

Bijlage 4. – Minderheidsstandpunt – *Dissenting opinion* van professor Matthias E. Storme, adjunct-rapporteur

MINDERHEIDSSTANDPUNT - DISSENTING OPINION

Ik kan me onmogelijk aansluiten bij het rapport dat de Commissie als een evaluatie van de 'antidiscriminatie wetten' en motiveer dit dan ook in deze 'dissenting opinion'.

I. Inleiding

1. Het rapport bevat geen evenwichtige evaluatie, maar enkel een ééndimensionele analyse die systematisch slechts één zijde van de medaille bekijkt en slechts in één richting aanbevelingen doet, waardoor dit rapport vooral een ideologisch document is. Om het in klassieke bewoordingen te stellen, is er geen onderzoek "à charge et à décharge" gevoerd, maar wordt enkel nagegaan of er niet nog meer gedragingen moeten worden bestreden en bestraft, of er nog betere repressie van die gedragingen mogelijk is, of de vrijheid niet nog meer kan worden ingeperkt, en dit zonder dat er enige ernstige aandacht wordt besteed aan de andere effecten die dergelijke wetgeving of dergelijke toepassing van die wetgeving veroorzaken.

II. Toetsingskader

2. Evaluatie impliceert een toetsing aan een toetsingskader, aan 'waarden' of hogere nomen waaraan men toetst. In een democratische rechtstaat kan een dergelijke toetsing legitiem op twee wijzen of niveau's, gebeuren, die echter wel uit elkaar moeten worden gehouden.

3. Aangezien de Commissie bedoeld is om advies te verlenen aan de federale wetgever moet een evaluatie op de eerste plaats gebeuren binnen het kader van de Belgische Grondwet en dus in het licht van de regels en beginselen die deze Grondwet voorschrijft, en wel van het geheel van de grondwettelijke waarden en niet slechts in het licht van één enkele ideologisch gekozen waarde. In de mate waarin de Grondwet toestaat om bevoegdheden over te hevelen aan supranationale organen, past het natuurlijk wel om daarbij ook rekening te houden met regels van supranationale oorsprong, en in het bijzonder wetgeving van de Europese Unie; zij het dat dit laatste op dit 'eerste' niveau van evaluatie slechts kan gebeuren voor zover die supranationale regels "geen afbreuk doen aan de nationale identiteit die besloten ligt in de politieke en constitutionele basisstructuren of aan de kernwaarden van de bescherming die de Grondwet aan de rechtsonderhorigen verleent" (GwH arrest 62/2016 van 28 april 2016). Een evaluatie op dit niveau moet dus 1° noodzakelijk binnen de perken van de Grondwet blijven, en 2° het geheel van de grondrechten in rekening brengen.

4. Dit betekent niet dat een evaluatie niet ook dit fundamentele juridisch kader in vraag kan stellen en voorstellen kan bevatten om de Grondwet of supranationale bepalingen te wijzigen. Daarbij horen evenwel drie opmerkingen. Ten eerste moet men een dergelijke evaluatie zeer duidelijk onderscheiden van de eerste. Ten tweede moet men dan ook duidelijk het toetsingskader aangeven op basis waarvan men de Grondwet en het supranationaal recht evalueert. Als dit toetsingskader niet de bestaande grondwettelijke orde is, hoort het transparant te zijn. Zonder uit te sluiten dat er nog andere mogelijke toetsingskaders zijn, kan een dergelijk toetsingskader hoofdzakelijk ideologisch zijn dan wel gebaseerd op (sociaal en mens-)wetenschappelijke methoden. Ten derde is er geen enkele reden om bij een dergelijke evaluatie de Grondwet niet als bindend te beschouwen maar Europese Richtlijnen of bepaalde internationale verdragen wel.

5. In het licht hiervan is het evaluatierapport duidelijk onevenwichtig en incoherent door, enerzijds, de wet niet te toetsen aan de grondwettelijke rechten en vrijheden, en meer nog

enkele daarvan in vraag te stellen en verdere inperking ervan aan te bevelen maar, anderzijds, geen enkele kritische houding aan te nemen ten aanzien van de Europese wetgeving of sommige internationale verdragen.

Onder III. geef ik kort aan waar de evaluatie tekortschiet op het eerste niveau en onder IV. waar ze tekortschiet op het tweede niveau.

III. Toetsing binnen het grondwettelijk kader

6. Een ernstige evaluatie op het eerste niveau vereist aldus dat men deze wetgeving toetst aan het geheel van de bepalingen in de Grondwet die aan de rechtsonderhorigen bescherming verleent (in het bijzonder alle bepalingen van Titel II van de Grondwet, zoals de vrijheid van geweten, van eredienst, van vereniging, van meningsuiting en drukpers, van onderwijs, van gebruik van eigendom, privacy, ...). Deze bepalingen kan men samenlezen met daaraan corresponderende bepalingen in supranationale instrumenten, zoals het Europees Verdrag voor de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (EVRM) en het Handvest van grondrechten van de Europese Unie, zodat bijvoorbeeld ook de vrijheid van ondernemen en de contractvrijheid, in rekening moeten worden gebracht. Omgekeerd mag eraan worden herinnerd dat België bij de goedkeuring van het VN-Verdrag rassendiscriminatie een voorbehoud heeft gemaakt wat betreft de vrijheid van meningsuiting en zich niet toe heeft verbonden die in te perken.

7. Bij lezing van het rapport kan men niet anders dan vaststellen dat zeer uitvoerig wordt onderzocht op welke wijze er nog meer bescherming zou kunnen worden verleend aan een recht om niet te worden gediscrimineerd in horizontale verhoudingen (door andere burgers, ondernemingen enzovoort), dat men afleidt uit de Grondwet (hoewel dat in de artikelen 10 en 11 niet te lezen is, aangezien die bepalingen strikt gezien enkel aan de overheid een discriminatieverbod opleggen) en uit Europese bepalingen, maar geen enkele aandacht wordt besteed aan de vraag of de bestaande wetgeving of de uitbreiding ervan die men aanbeveelt, ook impact heeft op andere grondrechten en fundamentele vrijheden. Dit is des te merkwaardiger omdat volgens de vaste rechtspraak van het Grondwettelijk Hof elke inbreuk op een grondrecht een discriminatie vormt en men er zich dus niet achter kan wegsteken dat de inperking van deze vrijheden niet tot de opdracht zou behoren, nl. om de bestrijding van discriminatie te onderzoeken. Er wordt ook niet onderzocht of de bestaande regels of degene die men voorstelt een billijk evenwicht verzekeren tussen de verschillende rechten die de Grondwet beschermt (en die, toegegeven, soms met elkaar op gespannen voet staan).

De redenering dat men bij de evaluatie van een bepaalde wetgeving enkel zou moeten nagaan of ze doeltreffend is en hoe ze nog doeltreffender kan worden gemaakt, en niet ook zou moeten nagaan welke impact de bestaande of voorgestelde regels hebben op andere rechten en vrijheden is een redenering een rechtsstaat onwaardig. Met dergelijke redenering kan men ook aanbevelen dat het doeltreffend zou zijn alle daders van discriminatie op te hangen, eraan toevoegende dat het niet tot de opdracht van de evaluator is om zich met de bescherming met het recht op leven bezig te houden.

8. Het volstaat evident ook niet om er zich van af te maken door te stellen dat de bestaande wetgeving niet ongrondwettig werd verklaard door het Grondwettelijk Hof en men zich dus bij de evaluatie ervan - en bij het aanbevelen van verdere uitbreiding en aanscherping ervan - geen zorgen moet maken over de Grondwet en de grondwettelijke waarden. De toetsing door het Grondwettelijk Hof is beperkt en laat een grote marge aan de wetgever. Wanneer een rapport aan de wetgever aanbeveelt om die marge systematisch ten nadele van de grondwettelijke vrijheden in te vullen, is dat geen ernstige evaluatie maar een eendimensioneel ideologisch programma. Het is ook niet omdat de bestaande wet de

grondwettigheidstoets zou doorstaan, dat dit ook het geval zou zijn voor een aanscherping of uitbreiding van de wet.

Bovendien heeft het Grondwettelijk Hof de bestaande wet slechts grondwetsconform geacht mits ze op een aantal punten restrictief wordt geïnterpreteerd:

- zo zijn een aantal strafbepalingen maar ongrondwettig voor zover er een bijzonder opzet van de dader wordt vereist;
- zo is art. 22 Antiracismewet maar grondwettig in zoverre het geen autonoom misdrijf is, en de strafbaarheid van de vereniging zelf een vereiste is voor de strafbaarheid van het lidmaatschap (arrest 17/2009 overweging B.79.5); het rapport beveelt nu precies aan om de tegenovergestelde interpretatie te geven aan die "*Sippenhaft*", waarmee het dus aanbeveelt om grondwettelijke vrijheid van vereniging op dit punt terzijde te schuiven.

9. Ook al kan men uitgaan van de voorrang van de Europese rechtsregels - wat zoals hoger gezegd krachtens de Belgische Grondwet niét onbeperkt het geval is -, dan nog veronderstelt een ernstige evaluatie dat men onderzoekt welke marge de Belgische wetgever heeft en of de wijze waarop die marge is ingevuld wel de meest evenwichtige is, met de minste impact op andere vrijheden, en het meest bevorderlijk voor kans op welvaart. Daarbij zou men met name vaststellen dat de implementatie van dezelfde Europese Richtlijnen in sommige andere landen, zoals met name in de grootste lidstaat Duitsland, veel minder verregaand is gebeurd en zou men kunnen nagaan wat de voordelige of nadelige effecten daarvan zijn.

Met name zou daarbij moeten worden onderzocht of men wel dezelfde regels kan hanteren:

- voor, enerzijds, aanbieders van goederen of diensten die een groot aantal transacties aanbieden of verrichten en, anderzijds, aanbieders die slechts een of een beperkt aantal diensten aanbieden (onderscheid dat in het Duitse recht wordt gemaakt);
- voor gevallen waar er slechts een welbepaald aantal personen kunnen worden bediend (bv. er zijn maar twee vacatures, er is maar één appartement te huur, enzovoort) en gevallen waarin er een capaciteit is om een open aantal personen te bedienen (onderscheid dat in de wetenschappelijke literatuur van groot belang wordt geacht: in het eerste geval betekent het immers dat wanneer de niet-gekozen persoon zou zijn gekozen, de gekozenen evenzeer zou zijn benadeeld als de niet-gekozenen nu).

10. Vanuit de opdracht om de federale wetgeving te evalueren in een correct normatief kader, moet vanzelfsprekend niet enkel aandacht worden besteed aan de vraag waar de wetgeving zou kunnen tekortschieten in de bescherming van personen die discriminatie aanvoeren, maar evenzeer in de bescherming van personen die zich verweren tegen deze aanvoering van discriminatie. Dit geldt zowel materieelrechtelijk als procedureel:

- materieelrechtelijk: er moet een billijk evenwicht worden gezocht tussen, enerzijds, bescherming tegen discriminatie en, anderzijds, de bescherming van de fundamentele vrijheden, waaronder, enerzijds, economische vrijheid, die ook de contractvrijheid omvat (arrest *Sky Europe* van het HvJ) en, anderzijds, de vrijheden van meningsuiting, onderwijs, vereniging, religie e.d.m.
- procedureel: er moet een billijk evenwicht worden gezocht tussen, enerzijds, de toegang tot de rechter voor klagers en, anderzijds, voor verweerders het recht niet nodeloos in een procedure te worden betrokken en het recht van verdediging.

De Commissie besteedde tot nu toe systematisch aandacht aan de ene kant van de medaille. Zo wordt er veel aandacht besteed aan de vraag of personen die op meerdere gronden zouden zijn gediscrimineerd bovenop de bescherming van elk van die gronden nog extra bescherming nodig hebben. Over de vraag of ook burgers die onterecht zouden zijn beschuldigd, bescherming nodig hebben, geen woord. Nochtans zijn er ook veel personen 'slachtoffer' van onterechte of frivole beschuldigingen, wat in het verleden zelfs al tot zelfmoord heeft geleid (zaak-Blackie).

Als we menen dat er een reëel risico op sanctie moet zijn voor wie discrimineert, moet er ook een reëel risico op sanctie zijn voor wie onterecht iemand beschuldigt van discriminatie.

11. Een ernstige evaluatie veronderstelt ook een rechtseconomische analyse, waarop *infra* IV. nader wordt ingegaan.

12. Zij vereist ook een onderzoek naar de vraag in welke mate ongelijke behandelingen rationeel zijn, en om die reden gerechtvaardigd. Wanneer economische actoren onderscheiden maken, is dat in veruit de meeste gevallen perfect rationeel gedrag. Zo heeft geen enkele werkgever er belang bij om iemand anders in dienst te nemen dan de persoon die het best zal functioneren. Omzeggens geen enkele werkgever zal in de gevallen waarin hij een keuze heeft, de minder efficiënte keuze maken. Indien die keuzes niet beantwoorden aan wat andere belanghebbenden verwachten, dan kan het nuttiger zijn de redenen daarvoor te onderzoeken in plaats van uit te gaan van kwade trouw, al dan niet op grond van 'statistische' gegevens die op voorhand een hele reeks factoren niet mee opnemen.

IV. Toetsing boven het grondwettelijk kader.

13. Het rapport beantwoordt ook niet aan de drie vereisten voor een bovengrondwettelijke evaluatie.

Primo maakt het rapport geen onderscheid tussen een evaluatie in het licht van de Grondwet en een evaluatie buiten de Grondwet om. Waar het in de ideologie past wordt de Grondwet als argument aangevoerd (art. 10 en 11 van de Grondwet), waar dit niet in de ideologie past wordt de Grondwet in vraag gesteld (art. 150 Grondwet, vrijheid van vereniging).

Secundo is het toetsingskader zuiver ideologisch. In dat geval hoort het om transparant te zijn en bv. duidelijk te stellen dat men een waardenkader hanteert waarbij de gelijkheid of een bepaalde vorm van gelijkheid altijd de voorrang moet krijgen en het bestrijden van discriminatie dus een doel op zichzelf is dat niet in evenwicht moet worden geacht met even belangrijke doelen of waarden. Er zijn ook andere ideologische opvattingen legitiem in een democratie, die dan blijkbaar in de evaluatiecommissie op mijn persoon na niet vertegenwoordigd zijn. En men kan een zuiver ideologische insteek ook overstijgen door ook wetenschappelijke methoden te gebruiken in de evaluatie. Zo mag men verwachten dat een ernstige evaluatie minstens ook rechtsvergelijkend en rechtseconomisch gebeurt:

- rechtsvergelijkend door na te gaan wat de regelgeving is in andere landen en op welke wijze men daar een evenwicht probeert te vinden tussen met elkaar strijdende waarden;
- rechtseconomisch door na te gaan wat zowel de positieve als de negatieve effecten voor de welvaart zijn van deze wetgeving en van de mogelijke alternatieven (waaronder ook de afschaffing van de wetgeving).

Tertio, wordt enkel de Grondwet kritisch bejegend en niet het supranationale recht, wat natuurlijk samenhangt met de zonet geschetste ideologische insteek.

14. Met name twee soorten rechtseconomisch onderzoek zijn onontbeerlijk voor een ernstige evaluatie.

Ten eerste vereist dit onderzoek naar de effecten, en dus naar de kosten naast de baten, de nadelige effecten naast de voordelige. Rechtseconomische literatuur heeft erop gewezen dat discriminatieverboden in horizontale verhoudingen globaal genomen in de samenleving niet voor méér kansen zorgt maar voor minder kansen. Op zijn minst moet aandacht worden besteed aan de neveneffecten en de kosten (zie bv. R.A. EPSTEIN, *Equal Opportunity or more opportunity*, London: Civitas London; C. KIRCHNER, "Zivilrechtlicher

Diskriminierungsschutz: ein ökonomischer Ansatz", in S. LEIBLE & M. SCHLACHTER, *Diskriminierungsschutz durch Privatrecht*, München: Sellier 2006, 37 v.).

Bij het onderzoek naar de effecten hoort ook onderzoek naar de vraag of repressie van bepaalde gedragingen iets oplost. Met name op het gebied van de uitingsmisdrijven (*hate speech* e.d.) is er ook bij ons uitvoerig wetenschappelijk onderzoek verricht dat het tegendeel aantoont. Een auteur werd weliswaar door de Commissie gehoord (dr. J. Vrielink, *Van haat gesproken, een rechtsantropologisch onderzoek naar de bestrijding van rasgerelateerde uitingsdelicten in België*, 2010)), maar van zijn conclusie dat dergelijke wetsbepalingen contraproductief zijn, is niets terug te vinden.

15. Ten tweede vereist dit onderzoek naar de efficiënte van de inzet van schaarse middelen.

Elke vraag om meer middelen (geld of mankracht) voor de bestrijding van discriminatie betekent dat diezelfde middelen niet voor andere opdrachten kunnen worden gebruikt. Een tunnelvisie waarbij men enkel aandacht heeft voor de eigen winkel, verbergt dat meer middelen voor de bestrijding van discriminatie ook inhoudt dat er minder middelen zijn voor de bestrijding van andere maatschappelijke kwalen. Het zou eerlijker zijn om te zeggen welke andere rechten of belangen er dan minder moeten worden beschermd dan vandaag. Omgekeerd rijst evenzeer de vraag of de gekozen middelen, namelijk meer repressie, wel de meest efficiënte inzet zijn om het gewenste doel (meer kansen voor eenieder) te bereiken.

V. Besluit

16. Het staat eenieder natuurlijk vrij om ideologische en politieke keuzes te maken en te motiveren. Op grond van de fundamentele vrijheden mag men de religie van de non-discriminatie aanhangen, en van oordeel zijn dat de wetgever slechts moet worden beoordeeld aan de mate van repressie van ongelijke behandeling. Anderen hangen de sharia aan of nog andere radicale religies. Eenieder mag natuurlijk rapporten schrijven met vijftig tinten grijs om de repressie te vergroten. Maar zo'n rapport is dan wel een ideologische evaluatie en geen juridische, economische of wetenschappelijke evaluatie. Wellicht willen velen in het parlement dat ook: een schaamlapje voor hun ideologische keuzes. Zij worden goed bediend.

Prof. Matthias E. Storme