstelling van vrijheid’.⁴¹⁹ Als ik beslis om een sigaret op te steken en iemand anders verbiedt mij dit, zal niemand verwachten dat ik rechtvaardig waarom ik een sigaret wou roken in de eerste plaats. Men zal daarentegen een goede rechtvaardiging verwachten van de persoon die mij dit verbiedt. We vragen geen rechtvaardiging voor elke handeling die iemand stelt, maar we vragen wel rechtvaardiging voor elke interventie die ons *verbiedt* te handelen zoals we zelf willen. Vrijheid is het hoogste goed; we ervaren het als vanzelfsprekend en we staan kritisch tegenover anderen – particulieren of overheden – die onze autonomie willen beperken. Ook al kan een vrijheids-

⁴¹⁶ D. G. RÉAUME, ‘Discrimination and dignity’, *o.c.*, 679 en 681.

⁴¹⁷ S. MOREAU, ‘The wrongs of unequal treatment’, *o.c.*, 49; S. FREDMAN, *Discrimination law*, *o.c.*, 28.

⁴¹⁸ S. MOREAU, ‘The wrongs of unequal treatment’, *o.c.*, 45.

⁴¹⁹ J. VERPLAETSE en C. DELMOTTE, *Basisboek ethiek en rechtsfilosofie*, *o.c.*, 66-67.

beperking gerechtvaardigd zijn, ligt de bewijslast in beginsel bij de persoon of instantie die aan onze vrijheid raakt.

Traditioneel wordt in de politieke filosofie een onderscheid gemaakt tussen twee soorten vrijheid: negatieve en positieve vrijheid, ontleend aan de filosoof Isaiah Berlin. *Negatieve vrijheid* betekent de afwezigheid van innerlijk ervaren dwang.⁴²⁰ Er zijn geen obstakels of beperkingen meer, geen verplichtingen of verboden. Niemand verplicht ons om op een manier te handelen die we zelf niet willen en niemand verbiedt ons om dingen te doen die binnen onze mogelijkheden liggen. In de lijn van Kant en Mill, worden mensen slechts op een rechtmatige manier in hun vrijheid beperkt indien ze door hun handelen andere mensen hun negatieve vrijheid schenden: je vrijheid eindigt waar die van een ander begint.⁴²¹ De ‘eerste generatie’ mensenrechten, zoals het recht op leven, vrijheid van privacy en godsdienstvrijheid, zijn voorbeelden van rechten die oorspronkelijk vooral de negatieve vrijheid van burgers tegen onrechtmatig overheidsingrijpen dienden te beschermen. Negatieve vrijheid kan weliswaar niet enkel rechtstreeks beperkt worden door ongeoorloofde interventies, maar kan ook onrechtstreeks in het gedrang komen door de aanwezigheid van machtsverschillen en dominantie in een samenleving. ‘Macht’ wordt door de grondlegger van de sociologie Max Weber omschreven als ‘de kans dat iemand zijn wil kan opleggen aan mensen tegen hun eigen wil in’.⁴²² ‘Dominantie’ is dan een specifieke vorm van macht, die op persistente en significante wijze de relaties tussen individuen of groepen beheerst.⁴²³ Negatieve vrijheid houdt dus niet uitsluitend in dat men vrij is van interventies, maar ook dat men vrij is van macht en dominantie. *Positieve vrijheid* legt de lat nog hoger: je hebt immers weinig aan negatieve vrijheid – zoals de vrijheid om te studeren, een goede job te scoren en geld te verdienen – indien het je aan middelen ontbreekt om naar een goede school te gaan. Positieve vrijheid is zelfrealisatie: mensen zijn pas echt vrij wanneer ze ook effectief de mogelijkheid hebben om bepaalde nobele waarden en deugden na te streven.⁴²⁴ Terwijl negatieve overheid de overheid verbiedt om bepaalde handelingen te stellen, verplicht positieve vrijheid de overheid net om actief op te treden. De reeds besproken positieve werking die aan grondrechten en mensenrechten wordt verleend kan als een toepassing van positieve vrijheid worden gezien.

Volgens Berlin zijn negatieve en positieve vrijheid niet alleen twee verschillende invullingen van vrijheid, maar zijn ze ook tegenstrijdig en incompatibel met elkaar.⁴²⁵ Meer positieve vrijheid gaat steeds

⁴²⁰ J. VERPLAETSE en C. DELMOTTE, *Basisboek ethiek en rechtsfilosofie*, o.c., 68.

⁴²¹ Dit veelgehoorde citaat is een variant van het originele citaat “*your liberty to swing your fist ends just where my nose begins*” dat zowel aan Oliver W. Holmes, John S. Mill en Abraham Lincoln wordt toegeschreven. Bron: <http://quoteinvestigator.com/2011/10/15/liberty-fist-nose/>

⁴²² T. KHAITAN, *A theory of discrimination law*, o.c., 100.

⁴²³ *Ibid.*

⁴²⁴ J. VERPLAETSE en C. DELMOTTE, *Basisboek ethiek en rechtsfilosofie*, o.c., 71.

⁴²⁵ I. CARTER (2 augustus 2016), ‘Positive and negative liberty’, in *Stanford Encyclopedia of Philosophy* [WWW]. Stanford University: <https://plato.stanford.edu/entries/liberty-positive-negative/> [geraadpleegd op 3 februari 2017]

ten koste van negatieve vrijheid en andersom. Klassieke liberalen staan zeer argwanend tegenover een positieve invulling aan vrijheid. ‘Zelfrealisatie’ is immers een kneedbaar concept: het zegt dat mensen vrij zijn indien ze bepaalde doelen kunnen realiseren, maar het is duidelijk dat een dergelijke conceptie van vrijheid al makkelijk tot misbruik kan leiden door totalitaire regimes.⁴²⁶ In het verleden is meermaals gebleken hoe communistische of fascistische regimes de negatieve vrijheid van burgers schonden in naam van een ‘hogere’ vrijheidsideaal. Mensen waren pas echt ‘vrij’ indien ze zich inzetten voor de hogere idealen van het communisme of nazisme. Terwijl negatieve vrijheid onverschillig staat tegenover het soort leven dat mensen leiden, gaat positieve vrijheid bepaalde levensstijlen verkiezen boven andere. Positieve vrijheid is dus steeds perfectionistisch: het zegt hoe een goed mensenleven er behoort uit te zien. Sommige waarden en doelstellingen zijn bewonderenswaardig, anderen zijn afkeurenswaardig. Daarin schuilt het gevaar van positieve vrijheid, al moet dit ook meteen genuanceerd worden. Positieve vrijheid is slechts een formeel concept: het legt hogere eisen op aan vrijheid dan de loutere afwezigheid van innerlijk ervaren dwang, maar zelf heeft het geen concrete inhoud. Het zegt niet welke levensstijlen of welke waarden en doelstellingen precies de voorkeur verdienen. Afhankelijk van de auteur of het regime die er inhoud aan geeft, kan positieve vrijheid twee totaal verschillende dingen betekenen. Een totalitair regime kan er weliswaar makkelijk misbruik van maken door er hun eigen ideologische inhoud aan te geven, maar het leent zich ook uitstekend als sociaal correctiemechanisme op de onverschilligheid van negatieve vrijheid binnen een vrije markt. Probeer een kansarm kind maar eens uit te leggen hoe vrij zij niet is, omdat er niemand haar verplicht of verbiedt om bepaalde dingen te doen. Vrijheid is maar een magere troost, indien je niet over dezelfde startkansen als fortuinlijkere kinderen beschikt die wél hun talenten kunnen ontwikkelen in een omgeving waar ze voldoende geprikkeld worden. Gratis onderwijs en extra steun kunnen deze kinderen een hogere vorm van vrijheid geven. Op deze manier wordt een verband tussen vrijheid en gelijke kansen gelegd (zie *infra*: ‘Gelijkheid’). Klassieke liberalen staan hier sceptisch tegenover, maar moderne liberalen omarmen dit.⁴²⁷

Als negatieve en positieve vrijheid werkelijk zo verschillend zijn, praten klassieke en moderne liberalen dan eigenlijk nog over hetzelfde vrijheidsconcept? Is positieve vrijheid niet louter een semantische kunstgreep uitgevonden door egalitaristen, dat meer met gelijkheid te maken heeft dan met vrijheid? Of schuilt er toch een ‘gemeenschappelijk’ vrijheidsconcept achter beide begrippen? De Amerikaanse rechtsfilosoof Gerald MacCallum gelooft van wel.⁴²⁸ Feitelijk bestaan er volgens MacCallum tal van mogelijke interpretaties van één en hetzelfde vrijheidsbegrip. De misleidende dichotomie tussen ‘negatieve’ en ‘positieve’ vrijheid leidt tot de verkeerde opvatting dat er maar twee soorten vrijheden

⁴²⁶ J. VERPLAETSE en C. DELMOTTE, *Basisboek ethiek en rechtsfilosofie, o.c.*, 72; G. VANHEESWIJCK, ‘De horizontale werking van het discriminatieverbod. Een antropologische analyse’, *o.c.*, 58-59.

⁴²⁷ J. VERPLAETSE en C. DELMOTTE, *Basisboek ethiek en rechtsfilosofie, o.c.*, 140.

⁴²⁸ I. CARTER (2 augustus 2016), ‘Positive and negative liberty – (4) One concept of liberty: freedom as a triadic relation’, in *Stanford Encyclopedia of Philosophy* [WWW]. Stanford University: <https://plato.stanford.edu/entries/liberty-positive-negative/> [geraadpleegd op 3 februari 2017]

zouden bestaan, terwijl het er in werkelijkheid veel meer zijn. MacCallum omschrijft vrijheid als volgt: “vrijheid is de mogelijkheid die een persoon heeft om bepaalde dingen te doen of bepaalde dingen te worden, los van dwang of obstakels”.⁴²⁹ Vrijheid omvat dus steeds drie componenten: een *agent*, bepaalde *acties* die men wil ondernemen en de afwezigheid van bepaalde vormen van *dwang of obstakels*. Elke mogelijke opvatting over vrijheid moet steeds een invulling geven aan deze drie componenten. Uit deze definitie blijkt dat negatieve en positieve vrijheid een verschillende invulling geven aan de ‘obstakels’ waar iemand vrij of onvrij van is en de ‘acties’ die iemand vrij of onvrij is te ondernemen. Hieruit volgt meteen dat er helemaal niet één negatief of positief vrijheidsconcept bestaat. Men kan beide begrippen eerder als uiteinden op een continuüm zien, waarin er meer opgeschoven wordt in de richting van een ‘positieve’ invulling naarmate men hogere eisen stelt aan vrijheid.

Wanneer discriminatie vanuit een vrijheidsperspectief wordt benaderd, kan men in de literatuur twee kampen van elkaar onderscheiden: voor- en tegenstanders van een discriminatieverbod, die zowel een deontologische als consequentialistische invalshoek hanteren. (1) Eerst en vooral zijn er de klassiek-liberale auteurs, die stellen dat een discriminatieverbod een deontologische inbreuk uitmaakt op de negatieve vrijheid die mensen hebben om te discrimineren. De Amerikaanse filosoof Robert Nozick, die een discriminatieverbod als een schending op het eigendomsrecht en de contractvrijheid zou zien, valt in dit kamp.⁴³⁰ Consequentialistische auteurs zoals Epstein, daarentegen, pleiten niet tegen een discriminatieverbod vanuit deontologische overwegingen, maar vanuit een utilitaire invalshoek. Een discriminatieverbod is vanuit dit perspectief niet zozeer af te raden omdat het strijdig is met mensen hun ‘recht om te discrimineren’, maar vooral omdat meer vrijheid betere resultaten (‘het grootste nut’) creëert voor de hele samenleving. Publieke dwang kan volgens Epstein enkel tot een positieve nutsbalans leiden wanneer dit gericht is op de bestrijding van geweld en fraude.⁴³¹ (2) In het andere kamp bevinden zich eerst en vooral de sociaalliberale denkers die van oordeel zijn dat discriminatie een deontologische inbreuk op mensen hun positieve vrijheid uitmaakt, doordat iemand louter op basis van vooroordelen of stereotype overwegingen een ander zijn kans op zelfrealisatie ontnemt.⁴³² Daarnaast zijn er consequentialistische auteurs zoals Khaitan, die discriminatierecht vooral als een instrument zien

⁴²⁹ *Ibid.*

⁴³⁰ J. WILKERSON (z.d.), ‘Rawls and Nozick on fairness’ [WWW]. University of Washington: <http://faculty.washington.edu/jwilker/353/RawlsNozick.pdf> [geraadpleegd op 3 februari 2017]. Voor een algemene bespreking van Nozick’s werk, zie: J. VERPLAETSE en C. DELMOTTE, *Basisboek ethiek en rechtsfilosofie, o.c.*, 184-188.

⁴³¹ R. EPSTEIN, ‘Standing firm, on Forbidden Grounds’, *o.c.*, 1.

⁴³² Voorbeelden van deze strekking zijn Sonu Bedi en Seana Shiffrin, die beiden in een essay argumenteren dat bepaalde aspecten van de non-discriminatieplicht onder het ‘vrijheidsbeginsel’ moeten gesitueerd worden in Rawls’ theorie – zie S. BEDI, ‘The scope of formal equality of opportunity: the horizontal effect of rights in a liberal constitution’, *Political Theory*, 2014, vol. 42, (716), 727; S. SHIFFRIN, ‘Equal citizenship: race and ethnicity. Race, labor and the fair equality of opportunity principle’, *Fordham Law Review*, 2004, vol. 72, (1643), 1659-1660.

om de kloof tussen ‘bevoordeelde’ en ‘benadeelde’ groepen binnen de samenleving weg te werken en op die manier de vrijheid van leden van benadeelde groepen te verhogen.⁴³³

Hoewel vrijheid een zinvolle grondslag kan zijn om discriminatierecht te legitimeren, gaan veel auteurs er vanuit dat een beroep op dit beginsel te vergezocht is. De laatste kandidaat-grondslag die wordt besproken is daarom ook meteen de meest voor de hand liggende: het gelijkheidsbeginsel.

(4) *Gelijkheid*

Discriminatierecht en gelijkheid worden veelal in één adem genoemd, waardoor het conceptuele verband tussen beide begrippen bijna vanzelfsprekend lijkt. Het feit dat het grondwettelijk gelijkheidsbeginsel (art. 10 Gw.) en het non-discriminatiebeginsel (art. 11 Gw.) in België veelal als één en hetzelfde beginsel worden gepercipieerd, lijkt inderdaad te bevestigen dat de twee intrinsiek verbonden met elkaar zijn. Het verbod om te discrimineren is dan niet meer dan de negatieve keerzijde van de positieve plicht om mensen gelijk te behandelen.⁴³⁴ Toch is het verband tussen beide concepten niet zo vanzelfsprekend als het lijkt. Zoals gezien, houdt een discriminatieverbod immers niet simpelweg het verbod in om mensen ongelijk te behandelen, maar verbiedt het om mensen *op grond van bepaalde kenmerken* ongelijk te behandelen. In dit onderdeel beperken we ons tot een algemene bespreking van het gelijkheidsbeginsel en de verschillende manieren waarop dit beginsel in verband wordt gebracht met discriminatie in de literatuur. Verder in deze thesis wordt dit verband op kritische wijze in vraag gesteld (zie *infra*, deel F: ‘De fout van egalitaristen’).

Het is opvallend, voor een begrip dat tot elk politiek partijprogramma behoort en in elk groot filosofisch werk voorkomt, dat er nog steeds zoveel onduidelijkheid bestaat over de betekenis van gelijkheid. Gelijkheid is inderdaad een allemansvriend.⁴³⁵ Afhankelijk van de invulling die je eraan geeft, kan iedereen er zich wel in vinden. Zoals de rechtsgeleerde Peter Westen het treffend uitdrukt: “*equality is an empty vessel with no substantive moral content on its own.*”⁴³⁶ Zelfs de meest radicale libertaire filosofen zullen niet ontkennen dat we allemaal gelijke rechten hebben, onafhankelijk van de sociale klasse waarin we geboren worden of de huidskleur die we bezitten. Egalitaristen zullen dit weliswaar niet ontkennen, maar voor hen is dit maar een zeer magere invulling van gelijkheid: zij stellen hogere eisen en pleiten voor een grotere vorm van gelijkheid tussen mensen. Slechts zelden wordt echter verder

⁴³³ T. KHAITAN, *A theory of discrimination law, o.c.*, 121.

⁴³⁴ D. DE PRINS, S. SOTTIAUX en J. VRIELINK, *Handboek discriminatierecht, o.c.*, randnummer 4.

⁴³⁵ J. VERPLAETSE en C. DELMOTTE, *Basisboek ethiek en rechtsfilosofie, o.c.*, 125.

⁴³⁶ Citaat ontleend aan D. DE PRINS, S. SOTTIAUX en J. VRIELINK, *Handboek discriminatierecht, o.c.*, randnummer 2.

ingegaan op hoe deze ‘gelijkheid’ er dan concreet moet uitzien. In dit beschrijvend onderdeel trachten we daarom de verschillende gelijkheidsconcepties duidelijk van elkaar af te bakenen.

Gelijkheid kan eerst en vooral zowel op een deontologische als consequentialistische manier worden benaderd: men kan het als een gedragsnorm beschouwen die in zichzelf intrinsieke waarde bevat, of als een doel dat het waard is om nagestreefd te worden. Zoals gezien, wordt in de literatuur veelal het onderscheid gemaakt tussen ‘formele’ en ‘materiële gelijkheid’, wat echter een verwarrend onderscheid is aangezien beide begrippen slechts ‘vormen’ van gelijkheid zijn, zonder substantieve inhoud.⁴³⁷ Met *formele gelijkheid* doelt men op die (deontologische) principes die ‘gelijke behandeling’ voorschrijven, terwijl *materiële gelijkheid* betrekking heeft op de (consequentialistische) principes die oog hebben voor een ‘gelijke situatie’ waarin mensen moeten terechtkomen. Formele gelijkheid is dus steeds een gedragsnorm die gelijke behandeling van gelijke gevallen voorschrijft, terwijl materiële gelijkheid net de ongelijke behandeling van gelijke gevallen voorschrijft om zo een grotere gelijkheid als resultaat te bekomen. Beide begrippen missen echter inhoud: ze zeggen niet ‘wie’ de gelijke gevallen zijn en ‘in welk opzicht’ ze gelijk moeten worden behandeld of gelijk moeten eindigen. Hieronder geven we inhoud aan zowel formele als materiële gelijkheid en overlopen we de meest voorkomende gelijkheidsconcepties in de literatuur.

Wat *formele (deontologische) gelijkheid* betreft, kunnen de volgende gelijkheidsopvattingen van elkaar worden onderscheiden.

- *Zuiver formele gelijkheid* is louter procedureel.⁴³⁸ Het houdt in dat je mensen op een consistente, niet-arbitraire manier behandelt. Als je een persoon met kenmerk X op een manier Y behandelt, moet je bijgevolg alle mensen met hetzelfde kenmerk X dezelfde behandeling Y geven. Gelijke behandeling is dus verbonden aan een bepaald kenmerk of een bepaalde kwaliteit waarover mensen beschikken. De vraag is dan uiteraard welke kenmerken of kwaliteiten relevant zijn om een gelijke behandeling toe te passen. Als je huidskleur een relevant kenmerk vindt en daarom alle zwarten consistent toegang weigert, terwijl je alle blanken consistent toelaat, behandel je mensen met dezelfde huidskleur op een zuiver formele manier gelijk. Zuivere formele gelijkheid kan ook op een meer egalitaire manier worden ingevuld: als enkel het soort werk dat iemand uitvoert een relevant criterium is, houdt dit in dat iedereen die hetzelfde werk uitvoert steeds recht heeft op hetzelfde loon. In zijn meest extreme vorm kan zuiver formele gelijkheid doorgetrokken worden naar alle mensen en alle mogelijke behandelingen: louter omdat iemand ‘mens’ is, heb je steeds recht op dezelfde behandeling als andere mensen. Zelfs het

⁴³⁷ E. HOLMES, ‘Anti-discrimination rights without equality’, *o.c.*, 179.

⁴³⁸ J. VERPLAETSE en C. DELMOTTE, *Basisboek ethiek en rechtsfilosofie, o.c.*, 126-128.

voorbehouden van universitaire diploma's of bepaalde topfuncties voor individuen met bepaalde kwaliteiten is dan strijdig met formele gelijkheid.

- *Rechtengelijkheid* heeft betrekking op het reeds besproken gelijkheidsbeginsel in verticale zin, dat geldt tussen overheid en burger.⁴³⁹ Rechtengelijkheid houdt in dat alle mensen in beginsel over dezelfde rechten beschikken, simpelweg omdat iedereen gelijkwaardig is (*zie supra*).
- *Formele kansengelijkheid* trekt rechtengelijkheid door in horizontale relaties.⁴⁴⁰ Niet enkel de overheid, maar ook particulieren dienen de gelijkwaardigheid van elk individu te respecteren. Zelfs al hebben vrouwen het recht om dokter te worden, hebben ze immers weinig aan dit recht als hen deze kans ontnomen wordt door discriminerende praktijken van universiteiten of ziekenhuizen. Het legt de plicht op aan particulieren om mensen gelijke kansen te bieden op grond van hun gelijkwaardigheid. Formele kansengelijkheid en non-discriminatie worden veelal als synoniemen gebruikt, maar formele kansengelijkheid is zowel ruimer als enger dan non-discriminatie.⁴⁴¹ Het is ruimer, omdat het geen bijzondere acht slaat op de 'gronden' die tot de ongelijke kansen hebben geleid, terwijl non-discriminatieprincipes slechts bescherming bieden aan mensen die ongelijk behandeld werden op grond van bepaalde kenmerken. Beslissen wie een job krijgt door een lotje te trekken is steeds in strijd met formele kansengelijkheid, maar maakt daarom nog geen discriminatie uit. Aan de andere kant is formele kansengelijkheid ook enger, omdat het een meritocratisch principe is: enkel mensen met gelijke aangeboren talenten en gelijke ambities hebben recht op gelijke kansen. Word je talentloos of lui geboren, ben je de pineut. Non-discriminatieprincipes, daarentegen, beschermen eveneens talentloze of lui mensen tegen ongelijke behandeling op grond van bepaalde kenmerken.

In tegenstelling tot formele gelijkheid, dat louter procedureel van aard is en slechts voorschriften voor 'gelijke behandeling' omvat, gaat *materiële (consequentialistische) gelijkheid* een stap verder. Materiële gelijkheid kijkt niet naar de manier waarop men behandeld wordt, maar naar de uitkomst. Deze uitkomst kan bestaan uit 'gelijke kansen', 'gelijke bronnen' of 'gelijke welvaart'.

- *Materiële kansengelijkheid* tracht ervoor te zorgen dat iedereen ook effectief over gelijke middelen beschikt om dezelfde kansen te krijgen.⁴⁴² Klassieke voorbeelden zijn gratis onderwijs en betaalbare gezondheidszorg. Een kind dat geboren wordt in een arm gezin krijgt op die manier dezelfde kans als eender welk ander kind om het tot dokter te schoppen. Mensen krijgen

⁴³⁹ J. VERPLAETSE en C. DELMOTTE, *Basisboek ethiek en rechtsfilosofie, o.c.*, 130.

⁴⁴⁰ J. VERPLAETSE en C. DELMOTTE, *Basisboek ethiek en rechtsfilosofie, o.c.*, 139-140.

⁴⁴¹ R. ARNESON, 'Against Rawlsian Equality of Opportunity', *o.c.*, 19.

⁴⁴² J. VERPLAETSE en C. DELMOTTE, *Basisboek ethiek en rechtsfilosofie, o.c.*, 150.

dus niet louter officieel toegang tot wat verdeeld wordt (jobs), maar krijgen eveneens toegang tot de bronnen (onderwijs, gezondheid) die effectief uitzicht geven op wat verdeeld wordt. Materiële kansengelijkheid tracht het meritocratisch ideaal in de praktijk om te zetten: enkel je capaciteiten en motivatie mogen bepalend zijn voor je kans op succes.

- *Bronnengelijkheid* heeft ook oog voor de ongelijke verdeling van capaciteiten en talenten binnen de samenleving.⁴⁴³ Al heeft iedereen wel een zeker talent, het staat vast dat niet iedereen even getalenteerd is om het ver te schoppen in het leven. Het ene talent wordt bovendien veel hoger gewaardeerd in een competitieve markt dan het andere. Een topvoetballer heeft ongetwijfeld meer kans op succes dan een topharmonicaspeler, terwijl beide talenten ‘moreel arbitrair’ zijn. Ze zijn het product van biologische toevalligheden en geen verdiensten. Bronnengelijkheid compenseert de ongelijke verdeling van ‘alle bronnen’ tussen mensen: niet enkel socio-economische bronnen, maar ook biologische bronnen tellen dus mee. ‘Inclusief onderwijs’, waarbij extra middelen worden uitgetrokken om ook de zwakste kinderen te laten meedraaien met sterkere kinderen, is een typevoorbeeld van bronnengelijkheid.
- *Welvaartsgelijkheid*, tot slot, kijkt uitsluitend naar de resultaten, niet naar de aanvankelijke condities.⁴⁴⁴ Terwijl zowel materiële kansengelijkheid als bronnengelijkheid enkel vragen dat mensen dezelfde startpositie hebben (in kansen of in bronnen), vereisen ze niet dat iedereen ook gelijk eindigt. Welvaartsgelijkheid doet dit wel: het kijkt niet naar de manier waarop de taart tot stand is gekomen, maar vraagt enkel een – min of meer – gelijke verdeling van deze taart op het einde. Ook mensen met talent, maar zonder ambitie om iets met dit talent te doen, hebben recht op een stuk. Welvaartsgelijkheid kent verschillende varianten. ‘Absolute welvaartsgelijkheid’ is de meest extreme invulling en vereist dat iedereen recht heeft op exact hetzelfde deel. Deze vorm van gelijkheid komt nergens ter wereld voor, ook niet in de meest socialistische regimes. ‘Relatieve welvaartsgelijkheid’ vereist daarentegen dat iedereen een minimum aan welvaart bezit, of stelt dat mensen slechts een maximum aan welvaart mogen bezitten. Het leefloon is een toepassing van relatieve welvaartsgelijkheid.

Het is duidelijk dat ‘gelijkheid’, afhankelijk van de invulling die men eraan geeft, niet steeds een afzonderlijke waarde op zich hoeft te zijn, maar veelal als een *onderliggende modaliteit* van andere waarden kan worden beschouwd. Zo kan ‘rechtengelijkheid’ doorgaan als een modaliteit van negatieve vrijheid: individuele vrijheidsrechten hebben slechts betekenis indien ze aan iedereen op gelijke wijze toekomen. ‘Formele kansengelijkheid’, ‘materiële kansengelijkheid’ en ‘bronnengelijkheid’ kunnen dan weer allemaal als een modaliteit van positieve vrijheid worden gezien: ‘vrijheid’ betekent in deze

⁴⁴³ J. VERPLAETSE en C. DELMOTTE, *Basisboek ethiek en rechtsfilosofie, o.c.*, 153-154.

⁴⁴⁴ J. VERPLAETSE en C. DELMOTTE, *Basisboek ethiek en rechtsfilosofie, o.c.*, 168-170.

benadering dat iedereen in gelijke mate over kansen of bepaalde bronnen beschikt. Zelfs ‘relatieve welvaartsgelijkheid’ kan worden beschouwd als een onderliggende modaliteit van menselijke waardigheid: mensen kunnen slechts een menswaardig leven leiden, indien ze allemaal in gelijke mate toegang hebben tot een minimum aan welvaart.

Vele auteurs beschouwen discriminatie echter als een schending van gelijkheid dat los staat van andere beginselen, wat we een *zuiver egalitaire benadering van discriminatierecht* zullen noemen. In een zuiver egalitaire benadering is gelijkheid dus niet een middel om andere waarden te vrijwaren (waardigheid en vrijheid), maar een doel op zichzelf. Enkel in dit geval is volgens ons een afzonderlijke ‘gelijkheidsbenadering’ van discriminatierecht zinvol, toch wanneer we gelijkheid duidelijk willen afbakenen van andere waarden. Er zijn verschillende zuiver egalitaire benaderingen van discriminatierecht mogelijk. Eerst en vooral, is er de mogelijkheid dat een ongelijke behandeling op grond van bepaalde kenmerken als een deontologische inbreuk wordt beschouwd op het algemene recht om gelijk behandeld te worden (‘zuiver formele gelijkheid’).⁴⁴⁵ Non-discriminatie is dan niet meer dan een subtype van gelijke behandeling. Waar zuiver formele gelijkheid voorschrijft dat ongelijke behandeling ‘op geen enkele grond’ mag plaatsvinden, verbiedt het discriminatieverbod ongelijke behandeling dan op ‘specifieke gronden’. Vaak wordt een non-discriminatieplicht ook als een toepassing (of zelfs synoniem) van formele kansengelijkheid gezien, volgens dewelke particulieren – net zoals de overheid – medeburgers geen kansen mogen ontzeggen op basis van discriminerende overwegingen.⁴⁴⁶ Daarnaast kan discriminatierecht in een zuiver egalitaire benadering ook als een instrument doorgaan om een grotere gelijkheid in resultaten te bekomen (‘materiële gelijkheid’).⁴⁴⁷ Vele auteurs beschouwen discriminatierecht op een dergelijke consequentialistische manier. Vooral het verbod op indirecte discriminatie, de plicht om redelijke aanpassingen te treffen en de mogelijkheid tot positieve discriminatie worden veelal in verband gebracht met de realisatie van een grotere materiële gelijkheid als doelstelling. Discriminatierecht is in dit opzicht een middel om meer kansengelijkheid, meer bronnengelijkheid of meer welvaartsgelijkheid te bekomen. Auteurs die deze visie aanhangen, beschouwen het veelal als de grote tekortkoming van het huidige discriminatierecht dat het te veel uitgaat van een ‘formele gelijkheidsbenadering’, doordat het geen dwingende plicht oplegt aan particulieren om ‘ongelijke gevallen ongelijk te behandelen’ en er veelal individuele rechtvaardigingsmogelijkheden blijven bestaan.⁴⁴⁸

⁴⁴⁵ E. HOLMES, ‘Anti-discrimination rights without equality’, *o.c.*, 185.

⁴⁴⁶ Zo ook Jan Verplaetse en Charles Delmotte, die het beginsel van non-discriminatie onder (formele) kansengelijkheid plaatsen: J. VERPLAETSE en C. DELMOTTE, *Basisboek ethiek en rechtsfilosofie*, *o.c.*, 139.

⁴⁴⁷ E. HOLMES, ‘Anti-discrimination rights without equality’, *o.c.*, 191-192.

⁴⁴⁸ E. HOLMES, ‘Anti-discrimination rights without equality’, *o.c.*, 178. Klaartje Wentholt is een voorbeeld van deze strekking – zie K. WENTHOLT, ‘Formal and substantive equal treatment: the limitations and the potential of the legal concept of equality’, *o.c.*, 53.

Gelijkheid lijkt, net zoals menselijke waardigheid en vrijheid, op het eerste zicht een zinvol beginsel om een horizontaal discriminatieverbod te rechtvaardigen. Aangezien alle drie beginselen een fundamenteel van elkaar verschillende inhoud hebben, zal de keuze voor het ene of het andere beginsel ook een fundamentele impact hebben op de manier waarop discriminatierecht uiteindelijk wordt vorm gegeven. De keuze voor het ene of het andere beginsel mag om deze reden niet lichtzinnig gemaakt worden. In het volgende onderdeel schetsen we het ideologische kader waarvan we gebruik zullen maken in het verdere normatieve betoog van deze thesis. We zullen ons hierbij beroepen op een scheidsrechter met de nodige autoriteit, die ons in staat stelt de nodige knopen door te hakken en onze keuzes te motiveren.

b) De scheidsrechter: John Rawls

Laten we eerst even recapituleren. In het eerste deel van het rechtsfilosofische luik hebben we een aanloop gegeven naar de normatieve vraag van ons onderzoek. Dit werd gedaan door een algemeen ethisch kader te schetsen waarin de zoektocht naar een grondslag op een rationele en gestructureerde manier kan plaatsvinden. Vervolgens hebben we op algemene wijze drie beginselen overlopen die 'kandidaat' zijn om een horizontaal discriminatieverbod te rechtvaardigen. De pseudo-grondslagen die soms worden aangereikt hebben we hierbij van de hand gewezen. Nu de aanloop is gegeven, is de tijd rijp om over te gaan tot de kern van onze normatieve vraag: *is discriminatierecht gerechtvaardigd en, zo ja, hoe zou het er moeten uitzien?* Daar waar het hierboven uiteengezette kader descriptief van aard was, moeten we voor het beantwoorden van deze vraag terugvallen op politiek-filosofische argumenten. Een normatieve beoordeling kan niet zonder subjectiviteit. Een ideologisch mens- en wereldbeeld stelt ons in staat om keuzes te maken, om bepaalde waarden boven andere te verkiezen en om knopen door te hakken. We zullen dus kleur moeten bekennen. Het zou naïef zijn om dit als een probleem te zien in het kader van een eindwerk in de rechten: recht is immers steeds een normatief gegeven. Juristen en rechtspractici kneden voortdurend het recht zoals het volgens hen 'zou moeten zijn'. Interpretatie van recht is niet louter een semantisch gebeuren, maar hoofdzakelijk een normatieve activiteit.⁴⁴⁹

Toch zijn we van mening dat we niet enkel een persoonlijke mening uiteenzetten. De analyse hieronder is niet uitsluitend gebaseerd op het ideale mens- en wereldbeeld dat we zelf genegen zijn. We gaan er eveneens van uit dat onze analyse *het best aansluit op de institutionele moraal van het huidige recht*. In de traditie van de Amerikaanse rechtsfilosoof Ronald Dworkin beschouwen we het recht als een 'gestructureerde verzameling van ideeën over rechtvaardigheid en billijkheid'.⁴⁵⁰ Elk stabiel rechtssysteem weerspiegelt volgens Dworkin een bepaalde politieke filosofie die tot uitdrukking komt

⁴⁴⁹ M. ADAMS, 'Vrijheid en gelijkheid bij Ronald Dworkin. Een rechtsfilosofische excursie', in UFSIA, *Vrijheid en gelijkheid, o.c.*, 125.

⁴⁵⁰ M. ADAMS, 'Vrijheid en gelijkheid bij Ronald Dworkin. Een rechtsfilosofische excursie', *o.c.*, 123.

in (grond)wetgeving en rechtspraak, wat hij de ‘institutionele moraal van het recht’ noemt.⁴⁵¹ Een wet staat vanuit dit opzicht nooit op zichzelf, maar moet steeds vanuit het groter geheel van bestaande rechtsregels en normen worden begrepen. De interpretatie van een wet heeft dan ook steeds zowel een terugblikkende als toekomstgerichte dimensie. Dworkin beschrijft de rol van de rechter op passende wijze als één van de vele auteurs in het schrijven van een lange kettingroman.⁴⁵²

Deze ‘geinstitutionaliseerde moraal’ van het recht is volgens ons het *sociaalliberalisme*.⁴⁵³ We baseren ons hiervoor op de geleidelijke ontwikkeling van een ‘nachtwakersstaat’ op het eind van de 18^e eeuw naar een activerende verzorgingsstaat in de tweede helft van de 20^e eeuw. Over twee eeuwen tijd zien we hoe de overheid evolueert van een passieve ‘*laissez-faire*’ houding op sociaaleconomisch vlak, naar een (overdreven) optimistisch geloof in de maakbaarheid van mens en samenleving kort na de tweede wereldoorlog, een geloof dat uiteindelijk getemperd wordt door de opeenvolging van economische crisissen en het deficit van het maakbaarheidsideaal in de jaren ’70 van de vorige eeuw. Het maakbaarheidsideaal is nooit weggeweest, maar de burger wordt tegelijk geactiveerd en geresponsabiliseerd: niet elke vorm van individueel falen wordt nog langer als een collectief falen van de maatschappij beschouwd. Deze evolutie kan men terugvinden in tal van rechtsinstrumenten, waarvan de positieve werking die aan klassieke vrijheidsrechten wordt verleend, de opkomst van sociaaleconomische (grond)rechten en de tendens tot activering van langdurig werklozen als voorbeelden kunnen worden aangehaald. De implementatie van een horizontaal discriminatieverbod kan als een logische aansluiting op deze evolutie worden beschouwd, waarin het recht enerzijds wordt ingezet als juridisch breekijzer om leden van kwetsbare groepen te stimuleren hun eigen leven in handen te nemen en, anderzijds, om medeburgers te responsabiliseren voor kwalijke gedragingen die de zelfrealisatie van deze mensen in de weg staan.⁴⁵⁴ We beseffen dat deze argumentatie op zich niet volstaat om het bewijs van het sociaalliberalisme als de ‘geinstitutionaliseerde moraal van het recht’ aan te tonen, maar een uitgebreide verdediging hiervan behoort vanzelfsprekend niet tot het opzet van ons onderzoek. In deze thesis poneren we enkel de stelling dat sociaalliberalisme wellicht de meest valabele politieke stroming is om het huidige (discriminatie)recht te benaderen en te evalueren.

Om discriminatie en discriminatierecht vanuit een sociaalliberale invalshoek te bestuderen, hebben we nood aan een theoretisch raamwerk als ‘kapstok’. Dit stelt ons in staat het verdere betoog op een

⁴⁵¹ M. ADAMS, ‘Vrijheid en gelijkheid bij Ronald Dworkin. Een rechtsfilosofische excursie’, *o.c.*, 127.

⁴⁵² M. ADAMS, ‘Vrijheid en gelijkheid bij Ronald Dworkin. Een rechtsfilosofische excursie’, *o.c.*, 126.

⁴⁵³ Synoniemen: progressief liberalisme, zacht liberalisme, modern liberalisme.

⁴⁵⁴ Zie ter ondersteuning: G. VANHEESWIJCK, ‘De horizontale werking van het discriminatieverbod. Een antropologische analyse’, *o.c.*, 41-77. Volgens Vanheeswijck is de horizontalisering van het discriminatieverbod een onvermijdelijke evolutie van het recht, dat vooral moet verklaard worden vanuit de groeiende dominantie van het ‘zelfbeschikkingsrecht’ in de samenleving. Mondige burgers willen meer en meer hun eigen persoonlijk levensproject uitwerken, wat volgens Vanheeswijck gerealiseerd wordt door enerzijds de publieke ruimte te privatiseren en, anderzijds, door de private ruimte te ‘verpubliceren’. Noch de overheid, noch medeburgers mogen dan een individu belemmeren om te leven volgens zelfgemaakte keuzes en waarden.

rationele manier te structureren. Dit theoretische raamwerk vormt eveneens de ideologische onderbouw van de principes die we verder uitwerken, de ‘bril’ waardoor we naar discriminatie en discriminatierecht kijken. Hiervoor doen we een beroep op één van de meest invloedrijke politiek-filosofische werken van de 20^e eeuw, dat als de ideologische blauwdruk van de sociaalliberale rechtsstaat kan doorgaan. Het gaat om ‘Een theorie van rechtvaardigheid’ (*A theory of justice*) van de Amerikaanse filosoof John Rawls.

i) Rechtvaardigheid als billijkheid

Billijke rechtvaardigheid (*justice as fairness*) is het centrale uitgangspunt in Rawls’ werk.⁴⁵⁵ Om een antwoord te zoeken op de vraag hoe een rechtvaardige samenleving georganiseerd moet worden, stelt Rawls zich de huidige samenleving voor als een ‘contract’ dat wordt gesloten tussen vrije en rationele mensen. Hij treedt hiermee in de voetsporen van de sociaalcontracttheorieën, zoals eerder uitgewerkt door de verlichte filosofen Rousseau en Locke. Vernieuwend aan Rawls, is dat hij hiervoor een gedachte-experiment uitwerkt. Hij stelt zich voor wat mensen in de ‘*originele positie*’ zouden beslissen. Mensen in de originele positie bevinden zich achter een ‘*sluier van onwetendheid*’.⁴⁵⁶ Stel hen voor als de enige overlevenden van een wereldwijde catastrofe, op weg naar een nieuwe planeet in een ruimteschip om er een nieuwe populatie te stichten. De leden zijn vrij, in staat tot moreel denken en staan op voet van gelijkheid tegenover elkaar. Ze hebben geen idee wat ze zullen aantreffen op deze planeet, welke grondstoffen er zullen zijn, welke talenten waardevol of waardeloos zullen blijken of hoe de levensomstandigheden er zullen zijn. Niemand kent met andere woorden de plaats die hij of zij in de sociale hiërarchie zal bekleden: wie fortuinlijk was in de oude wereld, kan zware tegenslag ondervinden in de nieuwe wereld en andersom. Rawls gaat nog verder: mensen in de originele positie hebben geen kennis over de gaven of talenten die ze zullen bezitten of tot welke generatie ze behoren. Ze hebben zelfs geen ‘conceptie van het goede’: ze weten niet hoeveel belang ze zullen hechten aan geld en arbeid, in welke mate ze optimistisch of pessimistisch ingesteld zullen zijn of wat hen gelukkig zal maken in de nieuwe wereld. Ook over de toekomstige politieke situatie hebben ze geen flauw idee. Ze bevinden zich achter een complete sluier van onwetendheid. Het is achter deze sluier dat de leden in de originele positie een ‘grondwet’ (‘basischarter’) met afspraken over hun toekomstige samenleving dienen vast te leggen. Rawls verdedigt dat mensen in een originele positie steeds voor de volgende beginselen zouden kiezen: het *vrijheidsbeginsel*, het *beginsel van gelijke kansen* en het *verschilbeginsel*.⁴⁵⁷ Deze beginselen worden door Rawls als volgt omschreven:

⁴⁵⁵ J. RAWLS, *A theory of justice. Revised edition, o.c.*, 10.

⁴⁵⁶ J. RAWLS, *A theory of justice. Revised edition, o.c.*, 17.

⁴⁵⁷ J. RAWLS, *A theory of justice. Revised edition, o.c.*, 53.

- 1) *Elke persoon dient een gelijk recht te hebben op het meest uitgebreide stelsel van gelijke fundamentele vrijheden, dat verenigbaar is met een vergelijkbaar stelsel van vrijheden voor anderen. (Vrijheidsbeginsel)*
- 2) *Sociale en economische ongelijkheden dienen zo te worden geordend dat ze zowel:
 - a) *Verbonden zijn met posities en ambten die voor allen toegankelijk zijn, (Billijke gelijkheid van kansen) en*
 - b) *Redelijkerwijs in ieders voordeel mogen worden geacht te zijn. (Verschilbeginsel)**

Hoewel Rawls zelf voortdurend over ‘twee’ beginselen spreekt, geeft hij er eigenlijk drie.⁴⁵⁸ Hij geeft immers ‘lexicale prioriteit’ aan het vrijheidsbeginsel op het beginsel van gelijke kansen en het verschilbeginsel, en tegelijk geeft hij ‘gelijke kansen’ prioriteit op het ‘verschilbeginsel’. Hiermee wordt een duidelijke *hiërarchie* tussen de beginselen vastgesteld. Indien een bepaalde maatregel in overeenstemming zou zijn met het verschilbeginsel, maar in strijd met een hoger beginsel (‘gelijke kansen’ of ‘het vrijheidsbeginsel’), moet er dus voorrang worden gegeven aan het hogere beginsel.

Een uitgebreide uiteenzetting van Rawls’ theorie is in het kader van deze thesis niet op zijn plaats. Kort samengevat, benadrukt Rawls de *prioriteit van ‘gelijke vrijheid’* in een rechtvaardige samenleving, want elke rationele mens in de originele positie zou het belang hiervan erkennen. Doordat Rawls’ theorie redelijk abstract is, vermits het op ‘eender welk politiek bestel’ toepasbaar moet zijn, gaat hij niet dieper in op de concrete inhoud van de vrijheidsrechten die volgens hem door mensen in de originele positie zouden worden gekozen. Als voorbeelden geeft hij de vrijheid van meningsuiting, godsdienstvrijheid, politieke vrijheid, vrijheid van vergadering, gewetensvrijheid, vrijheid van fysieke en psychologische integriteit, het recht op eigendom en de bescherming tegen onrechtmatige vrijheidsberoving als fundamentele vrijheidsrechten die in elke ‘grondwet’ voor een rechtvaardige samenleving zouden worden opgenomen.⁴⁵⁹ Deze vrijheid geeft aan mensen de kans om zichzelf te ontplooiën, hun eigen levensproject uit te werken en kortweg succes en geluk na te streven. Het vrijheidsbeginsel heeft absolute voorrang op de beschermende beginselen: vrijheidsrechten mogen enkel beperkt worden om de vrijheden van anderen te waarborgen. Aangezien mensen in de originele positie niet weten welke positie ze in de toekomstige samenleving zullen bekleden, spreekt het voor zich dat ze deze vrijheid aan iedereen in gelijke mate toekennen. Niemand gaat aan mensen met een bepaalde huidskleur minder vrijheidsrechten toekennen, want wie weet bezitten zij wel deze huidskleur in de toekomstige samenleving. Bovendien zijn de mensen in de originele positie rationeel, terwijl huidskleur niet alleen arbitrair, maar tevens een irrationeel onderscheidingscriterium is. Iedereen krijgt dus in gelijke mate een kans op succes.

⁴⁵⁸ L. ALEXANDER, ‘Fair equality of opportunity: John Rawls’ (best) forgotten principle’, *o.c.*, 197.

⁴⁵⁹ *Ibid.*

Maar om succes te bereiken, heb je ook steeds wat geluk nodig. Mensen in de originele positie zijn zich bewust van de speling van het lot, de pech die mensen kunnen ondervinden en de genetische loterij van talenten en capaciteiten. Rawls noemt deze factoren ‘moreel arbitrair’, aangezien niemand er invloed over heeft.⁴⁶⁰ Net omdat mensen in de originele positie zich achter een sluier van onwetendheid bevinden, zullen ze zich willen indekken tegen deze onzekerheden. Ze weten immers niet in welke klasse of positie ze zullen terechtkomen en welke talenten of capaciteiten ze zullen hebben. In plaats van voor maximale vrijheid te kiezen, zullen ze zich dus tevens verzekeren tegen deze moreel arbitraire verdeling van middelen. Hier komt het *verschilbeginsel* (*‘difference principle’*) kijken. Volgens het verschilbeginsel, kan een ongelijke verdeling van middelen enkel gerechtvaardigd zijn indien dit ten goede komt aan de minst bevoordeelden in de samenleving. Mensen mogen rijk en succesvol zijn, maar enkel op voorwaarde dat dit ook ten goede komt aan de minst begunstigen van de maatschappij. Rawls neemt een volstrekt gelijke verdeling van middelen als ijkpunt: enkel indien de ongelijke verdeling van middelen de toegang tot ‘primaire goederen’ vergroot voor de zwaksten in de samenleving, is deze ongelijke verdeling gerechtvaardigd en wordt het verschilbeginsel aldus niet geschonden.⁴⁶¹ Onder deze primaire goederen verstaat Rawls goederen die elk rationeel mens wordt geacht te hebben en nodig heeft om een werkelijk ‘vrij’ leven te leiden, zoals bepaalde rechten en vrijheden, kansen, inkomen, vermogen en zelfrespect.⁴⁶² Door het verschilbeginsel wordt een billijke verdeling van deze primaire goederen mogelijk. Als A 90 heeft en B 10, is dit gerechtvaardigd indien een gelijke verdeling ertoe zou leiden dat zowel A als B maar 5 hadden. Extreme ongelijkheid in middelen is op zich dus niet onrechtvaardig, zolang de absolute (en niet noodzakelijk de relatieve) positie van de minst begunstigen hier maar beter door wordt. Dit een toepassing van ‘humanitarisme’, wat we reeds besproken hebben als een strekking binnen het consequentialisme (zie *supra*, deel A: ‘Consequentialisme’).

Rawls benadrukt eveneens het belang dat mensen in de originele positie hechten aan *gelijke kansen*, een concept dat we reeds besproken hebben. Volgens het principe ‘billijke gelijkheid van kansen’ moeten mensen met gelijke talenten en gelijke ambities ook dezelfde toegang tot posities en ambten krijgen. Dit houdt niet in dat het steeds onrechtvaardig is wanneer een bepaalde job naar iemand met minder talent of minder ambitie gaat, maar de kansen op succes moeten globaal gezien wel gelijk verdeeld zijn. Onder ‘billijke gelijkheid van kansen’ verstaat Rawls zowel formele gelijkheid van kansen (*‘careers open to talents’*) als materiële gelijkheid van kansen (*‘fair background’*).⁴⁶³ Rawls geeft het beginsel van gelijke kansen zelfs voorrang op het verschilbeginsel. Hij rechtvaardigt dit door te argumenteren dat het op basis van het verschilbeginsel anders mogelijk zou zijn dat bepaalde mensen hun kansen op zelfrealisatie verliezen, zolang een ongelijke verdeling van middelen maar ten goede komt aan de minst

⁴⁶⁰ J. RAWLS, *A theory of justice. Revised edition, o.c.*, 14.

⁴⁶¹ J. RAWLS, *A theory of justice. Revised edition, o.c.*, 54.

⁴⁶² *Ibid.*

⁴⁶³ J. RAWLS, *A theory of justice. Revised edition, o.c.*, 73. Zie ook J. ARNESON, ‘Against Rawlsian Equality of Opportunity’, *o.c.*, 3.

begunstigden.⁴⁶⁴ In theorie zou een sterk gesegregeerde samenleving waarin zwarten structureel van de beter betaalde jobs worden uitgesloten immers in overeenstemming met het verschilbeginsel kunnen zijn, indien deze segregatie voor een hogere welvaart zorgt die ook aan zwarten ten goede komt. Op deze manier zou aan zwarten “de mogelijkheid worden ontzegd zichzelf te verwezenlijken” en zouden zij “verstoken blijven van één van de belangrijkste vormen van menselijk welzijn”, aldus Rawls.⁴⁶⁵ Op dit punt volgen wij echter Arneson en Alexander, die stellen dat Rawls onvoldoende argumenten geeft om de *prioriteit* van gelijke kansen op het verschilbeginsel te verdedigen.⁴⁶⁶ Deze auteurs tonen aan hoe een strikte prioriteit van gelijke kansen in sommige gevallen tot onbillijke uitkomsten kan leiden.⁴⁶⁷ Om deze reden volgen we Arneson en Alexander in hun voorstel om het beginsel van gelijke kansen niet ‘boven’ het verschilbeginsel te stellen, maar er simpelweg deel van te laten uitmaken. Billijke gelijkheid van kansen wordt op deze manier niet verlaten, maar staat gewoonweg op gelijke hoogte met andere primaire goederen die overeenkomstig het verschilbeginsel billijk verdeeld moeten worden. In dit opzicht is het niet langer correct om van ‘gelijke’ kansen te spreken, maar gaat het eerder om *voldoende* kansen voor iedereen.

ii) Vier opeenvolgende fasen

De meeste auteurs die Rawls’ theorie analyseren, stoppen bij de originele positie en beperken zich tot de vraag welke vrijheidsrechten al dan niet tot het vrijheidsbeginsel behoren en welke sociaaleconomische rechten uit het verschilbeginsel kunnen worden afgeleid.⁴⁶⁸ Wat velen echter vergeten, is dat Rawls’ theorie uit vier opeenvolgende fasen bestaat.⁴⁶⁹ De originele positie is slechts de eerste stap. De vier fasen doen dienst als leidraad om Rawls’ theorie van rechtvaardigheid in de praktijk

⁴⁶⁴ J. RAWLS, *A theory of justice. Revised edition, o.c.*, 73.

⁴⁶⁵ *Ibid.*

⁴⁶⁶ R. ARNESON, ‘Against Rawlsian Equality of Opportunity’, *o.c.*, 1-19; L. ALEXANDER, ‘Fair equality of opportunity: John Rawls’ (best) forgotten principle’, *o.c.*, 197-208.

⁴⁶⁷ Alexander geeft o.a. het volgende voorbeeld. Stel dat er in een samenleving één positie openstaat voor een job als neurochirurg en één positie voor een job als vuilnisman. A en B hebben evenveel aangeboren talent en ambitie om neurochirurg te worden, maar A is minder welvarend en woont zeer afgelegen, waardoor hij geen kans heeft om naar de universiteit te gaan. Volgens het beginsel van gelijke kansen zouden alle middelen die nodig zijn moeten geïnvesteerd worden opdat A evenveel kans als B heeft om neurochirurg te worden. Indien hieraan voldaan is, zullen zowel A als B 50% kans op de job van neurochirurg hebben. Stel dat A de job helaas niet krijgt en zich moet tevreden stellen met de job van vuilnisman. De middelen die besteed werden aan de opleiding van A, zullen nu niet kunnen worden herverdeeld om hem te compenseren voor zijn mindere job. A is er met andere woorden slechter aan toe dan wanneer het beginsel van gelijke kansen zou worden genegeerd. Door de lexicale prioriteit, staat er immers geen rem op de hoeveelheid aan middelen die moeten worden besteed om een gelijkheid in kansen te realiseren, ook al zouden er meer mensen baat hebben bij een herverdeling van welvaart. – L. ALEXANDER, ‘Fair equality of opportunity: John Rawls’ (best) forgotten principle’, *o.c.*, 202.

⁴⁶⁸ S. BEDI, ‘The scope of formal equality of opportunity: the horizontal effect of rights in a liberal constitution’, *o.c.*, 718.

⁴⁶⁹ J. RAWLS, *A theory of justice. Revised edition, o.c.*, 171-176.

te implementeren. Deze fasen gaan van abstract naar concreet en bij elke volgende fase wordt de sluier van onwetendheid een stuk opgelicht.⁴⁷⁰

In de eerste fase bevinden de vertegenwoordigers zich in de reeds besproken *originele positie*, waarin de sluier van onwetendheid compleet is. De onderhandelaars hebben geen enkele kennis over de omstandigheden van hun toekomstige samenleving of de verdeling van moreel arbitraire eigenschappen. Het is in deze fase dat ze tot de formulering van de hierboven besproken rechtvaardigheidsbeginselen komen. De tweede fase is de *constitutionele fase*: hierin wordt de sluier gedeeltelijk opgelicht.⁴⁷¹ Onderhandelaars in de constitutionele fase hebben nog steeds geen informatie omtrent zichzelf of andere individuen, maar komen wel algemene en relevante gegevens van hun samenleving te weten, zoals haar natuurlijke omstandigheden en middelen, haar niveau van economische ontwikkeling, politieke cultuur enzovoort. Het is in deze fase dat de onderhandelaars, naast de rechtvaardigheid van bestuursvormen, het vrijheidsbeginsel nader uitwerken en concrete vrijheidsrechten formuleren. Hierin moeten volgens Rawls minimaal de ‘vrijheden van gelijk burgerschap’ (gewetensvrijheid, vrijheid van denken, vrijheid van de persoon en gelijke politieke rechten) worden opgenomen, die noodzakelijk zijn om een rechtvaardige bestuursvorm te realiseren. Het is meer dan waarschijnlijk dat de kandidaten in deze fase voor een constitutionele democratie als bestuursvorm zullen kiezen, volgens Rawls.⁴⁷² Vervolgens, in de *legislatieve fase*, wordt de sluier van onwetendheid opnieuw verder opgelicht en krijgen onderhandelaars de functie van volksvertegenwoordigers in een wetgevend orgaan.⁴⁷³ Ze hebben in deze fase volledige kennis van de algemene economische en sociale omstandigheden van hun samenleving, maar nog steeds geen enkele kennis over zichzelf. Hierdoor kunnen de onderhandelaars het verschilbeginsel concreet uitwerken, door afspraken te maken rond maatregelen die ‘gelijkheid’ van kansen en herverdeling naar de minst begunstigen mogelijk moeten maken. Daar waar je in de constitutionele fase slechts weinig informatie nodig hebt om uit te maken wanneer een bepaalde handeling in strijd is met het vrijheidsbeginsel, heb je in de legislatieve fase meer concrete informatie nodig om te oordelen of een wet of maatregel al dan niet ‘rechtvaardig’ is, in overeenstemming met het verschilbeginsel. Het oordeel hangt immers steeds af van speculatieve politieke en economische doctrines, waardoor onderhandelaars zich er niet aan zullen wagen over dergelijke onzekere factoren reeds afspraken vast te leggen in de constitutionele fase.⁴⁷⁴ De bestuurlijke of *gerechtelijke fase*, tot slot, is de laatste stap.⁴⁷⁵ Hierin wordt de sluier van onwetendheid volledig opgelicht en worden de algemene regels toegepast op specifieke situaties door bestuurders en rechters. Doordat bestuurders en rechters in deze situatie toegang tot alle relevante informatie hebben, wordt het mogelijk om beslissingen ‘op maat’

⁴⁷⁰ S. BEDI, *The scope of formal equality of opportunity: the horizontal effect of rights in a liberal constitution*, o.c., 724-725.

⁴⁷¹ J. RAWLS, *A theory of justice. Revised edition*, o.c., 172.

⁴⁷² J. RAWLS, *A theory of justice. Revised edition*, o.c., 173.

⁴⁷³ J. RAWLS, *A theory of justice. Revised edition*, o.c., 175.

⁴⁷⁴ J. RAWLS, *A theory of justice. Revised edition*, o.c., 174.

⁴⁷⁵ J. RAWLS, *A theory of justice. Revised edition*, o.c., 175.

te nemen, rekening houdende met alle concrete omstandigheden maar steeds met de hogere principes uitgewerkt in de vorige fasen als uitgangspunt.

iii) Toepassing op discriminatie(recht)

De benadering van discriminatie en discriminatierecht vanuit het theoretische raamwerk van billijke rechtvaardigheid biedt twee grote voordelen. Eerst en vooral, integreert Rawls' theorie deontologische principes (het vrijheidsbeginsel) met consequentialistische maatregelen (het verschilbeginsel). Hierdoor is het mogelijk de grote troeven van beide benaderingswijzen met elkaar te combineren, zonder hun geschetste tekortkomingen integraal over te nemen. Anderzijds, stelt Rawls absolute voorrangregels in: indien er een conflict optreedt tussen de beginselen, is het steeds duidelijk aan welk beginsel de voorkeur moet worden gegeven. Een maatregel die in overeenstemming is met het verschilbeginsel maar in strijd met het vrijheidsbeginsel, kan nooit gerechtvaardigd zijn. Vrijheidsrechten kunnen enkel beperkt worden om de vrijheid van anderen te waarborgen. Een 'trade-off' tussen fundamentele vrijheden enerzijds en sociaaleconomische maatregelen anderzijds is nooit mogelijk.⁴⁷⁶

Rawls spreekt zich niet expliciet uit over de plaats van een discriminatieverbod in zijn theorie van rechtvaardigheid. Toch gaan enkele auteurs ervan uit dat (bepaalde aspecten van) discriminatierecht impliciet in de theorie vervat zitten, gelet op het feit dat mensen in de originele positie geen kennis hebben van 'moreel arbitraire kenmerken', zoals ras, etniciteit, geslacht, leeftijd, intelligentie, etc.⁴⁷⁷ Rawls geeft bovendien zelf aan dat de morele veroordeling van bepaalde handelingen, waaronder religieuze intolerantie en rassendiscriminatie, tot de 'harde kern' van elke rechtvaardigheidsconceptie behoort.⁴⁷⁸ Er zijn dus inderdaad redenen om aan te nemen dat een horizontaal discriminatieverbod in Rawls' theoretisch raamwerk gesitueerd kan worden. In dit geval, dringt de fundamentele vraag zich op onder welk beginsel een discriminatieverbod moet worden ondergebracht: het vrijheidsbeginsel of het verschilbeginsel?

Indien we discriminatierecht onder het *vrijheidsbeginsel* situeren, moet discriminatie volgens ons worden benaderd als een deontologische inbreuk op individuen hun menselijke waardigheid. Hoewel Rawls het 'recht op een menswaardige behandeling' niet expliciet opsomt als een recht onder het vrijheidsbeginsel, maakt het wel impliciet deel uit van alle vrijheidsrechten. Volgens Rawls weerspiegelt de lexicale prioriteit van vrijheidsrechten immers de intrinsieke waarde die mensen hebben, die *beyond*

⁴⁷⁶ J. RAWLS, *A Theory of Justice. Revised edition, o.c.*, 214.

⁴⁷⁷ S. SHIFFRIN, 'Equal citizenship: race and ethnicity. Race, labor and the fair equality of opportunity principle', *o.c.*, 1644.

⁴⁷⁸ J. RAWLS, *A theory of justice. Revised edition, o.c.*, 17-18.

all price' is en nooit vanuit zuiver utilitaristische overwegingen kan worden beperkt.⁴⁷⁹ Om deze reden, argumenteren auteurs zoals Bedi, Shiffrin en Arneson dat het verbod op bepaalde vormen van discriminatie, waaronder rassendiscriminatie in het domein van arbeidsbetrekkingen, 'het absolute minimum' is en daarom onder het vrijheidsbeginsel moet worden gesitueerd.⁴⁸⁰ Om een dergelijk verbod uit te werken hebben onderhandelaars immers geen cruciale achtergrondinformatie nodig over hun samenleving, waardoor het perfect kan worden uitgewerkt in de constitutionele fase. Een discriminatieverbod is dan de horizontale toepassing van het hogere beginsel van menselijke waardigheid, dat op gelijke voet staat met andere fundamentele vrijheidsrechten en dus zuiver correctieve rechtvaardigheid nastreeft. Wanneer we een discriminatieverbod daarentegen onder het *verschilbeginsel* situeren, wordt de immoraliteit van discriminatie op een consequentialistische manier beoordeeld. Discriminatierecht is in dit geval een beleidsmaatregel die de vrijheid van de minst begunstigten in de samenleving moet vergroten, wat het een toepassing van distributieve rechtvaardigheid maakt. Omdat onderhandelaars hiervoor kennis nodig hebben van de concrete sociale en economische omstandigheden van hun samenleving, wordt discriminatierecht bijgevolg uitgewerkt in de legislatieve fase.

Uit het voorgaande volgt dat er vanuit een sociaalliberale invalshoek twee grondslagen voor een horizontaal discriminatieverbod kunnen worden geïdentificeerd: *menselijke waardigheid* en *vrijheid*. In de volgende onderdelen van deze thesis zullen we, naar analogie met het 'vier stappen schema' in Rawls' theorie, analyseren op welke manier discriminatie enerzijds als een deontologische inbreuk op menselijke waardigheid kan worden gekwalificeerd (constitutionele fase) en, anderzijds, op welke manier discriminatierecht als een consequentialistisch instrument kan fungeren om meer vrijheid voor de minst begunstigten in de samenleving te realiseren (legislatieve fase). Daarna schakelen we over naar de laatste stap (gerechtelijke fase) en werken we een ethisch gekleurd toetsingsschema uit die in specifieke situaties kan worden toegepast, dit op basis van de uitgewerkte principes in de voorgaande fasen. Tot slot verdedigen we in het laatste onderdeel de stelling dat menselijke waardigheid en vrijheid niet louter 'alternatieve', maar bovendien ook de *enige zinvolle* grondslagen van discriminatierecht zijn.

⁴⁷⁹ J. RAWLS, *A theory of justice. Revised edition, o.c.*, 513: "Among other things, respect for persons is shown by treating them in ways that they can see to be justified. But more than this, it is manifest in the content of the principles to which we appeal. (...) The lexical priorities of justice represent the value of persons that Kant says is beyond all price."

⁴⁸⁰ S. BEDI, 'The scope of formal equality of opportunity: the horizontal effect of rights in a liberal constitution', *o.c.*, 727; S. SHIFFRIN, 'Equal citizenship: race and ethnicity. Race, labor and the fair equality of opportunity principle', *o.c.*, 1659-1660; R. ARNESON, 'Against Rawlsian Equality of Opportunity', *o.c.*, 16.

c) De constitutionele fase: discriminatie(recht) en menselijke waardigheid

Indien we discriminatierecht onder Rawls' eerste rechtvaardigheidsbeginsel situeren, houdt dit in dat we bepaalde vormen van discriminatie als een deontologische inbreuk op de menselijke waardigheid kwalificeren. Deze benaderingswijze van discriminatie heeft als gevolg dat we een moeilijke gedachtenoefening moeten maken. In dit geval, dienen we immers een *ideale 'Rawliaanse' samenleving* als uitgangspunt te nemen.⁴⁸¹ Dit is noodzakelijk, omdat onderhandelaars in de constitutionele fase nog geen concrete informatie hebben over mogelijke falen van de maatschappij op structureel niveau. De principes die ze in deze fase uitwerken, moeten daarom toepasselijk zijn in de ideale samenleving die ze voor ogen hebben, ongeacht de sociale of economische omstandigheden.

Het volgende voorbeeld maakt dit concreter.⁴⁸² Neem een samenleving waarin iedereen in gelijke mate over fundamentele vrijheidsrechten beschikt, waarin iedereen globaal beschouwd dezelfde kans op succes heeft en waarin sociaaleconomische tegenslagen via een systeem van rechtvaardige belastingen en herverdeling van de welvaart in overeenstemming met het verschilbeginsel worden gecompenseerd. Er zijn nog steeds mensen die minder inkomen en minder kansen hebben dan anderen, maar dit is louter de speling van het lot en heeft niets met het 'lidmaatschap' van een bepaalde groep te maken. Vrouwen, zwarten, moslims en homoseksuelen in deze samenleving hebben dezelfde kansen op materiële welvaart en zelfontplooiing als andere mensen. Er is geen structurele achterstelling van bepaalde groepen en er zijn geen overheersende vooroordelen of stereotypen die door een significant aantal mensen gedeeld worden. Dit wil niet zeggen dat er geen discriminatie voorkomt. Het kan zijn dat een Jood in een afzonderlijke situatie niet toegelaten wordt tot een kaartenclub op grond van zijn geloof, maar hij wordt niet beperkt in zijn geloofsvrijheid of zijn recht om zich lid te maken van andere kaartenclubs. In een ideale Rawliaanse samenleving komen individuele gevallen van discriminatie wel nog voor, maar niet in die mate dat ze tot de structurele uitsluiting of achterstelling van bepaalde groepen leiden. Enkel op het individuele niveau is de samenleving dus 'niet-ideaal'. Op structureel niveau is geloof of geslacht echter even irrelevant als de kleur van je ogen. De vraag die we ons nu moeten stellen is de volgende: kan discriminatierecht verdedigd worden in een dergelijke samenleving, vanuit onze sociaalliberale invalshoek?

De reden dat deze vraag zo wereldvreemd lijkt, is omdat we discriminatie moeilijk los kunnen zien van de niet-ideale samenleving waarin we leven. Het is echter een noodzakelijke vraag vanuit een deontologisch perspectief. Het antwoord hierop, maakt ons immers duidelijk of er wel degelijk iets

⁴⁸¹ A. WERTHEIMER, 'Reflections on discrimination', *o.c.*, 952.

⁴⁸² *Ibid.*

'*intrinsiek immoreel*' is aan de daad van discriminatie op zichzelf, los van de gevolgen.⁴⁸³ Anders gesteld: mocht huidskleur in onze samenleving even irrelevant zijn als de kleur van onze ogen, zou discriminatie op grond van huidskleur dan nog steeds als een immorele daad kunnen doorgaan? De meningen hierover zijn verdeeld. Zo gelooft Wertheimer niet dat er iets intrinsiek immoreel kan zijn aan discriminatie.⁴⁸⁴ Onze intuïties over discriminatie zijn net ingegeven door de concrete gevolgen van discriminatie in onze huidige samenleving of door de geschiedenis achter deze gevolgen. Wij delen echter de mening van andere auteurs die argumenteren dat bepaalde vormen van discriminatie wel degelijk intrinsiek immoreel kunnen zijn. Dit zal met name het geval zijn wanneer een daad van discriminatie de fundamentele gelijkwaardigheid van individuen miskent. Zoals hieronder echter zal blijken, zullen slechts weinig vormen van discriminatie hieraan voldoen.

i) De plicht tot menswaardige behandeling (Alexander)

Auteurs zoals Arneson en Alexander menen dat discriminatie enkel intrinsiek immoreel kan zijn wanneer een ongelijke behandeling is ingegeven door bepaalde problematische *vooroordelen* of *stereotypen* ten aanzien van bepaalde mensen. Er gaat in dit geval een kwaadwillig motief (*animus*) aan de daad van discriminatie vooraf, waardoor unieke of essentiële eigenschappen van mensen ontkend worden en de daad op zichzelf intrinsiek immoreel wordt.⁴⁸⁵ Zoals verdedigd, is een deontologische benadering van discriminatie volgens ons enkel zinvol wanneer we ook oog hebben voor de intenties die aan een daad van discriminatie voorafgaan (zie *supra*, deel A: 'Deontologie').

Wanneer zijn vooroordelen of stereotypen nu dusdanig problematisch, dat ze een daad van discriminatie intrinsiek immoreel maken? Om deze vraag te beantwoorden, moeten we grondig stilstaan bij de betekenis van 'vooroordelen' 'en 'stereotypen', die in essentie een *voorkeur* voor bepaalde mensen of bepaalde karaktereigenschappen weerspiegelen. In het dagelijkse leven maken we voortdurend een onderscheid op basis van voorkeuren, maar niet elke voorkeur is daarom steeds een vooroordeel of stereotype. In het dagelijkse taalgebruik, maar ook in de literatuur, worden verschillende types van voorkeuren bovendien veelal op één hoop gegooid en allemaal met 'vooroordelen' of 'stereotypen' benoemd, ten koste van de conceptuele helderheid. Beide begrippen worden ook niet zelden als synoniemen gehanteerd, terwijl er een significant moreel verschil bestaat tussen vooroordelen en stereotypen. Een duidelijke conceptuele afbakening is daarom gewenst. Hiervoor doen we een beroep op een uitgebreid essay van de Amerikaanse rechtsgeleerde Larry Alexander, waarin hij een 'morele

⁴⁸³ Het onderscheid tussen 'intrinsiek' en 'extrinsiek' immorele discriminatie is ontleend aan Larry Alexander: L. ALEXANDER, 'What makes wrongful discrimination wrong? Biases, preferences, stereotypes and proxies', *o.c.*, 191.

⁴⁸⁴ A. WERTHEIMER, 'Reflections on discrimination', *o.c.*, 952..

⁴⁸⁵ R. ARNESON, 'What is wrongful discrimination?', *o.c.*, 787.

taxonomie' maakt van discriminatie op basis van mogelijke voorkeuren die mensen kunnen hebben.⁴⁸⁶ Alexander maakt een onderscheid tussen voorkeuren voor specifieke *mensen* en voorkeuren voor welbepaalde *karaktertrekken* die geassocieerd worden met kenmerken waarover mensen beschikken.

(1) *Voorkeuren voor bepaalde mensen: vooroordelen, rolpatronen en aversies*

(1) Een eerste soort voorkeur voor bepaalde mensen betreft een *vooroordeel*. Een vooroordeel is de overtuiging dat een bepaalde categorie van mensen *minderwaardig* is aan andere mensen, enkel en alleen omdat ze drager zijn van een specifiek kenmerk.⁴⁸⁷ Kenmerkend aan een vooroordeel is dus dat er steeds sprake is van een zekere *animus* of vijandigheid ten aanzien van een volledige bevolkingsgroep. Mensen die gediscrimineerd worden als gevolg van een vooroordeel over bijvoorbeeld hun huidskleur ('zwarten zijn apen') of seksuele geaardheid ('homo's zijn vies'), worden op deze manier niet enkel een concreet voordeel ontzegd, zoals een job of een huurwoning, maar worden eveneens mensenwaardig behandeld. Een persoon wordt op deze manier niet als een volwaardig menselijk individu gezien, maar slechts als lid van een minderwaardige groep. In dit geval ontken je unieke en essentiële menselijke eigenschappen, zoals de behoefte aan respect en de erkenning van gelijk burgerschap, en is er duidelijk sprake van dehumanisering. Discriminatie die ingegeven is door vooroordelen schendt om deze reden steeds de menselijke waardigheid. Zelfs wanneer een vooroordeel slechts door een marginaal aantal mensen wordt gedeeld, zal het om deze reden nog steeds intrinsiek immoreel zijn.

Sommige auteurs menen dat de immoraliteit van discriminatie op basis van vooroordelen volgt uit het feit dat dat deze vooroordelen gericht zijn op aspecten die belangrijk zijn voor de *identiteitsbeleving* van mensen.⁴⁸⁸ Huidskleur, etniciteit, geloof en seksuele geaardheid zijn allemaal voorbeelden van kenmerken waardoor mensen zichzelf identificeren, niet enkel als individu, maar veelal ook als lid van een bepaalde groep. Wanneer iemand op basis van zijn huidskleur als een minderwaardig wezen wordt gezien, raakt dit een persoon dan ook in de kern van zijn zelfbeleving. Uit deze visie zouden we kunnen afleiden dat discriminatie op basis van vooroordelen die géén verband houden met aspecten van mensen hun identiteitsbeleving niet intrinsiek immoreel is. Dit is echter steeds een subjectieve kwestie: niet iedereen hecht evenveel belang aan geslacht, huidskleur of seksuele geaardheid om zichzelf te identificeren als een uniek individu. We hebben reeds geargumenteed dat menselijke waardigheid op

⁴⁸⁶ L. ALEXANDER, 'What makes wrongful discrimination wrong? Biases, preferences, stereotypes and proxies', *o.c.*, 149-219.

⁴⁸⁷ L. ALEXANDER, *o.c.*, 158 en 192; R. ARNESON, 'What is wrongful discrimination?', *o.c.*, 788. Alexander spreekt van 'biases', wat zich niet gemakkelijk laat vertalen in een correcte Nederlandse term. Aangezien andere auteurs zoals Arneson het onderscheid maken tussen 'prejudices' en 'stereotypes', heb ik Alexander's 'biases' daarom vrij vertaald naar 'vooroordelen'. Of mijn omschrijving van 'vooroordelen' op taalkundig vlak de correcte invulling is van dit begrip, laat ik in het midden.

⁴⁸⁸ D. RÉAUME, 'Discrimination and dignity', *o.c.*, 679.

een objectieve manier moet worden ingevuld; een louter gevoel van minderwaardigheid speelt hoogstens een bijkomende rol. Bovendien is dit een consequentialistische overweging: de reden dat veel zwarten zich in hun waardigheid aangetast voelen wanneer ze worden benadeeld omwille van hun huidskleur, is net omdat rassendiscriminatie op zo'n grote schaal heeft plaatsgevonden in het verleden. Het is inderdaad correct dat de historische en structurele onderdrukking van bepaalde bevolkingsgroepen de identiteitsbeleving van deze individuen heeft versterkt. Blanken zijn nooit in dezelfde mate gediscrimineerd geweest als zwarten; huidskleur is om deze reden vermoedelijk een minder belangrijk aspect voor een blanke zijn identiteitsbeleving dan voor een zwarte. Toch pleegt een zwarte racist die een blanke discrimineert even moreel verwerpelijk gedrag als een blanke racist die een zwarte discrimineert, ook al zal het blanke slachtoffer zich vermoedelijk minder in zijn zelfwaarde aangetast voelen. Hetzelfde gaat op voor iemand die personen met blauwe ogen benadeelt omdat hij een gruwelijke afkeer heeft van mensen met deze oogkleur, ook al maakt oogkleur zelden een wezenlijk aspect uit van iemands zelfbeleving. De immoraliteit van discriminatie ingegeven door vooroordelen ligt vervat in de daad zelf, niet in de gevolgen. Of een vooroordeel al dan niet een persoon raakt in zijn zelfbeleving, is dan ook van geen belang vanuit een deontologisch perspectief.

(2) Sommige voorkeuren voor specifieke mensen zijn moeilijker. Een tweede mogelijke voorkeur heeft te maken met het belang dat mensen hechten aan *rolpatronen*.⁴⁸⁹ Het geloof in een rolpatroon is de overtuiging dat mensen een vooraf vastgelegde rol in de samenleving horen te vervullen, zoals de overtuiging dat vrouwen gemaakt zijn om voor kinderen te zorgen terwijl mannen de kostwinners van het gezin moeten zijn. Een geloof in rolpatronen verschilt van vooroordelen, in die zin dat het niet gepaard gaat met een geloof in de 'minderwaardigheid' van een bepaalde groep mensen. Misschien gelooft een conservatief persoon niet dat homo's 'vies' zijn, maar gelooft hij wel dat seksualiteit iets exclusief tussen man en vrouw moet zijn. En hoewel iemand kan vinden dat mannen en vrouwen wel degelijk gelijkwaardig zijn, kan hij het tegelijk immoreel vinden om een vrouw te laten werken en een man voor de kinderen te laten zorgen. Rolpatronen zijn niet steeds problematisch (ook mannelijke 'hoffelijkheid' maakt deel uit van een rolpatroon), maar kunnen dat uiteraard wel zijn indien ze als onderdrukkend worden ervaren. Rolpatronen zijn complexer dan vooroordelen. Ook al kunnen ze veelal problematisch zijn, maakt een ongelijke behandeling ingegeven door een geloof in rolpatronen op zich geen intrinsiek immorele discriminatie uit. Het gaat immers niet om een gevoel van vijandigheid tegenover een bepaalde categorie van mensen, maar slechts om de overtuiging dat mensen een vaststaande rol in de samenleving horen te vervullen. Hoewel het geloof in bepaalde rolpatronen soms absurd of volstrekt irrationeel kan zijn, is de overtuiging zelf niet moreel verwerpelijk. Het feit dat bepaalde mensen zich hierdoor onwaardig behandeld voelen, verandert opnieuw niets aan dit gegeven.

⁴⁸⁹ L. ALEXANDER, 'What makes wrongful discrimination wrong? Biases, preferences, stereotypes and proxies', *o.c.*, 163-165.

Rolpatronen kunnen daarentegen wel *extrinsiek* immoreel zijn wanneer ze mensen op significante wijze in hun autonomie beperken, zoals we verder zullen zien (zie *infra*, deel D: ‘De legislatieve fase’).

(3) Tot slot zijn er ook *aversies*: dit zijn gevoelens van ‘afkeer’ voor bepaalde mensen, zónder dat deze te maken hebben met vooroordelen of het geloof in rolpatronen.⁴⁹⁰ Net zoals mensen op een irrationele manier bang kunnen zijn voor een spin (maar tegelijk de spin niet willen doden), zijn er mensen die op een irrationele manier ‘bang’ zijn voor of een aversie voelen tegenover bepaalde mensen. Na de reeks terroristische aanslagen door moslimextremisten, valt het niet zo moeilijk in te beelden dat sommige mensen bang opkijken wanneer ze een Arabier met een lange baard de bus zien opstappen, zonder dat ze daarom geloven dat moslims minderwaardige wezens zijn. De kans is echter klein dat zo iemand zijn of haar appartement zal verhuren aan een man met de naam Mohammed. Omgekeerd, is het eveneens mogelijk dat iemand liever optrekt met ‘gelijksoortige’ mensen die dezelfde afkomst hebben, dezelfde taal spreken of dezelfde levensbeschouwing delen, zonder dat hij of zij daarom gelooft dat andere mensen minderwaardig zijn. *Aantrekking* vormt de spiegelzijde van aversies. Het kan zijn dat iemand geen zwarte vrienden wil hebben of enkel aan een blanke wens te verhuren, simpelweg omdat hij liever met blanke dan met gekleurde mensen optrekt. Net zoals bij rolpatronen het geval was, is discriminatie ingegeven door aversies (of aantrekking) ten aanzien van bepaalde mensen op zich niet intrinsiek immoreel, omdat er opnieuw geen dehumanisering aan te pas komt. Ook hier zijn subjectieve gevoelens van onwaardigheid onvoldoende om er een schending van het waardigheidsbeginsel in te zien. Toch zal het analytisch onderscheid tussen discriminatie ingegeven door ‘aversies’ enerzijds en door ‘vooroordelen’ en ‘stereotypen’ anderzijds zelden zo strak kunnen worden afgelijnd. Bovendien kunnen ook aversies extrinsiek immoreel zijn wanneer ze ertoe leiden dat bepaalde mensen hierdoor aanzienlijk in hun kans op zelfrealisatie worden beperkt, zoals later duidelijk zal worden.

(2) Voorkeuren voor bepaalde karaktertrekken: stereotypen

Elke mens is uniek. Als we in ons dagelijks leven in contact komen met andere mensen, wensen we daarom ook graag beoordeeld te worden op basis van wie we werkelijk zijn, als een uniek individu met een eigen persoonlijkheid, karaktertrekken, talenten, zwaktes en interesses. Ook geloven we graag dat we zelf anderen beoordelen op grond van wie ze werkelijk zijn. Helaas is dit idee bijzonder naïef. Mensen hebben soms een volledig leven nodig om hun eigen partner volledig te leren kennen (en dan nog is dit geen sinecure). Het spreekt voor zich dat deze tijd ontbreekt in onze dagelijkse omgang met mensen. Een werkgever kan niet met elke sollicitant op retraite gaan en een portier in een nachtclub kan niet elke bezoeker aan een diepte-interview onderwerpen om een persoon in al zijn facetten te leren

⁴⁹⁰ L. ALEXANDER, , ‘What makes wrongful discrimination wrong? Biases, preferences, stereotypes and proxies’, *o.c.*, 165-166.

kennen. Meestal zijn we ook enkel geïnteresseerd in specifieke aspecten van iemands persoonlijkheid, zoals tijdens een sollicitatiegesprek. Daarom maken we in onze omgang met medemensen voortdurend gebruik van *stereotypen*. Stereotypen zijn veralgemeningen over het gedrag of karaktertrekken van bepaalde mensen op basis van een kenmerk dat ze bezitten, zoals afkomst of geslacht.⁴⁹¹ In deze zin zijn stereotypen dus ook steeds veralgemeningen over een volledige bevolkingsgroep. Louter door het ‘lidmaatschap’ van een persoon tot een bepaalde groep, worden algemene overtuigingen die men heeft over deze groep geprojecteerd op één individu. Dit stelt ons in staat om een idee te vormen over de persoon waarmee we te maken hebben en dit met een beperkte hoeveelheid aan informatie. Bepaalde kenmerken doen in dit geval dienst als ‘proxy’s’ voor specifieke karaktertrekken of eigenschappen die we relevant vinden. De bekendste discriminatiegronden kunnen allemaal als ‘proxy’ functioneren, maar ook kenmerken zoals het bezitten van een diploma of een strafblad zijn typische voorbeelden van proxy’s. Stereotypen verschillen van vooroordelen, omdat ze niet leiden tot een oordeel over de betrokken persoon zelf, maar omdat ze bepaalde karaktereigenschappen die we relevant achten linken aan kenmerken die personen bezitten. Als een portier Marokkaanse jongeren de toegang weigert omdat hij alle Marokkanen uitschot vindt, heeft hij een vooroordeel tegenover Marokkanen. Als hij hen echter toegang weigert omdat hij gelooft dat Marokkaanse jongeren vlugger problemen veroorzaken dan andere jongeren, dan heeft hij een stereotiep beeld van de groep Marokkaanse jongeren.

Stereotypen zijn bijzonder complex om ethisch te evalueren. Vaak zijn ze rationeel en gebaseerd op de ‘wetten van de natuur’, zoals het gegeven dat vrouwen langer leven dan mannen, of op statistische gegevens en feiten van algemene bekendheid, zoals de vaststelling dat homoseksuele mannen vaker met HIV besmet zijn dan heteroseksuelen. Ook ‘problematische’ stereotypen, zoals in het voorbeeld van de nachtclub, kunnen trouwens perfect rationeel zijn indien uit officiële criminaliteitsstatistieken blijkt dat jongeren met een Marokkaanse afkomst disproportioneel vaker in contact komen met het gerecht. Alexander onderscheidt drie manieren waarop stereotypen problematisch kunnen zijn.

Eerst en vooral, zijn er stereotypen die *irrationeel* zijn omdat ze gebaseerd zijn op *inaccurate veralgemeningen*.⁴⁹² Het klopt dat vrouwen tussen hun twintigste en dertigste levensjaar veelal kinderen krijgen en dat homoseksuele mannen vaker drager zijn van het HIV-virus: dit zijn geen inaccurate veralgemeningen. Maar het klopt niet dat vrouwen minder geschikt zijn om managementfuncties uit te oefenen dan mannen (meisjes scoren beter in het onderwijs dan jongens) en het is evenmin zo dat homoseksuele mannen meer promiscue zijn dan heteroseksuele mannen. Dit zijn stereotypen gebaseerd op inaccurate veralgemeningen over een bepaalde bevolkingsgroep die ten onrechte een ‘stigma’ of

⁴⁹¹ L. ALEXANDER, ‘What makes wrongful discrimination wrong? Biases, preferences, stereotypes and proxies’, *o.c.*, 167.

⁴⁹² L. ALEXANDER, ‘What makes wrongful discrimination wrong? Biases, preferences, stereotypes and proxies’, *o.c.*, 169.

negatief etiket op bepaalde mensen kleven. Veelal zullen deze stereotypen ook het gevolg zijn van een ‘vooordeel’ of het geloof in ‘rolpatronen’ dat iemand heeft, maar ze kunnen ook onafhankelijk hiervan bestaan. Iemand kan perfect geloven dat vrouwen beter zijn dan mannen in het zorgen voor kinderen (inaccuraat stereotype), zonder dat hij het daarom immoreel vindt dat vrouwen een managementfunctie uitoefenen (rolpatroon). Ook het omgekeerde is mogelijk.

Ten tweede, is er discriminatie gebaseerd op stereotypen die op zichzelf wel rationeel zijn omdat ze gebaseerd zijn op accurate veralgemeningen, maar die toch problematisch is omdat er *kostenefficiëntere alternatieven* zijn.⁴⁹³ Niet de stereotype overtuiging zelf, maar wel de *discriminatie* die daaruit volgt is dus *irrationeel*. Homoseksuelen systematisch weigeren om bloed te doneren is gebaseerd op een accurate veralgemening en is vermoedelijk kostenefficiënt, indien de baten hiervan hoger liggen dan de kosten en risico’s die zouden volgen uit de algemene toelating van homoseksuelen voor bloeddonthaties. Maar een competente werknemer ontslaan nadat blijkt dat hij homoseksueel is, uit angst voor besmetting in een werkomgeving die een hoog besmettingsgevaar heeft, is dat niet. Een simpele HIV-test volstaat immers om uitsluitel te geven, terwijl de kosten om een andere (evenwaardige) werkkraacht te vinden veel hoger liggen.

Tot slot is er discriminatie gebaseerd op stereotypen die zowel accuraat als kostenefficiënt zijn, maar die toch problematisch is omdat het *onwenselijke sociale gevolgen* heeft.⁴⁹⁴ Een uitbater van een nachtclub die systematisch meer vrouwen dan mannen toelaat, omdat uit verkoopcijfers blijkt dat dit tot hogere winstcijfers leidt, veroorzaakt vermoedelijk geen al te grote onwenselijke sociale gevolgen voor mannen (al kunnen deze in de wachtrij zich behoorlijk gefrustreerd voelen). Maar diezelfde uitbater die geen mensen van Marokkaanse afkomst binnenlaat in zijn nachtclub, veroorzaakt hoogstwaarschijnlijk wél onwenselijke sociale gevolgen. Ook al kan deze discriminatie op basis van stereotypen perfect rationeel en kostenefficiënt zijn (indien deze jongeren vaker problemen veroorzaken en de gebeurlijke vechtpartij de reputatie aanzienlijk schaadt), bestaat het gevaar dat hierdoor een ‘*self-fulfilling prophecy*’ optreedt. Net het geloof dat Marokkaanse jongeren vechtersbazen zijn, versterkt bij velen onder hen wellicht de overtuiging dat ze inderdaad tot de rand van de maatschappij behoren, wat de kans doet toenemen dat ze deviant gedrag zullen plegen in overeenstemming met het stereotype beeld van Marokkaanse jongeren. Over discriminatie gebaseerd op (veelal accurate) stereotype beelden van kwetsbare groepen, wordt vaak opgemerkt dat andere mensen uit diezelfde groep hierdoor ontmoedigd worden om in hun eigen ‘menselijk kapitaal’ te investeren, waardoor de attitudes die correleren met het

⁴⁹³ L. ALEXANDER, ‘What makes wrongful discrimination wrong? Biases, preferences, stereotypes and proxies’, *o.c.*, 169.

⁴⁹⁴ L. ALEXANDER, ‘What makes wrongful discrimination wrong? Biases, preferences, stereotypes and proxies’, *o.c.*, 170.

verondersteld negatieve gedrag net versterkt worden.⁴⁹⁵ Dit soort stereotypen kan dus zowel oorzaak als gevolg van structurele problemen zijn, waardoor de achterstelling van kwetsbare groepen een vicieuze cirkel wordt. Discriminatie op basis van dit soort stereotypen, hoewel rationeel en kostenefficiënt, is om deze reden bijzonder problematisch.

Hoewel discriminatie op basis van stereotypen door verschillende auteurs als een schending van de menselijke waardigheid wordt beschouwd,⁴⁹⁶ blijkt uit het voorgaande dat dit helemaal niet zo vanzelfsprekend is. Ook al zijn de stereotypen in de drie beschreven situaties wel degelijk problematisch, worden mensen in deze gevallen niet per definitie ongelijk behandeld omdat ze ‘minderwaardig’ zouden zijn. Enkel wanneer het gaat om *irrationele inaccurate stereotypen* die bovendien *gedreven worden door vooroordelen*, kan er volgens ons sprake zijn van intrinsiek immoreel gedrag. We zullen in dit geval spreken van ‘*negatieve stereotypen*’. Er is inderdaad weinig verschil tussen iemand die zwarten discrimineert omdat ‘zwarten apen zijn’ (vooordeel) en iemand die zwarten discrimineert omdat ‘alle zwarten dieven en verkrachters zijn’ (inaccuraat stereotype). Om deze reden is discriminatie op basis van een negatief stereotype evenzeer in strijd met het recht op een menswaardige behandeling. Dit gaat echter niet op voor stereotypen die niet worden gedreven door een vooroordeel. In de eerste twee gevallen (irrationele stereotypen en irrationele discriminatie) ging het immers om loutere fouten in het denkproces, terwijl het derde geval (rationeel-accurate stereotypen) zelfs perfect rationeel en kostenefficiënt was. Subjectieve gevoelens van onwaardigheid spelen opnieuw geen enkele rol. Net zoals voor rolpatronen en aversies werd opgemerkt, kan er in dit geval hoogstens sprake zijn van ‘extrinsiek’ immorele discriminatie, zoals we verder zullen zien.

(3) Voorkeuren van gebruikers: reactie-kwalificaties

Een bijzondere verschijningsvorm van voorkeuren voor bepaalde mensen of karaktertrekken betreft ‘*reactie-kwalificaties*’.⁴⁹⁷ Er is sprake van reactie-kwalificaties, wanneer de voorkeuren voor bepaalde mensen of karaktertrekken zijn ingegeven door de *reacties* die men verwacht van zijn klanten of gebruikers. Een discriminator laat zich in dit geval niet leiden door vooroordelen of stereotypen die hij zelf persoonlijk deelt, maar stelt zijn gedrag af op de (verwachte) voorkeuren van zijn cliënteel.

⁴⁹⁵ L. ALEXANDER, ‘What makes wrongful discrimination wrong? Biases, preferences, stereotypes and proxies’, *o.c.*, 171, voetnoot 20.

⁴⁹⁶ Zie o.a. R. HOLTMAAT, ‘Stop de inflatie van het discriminatiebegrip! Een pleidooi voor het maken van onderscheid tussen discriminatie en ongelijke behandeling’, *o.c.*, 1272; D. RÉAUME, ‘Discrimination and dignity’, *o.c.*, 681.

⁴⁹⁷ Het concept ‘reactie-kwalificaties’ is geïntroduceerd door Alan Wertheimer in A. WERTHEIMER, ‘Jobs, qualifications and preferences’, *Ethics*, 1983, vol. 94, 99-112.

Reactie-kwalificaties komen vaker voor dan we denken. Een massagesalon dat uitsluitend exotische jongedames aanwerft laat zich leiden door de voorkeuren van zijn klanten, die wellicht liever door Thaise jonge vrouwen gemasseerd worden dan door blanke mannen van middelbare leeftijd. Een fertiliteitskliniek die liever een vrouwelijke dan een mannelijke gynaecoloog aanwerft, omdat het uit ervaring weet dat vrouwen zich minder comfortabel voelen bij een mannelijke gynaecoloog, maakt eveneens een onderscheid op basis van klantenvoorkeuren. Dergelijke reactie-kwalificaties lijken op het eerste zicht begrijpelijk of onschuldig. Maar wat gezegd van een winkel die werkneemsters met een hoofddoek weigert, uit angst voor negatieve reacties van zijn klanten? En mogen luchtvaartmaatschappijen de voorkeur geven aan knappe airhostessen, omdat zij verwachten dat reizigers nu eenmaal liever bediend worden door een mooi gezicht?

Ook hier nemen we aan dat discriminatie op grond van reactie-kwalificaties slechts zelden intrinsiek immoreel is.⁴⁹⁸ Het onderscheid is immers niet ingegeven door een gevoel van vijandigheid ten aanzien van een bevolkingsgroep, maar komt tot stand op basis van veronderstelde reacties van klanten of gebruikers. Dit is een rationele en legitieme beweegreden: het nalaten om klantenvoorkeuren in rekening te brengen, kan immers significante kosten met zich meebrengen. Reactie-kwalificaties stellen werkgevers in staat om personeel aan te werven dat het best ‘gekwalificeerd’ is voor de job, wat – zoals gezien – niet hetzelfde is als een job het meest ‘verdienen’. Aan de andere kant, zijn reactie-kwalificaties slechts secundaire verschijningsvormen van de initiële vooroordelen en stereotypen van gebruikers. Om deze reden, kan discriminatie op basis van reactie-kwalificaties enkel intrinsiek immoreel zijn wanneer de (veronderstelde) voorkeuren van gebruikers zélf intrinsiek immoreel zijn.⁴⁹⁹ We noemen dit ‘*negatieve reactie-kwalificaties*’. Ondernemingen hebben in dit geval de morele plicht om zich niet te laten leiden door de vooroordelen of negatieve stereotypen van hun eigen klanten.⁵⁰⁰ Zo kan een restaurant-uitbater die Marokkanen uit zijn zaak weert omdat veel van zijn vaste klanten racisten zijn, zich niet op legitieme winstmotieven baseren om zijn handelswijze goed te praten. Discriminatie dat daarentegen ingegeven is door legitieme reactie-kwalificaties, kan nooit intrinsiek immoreel zijn. Ook

⁴⁹⁸ L. ALEXANDER, ‘What makes wrongful discrimination wrong? Biases, preferences, stereotypes and proxies’, *o.c.*, 193.

⁴⁹⁹ R. ARNESON, ‘What is wrongful discrimination?’, *o.c.*, 789-790.

⁵⁰⁰ Hier maakt Alexander wel een kleine kanttekening. Stel dat een blanke onderwijzeres niet wordt aangeworven in een school, omdat zij les zou moeten geven aan kansarme zwarte jongeren die zeer vijandig staan tegenover blanke autoriteitsfiguren. Hoewel de vooroordelen ongetwijfeld intrinsiek immoreel zijn, kunnen we niet hetzelfde zeggen van de discriminatie die er het gevolg van is. Het is immers niet vergezocht om aan te nemen dat de blanke leerkracht weinig gezag zal kunnen afdwingen, waardoor de onderwijskansen van de studenten negatief beïnvloed worden. Het nalaten om immorele reactie-kwalificaties in rekening te brengen is in dit geval zelf immoreel: ook racistische jongeren hebben recht op kwalitatief onderwijs. Om deze reden, kunnen we aan ons besluit de voorwaarde toevoegen dat het in rekening brengen van deze reactie-kwalificaties niet noodzakelijk mag zijn om de toegang tot bepaalde primaire goederen aan gebruikers te garanderen. L. ALEXANDER, ‘What makes wrongful discrimination wrong? Biases, preferences, stereotypes and proxies’, *o.c.*, 175-176.

hier zal er hoogstens sprake zijn van extrinsiek immorele discriminatie, wanneer deze reactie-kwalificaties bepaalde individuen aanzienlijk in hun autonomie beperken.

ii) Een bescheiden rol voor discriminatierecht

Indien we discriminatierecht onder Rawls' eerste rechtvaardigheidsbeginsel situeren, volgt daaruit dat een discriminatieverbod slechts zeer eng opgevat kan worden. Discriminatierecht streeft in dit geval zuiver correctieve rechtvaardigheid na: het verplicht particulieren simpelweg om eenieders menselijke waardigheid te respecteren. Uit het voorgaande volgt dat discriminatie enkel in strijd kan zijn met het waardigheidsbeginsel wanneer een ongunstigere behandeling werd ingegeven door vooroordelen, negatieve stereotypen of negatieve reactie-kwalificaties. Mensen die deze deontologische plicht niet naleven, verbreken het evenwicht dat tussen gelijkwaardige individuen bestaat. De functie van discriminatierecht bestaat er dan in om de daad moreel te veroordelen en het evenwicht tussen gelijkwaardige individuen te herstellen.

We kunnen hierbij twee grote bedenkingen formuleren. Eerst en vooral, ontsnappen een heleboel gedragingen die we intuïtief als immoreel beschouwen aan het toepassingsgebied van een discriminatieverbod vanuit een deontologische benadering. Een werkgever die een mannelijke sollicitant verkiest boven een beter gekwalificeerde vijftientigjarige vrouw omdat hij geen zin heeft een vervanger te zoeken mocht ze zwanger worden, pleegt geen intrinsiek immorele discriminatie. Het is immers geen ongelijke behandeling die gebaseerd is op een negatief beeld ten aanzien van vrouwen, maar wel op basis van het rationeel-accuraat stereotype dat vrouwen rond deze leeftijd nu eenmaal vaak kinderen krijgen. Ten tweede, veronderstelt de noodzakelijke aanwezigheid van vooroordelen, negatieve stereotypen of negatieve reactie-kwalificaties steeds dat we ons in het hoofd van de daders (of gebruikers) moeten begeven. Dit is niet enkel een bijna onmogelijke opdracht; het gaat ook voorbij aan de psychologische realiteit. Mensen zijn zich immers niet steeds bewust van de vooroordelen of negatieve stereotypen die ze zelf bezitten. Vele vormen van discriminatie vinden onbewust plaats.

Vele lezers zullen deze deontologische benadering van discriminatie om deze reden onbevredigend vinden. Het verbieden van intrinsiek immorele discriminatie is dan eerder het *minimum*, maar niet voldoende. In dit geval moet een consequentialistisch perspectief op discriminatie soelaas bieden. De immoraliteit van discriminatie blijkt dan niet uit de daad zelf, maar wel uit de gevolgen. In dit geval spreken we van *extrinsiek immorele discriminatie*. In het volgende onderdeel stappen we daarom over van de constitutionele naar de *legislatieve fase* in Rawls' theorie en zullen we discriminatie en discriminatierecht vanuit een consequentialistisch sociaalliberaal perspectief benaderen.

d) De legislatieve fase: discriminatie(recht) en vrijheid

i) Een gedachte-experiment: onbewuste discriminatie (Shin)

Vooraleer discriminatie en discriminatierecht vanuit de legislatieve fase te analyseren, is het van belang dat de lezer zich goed bewust is van het onderscheid tussen een deontologische en een consequentialistische benadering. Daarom bespreken we eerst kort een interessant gedachte-experiment over onbewuste discriminatie, waarin Patrick Shin het onderscheid tussen beide perspectieven zeer scherp maakt.⁵⁰¹

Stel dat een werkgever de keuze heeft tussen twee kandidaten: een blanke en een zwarte sollicitant. Beiden zijn gekwalificeerd voor de functie en hebben vergelijkbare ervaring opgedaan in het verleden. Terwijl de blanke man echter een beetje meer ervaring heeft, scoort de zwarte man wat beter tijdens het sollicitatiegesprek. De werkgever gelooft oprecht dat ze meer belang hecht aan werkervaring dan aan een sollicitatiegesprek, dus ze kiest voor de blanke man. Stel nu echter dat de rollen omgekeerd waren: de zwarte man beschikt over een beetje meer ervaring, terwijl de blanke man wat beter scoort tijdens het sollicitatiegesprek. In dit geval kiest de werkgever opnieuw voor de blanke man, in de oprechte overtuiging dat het gesprek ditmaal de overwegende factor was. Laten we er nu vanuit gaan dat het met de huidige stand van zaken in de wetenschap mogelijk is om zonder enige twijfel te bewijzen dat de werkgever zich effectief heeft laten beïnvloeden door een vooroordeel ten aanzien van zwarten, zonder dat ze zich hiervan zelf bewust was. Uiteraard zal dit in de praktijk nooit mogelijk zijn, maar het antwoord op moeilijke vraagstukken in de filosofie wordt wel vaker gegeven door absurde stellingen te formuleren. De vraag in dit gedachtenexperiment is de volgende: moet de werkgever aansprakelijk worden geacht voor haar onbewust vooroordeel ten aanzien van zwarten?

De kans is groot dat je twijfelt. Stel dat we positief antwoorden op de vraag. Hoewel de werkgever in eer en geweten handelde, kwam ze tot haar beslissing als gevolg van een vooroordeel ten aanzien van zwarten. Dat ze zich niet bewust was hiervan, verandert niets aan het feit dat haar vooroordeel ertoe geleid heeft dat de zwarte sollicitant zijn kans op een aanstelling verloren heeft. De *causaliteit* tussen haar vooroordeel en de benadeling is voldoende. Indien we daarentegen negatief antwoorden op de vraag, verwerpen we de visie dat loutere causaliteit voldoende is. Er is ook *verantwoordelijkheid* nodig. Je kan slechts verantwoordelijk zijn voor die daden waar je effectief controle over hebt. Om diezelfde reden kent ons strafrecht de schulditsluitingsgronden ‘dwang’ en ‘dwaling’.

⁵⁰¹ P. SHIN, ‘Liability for unconscious discrimination? A thought experiment in the theory of employment discrimination law’, *Hastings Law Journal*, 2010, vol. 62, 1-27.

Het gedachte-experiment van Shin is slechts een aanzet tot een veel fundamentele vraag. Laten we enkele wijzingen aanbrengen in de originele hypothese: ditmaal heeft de werkgever geen onbewust vooroordeel ten aanzien van zwarten. Ze verkiest de blanke sollicitant louter omdat deze meer werkervaring heeft. Veronderstel nu echter dat we meer achtergrondinformatie over de zwarte man hebben. Ditmaal komt aan het licht dat hij enkel minder werkervaring heeft dan de blanke man, omdat hij in het verleden meermaals bewust is gediscrimineerd door andere werkgevers. Is de werkgever ditmaal aansprakelijk? De kans dat je dit keer twijfelt is klein. Hoogstwaarschijnlijk is je antwoord negatief: waarom zou de werkgever aansprakelijk zijn, als ze zelf geen enkele invloed had op de discriminatie die de zwarte man in het verleden heeft ondergaan? Indien je in de eerste hypothese bevestigend had geantwoord, is het echter helemaal niet vanzelfsprekend om ditmaal de aansprakelijkheid van de werkgever te ontkennen. Ook in de tweede hypothese kan je immers niet ontkennen dat er causaliteit is tussen de huidskleur van de man en de beslissing van de werkgever. Het enige verschil tussen beide hypothesen is dat de ‘oorzaak’ van de beslissing in de eerste hypothese zich in de innerlijke psychologie van de werkgever bevindt, terwijl de oorzaak in de tweede hypothese extern is. Men kan opwerpen dat de werkgever in de tweede hypothese geen controle heeft over de beslissingen van vorige werkgevers, maar dit is evenzeer het geval voor vooroordelen waar zij zich niet bewust van is. In beide gevallen is er sprake van causaliteit en in beide gevallen heeft de werkgever geen enkele controle over de oorzaak. Er is geen fundamenteel verschil tussen beide hypothesen indien we een causale conceptie van discriminatie hanteren. Waarom zouden we een onderscheid maken tussen oorzaken die zich ‘in’ een persoon bevinden en oorzaken die zich ‘daarbuiten’ bevinden?

Nu komen we tot de kern van het gedachte-experiment: hoewel vooroordelen zich in de ‘psychologie’ van de dader bevinden, worden ze op zijn beurt eveneens veroorzaakt door externe factoren, zoals geschiedenis, cultuur en opvoeding. Een causale visie op discriminatie leidt onvermijdelijk tot de vaststelling dat er geen intrinsiek moreel verschil is tussen ‘onschuldige’ en ‘kwaadwillige’ discriminatie. Het discriminatiebegrip verliest elke morele betekenis. Dit betekent niet dat we discriminatie niet langer als een probleem kunnen zien dat bestreden moet worden, maar wel dat de aanpak van discriminatie een *diagnostisch karakter* krijgt in plaats van een moreel karakter. De deontologische vraag “verdient iemand het om gestraft te worden?” wordt dan vervangen door de consequentialistische vraag “hoe kan dit vermeden worden?”. De focus ligt op de oorzaak en de gevolgen van discriminatie, niet op de intenties van de dader. Discriminatierecht vervult dan een zuiver instrumentele rol: het doel bestaat erin om door middel van sociale verandering een rechtvaardigere samenleving te bekomen. Analoog aan de manier waarop we naar ziekten kijken, wordt discriminatiebestrijding dan een kwestie van volksgezondheid.⁵⁰²

⁵⁰² P. SHIN, ‘Liability for unconscious discrimination? A thought experiment in the theory of employment discrimination law’, *o.c.*, 17.

Van een zuiver consequentialistische aanpak van discriminatie is geen sprake in België of in Nederland. Het belang dat gehecht wordt aan het onderscheid tussen ‘directe’ en ‘indirecte’ discriminatie (met een strenger gesloten systeem voor directe discriminatie), het bestaan van strafsancities voor bepaalde vormen van opzettelijke discriminatie en het feit dat er van discriminatie geen sprake is wanneer een onderscheid ‘gerechtvaardigd’ is, bevestigen dit. Toch kan het huidige discriminatierecht moeilijk begrepen worden zonder eveneens een consequentialistisch perspectief te hanteren. In het vorige onderdeel is reeds gebleken dat een deontologisch perspectief slechts een zeer enge visie op discriminatie hanteert die onmogelijk het bestaan van figuren zoals ‘indirecte discriminatie’, ‘redelijke aanpassingen’ en ‘positieve discriminatie’ kan verklaren. Evenmin verklaart het waarom bepaalde discriminatiegronden wel en andere gronden niet zijn opgenomen in het discriminatierecht, of waarom het discriminatieverbod unidirectioneel van aard is. We hebben bovendien gezien dat discriminatierecht eveneens elementen van distributieve rechtvaardigheid bevat en dat zelfs het verbod op ‘directe discriminatie’ niet een zuivere toepassing van correctieve rechtvaardigheid lijkt te zijn. In dit onderdeel beschouwen we discriminatie en discriminatierecht daarom vanuit een zuiver consequentialistisch sociaalliberaal perspectief. We zullen betogen dat discriminatierecht verdedigd kan worden vanuit een vrijheidsideaal, maar dat gezonde libertaire reflexen wel aangewezen zijn.

ii) Het ideaal: een eerlijke kans op zelfrealisatie (Khaitan)

“For to be free is not merely to cast off one's chains, but to live in a way that respects and enhances the freedom of others.” – Nelson Mandela

Blijven we trouw aan Rawls’ stappenplan, stappen we nu dus over van de constitutionele naar de *legislatieve fase*. Zoals gezegd, hebben onderhandelaars in deze fase nog steeds geen kennis van persoonlijke eigenschappen zoals huidskleur of geslacht, maar hebben ze wel kennis van de sociale en economische problemen waarmee hun samenleving te kampen heeft. Terwijl we in de constitutionele fase oog hadden voor fundamentele rechten die in een ideale ‘Rawliaanse’ samenleving zouden gelden, benaderen we discriminatie in de legislatieve fase vanuit een realistische, *niet-ideale* maatschappij. Elk aspect van Rawls’ theorie heeft zowel een ‘ideale’ als een ‘niet-ideale’ versie.⁵⁰³ Ideale theorie wordt volgens Rawls steeds uitgewerkt vóór niet-ideale theorie, waarbij getracht wordt om de realiteit van een niet-ideale samenleving zo dicht mogelijk bij de ideale theorie te brengen. Toegepast op discriminatie in de legislatieve fase, stelt ideale theorie zich de vraag hoe een rechtvaardige samenleving eruit ziet vanuit de veronderstelling dat op structureel niveau enkel talent en motivatie determinerende factoren zijn voor succes. Niet-ideale theorie, daarentegen, buigt zich over de vraag hoe we omgaan met situaties

⁵⁰³ L. WENAR (9 januari 2017), ‘John Rawls – Ideal and non-ideal theory’ in *Stanford Encyclopedia of Philosophy* [WWW]. Stanford University: <https://plato.stanford.edu/entries/rawls/> [raadpleging op 2 april 2017]

van maatschappelijk falen, waarin het ‘lidmaatschap’ van een bepaalde groep individuen hun kans op zelfontplooiing aanzienlijk beïnvloedt. In de legislatieve fase gaan we na of discriminatierecht in een dergelijke niet-ideale samenleving kan worden verdedigd als een instrument dat de vrijheid van de minst begunstigden ten goede komt, overeenkomstig het verschilbeginsel.

Wat volgt is grotendeels geïnspireerd op het werk van de Brits-Indische rechtsgeleerde Tarunabh Khaitan, die met het ambitieuze boek *‘A theory of discrimination law’* (2015) onderneemt wat maar weinigen voor hem gedaan hebben: een heldere verdediging van discriminatierecht, gestoeld op een sociaalliberale leest en zonder terug te vallen op deontologische of egalitaire principes.⁵⁰⁴ Khaitan hanteert in zijn boek niet enkel een consequentialistisch, maar eveneens een perfectionistisch liberaal perspectief, in de lijn van de beroemde Israëliische rechtsfilosoof Joseph Raz.⁵⁰⁵ Net zoals Raz, gelooft Khaitan niet dat elke manier waarop mensen beslissen hun leven te leiden even waardevol is.⁵⁰⁶ Overheden moeten in dit opzicht niet neutraal zijn ten aanzien van mensen hun conceptie van een ‘goed leven’, in tegenstelling tot wat klassieke liberalen betogen.⁵⁰⁷ Perfectionisme hoeft weliswaar niet steeds dwingend te zijn. Volgens een niet-dwingende vorm van perfectionisme is het een legitieme doelstelling van overheden om mensen te stimuleren vooral ‘goede keuzes’ te maken, maar behouden individuen wel de principiële vrijheid om ook ‘domme keuzes’ te maken.⁵⁰⁸ Zo kan je geloven dat een vrouw het recht heeft om zichzelf vrijwillig volledig te onderwerpen aan de wil van haar echtgenoot, maar het tegelijk verkiezen dat zij haar eigen keuzes maakt in het leven. Het is dan een legitieme doelstelling van overheden om stappen te ondernemen die de emancipatie van vrouwen ten goede komen. Indien discriminatierecht mensen tracht te stimuleren hun eigen leven in handen te nemen door hen daarvoor de nodige kansen te geven, is dit – vanuit het standpunt van de ‘begunstigden’ van discriminatierecht – eveneens een toepassing van niet-dwingend perfectionisme.

Khaitan omschrijft een ‘goed leven’ als een leven waarin iemand waardevolle persoonlijke doelstellingen nastreeft en betekenisvolle relaties kan ontwikkelen.⁵⁰⁹ Om een succesvol leven te leiden, moet iemand daarom op zijn minst enkele van zijn of haar persoonlijke ambities kunnen realiseren. We zullen dit benoemen met *een eerlijke kans op zelfrealisatie*. ‘Zelfrealisatie’ betekent in deze benadering het succesvol realiseren van je persoonlijke aspiraties, wat dus een perfectionistische invulling van positieve vrijheid is. We spreken van een ‘kans’ op zelfrealisatie, omdat het geen vereiste is dat elke poging die iemand onderneemt in het leven moet slagen opdat men effectief vrij zou zijn. Maar als je persoonlijke doelstellingen hebt in je leven, ben je pas vrij indien je de mogelijkheid hebt om op zijn

⁵⁰⁴ T. KHAITAN, *A theory of discrimination law*, Oxford, Oxford University Press, 2016, 262p. (tweede druk)

⁵⁰⁵ J. RAZ, *The morality of freedom*, Oxford, Clarendon Press, 1986, 435p.

⁵⁰⁶ T. KHAITAN, *A theory of discrimination law*, o.c., 92-93.

⁵⁰⁷ J. WALDRON, ‘Autonomy and perfectionism in Raz’s morality of freedom,’ *Southern California Law Review*, 1988-89, vol. 62, (1097), 1100-1103.

⁵⁰⁸ J. WALDRON, ‘Autonomy and perfectionism in Raz’s morality of freedom’, o.c., 1149.

⁵⁰⁹ T. KHAITAN, *A theory of discrimination law*, o.c., 93.

minst enkele van deze ambities te realiseren. Hiermee zeggen we evenmin dat iedereen zijn dromen per se moet nastreven om vrij te zijn. Dit zou een gevaarlijke invulling van vrijheid zijn, zoals we reeds hebben gezien. Maar mensen die hun aspiraties wel willen nastreven, moeten hier op zijn minst een eerlijke kans toe krijgen. We spreken eveneens over ‘eerlijke’ (‘billijke’) kansen en niet over ‘gelijke’ kansen: we aanvaarden dat sommige mensen meer kansen hebben dan anderen. Dit is geen probleem, zolang iedereen er maar voldoende heeft. Een intelligente knappe man zal steeds meer kansen op zelfrealisatie hebben dan een intelligente onaantrekkelijke man, die op zijn beurt ongetwijfeld meer kansen zal hebben dan een minderbegaafde onaantrekkelijke man. Dat is jammer, maar helaas. Kansen op zelfrealisatie worden onvermijdelijk beïnvloed door de speling van het lot. Dit hoeft niet te betekenen dat we hier onverschillig tegenover hoeven te staan, maar wel dat een volledige gelijkschakeling van kansen niet realistisch is. Vanuit sociaalliberaal perspectief is het evenmin noodzakelijk, zolang iedereen er maar voldoende heeft.

(1) Drie basisgoederen

Om een eerlijke kans op zelfrealisatie te hebben, heeft elk individu volgens Khaitan toegang nodig tot vier basisgoederen: (1) goederen die essentiële biologische behoeften vervullen, (2) negatieve vrijheid, (3) opportuniteiten en (4) zelfrespect. Tussen deze goederen bestaat een sterke correlatie: geen of onvoldoende toegang tot één van de vier, zal eveneens de toegang tot de drie anderen bedreigen.⁵¹⁰ Het eerste basisgoed is niet rechtstreeks relevant voor discriminatierecht, dus enkel de laatste drie worden hieronder verder toegelicht. Nadien bespreken we het verband tussen deze drie basisgoederen en discriminatierecht.

*(a) Negatieve vrijheid*⁵¹¹

Hoewel negatieve vrijheid niet voldoende is, is het steeds een noodzakelijke voorwaarde om een eerlijke kans op zelfrealisatie te hebben. We hebben negatieve vrijheid voordien omschreven als de afwezigheid van innerlijk ervaren dwang. Hierbij hebben we aangehaald dat negatieve vrijheid ook onrechtstreeks kan worden beperkt, met name door de aanwezigheid van machtsverschillen en dominantie van bepaalde groepen in de samenleving. Zo wordt een vrouw niet enkel in haar negatieve vrijheid beperkt indien een overheid of beroepsorganisatie vrouwen verhindert om advocaat te worden, maar evenzeer wanneer ze door een mannelijke dominantie in de advocatuur haar ambities om rechten te studeren laat varen.

⁵¹⁰ T. KHAITAN, *A theory of discrimination law, o.c.*, 112-113.

⁵¹¹ T. KHAITAN, *A theory of discrimination law, o.c.*, 98-102.

Terwijl individuen louter ‘voldoende’ toegang moeten hebben tot de andere basisgoederen, moet negatieve vrijheid volgens Khaitan steeds *maximaal* verzekerd worden aan iedereen. Er is geen minimumdrempel: iedereen moet er zoveel mogelijk van bezitten. Een overheid heeft dan niet enkel de negatieve plicht om zich te onthouden van ongerechtvaardigde interventies, maar ook de positieve plicht om te verzekeren dat mensen zo weinig mogelijk in hun negatieve vrijheid worden beperkt door anderen.

Negatieve vrijheid moet bovendien *verzekerd* worden: het loutere feit dat iemand geen innerlijke dwang ervaart, is onvoldoende wanneer deze negatieve vrijheid precair en onstabiel is. Zo bedreigt de loutere aanwezigheid van dominante groepen in de samenleving steeds leden van onderdrukte groepen in hun negatieve vrijheid. Zelfs succesvolle leden van kwetsbare groepen zijn op deze manier niet volledig vrij. Een eerlijke kans op zelfrealisatie houdt in dat mensen eveneens vrij moeten zijn van de gerechtvaardigde angst om elk moment hun negatieve vrijheid te verliezen.

(b) Opportuniteiten ⁵¹²

Het tweede basisgoed dat mensen volgens Khaitan steeds nodig hebben om een eerlijke kans op zelfrealisatie te hebben, is de verzekerde toegang tot een adequate hoeveelheid aan opportuniteiten in elk levensdomein. We nemen elk element van dit basisgoed kort onder de loep.

Opportuniteiten stellen mensen in staat om de capaciteiten en talenten die ze hebben ook effectief uit te oefenen en te ontwikkelen. Tegelijk geeft het hen ook de mogelijkheid deze capaciteiten of talenten niet uit te oefenen of te ontwikkelen. Opportuniteiten geven ons met andere woorden keuzevrijheid. Ze zijn de middelen die het ons mogelijk maken onze persoonlijke ambities te realiseren en onszelf als persoon te ontplooiën. Terwijl negatieve vrijheid de poort naar zelfrealisatie openzet, stellen opportuniteiten ons in staat om er ook effectief door te wandelen.⁵¹³ Onderwijs en werk zijn vanzelfsprekende voorbeelden van opportuniteiten, maar ook kunst en filosofie kunnen waardevolle opportuniteiten zijn. Het spreekt voor zich dat de waarde die aan bepaalde opportuniteiten toegekend wordt, sterk afhankelijk is van de culturele context. Mensen die zeven dagen per week werken, daarnaast de tijd vinden om een grote vriendenkring te onderhouden en elke dag naar de fitness te gaan worden in onze huidige samenleving op een voetstuk geplaatst. Hard werken en vooral niet stilzitten: *the sky is the limit*. In het oude Griekenland daarentegen was vooral niet-werken het hoogste ideaal.⁵¹⁴ Succesvol zijn betekende filosoferen, wetenschap bedrijven, artistiek bezig zijn en cultuur opsnuiven. Aristoteles voldeed helemaal aan dit ideaal: geen dag van zijn leven heeft hij gewerkt. In ons sociaalliberaal perspectief

⁵¹² T. KHAITAN, *A theory of discrimination law, o.c.*, 102-108.

⁵¹³ Geïnspireerd op het originele citaat van Amerikaans oud-president Lyndon Johnson, die het als volgt verwoordde: “It is not enough to open the gates of opportunity. All our citizens must have the ability to walk through those gates.” - S. FREDMAN, *Discrimination law*, Oxford, Oxford University Press, 2011, 18-19.

⁵¹⁴ Een scepticus zou kunnen opmerken dat dit in het huidige Griekenland nog steeds het geval is.

achten we de ene opportuniteit niet waardevoller dan de andere. Zowel werk als filosofie kunnen toegang geven tot waardevolle aspiraties. Toegang tot voldoende opportuiniten veronderstelt dus niet dat bepaalde doelstellingen of levenskeuzes waardevoller zijn dan anderen. Mensen kunnen zich gerust ontplooien door waarden na te streven die belangrijk zijn in een gegeven maatschappij, zolang ze maar voldoende opportuiniten hebben om ook *andere* paden te bewandelen als ze dit wensen.

Mensen kunnen persoonlijke doelstellingen hebben in tal van levensdomeinen: professioneel, relationeel, maatschappelijk, religieus, recreatief enzovoort. Niet enkel werk, maar ook de toegang tot verenigingen, vrijetijdsbesteding en bepaalde goederen of diensten zijn daarom noodzakelijke middelen om zelfrichting te kunnen geven aan je leven. Om een eerlijke kans op zelfrealisatie te hebben, is het daarom eveneens belangrijk dat individuen *in elk levensdomein* over voldoende opties beschikken. Als je toegang hebt tot onderwijs kan je jezelf intellectueel en economisch ontplooien, maar van echte zelfrealisatie is geen sprake als je mogelijkheden in andere levensdomeinen uiterst beperkt zijn. Een gehandicapt persoon die ook eens op reis wil gaan, maar dit nooit kan doen omdat het nu eenmaal niet economisch interessant is voor reisbureaus om de nodige aanpassingen te maken, heeft maar een beperkte vrijheid. Critici zouden kunnen opwerpen dat mensen gelukkiger waren in een feodale samenleving, waarin hun leven reeds voor hen uitgestippeld was en het aantal opportuiniten zeer beperkt. Keuzestress lijkt inderdaad onvermijdelijk in een vrije samenleving waarin we over tal van mogelijkheden beschikken, maar dit is een prijs die sociaalliberalen graag betalen voor vrijheid.

Het is bovendien niet noodzakelijk dat mensen over een onbeperkte, maar wel over een *adequate* hoeveelheid opportuiniten beschikken in elk levensdomein. Het is niet vereist dat ze voor elke mogelijke ambitie de nodige kansen krijgen. Evenmin is het noodzakelijk dat iedereen over 'gelijke' opportuiniten beschikt, zoals gezegd. Sommige mensen mogen gerust meer kansen dan anderen hebben, zolang iedereen maar genoeg heeft. Er is dus een minimumdrempel. Hoeveel opportuiniten precies nodig zijn om van een 'adequate' hoeveelheid te spreken, is geen absolute maar een relatieve kwestie. Hoewel internet voor inheemse stammen in het Amazonewoud een overbodig luxeproduct is, is het in onze samenleving voor veel mensen een belangrijk middel dat toegang geeft tot allerlei zaken waar we belang aan hechten. Zo geeft internet toegang tot informatie, die op zijn beurt de poort opent naar andere waardevolle opportuiniten zoals studies of werk. Zonder internet zou deze thesis er vermoedelijk heel anders uitgezien hebben, net zoals het cijfer dat ervoor gegeven wordt. Je mag gerust stellen dat studenten die geen toegang tot internet hebben, in onze huidige samenleving over onvoldoende opportuiniten beschikken om een masterdiploma in de rechten te behalen. Hoeveel opportuiniten 'voldoende' zijn, moet dan ook steeds beoordeeld worden volgens *wat mogelijk is* in de gegeven context en de *behoefte* hieraan. De personen of groepen die het meeste toegang hebben tot een bepaalde opportuniteit, doen dienst als graadmeter. Zij vertellen ons wat effectief mogelijk is. Hoe ver

de plicht van overheden of particulieren reikt om andere mensen evenveel toegang tot deze opportuniteiten te geven, hangt dan steeds af van de concrete behoefte en de beschikbare middelen.

Tot slot is het nodig dat eveneens de toegang tot een adequate hoeveelheid opportuniteiten in elk levensdomein *verzekerd* is. Men moet vrij zijn van de continue angst om waardevolle opportuniteiten te verliezen.

(c) Zelfrespect ⁵¹⁵

Het laatste basisgoed dat we allemaal nodig hebben om een eerlijke kans op zelfrealisatie te hebben is *zelfrespect*. Tussen zelfrespect en zelfrealisatie bestaat een symbiotische relatie: hoe succesvoller we zijn in het realiseren van onze aspiraties, hoe meer respect we aan onszelf geven en andersom.

Net zoals het geval was voor opportuniteiten, heeft iedereen behoefte aan *voldoende* zelfrespect om een eerlijke kans op zelfrealisatie te hebben. We moeten niet overgevoelig worden telkens wanneer iemand zich respectloos behandeld voelt. Een maximale vorm van zelfrespect resulteert al vlug in ijdelheid, wat ons gevoelloos maakt voor kritiek. Te weinig zelfrespect maakt iemand dan weer overgevoelig voor elke tegenslag in het leven, wat zijn of haar kans op zelfrealisatie negatief beïnvloedt. Zelfrespect is een relatief concept: om voldoende zelfrespect te *hebben*, is het belangrijk om voldoende respect te *krijgen* van anderen. Uiteraard kan je geen respect geven aan iemand die het niet wil krijgen, net zoals je het niet kan afnemen van iemand die het wil houden. Zelfrespect is een interne kwaliteit, maar het is veilig om te stellen dat mensen wellicht vaker voldoende zelfrespect zullen hebben indien ze ook voldoende respect krijgen van anderen. Twee aspecten zijn hierbij van belang. Eerst en vooral, is de mate waarin ons zelfrespect afneemt afhankelijk van de intensiteit en persistentie van de minachting die we ervaren. Een geïsoleerd incident zal ons zelfrespect minder beïnvloeden dan een reeks van opeenvolgende incidenten. Ten tweede, zijn we gevoeliger voor het gebrek aan respect dat we ontvangen wanneer dit gerelateerd is aan een aspect van onze persoonlijkheid waarmee we onszelf identificeren. Een moslim zal zich vaker in zijn zelfrespect aangetast voelen wanneer hij wordt gediscrimineerd op grond van zijn geloof, dan wanneer hij wordt gediscrimineerd op grond van zijn haarkleur.

Tot slot moet ook zelfrespect steeds *verzekerd* worden, om dezelfde reden als voor opportuniteiten en negatieve vrijheid het geval was. Ook fortuinlijke leden van benadeelde groepen mogen niet onder de voortdurende bedreiging leven dat ze hun zelfrespect elk moment kunnen verliezen.

⁵¹⁵ T. KHAITAN, *A theory of discrimination law, o.c.*, 108-112.

(2) Verband tussen de drie basisgoederen en discriminatierecht

De drie beschreven basisgoederen geven een positieve en perfectionistische invulling aan vrijheid. Mensen zijn vrij wanneer ze een eerlijke kans op zelfrealisatie hebben. Zelfrealisatie vereist dat mensen over maximale negatieve vrijheid beschikken, toegang hebben tot voldoende opportuniteiten in elk levensdomein en voldoende zelfrespect bezitten. Weinig moderne liberalen zullen een probleem hebben met dit vrijheidsbegrip. Negatieve vrijheid wordt omarmd, terwijl de andere goederen niet ‘gelijk’ maar slechts ‘voldoende’ moeten zijn. Wat kan nu het verband zijn tussen discriminatierecht en de drie basisgoederen?

(a) Het doel van discriminatierecht: de eliminatie van relatieve groepsverschillen

Volgens Khaitan bestaat het doel van discriminatierecht uit *‘het verminderen en finaal elimineren van significante relatieve groepsverschillen.’*⁵¹⁶ Met ‘relatieve groepsverschillen’ doelt Khaitan op welzijns- en welvaartverschillen tussen ‘bevoordeelde’ en ‘benadeelde’ groepen in de samenleving, zoals tussen mannen en vrouwen, autochtonen en allochtonen of niet-gehandicapten en gehandicapten. Relatieve groepsverschillen zijn ‘significant’ wanneer de benadeling van een bepaalde groep ‘persistent’ (gedurende een zekere tijd), ‘doortastend’ (op verschillende levensdomeinen van toepassing) en ‘substantieel’ (in staat om een groot nadeel te berokkenen aan individuele leden) is.⁵¹⁷ De drempel om van significante relatieve groepsverschillen te spreken ligt dus hoog: niet elk futiel verschil tussen groepen in de samenleving komt in aanmerking. Deze benadeling hoeft niet uitsluitend materieel te zijn, maar kan ook politiek of sociocultureel van aard zijn.⁵¹⁸ Volgens Khaitan is de eliminatie van significante relatieve groepsverschillen een morele liberale doelstelling, aangezien deze groepsverschillen individuele leden van kwetsbare groepen *bedreigen in hun toegang tot de basisgoederen.*⁵¹⁹ Hierdoor hebben leden van benadeelde groepen geen eerlijke kans op zelfrealisatie en worden ze voortdurend in hun vrijheid bedreigd.

Het doel van discriminatierecht verschilt in dit opzicht van klassieke welzijnsmaatregelen: het beoogt niet de algemene welvaart van benadeelde groepen te verhogen, maar wel het welvaartverschil van benadeelde groepen *in vergelijking met* bevoordeelde groepen te reduceren. Het doel is niet om het algemene welvaartsniveau van vrouwen en gehandicapten te verhogen, maar wel om het

⁵¹⁶ T. KHAITAN, *A theory of discrimination law, o.c.*, 121.

⁵¹⁷ T. KHAITAN, *A theory of discrimination law, o.c.*, 35-36.

⁵¹⁸ T. KHAITAN, *A theory of discrimination law, o.c.*, 122.

⁵¹⁹ Onrechtstreeks wordt vanzelfsprekend ook de toegang tot het eerste basisgoed (‘de vervulling van essentiële biologische behoeften’) hierdoor bedreigd.

welvaartsverschil van vrouwen ten opzichte van mannen en van gehandicapten ten opzichte van niet-gehandicapten te verminderen. Discriminatierecht, vanuit deze benadering, streeft dus geen gelijkheid tussen individuen, maar wel *gelijkheid tussen groepen* na.⁵²⁰ De groep waartoe iemand behoort mag mensen niet op significante wijze belemmeren in hun vrijheid. In Rawliaanse termen gaat het immers om ‘moreel arbitraire kenmerken’ waar mensen niet voor kiezen. Volgens Khaitan leidt meer gelijkheid tussen groepen vermoedelijk tot meer gelijkheid tussen individuen (wat weliswaar speculatief en onzeker is), maar dit zou hoogstens een neveneffect en geen hoofddoelstelling van discriminatierecht zijn.⁵²¹ Niet gelijkheid, maar wel vrijheid is in deze benadering de onderliggende grondslag van discriminatierecht.

(b) Verband tussen relatieve groepsverschillen en discriminatierecht

Volgens Khaitan bedreigen relatieve groepsverschillen leden van benadeelde groepen in hun toegang tot de basisgoederen, wat de bestrijding ervan een legitieme sociaalliberale doelstelling maakt. Om dit doel te rechtvaardigen, moeten we daarom begrijpen wat het precieze verband is tussen relatieve groepsverschillen en de basisgoederen ‘negatieve vrijheid’, ‘opportunities’ en ‘zelfrespect’. Indien een discriminatieverbod effectief de toegang tot deze basisgoederen tracht te verzekeren aan leden van benadeelde groepen, kunnen drie deelfuncties van discriminatierecht van elkaar onderscheiden worden: een transformatieve functie, een distributieve functie en een expressieve functie.⁵²²

De *transformatieve* functie van discriminatierecht bestaat erin om de negatieve vrijheid van leden van kwetsbare groepen te vrijwaren.⁵²³ Hoe groter de kloof tussen groepen, hoe groter immers het risico dat leden van bevoordeelde groepen dominantie verwerven ten aanzien van leden van benadeelde groepen. Dit resulteert in de ervaring van dwang en onderdrukking, waardoor leden van benadeelde groepen beperkt worden in hun negatieve vrijheid. Mensen hebben een grotere kans om gedomineerd te worden indien ze behoren tot een groep die op sociocultureel vlak benadeeld is (door vooroordelen, rolpatronen of stereotypen), terwijl benadeling op materieel en politiek vlak mensen verhindert zichzelf te verdedigen tegen ongerechtvaardigde dwang of dominantie. Laten we even teruggrijpen naar het voorbeeld van problematische rolpatronen. Stel dat er bij een groot aantal mensen een rolpatroon overheerst waarin vrouwen verzorgende en opvoedende taken horen te doen. Hoewel we reeds geargumenteed hebben dat dit geen intrinsiek immorele discriminatie is, kan dit wel mensen op significante wijze in hun autonomie beperken. Denk aan een vrouw die wordt geweigerd voor een job als bouwvakker op grond van een dergelijk rolpatroon. De kans is groot dat ze zich in de toekomst zal

⁵²⁰ Vanzelfsprekend gaat het hierbij niet om gelijkheid tussen de groep ‘armen’ en de groep ‘rijken’, want dit zou het onderscheid tussen ‘groepengelijkheid’ en ‘individuele gelijkheid’ compleet uithollen.

⁵²¹ T. KHAITAN, *A theory of discrimination law, o.c.*, 132.

⁵²² Dit onderscheid is ontleend aan Sandra Fredman – S. FREDMAN, *Discrimination law, o.c.*, 25.

⁵²³ T. KHAITAN, *A theory of discrimination law, o.c.*, 123-124.

conformereren aan het dominante rollenpatroon en zich ervan zal weerhouden om bouwvakker te worden. Maar zelfs als ze dit niet zou doen en beslist om te 'rebelleren', is de kans zeer klein dat ze dit ooit wordt. Er is weinig verschil tussen wel of niet solliciteren: in beide gevallen ervaart ze innerlijke dwang en wordt ze op significante wijze in haar mogelijkheid tot zelfrealisatie beperkt. Het tegengaan en elimineren van onderdrukking van groepen kan om deze reden als een legitieme, sociaalliberale doelstelling van discriminatierecht worden beschouwd.

Relatieve groepsverschillen kunnen leden van benadeelde groepen eveneens bedreigen in hun toegang tot een adequate hoeveelheid opportuniteiten. Discriminatierecht heeft vanuit deze benadering een *distributieve functie*.⁵²⁴ Dit is vooral duidelijk wanneer een bevoordeelde groep binnen de samenleving toegang heeft tot 'sleutelopportuniteiten', zoals onderwijs en werk, die de poort naar andere opportuniteiten (hobby's, cultuur, verenigingsleven, etc.) openen. Zelfs een lid van een benadeelde groep die wel toegang heeft tot voldoende opportuniteiten, zal dan nooit de garantie hebben dat deze toegang ook 'beveiligd' is indien er aanzienlijke relatieve groepsverschillen blijven bestaan. Leden van dominante groepen hebben immers een belang in het behouden van het 'status quo', dat hen toegang geeft tot meer macht en opportuniteiten. Khaitan omschrijft structurele machtsverschillen tussen dominante en zwakkere groepen als een vicieuze cirkel die zichzelf voedt en intenser wordt indien hij niet doorbroken wordt.⁵²⁵

Tot slot is er de *expressieve* functie van discriminatierecht, die het verband legt tussen relatieve groepsverschillen en voldoende zelfrespect.⁵²⁶ Wanneer mensen geen zelfrichting aan hun leven kunnen geven, doordat ze in hun negatieve vrijheid worden beperkt en geen toegang hebben tot opportuniteiten die ze waardevol achten, creëert dit al vlug het gevoel dat ze tweederangsburgers zijn. Zelfrespect wordt in dit opzicht bedreigd door ofwel de onverschilligheid van de dominante groep ten aanzien van de situatie van de benadeelde groep, ofwel door de aanwezigheid van vijandigheid, vooroordelen en stereotypen ten aanzien van leden hiervan. Discriminatierecht erkent op deze manier het recht op zelfrespect dat iedereen verdient. Zelfrespect mag weliswaar niet verward worden met menselijke waardigheid: we weten ondertussen dat menselijke waardigheid eng moet worden geïnterpreteerd. Neem opnieuw het voorbeeld van de uitbater van een nachtclub die Marokkaanse jongeren consistent weigert, gebaseerd op het rationeel-accurate stereotype dat deze jongeren vaker problemen in het nachtleven veroorzaken. Hoewel dit in onze benadering geen deontologische plicht schendt, is het veilig om te stellen dat dit vermoedelijk een negatieve invloed zal hebben op het zelfrespect van Marokkaanse jongeren die geen problemen veroorzaken. Dit is vooral zo, omdat deze stereotypen sterk correleren met de relatieve groepsverschillen tussen 'allochtone jongeren' en 'autochtone jongeren'. Allochtone

⁵²⁴ T. KHAITAN, *A theory of discrimination law, o.c.*, 124-126.

⁵²⁵ T. KHAITAN, *A theory of discrimination law, o.c.*, 126.

⁵²⁶ T. KHAITAN, *A theory of discrimination law, o.c.*, 126-128.

jongeren kunnen dit als een bevestiging zien van de overtuiging dat ze slechts tweederangsburgers zijn, wat hun kansen op zelfrealisatie beperkt (*'self-fulfilling prophecy'*).

Door discriminatie vanuit een vrijheidsperspectief te benaderen, geeft Khaitan eveneens een aannemelijke verklaring voor het feit dat het toepassingsgebied van positieve discriminatierecht beperkt is tot de publieke sfeer en daarbovenop unidirectioneel is.⁵²⁷ Enerzijds, worden de huidige plichtsdragers door hun publieke karakter slechts op een beperkte wijze in hun negatieve vrijheid aangetast. De impact van een discriminatieverbod op het vrijheidsgevoel van ondernemingen en publieke verenigingen is minder verregaand dan een negatieve vrijheidsbeperking van werknemers, consumenten en leden. Anderzijds, zijn het net deze plichtsdragers die in belangrijke mate *'gatekeepers'* zijn en de poort openen naar opportuniteiten en zelfrespect in tal van levensdomeinen. Dit verklaart eveneens waarom ook particulieren die helemaal niet de oorzaak zijn van relatieve groepsverschillen, zich toch aan de non-discriminatieplicht moeten houden. Ook een vrouwelijke werkgever kan een werknemster discrimineren op grond van haar geslacht. De *'last'* van een discriminatieverbod is verbonden met de *status* van bepaalde particulieren, niet met het lidmaatschap van bevoordeelde groepen.⁵²⁸

Waarom hebben we enkel oog voor de vrijheid van leden van benadeelde groepen? Men zou kunnen opwerpen dat ook leden van niet-benadeelde groepen in hun autonomie worden beperkt, wanneer zij op discriminerende wijze worden benadeeld op grond van een bepaald kenmerk. Wanneer een rusthuis de voorkeur geeft aan vrouwelijke verpleegsters, zal dit de mogelijkheid tot zelfrealisatie van een mannelijke verpleger inderdaad ongetwijfeld beperken. Toch is dit niet voldoende om discriminatierecht vanuit een vrijheidsperspectief te rechtvaardigen: de mannelijke verpleger zijn kans op zelfrealisatie wordt niet op *'significante'* wijze beperkt, in de hypothese dat er geen structurele benadeling van mannen zou zijn in de zorgsector. Als een individueel geval van discriminatie geen structureel machtsverschil in de samenleving weerspiegelt, is er geen sprake van onderdrukking en wordt iemand niet in zijn negatieve vrijheid beperkt. Ook de toegang tot voldoende opportuniteiten en zelfrespect wordt niet op *'significante'* wijze aangetast. We hebben reeds opgemerkt dat de drempel om *'significant'* te zijn hoog moet liggen; zo niet, wordt elke gemiste opportuniteit als een ongerechtvaardigde vrijheidsbeperking gezien. Andersom, is het evenmin zo dat elk lid van een benadeelde groep op een *'significante'* wijze in zijn of haar autonomie moét worden beperkt als gevolg van een nadelige behandeling. Dit kan verklaard worden vanuit de bredere doelstelling van discriminatierecht, die gericht is op de eliminatie van relatieve groepsverschillen op structureel niveau. Aangezien we verdedigd hebben dat de toegang tot de drie basisgoederen steeds *'verzekerd'* moet worden, terwijl relatieve groepsverschillen ook de fortuinlijkere leden van benadeelde groepen steeds in hun vrijheid bedreigen, is het een logische consequentie dat ook deze leden tegen discriminatie beschermd worden. Het feit dat

⁵²⁷ T. KHAITAN, *A theory of discrimination law, o.c.*, 200.

⁵²⁸ T. KHAITAN, *A Theory of Discrimination Law, o.c.*, 198.

een individu in een concrete situatie in zijn mogelijkheid tot zelfrealisatie wordt beperkt, is dus niet enkel ‘onvoldoende’ om een verbod op discriminatie te rechtvaardigen; het is evenmin ‘noodzakelijk’. Enkel op structureel niveau moet de benadeling significant zijn. Op individueel niveau ligt de drempel veel lager, zoals we verder zullen zien (zie *infra*, deel E: ‘De gerechtelijke fase’).

(3) *Discriminatierecht versus klassieke welzijnsmaatregelen*

Discriminatierecht kan vanuit een vrijheidsperspectief dus worden gerechtvaardigd indien zij ertoe strekt significante relatieve groepsverschillen te elimineren, wat een legitieme sociaalliberale doelstelling is. In dit opzicht is discriminatierecht een instrument dat perfect in overeenstemming is met Rawls’ verschilbeginsel, wat het een toepassing van distributieve rechtvaardigheid maakt. Wat zijn doelstelling betreft, verschilt discriminatierecht op deze manier niet wezenlijk van andere klassieke welzijnsmaatregelen die ten goede komen aan leden van de minst begunstigde groepen in de samenleving, zoals bijvoorbeeld toelagen aan personen met een handicap.

Toch onderscheidt discriminatierecht zich sterk van klassieke welzijnsmaatregelen, doordat zij niet álle individuen die tot een benadeelde groep behoren beschermt. Eerst en vooral, weten we dat discriminatierecht hoofdzakelijk *reflectieve rechten* creëert, wat betekent dat mensen slechts een subjectief recht bekomen nádat ze op een bepaalde nadelige manier werden behandeld.⁵²⁹ Zo kent discriminatierecht niet aan álle personen met een handicap een concreet voordeel toe, maar bevoordeelt het enkel personen met een handicap die in een specifieke situatie een bepaald voordeel werden ontzegd. Dit recht wordt met andere woorden ‘gegenereerd’ na een welbepaalde gedraging van iemand anders, terwijl klassieke welzijnsmaatregelen onafhankelijk zijn van gedragingen van derden.⁵³⁰ Een uitzondering hierop in het discriminatierecht zijn dwingende maatregelen van positieve actie, zoals opgelegde genderquota. Daarnaast zijn klassieke welzijnsmaatregelen in beginsel universeel van aard, wat inhoudt dat ze aan álle leden van een benadeelde groep ten goede komen. Discriminatierecht, daarentegen, is *excentriek* van aard: het bevoordeelt enkel welbepaalde leden van kwetsbare groepen die in een concrete situatie benadeeld werden en bovendien nog eens de nodige (buiten)gerechtelijke stappen ondernemen om hun subjectieve recht af te dwingen.⁵³¹ Niet elk lid van de benadeelde groep kan dus rechtstreeks voordeel halen uit het discriminatierecht. Het is zelfs niet ondenkbaar dat hoofdzakelijk de fortuinlijkere leden van kwetsbare groepen een rechtstreeks voordeel kunnen halen uit

⁵²⁹ T. KHAITAN, *A theory of discrimination law*, o.c., 143-144.

⁵³⁰ *Ibid.*

⁵³¹ T. KHAITAN, *A theory of discrimination law*, o.c., 38-39.

het discriminatierecht, terwijl de zwakste leden eerder zelden de toegang tot de rechter of een semi-rechterlijke instantie zullen vinden.

Discriminatierecht vertoont dus aanzienlijke verschillen met klassieke universele welzijnsmaatregelen, waardoor de volgende vraag zich opdringt: indien discriminatierecht er, net zoals andere welzijnsmaatregelen, toe strekt om leden van benadeelde groepen te bevoordelen, kan discriminatierecht dan wel reflectief en excentriek van aard zijn, zoals vandaag hoofdzakelijk het geval is? Dwingende maatregelen van positieve actie lijken op het eerste zicht inderdaad veel logischere en efficiëntere instrumenten om dit doel te bereiken. Discriminatierecht zou in dit geval dichter aanleunen bij klassieke welzijnsmaatregelen, aangezien het bestaan van een subjectief recht niet afhankelijk wordt gesteld van een voorafgaande nadelige behandeling door een derde. Hoewel er *an sich* geen principiële bezwaren zijn om relatieve groepsverschillen te reduceren door middel van dwingende maatregelen van positieve actie, zijn er toch tal van redenen om voorzichtig om te springen hiermee. Zo valt te denken aan het impliciet bevestigen van stereotypen en rolpatronen, een toenemende polarisering tussen leden van bevoordeelde en benadeelde groepen en een disproportionele vrijheidsbeperking van plichtsdragers.⁵³² Om deze reden, verdient reflectief en excentriek discriminatierecht ook vanuit ons sociaalliberaal perspectief in de meeste domeinen de voorkeur.

Hieruit volgt echter dat men kan opwerpen dat de rechten en plichten die uit een dergelijk discriminatieverbod voortvloeien in de praktijk eerder 'gelijkheid tussen individuen' dan 'gelijkheid tussen groepen' beogen. Toch is reflectief en excentriek discriminatierecht niet onverzoenbaar met de eliminatie van relatieve groepsverschillen. Mochten er geen significante relatieve groepsverschillen bestaan, zou discriminatierecht vanuit ons geschetst vrijheidsperspectief immers geen enkele bestaansreden hebben. In onze benadering, zijn welbepaalde daden van discriminatie ten aanzien van leden van benadeelde groepen op twee niveaus problematisch. Enerzijds zijn ze problematisch op het individuele niveau, omdat iemand benadeeld werd omwille van zijn of haar lidmaatschap van een kwetsbare groep. Anderzijds zijn welbepaalde daden van discriminatie problematisch op het structurele niveau, omdat ze significante relatieve groepsverschillen in stand houden of versterken. Het is enkel deze *combinatie* van vrijheidsbeperkingen op individueel én structureel niveau die bepaalde vormen van discriminatie bijzonder problematisch maken en het bestaan van discriminatierecht vanuit ons sociaalliberaal perspectief rechtvaardigt.⁵³³ Los van elkaar, rechtvaardigt geen van beide een horizontaal discriminatieverbod. Discriminatierecht krijgt op deze manier een dubbele doelstelling: enerzijds tracht het te voorkomen dat individuen benadeeld worden omwille van hun lidmaatschap van een kwetsbare groep, anderzijds beschermt het een volledige groep tegen significante achterstelling. Het is dan het cumulatieve effect van alle vorderingen, gecombineerd met het afschrikwekkende effect en de

⁵³² Zie uitgebreid: T. KHAITAN, *A theory of discrimination law*, o.c., 222-239.

⁵³³ T. KHAITAN, *A theory of discrimination law*, o.c., 168.

internalisering van de norm, dat moet bijdragen tot de bredere doelstelling om significante relatieve groepsverschillen te elimineren.⁵³⁴

(4) *Bedenkingen*

Khaitan geeft een bijzonder waardevolle verdediging van discriminatierecht vanuit een positief vrijheidsideaal, als alternatief voor een rechtvaardiging vanuit het gelijkheidsbeginsel. De auteur gaat echter nog verder: hij toont niet louter aan dat vrijheid een valabele grondslag van discriminatierecht kan zijn; hij argumenteert bovendien dat zijn theorie weergeeft hoe het discriminatierecht *is*. Deze laatste claim is zeer discutabel en vormt meteen het grootste punt van kritiek op zijn theorie. Misschien gaat ze wel op voor de vijf rechtstelsels in zijn analyse, maar dit lijkt alvast niet het geval te zijn voor het Belgische en Nederlandse discriminatierecht. Vele discriminatiegronden in de huidige wetgeving vallen moeilijk te begrijpen als kenmerken die significante relatieve groepsverschillen in de maatschappij weerspiegelen, toch niet als we ‘significant’ begrijpen zoals Khaitan dit doet (‘doortastend’, ‘ingrijpend’ en ‘persistent’). Denk maar aan de discriminatiegronden leeftijd, taal of syndicale overtuiging. Ook is er in Khaitan’s benadering geen fundamenteel verschil tussen directe en indirecte discriminatie, aangezien hij een slachtoffergerichte (consequentialistische) visie op discriminatie hanteert die uitsluitend oog heeft voor de gevolgen van een discriminatoire handeling op leden van kwetsbare groepen.⁵³⁵ Dit valt moeilijk te begrijpen, gelet op het grote verschil in rechtsgevolgen die gekoppeld is aan beide rechtsfiguren in het huidige discriminatierecht. Bovendien is Khaitan’s benadering van discriminatierecht volstrekt asymmetrisch: volgens hem is het slechts een ‘neveneffect’, maar geen wezenlijk aspect van discriminatierecht dat bijvoorbeeld ook mannen er een beroep op kunnen doen. Dit staat haaks op de vaststelling dat de meeste discriminatiegronden symmetrisch geformuleerd zijn. Hierdoor verplicht hij zichzelf om op zeer omslachtige wijze te verklaren waarom ook leden van bevoordeelde groepen in de onderzochte rechtstelsels nu en dan kunnen ‘meeprofiteren’ van een discriminatieverbod (‘piggybacking’).⁵³⁶

⁵³⁴ T. KHAITAN, *A theory of discrimination law*, o.c., 192.

⁵³⁵ T. KHAITAN, *A theory of discrimination law*, o.c., 159-160.

⁵³⁶ Wanneer een kenmerk voor veel mensen ‘identiteitsbepalend’ is, verklaart dit volgens Khaitan waarom ook leden van bepaalde bevoordeelde groepen beschermd worden (*‘the expressive clause’*). Een asymmetrisch discriminatieverbod zou in dat geval immers te polariserend werken, wat de situatie van leden van benadeelde groepen evenmin ten goede komt. Dit kan enigszins verklaren waarom mannen beschermd worden tegen geslachtsdiscriminatie. Om te verklaren waarom ook atheïsten of heteroseksuelen beschermd worden (kenmerken die bezwaarlijk ‘identiteitsbepalend’ te noemen zijn), moet de auteur zich echter in allerlei bochten wringen. (Zie: T. KHAITAN, *A theory of discrimination law*, o.c., 171-180.) Voor een terechte kritiek op dit punt, zie: H. COLLINS (19 oktober 2015), ‘Review of A Theory of Discrimination Law by Tarunabh Khaitan’ [WWW]. *University of Oxford. Faculty of Law*: <https://www.law.ox.ac.uk/content/labour-law-0/blog/2015/10/review-theory-discrimination-law-tarunabh-khaitan-0> [geraadpleegd op: 6 februari 2017]

Khaitan lijkt daarnaast ook nauwelijks stil te staan bij de vraag of discriminatierecht wel een *geschikt instrument* is om relatieve groepsverschillen te elimineren in de eerste plaats. Zelf geeft hij toe dat een discriminatieverbod weinig tot geen verschil zal uitmaken, maar toch ziet hij dit niet als een groot probleem.⁵³⁷ Zoals reeds aangehaald, moet een consequentialistische zienswijze op discriminatierecht echter steeds op een diagnostische manier worden benaderd. Terwijl het juridisch verbieden van intrinsiek immoreel gedrag minder rechtvaardiging behoeft, zijn er steeds goede redenen nodig om handelingen die louter extrinsiek immoreel zijn te verbieden. Hoe mooi en legitiem de theorie ook klinkt, we moeten ons steeds de vraag stellen of het middel wel enigszins bijdraagt tot het genezen van de kwaal. Dit is zeker zo wanneer een discriminatieverbod niet alleen de ‘vrijheid om te discrimineren’ beperkt, maar eveneens marktverstoring werkt.

Los van de kritieken, blijven de inzichten van Khaitan bijzonder waardevol. Naast de eerder geschetste deontologische benadering, geeft de auteur een consequentialistische verdediging van discriminatierecht dat verenigbaar is met vrijheid, in overeenstemming met het verschilbeginsel van Rawls. Het stelt ons in staat om discriminatierecht gericht op extrinsiek immorele discriminatie te verdedigen, wanneer relatieve groepsverschillen mensen op significante wijze in hun vrijheid bedreigen en een discriminatieverbod enigszins kan bijdragen tot de eliminatie van deze groepsverschillen. In het volgende onderdeel bespreken we enkele libertaire bedenkingen die bepaalde filosofen en economen hierop zouden formuleren. Een gezonde libertaire reflex is steeds vereist wanneer we overheidsinterventies vanuit een vrijheidsideaal willen rechtvaardigen. Sociaalliberale compromiszoekers staan voor een moeilijkere opdracht dan onversneden links of rechts.

iii) Libertaire kritieken op discriminatierecht

In de literatuur kunnen twee soorten libertaire kritieken op een horizontaal discriminatieverbod van elkaar worden onderscheiden.⁵³⁸ Eerst en vooral, zijn er de deontologische libertaire strekkingen, die uitgaan van een ‘rechtenbenadering’. Contractvrijheid en eigendomsrecht over productiemiddelen worden dan als fundamentele rechten beschouwd die slechts in een beperkt aantal gevallen gelimiteerd kunnen worden. Daarnaast zijn er de consequentialistische libertaire strekkingen, die oog hebben voor de gevolgen van discriminatierecht. Uit het sociaalliberale perspectief dat we in deze thesis hanteren, volgt dat we geen aandacht zullen schenken aan de eerste strekking. Als je inderdaad accepteert dat contractvrijheid en eigendomsrecht over productiemiddelen tot de orde van fundamentele rechten

⁵³⁷ T. KHAITAN, *A theory of discrimination law, o.c.*, 217.

⁵³⁸ Zoals aangehaald door A. KOPPELMAN, ‘Should noncommercial associations have an absolute right to discriminate?’, *Law and Contemporary Problems*, 2004, vol. 67, (27), 33-34.

behoren, is er slechts weinig ruimte om discriminatierecht te verdedigen.⁵³⁹ Rawls beschouwde deze rechten niet als fundamentele vrijheidsrechten, dus doen wij dit evenmin.⁵⁴⁰ De tweede strekking, die oog heeft voor de gevolgen van een horizontaal discriminatieverbod, dient daarentegen wel in de analyse te worden betrokken. Je kan het immers eens zijn met de nobele doelstellingen van discriminatierecht, maar je tegelijk afvragen of het wel überhaupt iets doet aan de problemen, of deze net niet erger maakt. Daarnaast kan je een algemeen non-discriminatiebeginsel best een goed principe vinden, maar het huidige discriminatierecht als een amalgaam van inefficiënte regels beschouwen die zélf discriminerend zijn. Een consequentialistische benadering verplicht ons om niet enkel rekening te houden met de gevolgen van discriminatie, maar ook met deze van discriminatierecht. In de consequentialistische libertaire strekking die oog heeft voor de gevolgen van discriminatierecht, kunnen dan ook drie benaderingen worden onderscheiden die hieronder zullen worden besproken. Eerst en vooral is er de benadering die uitgaat van een optimistisch geloof in de werking van een vrije markt (Epstein). Daarnaast (en nauw verwant met de eerste) is er de benadering die sceptisch staat tegenover het nut van discriminatierecht (Wertheimer). Tot slot, is er de groep van libertairen die gekenmerkt wordt door een wantrouwen in de overheid en, in het bijzonder, de werking van democratische meerderheidsstelsels (Hayek, Buchanan).

(1) Libertaire kritiek 1: de heilzame werking van een vrije markt (Epstein)

*"It's the economy, stupid."*⁵⁴¹

De Amerikaanse rechtsgeleerde Richard Epstein is wellicht één van de meest bekende libertaire tegenstanders van discriminatierecht in de privésector. In zijn boek *'Forbidden Grounds'* verdedigt hij de stelling dat een rechtsorde die elke vorm van private discriminatie tolereert de beste set aan sociale uitkomsten genereert.⁵⁴² Ook al zou discriminatierecht de nobelste doelstellingen hebben, het juridisch verbieden van discriminatie en de handhaving hiervan lost volgens Epstein de problemen niet op; het creëert vooral nieuwe problemen waar maar weinig mensen beter van worden. Dit hoeft niet te betekenen dat we naïef moeten geloven dat een vrije markt elke vorm van individuele discriminatie zal uitroeien. De markt is niet moreel of immoreel; ze is vooral efficiënt. Toch is een competitieve vrije

⁵³⁹ Robert Nozick zou tot deze strekking behoren (R. NOZICK, *Anarchy, State and Utopia*, Oxford, Blackwell Publishers, 1974, 367p). Enkel de deontologische benadering van discriminatie zou in dit geval behouden kunnen worden – en dan nog enkel in zoverre het recht op een menswaardige behandeling erkend zou worden als een recht dat tot dezelfde orde als contractvrijheid behoort.

⁵⁴⁰ J. RAWLS, *A theory of justice. Revised edition*, o.c., 54.

⁵⁴¹ Slogan gebruikt gedurende de presidentscampagne van Bill Clinton in 1992.

⁵⁴² R. EPSTEIN, *Forbidden Grounds: the case against employment discrimination laws*, Boston, Harvard University Press, 1992, 530p. De bespreking die hier volgt is gebaseerd op een artikel waarin Epstein de kritieken op zijn boek weerlegt: R. EPSTEIN, 'Standing Firm, on Forbidden Grounds', *San Diego Law Review*, 1994, vol. 31, 1-55.

markt volgens Epstein veel beter geplaatst dan de overheid om inefficiënte praktijken uit te roeien, waaronder dus ook discriminatie. De beste strategie bestaat erin om markten zoveel mogelijk open te stellen voor nieuwe werkrachten en om zoveel mogelijk regels die de toegang tot de arbeidsmarkt belemmeren te elimineren (waaronder discriminatierecht, maar ook bijvoorbeeld minimumlonen en andere vormen van marktregulering). Overheden moeten zich zoveel mogelijk onthouden van interventie in de economie en het verenigingsleven: ‘publieke dwang’ kan volgens Epstein enkel nuttig zijn om processen tegen te gaan die de werking van een vrije markt ondermijnen, in hoofdzaak privaat geweld en fraude.⁵⁴³ Weigeren om te contracteren met iemand, daarentegen, kan nooit als geweld of fraude worden begrepen: niemand heeft de plicht om tegen zijn wil met iemand een overeenkomst te sluiten. Als er inefficiënte of irrationele vormen van discriminatie blijven bestaan, is er geen enkele reden om aan te nemen dat de markt hier niet zelf op gepaste wijze kan reageren. Vrijheid is een mes dat aan twee kanten snijdt: de vrijheid om niet te contracteren met iemand, impliceert ook de vrijheid van anderen om hiertegen te protesteren. Neem het voorbeeld van de bekende Amerikaanse kledingketen Abercrombie & Fitch, die controversie opwekte omdat ze uitsluitend ‘aantrekkelijk’ personeel tewerkstelde in haar winkels. ‘Uiterlijk’ is geen discriminatiegrond in de V.S., waardoor een verbod niet juridisch kon worden afgedwongen. Dit bleek echter niet noodzakelijk te zijn: de kledingketen besliste zelf om haar rekruteringsbeleid aan te passen aan de wensen van het publiek, na veelvuldig protest.⁵⁴⁴ De vraag die we ons moeten stellen is niet “is dit een probleem?” maar wel “is het gebruik van publieke dwang gerechtvaardigd?”. Niet alles dat we oneerlijk vinden, legitimeert het gebruik van publieke dwang. Het geloof in de onbeperkte maakbaarheid van de samenleving door middel van het recht is niet enkel naïef; het is ook gevaarlijk wanneer dit marktverstoring werkt.

Eén van de meest controversiële stellingen in Epstein’s werk, is de stelling dat de historische rassendiscriminatie en segregatie in de V.S. niét de uiting was van een competitieve vrije markt, maar net in stand gehouden werd door processen die de vrijemarktwerking ondermijnden.⁵⁴⁵ De structurele benadeling van zwarten in de Zuidelijke staten van de V.S. kon volgens Epstein enkel zo weelderig tieren en hardnekkig overleven door de sterke staatsregulering die de vrije toetreding van zwarten tot de arbeidsmarkt belemmerde enerzijds, en door het consistent gedogen van privaat geweld tegenover zwarten anderzijds. Blanke belangengroepen waren helemaal niet gebaat bij een ‘*laissez-faire*’ politiek, waarin ondernemingen uit Noordelijke staten zich in het Zuiden konden vestigen en hun goedkope zwarte werkrachten afsnoepen, of waarin zwarten zelf naar het Noorden konden trekken waar ze wél vrije(re) toegang tot de arbeidsmarkt hadden. Een systeem van licenties, onder druk van de vakbonden ingevoerd (‘eigen werknemers eerst!’), verhinderde bijvoorbeeld de toegang van zwarte werknemers tot

⁵⁴³ R. EPSTEIN, ‘Standing Firm, on Forbidden Grounds’, *o.c.*, 3.

⁵⁴⁴ S. KAPLAN (2 juni 2015), ‘The rise and fall of Abercrombie’s ‘look policy’ ’ [WWW]. The Washington Post: <https://www.washingtonpost.com/news/morning-mix/wp/2015/06/02/the-rise-and-fall-of-abercrombies-look-policy/> [geraadpleegd op: 7 februari 2017]

⁵⁴⁵ R. EPSTEIN, ‘Stand Firm, on Forbidden Grounds’, *o.c.*, 37-53.

posities die uitsluitend aan blanken toebehoorden. Dit buitensporig gebruik van ‘publiek geweld’ kon enkel in stand worden gehouden door het gedogen van dat andere grote kwaad dat de werking van een vrije markt ondermijnt: privaat geweld. Gerechtelijke autoriteiten keken simpelweg de andere kant op bij het gebruik van geweld en intimidatie ten aanzien van zwarten. Niet de afwezigheid van discriminatierecht, maar wel de aanwezigheid van corrupte overheden en lokale machtshebbers die de touwtjes in handen hielden, kan volgens Epstein verklaren waarom discriminatie zo lang kon zegevieren in het Zuiden van de V.S. De ‘*Civil Rights Act*’ van 1964 maakte komaf met deze vicieuze cirkel, niet omdat ze discriminatie verbood, maar wel omdat ze pro-markt georiënteerd was: privaat geweld tegenover zwarten werd serieuzer aangepakt en het monopolie van blanke machtshebbers in het Zuiden werd doorbroken.⁵⁴⁶ Niet de afwezigheid van een discriminatieverbod, maar wel macht en corruptie maakten discriminatie op deze schaal en over zo’n lange tijdspanne mogelijk. Op treffende wijze stelt Epstein de vraag aan mensen die geloven dat een discriminatieverbod veel problemen had kunnen oplossen: zou de *Civil Rights Act* ooit gestemd zijn, op het moment dat ze het meest nodig was?⁵⁴⁷

Epstein gebiedt ons kritisch te staan tegenover het nut van discriminatierecht. Al kan zuiver economisch nut op zichzelf nooit voldoende zijn om de legitimiteit van een discriminatieverbod te ontkennen vanuit ons sociaalliberaal perspectief, mogen we economische kosten en marktverstoring zeker niet uit de balans wegdenken. Als blijkt dat de voordelen voor de beoogde doelgroep onbestaande zijn, terwijl de nadelen en kosten voor de maatschappij significant zijn, moeten we het nut van bepaalde aspecten van discriminatierecht in vraag durven stellen. Hoewel de vraag naar de effectiviteit van discriminatierecht empirisch van aard is en de beantwoording daarvan niet tot het opzet van deze thesis behoort, is het toch mogelijk om enkele principiële bedenkingen te maken bij het veronderstelde verband tussen discriminatierecht enerzijds en de structurele achterstelling van bepaalde groepen anderzijds. We gaan hiervoor ten rade bij de Amerikaanse rechtsfilosoof Alan Wertheimer.

(2) *Libertaire kritiek 2: de beperkte slagkracht van discriminatierecht* (Wertheimer)

Net zoals Khaitan, gelooft de Amerikaanse rechtsfilosoof Alan Wertheimer dat het primaire doel van discriminatierecht gericht is op de bestrijding van de structurele benadeling van bepaalde groepen in de samenleving, of zoals Khaitan het zou omschrijven: de bestrijding van significante relatieve groepsverschillen.⁵⁴⁸ Terwijl Khaitan erkent dat relatieve groepsverschillen niet louter door patronen van individuele discriminatie tot stand hoeven te komen, doet dit volgens hem niets af van de legitimiteit

⁵⁴⁶ R. EPSTEIN, ‘Stand Firm, on Forbidden Grounds’, *o.c.*, 37.

⁵⁴⁷ R. EPSTEIN, ‘Standing Firm, on Forbidden Grounds’, *o.c.*, 50.

⁵⁴⁸ A. WERTHEIMER, ‘Reflections on discrimination’, *o.c.*, 952.

van een discriminatieverbod. Het volstaat volgens Khaitan dat er ‘correlatie’ is tussen het lidmaatschap van een kwetsbare groep en de benadeling, maar hij vereist geen causaal verband tussen individuele gevallen van discriminatie en relatieve groepsverschillen.⁵⁴⁹ Dit is vreemd te noemen: moet er op zijn minst geen causaal verband zijn tussen beide, als de eliminatie van relatieve groepsverschillen het doel van discriminatierecht is? Zelfs als we aanvaarden dat ook aan particulieren de plicht kan worden opgelegd om een doelstelling van algemeen belang te respecteren, mogen we toch op zijn minst verwachten dat de naleving van deze plicht ook effectief zal bijdragen tot de realisatie van het ‘hogere doel’?

Wertheimer bindt de kat de bel aan: het verband tussen discriminatiepatronen en de achtergestelde situatie van groepen is veel minder vanzelfsprekend dan we denken. Neem de kwetsbare positie van Afro-Amerikanen in de V.S.: hoewel het nog steeds beter is om blank dan zwart te zijn in de V.S., zijn er weinig redenen om aan te nemen dat dit vandaag nog steeds veroorzaakt wordt door individuele gevallen van rassendiscriminatie.⁵⁵⁰ Veel zwarten hebben simpelweg minder mogelijkheden dan blanken om zichzelf te ontplooien, doordat ze in achtergestelde gesegregeerde wijken opgroeien en geen eerlijke kansen krijgen om hun talenten te ontwikkelen. Het is een probleem dat zijn historische wortels heeft in decennia van slavernij en apartheidregimes. De relatieve groepsverschillen tussen zwarten en blanken worden niet veroorzaakt door blanken die weigeren te verkopen aan zwarten of door blanke werkgevers die weigeren zwarte werknemers aan te nemen, maar door de ongelijke startkansen van veel zwarten. Het is een legitieme doelstelling van de overheid om deze vorm van sociale onrechtvaardigheid aan te pakken, maar dan moet het dit probleem wel bij de wortels aanpakken. Als er geen empirisch bewijs is dat patronen van individuele discriminatie enigszins bijdragen tot de nadelige positie van kwetsbare groepen, dan is een horizontaal discriminatieverbod slechts een bliksemafleider voor complexe maatschappelijke problemen.

Als er één vorm van discriminatie is die effectief bijdraagt tot achterstelling van bepaalde groepen, dan is het wel discriminatie in de intieme sfeer, argumenteert Wertheimer.⁵⁵¹ Zoals gezien, mogen we in de private sfeer zoveel discrimineren als we willen. Gelukkig maar, want we doen het voortdurend. Zowel mannen als vrouwen zijn veelal geneigd om een relatie te hebben met iemand die dezelfde huidskleur heeft, hetzelfde geloof deelt en een opleiding van gelijkaardig niveau heeft genoten. Datingsites zoals www.muslima.com of www.blackcupid.com spelen er handig op in. Toch is het ongetwijfeld hoofdzakelijk deze intieme vorm van discriminatie die relatieve groepsverschillen in stand houdt. Niet alleen zouden we allemaal op lange termijn dezelfde huidskleur hebben mochten we massaal aan interraciale koppelvorming doen, maar de verdraagzaamheid en sociale mobiliteit tussen groepen zou

⁵⁴⁹ T. KHAIAN, *A Theory of Discrimination Law*, o.c., 155 en 166.

⁵⁵⁰ A. WERTHEIMER, ‘Reflections on discrimination’, o.c., 955-956.

⁵⁵¹ A. WERTHEIMER, ‘Reflections on discrimination’, o.c., 957.

ook enorm toenemen. Doordat zwarte vrouwen in de V.S. nog steeds overwegend een zwarte partner verkiezen, terwijl er aanzienlijk meer zwarte mannen werkloos zijn of in de gevangenis zitten, is het bijvoorbeeld zeer moeilijk voor zwarte vrouwen om uit hun benarde sociaaleconomische situatie te klimmen. Mochten zwarten en blanken kleurenblind zijn in hun relaties, zou het welvaartsverschil tussen beide groepen smelten als sneeuw voor de zon. Discriminatie in de intieme sfeer creëert dus aanzienlijke sociale problemen. Toch zal niemand het in zijn hoofd halen om te stellen dat discriminatie in de relationele sfeer verboden moet worden. Mensen hebben de vrijheid om hun eigen partner en vrienden te kiezen, hoe immoreel deze keuzes soms ook mogen zijn. Toch blijft de vaststelling dezelfde: als er een duidelijke causale relatie tussen individuele discriminatie en structurele achterstelling van groepen bestaat, dan is dit hoofdzakelijk het geval voor die ene vorm van discriminatie die niet door het recht verboden wordt. Als we discriminatie echter op een consequentialistische manier benaderen, dan moeten we steeds kunnen aantonen dat een discriminatieverbod ook effectief kan bijdragen tot het dichten van de kloof tussen bevoordeelde en benadeelde groepen. Als er geen duidelijk verband is tussen individuele gevallen van discriminatie en structurele groepsverschillen, dan is het zeer onwaarschijnlijk dat een discriminatieverbod vanuit een consequentialistisch perspectief steeds kan worden gerechtvaardigd. De voordelen van een verbod wegen in dit geval niet op tegen de nadelen.

Het is zeker niet de bedoeling om het kind met het badwater weg te gooien. We beweren niet dat discriminatierecht in zijn geheel nooit gerechtvaardigd kan worden vanuit een sociaalliberaal consequentialistisch perspectief. Wel zeggen we dat een *gefragmenteerde benadering* van discriminatie nodig is. Generaliteit is de regel in de deontologie, maar consequentialisme kent geen algemene fundamentele principes die op een ontelbaar aantal gevallen toepasbaar zijn. Als het discriminatieverbod een instrumentele rol heeft, moet discriminatierecht steeds op maat van de betrokken discriminatiegrond en het relevante domein worden uitgewerkt. Zo is het goed mogelijk dat de plicht om redelijke aanpassingen te treffen effectief de autonomie van mensen met een handicap bevordert. Een competitieve markt op zichzelf zou vermoedelijk niet hetzelfde kunnen realiseren. Maar kan hetzelfde worden gezegd van bijvoorbeeld leeftijdsdiscriminatie door werkgevers? Oudere werknemers worden ongetwijfeld in verschillende opzichten benadeeld op de arbeidsmarkt, maar zijn we zeker dat er een causaal verband is tussen deze benadeling van ouderen als 'groep' en individuele gevallen van leeftijdsdiscriminatie? Hiervoor hebben we ondersteuning nodig door empirisch onderzoek, waarin wordt nagegaan wat de precieze oorzaken zijn en op welke manier deze optimaal kunnen worden bestreden. Dit vraagt eveneens om een *holistisch perspectief*, waarin elke oorzaak onderzocht wordt en elke mogelijke remedie geëvalueerd wordt. Wanneer bijvoorbeeld blijkt dat werkgevers hoofdzakelijk oudere werknemers weigeren omdat deze simpelweg te duur zijn door loonvoorwaarden vastgelegd in cao's, is een discriminatieverbod wellicht niet het meest geschikte instrument om hieraan iets te veranderen. Leeftijd mag dan wel veelal geen 'wezenlijke en bepalende beroepsvereiste' zijn, loonkosten blijven legitieme en rationele criteria waarmee ondernemingen rekening zullen blijven

houden. Oudere werknemers zijn in dat geval meer gebaat bij flexibelere loonvoorwaarden dan met een verbod op leeftijdsdiscriminatie. Discriminatierecht mag dus evenmin een bliksemafleider zijn voor de werkelijke oorzaken van maatschappelijke problemen, zoals inefficiënte overheidsinterventies. Een holistische blik impliceert eveneens dat andere remedies moeten worden overwogen indien blijkt dat discriminatierecht slechts weinig aan de situaties van benadeelde groepen kan verhelpen. ‘Onaantrekkelijke mensen’ worden in onze huidige samenleving ongetwijfeld in tal van levensdomeinen, zowel privé als publiek, op significante wijze benadeeld en in hun autonomie beperkt. Het is wellicht zelden intrinsiek immoreel wanneer een kledingwinkel liever aantrekkelijke verkopers tewerkstelt, maar toch creëert de voorkeur voor aantrekkelijke mensen onrechtvaardige situaties. Het valt echter te betwijfelen of discriminatierecht de autonomie (en in het bijzonder het zelfrespect) van deze mensen enigszins kan verbeteren. Efficiëntere remedies, zoals (gedeeltelijke) terugbetaling van plastische chirurgie, zouden dan bij wijze van voorbeeld overwogen kunnen worden om een onrechtvaardige situatie recht te trekken.

Opdat discriminatierecht gerechtvaardigd kan worden vanuit een consequentialistisch sociaalliberaal perspectief, is er volgens ons dus op zijn minst een *causaal verband* nodig tussen concrete individuele patronen van discriminatie en relatieve groepsverschillen. Zo niet, is een discriminatieverbod enkel een inefficiënt middel dat vrijheidsbeperkend is, marktversturend werkt en onnodige kosten oplegt aan particulieren en de maatschappij. We stellen vast dat het huidige discriminatierecht in zowel België als Nederland globaal beschouwd niet steeds voldoet aan deze causaliteitsvoorwaarde, tenzij we aannemen dat vakbondslieden tot een kwetsbare groep behoren en dat deze achterstelling wordt veroorzaakt door individuele patronen van discriminatie. We zijn nu aangekomen bij een zeer fundamentele vraag. In het juridische luik hebben we meerdere malen aan de kaak gesteld dat het discriminatierecht in zowel België als Nederland in vele opzichten zélf discriminerend is, zowel op het vlak van opgenomen discriminatiegronden, werkingssfeer, rechtvaardigingssystemen als handhaving. We weten nu eveneens dat het huidige discriminatierecht niet noodzakelijk steeds bijdraagt tot de bescherming van leden van achtergestelde groepen tegen uitsluitingsprocessen. De vraag luidt nu: als discriminatierecht effectief *minderheden* in de samenleving moet beschermen tegen onderdrukking door meerderheden, zou een antidiscriminatiewet dan ooit gestemd kunnen zijn geweest in de eerste plaats? Is de discriminerende aard van het discriminatierecht niet de logische weerspiegeling van de discriminerende aard van klassieke *meerderheidsstelsels*, kenmerkend voor elke moderne democratie? Om deze vraag te beantwoorden, moeten we eerst en vooral begrijpen hoe meerderheidsstelsels functioneren. Hiervoor doen we in het volgende onderdeel een beroep op de inzichten van twee van de meest invloedrijke libertaire denkers van de twintigste eeuw: Friedrich A. Hayek en James M. Buchanan.

(3) *Libertaire kritiek 3: discriminerende meerderheden (Hayek en Buchanan)*

“Democracy is the worst form of government, except for all the others we have tried.” – Winston Churchill

Dat democratie verre van een ideale staatsvorm is, wist Winston Churchill al. Verre van ideaal, omdat de kiezer – in tegendeel tot wat soms wordt beweerd – niet steeds gelijk heeft. Democratie is slechts een bestuursvorm, een procedure. Het garandeert geen enkele inhoudelijke uitkomst. Kiezers kunnen voor het eigenbelang stemmen, demagogen kunnen met stoere praat schijnoplossingen voor complexe problemen verkopen en meerderheden kunnen minderheden onderdrukken. Democratie weerhield Hitler er niet van om verkozen te worden; de rest is geschiedenis. Kenmerkend aan een democratie is dat meerderheden hun wil kunnen opleggen aan minderheden. Meerderheidsstelsels zijn in dit opzicht zelf steeds discriminerend van aard.

In het derde luik van zijn trilogie *‘Law, Legislation and Liberty’* kaartte de beroemde econoom en filosoof Friedrich A. Hayek reeds het probleem van democratieën en meerderheidsstelsels aan.⁵⁵² In de afwezigheid van hogere ‘algemene’ principes waar ook meerderheden zich aan moeten houden, zijn democratieën slechts een variant op andere arbitraire en partijdige bestuursvormen waarin beslist wordt ‘wie wat krijgt’ of ‘wie door wie onderdrukt wordt’. Doordat volksvertegenwoordigers steeds afhankelijk zijn van de wil van de kiezer, moeten ze immers steeds trachten de belangen van hun achterban te beveiligen – hoe egoïstisch of irrationeel deze belangen ook mogen zijn. Het maakt een beleid vatbaar voor lobbyisme, corporatisme en beïnvloeding door belangengroepen. Je hoort inderdaad elke politieke partij, van links tot rechts, verklaren dat ze opkomen voor de belangen van de ‘middenklasse’, maar politici die de belangen van rijken of gedetineerden bovenaan hun partijprogramma zetten zijn behoorlijk zeldzaam. ‘Echte democratie’ veronderstelt het geloof in hogere dingen dan democratie zelf, meent Hayek.⁵⁵³ Om te voorkomen dat democratieën leiden tot partijdigheid en de exploitatie van minderheden, moeten wetgevende organen en beleidsmakers daarom steeds bereid zijn om hun beslissingen te toetsen aan hogere algemene principes: regels moeten in overeenstemming zijn met het *generaliteitsbeginsel*.⁵⁵⁴ Eigenlijk is het generaliteitsbeginsel niet meer dan een andere naam voor rechtengelijkheid, in die zin dat de overheid gelijke gevallen gelijk moet behandelen. Het verschil is dat Hayek een veel ruimere invulling aan ‘gelijke gevallen’ geeft dan wat het Belgische Grondwettelijk Hof bijvoorbeeld doet: het feit dat je rijk en succesvol bent, maakt niet dat je daarom aan andere regels moet worden onderworpen dan iemand die middelmatig presteert. Over de precieze inhoud van ‘algemene’ principes zelf blijft Hayek vaag. Van belang is dat deze principes in een ontelbaar

⁵⁵² F. A. HAYEK, *Law, Legislation and Liberty. Vol. 3: The Political Order of a Free People*, London, Routledge & Kegan Paul, 1979, 244p.

⁵⁵³ F. A. HAYEK, *Law, Legislation and Liberty. Vol. 3: The Political Order of a Free People, o.c.*, 4.

⁵⁵⁴ F. A. HAYEK, *Law, Legislation and Liberty. Vol. 3: The Political Order of a Free People, o.c.*, 17.

aantal gevallen toepasbaar moeten zijn. Hayek beschrijft deze principes als normen waar iedereen zich in de maatschappij achter kan scharen. Terwijl mensen het oneens kunnen zijn over concrete regels en maatregelen, is het volgens Hayek veel gemakkelijker om eensgezindheid te vinden over algemene beginselen.⁵⁵⁵ Op dit punt vertoont Hayek gelijkenissen met Rawls, die stelt dat mensen in de originele positie steeds tot een consensus zouden komen over de algemene beginselen van rechtvaardigheid. Deze algemene beginselen moeten mensen in hun autonomie beschermen en de limieten van overheidsdwang bepalen. Een basisloon voor iedereen of vlakke belastingtarieven zijn voorbeelden van beleidsmaatregelen die volgens Hayek compatibel zijn met deze hogere algemene principes.⁵⁵⁶ Een systeem van progressieve belastingen is dan weer een voorbeeld van arbitraire overheidsdwang die succesvolle mensen op disproportionele wijze in hun eigendomsrechten schendt.⁵⁵⁷ Om dit te realiseren, geeft Hayek een alternatief voorstel voor het huidige politieke model, waarin een vierde macht – noem hem de ‘grondwetgever’ – permanent toezicht uitoefent op de wetgever, waarin mature mannen en vrouwen zetelen die zich reeds bewezen hebben buiten de politiek en die voor een relatief lange periode hun mandaat kunnen uitoefenen, in de garantie dat ze hierbij geen eigengewin of electoraal succes zullen nastreven doordat ze niet kunnen worden herkozen.⁵⁵⁸ Deze grondwetgever is dan een soort van ‘raad der wijzen’, die zich uitsluitend bezighoudt met de toetsing van wetgeving en beleidsmaatregelen aan het hogere generaliteitsbeginsel.

Een permanente grondwetgever is er nooit gekomen. Om te voorkomen dat minderheden volledig weggedrukt worden, hebben we na de tweede wereldoorlog wel veiligheidsmechanismen ingebouwd, zoals grondrechten en het toezicht door internationale en grondwettelijke rechtsinstanties op overheden. Dit maakt van een democratie een rechtstaat. Algemene regels binden overheden, waaronder dus ook meerderheden. De vraag is echter of dit voldoende is. De beroemde Amerikaanse econoom James M. Buchanan, bekend van de ‘*public choice theory*’, vindt alvast van niet. In zijn boek ‘*Politics by Principle, not Interest*’ bouwt Buchanan samen met econoom Roger Congleton verder op het werk van Hayek.⁵⁵⁹ Grofweg bestaat zijn betoog uit twee delen. Het eerste deel bestaat uit de probleemstelling: Buchanan past een ‘*public choice*’ analyse toe op de werking van meerderheidsstelsels in hedendaagse democratieën. Op basis van deze analyse is het volgens Buchanan een intrinsieke eigenschap van besluitvorming in meerderheidsstelsels dat er steeds zal gekozen worden voor opties die niet het grootste geaggregeerde nut creëren. Neem het volgende voorbeeld, waarin een politieke partij A een meerderheid

⁵⁵⁵ F. A. HAYEK, *Law, Legislation and Liberty. Vol. 3: The Political Order of a Free People, o.c.*, 19.

⁵⁵⁶ J. VERPLAETSE en C. DELMOTTE, *Basisboek ethiek en rechtsfilosofie, o.c.*, 184.

⁵⁵⁷ Toch vond zelfs Hayek dat progressieve belastingen in beperkte gevallen verdedigd konden worden, bijvoorbeeld ter compensatie van vlakke belastingtarieven (zoals BTW) die mensen met een lagere koopkracht harder treffen dan mensen met een hogere koopkracht. Een algemeen systeem van progressiviteit is daarentegen uit den boze – Zie F. A. HAYEK, *Law, Legislation and Liberty. Vol. 3: The Political Order of a Free People, o.c.*, 127.

⁵⁵⁸ F. A. HAYEK, *Law, Legislation and Liberty. Vol. 3: The Political Order of a Free People, o.c.*, 111-117.

⁵⁵⁹ J. M. BUCHANAN en R. CONGLETON, *Politics by Principle, not Interest. Towards Non-discriminatory democracy*, Indianapolis, Liberty Fund, 2003, 216p.

heeft en partij B een minderheid. In het simpelste geval, hebben de partijen keuze uit twee maatregelen die zowel voor de kiezers van A als B hetzelfde nut creëren. De eerste maatregel (I) bevoordeelt zowel de leden van A als B, terwijl de tweede maatregel (IV) niets verandert aan de situatie van de leden van A en B. Dit zijn algemene ‘symmetrische’ opties. Partij A, die de meerderheid heeft, zal in dit geval steeds voor de eerste maatregel kiezen, waar de leden van B even goed bij varen. Iedereen is gelukkig. Het zal echter zelden voorkomen dat partijen louter de keuze hebben uit maatregelen waar iedereen even goed of even slecht van wordt. Laten we enkele ‘asymmetrische’ opties in het voorbeeld introduceren, waar leden van de ene partij beter of slechter van worden dan de leden van de andere partij. Dit wordt weergegeven in de onderstaande tabel, waarin een meerderheidsstelsel de keuze heeft uit vier beleidsmaatregelen.⁵⁶⁰ Het cijfer voor de komma toont de winst of het verlies aan voor de leden van partij A (die een meerderheid heeft), het cijfer na de komma de winst of het verlies voor de leden van partij B (die een minderheid heeft).

Maatregel I	Maatregel II
1, 1	-1, 2
Maatregel III	Maatregel IV
2, -1	0, 0

Maatregelen I en IV stellen de ‘symmetrische’ opties voor, maatregelen II en III de ‘asymmetrische’. Terwijl maatregel I het grootste nut voor iedereen creëert ($1 + 1 = 2$), zal onder een meerderheidsstelsel steeds voor maatregel III gekozen worden dat een lager geaggregeerd nut creëert ($2 - 1 = 1$), maar wel optimaal is voor de leden van A. De leden van B worden dus geëxploiteerd ten voordele van de leden van A. Volgens Buchanan zorgt dit onevenwicht er voor dat meerderheden bijzonder onstabiel zijn, waardoor een ‘cyclus’ van opeenvolgende coalities ontstaat. In een volgende cyclus zal bijvoorbeeld partij B aan de macht zijn, die dan eveneens voor eigen gewin gaat en de leden van A zal exploiteren (maatregel II). Als er geen regels bestaan die verhinderen dat A en B voor het eigenbelang kiezen, zal een beleid steeds inefficiënt zijn en op lange termijn welvaartsverlies voor de hele samenleving creëren, meent Buchanan. De Jasay voegt eraan toe dat coalities niet per definitie onstabiel moeten zijn, indien minderheden (zoals rijke ondernemers) niet enkel geëxploiteerd worden, maar bovendien ook nog eens zelf produceren wat de meerderheid hen afneemt.⁵⁶¹ In dit geval zijn coalities net bijzonder stabiel. Als coalities van samenstelling veranderen, heeft dit louter te maken met de boodschap die partijen verkondigen en de standpunten waarmee ze verklaren zichzelf te onderscheiden van andere partijen,

⁵⁶⁰ Tabel overgenomen uit J. M. BUCHANAN en R. CONGLETON, *Politics by Principle, not Interest. Towards Non-discriminatory democracy, o.c.*, 28.

⁵⁶¹ A. DE JASAY, ‘On treating like cases alike’, *The Independent Review*, 1999, vol. 4, (107), 111.

maar de richting waarin de distributie en exploitatie plaatsvindt blijft zelf wel stabiel. Dit wordt empirisch bevestigd als we naar de hedendaagse politieke realiteit kijken. Wat de samenstelling van de coalitie ook is, het zijn inderdaad steeds dezelfde belangen van de middenklasse die verdedigd worden door politieke partijen. Minderheden, zoals succesvolle ondernemers of gedetineerden, krijgen daarentegen zelden een prominente plaats in partij pamfletten. Hoe dan ook, het geaggregeerde nut zal nooit geoptimaliseerd worden in een meerderheidsstelsel: beleidsmakers zullen steeds voor het eigenbelang en dus het belang van hun electoraat kiezen, wat resulteert in exploitatie of benadeling van minderheden. Bovendien is het ook eigen aan meerderheidsstelsels dat bewindvoerders vatbaar zijn voor het lobbywerk van belangengroepen en corporatisme. Machtige multinationals of invloedrijke belangengroepen zullen onder klassieke meerderheidsstelsels immers steeds een ‘incentive’ hebben om de politieke besluitvorming in hun voordeel om te buigen. Enkel een omslachtige bureaucratie en strenge controle kunnen dit tegengaan, waardoor kostbare middelen verloren gaan die op een betere manier besteed hadden kunnen worden. Dit maakt van klassieke meerderheidsstelsels, in de afwezigheid van hogere regels waaraan beslissingen steeds moeten worden getoetst, politiek inefficiënte structuren.

In het tweede deel introduceert Buchanan een oplossing voor het probleem: politiek die zich laat leiden door principes, niet door belangen. Simpel gesteld, wil Buchanan regels introduceren die politici beletten om voor opties II en III in de tabel te kunnen kiezen. Enkel de symmetrische opties I en IV zijn dan beschikbaar, waar iedereen bij wint of iedereen bij verliest. Opnieuw kan een basisloon of gratis toegang tot basishulpverlening voor iedereen dan verdedigd worden, maar een systeem van progressieve belastingen of arbitraire fiscale gunstmaatregelen niet. Net zoals Hayek, heeft Buchanan het echter moeilijk met ‘generaliteit’ te definiëren: het is niet duidelijk hoe we ‘algemene’ regels kunnen onderscheiden van ‘discriminerende’ regels. Zoals De Jasay opmerkt, zijn regels steeds algemeen omdat ze nooit rechtstreeks tot ‘personen’, maar wel tot ‘situaties’ zijn gericht waarin personen zich doorheen hun leven al dan niet kunnen bevinden.⁵⁶² Een arm persoon betaalt minder belastingen dan een rijk persoon, maar als die arme persoon later de lotto wint en rijk wordt zal hij evenveel belastingen betalen als de rijke. Generaliteit veronderstelt duidelijk meer dan rechtengelijkheid, maar Buchanan weet niet goed hoe generaliteit te definiëren. Bovendien behoort het net tot de logica van regels dat ze een onderscheid maken tussen zaken die om een specifieke behandeling vragen. Weinigen vinden het discriminerend dat er verschillende straffen bestaan voor verschillende misdrijven. Eigenlijk geeft Buchanan, net zoals Hayak, gewoon een subjectieve invulling aan ‘gelijke gevallen’. Als een vlak belastingtarief kan worden verdedigd waardoor rijke mensen nog steeds meer belastingen betalen in absolute zin, betekent dit dat Buchanan ‘inkomen’ als een relevante variabele beschouwt. Als je daarentegen, zoals Margaret Thatcher deed, een forfaitair belastingtarief verdedigt (iedereen betaalt hetzelfde bedrag, ongeacht het inkomen), beschouw je niet inkomen maar ‘mensen’ als de relevante

⁵⁶² A. DE JASAY, ‘On treating like cases alike’, *o.c.*, 113-114.

variabele om gelijke gevallen te definiëren. Wat er ook van zij: om politiek en economisch efficiënt te zijn, moeten regels volgens Hayek en Buchanan steeds zo universeel mogelijk zijn en zo weinig mogelijk discrimineren tussen mensen. Het generaliteitsbeginsel moet voorkomen dat de overheid arbitraire en partijdige regels uitvaardigt die enkel ten goede komen aan meerderheden en ten koste gaan van minderheden.

Laten we terugkeren naar de focus van deze thesis: discriminatierecht. We hebben reeds gezien hoe het huidige discriminatierecht als de horizontale doorwerking van het grondwettelijke gelijkheidsbeginsel wordt beschouwd. Hayek en Buchanan zouden het grondwettelijke gelijkheidsbeginsel ongetwijfeld een goed algemeen principe vinden, al zouden zij het niet eens zijn met de invulling die hieraan werd gegeven door de wetgever en rechtspraak. Of Hayek voor- of tegenstander van een horizontaal discriminatieverbod *an sich* zou zijn is een vraag voor exegeten, maar het is veilig om te stellen dat het huidige discriminatierecht zeker niet aan het generaliteitsbeginsel zou voldoen. In het juridische luik is veelvuldig aan de kaak gesteld hoezeer het discriminatierecht tot een amalgaam van starre en rigide rechtsregels is geëvolueerd, met een gesloten lijst van arbitrair gekozen discriminatiegronden ('syndicale overtuiging', 'duur arbeidscontract') en voor bepaalde discriminatiegronden op onverklaarbare wijze een veel strenger gesloten rechtvaardigingssysteem in combinatie met strafsancities hanteert. Ex-gedetineerden kunnen blijkbaar nooit gediscrimineerd worden, terwijl je beter homofob dan racist of seksist bent in België. Richard Epstein vroeg het al aan zijn lezers: zou de *Civil Rights Act* in de V.S. ooit gestemd kunnen geweest zijn op het moment dat er het meest nood aan was? Het antwoord is ongetwijfeld negatief. De machtsverhoudingen tussen blanken en zwarten waren op dat moment simpelweg te groot. Slechts toen de machtsverhoudingen wijzigden, het collectieve besef groeide en de positie van zwarten in de V.S. aanzienlijk verbeterde, was er voldoende draagvlak om de wet te stemmen. Wetten in een democratisch meerderheidsstelsel weerspiegelen simpelweg de machtsverhoudingen tussen groepen in de samenleving. De Belgische en Nederlandse antidiscriminatie wetten kunnen eveneens als een voorbeeld hiervan beschouwd worden. Zo wijst Gerards bijvoorbeeld op het sterke lobbywerk van belangenorganisaties dat aan de totstandkoming van de Europese richtlijnen is voorafgegaan.⁵⁶³ Er moet dan niet langer naar rechtstheoretische verklaringen worden gezocht voor de opname van bepaalde discriminatiegronden en het ontbreken van anderen. Ex-gedetineerden munten nu eenmaal niet zo sterk uit in lobbywerk als holebi's en transgenders. Dat politiek opportunisme een grote rol speelde bij de totstandkoming van de wetten, is veelvuldig aangehaald door verschillende auteurs.⁵⁶⁴ In België werd dit enigszins gecorrigeerd door de

⁵⁶³ J. GERARDS, 'Gronden van discriminatie. Wenselijkheid van open en gesloten opsommingen', *o.c.*, 152 (voetnoot 57).

⁵⁶⁴ Zie bijvoorbeeld i.v.m. het ontbreken van de discriminatiegronden 'politieke overtuiging' en 'taal' in de oorspronkelijke Antidiscriminatie wet: J. VRIELINK, S. SOTTIAUX en D. DE PRINS, 'De anti-discriminatie wet. Een artikelsgewijze analyse (Deel 1)', *o.c.*, 265.

grondwettelijke toetsing door het Grondwettelijk Hof en de daarop volgende reparatiewet, maar een Grondwettelijk Hof is nog geen ‘grondwetgever’ zoals Hayek voor ogen had.

We zouden de vraag van Epstein kunnen herformuleren: zouden de Europese richtlijnen en de Belgische en Nederlandse antidiscriminatiewetten met hun huidige discriminatiegronden ook effectief gestemd kunnen geweest zijn, indien discriminatie van mensen op basis van deze gronden effectief zo vaak voorkwam? Als we het eens zijn met Hayek en Buchanan en aanvaarden dat partijen in meerderheidsstelsels hoofdzakelijk electoraal succes en eigenbelang nastreven, dan is het antwoord ongetwijfeld negatief. Dit leidt tot een paradoxaal en controversieel besluit: het loutere feit dat een discriminatieverbod *bestaat* voor bepaalde gronden, sterkt het vermoeden dat het wellicht best goed meevalt met individuele gevallen van discriminatie op grond van deze kenmerken. Deze enigszins pessimistische inzichten nemen we mee naar het volgende onderdeel in onze analyse, waarin we trouw blijven aan Rawls’ stappenplan en overgaan naar de laatste fase in zijn theorie: de *gerechtelijke fase*. Om tegemoet te komen aan de kritieken van Hayek en Buchanan, zullen we in deze fase een concreet en ethisch gekleurd toetsingsschema uitwerken die zo algemeen mogelijk is, zonder arbitraire uitzonderingsregimes en in de geest van het generaliteitsbeginsel.

e) De gerechtelijke fase: een rationeel toetsingsschema

Eerst is het tijd om even te recapituleren. We hebben tot nu toe een progressief sociaalliberaal raamwerk geschetst waarin ruimte bestaat voor een horizontaal discriminatieverbod, ter bescherming van de liberale waarden menselijke waardigheid en vrijheid. Gebruik makend van het ‘vier fasen schema’ in Rawls’ theorie, hebben we geargumenteed dat in de tweede fase – de constitutionele fase – discriminatie als een deontologische inbreuk op menselijke waardigheid kan worden gekwalificeerd, indien een ongelijke behandeling ingegeven is door vooroordelen, negatieve stereotypen of negatieve reactie-kwalificaties. Een discriminatieverbod is in dit geval een toepassing van correctieve rechtvaardigheid en hoort thuis onder het vrijheidsbeginsel. In de tweede fase – de legislatieve fase – is er plaats voor een horizontaal discriminatieverbod, indien dit redelijkerwijze kan bijdragen tot het reduceren van relatieve groepsverschillen. Dit is een legitieme sociaalliberale doelstelling, aangezien het lidmaatschap van significant achtergestelde groepen de toegang tot de geschetste basisgoederen bedreigt. Een discriminatieverbod is in dit geval een consequentialistisch instrument dat de vrijheid van leden van de minst begunstigde groepen in de samenleving ten goede moet komen. Het hoort daarom thuis onder het verschilbeginsel van Rawls’ theorie als een maatregel van distributieve rechtvaardigheid. Hoewel de doelstelling op zich kan worden verdedigd vanuit ons sociaalliberaal raamwerk, wil dit nog niet zeggen dat het huidige discriminatierecht als middel eveneens steeds te verdedigen valt. De gezonde libertaire reflexen van vrijheidsdenkers dwongen ons om bescheiden te zijn over de transformatieve, distributieve

en expressieve functies van een discriminatieverbod. In sommige domeinen lijkt een discriminatieverbod vooral een bliksemafleider te zijn voor complexe maatschappelijke problemen die andere oorzaken hebben dan patronen van individuele discriminatie. Een discriminatieverbod draagt in dit geval niet bij tot de oplossing van het probleem en lijkt soms zelfs meer kwaad dan goed te doen. Bovendien verzet een libertaire benadering zich tegen het arbitraire onderscheid dat in de huidige wetgeving wordt gemaakt tussen verschillende discriminatiegronden, beschermingssferen, rechtvaardigingsmogelijkheden en sancties. Opdat discriminatierecht zelf niet zou discrimineren, zijn meer algemene principes en minder arbitraire uitzonderingsregimes noodzakelijk.

Na de tweede en derde fase van Rawls' theorie te hebben afgelopen, komen we nu tot de laatste fase: de *gerechtelijke fase*, waarin de sluier van onwetendheid volledig wordt opgeheven en we over alle relevante informatie beschikken om de principes en regels uit de voorgaande fasen op specifieke situaties toe te passen. Net zoals in de vorige fase, wordt dit benaderd vanuit het 'niet-ideale' aspect van Rawls' theorie. In deze fase buigen bestuurders en rechters zich dus over concrete situaties waarin individuen niet op een menswaardige manier worden behandeld of geen eerlijke kans op zelfrealisatie krijgen. Aangezien Rawls' theorie deontologische principes (het vrijheidsbeginsel) met consequentialistische regels (het verschilbeginsel) combineert, zullen we verschillende toetsingsschema's uitwerken naargelang discriminatie een intrinsiek immorele daad, dan wel een extrinsiek immorele daad uitmaakt. Telkens zal het van belang zijn of het recht om niet gediscrimineerd te worden al dan niet botst met een fundamenteel vrijheidsrecht van de persoon of organisatie die discrimineert. Hierbij mag de lexicale prioriteit van het vrijheidsbeginsel ten opzichte van het verschilbeginsel niet uit het oog worden verloren. We herinneren eraan dat er geen 'trade-off' tussen individuele vrijheidsrechten en sociaaleconomische rechten kan plaatsvinden. Vrijheid kan alleen worden beperkt omwille van vrijheid zelf, zoals Rawls betoogt. Dit houdt niet in dat individuele vrijheidsrechten absoluut en onaantastbaar zijn, maar wel dat een beperking van vrijheidsrechten uitsluitend gerechtvaardigd kan worden vanuit het idee van gelijke vrijheid.⁵⁶⁵ Ook Rawls laat dus een afweging tussen individuele en collectieve belangen toe, zolang een maatregel van algemeen belang maar bijdraagt tot meer gelijke vrijheid – en dus rechtvaardigheid – binnen de samenleving. We zullen om deze reden een onderscheid maken tussen (i) situaties waarin er geen botsing is tussen het discriminatieverbod en een fundamenteel vrijheidsrecht en (ii) situaties waarin wel sprake is van een dergelijke botsing.

⁵⁶⁵ J. RAWLS, *A Theory of Justice. Revised edition, o.c.*, 214.

i) Geen botsing met grondrechten

Indien de persoon of organisatie die discrimineert zich niet op een fundamenteel vrijheidsrecht kan beroepen, moet een onderscheid worden gemaakt tussen twee situaties: enerzijds, de gevallen waarin er sprake is van intrinsiek immorele discriminatie en, anderzijds, de gevallen waarin er sprake is van extrinsiek immorele discriminatie. Hierbij houden we voor ogen dat ‘contractvrijheid’ of ‘eigendomsrecht over productiemiddelen’ in Rawls’ theorie geen fundamentele vrijheidsrechten zijn die beschermd worden door de prioriteit van het eerste beginsel, wat we in deze thesis overnemen.⁵⁶⁶

(1) *Intrinsiek immorele discriminatie*

Een horizontaal discriminatieverbod dat intrinsiek immorele discriminatie verbiedt, kan voornamelijk verdedigd worden in die domeinen (werk, toegang tot goederen en diensten, verenigingsleven) waar de vrijheid om te discrimineren niet opweegt tegen het recht van elk individu om menswaardig behandeld te worden. Een juridisch verbod op intrinsiek immorele discriminatie heeft in dit geval uitsluitend een moraliserende en correctieve functie. Indien de persoon of organisatie die discrimineert zich niet op een fundamenteel vrijheidsrecht kan beroepen, hoeft er geen afweging tussen belangen van beide partijen plaats te vinden: intrinsiek immorele discriminatie schendt steeds de deontologische plicht om iedereen op een menswaardige manier te behandelen en is bijgevolg altijd ongerechtvaardigd. Het recht op menselijke waardigheid *overtreft* alle andere belangen die de discriminator mogelijks kan aanhalen.⁵⁶⁷ Een proportionaliteitstoets wordt bijgevolg overbodig. Zo zal een kledingverkoper zich vanuit deze benadering nooit op zijn contractvrijheid kunnen beroepen indien hij weigert te verkopen aan een vrouw met een hoofddoek op grond van vooroordelen of negatieve stereotypen ten aanzien van moslims. Het recht op menswaardige behandeling krijgt steeds voorrang op het recht om vrij te contracteren.

Dezelfde redenering gaat eveneens op voor de racistische koper die weigert te kopen van een verkoper die een turban draagt. De koper in dit voorbeeld heeft net zomin als de verkoper een geldig excuus om niet te kopen: hij zal zich niet op een hoger ‘vrijheidsrecht’ kunnen beroepen om zijn intrinsiek immoreel gedrag te rechtvaardigen.⁵⁶⁸ Hij begeeft zich als rechtssubject immers in de publieke sfeer en kan zich

⁵⁶⁶ J. RAWLS, *A Theory of Justice. Revised edition, o.c.*, 102.

⁵⁶⁷ In de klassieke rechtvaardigingstoets van Verplaetse en Delmotte zou men spreken van de ‘overtreffase’ – J. VERPLAETSE en C. DELMOTTE, *Basisboek ethiek en rechtsfilosofie, o.c.*, 30.

⁵⁶⁸ Men zou kunnen opwerpen dat een koper beschermd wordt door zijn gewetensvrijheid (art. 9 EVRM), maar dit verklaart niet waarom een racistische verkoper zich niet eveneens op zijn gewetensvrijheid zou kunnen beroepen. Volgens Velaers is het in theorie mogelijk dat een plichtsdrager zich hierop beroept, maar is het zeer onwaarschijnlijk dat een dergelijke rechtvaardiging kans op slagen heeft (J. VELAERS, ‘De antidiscriminatiewet en de botsing van grondrechten’, *o.c.*, 345). Men zou ook overeenkomstig het gemeen kooprecht kunnen stellen dat een verkoper reeds een ‘aanbod’ heeft gedaan en daarom de plicht heeft om te verkopen aan iedere derde die

niet achter het recht op een persoonlijke levenssfeer scharen. In moreel opzicht is het onderscheid ongerechtvaardigd: er is geen significant moreel verschil tussen een racistische koper en een racistische verkoper. Toch valt het om pragmatische redenen te verdedigen dat het recht zich niet ontfermt over deze gevallen van discriminatie. Probeer maar eens te bewijzen waarom een anonieme racistische klant een winkel niet binnenging omdat hij niet wou kopen bij een Pakistaan. We hebben reeds aangehaald dat de schending van een deontologische plicht niet gelijkstaat met het juridisch verbieden hiervan. We aanvaarden dat mensen tot op zekere hoogte de vrijheid hebben om ook intrinsiek immoreel te handelen. Het recht kan op een legitieme manier ingrijpen, maar spitst zich best toe op die domeinen waarin een verbod ook effectief kan worden afgedwongen. Ook al gaat het om intrinsiek immorele discriminatie die niet 'gerechtvaardigd' is, wordt dit in sommige gevallen dus toch best 'toegelaten'. Recht is slechts een bot instrument dat niet steeds volledig hoeft samen te vallen met morele rechten en plichten.⁵⁶⁹ Een veroordeling is op zijn plaats, maar dit gebeurt beter op andere manieren dan door middel van het recht, zoals door middel van collectieve afkeuring en verontwaardiging.

(2) *Extrinsiek immorele discriminatie*

De test wordt uitgebreider indien het om extrinsiek immorele discriminatie gaat, waarbij de immoraliteit niet volgt uit de daad zelf maar wel uit de nadelige gevolgen. Zoals gezien, kan een verbod op discriminatie in dat geval gerechtvaardigd zijn indien het bijdraagt tot het reduceren en elimineren van significante relatieve groepsverschillen. Om in een concrete situatie te bepalen of de non-discriminatieplicht al dan niet geschonden werd, moet aan vier voorwaarden worden voldaan.⁵⁷⁰

(1) Eerst en vooral, moeten we nagaan of een *lid van een significant benadeelde groep* effectief *benadeeld* werd in een concrete situatie door een plichtsdrager, dit in vergelijking met een lid van de corresponderende bevoordeelde groep die zich in vergelijkbare omstandigheden bevindt. Terwijl relatieve groepsverschillen op structureel niveau een zekere drempel moeten overschrijden om 'significant' te zijn, volstaat op individueel niveau een benadeling in om het even wat, of dit nu

zijn bod aanvaardt, terwijl een derde nooit de plicht heeft om een bod te aanvaarden (art. 1583 BW). Dit verklaart echter niet waarom een verkoper eveneens ongerechtvaardigde discriminatie kan plegen indien hij géén concreet aanbod heeft gedaan. Een principiële verklaring voor het onderscheid tussen koper-verkoper, werknemer-werkgever en lid-organisator kan m.i. enkel gegeven worden vanuit een consequentialistisch perspectief. In een zuiver deontologisch perspectief kunnen enkel pragmatische redenen worden aangehaald.

⁵⁶⁹ L. ALEXANDER, 'What makes wrongful discrimination wrong? Biases, preferences, stereotypes and proxies', *o.c.*, 203.

⁵⁷⁰ Deze stappen zijn geïnspireerd op deel III van Khaitan's boek '*Designing the duties – The Antidiscrimination Duty*' (143-194), maar werden grondig bijgeschaafd, rekening houdende met de libertaire bedenkingen die we in het vorige onderdeel geuit hebben en de kritieken op Khaitan's theorie. De 'expressive clause', die rechtvaardigt waarom ook leden uit bevoordeelde groepen beschermd worden door discriminatierecht, wordt daarom achterwege gelaten (zie *supra*, voetnoot onder D, 4: 'Bedenkingen').

economisch, materieel of sociocultureel van aard is.⁵⁷¹ Als we bijvoorbeeld aanvaarden dat er significante relatieve groepsverschillen tussen mannen en vrouwen in onze samenleving bestaan (of ‘zouden’ bestaan zonder discriminatierecht), is het niet vereist dat een vrouw ook op ‘significante’ wijze in haar vrijheid werd aangetast door één individueel geval van benadeling. Het bredere doel is immers om rechtvaardigheid op groepsniveau te bekomen, aangezien relatieve groepsverschillen leden van kwetsbare groepen bedreigen in hun (verzekerde) toegang tot de basisgoederen. Het feit dat een fortuinlijke vrouw na één geval van geslachtsdiscriminatie nog steeds voldoende toegang heeft tot deze basisgoederen, is dus van geen tel.

(2) Ten tweede, indien aan de eerste voorwaarde voldaan is, moet er op individueel niveau een *rechtstreeks causaal verband* zijn tussen *het lidmaatschap van de groep* en de *concrete benadeling*.⁵⁷² Deze voorwaarde behoeft wat meer uitleg. Als het doel van een discriminatieverbod bestaat uit het elimineren van relatieve groepsverschillen, zouden we ons immers kunnen afvragen waarom we niet elke benadeling van een lid van een kwetsbare groep beter verbieden. Laten we ervan uitgaan dat uit empirisch onderzoek blijkt dat er significante relatieve groepsverschillen tussen allochtonen en autochtonen bestaan. Stel nu dat een allochtone kruidenier uit de markt wordt geconcurrereerd door een autochtone kruidenier in de buurt. Aan de eerste voorwaarde is voldaan: de allochtoon werd benadeeld in een concrete situatie en dit in vergelijking met de autochtone concurrent die zich in vergelijkbare omstandigheden bevindt. Mochten deze voorwaarden voldoende zijn, zouden we autochtone ondernemers kunnen verbieden om met allochtone ondernemers te concurreren.⁵⁷³ Een dergelijk verbod zou inderdaad ongetwijfeld een efficiëntere manier zijn om relatieve groepsverschillen tussen allochtonen en autochtonen weg te werken, maar dit zou onvereenigbaar zijn met elke liberale waarde. Om deze reden moet er minstens een ‘causaal verband’ zijn tussen de concrete benadeling en het lidmaatschap van een kwetsbare groep. Anders gezegd: het is vereist dat een lid van een kwetsbare groep een benadeling ondergaat *omwille van* dit lidmaatschap. Een louter causaal verband is echter evenmin voldoende. Laten we terugkeren naar hetzelfde voorbeeld, maar ditmaal hebben we wat meer informatie: we weten dat de allochtone kruidenier weggeconcurrereerd kon worden omdat racistische klanten liever bij de autochtone kruidenier kochten. In dit geval is er wel degelijk een causaal verband tussen het lidmaatschap en de concrete benadeling: de allochtoon werd benadeeld omwille van zijn afkomst. Mocht hij geen allochtoon zijn, zou hij niet weggeconcurrereerd zijn. Toch zou een verbod nog steeds een veel

⁵⁷¹ T. KHAITAN, *A Theory of Discrimination Law*, o.c., 149.

⁵⁷² In deze stap spreken we bewust van ‘rechtstreeks causaal verband’, terwijl Khaitan over ‘correlatie’ spreekt (166). Inhoudelijk komt mijn benadering op dit punt enigszins overeen met wat Khaitan voor ogen heeft, maar op conceptueel vlak slaagt Khaitan er m.i. niet goed in om het onderscheid tussen correlatie en causaliteit te maken. Wanneer hij argumenteert dat ‘causaliteit’ niet vereist is, verwacht hij de psychologische beweegredenen van een dader met causaliteit. Hij argumenteert wel dat de correlatie ‘sterk genoeg’ moet zijn, opdat niet elk verband tussen lidmaatschap en concrete benadeling onder de non-discriminatieplicht zou vallen (169). In mijn lezing komt dit overeen met de vereiste dat het causaal verband ‘rechtstreeks’ en niet ‘onrechtstreeks’ moet zijn.

⁵⁷³ Voorbeeld van Khaitan, maar bijgeschaafd – T. KHAITAN, *A Theory of Discrimination Law*, o.c., 167.

te drastische vrijheidsbeperking zijn. Om dit te voorkomen, is meer dan loutere causaliteit vereist: er moet daarom een *rechtstreeks causaal verband* zijn tussen de concrete benadeling en het lidmaatschap van een benadeelde groep. Met andere woorden: iemand moet niet enkel benadeeld worden omwille van het lidmaatschap van een kwetsbare groep, maar de benadeling zelf moet ook steeds het rechtstreekse gevolg zijn van een gedraging van de plichtsdrager. Aangezien de benadeling in het voorbeeld het gevolg is van het gedrag van de klanten – en niet van de handelaar – zal deze voorwaarde daarom niet vervuld zijn.

Rechtstreekse causaliteit mag evenwel niet verward worden met beweegredenen. Deze zijn enkel relevant vanuit een deontologische benadering. Het volgende voorbeeld verduidelijkt dit. Neem een vrouw die haar contract na een proefperiode niet verlengd ziet worden omdat de werkgever verneemt dat ze zwanger is. Hoewel de werkgever geen enkele vijandigheid koestert tegenover vrouwen, maar louter een werkkraacht verkiest die hij geen zwangerschapsverlof moet geven, is er duidelijk een rechtstreeks causaal verband tussen ‘vrouwelijk geslacht’ en de concrete benadeling. De benadeling gaat immers uit van de werkgever zelf en zou nooit hebben plaatsgevonden mocht de werkneemster geen vrouw geweest zijn. Deze benadeling is problematisch omdat het dubbele kosten oplegt aan ‘vrouw zijn’, terwijl dit kenmerk moreel irrelevant is. Enerzijds zijn er de kosten die de werkneemster op individueel niveau ondervindt omdat zij vrouw is; anderzijds zijn er de kosten op structureel niveau wanneer dergelijke individuele daden van discriminatie bijdragen tot vrijheidsbelemmerende groepsverschillen tussen mannen en vrouwen. Zoals gezien, is het uitsluitend de *combinatie* van deze twee kosten die een verbod op extrinsiek immorele discriminatie rechtvaardigt.⁵⁷⁴

(3) Ten derde, wordt vereist dat er een (rechtstreeks of onrechtstreeks) *causaal verband* is tussen *de benadeling* op individueel niveau en *significante relatieve groepsverschillen* op structureel niveau.⁵⁷⁵ Dit volgt uit de consequentialistische benadering van discriminatie en de libertaire bedenkingen van Epstein en Wertheimer die we besproken hebben: als een horizontaal discriminatieverbod dient om relatieve groepsverschillen te elimineren, moeten individuele patronen van discriminatie in het betrokken domein (arbeidsbetrekkingen, goederen- en dienstenaanbod, verenigingsleven) ook effectief een invloed hebben op de kwetsbare positie van bepaalde groepen. De derde voorwaarde vereist niet dat individuele daden van discriminatie steeds de ‘hoofdoorzaak’ moeten zijn van relatieve groepsverschillen, maar wel dat ze hier op zijn minst toe moeten bijdragen of deze in stand houden. Zoals gezegd, vraagt dit steeds om een gefragmenteerde en holistische benadering, gesteund op bevestigend empirisch onderzoek. Neem het voorbeeld van fitnesscentra die uitsluitend mannelijke leden toelaten. Als we aannemen dat er significante relatieve groepsverschillen tussen mannen en

⁵⁷⁴ T. KHAITAN, *A Theory of Discrimination Law*, o.c., 168.

⁵⁷⁵ Op dit punt wijken we bewust af van Khaitan, die geen causaal verband vereist tussen benadeling op individueel niveau en benadeling op groepsniveau. - T. KHAITAN, *A Theory of Discrimination Law*, o.c., 155.

vrouwen bestaan, dan zijn de eerste twee voorwaarden vervuld. Een vrouw – lid van een kwetsbare groep – ondergaat een nadelig rechtsgevolg in een concrete situatie in vergelijking met mannen (eerste voorwaarde) en deze benadeling vindt plaats omwille van haar geslacht (tweede voorwaarde). Mochten deze voorwaarden voldoende zijn, zou elke vorm van ‘targeting’, waarbij leden van bevoordeelde groepen bevoordeeld worden, bijgevolg verboden zijn. Het is om deze reden dat we de derde voorwaarde geïntroduceerd hebben, die vereist dat er op zijn minst een causaal verband bestaat tussen de concrete benadeling en relatieve groepsverschillen. In het voorbeeld, zal de derde voorwaarde wellicht verhinderen dat we naar de laatste stap in de test overgaan. Als er inderdaad significante relatieve groepsverschillen tussen mannen en vrouwen bestaan, lijkt het immers weinig waarschijnlijk dat deze iets te maken hebben met de benadeling van vrouwen door fitnesscentra. Geslacht is wellicht hoofdzakelijk in het domein van arbeidsbetrekking een selectie criterium dat bijdraagt tot groepsverschillen tussen mannen en vrouwen, omdat vrouwen nu eenmaal kinderen krijgen en mannen niet, maar dit gaat niet op voor elk ander maatschappelijk domein.

(4) Indien aan deze drie voorwaarden voldaan is, moet er in een laatste fase nog ruimte zijn voor een *evenredigheidstest*.⁵⁷⁶ Aan de hand hiervan wordt in elke concrete situatie nagegaan of het middel van non-discriminatie wel evenredig is met het gestelde doel. De traditionele proportionaliteitstoets die we hebben besproken in het juridische luik wordt hier omgedraaid: niet de proportionaliteit van het middel ‘ongelijke behandeling’ maar wel van het middel ‘gelijke behandeling’ wordt nagegaan. Het ‘doel’ bestaat niet langer uit het specifieke doel dat een particulier nastreeft, maar uit de eliminatie van significante relatieve groepsverschillen – wat steeds een legitieme doelstelling is in onze benadering. De andere stappen uit de proportionaliteitstest zijn overbodig geworden: we moeten niet langer nagaan of een gemaakt onderscheid ‘pertinent’, ‘noodzakelijk’ en ‘proportioneel’ is om een bepaald doel te bereiken. Dit is het logische gevolg van een consequentialistische benadering van discriminatie, waarin de intenties of beweegredenen van de dader niet meespelen. Zoals gezegd, is de ‘last’ van een discriminatieverbod verbonden met de *status* van bepaalde particulieren of organisaties, niet met het lidmaatschap van bevoordeelde groepen.⁵⁷⁷ De non-discriminatieplicht verschilt in wezen dan niet zoveel van een dwingende emissienorm voor bedrijven.

Als de non-discriminatieplicht in wezen niet zoveel verschilt van dwingende emissienormen, in die zin dat het dwingende gedragsvoorschriften oplegt aan bepaalde particulieren om zodanig een doel van algemeen belang te realiseren, dan is het uitgangspunt dat elke plichtsdrager in beginsel de dwingende norm moet naleven. Net zoals de uitstoot van emissiegassen niet ‘gerechtvaardigd’ kan worden, is het dan even zinloos om extrinsiek immorele discriminatie te rechtvaardigen. Tegelijk weten we echter dat emissienormen rekening houden met de financiële draagkracht en reële uitstoot van elk bedrijf, terwijl

⁵⁷⁶ T. KHAITAN, *A Theory of Discrimination Law*, o.c., 181.

⁵⁷⁷ T. KHAITAN, *A Theory of Discrimination Law*, o.c., 198.

een discriminatieverbod deze nuance niet maakt. Grote multinationals of kleine familiebedrijfjes, internationale jeugdverenigingen of een lokaal kaartenclubje: allemaal zijn ze drager van de non-discriminatieplicht. Enkel wanneer deze nuance ontbreekt in de wetgeving, kan de mogelijkheid tot rechtvaardiging in concrete gevallen verdedigd worden. Het gaat dan niet zozeer om ‘rechtvaardiging’ in de klassieke grondwettelijke betekenis, maar slechts om een ‘uitzondering’ die het mogelijk maakt dat bepaalde particulieren in concrete situaties ontsnappen aan de non-discriminatieplicht, wanneer de *kosten* verbonden aan deze plicht *niet evenredig* zijn met het gestelde doel.

Een discriminatieverbod kan zowel financiële, socioculturele als psychologische kosten veroorzaken voor plichtsdragers. Terwijl socioculturele en psychologische kosten voornamelijk relevant zijn indien mensen hun ‘recht om te discrimineren’ afleiden uit een fundamenteel vrijheidsrecht (zie *infra*), zijn het hoofdzakelijk financiële kosten die moeten worden afgewogen tegenover het doel indien er geen botsing is met andere grondrechten. Het minimaliseren van financiële kosten en het maximaliseren van winst zijn vanzelfsprekend legitieme doelstellingen van ondernemingen. We weten ondertussen dat vele vormen van rationele discriminatie vaak worden ingegeven door deze doelstellingen. Sommige zijn onschuldig omdat ze geen kosten opleggen aan leden van kwetsbare groepen, anderen doen dit wel. In dit laatste geval is de non-discriminatieplicht die op ondernemingen rust gerechtvaardigd. Het loutere feit dat een discriminatieverbod financiële kosten veroorzaakt is niet voldoende om aan deze plicht te ontsnappen. Elke rechtsnorm die het economisch leven reguleert veroorzaakt onvermijdelijk kosten. Terecht merkt Khaitan op dat de vraag niet is ‘of’ discriminatierecht kosten mag veroorzaken, maar wel ‘wie’ de kosten van discriminatie finaal moet dragen.⁵⁷⁸ In de meeste gevallen zullen financiële kosten niet van die aard zijn dat ze opwegen tegen de kosten voor benadeelde leden. We zijn het met Khaitan eens dat enkel wanneer het bestaan van een onderneming substantieel bedreigd wordt door het opleggen van deze plicht, er sprake kan zijn van een onevenredige belasting.⁵⁷⁹ Denk aan een kleine onderneming die onredelijke aanpassingen zou moeten doorvoeren om hun kantoren toegankelijk te maken voor een rolstoelpatiënt, of een kroeguitbater van een klein Belgisch caféetje die geen Pakistaanse vluchteling als barman zou mogen weigeren op grond van zijn afkomst, indien zijn cliënteel grotendeels uit conservatieve oude blanke mannen bestaat. De evenredigheidstest in enge zin laat ons toe om deze nuance in concrete gevallen te maken, daar waar de wet dit niet kan.

ii) Botsing met grondrechten

Bijzonder moeilijk wordt het indien het recht om niet gediscrimineerd te worden in botsing komt met een fundamenteel vrijheidsrecht waarop de discriminator zich beroept. We kunnen hierbij vooral denken

⁵⁷⁸ T. KHAITAN, *A Theory of Discrimination Law*, o.c., 191.

⁵⁷⁹ T. KHAITAN, *A Theory of Discrimination Law*, o.c., 187.

aan het recht op een persoonlijke levenssfeer, de vrijheid van vereniging of godsdienstvrijheid: veelal maakt het ‘recht om te discrimineren’ een essentieel onderdeel uit van deze vrijheidsrechten. Godsdienstvrijheid zou weinig inhouden, mocht een katholieke vereniging niet het recht hebben om niet-katholieken te weren uit hun vereniging. Het recht om te discrimineren is hier slechts een afgeleide van een hoger vrijheidsrecht. Om deze reden kan men in deze situaties niet simpelweg stellen dat het discriminatieverbod steeds voorrang heeft. Volgens Velaers gaat het in dit geval om het klassieke leerstuk van ‘botsende grondrechten’.⁵⁸⁰ Men zal daarom steeds *in concreto* een *afweging* moeten maken tussen de verschillende belangen die op het spel staan.⁵⁸¹

(1) *Grondrechten en non-discriminatie: welk perspectief?*

Vooraleer over te gaan tot de verschillende stappen die in een model van afweging moeten worden betrokken, dienen we ons eerst af te vragen vanuit welk perspectief deze afweging dient te gebeuren: vanuit het perspectief van de gediscrimineerde, of vanuit het perspectief van de discriminator die zich beroept op een fundamenteel vrijheidsrecht? Op dit punt treden we Velaers bij, die stelt dat klassieke vrijheidsrechten enigszins ‘voorrang’ verdienen op een horizontaal discriminatieverbod.⁵⁸² Hiermee bedoelt hij dat de beoordeling dient te gebeuren *vanuit het perspectief van degene die discrimineert* en zich daarbij op een grondrecht beroept. Meer concreet, gaat het debat dan niet langer over de verantwoording van de ongelijke behandeling, maar wel over de verantwoording van de *beperking van het vrijheidsrecht*. Het uitgangspunt in deze hypothese is dat discriminatie in beginsel gerechtvaardigd is en een verbod hierop de uitzondering.

Deze voorrang van klassieke vrijheidsrechten op het discriminatieverbod kan eveneens vanuit ons sociaalliberaal perspectief verdedigd worden, omdat een discriminatieverbod in onze benadering helemaal niet doorgaat als een toepassing van het grondwettelijke ‘gelijkheidsbeginsel’ in horizontale relaties. Enkel in verticale relaties, tussen overheid en burgers, verdient het gelijkheidsbeginsel volgens ons de kwalificatie als grondrecht. Het grondwettelijke gelijkheidsbeginsel verschilt van andere

⁵⁸⁰ J. VELAERS, ‘De antidiscriminatiewet en de botsing van grondrechten’, *o.c.*, 329.

⁵⁸¹ J. VELAERS, ‘De antidiscriminatiewet en de botsing van grondrechten’, *o.c.*, 331.

⁵⁸² J. VELAERS, ‘De antidiscriminatiewet en de botsing van grondrechten’, *o.c.*, 343. Of deze stelling *juridisch* nog steeds klopt wat België betreft, is onzeker. Velaers baseerde zich hiervoor immers op art. 3 van de oude Antidiscriminatiewet (2003), dat expliciet stelde dat “deze wet geen afbreuk doet aan de bescherming en de uitoefening van de in de Grondwet en in de internationale mensenrechtenconventies opgenomen fundamentele rechten en vrijheden”, wat hij als een impliciete bevestiging van de ‘voorrang’ van klassieke vrijheidsrechten zag. Deze principiële bepaling is weggelaten in de nieuwe antidiscriminatiewetten, al is het onzeker of hieruit veel kan worden afgeleid. Vele auteurs vonden dit artikel indertijd volstrekt overbodig, aangezien het vanzelfsprekend nooit de bedoeling kan zijn van een wet dat deze afbreuk doet aan grondrechten. De nieuwe wetten blijven nog steeds overwegend stilzwijgend op het vlak van botsende grondrechten, waardoor de stelling dat de ‘eerbiedigingsfunctie’ van grondrechten voorrang verdient op de ‘beschermingsfunctie’ van het discriminatieverbod vermoedelijk overeind blijft. Los hiervan, is mijn stellingname louter *normatief* en niet juridisch van aard.

grondrechten, omdat het helemaal geen bescherming biedt tegen een inmenging door overheden of particulieren in de vrijheid van anderen, zoals bijvoorbeeld het recht op leven doet. Het gelijkheidsbeginsel is bij uitstek een *bestuursprincipe*, een essentiële eigenschap van een democratische rechtstaat en een richtsnoer waaraan overheden hun beleid steeds op dienen af te toetsen. Terwijl het evident is om aan te nemen dat zowel overheden als burgers het klassieke vrijheidsrecht ‘recht op leven’ moeten eerbiedigen, waarbij de criminalisering van doodslag als de horizontale doorwerking van het recht op leven kan worden beschouwd, is het daarom veel minder vanzelfsprekend om een discriminatieverbod als de horizontale doorwerking van het gelijkheidsbeginsel te kwalificeren (al wordt dit doorgaans wel aanvaard in de doctrine, zoals gezien). Om deze reden, is het correcter om van een botsing van het horizontale discriminatieverbod ‘met’ grondrechten te spreken, dan van een botsing ‘tussen’ grondrechten. Storme had gedeeltelijk gelijk, wanneer hij zei dat er niet zoiets bestaat als een grondrecht op gelijke behandeling tussen particulieren onderling.⁵⁸³ Enkel het verbod op intrinsiek immorele discriminatie kan in onze benadering als een grondrecht worden gekwalificeerd, meer bepaald de horizontale doorwerking van het recht op menswaardige behandeling. Uitsluitend in dit laatste geval is er sprake van een daadwerkelijke botsing ‘tussen’ grondrechten, al dient de beoordeling volgens ons ook in dit geval vanuit het perspectief van de discriminator te gebeuren die zich op een fundamenteel vrijheidsrecht beroept. De reden hiervoor is dat we, net zoals Velaers, enigszins voorrang geven aan de ‘eerbiedigingsfunctie’ van grondrechten (die de overheid verbiedt om tussen te komen) op de ‘beschermende functie’ van grondrechten (die de overheid verplicht om tussen te komen).⁵⁸⁴

In wat volgt, gaan we na welke stappen overlopen moeten worden om na te gaan of een beperking op een vrijheidsrecht gerechtvaardigd is, ter bescherming van het recht om niet gediscrimineerd te worden. Deze voorwaarden zijn grotendeels gebaseerd op het ‘model van afweging’ uitgewerkt door Velaers.⁵⁸⁵

(2) *Drie stappen*

(1) De eerste stap in het model van afweging heeft betrekking op het nagaan van de *geloofwaardigheid* van de grondrechtenaanspraak.⁵⁸⁶ In deze stap controleren we dus of een discriminator zich niet louter op een fundamenteel vrijheidsrecht beroept uit strategische overwegingen. Stel dat een jeugdbeweging zich beroept op de vrijheid van vereniging en geloof om homoseksuele jongeren en moslims uit hun vereniging te weren. Om deze claim geloofwaardig te maken, zal het bestuur van de jeugdbeweging

⁵⁸³ M. E. STORME, ‘Algemene discriminatiewet leidt onvermijdelijk naar politiestaat’, *o.c.*, 4.

⁵⁸⁴ J. VELAERS, ‘De antidiscriminatiewet en de botsing van grondrechten’, *o.c.*, 343.

⁵⁸⁵ J. VELAERS, ‘De antidiscriminatiewet en de botsing van grondrechten’, *o.c.*, 331-340.

⁵⁸⁶ J. VELAERS, ‘De antidiscriminatiewet en de botsing van grondrechten’, *o.c.*, 333. De eerste stap die Velaers vernoemt, ‘een concrete bestandsopname’, wordt niet vermeld omdat deze stap slechts inhoudt dat een rechter alle concrete omstandigheden van de zaak in rekening moet nemen, iets wat m.i. voor alle rechtsconflicten geldt.

moeten aantonen dat seksuele geaardheid en geloofsovertuiging ook in het verleden relevante selectiecriteria waren. Velaers noemt dit de *coherentie- en consistentietest*.

Indien de claim van de particulier die zich op een vrijheidsrecht beroept geloofwaardig is, moeten we naar de klassieke proportionaliteitstoets in ruime zin overgaan, die we reeds uitgebreid besproken hebben in het juridische luik. Het verschil ditmaal is dat niet de ongelijke behandeling, maar wel de beperking van het grondrecht objectief en redelijk moet worden verantwoord. De vragen naar de 'legitimiteit' van de doelstelling en de 'pertinentie' van het middel zijn vanuit dit perspectief niet langer van belang. Aangezien een juridisch discriminatieverbod in onze sociaalliberale benadering ertoe strekt om enerzijds de plicht tot menswaardige behandeling op te leggen en anderzijds relatieve groepsverschillen te elimineren, zal aan de legitimiteitsvoorwaarde steeds voldaan zijn. We mogen er eveneens van uitgaan dat het middel redelijkerwijze kan bijdragen tot deze doelstellingen, toch wanneer een discriminatieverbod voldoet aan de voorwaarden die we hierboven uiteengezet hebben en rekening houdende met de libertaire kanttekeningen die we hierbij geschetst hebben.

(2) Aangezien de beperking van een vrijheidsrecht in onze benadering steeds legitiem en pertinent is, luidt de volgende vraag of de beperking van dit vrijheidsrecht ook *noodzakelijk* is om het gewenste doel te bereiken. We hebben reeds opgemerkt dat, om verwarring met de evenredigheidstest te vermijden, het criterium van 'noodzakelijkheid' best begrepen wordt als 'de afwezigheid van even doeltreffende én efficiënte alternatieven'. Velaers spreekt in dit verband van '*praktische concordantie*', wat inhoudt dat een verzoening tussen beide aanspraken mogelijk is zonder dat één van beide (grond)rechten gecompromitteerd moet worden.⁵⁸⁷ Dit moet volgens ons uitsluitend beoordeeld worden vanuit het standpunt van de persoon die gediscrimineerd wordt.⁵⁸⁸ De mate waarin de gediscrimineerde al dan niet afhankelijk is van de andere grondrechtdrager om zijn eigen rechten uit te oefenen, is in dit geval determinerend. Indien een homoseksuele jongen bijvoorbeeld geweigerd wordt door een strenge katholieke privéschool, terwijl hij evengoed naar een seculiere openbare school in de buurt kan gaan, kunnen de (grond)rechten van beide partijen perfect met elkaar verzoend worden zonder dat een beperking van één van beide noodzakelijk is.

(3) Indien geoordeeld wordt dat de beperking van het vrijheidsrecht waarop de discriminator zich beroept 'noodzakelijk' is omdat geen praktische concordantie mogelijk is, gaan we in de laatste fase

⁵⁸⁷ J. VELAERS, 'De antidiscriminatiewet en de botsing van grondrechten', *o.c.*, 334. Om verwarring met de reeds geschetste proportionaliteitstoets te vermijden, heb ik 'praktische concordantie' onder 'noodzakelijkheid' gesitueerd, terwijl dit bij Velaers een afzonderlijke stap is.

⁵⁸⁸ Op dit punt wijken we af van Velaers, die betoogt dat 'praktische concordantie' eveneens moet beoordeeld worden vanuit het standpunt van de grondrechtdrager. Dit zou erop neerkomen dat eveneens moeten worden nagegaan of er geen vergelijkbare alternatieven zonder discriminatie bestaan waardoor het eigen grondrecht niet (te veel) in het gedrang komt. M.i. komt dit neer op een proportionaliteitstoets in enge zin en leidt dit opnieuw tot conceptuele verwarring.

over tot de *evenredigheidstest in enge zin*: hierin gaan we na of de bescherming van de belangen van de gediscrimineerde al dan niet evenredig is met de gevolgen die voortvloeien uit de beperking van het grondrecht.⁵⁸⁹ In de context van het recht op een persoonlijke levenssfeer en de vrijheid van vereniging en godsdienst zal dit zelden evident zijn, aangezien het ‘recht om te discrimineren’ veelal net tot de *essentie* van deze grondrechten behoort. Hierbij is het van belang dat waarden zoals ‘ruimdenkendheid, verdraagzaamheid en openheid’ erkend worden als elementaire eigenschappen van een pluralistische en vrije samenleving.⁵⁹⁰ Dit houdt in dat er ook ruimte moet zijn voor banale meningen, intolerante religies en onverdraagzame verenigingen. Dit wil niet zeggen dat er geen grenzen mogen worden gesteld aan deze vrijheden, maar wel dat deze niet beperkt kunnen worden omwille van het loutere feit dat ze politiek incorrect zijn. Indien het recht om te discrimineren tot de essentie van een grondrecht behoort, kunnen zelfs intrinsiek immorele gevallen van discriminatie gerechtvaardigd zijn. Neem een racistische zakenman die uitsluitend een blanke kuisvrouw wil: hoewel de discriminatie ingegeven is door vooroordelen ten aanzien van gekleurde mensen, zou zijn recht op bescherming van de persoonlijke levenssfeer betekenisloos zijn indien hij niet de vrijheid heeft om uitsluitend een blanke kuisvrouw in zijn eigen huis te kiezen. Hetzelfde kan worden gezegd van een communistisch kaartenclubje dat een gruwelijke hekel heeft aan kapitalisten en daarom enkel mensen onder een bepaald maximumvermogen toelaat: zonder het recht om te discrimineren, zou het recht om zich te verenigen met gelijkgezinde mensen volledig uitgehold worden.

Dit wordt vooral duidelijk in de context van de reeds besproken ‘*identiteitsgebonden verenigingen*’, die uiting geven aan een gemeenschappelijke overtuiging en in functie daarvan de voorwaarden voor lidmaatschap bepalen.⁵⁹¹ Jeugdverenigingen en scholen op religieuze grondslag, maar ook vakverenigingen en politieke partijen zijn bij uitstek identiteitsgebonden verenigingen. De vrijheid van vereniging sluit hier nauw aan bij de vrijheid van meningsuiting: als mensen het recht hebben om hun mening te uiten, hebben ze ook het recht om zich met mensen te verenigen die er dezelfde overtuigingen op nahouden. Men kan bijvoorbeeld redelijkerwijze aanvaarden dat een conservatieve nationalistische politieke partij die een restrictieve migratiekoers voert, geen leden toelaat die niet de Belgische nationaliteit hebben, of dat een vakvereniging die opkomt voor de belangen van werknemers zelfstandigen uitsluit. De uitsluiting van bepaalde leden heeft hier als doel om de gemeenschappelijke overtuiging van de leden en daarmee dus *de identiteit van de vereniging te beschermen*. Volgens de Britse politieke filosoof Stuart White heeft een dergelijke claim een zeer sterk legitiem karakter: indien hieraan voldaan is, zal het moeilijk zijn om te argumenteren dat een beperking van dit grondrecht in een

⁵⁸⁹ J. VELAERS, ‘De antidiscriminatiewet en de botsing van grondrechten’, *o.c.*, 339.

⁵⁹⁰ J. VELAERS, ‘De antidiscriminatiewet en de botsing van grondrechten’, *o.c.*, 338.

⁵⁹¹ J. VELAERS, ‘De antidiscriminatiewet en de botsing van grondrechten’, *o.c.*, 349. Voor twee interessante essays over het spanningsveld tussen de vrijheid van vereniging en non-discriminatie, zie eveneens: S. WHITE, ‘Freedom of association and the right to exclude’, *The Journal of Political Philosophy*, 1997, vol. 5, 373-391; A. KOPPELMAN, ‘Should noncommercial associations have an absolute right to discriminate?’, *Law and Contemporary Problems*, 2004, vol. 67, 27-57.

vrije samenleving ‘proportioneel’ is met het legitieme doel van een discriminatieverbod.⁵⁹² Toegepast op verenigingen, zal het recht om te discrimineren vooral tot de essentie van de vrijheid van vereniging behoren, indien men kan aantonen dat het delen van gemeenschappelijke waarden en overtuigingen rond het gemaakte onderscheid een *hoofdactiviteit* van deze vereniging is. Toegepast op godsdienstvrijheid, zal het recht om te discrimineren tot de essentie van dit grondrecht behoren indien men kan aantonen dat het gemaakte onderscheid effectief tot *de kern van een religieuze overtuiging* behoort. Zo zal een vakvereniging gemakkelijk kunnen aantonen dat het uitsluiten van zelfstandigen een hoofdactiviteit van hun vereniging is, net zoals een kerk of moskee relatief simpel kan verdedigen dat het geloof in de rolverdeling tussen man en vrouw tot de kern van hun geloof behoort, waardoor vrouwen geen priester mogen worden of een moskee mogen betreden. Een jeugdvereniging die zich op zijn christelijke grondslag baseert om homoseksuelen te weigeren, zal het daarentegen moeilijker hebben om aan te tonen dat dit onderscheidingscriterium ‘essentieel’ is om de identiteit van hun vereniging te beschermen, indien het delen van christelijke waarden en overtuigingen rond seksuele geaardheid geen hoofdactiviteit van de vereniging is.⁵⁹³ Steeds moet men rekening houden met alle concrete omstandigheden van de zaak om te oordelen of de beperking van een vrijheidsrecht al dan niet ‘proportioneel’ is.

Toch kan in de fase van de proportionaliteitstoets uitzonderlijk worden geoordeeld dat het vrijheidsrecht moet wijken voor de belangen van de gediscrimineerde. Neem een rusthuis met een streng katholieke grondslag, dat regelmatig gebedsdiensten en religieuze vieringen voor hun patiënten organiseert.⁵⁹⁴ Aangezien gelovigen het recht hebben om een rusthuis op religieuze grondslag op te richten, maakt de mogelijkheid om homoseksuele bejaarde echtparen te weigeren deel uit van het recht op religieuze vrijheid. Het rusthuis kan zich op zijn geloofsvrijheid beroepen indien zij deze grondslag in het verleden consistent heeft uitgedragen. Het weigeren van mensen die deze religieuze overtuigingen niet delen is immers van essentieel belang om de religieuze identiteit van de instelling te behouden, terwijl de afkeuring van homoseksualiteit voor veel mensen een essentieel aspect uitmaakt van hun geloof. Indien *in concreto* echter blijkt dat er geen ‘praktische concordantie’ mogelijk is tussen de rechten van beide partijen, doordat er geen alternatieve rusthuizen voor het bejaarde echtpaar in de buurt zijn, zal een belangenafweging in het voordeel van het echtpaar uitzonderlijk toch mogelijk zijn. In dit geval, moet men rekening houden met alle concrete in het geding zijnde belangen, zoals de mate waarin homoseksualiteit effectief onverzoenbaar is met de religieuze overtuigingen van de organisatie en zijn leden, de mate waarin redelijkerwijze kan worden verwacht van een bejaard echtpaar dat ze naar een verder gelegen rusthuis verhuizen en de nood aan een onmiddellijke opname. Indien discriminatie van

⁵⁹² S. WHITE, ‘Freedom of association and the right to exclude’, *o.c.*, 385.

⁵⁹³ Terecht merkt Koppelman op dat de veroordeling van seksuele geaardheid geen identiteitsbepalend criterium is van de *Boys Scouts* in de V.S., maar een overtuiging die slechts uitgaat van enkele leden binnen een sterk bureaucratisch georganiseerde en monopolistische organisatie – A. KOPPELMAN, ‘Should noncommercial associations have an absolute right to discriminate?’, *o.c.*, 53.

⁵⁹⁴ Voorbeeld ontleend van: J. VELAERS, ‘De antidiscriminatiewet en de botsing van grondrechten’, *o.c.*, 359.

bepaalde personen tot de kern van een beschermd grondrecht behoort, zal slechts in uitzonderlijke omstandigheden het belang van de gediscrimineerde opwegen tegen het belang van de grondrechtdrager.

(3) *Niet alles is een grondrecht*

De voorgaande stappen bieden slechts een houvast in de moeilijke afweging die moet worden gemaakt in de situaties waarin grondrechten botsen met een discriminatieverbod. Uiteindelijk komt het steeds neer op een evenwichtsoefening tussen verschillende belangen, waarin met alle concrete omstandigheden van de zaak rekening wordt gehouden. Van belang om te onthouden is dat, wanneer een ‘recht om te discrimineren’ kan worden afgeleid uit een concreet vrijheidsrecht, de beoordeling steeds vanuit het perspectief van de grondrechtdrager moet gebeuren. In onze benadering, moet het zonet geschetste afwegingsmodel bovendien *enkel* gevolgd worden wanneer het recht op non-discriminatie botst met een grondrecht. In de twee andere conflictsituaties was er veel minder ruimte voor subjectieve en flexibele belangenafweging, zoals gezien.

In de rechtspraak merken we dat rechters of semi-rechterlijke instanties niet steeds goed het onderscheid weten te maken tussen ‘gewone’ rechtsconflicten inzake discriminatie enerzijds en grondrechtconflicten anderzijds. Zo oordeelde een arbeidsrechtbank in België dat een winkelzaak zich niet op haar ‘neutraliteit’ kon beroepen bij het ontslag van een werknemster die weigerde haar hoofddoek uit te doen tijdens het werk, omdat ze deze neutraliteit in het verleden ‘niet voldoende duidelijk en consistent heeft uitgedragen’.⁵⁹⁵ Op analoge wijze oordeelde het Europese Hof van Justitie in een recente zaak dat een verbod voor werknemers om tekenen van politieke, filosofische of religieuze overtuiging zichtbaar op de werkvloer te dragen een toepassing van een legitiem neutraliteitsbeleid kan zijn, ‘mits dat beleid daadwerkelijk coherent en systematisch wordt nagestreefd.’⁵⁹⁶ Dit is een toepassing van de zonet geschetste coherentie- en consistentietest, die werd toegepast om na te gaan of een discriminator zich op een geloofwaardige wijze op een grondrecht kon beroepen. Een neutraliteitsbeleid heeft volgens ons echter weinig met fundamentele grondrechten te maken. Een commerciële winkelketen is geen vereniging van gelijkgezinde mensen die samenkomen om hun neutrale visie op het leven met elkaar te delen. Neutraliteit is in deze context geen levensbeschouwing, maar simpelweg een commerciële strategie die zelden intrinsiek immoreel is.⁵⁹⁷ In onze benadering, kan een onderscheid dan enkel ongerechtvaardigd zijn wanneer de hierboven geschetste voorwaarden voor het verbod op extrinsiek

⁵⁹⁵ Arbrb. Tongeren (1e k.) nr. 11/2142/A, 2 januari 2013, *Limb.Rechtsl.* 2013, afl. 1, 55. Noot door K. ALIDADI, ‘Privaat neutraliteitsbeleid onder de loep’, *Juristenkrant*, 2013, nr. 263, 2; eveneens besproken in J. VERPLAETSE en C. DELMOTTE, *Basisboek ethiek en rechtsfilosofie, o.c.*, 104.

⁵⁹⁶ HvJ 14 maart 2017, C-157/15, *Achbita, Centrum voor Gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding / G4S Secure Solutions*, randnummer 40.

⁵⁹⁷ Zo erkent het Hof van Justitie in de voormelde zaak eveneens dat de wens om een neutraliteitsbeleid te voeren onderdeel uitmaakt van de vrijheid van ondernemerschap (randnummer 38).

immorele discriminatie vervuld zijn. Indien we aannemen dat er significante relatieve groepsverschillen tussen moslims (met hoofddoek in het bijzonder) en niet-moslims bestaan, is het goed mogelijk dat er inderdaad sprake is van ongerechtvaardigde discriminatie. Dit heeft niets te maken met de consistentie waarmee men een neutraliteitsbeleid voert, maar alles met de eliminatie van relatieve groepsverschillen als legitieme doelstelling. Dit wordt duidelijk wanneer we de moslima in het geschil zouden vervangen door een punker met piercings en hanenkam. We kunnen punk als een levensbeschouwing beschouwen, net zoals Islam. Laten we eveneens aannemen dat de punker administratief werk achter de schermen zou verrichten, waardoor er geen enkel rationeel verband tussen de kledingstijl en het werk kan worden aangenomen. Zou het in dit geval uitmaken of de handelszaak een 'consistent neutraliteitsbeleid' heeft gevoerd in het verleden, mocht ze van de punker verwachten dat hij zich neutraal kleedt op het werk? Zou het ongerechtvaardigd zijn om de punker niet aan te werven wanneer hij weigert het haar plat te dragen en zijn piercings thuis te laten, indien moslima's in het verleden wel een hoofddoek mochten dragen op de werkvloer? Het intuïtief antwoord luidt wellicht 'neen'. In beide gevallen legt de kledingzaak nochtans neutrale kledingvoorschriften op die bepaalde mensen verbieden zich te kleden volgens hun persoonlijke overtuigingen. Indien we aannemen dat het gemaakte onderscheid op grond van levensbeschouwing in het ene geval ongerechtvaardigd kan zijn en in het andere geval niet, dan is er maar één rationele verklaring hiervoor: moslims behoren wellicht tot een benadeelde groep in de huidige samenleving, terwijl dit van punkers moeilijk kan worden aangenomen.

In onze benadering, moet het geschetste model van afweging uitsluitend gevolgd worden wanneer er grondrechten in het geding zijn; in andere situaties is er nauwelijks ruimte voor belangenafweging. De mate waarin een bepaald selectie criterium al dan niet 'consistent en coherent' werd gehanteerd in het verleden kan dan hoogstens een bijkomstige rol spelen ter ondersteuning van een bepaalde discriminatieclaim, maar is niet van wezenlijk belang ter rechtvaardiging van een gemaakt onderscheid.

iii) Synthese

Vanuit onze sociaalliberale invalshoek, hebben we zonet drie toetsingschema's geformuleerd die verschillen naargelang de aard van de discriminatoire handeling (intrinsiek of extrinsiek immoreel) en naargelang de aard van de betrokken rechten waarop de discriminator zich beroept (wel of geen fundamentele vrijheidsrechten). Deze modellen verschillen aanzienlijk van de rechtvaardigingstoetsen in het huidige discriminatierecht. Samengevat ziet ons toetsingschema in een concrete situatie van (vermeende) discriminatie er dus als volgt uit:

- Test 1. *Kan de discriminator zich op een fundamenteel vrijheidsrecht beroepen?*
 - Is de bewering geloofwaardig (coherentie- en consistentietest) ?

- Zo neen: test 2.
 - Zo ja: volgende stap.
 - Is de beperking van het vrijheidsrecht noodzakelijk / is praktische concordantie onmogelijk?
 - Zo neen: geen beperking vrijheidsrecht gerechtvaardigd.
 - Zo ja: volgende stap.
 - Is de beperking van het vrijheidsrecht evenredig met het doel?
 - Zo neen: geen beperking vrijheidsrecht gerechtvaardigd.
 - Zo ja: beperking vrijheidsrecht gerechtvaardigd.
- Test 2. Indien de discriminator zich niet kan beroepen op een fundamenteel vrijheidsrecht: *was de discriminatie ingegeven door vooroordelen, negatieve stereotypen of negatieve reactie-kwalificaties* ten aanzien van bepaalde mensen?
 - Zo neen: test 3.
 - Zo ja: steeds ongerechtvaardigde discriminatie.
- Test 3. Indien de discriminator zich niet kan beroepen op een fundamenteel vrijheidsrecht en de discriminatie niet was ingegeven door vooroordelen, negatieve stereotypen of negatieve reactie-kwalificaties: *wordt de gediscrimineerde persoon op significante wijze in zijn of haar vrijheid aangetast?*
 - Werd een lid van een significant benadeelde groep in een concrete situatie benadeeld door een plichtsdrager, dit in vergelijking met een lid uit een corresponderende bevoordeelde groep?
 - Zo neen: discriminatie steeds gerechtvaardigd.
 - Zo ja: volgende stap.
 - Is er een rechtstreeks causaal verband tussen de concrete benadeling en het lidmaatschap van de groep?
 - Zo neen: discriminatie steeds gerechtvaardigd.
 - Zo ja: volgende stap.
 - Is er een causaal verband tussen de concrete benadeling op individueel niveau en significante relatieve groepsverschillen op structureel niveau?
 - Zo neen: discriminatie steeds gerechtvaardigd.
 - Zo ja: volgende stap.
 - Zijn de kosten die een discriminatieverbod oplegt evenredig met het doel?
 - Zo neen: discriminatie steeds gerechtvaardigd.
 - Zo ja: discriminatie steeds ongerechtvaardigd.

f) De fout van egalitaristen

We hebben de constitutionele, de legislatieve en de gerechtelijke fase nu volledig afgerond. Vanuit een sociaalliberale invalshoek hebben we de beginselen menselijke waardigheid en vrijheid geïdentificeerd als legitieme grondslagen van een verbod op respectievelijk intrinsiek en extrinsiek immorele discriminatie. In het eerste geval, verplicht een horizontaal discriminatieverbod particulieren om eenieder met een minimum aan respect te behandelen, op grond van mensen hun intrinsieke en onuitwisbare menselijke waardigheid. In het tweede geval, wordt discriminatierecht als een consequentialistisch instrument ingezet om significante relatieve groepsverschillen te elimineren en leden van kwetsbare groepen een eerlijke kans op zelfrealisatie te geven. Uit deze grondslagen hebben we in de gerechtelijke fase ethisch gekleurde principes afgeleid die in concrete situaties kunnen worden toegepast, waarbij het toetsingsschema verschilt naargelang het gaat om ‘intrinsiek’ of ‘extrinsiek’ immorele discriminatie en naargelang het recht om niet gediscrimineerd te worden al dan niet botst met een fundamenteel vrijheidsrecht van de discriminator.

Men zou kunnen opwerpen dat we zonet een zeer lange omweg hebben gemaakt om een discriminatieverbod vanuit een sociaalliberaal raamwerk te verdedigen. Zouden we niet tot hetzelfde resultaat zijn gekomen, als we simpelweg de meest voor de hand liggende verklaring van discriminatierecht hadden gevolgd: dat gelijkheid de grondslag van een horizontaal discriminatieverbod is? In vele handboeken discriminatierecht wordt in de inleidende hoofdstukken inderdaad steevast een vanzelfsprekend verband tussen discriminatierecht en gelijkheid aangenomen.⁵⁹⁸ De theoretische discussies blijven in dit geval echter veelal beperkt tot welke vorm van gelijkheid de ‘beste’ is, maar het verband tussen gelijkheid en discriminatie zelf blijft meestal onderbelicht. In het laatste onderdeel van ons rechtsfilosofisch luik zullen we betogen dat menselijke waardigheid en vrijheid niet uitsluitend ‘alternatieve’ grondslagen van discriminatierecht zijn, maar dat het daarbovenop *de enige zinvolle grondslagen* zijn. We baseren ons hiervoor op drie argumenten: de semantische onduidelijkheid van het gelijkheidsbeginsel, het gevaar van een gelijkheidsbenadering van discriminatierecht en de theoretische inconsistenties tussen non-discriminatieprincipes enerzijds en gelijkheidsprincipes anderzijds.

i) Semantische discussies

We weten ondertussen dat gelijkheid een allemansvriend is. Er bestaan tal van invullingen van gelijkheid, van rechtengelijkheid tot welvaartsgelijkheid, en naargelang de inhoud die eraan gegeven

⁵⁹⁸ Zo ook D. DE PRINS, S. SOTTIAUX en J. VRIELINK, *Handboek discriminatierecht, o.c.*, randnummers 1-12; S. FREDMAN, *Discrimination Law, o.c.*, 1-37.

wordt kan iedereen zich wel vinden in een of andere invulling. Zoals we reeds aangekaart hebben, lijken bepaalde invullingen van gelijkheid geen afzonderlijke waarden op zich te zijn, maar eerder onderliggende modaliteiten van andere waarden, zoals menselijke waardigheid en vrijheid. In dat geval gaat het niet zozeer om gelijkheid als dusdanig, maar eerder om ‘gelijke waardigheid’ of ‘gelijke vrijheid’. Gelijkheid en vrijheid zijn volgens sommige auteurs inderdaad geen ‘communicerende vaten’, in die zin dat meer gelijkheid steeds ten koste gaat van vrijheid en andersom, maar eerder complementaire waarden.⁵⁹⁹ We hebben echter reeds geargumenteed dat gelijkheid slechts een waardevol concept is indien het duidelijk wordt afgelijnd van andere beginselen. Gelijkheid is dan geen middel ter vrijwaring van menselijke waardigheid of vrijheid, maar wordt geacht een nobel doel op zichzelf te zijn. Enkel in dat geval kunnen we spreken van een echte ‘egalitaire’ benadering van discriminatierecht, waarin gelijkheid *as such* de grondslag van een discriminatieverbod is.

Indien we kritischer kijken naar de literatuur die discriminatierecht vanuit het gelijkheidsbeginsel benadert, merken we eigenlijk al vlug dat het ‘ideaal’ dat een discriminatieverbod volgens vele auteurs nastreeft slechts zelden strikt egalitair van aard is. Zo stelt Koppelman dat de essentie van discriminatierecht ligt in de bestrijding van het idee dat bepaalde klassen mensen minderwaardig zijn aan anderen.⁶⁰⁰ Discriminatierecht dient volgens Koppelman om de onderdrukking van bepaalde groepen in de samenleving tegen te gaan, wat simpelweg een humanitaire doelstelling is die ook wij hebben verdedigd. Ook al zullen vele liberalen vinden dat de markt dit efficiënter kan oplossen dan het recht, zullen ze geen bezwaar maken tegen de doelstelling op zich. Hoewel Koppelman, zoals vele andere auteurs,⁶⁰¹ discriminatierecht vanuit een gelijkheidsperspectief benadert, is er weinig egalitair aan de visie dat onderdrukking en de structurele achterstelling van bepaalde groepen problematisch is. Zelfs auteurs die vinden dat het huidige discriminatierecht niet ver genoeg gaat en moet evolueren in de richting van ‘echte’ materiële gelijkheid kunnen nauwelijks egalitair worden genoemd – toch niet indien we gelijkheid duidelijk willen aflijnen van andere waarden. Zelfs een progressieve liberaal kan zich nu en dan vinden in maatregelen van positieve actie, zoals genderquota. De eliminatie van significante relatieve groepsverschillen is een nobel doel: indien blijkt dat zuivere marktwerking of loutere non-discriminatieplichten hier weinig aan kunnen verhelpen, terwijl maatregelen van positieve actie dit wel zouden doen, is er geen onverenigbaarheid met liberale waarden. De gezonde libertaire reflex zal er echter steeds in bestaan om geval per geval te bekijken, met oog voor alle oorzaken van structurele achterstelling van bepaalde groepen en alle mogelijke remedies hiertegen.

⁵⁹⁹ M. ADAMS, ‘Vrijheid of gelijkheid? De nieuwe Belgische antidiscriminatiewet en de soevereiniteit in eigen kring’, *o.c.*, 93.

⁶⁰⁰ A. KOPPELMAN, ‘Antidiscrimination Law and Social Equality’, *Report from the Institute for Philosophy & Public Policy*, 1996, vol. 16, (1), 4.

⁶⁰¹ Ook Goldschmidt betoogt dat gelijkheid eerder het onderliggend beginsel van alle vrijheidsrechten is en geen autonome waarde. Zie: J. E. GOLDSCHMIDT, ‘Back to the future – an Agenda for a More Equal Future’, in T. LOENEN en P. RODRIGUES, *Non-discrimination law: comparative perspectives*, *o.c.*, (437), 441-442.

Slechts weinig auteurs die discriminatie vanuit het gelijkheidsbeginsel benaderen gaan werkelijk zo ver dat ze werkelijk ‘egalitair’ kunnen worden genoemd. Vermoedelijk hanteren deze auteurs een andere definitie van egalitarisme dan wij en gaat het om een zuivere semantische discussie. Iedereen kan wel iets in ‘gelijkheid’ terugvinden waarmee hij of zij het eens is. Een ruim, vaag en dubbelzinnig beginsel is echter geen goede leidraad om aan politiek te doen; laat staan om recht te spreken.

ii) Het gevaar van een gelijkheidsfetisj

“Een geblinddoekte samenleving zal meer spanningen oproepen dan een gemeenschap waarin men elkaar ziet staan.” – Ernst Hirsch Ballin ⁶⁰²

Het gaat ons niet louter om de semantische discussie en de hieraan gekoppelde rechtsonzekerheid. We betogen eveneens dat een gelijkheidsbenadering van discriminatierecht niet alleen dubbelzinnig, maar ook gevaarlijk is. In de inleiding hebben we reeds gewezen op het gevaar van de ‘inflatie’ van het discriminatiebegrip, waardoor discriminatie elke morele significantie verliest en de autonomie van individuen drastisch dreigt beknot te worden. Een ongelijke behandeling op grond van leeftijd lijkt dan bijna even moreel verwerpelijk als een ongelijke behandeling op grond van huidskleur. Het is nu net de *gelijkheidsbenadering* van discriminatierecht die deze uitholling van het discriminatiebegrip *mogelijk* maakt. ‘Zuiver formele gelijkheid’ lijkt momenteel inderdaad de beste verklaring van sommige toepassingen in de huidige rechtspraak te zijn. Formele gelijkheid verklaart waarom de brillenverkoper en de boekenwinkel in de inleiding discrimineerden: als 50- en 51-jarigen enerzijds en mannen en vrouwen anderzijds formeel gelijk zijn, kan de ongelijke behandeling tussen hen inderdaad moeilijk gerechtvaardigd worden als ‘pertinent, noodzakelijk en proportioneel’. Gelijke behandeling wordt in dit geval effectief een *doel op zich*. De vraag is maar of dit wenselijk is. Zelfs in een perfecte samenleving lijkt de kans klein dat er ooit evenveel vrouwelijke als mannelijke bestuursleden zullen zijn, terwijl er waarschijnlijk steeds meer vrouwelijke dan mannelijke verplegers zullen zijn.⁶⁰³ Ook al zijn mannen en vrouwen steeds gelijkwaardig, zullen ze (gelukkig) nooit volledig gelijk zijn. Quota die opleggen dat de samenstelling van bestuursorganen steeds en ongeacht de omstandigheden voor 50% uit mannen en voor 50% uit vrouwen moeten bestaan, hebben dan meer weg van een gelijkheidsfetisj dan dat ze de onderdrukking van bepaalde groepen tegengaan.

⁶⁰² E. HIRSCH BALLIN, ‘Artikel 1 in drievoud’, *NJb*, 2003, afl. 25, 1285.

⁶⁰³ Wat niets met een verschil qua intelligentie of capaciteiten tussen mannen en vrouwen te maken heeft, maar alles met simpele evolutionaire wetmatigheden: mannen als groep zullen steeds meer aangetrokken zijn tot functies die met macht en dominantie geassocieerd worden, terwijl vrouwen als groep steeds een grotere aantrekkingskracht zullen voelen voor zorgtaken. Vanzelfsprekend moet ik mij in het licht van deze thesis beperken tot deze ‘evolutietheorie voor dummies’-argumentatie en is een uitgebreide verdediging hiervan niet op zijn plaats. Voor een zeer interessant en toegankelijk basisboek over de impact van natuurlijke selectieprocessen op onze psychologie en sociaal gedrag, zie: J. MERTENS, *Van zaadcel tot liefde*, Gent, Academia Press, 2006, 261p.

Zoals de gewezen Nederlandse Minister van Justitie Hirsch Ballin het treffend verwoordde, leidt een geblinddoekte samenleving wellicht tot meer spanning dan een samenleving waarin we elkaar zien staan.⁶⁰⁴ Een gelijkheidsbenadering van discriminatierecht dreigt inderdaad tot een overgevoelige samenleving te leiden waarin iedereen zich voortdurend gediscrimineerd voelt. Elke vorm van individuele tegenslag of elk subjectief gevoel van oneerlijkheid wordt dan herleid tot een vorm van maatschappelijke onrechtvaardigheid, iets waar Storme al vanaf de inwerkingtreding van de algemene Antidiscriminatiewet voor vreesde.⁶⁰⁵ Het recht op gelijkheid komt dan blijkbaar neer op het recht om evenveel korting als iemand anders te krijgen, een recht dat men bovendien juridisch moet kunnen afdwingen voor de rechter. Eerder dan de zwaksten in de samenleving te beschermen tegen uitsluitingsprocessen, wordt zij ingezet als een instrument van nivellering naar beneden. In plaats van korting enkel aan oudere mensen te geven, krijgt niemand korting. In plaats van een kopje koffie enkel aan moeders te schenken, krijgt niemand gratis koffie. Subjectieve rechten worden als wapen tegen medeburgers ingezet, waarmee men zijn medemens kan dwingen elke gedraging ‘objectief en redelijk’ te verantwoorden voor de rechter. Dit leidt volgens Storme onvermijdelijk tot een ‘vier-ogenmaatschappij’, waarin men niet langer publiekelijk durft een huis te verhuuren of een vacature te plaatsen.⁶⁰⁶ Hierdoor zal alles meer clandestien worden afgehandeld, waarvan de zwaksten in de samenleving – net diegene die de wet poogt te beschermen – uiteindelijk het slachtoffer worden. Men zal uiteraard nog steeds discrimineren, maar men doet het dus niet langer openlijk. Het zou dan ook bijzonder naïef zijn om te geloven dat een gelijkheidsbenadering van discriminatierecht enkel nadelig is voor kapitalisten en ondernemers; het zijn net *de zwaksten in de maatschappij* die hier de dupe van worden. Buiten enkele verzuurde mensen uit de middenklasse die een succesvolle vordering kunnen inleiden, wordt niemand er beter van. De filosoof-antropoloog Vanheeswijck krijgt dan gelijk, wanneer hij stelt dat de horizontale werking van het gelijkheidsbeginsel onvermijdelijk is in een cultuur waarin wederzijdse wedijver en afgunst steeds groter worden, waarin de maatschappij steeds gelijkvormiger wordt.⁶⁰⁷ Verscheidenheid en diversiteit worden niet toegejuicht, maar weggedacht. Dit kan moeilijk de bedoeling van een discriminatieverbod zijn.

In het sociaalliberale raamwerk dat we geschetst hebben, zouden noch de brillenverkoper, noch de boekenwinkel discrimineren. De leeftijdskortingen waren niet ingegeven door vooroordelen of negatieve stereotypen ten aanzien van jongeren, terwijl de groep jongeren evenmin significant benadeeld wordt ten opzichte van de groep ouderen in de samenleving. Hetzelfde gaat op voor de boekenwinkel

⁶⁰⁴ E. HIRSCH BALLIN, ‘Artikel 1 in drievoud’, *o.c.*, 1285.

⁶⁰⁵ M. E. STORME, ‘De weerslag van de juridisering op vrijheid en gelijkheid in de verhoudingen van de burgerlijke maatschappij’, *o.c.*, 178.

⁶⁰⁶ M. E. STORME, ‘Algemene discriminatiewet leidt onvermijdelijk naar politiestaat’, *o.c.*, 4.

⁶⁰⁷ G. VANHEESWIJCK, ‘De horizontale werking van het discriminatieverbod. Een antropologische analyse’, in UFSIA, *Vrijheid en gelijkheid*, *o.c.*, 53.

die enkel aan vrouwen een kopje koffie aanbood. Discriminatierecht vanuit een sociaalliberale invalshoek streeft ‘gelijk respect’ en ‘genoeg vrijheid’ na, maar nooit ‘gelijke delen’ voor iedereen.⁶⁰⁸

iii) Theoretische inconsistenties (Holmes)

Men kan het oneens zijn met ons en stellen dat leeftijdskortingen wel problematisch zijn, omdat ze de fundamentele gelijkheid tussen ouderen en jongeren schenden. Vanuit deze benadering, wordt het niet als een probleem ervaren dat gelijkheid effectief een doel op zich is. In dit geval, moet men echter het verband tussen gelijkheidsprincipes en non-discriminatieprincipes uitleggen. Zoals gezegd, wordt in de literatuur slechts weinig aandacht besteed aan het precieze verband tussen beide. Hoewel gelijkheid op het eerste zicht de meest plausibele grondslag van een horizontaal discriminatieverbod lijkt te zijn, argumenteert de Britse rechtsgeleerde Elisa Holmes in een zorgvuldig essay dat discriminatierecht onmogelijk gerechtvaardigd kan worden vanuit eender welke gelijkheidsopvatting.⁶⁰⁹

We hebben reeds uiteengezet dat er een theoretisch onderscheid tussen twee soorten *gelijkheidsprincipes* kan worden gemaakt (zie *supra*, deel A: ‘Gelijkheid’). Eerst en vooral is er deontologische ‘formele’ gelijkheid, die *gelijke behandeling* van gelijke gevallen voorschrijft. Een deontologisch gelijkheidsprincipe is een gedragsnorm en luidt steeds als volgt: “Behandel alle A’s gelijk in opzicht X.”⁶¹⁰ Daarnaast is er consequentialistische ‘materiële’ gelijkheid, die *gelijkheid in resultaten* beoogt. Een consequentialistisch gelijkheidsprincipe is geen gedragsnorm en ziet er steeds als volgt uit: “Doe eender welke handeling waardoor alle A’s in dezelfde situatie terechtkomen in opzicht X.”⁶¹¹ Zoals gezegd, is het onderscheid tussen ‘formele’ en ‘materiële’ gelijkheid verwarrend, aangezien beide gelijkheidsopvattingen slechts vormen van gelijkheid zijn die zelf geen inhoud hebben. Door inhoud te geven aan deze gelijkheidsvormen, moeten we telkens opnieuw twee variabelen definiëren: we moeten specificeren wie de gelijke gevallen zijn (A) en in welk opzicht ze gelijk behandeld moeten worden of in een gelijke situatie moeten terechtkomen (X). Wat zou nu het verband kunnen zijn tussen discriminatierecht en deze gelijkheidsprincipes?

(1) Eerst en vooral, wordt discriminatierecht veelal als een toepassing van deontologische ‘formele’ gelijkheid gezien. De meest logische verklaring voor een verband tussen gelijkheid en discriminatierecht, is dan dat non-discriminatieprincipes *subtypes van gelijkebehandelingsprincipes*

⁶⁰⁸ Geïnspireerd op het interessante essay van David Schmidtz, waarin hij het egalitaire principe ‘gelijke delen’ op de korrel neemt: D. SCHMIDTZ, ‘Equal respect and equal shares’, *Social Philosophy & Policy Foundation*, 2002, 244-274.

⁶⁰⁹ E. HOLMES, ‘Anti-discrimination rights without equality’, *The Modern Law Review*, 2005, vol. 68, 175-194.

⁶¹⁰ E. HOLMES, ‘Anti-discrimination rights without equality’, *o.c.*, 180.

⁶¹¹ *Ibid.*

zijn. Stel dat je een gelijkebehandelingsprincipe hebt dat zegt ‘geef aan elk kind (A) evenveel zakgeld (X)’. Daarnaast heb je een algemeen non-discriminatieprincipe dat zegt ‘discrimineer je kinderen (A) niet op grond van eender welk kenmerk (G) bij het verdelen van zakgeld (X)’.⁶¹² Maken we de vergelijking met het gelijkebehandelingsprincipe, merken we dat er nu een bijkomende variabele ‘G’ wordt geïntroduceerd die een discriminatiegrond aanduidt. Op het eerste zicht lijken beide principes exact hetzelfde te zeggen. Er lijkt geen verschil te zijn tussen het gelijkheidsprincipe ‘behandel elk kind gelijk’ en het non-discriminatieprincipe ‘discrimineer je kinderen niet op welke grond ook’. Specifieke non-discriminatieprincipes verschillen dan van algemene non-discriminatieprincipes doordat ze welbepaalde gronden viseren. Een voorbeeld van een specifiek non-discriminatieprincipe is dan: “Discrimineer je kinderen (A) niet op grond van hun geslacht (G) bij het verdelen van zakgeld (X)”. Specifieke non-discriminatieprincipes lijken op deze manier inderdaad slechts concrete toepassingen van het algemene gelijkebehandelingsprincipe te zijn. Men zou dit kunnen rechtvaardigen vanuit het idee dat discriminatie een bijzonder onrechtvaardige subtype van ongelijke behandeling is dat om specifieke gedragsnormen vraagt.

Toch is er wel degelijk een groot verschil tussen beide principes: stel dat ik mij vergis bij het uitdelen van zakgeld en per ongeluk 50 euro te veel geef aan één van beide kinderen. Ook al kreeg één kind meer dan een ander, zal ik de non-discriminatieplicht niet geschonden hebben: de ongelijke verdeling was per ongeluk, ik had *geen grond* om de kinderen ongelijk te behandelen.⁶¹³ De non-discriminatieplicht verplicht mij niet om deze oneerlijke verdeling recht te zetten. Het gelijkheidsprincipe, daarentegen, verplicht mij wél om op te treden: het stelt immers dat elk kind steeds evenveel moet krijgen, ongeacht de gronden die tot de ongelijke verdeling hebben geleid. Laten we de situatie omdraaien: stel dat het mijn bedoeling was om mijn zoon meer zakgeld te geven dan mijn dochter omdat ik vind dat jongens meer zakgeld nodig hebben dan meisjes, maar ik geef hen per ongeluk evenveel. In dit geval zal het non-discriminatieprincipe wel geschonden zijn, maar niet het gelijkheidsprincipe. Het is van geen belang dat beide kinderen uiteindelijk toch evenveel kregen: het loutere feit dat één van beide ongunstiger ‘zou’ behandeld worden op grond van een bepaald kenmerk, is voldoende om in strijd te zijn met het non-discriminatieprincipe.⁶¹⁴ Dit toont het intrinsieke verschil aan tussen principes van gelijke behandeling en non-discriminatie. De conceptuele verwarring tussen beide kan verklaard worden door het aspect van *vergelijking*.⁶¹⁵ Terwijl vergelijking wezenlijk deel uitmaakt van elk gelijkheidsprincipe, vervult vergelijking in een non-discriminatieprincipe slechts een bijkomstige, heuristische rol. Niet het loutere

⁶¹² Voorbeeld ontleend aan: E. HOLMES, ‘Anti-discrimination rights without equality’, *o.c.*, 185-186.

⁶¹³ E. HOLMES, ‘Anti-discrimination rights without equality’, *o.c.*, 186. Enkel achteraf, wanneer de ongelijke behandeling niet wordt rechtgezet op grond van een bepaald kenmerk van één van de kinderen, zou de non-discriminatieplicht geschonden kunnen zijn.

⁶¹⁴ Dit wordt bevestigd door het feit dat de vergelijking in het positieve discriminatierecht steeds met een hypothetische referentiepersoon kan plaatsvinden (zie *supra*).

⁶¹⁵ E. HOLMES, ‘Anti-discrimination rights without equality’, *o.c.*, 186.

feit dat iemand ongelijk behandeld werd, maar wel het feit dat iemand ongelijk behandeld werd *op grond van een bepaalde kenmerk* maakt de kern uit van elk non-discriminatieprincipe.

Hieruit moet niet worden afgeleid dat een bepaald onderscheid steeds ‘opzettelijk’ moet zijn vooraleer we van een non-discriminatieprincipe kunnen spreken. Wat wel vereist wordt, is dat er steeds een zeker verband moet zijn tussen de ongelijke behandeling en een bepaald kenmerk waarover iemand beschikt. Om deze reden is ook het verbod op ‘indirecte’ discriminatie overduidelijk een non-discriminatieprincipe, aangezien het de non-discriminatieplicht slechts uitbreidt naar gronden die correleren met verboden onderscheidingscriteria.⁶¹⁶ Het middel ‘vergelijking’ stelt ons louter in staat om in concrete gevallen na te gaan of iemand ook effectief op grond van bepaalde kenmerken benadeeld werd, maar het maakt geen wezenlijk onderdeel uit van non-discriminatieprincipes.⁶¹⁷ Net om deze reden kan een discriminatieverbod evenmin als een toepassing van formele kansgelijkheid worden gezien. Zoals gezien, biedt formele kansgelijkheid immers eveneens bescherming tegen ongelijke behandeling die los staat van bepaalde gronden (zoals lukraak selecteren), terwijl non-discriminatieprincipes ook niet-talentvolle of luie mensen beschermen tegen ongelijke behandeling op grond van bepaalde kenmerken. Opnieuw wordt het duidelijk dat ‘gronden’ steeds van intrinsiek belang zijn voor elk non-discriminatieprincipe, daar waar ‘vergelijking’ de kern uitmaakt van elk gelijkheidsprincipe. Wil men dit graag anders zien en van vergelijking effectief een wezenlijk kenmerk maken, dan is het niet langer zinvol om nog van ‘discriminatierecht’ te spreken. In dat geval gaat het effectief om ‘gelijkheidsrecht’, waarin de vermelding naar gronden volledig verdwijnt, en spreken we niet langer over hetzelfde. Zo lang men blijft vasthouden aan gronden, gaat het echter steeds om non-discriminatieprincipes waarin vergelijking slechts een ondergeschikte rol speelt.

Door in te zien dat vergelijking geen wezenlijk aspect van een discriminatieverbod inhoudt, hebben we eveneens een goede verdediging tegen de kritiek van ‘nivellering naar beneden’ (*levelling-down*). Als discriminatie effectief slechts een subtype van ongelijke behandeling was, zou het niet uitmaken in welke richting gelijkheid gerealiseerd wordt: door het voordeel van de begunstigten af te pakken of door ook de benadeelden te bevoordelen. Een echte egalitarist maakt het niet uit of iedereen evenveel of even weinig krijgt. Stel dat de ondertussen bekende brillenverkoper 75% korting gaf aan 50-plussers en 50% korting aan al de rest. Een egalitarist zal misschien verkiezen dat iedereen 75% korting krijgt, maar aangezien dit zelden realistisch is, zal hij dezelfde korting van 50% voor iedereen nog steeds beter vinden dan de situatie waarin enkel oudere mensen een hogere korting krijgen. Gelijke behandeling is

⁶¹⁶ E. HOLMES, ‘Anti-discrimination rights without equality’, *o.c.*, 190.

⁶¹⁷ Ook in onze hoger geschetste consequentialistische benadering van discriminatie waren het steeds de gronden die doorslaggevend bleken te zijn: zelfs indien de benadeling door de discriminator niet rechtstreeks ‘op grond van’ een bepaald kenmerk tot stand kwam, was het wel steeds vereist dat het slachtoffer een concreet voordeel ontzegd werd *omwille van* dit kenmerk (de vereiste van een ‘rechtstreeks causaal verband’). Enkel op macroniveau speelde vergelijking een wezenlijke rol, maar dan uitsluitend in de relaties tussen *groepen* en niet tussen individuen. Op individueel niveau, daarentegen, had vergelijking slechts een bijkomstige rol.

steeds het streefdoel, ook al wordt niemand hier beter van. Door in te zien dat vergelijking geen wezenlijk onderdeel van de non-discriminatieplicht inhoudt, weten we echter dat discriminatie geen subtype van ongelijke behandeling kan zijn. Een discriminatieverbod kleeft daarom geen enkele waarde vast aan nivellering, of dit nu naar boven of naar beneden plaatsvindt.⁶¹⁸ Een non-discriminatieprincipe verbiedt enkel *ongerechtvaardigde* ongelijke behandeling, waarbij de ‘onrechtvaardigheid’ van de behandeling niet uit de ongelijke behandeling zelf voortvloeit, maar wel uit de gronden die tot deze ongelijke behandeling hebben geleid.

(2) Men zou kunnen opwerpen dat het verband tussen gelijkheid en non-discriminatie niet zozeer deontologisch, maar wel consequentialistisch van aard is. Specifieke non-discriminatieprincipes zouden dan subtypes van consequentialistische ‘materiële’ gelijkheidsprincipes zijn, die er steeds als volgt uitzagen: “Doe eender welke handeling waardoor alle A’s in dezelfde situatie terechtkomen in opzicht X.” Aangezien juridische normen nooit dusdanig vaag en abstract kunnen worden opgesteld, zouden de huidige rechten en plichten die uit het discriminatierecht voortvloeien dan louter onvolmaakte regels zijn die als *doel* hebben om het ideaal van *gelijkheid in resultaten* te realiseren. De traditionele invulling die dan vaak aan gelijkheid wordt gegeven is ‘gelijkheid in kansen’. Hier kunnen zowel theoretische als empirische bedenkingen bij gemaakt worden.⁶¹⁹

Eerst en vooral, lijken slechts weinig auteurs te wensen dat iedereen in een ideale samenleving effectief steeds over dezelfde kansen beschikt. Als we willen dat niemand ongelijke kansen heeft *op grond van bepaalde kenmerken*, is dit geen egalitaire doelstelling maar opnieuw een zuivere non-discriminatie doelstelling. Ongelijke kansen op grond van andere kenmerken – zoals talent of motivatie – moeten dan weer wel kunnen. Als het doel daarentegen is dat de minst begunstigden in de samenleving ‘meer’ of ‘voldoende’ kansen krijgen, is dit doel niet egalitair maar humanitair van aard. Het theoretische verband tussen discriminatierecht en materiële gelijkheidsprincipes is dus evenmin sluitend. Wil men effectief zuivere gelijkheid in kansen bekomen, zal ook hier de vermelding naar gronden volledig moeten verdwijnen. Wentholt is een voorbeeld van deze strekking: werkgevers zouden volgens deze auteur de plicht moeten hebben om steeds ook deeltijds werk aan te bieden, want zuiver voltijds werk weerspiegelt volgens haar een ‘mannelijke dominantie van het arbeidsmodel’ en miskent de verschillende situaties waarin mannen en vrouwen zich bevinden.⁶²⁰ Dit is een duidelijk voorbeeld van een materieel gelijkheidsprincipe waarin gronden geen enkele rol spelen, maar in dit geval kunnen we niet langer over non-discriminatieprincipes spreken.

⁶¹⁸ E. HOLMES, ‘Anti-discrimination rights without equality’, *o.c.*, 186.

⁶¹⁹ E. HOLMES, ‘Anti-discrimination rights without equality’, *o.c.*, 191-193.

⁶²⁰ K. WENTHOLT, ‘Formal and substantive equal treatment: the limitations and the potential of the legal concept of equality’, *o.c.*, 57.

Het is uiteraard perfect mogelijk dat gelijkheid niet het ‘doel’, maar eerder een logisch ‘neveneffect’ van discriminatierecht is wanneer de regels perfect nageleefd of gehandhaafd worden. In dit geval, is het verband tussen discriminatierecht en gelijkheid zuiver causaal en niet theoretisch van aard. Maar zelfs dit lijkt nauwelijks waarschijnlijk.⁶²¹ Zo wijst Wertheimer erop dat dat de daling van discriminatie op basis van geslacht er paradoxaal genoeg net toe heeft geleid dat de sociale ongelijkheid tussen arm en rijk is toegenomen.⁶²² Terwijl vrouwen hun lagere status vroeger enkel konden compenseren door te trouwen met een goedverdienende man, heeft de toegenomen emancipatie ertoe geleid dat minder-getalenteerde mannen vandaag meer concurrentie hebben van getalenteerdere vrouwen voor hooggekwalificeerde functies. Doordat succesvolle vrouwen statistisch gezien vaker relaties beginnen met succesvolle mannen, heeft dit als gevolg dat er een nieuwe vorm van sociale ongelijkheid is ontstaan: deze tussen succesvolle en onsuccesvolle koppels. Terwijl de ongelijkheid tussen de *groep* vrouwen ten opzichte van de groep mannen is afgenomen, is de kloof tussen succesvolle en onsuccesvolle vrouwen net groter geworden. Als men zou blijven volhouden dat dit in wezen een egalitaire doelstelling is, heeft men de moeilijke taak om te verklaren waarom gelijkheid tussen groepen belangrijker is dan de gelijkheid tussen individuen. Een sociaalliberaal kader heeft hier geen problemen mee, maar een egalitarist staat hier voor een immens zware opdracht.⁶²³

Het inzicht dat gelijkheid zowel conceptueel als empirisch weinig met discriminatierecht te maken heeft, sterkt ons in de overtuiging dat menselijke waardigheid en vrijheid de enige zinvolle grondslagen van discriminatierecht zijn. Gelijkheid is een waardevol autonoom beginsel in de verhouding tussen overheid en burger, maar in horizontale relaties leidt ze in het beste geval tot conceptuele verwarring en, in het slechtste geval, tot een uitholling van het discriminatiebegrip. We laten gelijkheid daarom best integraal vallen als grondslag van discriminatierecht. De opstellers van de Universele Verklaring voor de Rechten van de Mens wisten het al in 1948: mensen zijn niet gelijk, maar wel gelijkwaardig.⁶²⁴

⁶²¹ Voor de paradoxale effecten die kunnen uitgaan van discriminatiewetgeving, waaronder het onzichtbaarder worden van discriminatie enerzijds en het misbruik van discriminatierecht om zelf te kunnen discrimineren anderzijds, zie: J. VRIELINK, ‘Does Equality Law Make a Difference? Social Science Research on the Effect of Discrimination Law on (Potential) Victims’ in D. CUYPERS en J. VRIELINK (eds.), *Equal is not enough*, Cambridge, Intersentia, 2016, 117-133.

⁶²² A. WERTHEIMER, ‘Reflections on discrimination’, *o.c.*, 954.

⁶²³ Ook Khaitan stipt aan dat egalitaristen geen onderscheid maken tussen gelijkheid op ‘groepsniveau’ en op ‘individueel niveau’. Terwijl liberalen geen probleem hebben met ongelijkheid tussen individuen op zich, vormt dit wel een bekommernis voor egalitaristen. Egalitaristen staan daarom voor een moeilijkere opdracht dan liberalen om discriminatierecht te verdedigen, wanneer we aannemen dat een discriminatieverbod zowel op theoretisch als causaal vlak niets met individuele gelijkheid te maken heeft. – T. KHAITAN, *A theory of discrimination law*, *o.c.*, 130-131.

⁶²⁴ Art. 1 UVRM.

V. TOEPASSING OP HET BELGISCHE EN NEDERLANDSE DISCRIMINATIERECHT (*DE LEGE FERENDA*)

“Everything should be made as simple as possible. But not simpler.” – Albert Einstein

In het rechtsfilosofische luik hebben we uitgebreid verdedigd dat menselijke waardigheid en vrijheid zinvolle grondslagen van een horizontaal discriminatieverbod zijn. Rekening houdende met de kritieken van libertaire auteurs, hebben we uit deze grondslagen ethisch gekleurde principes afgeleid die sterk verschillen van het toetsingsschema in de Belgische en Nederlandse antidiscriminatie wetten. Daarna hebben we betoogd dat een gelijkheidsbenadering van discriminatierecht niet enkel gevaarlijk, maar ook theoretisch inconsistent is en dat we daarom gelijkheid best laten vallen als grondslag van een discriminatieverbod. Hiermee is de tweede onderzoeksvraag afgerond. In het afsluitende luik van deze thesis komt de derde en eveneens laatste onderzoeksvraag aan bod: *“Hoe wordt het huidige Belgische en Nederlandse discriminatierecht geëvalueerd vanuit de geïdentificeerde grondslagen en principes?”*. We zullen in dit laatste onderdeel de algemene lijnen van het Belgische en Nederlandse discriminatierecht (*‘de lege lata’*) evalueren in het licht van de inzichten uit het rechtsfilosofische luik. Hierbij zullen we – weinig verrassend – een fundamentele hervorming van het huidige discriminatierecht voorstellen (*‘de lege ferenda’*).

a) ‘Discriminatie’ en ‘verboden onderscheid’

We hebben meermaals aan de kaak gesteld dat het onderscheid tussen de rechtsfiguren ‘direct’ en ‘indirect’ onderscheid, dat een gelijkaardige inhoud heeft in het Belgische en Nederlandse discriminatierecht, conceptueel vaag is. Volgens de theorie zou het opleggen van neutrale kledingvoorschriften een indirect onderscheid uitmaken, maar het ontslaan van een werknemster omdat zij weigert haar hoofddoek uit te doen op het werk wordt dan weer veelal als een direct onderscheid op grond van geloof beschouwd – tenzij men in het verleden een ‘consistent neutraliteitsbeleid’ heeft gevoerd.⁶²⁵ In moreel opzicht is er nochtans weinig verschil tussen beide vormen van onderscheid. Het wordt nog verwarrender wanneer we weten dat ‘direct’ onderscheid niet steeds ‘opzettelijk’ hoeft te zijn, terwijl ‘indirect’ onderscheid niet steeds ‘onopzettelijk’ is. Het vage verschil tussen beide rechtsfiguren verklaart het sterke verschil inzake open en gesloten rechtvaardigingssystemen in zowel België als Nederland duidelijk niet. We hebben bovendien gezien dat deze conceptuele onduidelijkheid nu en dan creatieve rechtspraak mogelijk maakt, waardoor rechters en gespecialiseerde colleges aan het

⁶²⁵ Arbrb. Tongeren (1e k.) nr. 11/2142/A, 2 januari 2013, *Limb.Rechtsl.* 2013, afl. 1, 55.

rigide gesloten systeem ontsnappen dat voor direct onderscheid meer en meer de regel is geworden. Conceptuele verwarring en rechtsonzekerheid troef.

Vanuit ons sociaalliberaal ethisch perspectief, hebben we uiteengezet dat de grote morele dichotomie zich niet zozeer afspeelt tussen ‘direct’ en ‘indirect’ onderscheid, maar wel tussen *intrinsiek* en *extrinsiek immorele discriminatie*. In de lijn van Holtmaat, stellen wij daarom een andere benadering voor.⁶²⁶ Rekening houdende met de sterk pejoratieve lading van het discriminatiebegrip, dat veelal niet strookt met de immoraliteit van de daad zelf, stellen we voor om het begrip ‘*discriminatie*’ in het recht enkel te behouden voor deze vormen van discriminatie die effectief *intrinsiek immoreel* zijn. De rechtsfiguren ‘direct’ en ‘indirect’ onderscheid vallen dus volledig weg. Wanneer we over discriminatie spreken, gaat het dan uitsluitend om die moreel verwerpelijke handelingen waarbij mensen benadeeld worden op grond van vooroordelen, negatieve stereotypen of negatieve reactie-kwalificaties. Enkel die vormen van discriminatie die de menselijke waardigheid van elk individu ontkennen en die onder geen enkele omstandigheden gedoogd kunnen worden in een rechtvaardige samenleving, kwalificeren we nog als discriminatie. Dit zou er ongetwijfeld toe bijdragen dat de inflatie van het discriminatiebegrip een halt wordt toegeroepen. Dergelijke vormen van discriminatie zouden niet louter een civielrechtelijke fout, maar eveneens een misdrijf uitmaken. Het morele element van het misdrijf discriminatie zou dan uit bijzonder opzet (‘*dolus specialis*’) bestaan: de dader moet niet enkel wetens en willens discrimineren, maar bovendien ook kwaadwillig handelen om strafbaar te zijn.⁶²⁷ Wat we in het rechtsfilosofische luik als ‘extrinsiek immorele discriminatie’ omschreven hebben, wordt dan benoemd met een minder geladen term, zoals ‘*verboden onderscheid*’. Verboden onderscheid zou nooit een kwaadwillige ingesteldheid of zelfs opzet vereisen, in tegenstelling tot discriminatie. Deze gedragsnorm zou in onze benadering dan ook zuiver civielrechtelijk worden gehandhaafd.

Het onderscheid tussen ‘discriminatie’ enerzijds en ‘verboden onderscheid’ anderzijds zou op deze manier beter stroken met de morele realiteit, iets wat de rechtsfiguren ‘direct’ en ‘indirect’ onderscheid slechts op gebrekkige wijze doen. Dit zou niet louter een semantische ingreep zijn. Aan het onderscheid tussen discriminatie en verboden onderscheid zouden drastische rechtsgevolgen gekoppeld worden, die veel verder zouden gaan dan wat nu het geval is voor de figuren direct en indirect onderscheid (zie *infra*). Om deze redenen, zou op wetstechnisch vlak het eigenlijke misdrijf ‘discriminatie’ simpelweg in het huidige Strafwetboek worden geïntegreerd. Het verbod op discriminatie is in dit geval een zuivere toepassing van correctieve rechtvaardigheid. Er zouden geen afzonderlijke antidiscriminatie wetten meer nodig zijn, aangezien er ook geen verschillende regimes meer zouden gelden naargelang de betrokken

⁶²⁶ R. HOLTMAAT, ‘Stop de inflatie van het discriminatiebegrip! Een pleidooi voor het maken van onderscheid tussen discriminatie en ongelijke behandeling’, *o.c.*, 1266-1276.

⁶²⁷ C. VAN DEN WYNGAERT, *Strafrecht en strafprocesrecht in hoofdlijnen. Deel I*, Antwerpen, Maklu, 2009, 323.

discriminatiegrond. Simpelheid en generaliteit zouden de regels zijn, zoals Hayek en Buchanan het graag hadden gezien. Normen van verboden onderscheid, daarentegen, zouden in de specifieke materiële wetgeving terechtkomen waaronder ze thuishoren, zoals het arbeidsrecht, consumentenrecht, huurrecht, gezondheidsrecht, etc. We kunnen dit benoemen met de algemene term ‘*gelijkebehandelingsrecht*’. Het verbod om in bepaalde domeinen een onderscheid te maken op grond van bepaalde kenmerken zou dan een zuivere toepassing van distributieve rechtvaardigheid zijn. Het conceptuele onderscheid tussen beide types van rechtvaardigheid wordt zo op consistente wijze doorgetrokken op wetstechnisch vlak.

Deze ingreep zou een betere weerspiegeling zijn van de verschillende logica’s die in het spel zijn. Deontologische regels laten zich beter vatten onder algemene principes. Consequentialistische beleidsmaatregelen vragen daarentegen om een gefragmentariseerde aanpak op maat, waarbij men een holistische blik hanteert op sociale problemen. Dit vraagt om voortdurende opvolging, evaluatie en bijsturing waar nodig.

b) Discriminatiegronden

Het Belgische discriminatierecht scoort beter en is minder arbitrair dan zijn Nederlandse tegenhanger op het vlak van opgenomen discriminatiegronden. Niet dat de Belgische wetgever oorspronkelijk veel consistenter was dan deze in Nederland. Zoals gezien, kwam de aanzienlijke uitbreiding van discriminatiegronden er pas na de vernietiging door het Grondwettelijk Hof, terwijl Nederland geen constitutionele toetsing door een rechterlijke instantie kent. Toch blijft de lijst met gronden in België ook na de uitbreiding limitatief, waardoor discriminatie op grond van kenmerken die niet in de lijst voorkomen buiten de beschermingsfeer valt. We stellen op dit punt eveneens grondige aanpassingen voor.

Wat ‘echte’ discriminatie betreft, mag de opsomming *volledig open* worden. Het systeem van een lijst met opgesomde criteria mag blijven bestaan, maar deze criteria kunnen simpelweg worden aangevuld met de zinsnede ‘of op welke grond ook’, analoog met de discriminatieclausules in internationale mensenrechtenverdragen. De opgesomde discriminatiegronden zijn dan louter exemplair. We vrezen niet dat een open opsomming tot een uitholling van het discriminatiebegrip zou leiden, zoals tijdens de totstandkoming van de Belgische wetten werd geopperd. Het is ondertussen duidelijk dat een gesloten opsomming hier evenmin een buffer tegen vormt. De inflatie van het discriminatiebegrip heeft weinig te maken met de beschermde discriminatiegronden, maar alles met rigide rechtvaardigingssystemen enerzijds en de benadering van discriminatierecht vanuit het gelijkheidsbeginsel anderzijds. Omdat we erop gewezen hebben dat de opsomming van discriminatiegronden een sterke symbolische waarde kan hebben, is het weliswaar aangewezen dat in de exemplaire lijst enkel die persoonlijke kenmerken

opgesomd worden die van wezenlijk belang zijn voor mensen hun identiteitsbeleving en op basis waarvan mensen veelvuldig worden gediscrimineerd. ‘Ras’, ‘huidskleur’, ‘geslacht’ en ‘seksuele geaardheid’ zouden zonder twijfel uitdrukkelijk mogen worden opgesomd, terwijl kenmerken zoals ‘leeftijd,’ ‘duur arbeidscontract’ en ‘syndicale overtuiging’ achterwege mogen blijven. In tegenstelling tot wat Holtmaat voor ogen heeft, zijn het niet enkel kwetsbare groepen die tegen intrinsiek immorele discriminatie worden beschermd in onze benadering.⁶²⁸ Het leidt geen twijfel dat vooral leden die tot een kwetsbare groep behoren veelvuldig het slachtoffer van immorele discriminatie worden, maar dat rechtvaardigt een gesloten en zuiver asymmetrisch discriminatieverbod nog niet. Ook moslims kunnen haatdragende racisten zijn, net zoals vrouwen seksistische vooroordelen tegenover mannen kunnen hebben. Een deontologische plicht om individuen te allen tijde op een menswaardige manier te behandelen geldt voor iedereen, niet louter voor meerderheden. Generaliteit is de regel.

Wat het ‘gelijkebehandelingsrecht’ betreft, kunnen de onderscheidingscriteria dan weer perfect *limitatief* en *asymmetrisch* bepaald worden. Dit is niet meer dan logisch, aangezien de bestrijding van relatieve groepsverschillen op zichzelf asymmetrisch van aard is. Belangrijk is dat deze criteria zorgvuldig worden overwogen en steeds op maat zijn van het betrokken domein. De keuze voor de beschermde kenmerken moet steeds de maatschappelijke realiteit weerspiegelen en ondersteund worden door sociologisch onderzoek. Gelijkebehandelingsrecht mag hierbij geen dienst doen als bliksemafleider voor de werkelijke oorzaken van maatschappelijke problemen. Wanneer blijkt dat leeftjidsonderscheid wordt veroorzaakt door starre loonvoorwaarden vastgelegd in cao’s, zijn oudere werkzoekenden meer gediend met een versoepeling van deze regels dan met een verbod op onderscheid op basis van leeftijd.

c) Toepassingsgebied

Het materiële toepassingsgebied in de Belgische antidiscriminatie wetten is gelijklopend voor elke discriminatiegrond, in tegenstelling tot de Nederlandse gelijkebehandelingswetten die verschillende beschermingsferen kennen naargelang het beschermde criterium. De reden hiervoor kon worden gezocht in de afwezigheid van een mogelijke toetsing door een Grondwettelijk Hof in Nederland en de trouwe implementatie van de Europese richtlijnen (met een beperkter toepassingsgebied dan de AWGB) door de Nederlandse wetgever.

Wat ‘echte’ discriminatie betreft, is het toepassingsgebied van zowel de Belgische wetten als de Nederlandse AWGB ruim genoeg volgens ons. De beperking tot het publieke domein wordt verdedigd,

⁶²⁸ R. HOLTMAAT, ‘Stop de inflatie van het discriminatiebegrip! Een pleidooi voor het maken van onderscheid tussen discriminatie en ongelijke behandeling’, *o.c.*, 1271.

omdat een discriminatieverbod vanuit een sociaalliberaal raamwerk nooit mag leiden tot een beknotting van de persoonlijke levenssfeer. Hoe immoreel het ook is, discriminatie bij het uitkiezen van onze partners, vrienden of huispersoneel blijft gerechtvaardigd. Het eerbiedigen van mensen hun privacy primeert op de bescherming tegen discriminatie. Ook de unidirectionele aard van het discriminatieverbod mag van ons behouden blijven. Hoewel racistische kopers even immoreel zijn als racistische verkopers, hebben we geargumenteed dat deze vormen van discriminatie best ‘toegelaten’ worden – zonder daarom ‘gerechtvaardigd’ te zijn. De veroordeling hiervan gebeurt beter op andere manieren dan door middel van het recht. Een morele veroordeling vanuit deontologisch perspectief, vereist niet automatisch een veroordeling door middel van het recht. In een vrije samenleving behouden mensen tot op zekere hoogte de vrijheid om ook intrinsiek immoreel te handelen.

Voor het gelijkebehandelingsrecht, zou de beschermings sfeer steeds samenvallen met het toepassingsgebied van de wetgeving waarin het verbod wordt ondergebracht. Voor sommige vormen van onderscheid zou het toepassingsgebied even ruim zijn als voor discriminatie, terwijl het voor andere vormen van onderscheid beperkter zou worden. Zo weten we dat ‘geslacht’ vooral in het domein van arbeidsbetrekkingen een relevant selectie criterium is dat problematisch kan zijn, enerzijds omdat het kosten oplegt aan ‘vrouw zijn’ en anderzijds omdat het relatieve groepsverschillen tussen mannen en vrouwen kan veroorzaken of in stand houden. Dit rechtvaardigt een specifiek verbod op het maken van onderscheid op grond van vrouwelijk geslacht in arbeidsbetrekkingen, zoals een ontslagverbod voor zwangere werknemers nu reeds doet.⁶²⁹ In het domein van goederen- en dienstenaanbod is onderscheid op grond van geslacht dan weer vermoedelijk veel minder problematisch. Met fitnesscentra die uitsluitend voor mannen toegankelijk zijn hadden we geen probleem. Dit is loutere ‘targeting’, een commerciële strategie die niet verbonden is met het idee van minderwaardigheid van vrouwen ten opzichte van mannen en die evenmin relatieve groepsverschillen creëert. Voor mensen met een handicap, daarentegen, is het dan weer veel aannemelijker dat zij in verschillende levensdomeinen nadelen ondervinden die verbonden zijn met hun beperking. We betwijfelen dat zuivere marktwerking deze nadelen op voldoende wijze kan wegwerken, wat overheidsinterventie in deze hypothese rechtvaardigt. Mannen worden dan weer in geen enkel domein bijzonder beschermd tegen onderscheid op grond van geslacht, aangezien zij wellicht in geen enkel domein tot een significant benadeelde groep behoren. Geslachtsdiscriminatie in het private verzekeringswezen, zoals hogere verzekeringspremies voor mannen omdat deze statistisch gezien minder lang leven en vaker roekeloos gedrag stellen, zou niet langer verboden zijn.⁶³⁰ De groep mannen wordt in onze benadering steeds beschermd tegen discriminatie, maar nooit tegen verboden onderscheid.

⁶²⁹ Art. 40 Arbeidswet 16 maart 1971, B.S. 30 maart 1971.

⁶³⁰ Het Europese Hof van Justitie is een andere mening toegedaan: in 2011 vernietigde het de ‘uitzonderingsbepaling’ dat voorzien was voor levensverzekeringen in artikel 5, lid 2 van richtlijn 2004/113/EG,

d) Rechtvaardiging

Op het vlak van rechtvaardigingsmogelijkheden werden de Belgische antidiscriminatiewetten gekenmerkt door een onoverzichtelijk en inconsistent geheel van (deels) open en (deels) gesloten systemen. De Nederlandse AWGB is op dit vlak consistent, aangezien het een volledig gesloten systeem hanteert voor direct onderscheid. Toch scoort de Nederlandse AWGB niet veel beter in de praktijk, omdat het vage verschil tussen de rechtsfiguren ‘direct’ en ‘indirect’ onderscheid net toelaat om te ontsnappen aan het rigide gesloten systeem. De overige Nederlandse gelijkebehandelingswetten hanteren dan weer een (deels) open systeem. Dit arbitraire verschil in gehanteerde rechtvaardigingsmogelijkheden naargelang de betrokken discriminatiegrond hebben we sterk bekritiseerd. Zoals gezegd, weerspiegelt dit wellicht de manier waarop inefficiënte meerderheidsstelsels zelf op discriminerende wijze aan politieke besluitvorming doen.

Om meer generaliteit en consistentie te bekomen, hebben we om deze reden een fundamenteel verschillend rechtvaardigingsregime uitgewerkt in de ‘gerechtelijke fase’. Hierbij hebben we een onderscheid gemaakt naargelang het recht om te discrimineren of een onderscheid te maken al dan niet kan worden afgeleid uit een fundamenteel vrijheidsrecht. Wanneer dit het geval is, hebben we geargumenteed dat de beperking van een klassiek vrijheidsrecht enkel gerechtvaardigd kan zijn wanneer *in concreto* voldaan is aan de voorwaarden inzake consistentie en coherentie, noodzakelijkheid en proportionaliteit. De beoordeling vindt plaats vanuit het perspectief van de beperking van het vrijheidsrecht, niet vanuit de ongelijke behandeling. De proportionaliteitstoets werd dus omgedraaid. Enkel wanneer grondrechten in het geding zijn, is er ruimte voor billijke belangenafweging en zal er steeds een zekere mate aan onvoorspelbaarheid blijven bestaan.

In de andere gevallen, wanneer de persoon of organisatie die het onderscheid maakt zich niet op een grondrecht kan beroepen, zijn de rechtvaardigingsmogelijkheden veel beperkter. We hebben gezien dat intrinsiek immorele discriminatie in dit geval nooit kan worden gerechtvaardigd: het recht op een menswaardige behandeling overtreft elk ander belang waarop de discriminator zich zou beroepen. Wanneer het slechts een ‘verboden onderscheid’ betreft, waren de rechtvaardigingsmogelijkheden eveneens beperkt. Indien op structureel niveau wordt vastgesteld dat individuele patronen van discriminatie en onderscheid bijdragen tot significante relatieve groepsverschillen, terwijl op individueel niveau een persoon die tot een kwetsbare groep behoort benadeeld werd omwille van dit lidmaatschap, zijn de rechtvaardigingsmogelijkheden zeer beperkt. Enkel wanneer de (financiële) kosten van die aard zijn dat ze volstrekt onevenredig zijn met gestelde doel (de eliminatie van groepsverschillen), kan er

dat de rechtvaardiging van onderscheid op grond van geslacht inzake de bepaling van premies voor levensverzekeringen mogelijk maakte – Zie HvJ 1 maart 2011, C-236/09, *Test-Aankoop t. Raad*.

nog sprake zijn van rechtvaardiging. Dit was het logische gevolg van een consequentialistische benadering, waarin de intenties of beweegredenen van de dader niet meespelen. Het verbod om onderscheid te maken in bepaalde domeinen is dan simpelweg een plicht van algemeen belang die wordt opgelegd aan bepaalde particulieren met een feitelijke machtspositie in de samenleving, vergelijkbaar met dwingende emissienormen voor bedrijven. Vanzelfsprekend behoort het niet tot de taak van rechters om op macroniveau vast te stellen of individuele patronen van discriminatie significante relatieve groepsverschillen veroorzaken. Om deze reden, zou de taak van een rechter beperkt kunnen blijven tot, enerzijds, het vaststellen van een rechtstreeks causaal verband tussen een concrete benadeling en een beschermd kenmerk en, anderzijds, de evenredigheidstest. Vooraf behoort het dan tot de taak van de wetgever om zich bij de keuze van beschermde criteria te beperken tot deze onderscheidingscriteria die leiden of kunnen leiden tot structurele achterstelling van bepaalde groepen in de samenleving, hierbij steeds gesteund door empirisch onderzoek.

Ons toetsingsmodel zou consistent en voorspelbaar zijn; de ruimte voor belangenafweging wordt beperkt en plichtsdragers weten waar ze aan toe zijn. Tegelijk zou er geen nood zijn aan een absurde juridisering van de samenleving om de strenge gevolgen van een gesloten systeem te compenseren. In ons voorstel zou er niet langer nood zijn aan een afzonderlijk K.B. dat op limitatieve wijze de situaties en voorwaarden vastlegt waaronder een maatregel van positieve discriminatie kan plaatsvinden; het behoort tot de ondernemingsvrijheid van een werkgever indien hij meer diversiteit op de werkvloer wil en daarom een vacature voorbehoudt voor mensen van allochtone afkomst. Evenmin zou er nood zijn aan een besluit waarin fitnesscentra uitsluitend voor vrouwen of de scheiding tussen mannen- en vrouwentoiletten expliciet worden erkend als een gerechtvaardigd onderscheid. Er bestaat geen enkel causaal verband tussen patronen van individuele geslachtsdiscriminatie in het aanbod van fitnesscentra of sanitaire voorzieningen enerzijds en significante relatieve groepsverschillen tussen mannen en vrouwen anderzijds, waardoor een verbod op onderscheid op grond van geslacht in deze domeinen simpelweg onbestaande zou zijn. Het autonomiebeginsel wordt opnieuw het centrale uitgangspunt in horizontale relaties; beperkingen de uitzondering.

e) Handhaving en toezicht

In zowel België als Nederland wordt het discriminatierecht hoofdzakelijk civielrechtelijk gehandhaafd. Vreemd genoeg worden bepaalde vormen van discriminatie eveneens door het strafrecht gehandhaafd, terwijl andere vormen van onderscheid zuiver civielrechtelijk geregeld worden. Opnieuw dienden we vast te stellen dat het discriminatierecht zelf enigszins discriminerend is. Om deze reden pleiten we ook hier voor meer generaliteit.

Zoals gezegd, zou enkel ‘echte’ discriminatie in onze benadering gecriminaliseerd worden. Respect voor het subsidiariteitsbeginsel in strafzaken houdt in dat we zuinig omspringen met strafrecht. Enkel discriminatie die ingegeven is door een geloof in de minderwaardigheid van andere mensen verdient het om strafrechtelijk te worden vervolgd en gesanctioneerd. We moeten weliswaar niet naïef geloven dat strafsancities veel effectiever zullen blijken dan civielrechtelijke sancties in de realisatie van een mentaliteitsverandering. Het doel van criminalisering bestaat in dit geval veeleer uit een principiële morele afkeuring door de maatschappij. Om deze reden zou ook elke vorm van (juridisch verboden) discriminatie gecriminaliseerd worden, ongeacht de betrokken discriminatiegrond of het beschermde domein waarin dit plaatsvindt. De sancties zouden evenmin verschillen naargelang het gaat om discriminatie op grond van het ene of het andere kenmerk, al blijft een aanpassing van de strafmaat *in concreto* uiteraard wel mogelijk. Alternatieve sancties waarbij effectief aan gedragsverandering kan worden gewerkt verdienen hierbij de voorkeur. Andere vormen van ‘verboden onderscheid’ worden uitsluitend civielrechtelijk gehandhaafd. De omkering van de bewijslast wanneer een ‘vermoeden’ van verboden onderscheid wordt aangetoond, mag van ons behouden blijven. We hebben hierbij geen probleem met het gebruik van statistische gegevens of praktijktests als ‘feiten die een vermoeden kunnen aantonen’. Praktijktest zijn volgens ons vooral een efficiënt instrument ter preventie van verboden onderscheid; slechts in tweede instantie kunnen ze eventueel ook worden ingezet als repressie-instrument. De controverse rond het gebruik van praktijktests om ‘discriminatie’ op te sporen, heeft overwegend te maken met de pejoratieve lading van het huidige discriminatiebegrip en het veroordelend karakter dat nog steeds uitgaat van de term. Het onderscheid tussen ‘discriminatie’ en ‘verboden onderscheid’ biedt ook hier enigszins soelaas: het gebruik van praktijktests dient dan niet zozeer om discriminatie op te sporen en daders hiervan te bestraffen, maar vooral om verboden onderscheid te voorkomen en op deze manier significante relatieve groepsverschillen te reduceren. Praktijktests worden op deze manier niet ingezet als repressiemiddel in een ‘Big Brother’ samenleving, maar wel als een beleidsinstrument dat moet bijdragen tot de realisatie van een rechtvaardigere samenleving.

Op het vlak van toezicht en vorderingsrechten, beschikken zowel België als Nederland over een laagdrempelig en gespecialiseerd buitengerechtelijk college waar slachtoffers van discriminatie terecht kunnen. Terwijl Unia in België naast haar bemiddelende rol ook rechtsvorderingen in eigen naam kan instellen, heeft het College voor de Rechten van de Mens in Nederland de bevoegdheid om zelf niet-bindende oordelen te vellen. We hebben de laagdrempeligheid van beide instanties toegejuicht, maar waren sceptisch over de bevoegdheid van een dergelijk college om zelf oordelen te vellen. Omdat de oordelen van het Nederlandse College in de praktijk veelal worden nageleefd, wordt het discriminatierecht in Nederland bijna uitsluitend vorm gegeven door deze buitengerechtelijke instantie. We hebben gewezen op het gevaar dat uitgaat van een gespecialiseerd orgaan dat zich uitsluitend bezighoudt met de toetsing van geschillen aan één waarde, het ‘gelijkheidsbeginsel’, wat al vlug tot een overwaarding van dit beginsel ten opzichte van andere conflicterende waarden en rechten kan leiden.

Dit gevaar is vooral pertinent wanneer een dergelijk orgaan eveneens een rechtsprekende bevoegdheid heeft. We merken inderdaad dat de kritiek op de ‘inflatie’ van het discriminatiebegrip in Nederland veel sterker woedt dan in België, als gevolg van vele sterk bekritiseerde oordelen van het College in het verleden. Deze rechtsprekende bevoegdheid valt bovendien moeilijk te rijmen met de mogelijkheid van een dergelijk orgaan om eveneens zelf rechtsvorderingen in te stellen. Om deze reden gaven we de voorkeur aan de bevoegdheidsinvulling van Unia in België, die eerder als ‘filter’ functioneert tussen rechtzoekenden en gerecht maar zelf geen oordelen velt. Dit laatste moest echter genuanceerd worden: ook Unia velt immers steeds impliciet oordelen wanneer zij tot een minnelijke regeling overgaat in haar hoedanigheid als bemiddelaar.

Hoewel een gerechtelijke procedure bij voorkeur een *ultimum remedium* blijft, benadrukken we het belang van deze mogelijkheid als stok achter de deur. Vooral voor de meest ernstige gevallen van intrinsiek immorele discriminatie moet de mogelijkheid steeds blijven bestaan dat een strafrechtelijke procedure wordt ingesteld. Andere gevallen van ‘verboden onderscheid’ worden bij voorkeur buitengerechtelijk afgehandeld, tenzij wanneer een minnelijke regeling niet mogelijk of opportuun blijkt te zijn (bijvoorbeeld, in geval van ‘recidive’). Deze buitengerechtelijke afhandeling weerspiegelt de distributieve aard van gelijkebehandelingsrecht, doordat de betrokken actoren eerder gesensibiliseerd dan geculpabiliseerd worden. We pleiten eveneens voor een ideologische heroriëntatie van deze colleges, waardoor ze evolueren van ‘gelijkebehandelingscolleges’ naar volwaardige ‘mensenrechtencolleges’, met oog voor alle waarden en (grond)rechten die in concrete discriminatiegeschillen rijzen. Een ideologisch waardenpluralisme, met de erkenning van menselijke waardigheid en autonomie als grondslagen van het discriminatierecht, doet volgens ons meer recht aan de complexiteit van de maatschappelijke realiteit dan een monotone gelijkheidsbenadering.

VI. CONCLUSIE

“Discrimination law is controversial. It could not fail to be, given that it seldom keeps in step with society but often ends up one step ahead.” – Tarunabh Khaitan⁶³¹

Discriminatierecht was inderdaad vanaf het begin gedoemd om controversieel te zijn. Dit zal niet meteen veranderen, zolang het juridische discriminatiebegrip niet strookt met onze morele intuïties en er onduidelijkheid blijft bestaan over de grondslag van een discriminatieverbod. Zelfs tijdens het schrijven van deze thesis was het moeilijk om alle controverses rond discriminatie en discriminatierecht bij te houden. Onze eigenste universiteit verklaarde zich in te zetten voor praktijktests die discriminatie op de huurmarkt moeten opsporen, waarop de Vlaamse minister van Gelijke Kansen prompt afwijzend reageerde door naar ‘communistische toestanden’ te verwijzen. Grote kranten titelden op hun voorpagina ‘Dovy Keukens discrimineert!’ na de veroordeling van de meubelketen door de arbeidsrechtbank van Gent, het Belgische Unia kwam in het oog van de storm te staan nadat de nieuwe federale staatssecretaris voor Gelijke Kansen het centrum ervan beschuldigde ‘polariserend’ te zijn en in de tussentijd heeft ook België een ‘handschudincident’ gekregen. De controverses rond discriminatierecht beperken zich duidelijk niet tot het multiculturele debat. Aan beide kanten van het spectrum bevinden er zich extremen: voor sommigen gaat het niet ver genoeg, terwijl anderen er liefst volledig komaf mee maken. En dan zijn er gematigde compromiszoekers zoals ondergetekende, die naar een gulden middenweg tussen grijze gelijkheid en ongebreidelde vrijheid op zoek gaan.

We zijn ons onderzoek gestart met de vaststelling dat het gemis van een duidelijke ethische grondslag van een discriminatieverbod tot drie grote gevaren leidt: de inflatie van het discriminatiebegrip, de beknotting van de individuele autonomie en rechtsonzekerheid. We hebben geargumenteed dat de identificatie van een onderliggende ethische grondslag aan deze gevaren tegemoet kan komen. De zoektocht naar en verdediging van een dergelijke grondslag vormde het hoofdpuzel van deze thesis.

Vooraleer dit te doen, dienden we het voorwerp van ons onderzoek nader af te bakenen: discriminatierecht. Na het discriminatiebegrip en de evolutie hiervan in het recht op algemene wijze besproken te hebben, hebben we de grote lijnen van het discriminatierecht in België overlopen (*‘de lege lata’*). Daarna hebben we op enkele relevante punten de vergelijking met het Nederlandse discriminatierecht gemaakt. De grootste verschillen tussen het Belgische en Nederlandse discriminatierecht situeerden zich op het vlak van opgenomen discriminatiegronden, gehanteerde rechtvaardigingssystemen en handhaving, maar beide rechtstelsels deelden in dezelfde kritiek: het discriminatierecht is geëvolueerd tot een onoverzichtelijk, juridisch-technisch en vooral inconsistent geheel van starre regelgeving. Vooral op het vlak van opgenomen discriminatiegronden en

⁶³¹ T. KHAITAN, *A theory of discrimination law*, o.c., 1.

beschermingssferen (hoofdzakelijk in Nederland) en het naast elkaar bestaan van verschillende rechtvaardigingssystemen en sanctie-apparaten naargelang de betrokken discriminatiegronden (zowel in België als Nederland) hebben we aangeklaagd dat het discriminatierecht veelal zelf een arbitrair onderscheid maakt dat niet steeds objectief en redelijk verantwoord lijkt te zijn. Er is geen gelijkheid onder de gelijken.

Vervolgens zijn we overgegaan tot een kritische rechtsfilosofische analyse van discriminatie en discriminatierecht vanuit een sociaalliberaal perspectief. Na het debat op een rationele manier gestructureerd te hebben, hebben we aan de hand van het ‘vier fasen schema’ in John Rawls’ theorie de ethische beginselen ‘menselijke waardigheid’ en ‘vrijheid’ als legitieme grondslagen van een horizontaal discriminatieverbod verdedigd. In de constitutionele fase, hebben we uiteengezet dat bepaalde vormen van discriminatie als een deontologische inbreuk op de menselijke waardigheid kunnen worden gekwalificeerd wanneer een onderscheid is ingegeven door het geloof in de minderwaardigheid van bepaalde bevolkingsgroepen. In dit geval, is het opzet van discriminatierecht eerder bescheiden van aard en verplicht het particulieren simpelweg om de gelijkwaardigheid van elk individu te respecteren. Daarnaast, in de legislatieve fase, kon discriminatierecht eveneens worden ingezet als een consequentialistisch instrument om significante relatieve groepsverschillen te reduceren. We hebben dit als een legitieme sociaalliberale doelstelling verdedigd, omdat leden van benadeelde groepen worden bedreigd in hun negatieve vrijheid en in hun toegang tot voldoende opportuniteiten en zelfrespect, wat noodzakelijke goederen zijn om een eerlijke kans op zelfrealisatie te hebben. De gezonde libertaire reflexen van vrijheidsdenkers dwongen ons echter om kritisch te zijn over de invulling van het huidige discriminatierecht. In sommige domeinen lijkt het middel niet steeds bij te dragen tot het doel en zelfs meer kwaad dan goed te doen. We hebben eveneens opgeworpen dat het arbitraire karakter van de huidige antidiscriminatiewetten wellicht de logische weerspiegeling is van de manier waarop democratische meerderheidsstelsels zelf op discriminerende wijze aan politieke besluitvorming doen. In de gerechtelijke fase hebben we deze inzichten vertaald naar een rationeel toetsingschema, dat minder arbitrair is dan het huidige discriminatierecht en weinig tot geen ruimte voor subjectieve belangenafweging toelaat. In het laatste onderdeel hebben we uiteengezet dat ‘gelijkheid’ zowel theoretisch als empirisch niets met discriminatierecht te maken heeft. Willen we de uitholling van het discriminatiebegrip, de beknotting van de individuele autonomie en een toenemende rechtsonzekerheid vermijden, doen we er daarom goed aan een sociaalliberale benadering van discriminatierecht te verkiezen boven een egalitaire benadering.

In het laatste luik, hebben we de inzichten uit het rechtsfilosofische luik toegepast op het Belgische en Nederlandse discriminatierecht en hebben we enkele fundamentele wijzigingen voorgesteld (*‘de lege ferenda’*). We hebben gepleit voor het schrappen van de vage rechtsfiguren ‘directe’ en ‘indirecte’ discriminatie en stelden voor om in de plaats daarvan de rechtsfiguren ‘discriminatie’ en ‘verboden

onderscheid' te introduceren, die een betere weerspiegeling zouden zijn van de complexe morele realiteit. Het ging hierbij niet om een louter semantische ingreep: aan het onderscheid waren drastische rechtsgevolgen gekoppeld, wat het onvermijdelijke gevolg is van de fundamenteel van elkaar verschillende logica's die in het spel zijn. Dit verschil in rechtsgevolgen situeerde zich zowel op het vlak van discriminatiegronden, toepassingsgebied, rechtvaardigingsregime als handhaving.

We beseffen dat sommige lezers misschien wat op hun honger zijn blijven zitten, omdat deze thesis vooral een 'metabenedering' van discriminatie(recht) was, waardoor we op vele punten abstract zijn moeten blijven. Vele sub-aspecten van dit onderwerp zijn dan ook slechts sporadisch aan bod gekomen. Een alomvattende en rationele benadering van een complex maatschappelijk probleem zoals discriminatie kan enkel gegeven worden door voldoende afstand te nemen. Ivoren torens hoeven niet steeds slecht te zijn. We hopen dat mensen die in de dagelijkse praktijk veelvuldig met discriminatie worden geconfronteerd ons dit vergeven.

We hebben gezalfd en geslagen in deze thesis. Gezalfd, omdat we verdedigd hebben dat discriminatierecht nobele doelstellingen kan hebben die niet noodzakelijk onverzoenbaar zijn met sociaalliberale waarden, zoals vrijheid en menselijke waardigheid. Geslagen, omdat we tegelijk serieuze kanttekeningen hebben gemaakt bij de vormgeving van het huidige discriminatierecht in België, Nederland en de Europese Unie in het algemeen. Het hoofdopzet was om een alternatieve rechtvaardiging van – en invulling aan – discriminatierecht te geven, gestoeld op een sociaalliberale leest. Billijkheid en rechtvaardigheid behoren niet tot het monopolie van egalitaristen. We hopen dat deze benadering enigszins een steentje bijdraagt tot de nodige nuancering in het debat en de uitholling van het discriminatiebegrip een halt kan toeroepen. We denken in de toekomst beter twee keer na vooraleer we roepen gediscrimineerd te worden. Willen we discriminatie serieus nemen, doen we er goed aan het discriminatiebegrip voor te behouden aan de meest immorele gedragingen die mensen in hun fundamentele waardigheid aantasten. Complexe sociale problemen die vrijheidsbeperkend werken moeten vanuit een fundamenteel andere logica benaderd en bestreden worden. Het gelijkheids- en non-discriminatiebeginsel blijft hoofdzakelijk in verticale relaties een essentiële buffer tegen machtsmisbruik van overheden. In horizontale relaties, daarentegen, blijft het opzet van discriminatierecht bij voorkeur bescheiden. Discriminerende overheden zijn een groter gevaar voor de vrijheid van minderheden dan discriminerende medeburgers, wat in tijden van wereldwijd toenemend nationalisme maar al te duidelijk wordt. Tijdens zijn historische speech voor het Lincoln Memorial in 1963 liet Martin Luther King maar liefst 27 keer de woorden 'vrij' of 'vrijheid' vallen; slechts tweemaal gebruikte hij de woorden 'gelijk' of 'gelijkheid'. De burgerprotestanten hunkerden naar vrijheid van onderdrukking en de erkenning van hun volwaardig burgerschap. Ze wilden de teugels van een corrupte segregatiepolitiek van zich afwerpen en de controle over hun leven terugwinnen. Iets doet ons vermoeden dat een goedkopere bril voor 50-plussers het laatste van hun zorgen was.

VII. BIBLIOGRAFIE

Parlementaire stukken

- *Parl. St.* Senaat 1999-2000, 2-12/1.
- *Parl. St.* Senaat, 1999-2000, 2-12/5.
- *Parl. St.* Senaat, 1999-2000, 2-12/10.
- *Parl. St.* Senaat, 1999-2000, 2-12/15.
- Verslag LIBERT, *Parl. St.* Kamer 2006-07, nr. 2720/009.
- M.v.T. bij het wetsontwerp ter bestrijding van bepaalde vormen van discriminatie, *Parl. St.* Kamer 2006-07, nr. 2722/001.
- M.v.T. bij het wetsontwerp ter bestrijding van seksisme in de openbare ruimte en tot aanpassing van de wet van 10 mei 2007 ter bestrijding van discriminatie tussen vrouwen en mannen teneinde de daad van discriminatie te bestraffen, *Parl. St.* Kamer 2013-14, nr. 3297/001.
- Vr. en Antw. Kamer, 7 december 2016, nr. 54/098, 385 (Vr. nr. 417 Catherine Fonck).

Materiële wetgeving

België

- KB 8 februari 1979 tot vaststelling van de gevallen waarin melding kan worden gemaakt van het geslacht in de toegangsvoorwaarden van een betrekking of een beroepsactiviteit, *B.S.* 16 februari 1979.
- Wet 30 juli 1981 tot bestraffing van bepaalde door racisme of xenofobie ingegeven daden, *B.S.* 8 augustus 1981.
- K.B. van 14 juli 1987 houdende maatregelen tot bevordering van gelijke kansen voor mannen en vrouwen in de privésector, *B.S.* 26 augustus 1987.
- Bijzondere Wet 6 januari 1989 op het Grondwettelijk Hof, *B.S.* 7 januari 1989, gewijzigd door de Bijzondere Wet 21 februari 2010 tot aanpassing van verschillende bepalingen aan de benaming "Grondwettelijk Hof", *B.S.* 26 februari 2010.
- Wet 5 juni 2002 betreffende het non-discriminatiebeginsel ten voordele van werknemers met een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd, *B.S.* 26 juni 2002.
- Wet 25 februari 2003 ter bestrijding van discriminatie en tot wijziging van de wet van 15 februari 1993 tot oprichting van een Centrum voor Gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding, *B.S.* 25 februari 2003, opgeheven door de nieuwe Wet van 10 mei 2007 ter bestrijding van bepaalde vormen van discriminatie, *B.S.* 30 mei 2007.

- Wet 10 mei 2007 ter bestrijding van discriminatie tussen vrouwen en mannen, *B.S.* 30 mei 2007.
- Decreet 10 juli 2008 houdende een kader voor het Vlaamse gelijkheids- en gelijkebehandelingsbeleid, *B.S.* 23 september 2008.
- Wet 28 juli 2011 tot wijziging van de wet van 21 maart 1991 betreffende de hervorming van sommige economische overheidsbedrijven, het Wetboek van vennootschappen en de wet van 19 april 2002 tot rationalisering van de werking en het beheer van de Nationale Loterij teneinde te garanderen dat vrouwen zitting hebben in de raad van bestuur van de autonome overheidsbedrijven, de genoteerde vennootschappen en de Nationale Loterij, *B.S.* 14 september 2011.
- KB 2 juni 2012 tot wijziging van het koninklijk besluit van 2 oktober 1937 houdende het statuut van het rijkspersoneel, *B.S.* 8 juni 2012.
- Wet van 22 mei 2014 ter bestrijding van seksisme in de openbare ruimte en tot aanpassing van de wet van 10 mei 2007 ter bestrijding van discriminatie teneinde de daad van discriminatie te bestraffen, *B.S.* 24 juli 2014.
- KB van 18 november 2015 tot vaststelling van de samenstelling van de Commissie van experts, hun aanstelling en de vorm en concrete inhoud van het verslag dat voorgesteld moet worden tot uitvoering van artikel 52, § 3, van de wet van 10 mei 2007 ter bestrijding van bepaalde vormen van discriminatie, *B.S.* 12 december 2015.

Nederland

- Wet van 1 maart 1980, houdende aanpassing van de Nederlandse wetgeving aan de richtlijn van de Raad van de Europese Gemeenschappen van 9 februari 1976 inzake de gelijke behandeling van mannen en vrouwen, *Stb.* 1980, 86.
- Wet van 2 maart 1994, houdende algemene regels ter bescherming tegen discriminatie op grond van godsdienst, levensovertuiging, politieke gezindheid, ras, geslacht, nationaliteit, hetero- of homoseksuele gerichtheid of burgerlijke staat, *Stb.* 1994, 230.
- Besluit gelijke behandeling van 18 augustus 1994, *Stb.* 1994, 657.
- Wet van 3 juli 1996, houdende wijziging van het Burgerlijk Wetboek en de Ambtenarenwet in verband met het verbod tot het maken van onderscheid tussen werknemers naar arbeidsduur, *Stb.* 1996, 391.
- Wet van 7 november 2002 tot uitvoering van de richtlijn 1999/70/EG van de Raad van de Europese Unie van 28 juni 1999 betreffende de door het EVV, de UNICE en het CEEP gesloten raamovereenkomst inzake arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd, *Stb.* 2002, 560.
- Wet van 3 april 2003 tot vaststelling van de Wet gelijke behandeling op grond van handicap of chronische ziekte, *Stb.* 2003, 329.

- Wet van 17 december 2003, houdende gelijke behandeling op grond van leeftijd bij arbeid, beroep en beroepsonderwijs, *Stb.* 2004, 90.
- Wet van 24 november 2011, houdende de oprichting van het College voor de rechten van de mens, *Stb.* 2011, 606.
- Wet van 21 mei 2015 tot wijziging van de Algemene wet gelijke behandeling in verband met het annuleren van de enkele-feitconstructie in de Algemene wet gelijke behandeling, *Stb.* 2015, 243.
- Wet van 14 april 2016 tot uitvoering van het op 13 december 2006 te New York tot stand gekomen Verdrag inzake de rechten van personen met een handicap, *Stb.* 2016, 215.

Europese Unie

- Richtlijn 76/207/EEG van de Raad van 9 februari 1976 betreffende de tenuitvoerlegging van het beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen ten aanzien van de toegang tot het arbeidsproces, *PB. L.* 39, 14 februari 1976 zoals gewijzigd door Richtlijn 2002/73/EG van het Europees Parlement en de Raad van 23 september 2002 tot wijziging van Richtlijn 76/207/EEG van de Raad betreffende de tenuitvoerlegging van het beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen ten aanzien van de toegang tot het arbeidsproces, de beroepsopleiding en de promotiekansen en ten aanzien van de arbeidsvoorwaarden, *PB. L.* 5 oktober 2002.
- 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 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 2004/113/EG van de Raad van 13 december 2004 houdende toepassing van het beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen bij de toegang tot en het aanbod van goederen en diensten, *PB. L.* 737, 21 december 2004.

Rechtspraak

België

- GwH. 13 januari 1994, nr. 1-94.
- GwH 6 oktober 2004, nr. 157/2004.
- Antwerpen 26 april 2007, B-Vision Group NV / Pearle Belgium NV, *Jaarboek Handelspraktijken & Mededinging* 2007, 478-482, noot J. STUYCK.

- Voorz. Kh. Brussel 17 september 2008, Sociale dienst voor de plaatselijke en gewestelijke overheidsdiensten VZW / Vereniging Vlaamse Reisbureaus VZW, *Jaarboek Handelspraktijken & Mededinging* 2008, 65.
- GwH 12 februari 2009, nr. 17/2009.
- GwH. 2 april 2009, nr. 64/2009.
- Brussel 15 februari 2011, Sociale dienst voor de plaatselijke en gewestelijke overheidsdiensten VZW / Vereniging Vlaamse Reisbureaus VZW, *Jaarboek Marktpraktijken* 2011, 60.
- Arbrb. Tongeren (1e k.) nr. 11/2142/A, 2 januari 2013, *Limb.Rechtsl.* 2013, afl. 1, 55. Noot door K. ALIDADI, 'Privaat neutraliteitsbeleid onder de loep', *Juristenkrant*, 2013, nr. 263, 2.
- Luik 4 november 2014 (onuitgegeven). Aangehaald in: VRIELINK, J. en SOTTIAUX, S., 'Fitness-segregatie dan toch geen discriminatie: separate but equal?', *De Juristenkrant*, 2014, nr. 299, 3.

Nederland

- Oordeel College, 97-29 (datum onbekend). Aangehaald in: LOENEN, T., 'Een wet zonder keuzes? Een beschouwing over de Belgische antidiscriminatiewet vanuit een Nederlands perspectief.', in UFSIA, *Vrijheid en gelijkheid. De horizontale werking van het gelijkheidsbeginsel en de nieuwe antidiscriminatiewet*, Antwerpen-Apeldoorn, Maklu, 2003, 794.
- Oordeel College van 21 december 2001, 2001-150.
- Oordeel College van 21 september 2004, 2004-116.
- Oordeel College 25 mei 2010, 2010-80.
- Oordeel College van 16 december 2013, 2013-163.

Europees

- EHRM 9 februari 1967, nr. 1474/62; 1677/62; 1691/62; 1769/63; 1994/63; 2126/64, *Case 'Relating to certain aspects of the laws on the use of languages in education in Belgium' v. Belgium*.
- HvJ 4 februari 1988, nr. 157/86, *Mary Murphy and others v An Bord Telecom Eireann*.
- HvJ 8 november 1990, nr. C-177/88, *Elisabeth Johanna Pacifica Dekker v Stichting Vormingscentrum voor Jong Volwassenen (VJV-Centrum) Plus*.
- HvJ 27 oktober 1993, nr. C-127/92, *Dr. Pamela Mary Enderby v Frenchay Health Authority and Secretary of State for Health*.
- HvJ 30 juni 1998, C-394/96, *Mary Brown v Rentokil Ltd*.

- HvJ 10 maart 2005, nr. C-196/02, *Vasiliki Nikoloudi v Organismos Tilepikoinonion Ellados AE*.
- HvJ 17 juli 2008, nr. C-303/06, *S. Coleman v Attridge Law and Steve Law*.
- HvJ 1 maart 2011, C-236/09, *Test-Aankoop t. Raad*.
- HvJ 14 maart 2017, C-157/15, *Achbita, Centrum voor Gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding / G4S Secure Solutions*.

Internationaal

- United Nations Human Rights Council 15 juli 2002, nr. 854/1999, *Manuel Wackenheim v. France*.

Literatuur

- ADAMS, M., 'Vrijheid en gelijkheid bij Ronald Dworkin. Een rechtsfilosofische excursie', in UFSIA, *Vrijheid en gelijkheid. De horizontale werking van het gelijkheidsbeginsel en de nieuwe antidiscriminatiewet*, Antwerpen-Apeldoorn, Maklu, 2003, 115-146.
- ADAMS, M., 'Vrijheid of gelijkheid? De nieuwe Belgische antidiscriminatiewet en de soevereiniteit in eigen kring', *R&R*, 2003, 89-96.
- ALEXANDER, L., 'Fair equality of opportunity: John Rawls' (best) forgotten principle', *Philosophy Research Archives*, 1986, vol. XI, 197-208.
- ALEXANDER, L., 'What makes discrimination wrongful? Biases, preferences, stereotypes and proxies', *University of Pennsylvania Law Review*, 1992, vol. 141, 149-219.
- ARNESON, R., 'Against Rawlsian equality of opportunity', *Philosophical Studies*, 1999, vol. 93, nr. 1, 77-112. (<http://philosophyfaculty.ucsd.edu/faculty/rarneson/againstrawlsiane.pdf>)
- ARNESON, R., 'What is wrongful discrimination?', *San Diego Law Review*, 2006, 775-808.
- BANTON, M., 'Discrimination entails comparison', in LOENEN, T. en RODRIGUES, P. (eds.), *Non-discrimination law: comparative perspectives*, Den Haag, Kluwer Law International, 1999, 107-117.
- BAYART, C. en BOSMANS, I., 'De federale antidiscriminatiewetten en arbeidsbetrekking in de private sector', in BAYART, C. en SOTTIAUX, S. e.a. (eds.), *De nieuwe federale antidiscriminatiewetten*, Brugge, Die Keure, 2008, 537-595.
- BAYART, C. en DEITEREN, C., 'Direct en indirect onderscheid', in BAYART, C., SOTTIAUX, S. e.a. (eds.), *De nieuwe federale antidiscriminatiewetten*, Brugge, Die Keure, 2008, 171-225.
- BEDI, S., 'The scope of formal equality of opportunity: the horizontal effect of rights in a liberal constitution', *Political Theory*, 2014, vol. 42, 716-738.

- BREMS, E. en VRIELINK, J., 'Een verschil tussen gekozen en ongekozen discriminatie?', *De juristenkrant*, 23 december 2009, 12-13.
- BUCHANAN, J. M. en CONGLETTON, R., *Politics by Principle, not Interest. Towards Non-discriminatory democracy*, Indianapolis, Liberty Fund, 2003, 216p.
- COLLEGE VOOR DE RECHTEN VAN DE MENS, *Jaarverslag 2015*, Utrecht, 2015, 56p.
- DE JASAY, A., 'On treating like cases alike', *The Independent Review*, 1999, vol. 4, 107-118.
- DE PRINS, D., SOTTIAUX, S. en VRIELINK, J., *Handboek discriminatierecht*, Mechelen, Kluwer, 2005, 593p.
- DE VOS, M., 'Positieve actie en discriminatie in het Europese en Belgische discriminatierecht', in C. BAYART, S. SOTTIAUX e.a. (eds.), *De nieuwe federale antidiscriminatiewetten*, Brugge, Die Keure, 2008, 297-332.
- EPSTEIN, R. 'Standing firm, on Forbidden Grounds', *San Diego Law Review*, vol. 31, 1994, 1-56.
- FOUBERT, P., 'Basisconcepten van de wet bestrijding discriminatie en haar verhouding tot andere discriminatieregels', in DE VOS, M. BREMS, E., BERNAUW, K. en DAMBRE, M. (eds.), *De wet bestrijding discriminatie in de praktijk*, Antwerpen, Intersentia, 2004, 1-34.
- FREDMAN, S., *Discrimination law*, Oxford, Oxford University Press, 2011, 348p.
- GARDNER, J., 'Discrimination as injustice', *Oxford Journal of Legal Studies*, 1996, vol. 16, 353-367.
- GERARDS, J. H., 'Gronden van discriminatie – de wenselijkheid van open en gesloten opsommingen', in BAYART, C., SOTTIAUX, S. e.a. (eds.), *De nieuwe federale antidiscriminatiewetten*, Brugge, Die Keure, 2008, 130-169.
- GOLDSCHMIDT, J. E., 'Back to the future – an Agenda for a More Equal Future', in T. LOENEN en P. RODRIGUES, *Non-discrimination law: comparative perspectives, o.c.*, 437-449.
- GOLDSCHMIDT, J. en HENDRIKS, A., 'Het gelijkheidsbeginsel en andere grondrechten in een veranderende samenleving', *NJB*, 2003, afl. 25, 1277-1284.
- HAYEK, F. A., *Law, Legislation and Liberty. Vol. 3: The Political Order of a Free People*, London, Routledge & Kegan Paul, 1979, 244p.
- HERINGA, A.W., 'Standards of review for discrimination. The scope of review by the courts', in LOENEN, T. en RODRIGUES, P. (eds.), *Non-discrimination law: comparative perspectives*, Den Haag, Kluwer Law International, 1999, 25-37.
- HIRSCH BALLIN, E., 'Artikel 1 in drievoud', *NJB*, 2003, afl. 25, 1285.
- HOLMES, E., 'Anti-discrimination rights without equality', *The Modern Law Review*, 2005, vol. 68, 175-194.

- HOLTMAAT, R. en RODRIGUES, P., ‘Discriminatie gezien vanuit juridisch perspectief. Naar een holistische benadering?’, in DAVIDOVIC, M. en TERLOUW, A. (eds.), *Diversiteit en discriminatie. Onderzoek naar processen van in- en uitsluiting*, Amsterdam, Amsterdam University Press, 2015, 125-148.
- HOLTMAAT, R., ‘Stop de inflatie van het discriminatiebegrip! Een pleidooi voor het maken van onderscheid tussen discriminatie en ongelijke behandeling’, *NJB*, 2003, 1266-1276.
- INTERFEDERAAL GELIJKEKANSENCEENTRUM, *Jaarverslag 2014*, Brussel, 2014, 88p.
- KHAITAN, T., *A theory of discrimination law*, Oxford, Oxford University Press, 2016, 262p.
- KOPPELMAN, A., ‘Antidiscrimination Law and Social Equality’, *Report from the Institute for Philosophy & Public Policy*, 1996, vol. 16, 1-7.
- KOPPELMAN, A., ‘Should noncommercial associations have an absolute right to discriminate?’, *Law and Contemporary Problems*, 2004, vol. 67, 27-57.
- LOENEN, T., ‘Een wet zonder keuzes? Een beschouwing over de Belgische antidiscriminatiewet vanuit een Nederlands perspectief.’, in UFSIA, *Vrijheid en gelijkheid. De horizontale werking van het gelijkheidsbeginsel en de nieuwe antidiscriminatiewet*, Antwerpen-Apeldoorn, Maklu, 2003, 783-799.
- MARTYN, G. en OPSOMMER, R., *Geschiedenis van de politiek en van het publiekrecht*, Brugge, Die Keure, 2011, 283p.
- MOREAU, S., ‘The wrongs of unequal treatment’, in FARADAY, F. (ed.), *Making equality rights real: securing substantive equality under the Charter*, Toronto, Irwin Law, 2009, 31-71.
- POPELIER, P., ‘Laten we allemaal vriendjes zijn! Over de antidiscriminatiewet en wetgevingsmethoden’, in UFSIA, *Vrijheid en gelijkheid. De horizontale werking van het gelijkheidsbeginsel en de nieuwe antidiscriminatiewet*, Antwerpen-Apeldoorn, Maklu, 2003, 245-286.
- RAWLS, J., *A theory of justice. Revised edition*, Cambridge, Harvard University Press, 1999, 538p.
- RÉAUME, D. G., ‘Discrimination and dignity’, *Louisiana Law Review*, 2003, vol. 63, 645-695.
- RORIVE, I. en VAN DER PLANCKE, V., ‘Quels dispositifs pour prouver la discrimination?’, in BAYART, C. en SOTTIAUX, S. e.a. (eds.), *De nieuwe federale antidiscriminatiewetten*, Brugge, Die Keure, 2008, 423-461.
- SCHMIDTZ, D., ‘Equal respect and equal shares’, *Social Philosophy & Policy Foundation*, 2002, 244-274.
- SHIN, P., ‘Liability for unconscious discrimination? A thought experiment in the theory of employment discrimination law’, *Hastings Law Journal*, 2010, vol. 62, 1-27.

- SOTTAUX, S., 'De rechtvaardigingsgronden in het federale discriminatierecht', in BAYART, C., SOTTIAUX, S. e.a. (eds.), *De nieuwe federale antidiscriminatiewetten*, Brugge, Die Keure, 2008, 227-257.
- STORME, M. E., 'Algemene discriminatiewet leidt onvermijdelijk naar politiestaat', *De Juristenkrant*, 2002, nr. 57, 4.
- STORME, M.E., 'De weerslag van de juridisering op vrijheid en gelijkheid in de verhoudingen van de burgerlijke maatschappij', in UFSIA, *Vrijheid en gelijkheid. De horizontale werking van het gelijkheidsbeginsel en de nieuwe antidiscriminatiewet*, Antwerpen-Apeldoorn, Maklu, 2003, 147-185.
- TAELEMAN, P., 'Het handhavingsrecht van de wet bestrijding discriminatie', in DE VOS, M., BREMS, E., BERNAUW, K. en DAMBRE, M. (eds.), *De wet bestrijding discriminatie in de praktijk, o.c.*, 203-260.
- THIERY, Y. 'Verzekeren in tijden van gendergelijkheid - Een leidraad door rechtsonzeker gebied', in BAYART, C., SOTTIAUX, S. e.a. (eds.), *De nieuwe federale antidiscriminatiewetten*, Brugge, Die Keure, 2008, 755-796.
- UNIA, *Jaarverslag 2015*, Brussel, 2015, 84p.
- VAN DEN WYNGAERT, C., *Strafrecht en strafprocesrecht in hoofdlijnen – deel I*, Antwerpen, Maklu, 2009, 665p.
- VAN DEN WYNGAERT, C., *Strafrecht en strafprocesrecht in hoofdlijnen – deel II*, Antwerpen, Maklu, 2009, 621p.
- VANDE LANOTTE, J. en GOEDERTIER, G., *Handboek Belgisch Publiekrecht*, Brugge, Die Keure, 2010, 1530.
- VANDER BEKEN, T., 'Voor de sport: de strafrechtelijke aanpak van discriminatie vanaf 2003', in DE VOS, M., BREMS, E., BERNAUW, K. en DAMBRE, M. (eds.), *De wet bestrijding discriminatie in de praktijk*, Antwerpen, Intersentia, 2004, 261-276.
- VANHEESWIJCK, G., 'De horizontale werking van het discriminatieverbod. Een antropologische analyse', in UFSIA, *Vrijheid en gelijkheid. De horizontale werking van het gelijkheidsbeginsel en de nieuwe antidiscriminatiewet*, Antwerpen-Apeldoorn, Maklu, 2003, 41-77.
- VELAERS, J., 'De antidiscriminatiewet en de botsing van grondrechten', in UFSIA, *Vrijheid en gelijkheid. De horizontale werking van het gelijkheidsbeginsel en de nieuwe antidiscriminatiewet*, Antwerpen-Apeldoorn, Maklu, 2003, 327-387.
- VELAERS, J., 'De horizontale werking van het discriminatieverbod in de antidiscriminatiewet. Enkele constitutionele beschouwingen', in UFSIA, *Vrijheid en gelijkheid. De horizontale werking van het gelijkheidsbeginsel en de nieuwe antidiscriminatiewet*, Antwerpen-Apeldoorn, Maklu, 2003, 287-326.

- VERHAEGHE, P. en VAN DER BRACHT, K., ‘Praktijktesten: Van onderzoeksmethode naar beleidsinstrument tegen discriminatie?’, *Sociologos*, 2017, vol. 38, 182-200
- VERMEULEN, B., ‘De verhouding tussen de vrijheidsrechten en de discriminatieverboden in de Nederlandse wet gelijke behandeling’, in UFSIA, *Vrijheid en gelijkheid. De horizontale werking van het gelijkheidsbeginsel en de nieuwe antidiscriminatiewet*, Antwerpen-Apeldoorn, Maklu, 2003, 801-819.
- VERPLAETSE, J. en DELMOTTE, C., *Basisboek ethiek en rechtsfilosofie*, Antwerpen-Apeldoorn, Maklu, 2015, 243p.
- VRIELINK, J. en SOTTIAUX, S. ‘Discriminatoire urinoirs: ‘potty parity’ in België’, *De Juristenkrant*, 26 oktober 2011, 3.
- VRIELINK, J. en SOTTIAUX, S., ‘Discrimineert de Nederlandse discriminatiewet? De Nederlandse gelijkebehandelingswetgeving getoetst aan de rechtspraak van het Belgische Grondwettelijke Hof’, *NTM/NJCM-Bull*, 2011, nr. 2, 226-239.
- VRIELINK, J. en SOTTIAUX, S., ‘Fitness-segregatie dan toch geen discriminatie: separate but equal?’, *De Juristenkrant*, 2014, nr. 299, 3.
- VRIELINK, J., ‘Does Equality Law Make a Difference? Social Science Research on the Effect of Discrimination Law on (Potential) Victims’ in CUYPERS, D. en VRIELINK, J. (eds.), *Equal is not enough*, Cambridge, Intersentia, 2016, 117-133.
- VRIELINK, J., ‘Gelijke behandeling in Nederland. Een bespreking van de Nederlandse Algemene Wet Gelijke Behandeling’, in UFSIA, *Vrijheid en gelijkheid. De horizontale werking van het gelijkheidsbeginsel en de nieuwe antidiscriminatiewet*, Antwerpen-Apeldoorn, Maklu, 2003, 757-781.
- VRIELINK, J., ‘Van kinderen en badwater... Reactie op Matthias Storme’, *De Juristenkrant*, 2002, nr. 58, 2.
- VRIELINK, J., SOTTIAUX, S. en DE PRINS, D., ‘De anti-discriminatiewet. Een artikelsgewijze analyse (Deel 1)’, *De Juristenkrant*, 2003, nr. 23, 258-275.
- VRIELINK, J., SOTTIAUX, S. en DE PRINS, D., ‘De anti-discriminatiewet. Een artikelsgewijze analyse (Deel 2)’, *De Juristenkrant*, 2003, nr. 24, 294-306.
- WAELKENS, L., ‘Oude wijn in nieuwe vaten, van de Romeinse vrijheid en gelijkheid naar het actuele discriminatieverbod’, in UFSIA, *Vrijheid en gelijkheid: de horizontale werking van het gelijkheidsbeginsel en de nieuwe antidiscriminatiewet*, Antwerpen, Maklu, 2003, 13-39.
- WALDRON, J., ‘Autonomy and perfectionism in Raz’s morality of freedom,’ *Southern California Law Review*, 1988-89, vol. 62, 1097-1152.
- WENTHOLT, K., ‘Formal and substantive equal treatment: the limitations and the potential of the legal concept of equality’, in LOENEN, T. en RODRIGUES, P., *Non-discrimination law: comparative perspectives*, Den Haag, Kluwer Law International, 1999, 53-64.

- WERTHEIMER, A., 'Jobs, Qualifications and Preferences', *Ethics*, 1983, 99-112.
- WERTHEIMER, A., 'Reflections on discrimination', *San Diego Law Review*, 2006, vol. 43, 945-980.
- WHITE, S., 'Freedom of association and the right to exclude', *The Journal of Political Philosophy*, 1997, vol. 5, 373-391.

Internetbronnen

- ALEXANDER, L. en MOORE, M. (17 oktober 2016), 'Deontological Ethics' in *Stanford Encyclopedia of Philosophy* [WWW]. Stanford University: <https://plato.stanford.edu/entries/ethics-deontological/> [raadpleging op 2 februari 2017]
- CARTER, I. (2 augustus 2016), 'Positive and negative liberty', in *Stanford Encyclopedia of Philosophy* [WWW]. Stanford University: <https://plato.stanford.edu/entries/liberty-positive-negative/> [geraadpleegd op 3 februari 2017]
- COLEMAN, J., HERSHOVITZ, S. en MENDLOW, G. (17 december 2015), 'Theories of the Common Law of Torts' in *Stanford Encyclopedia of Philosophy* [WWW]. Stanford University: <https://plato.stanford.edu/entries/tort-theories/#CorJusVerDisJus> [geraadpleegd op: 2 februari 2017]
- COLLINS, H. (19 oktober 2015), 'Review of A Theory of Discrimination Law by Tarunabh Khaitan' [WWW]. *University of Oxford. Faculty of Law*: <https://www.law.ox.ac.uk/content/labour-law-0/blog/2015/10/review-theory-discrimination-law-tarunabh-khaitan-0> [geraadpleegd op: 6 februari 2017]
- HOOKER, B. (18 november 2015), 'Rule consequentialism', in *Stanford Encyclopedia of Philosophy* [WWW]. Stanford University: <https://plato.stanford.edu/entries/consequentialism-rule/> [raadpleging op 2 februari 2017]
- KAPLAN, S. (2 juni 2015), 'The rise and fall of Abercrombie's 'look policy'' [WWW]. The Washington Post: <https://www.washingtonpost.com/news/morning-mix/wp/2015/06/02/the-rise-and-fall-of-bercrombies-look-policy/> [geraadpleegd op: 7 februari 2017]
- PHILIPPA, M. e.a. (2003-2009), 'Etymologisch Woordenboek van het Nederlands' [WWW]. Etymologiebank.nl: <http://www.etymologiebank.nl/trefwoord/discriminatie> [raadpleging op 2 februari 2017]
- SINNOT-ARMSTRONG, W. (22 oktober 2015), 'Consequentialism' in *Stanford Encyclopedia of Philosophy* [WWW]. Stanford University: <https://plato.stanford.edu/entries/consequentialism/> [raadpleging op 2 februari 2017]
- UNIA (1 april 2009), 'Positieve Actie-Maatregelen' [WWW]. Unia: <http://unia.be/nl/wetgeving-aanbevelingen/aanbevelingen-van-unia/positieve-actie-maatregelen> [raadpleging op 7 april 2017]

- WENAR, L. (9 januari 2017), 'John Rawls – Ideal and non-ideal theory' in *Stanford Encyclopedia of Philosophy* [WWW]. Stanford University: <https://plato.stanford.edu/entries/rawls/> [raadpleging op 2 april 2017]
- WILKERSON, J. (z.d.), 'Rawls and Nozick on fairness' [WWW]. University of Washington: <http://faculty.washington.edu/jwilker/353/RawlsNozick.pdf> [geraadpleegd op 3 februari 2017]