



Universiteit
Leiden

The Netherlands

Discriminatie of onderscheid: het kleine verschil met grote gevolgen of het grote verschil met kleine gevolgen?

Holtmaat, H.M.T.; Hertogh M.L.M., Zoontjes P.J.J.

Citation

Holtmaat, H. M. T. (2006). Discriminatie of onderscheid: het kleine verschil met grote gevolgen of het grote verschil met kleine gevolgen? In Z. P. J. J. Hertogh M.L.M. (Ed.), *Gelijke behandeling: principes en praktijken* (pp. 3-113). Nijmegen: Wolf Legal Publishers. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/35148>

Version: Not Applicable (or Unknown)

License: [Leiden University Non-exclusive license](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/35148>

Note: To cite this publication please use the final published version (if applicable).

Gelijke behandeling:

**principes
en
praktijken**

Gelijke behandeling: principes en praktijken

Evaluatieonderzoek Algemene wet gelijke behandeling

M.L.M. Hertogh, P.J.J. Zoontjens (red.)

ISBN 13: 978-90-5850-244-5

ISBN 10: 90-5850-244-9

Uitgevers: Willem-Jan en René van der Wolf

Productie: René van der Wolf

 Wolf Legal Publishers (WLP)

Postbus 31051

6503 CB Nijmegen

<http://www.wolfpublishers.nl>

e-mail: wlp@hetnet.nl

Voor zover het maken van kopieën uit deze uitgave is toegestaan op grond van artikel 16b Auteurswet 1912 jo. het Besluit van 20 juni 1974, Stb. 1974, 351, zoals gewijzigd bij het Besluit van 23 augustus 1985, Stb. 1985, 471, en artikel 17 Auteurswet 1912, dient men de daarvoor wettelijk verschuldigde vergoedingen te voldoen aan de Stichting Reprorecht (Postbus 3060, 2130 KB, Hoofddorp). Voor het overnemen van gedeelte(n) uit deze uitgave in bloemlezingen, readers en andere compilatiewerken (art. 16 Auteurswet 1912) dient men zich tot de uitgever te wenden.

Gelijke behandeling:

**principes
en
praktijken**

Evaluatieonderzoek Algemene wet gelijke behandeling

Prof. dr. M.L.M. Hertogh

Prof. mr. P.J.J. Zoontjens

(red.)



VOORWOORD

Dit boek is de weerslag van het externe wetenschappelijke onderzoek ten behoeve van de tweede evaluatie van de Algemene wet gelijke behandeling (Awgb), dat in opdracht van het kabinet, in casu het ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties, door een team van onderzoekers is verricht. De wet schrijft een vijfjaarlijkse verplichte evaluatie voor. De eerste evaluatie vond in 1999 plaats en besloeg de eerste vijf jaren. In 2004 werd een tweede periode afgesloten. De tweede evaluatie van de Awgb is in twee fasen vormgegeven. Het rapport van de Commissie gelijke behandeling (Cgb), waarin verslag wordt gedaan van de eigen bevindingen, vormt de eerste fase (*Het verschil gemaakt; Evaluatie Awgb en werkzaamheden CGB 1999- 2004*, Utrecht 2005). Hierin zijn de feitelijke ervaringen van de Cgb met de toepassing van de wet beschreven en beoordeeld in het licht van het doel van de wet. Ook heeft de Cgb op een aantal punten extern onderzoek laten verrichten.

Vervolgens is op basis van een aantal vragen onderzoek uitgevoerd op juridisch en rechtssociologisch terrein. Dit boek is daarvan de weerslag. Het vormt de tweede fase van de evaluatie. Algemeen uitgangspunt voor de tweede evaluatie is volgens het kabinet de vraag “of de Awgb voldoende effectief is in de bestrijding van discriminatie. Indien dit niet het geval is, wil het kabinet weten op welke wijze de effectiviteit en doeltreffendheid van de Awgb en Cgb zouden kunnen worden verbeterd.” Men heeft daaruit twee hoofdvragen afgeleid als vertrekpunt voor het externe onderzoek. Een en ander is nader uitgewerkt in vier onderzoeksvragen voor een juridisch deel en vier onderzoeksvragen voor een rechtssociologisch deel van het onderzoek. Deze vragen zijn per onderzoeksonderdeel en in de samenvatting aangegeven.

Zonder afbreuk te willen doen aan de gezamenlijke betrokkenheid bij en verantwoordelijkheid voor het hele onderzoek zijn de verschillende onderzoekers in het bijzonder verantwoordelijk voor de totstandkoming van afzonderlijke onderdelen.

Het juridisch onderzoek, dat vier afzonderlijke vraagstellingen behelst, is verricht door prof. mr. R. Holtmaat, prof. mr.drs. B.P. Vermeulen en prof. mr. P.J.J. Zoon-tjens. Holtmaat heeft onderdeel 1 (discriminatie of onderscheid) geschreven, Vermeulen onderdeel 4 (kerkgenootschappen en geestelijk ambt) en Zoon-tjens de resterende twee onderdelen (eenzijdig overheidshandelen, en verenigingsvrijheid en recht op privacy). De juridische onderzoekers zijn aan prof. dr. Christa Tobler dank verschuldigd voor haar inhoudelijke bijdrage aan onderdelen van het onderzoek. Verder danken zij prof. mr. B.W.N. de Waard (UvT), mevr. mr. M.J. Kanne (VU) en de heer P. Leemans, student-assistent aan de UvT, voor hun ondersteunende werkzaamheden.

Het rechtssociologische onderzoek is verricht door een team van onderzoekers onder leiding van prof. dr. M.L.M. Hertogh (RuG) en bestond verder uit: mw. mr. B.J. Dijksterhuis (UvT), dr. B.M.J. van Klink (UvT), dr. D.G. van Tol (RuG) en mw. drs. S. Verberk (zelfstandig onderzoeker). Er is bovendien samengewerkt met IVA Beleidsonderzoek en Advies (Tilburg). De telefonische interviews met professionals zijn afgenomen door Tilburgse Rechtenstudenten, die voorafgaand aan dit onderzoek een korte training hebben gevolgd: mw. N. Leijtens, mw. C.R.A. Knapen, mw. N. Jit, mw. K. Provoost en J. Ponds.

Het onderzoek is begeleid door een commissie onder voorzitterschap van mr. H.C.J.L. Borghouts. Voor de samenstelling van deze commissie zij verwezen naar de bijlage achter in het boek. De onderzoekers hebben veel profijt gehad van de kritische, deskundige en opbouwende opmerkingen van de leden van de begeleidingscommissie. Zij zijn hen ook dankbaar voor hun begrip en hun geduld op momenten dat bleek dat de gestelde deadlines niet konden worden gehaald.

Groningen/Tilburg, 25 september 2006

Marc Hertogh
Paul Zoontjens

VERKORTE INHOUDSOPGAVE

A. JURIDISCH DEELONDERZOEK

ONDERDEEL 1, DISCRIMINATIE OF ONDERSCHEID	1
ONDERDEEL 2, EENZIJDIG OVERHEIDSHANDELEN	115
ONDERDEEL 3, GELIJKHEID, VERENIGINGSVRIJHEID EN PRIVACY	175
ONDERDEEL 4, KERKGENOOTSCHAP EN GEESTELIJK AMBT	219
B. RECHTSSOCIOLOGISCH DEELONDERZOEK	249
C. SAMENVATTING, CONCLUSIES, VOORUITZICHTEN	331

Bijlagen

I. METHODOLOGISCHE VERANTWOORDING	371
II. VRAGENLIJSTEN	379
III. TABELLEN ENQUÊTE	409
IV. CASE-STUDIES BURGERS	437
V. CASE-STUDIES PROFESSIONALS	463
LEDEN BEGELEIDINGSKOMMISSIE TWEEDE EVALUATIE AWGB	485
LIJST VAN GERAADPLEEGDE LITERATUUR	487
LIJST VAN VERKORT AANGEHAALDE LITERATUUR	497

A. JURIDISCH DEELONDERZOEK

ORDERDEEL 1, DISCRIMINATIE OF ONDERSCHIED (R. HOLTMAAT)

1. Inleiding: probleemstelling en opzet	3
1.1 Aanleiding voor dit deel van het onderzoek	3
1.2 De onderzoeksvragen en de interpretatie daarvan	4
1.3 Overige factoren, van belang voor de begripskeuze	7
1.4 De structuur	13
2. ‘Onderscheid’ en ‘discriminatie’ in taal en recht	15
2.1 Onderscheid en discriminatie volgens het woordenboek	15
2.2 Het begrip onderscheid in het gelijkebehandelingsrecht	16
2.3 Het begrip discriminatie in het Nederlandse recht	22
2.3.1 De Awgb	22
2.3.2 De Grondwet	25
2.3.3 Het strafrecht	29
2.3.3.1 Inleiding	29
2.3.3.2 Artikel 90 quater	30
2.3.3.3 Wijziging terminologie, voorgeschiedenis	31
2.3.3.4 Wijziging van het begrip discriminatie	34
2.3.3.5 Uitzonderingen verbod, bewijslast(verdeling)	35
2.3.3.6 Verbod discriminatie op grond van handicap	42
2.3.3.7 Conclusie paragraaf 2.3.3	44
2.4 Korte samenvatting en voorlopige conclusies	45
3. ‘Discriminatie’ in Europees en internationaal recht	47
3.1 Internationale verdragen	47
3.1.1 Het IVBPR en het EVRM	47
3.1.2 Het Vrouwenverdrag en het Rassenverdrag	50
3.1.3 Samenvatting	53
3.2 Discriminatieverboden in het EU-recht	53
3.2.1 De verdragen en het Grondrechtenhandvest	54
3.2.2 EG-richtlijnen en jurisprudentie van het HvJEG	56
3.2.3 De openheid of geslotenheid van de Europese norm	59
3.2.4 Samenvatting	61
4. ‘Onderscheid’ en ‘discriminatie’, bevindingen	65
4.1 Onderscheid	67
4.2 Intermezzo: ongelijke behandeling en ongelijkheid	67
4.3 Discriminatie	68
4.4 Enkele voorlopige conclusies	72
5. Opmerkingen van rechtsvergelijkende aard	77
5.1 België	77
5.2 Het Verenigd Koninkrijk	79
5.3 Frankrijk	79
5.4 Duitsland	81
5.5 Samenvatting	82
6. Juridische aspecten bij begripskeuze en -handhaving	
6.1 Inleiding	83
6.2 De aansluiting bij het EU-recht	83
6.2.1 Voorafgaande opmerkingen	83

6.2.2	Zijn de EG-verboden formeel of materieel van aard?	85
6.2.3	Consequenties Nederlandse begripskeuze in licht Europees recht?	86
6.2.4	Andere verschillen tussen Nederlands en Europees begrippenkader	88
6.3	Consequenties van de begripskeuze voor de toetsingssystematiek	90
6.3.1	De openheid of geslotenheid van het begrip	91
6.3.2	De bewijslastverdeling	94
6.4	Overige juridische aspecten	95
6.4.1	De aansluiting bij het internationale recht	97
6.4.2	De 'definiceerbaarheid' van begrippen	98
6.4.3	Contextafhankelijkheid begrippen, interne consistentie rechtssysteem	101
6.5	Conclusies	105
7.	Conclusies	111

ONDERDEEL 2, EENZIJDIG OVERHEIDSHANDELEN (P.J.J. ZOONTJENS)

1.	Inleiding	117
1.1	Onderwerp en aanleiding	117
1.2	Een eerste afbakening van de onderzoeksvraag	117
1.3	Plan van behandeling	118
2.	Achtergrond	121
2.1	De omvang van het probleem	121
2.2	Soorten van eenzijdig overheidshandelen	122
2.2.1	De gevallen	122
2.2.2	Gevolgen van de komst van artikel 7a Awgb	123
2.2.3	De kwalificatie van eenzijdig overheidshandelen	124
2.2.4	Uitzonderingen	125
2.3	Parlementaire discussie	126
2.3.1	Algemeen	126
2.3.2	Het mondeling debat in 1993	127
2.3.3	Tussenbalans	128
2.4	Voortgezette discussie	128
2.5	Afsluiting en precisering onderzoeksvraag	129
3.	Nadere afbakening van het overheidshandelen	131
3.1	Oriëntatie op de Awb	131
3.2	Het onderscheid tussen overheid en niet-overheid	131
3.3	De reikwijdte van het Awb-model	134
3.3.1	Beperking overheidshandelen: besluiten	134
3.3.2	Feitelijk overheidshandelen en Awgb	134
3.4	De eventuele uitzondering van wetgeving in formele zin	136
3.4.1	Artikel 7a en wetgeving in formele zin	136
3.4.2	Algemene bevoegdheid en wetgeving in formele zin	138
3.5	De uitzondering van a.v.v.	140
3.6	Resumerende opmerkingen	142
3.6.1	Het Awb-model en feitelijke en andere overheidshandelingen	142
3.6.2	Wetten en a.v.v.	143
4.	Verskil in toetsing door rechter en Cgb?	145
4.1	Inleiding	145
4.2	De rechterlijke toetsing aan gelijkheid	145
4.2.1	Rol en betekenis van artikel 1 Grondwet in de rechtspraak	145

4.2.2	Toetsing aan gelijke behandeling	146
4.2.3	Toetsing aan het discriminatieverbod	148
4.2.4	Kort résumé van het voorafgaande	151
4.3	Verschil tussen rechter en Cgb?	152
4.3.1	Open systeem in rechtspraak	152
4.3.2	Awgb voor burgers en overheid?	153
4.4	Conclusies	155
5.	Criteria voor verruiming met ‘toetsbare’ overheidshandelingen	157
5.1	Inleiding	157
5.2	Criteria voor verruiming	157
5.2.1	Algemeen	157
5.2.2	Zwaarwegende non-discriminatiegronden	157
5.2.3	Verruiming ‘goederen’ en ‘diensten’ ex artikel 7	158
5.2.4	Feitelijk, burgers benadelend overheidshandelen	158
5.2.5	Beleidssterreinen	159
6.	Uitgebreide rechtsmacht en de afstemming tot de Awb	161
6.1	Inleiding: het perspectief van de rechtzoekende	161
6.2	Het integratiemodel	162
6.2.1	Complicaties bij samenloop	162
6.2.2	Oordeel, bezwaar en beroep	164
6.3	Het coördinatiemodel	165
6.4	Conclusies	166
7.	Samenvatting en conclusies	167
7.1	Inleiding: omlijning van het probleem	167
7.2	Nadere afbakening van het overheidshandelen	168
7.2.1	Twee vragen en het Awb-begrip bestuursorgaan	168
7.2.2	Beperkingen op voorhand voor wetten en a.v.v.	168
7.2.3	Feitelijk overheidshandelen	169
7.2.4	Uitgangspunt van selectieve uitbreiding	169
7.2.5	Criteria voor selectieve uitbreiding	170
7.3	Voorwaarden voor uitbreiding met overheidshandelen	171
7.3.1	Algemeen	171
7.3.2	Toetsing aan gelijke behandeling	171
7.3.3	Toetsing aan het discriminatieverbod	172
7.3.4	Open systeem van toetsing bij overheidshandelen	172
7.4	Uitgebreide rechtsmacht en de afstemming met de Awb	173
7.5	Beantwoording van de onderzoeksvraag	174

ONDERDEEL 3, GELIJKHEID, VERENIGINGSVRIJHEID EN PRIVACY (P.J.J. ZOONTJENS)

1.	Inleiding	177
1.1	Onderwerp en aanleiding	177
1.2	Gelijke behandeling en verenigingsvrijheid	177
1.3	Gelijke behandeling en recht op privacy	178
1.4	Plan van behandeling	179
2.	Verenigingsvrijheid	181
2.1	Inkadering van het probleem	181
2.1.1	Het wettelijke kader	181

2.1.2 De parlementaire behandeling	183
2.2 Benadering door de Cgb: algemeen	183
2.3 Benadering door de burgerlijke rechter	186
2.4 Benadering door de Cgb: kritiek	188
2.5 Vrijheid van vereniging in de Grondwet	189
2.5.1 Inleiding	189
2.5.2 De Grondwet	190
2.6 Vrijheid van vereniging in het EVRM	193
2.7 Gelijkheid versus vrijheid van vereniging	197
2.8 Conclusies	201
2.8.1 De verenigingsvrijheid	201
2.8.2 Vrijheid versus gelijkheid	202
2.8.3 Beantwoording van de onderzoeksvraag	203
3. Recht op eerbiediging persoonlijke levenssfeer	205
3.1 Vooraf	205
3.2 Het wettelijke kader	205
3.3 Het privacyrecht in de Grondwet	206
3.4 Het privacyrecht in het EVRM	209
3.5 Het privacyrecht in het Europese recht	210
3.6 Privacy versus gelijkheid	211
3.6.1 Algemeen	211
3.6.2 De Ras- en Kaderrichtlijn	212
3.6.3 Opvatting van het HvJEG	213
3.7 Conclusies	215
3.7.1 De reikwijdte van het recht op privacy, mede in relatie tot gelijkheid	215
3.7.2 Beantwoording van de onderzoeksvraag	216
 ONDERDEEL 4, KERKGENOOTSCHAP EN GEESTELIJK AMBT (B.P. VERMEULEN)	
1. Inleiding	219
1.1 Onderwerp en aanleiding	219
1.2 Een eerste afbakening van de onderzoeksvraag	219
2. De betekenis van artikel 3 Awgb	221
2.1 Tekst en wetsgeschiedenis	221
2.2 Jurisprudentie en oordelen	223
3. Verenigbaarheid met Grondwet, EVRM en EU-recht	227
3.1 Grondwet en EVRM	227
3.2 EU-regelgeving	231
3.2.1 Overzicht richtlijnen	231
3.2.2 Beoordeling exceptie geestelijk ambt	232
3.2.3 Concluderend	237
4. Verenigbaarheid Awgb met vrijheid van godsdienst	239
5. Conclusies	247

B. RECHTSSOCIOLOGISCH DEELONDERZOEK (M.L.M. HERTOOGH E.A.)

1. Opzet van het rechtssociologisch onderzoek	251
1.1 Inleiding	251
1.2 Eerder onderzoek naar functioneren gelijke-behandelingswetgeving	252
1.3 De sociale werking en symboolwerking van wetgeving	257
1.4 Uitwerking van de onderzoeksvragen	259
1.5 Deelonderzoeken	261
1.6 Afstemming met het onderzoek uit de eerste fase	262
1.7 Vergelijking met de AWGB-evaluatie uit 1999	263
1.8 De inhoud van dit rapport	264
2. Kenbaarheid en toegankelijkheid van de Awgb voor burgers	265
2.1 Inleiding	265
2.2 Ervaringen met ongelijke behandeling	265
2.3 Kennis over de Awgb	266
2.4 Kennis over de Commissie Gelijke Behandeling	271
2.5 Toegankelijkheid	272
2.6 Samenvatting	273
3. Bruikbaarheid en effectiviteit Awgb voor professionals	275
3.1 Inleiding	275
3.2 Kennis over de Awgb	275
3.3 Bruikbaarheid wetgeving	276
3.4 Bruikbaarheid oordelen Commissie gelijke behandeling	278
3.5 Rechters en het oordeel van de Commissie gelijke behandeling	282
3.6 Optreden tegen gevallen van ongelijke behandeling	284
3.7 Het gebruik van de Algemene wet gelijke behandeling in de praktijk	287
3.8 Gelijke behandeling en eenzijdig overheidsoptreden	292
3.9 Samenvatting	293
4. Directe, indirecte en symbolische effecten	295
4.1 Effectiviteit	295
4.2 Directe effecten	295
4.3 Indirecte effecten	298
4.4 Positief-symbolische effecten	301
4.5 Negatief-symbolische effecten	307
4.6 De maatschappelijke beleving van de Awgb	310
4.7 Samenvatting	314
5. Conclusies en aanbevelingen	317
5.1 Inleiding	317
5.2 Burgers	317
5.3 Professionals	320
5.4 Is de Awgb voldoende kenbaar, toegankelijk en effectief?	323
5.5 Tot besluit: recht in context	325
5.6 Aanbevelingen	326

C. SAMENVATTING, CONCLUSIES, VOORUITZICHTEN

1. Achtergrond en aanpak evaluatieonderzoek	333
1.1 Achtergrond	333
1.2 Werkwijze	333
1.3 Onderzoeksgroep	334

1.4 Opzet van dit samenvattend rapport	334
2. Conclusies in het kort	335
2.1 Juridisch deel	335
2.2 Rechtssociologisch deel	337
3. Samenvatting en conclusies juridisch deel	339
3.1 Deel 1: Discriminatie of onderscheid	339
3.1.1 Inleiding	339
3.1.2 Intermezzo: een rechtsvergelijkend uitstapje	343
3.1.3 Juridische argumenten voor keuze van het ene of andere begrip	343
3.1.4 Conclusies: antwoorden op de onderzoeksvragen	345
3.2 Deel 2: Uitzondering inzake ‘eenzijdig overheidshandelen’	347
3.2.1 Inleiding: omlijning van het probleem	347
3.2.2 Nadere afbakening van het overheidshandelen	347
3.2.3 De rechtspraak inzake Grondwet en verdragen: open toetsing	348
3.2.4 Uitgangspunt van selectieve uitbreiding	349
3.2.5 Criteria voor selectieve uitbreiding	350
3.2.6 Uigebreide rechtsmacht en de afstemming met de Awb	350
3.2.7 Beantwoording van de onderzoeksvraag	351
3.3 Deel 3: Gelijkheid, verenigingsvrijheid en privacy	352
3.3.1 Inleiding	352
3.3.2 Verenigingsvrijheid: achtergrond en behandeling van het probleem	352
3.3.3 Bevindingen en conclusies inzake verenigingsvrijheid	352
3.3.4 Beantwoording onderzoeksvraag inzake verenigingsvrijheid	353
3.3.5 Privacy: achtergrond en behandeling van het probleem	354
3.3.6 Bevindingen en conclusies inzake het privacyrecht	355
3.3.7 Beantwoording van de onderzoeksvraag inzake privacy	356
3.4 Deel 4: Gelijkheid, kerkgenootschappen en geestelijk ambt	356
3.4.1 Inleiding	356
3.4.2 Precisering vraag, behandeling	356
3.4.3 Achtergrond en behandeling van het probleem	357
3.4.4 Conclusies en beantwoording onderzoeksvraag	357
4. Samenvatting en conclusies rechtssociologisch deel	359
4.1 Onderzoeksvragen	359
4.2 Methode van onderzoek	359
4.3 Beperkingen van dit onderzoek	360
4.4 Burgers	361
4.5 Professionals	362
4.6 De maatschappelijke betekenis van de gelijkebehandelingswetgeving	365
4.7 Recht in context	365
4.8 Aanbevelingen	366
5. Gelijke behandeling revisited?	367
5.1 De behandeling van de hoofdvragen en enkele observaties	367
5.2 Verbeteringen in normstelling en reikwijdte	368
5.2.1 Algemeen	368
5.2.2 Onderscheid of discriminatie	368
5.2.3 Uitbreiding naar eenzijdig overheidshandelen	368
5.3 Verbeteringen in kenbaarheid en toegankelijkheid	369
5.3.1 Algemeen	369
5.3.2 Verandering maatschappelijke context discriminatie	369
5.3.3 Uniformiteit of maatwerk?	369

Bijlagen

I. METHODOLOGISCHE VERANTWOORDING	371
II. VRAGENLIJSTEN	379
III. TABELLEN ENQUÊTE	409
IV. CASE-STUDIES BURGERS	437
V. CASE-STUDIES PROFESSIONALS	463
 LEDEN BEGELEIDINGSCOMMISSIE TWEEDE EVALUATIE AWGB	 485
LIJST VAN GERAADPLEEGDE LITERATUUR	487
LIJST VAN VERKORT AANGEHAALDE LITERATUUR	497

DISCRIMINATIE OF ONDERSCHIED:

**HET KLEINE VERSCHIL MET GROTE GEVOLGEN
OF
HET GROTE VERSCHIL MET KLEINE GEVOLGEN?**

DEEL 1

ONDERDEEL 1

R. HOLTMAAT

Hoofdstuk 1

Inleiding: probleemstelling en opzet

“Als het mij wordt gevraagd weet ik het niet; als het mij niet wordt gevraagd, weet ik het precies”.¹

1.1 Aanleiding voor dit deel van het onderzoek

De Awgb verbiedt het maken van onderscheid. Vanaf het ontstaan van de wet is de keuze tussen de begrippen onderscheid en discriminatie een onderwerp van discussie geweest.² Nadat de Tweede Kamer zich in eerste instantie bij de voorkeur van de regering had neergelegd, is het punt in 2001 door de Raad van State, in het kader van de advisering over de implementatie van de nieuwe EG Richtlijnen ter zake van discriminatiebestrijding, opnieuw ter sprake gebracht.³ De regering heeft er tot nu toe van af gezien om de gelijkebehandelingswetgeving op dit punt te herzien. Daarin wist zij zich gesteund door onder meer de Commissie Gelijke Behandeling.⁴ Herhaaldelijk is sindsdien aan de Tweede Kamer toegezegd dat onderzoek zou worden gedaan naar de juistheid van dit standpunt, met name met het oog op internationale verplichtingen.⁵ Uiteindelijk is besloten in het kader van de tweede vijfjaarlijkse evaluatie van de Awgb aan dit onderwerp afzonderlijk aandacht te besteden.⁶

¹ Minister De Gaay Fortman, gevraagd naar een definitie van discriminatie tijdens de behandeling van de grondwetsherziening van 1980, refererend aan een uitspraak over het wezen van de tijd, die aan Augustinus wordt toegewezen. [Si nemo ex me quaerat, scio; si quaerenti explicare velim, nescio...; Conf. XI, 14.] Als geciteerd door minister Hirsch Ballin tijdens behandeling van het wetsvoorstel herziening van de strafbaarstelling van discriminatie, handelingen II 28 maart 1990, p. 54–3085. Zie ook Burkens 1982, p. 49–65, op p. 57.

² Zie de vragen en opmerkingen van leden van de SGP, RPF en het GPV tijdens de schriftelijke behandeling van het wetsvoorstel Awgb en de antwoorden van de regering daarop: Kamerstukken II 1990/91, 22 014, nr. 4, p. 11, 14 en p. 44 en Idem, nr. 5, p. 31, 32, 34 en 66.

³ Zie de Rasrichtlijn en Kaderrichtlijn. Zie voor de opvatting van de Raad van State Kamerstukken II 2001/02, 28 187, A, p. 4. De begripskeuze is eveneens aan de orde gesteld door de Interdepartementale Commissie Europees Recht (ICER): ‘Implementatie richtlijnen o.g.v. art. 13 EG-Verdrag; conclusies en aanbevelingen’, Den Haag, 22 juni 2001. Naar aanleiding daarvan is tijdens de behandeling van de wetsvoorstellen Wet Gelijke Behandeling op grond van Handicap of Chronische Ziekte (WGBH/CZ) en Gelijke Behandeling Leeftijd (WGBL) door de fracties van de PvdA, VVD, D’66 en SGP gevraagd waarom niet is aangesloten bij het begrip discriminatie uit de richtlijnen. Zie voor een reactie op deze vragen de brief n.a.v. vragen over de Implementatienotitie, Kamerstukken II 2001/02, 28 187, nr. 2, p. 3. In deze brief herhaalt de regering de eerder ingenomen standpunten. Zie ook de vragen en opmerkingen van CDA, Groen Links, Christenunie en SGP bij het wetsvoorstel Implementatiewet, Kamerstukken II 2002/03, 28 770, nr. 4, p. 6 e.v. en de daarop gegeven antwoorden door de regering in Kamerstukken II 2002/03, 28 770, nr. 5, p. 7 e.v.

⁴ *Commentaar van de CGB inzake implementatie van de gemeenschappelijke bepalingen van de EG-kaderrichtlijn en de EG-anti-rassendiscriminatie-richtlijn*. CGB-advies /2001/03 van 30 mei 2001 en Cgb 2005, p. 31–33. Zie voorts Rodrigues, 2002.

⁵ Zie bijvoorbeeld Kamerstukken II 2001/02, 28 187 nr 1, p. 6, Kamerstukken II 2003/04, 28 770, A, p. 2 en Kamerstukken II 2003/04, 28 770, nr. 10, p. 8, 9 en 10.

⁶ Zie Kamerstukken II 2003/04, 28 770, nr. 10, p. 11 (Wetgevingsoverleg over EG-Implementatiewet Awgb) en Kamerstukken II 2004/05, 30 237 nr. 4, p. 3 (Nader rapport bij wetsvoorstel wijziging Wgb in verband met implementatie Richtlijn 2002/73/EG).

Voor een ander deel is het op de agenda zetten van deze onderzoeksvraag gerelateerd aan de wens om het gelijkebehandelingsrecht in Nederland te stroomlijnen en in één wettelijk kader onder te brengen. Het bestaande systeem zou te verbrokken te onoverzichtelijk zijn geworden nu er op dit terrein maar liefst zes verschillende wetten bestaan.⁷ Dit proces is reeds in gang gezet met een (concept)voorstel voor een zogenoemde ‘integratiewet’.⁸

1.2 De onderzoeksvragen en de interpretatie daarvan

De vragen die ons voor dit deel van het evaluatieonderzoek werden meegegeven zijn de volgende:

KAN DE TERMINOLOGIE ONDERSCHIED (VERSUS DISCRIMINATIE) MET HET OOG OP DE HUIDIGE EG-REGELGEVING WORDEN GEHANDHAAFD? WAT ZIJN DE VERSCHILLEN EN WELKE INVLOED GAAT ER UIT VAN DE TERMINOLOGIE OP DE UITZONDERINGEN?

Vooraf zij opgemerkt dat het onderhavige onderzoek zich primair richt op de inhoud en strekking van de begrippen direct onderscheid en directe discriminatie. Het begrip indirecte discriminatie komt alleen aan de orde wanneer wordt besproken wat de inhoud van bepaalde discriminatieverboden is (met name bij de vraag of het betreffende verbod zowel directe als indirecte discriminatie omvat).

Teneinde inzicht te bieden in de wijze waarop wij bij dit deel van het onderzoek te werk zijn gegaan volgt hier een uiteenzetting over hoe zij deze vragen heeft geïnterpreteerd en uitgewerkt.⁹

Kan het gebruik van het begrip onderscheid met het oog op de huidige EG-regelgeving worden gehandhaafd?

Het eerste deel van de vraagstelling heeft betrekking op de kwestie of de in Nederland gekozen terminologie in overeenstemming is met het ter zake geldende EG-recht. Tijdens de discussie over de implementatie van de EG-richtlijnen is gesuggered dat Nederland in dit opzicht uit de pas loopt. Hierbij dient evenwel direct opgemerkt te worden dat van de zijde van de Europese Commissie nog nooit vragen over de terminologie zijn gesteld, laat staan dat de Commissie zou hebben aangegeven twijfels te hebben over de correctheid van de implementatie op dit punt. Niettemin hecht de regering er aan om deze kwestie grondig te onderzoeken in het kader van deze evaluatie.

Wij zijn de opvatting toegedaan dat deze vraag zich leent voor een juridisch oordeel. Met het oog daarop is bezien in hoeverre het in Nederland geldende verbod op on-

⁷ De zes wetten zijn beschreven in E. Cremers-Hartman: *Gelijke behandeling bij de arbeid in zes wetten; een actueel overzicht van hoofdlijnen, overeenkomsten en verschillen*. PS Special 2004, nr. 5.

⁸ Zie over dit wetgevingstraject ondermeer Kamerstukken II 2002/03, 28 169, nr. 30, Idem 28170, nr. 12 en Kamerstukken II 2004/05, 29 311, nr. 8. In dat kader is reeds advies over een conceptwetsvoorstel gevraagd aan de CGB, LBL, CG-Raad en E-Quality. Zie Kamerstukken II 2004/05, 29 311, nr. 8. De regering heeft de Tweede Kamer op 28 april 2005 geïnformeerd over de voortgang van de Integratiewet (Kamerstukken II 2004/05, 29 311, nr. 8). Het wetsvoorstel is in mei 2006 ter advisering aan de Raad van State gezonden.

⁹ Dat wil zeggen dat we hier tevens een beknopte methodologische verantwoording geven.

derscheid op dezelfde wijze invulling geeft aan het (onderliggende) gelijkheidsbeginsel en of dit verbod de mate van bescherming tegen discriminatie biedt die de Europese regelgeving van ons eist. Dit is onderzocht door de begripskeuze (en de invulling die aan deze begrippen wordt gegeven) van de EG-richtlijnen te vergelijken met die van de Awgb. Het communautaire recht verplicht op zichzelf niet tot het overnemen van exact de bewoordingen van de richtlijnen, mits de volledige toepassing van de richtlijnen daadwerkelijk verzekerd is.¹⁰ Op voorhand moet duidelijk zijn dat een definitief antwoord in dit stadium niet mag worden verwacht omdat het EU recht – zo lang het Hof van Justitie zich daar niet in laatste instantie over heeft uitgelaten – een zekere ‘bandbreedte’ toelaat: zo lang nationale wetgeving de realisatie van het doel en de strekking van de EG-richtlijnen op dit terrein (mede) verwerkelijkt zal niet snel mogen worden aangenomen dat de nationale wetgever de richtlijnen niet correct implementeert.¹¹

Wat zijn de verschillen tussen ‘discriminatie’ en ‘onderscheid’?

De vraag wat de verschillen zijn tussen de begrippen discriminatie en onderscheid kan zowel vanuit een taalkundige als vanuit een rechtsanalytische invalshoek worden bezien. Beide invalshoeken komen aan bod. Voor het gebruik van deze woorden in de Nederlandse taal hebben we het woordenboek geraadpleegd. Wat het recht betreft is onderzocht welke definities of omschrijvingen van deze begrippen in het nationale en in het internationale recht voorkomen. Daarbij is mede in aanmerking genomen hoe de centrale norm (het verbod op onderscheid of verbod op discriminatie) is ‘aangekleed’; dat wil zeggen dat mede is onderzocht op welke wijze dat verbod nader invulling is gegeven, bijvoorbeeld ten aanzien van het bereik daarvan of ten aanzien van de mogelijkheden om een beroep te doen op uitzonderingen op het verbod.

Het onderzoek bracht de onderbepaaldheid aan het licht van de taal die in dit deel van het recht het normatieve begrippenapparaat moet leveren aan de hand waarvan beoordeeld moet worden of bepaalde regelingen, (be)handelingen of bejegeningen verboden zijn. De methode die gevolgd is om enig vat te krijgen op deze begrippen is een zo nauwkeurig mogelijke weergave te geven van de betekenissen waarin ze in de wetsteksten zelf en in de wetsgeschiedenissen worden gebruikt. Daarbij is ook zijdelings gekeken naar jurisprudentie en naar in de juridische wetenschap gevoerde discussies.¹² De uitkomst van deze analyse is gepresenteerd als ‘lijstjes van kenmerken’ die een samenvattend overzicht bieden van de belangrijkste elementen waaruit een bepaald begrip in een bepaalde juridische context wordt gebruikt.

Tenslotte zij opgemerkt dat de onderhavige onderzoeksvraag zich beperkt tot de begrippen onderscheid en discriminatie.¹³ Dat betekent dat het begrip (on)gelijke behandeling, dat in de titulatuur van de wet en van de Commissie die op de naleving

¹⁰ Zie de Implementatienotitie, Kamerstukken II 2001/02, 28 187 nr 1, p. 6 en het advies van de Raad van State, Kamerstukken II 2001/02, 28 187, A, p. 4. Zie hierover nader par. 6.2.1.

¹¹ Zie par. 6.2. van dit deelrapport.

¹² Met name wat betreft de laatste twee invalshoeken is geen nieuw onderzoek verricht, maar uitsluitend gebruik gemaakt van secundaire literatuur.

¹³ Waarbij we nogmaals benadrukken dat het gaat om direct onderscheid en directe discriminatie.

daarvan toezicht houdt centraal staat, niet afzonderlijk onderwerp van onderzoek is geweest.¹⁴

Voor zover het tijdsbestek en de beschikbare middelen het toelieten is door ons uit eigen beweging een bescheiden rechtsvergelijkende studie gedaan naar de keuzes die ter zake in het nationale recht van België en Duitsland zijn of worden gemaakt.¹⁵ Ook is bezien hoe in het Verenigd Koninkrijk en in Frankrijk in de context van het gelijkebehandelingsrecht de term *discrimination* wordt geïnterpreteerd.

Welke invloed gaat er van de verschillen uit op de uitzonderingen?

De vraag naar de uitzonderingen op het non-discriminatieverbod of het verbod op onderscheid betreft de vraag in welke gevallen gedrag dat wettelijk verboden is desondanks gerechtvaardigd geacht kan worden. Om deze vraag te kunnen beantwoorden zal de rechter moeten toetsen of de norm die in de wet centraal staat (onderscheid maken of discrimineren) is geschonden. Dit wordt in de juridische doctrine van het gelijkebehandelingsrecht aangeduid als ‘de toetsingssystematiek.’ We hebben de opgegeven onderzoeksvraag daarom geherformuleerd tot een vraag naar de relatie tussen de begripskeuze en deze toetsingssystematiek. Dat wil zeggen:

Is er een relatie tussen de begripskeuze en de toetsingssystematiek?

Onderzocht is of de keuze voor het ene of het andere begrip automatisch en dwingend leidt tot een andere opzet en inhoud van het model aan de hand waarvan wordt getoetst of er van (verboden) onderscheid of van discriminatie sprake is. Dit aspect van het onderzoek hangt samen met de vraag naar de toelaatbaarheid van het gebruik van het begrip onderscheid met het oog op het EU-recht. Indien de mogelijkheden om uitzonderingen op het verbod (van onderscheid of discriminatie) te maken of daarvoor rechtvaardigingsgronden aan te dragen zeer ruim zijn, kan dat betekenen dat – gemeten naar de eisen die het Europese recht stelt – onvoldoende bescherming wordt geboden tegen discriminatie. Aan de andere kant wordt wel gesteld dat wijziging van het verbod op onderscheid in een verbod op discriminatie in de Awgb en aanverwante wetgeving zou kunnen leiden tot het verminderen van het beschermingsniveau tegen discriminatie. Dit is niet geoorloofd op grond van het EG recht. De richtlijnen bepalen immers dat als gevolg van de invoering ervan geen verslechtering in de bescherming tegen discriminatie mag optreden (artikel 6 lid 2 Rasrichtlijn en artikel 8 Kaderrichtlijn).¹⁶ Indien het juist is dat door het gebruik van het woord onderscheid het beschermingsniveau hoger is dan bij het gebruik van het woord dis-

¹⁴ Desondanks besteden we in hoofdstuk 4, waar we de bevindingen ten aanzien van de betekenissen samenvatten, enige aandacht aan dit begrip.

¹⁵ In beide landen is ter uitvoering van de genoemde EG Richtlijnen nieuwe gelijkebehandelingswetgeving aangenomen c.q. voorgesteld. Omdat het buurlanden betreft met een vergelijkbaar rechtssysteem is het interessant om te kijken welke keuzes in deze landen op dit punt recentelijk zijn gemaakt.

¹⁶ Advies Raad van State, Kamerstukken II 2001/02, 28 187, A, p. 4: “Zo er al sprake zou zijn van een dergelijke afbreuk staat het de Nederlandse wetgever overigens vrij om te voorzien in aanvullende bepalingen, waardoor het beschermingsniveau tenminste op hetzelfde niveau wordt gehandhaafd.”

criminatie het geval zou (kunnen) zijn, is dit een reden om wijziging van de terminologie achterwege te laten.¹⁷

Dit onderdeel van het onderzoek is parallel uitgevoerd aan het onderzoek naar de juridisch-taalkundige betekenissen van onderscheid en discriminatie. Dat wil zeggen dat bij de bestudering van de wetsteksten, jurisprudentie en (wethistorische en rechtsgeleerde) discussies tevens aandacht is geschonken aan de consequenties die de begripskeuze zou (kunnen) hebben voor de wijze waarop de rechter moet beoordelen of de norm is geschonden.

1.3 Overige factoren, van belang voor de begripskeuze

De in de voorgaande paragraaf beschreven onderdelen van dit onderzoek komen rechtstreeks voort uit de aan de onderzoekers meegegeven algemene vraagstelling. De onderzoekers hebben de vrijheid genomen om daarnaast de eerste onderzoeksvraag in de volgende zin te verbreden:

KAN DE TERMINOLOGIE (ONDERSCHIED) *IN ZIJN ALGEMEENHEID* WORDEN GEHANDHAAFD?

Voor en tegen het gebruik van het begrip ‘onderscheid’ zijn zeer uiteenlopende argumenten aan te voeren. De mate van overeenstemming met het recht van de Europese Unie en de consequenties voor de toetsingssystematiek zijn er daar slechts twee van. Indien het eerste deel van de hierboven weergegeven onderzoeksvraag voluit bevestigend zou worden beantwoord, blijft nog de kwestie of het wellicht om andere redenen (on)wenselijk is de bestaande terminologie te handhaven. Datzelfde geldt wanneer geconcludeerd zou worden dat het voor de toetsingssystematiek niets uitmaakt of onderscheid of discriminatie het centrale normstellende begrip van deze wetgeving is. Dat is de reden waarom de onderzoekers op eigen initiatief de vraagstelling in die zin hebben verruimd dat ook aandacht geschonken kon worden aan enkele andere juridische aspecten en aan de rechtstheoretische en (rechts)politieke context van de begripskeuze.

Op voorhand willen we stellen dat de additionele vraag of de bestaande terminologie (onderscheid) *in zijn algemeenheid* moet of kan worden gehandhaafd niet door ons wordt beantwoord. Omdat het antwoord op de vraag welk begrip uiteindelijk de voorkeur verdient niet door hoger recht wordt gedetermineerd¹⁸ stellen ons op het standpunt dat dit een (rechts)politieke kwestie is, die door regering en parlement moet worden beslist. Dit rapport biedt, naar wij hopen, voldoende materiaal om een goed onderbouwde keuze te kunnen maken.

Juridische aspecten die bij de begripskeuze mede een rol spelen

Hierboven (par. 1.1.) is beschreven wat de concrete aanleiding was om in het kader van deze wetsevaluatie de kwestie van de keuze van de terminologie (opnieuw) aan de orde te stellen. De vraag naar de overeenstemming tussen de in het Nederlandse

¹⁷ Bijdrage van Peter Rodrigues aan de discussie over de implementatiewetgeving; zie Rodrigues 2002.

¹⁸ Uitgaande van de hiervoor geopperde veronderstelling dat – zolang het HvJEG niet het laatste woord heeft gesproken – de EG-richtlijnen een zekere ruimte laten in de wijze waarop deze worden omgezet in nationaal recht.

recht gehanteerde begrippen en het Europeesrechtelijke kader kwam daarmee in de problemstelling voor dit onderzoek voorop te staan. Direct gerelateerd daaraan kwam de vraag aan de orde of de begripskeuze consequenties heeft voor de toetsings-systeematiek. In juridisch opzicht zijn dat echter niet de enige zaken die van belang zijn voor een verantwoorde begripskeuze. Andere punten zijn bijvoorbeeld de vraag of een eenduidige definitie van deze begrippen mogelijk is, de vraag of de context (strafrecht, bestuursrecht of civiel recht) bepalend is voor de begripskeuze en de vraag of de Nederlandse terminologie in de pas loopt met het internationale non-discriminatierecht. Van bijzonder belang is de vraag of uit oogpunt en van interne consistentie in alle delen van ons rechtssysteem dezelfde termen gebruikt zouden moeten worden. In verband met deze laatste vraag is er voor gekozen uitvoerig stil te staan bij de inhoud en strekking van het begrip discriminatie in artikel 1 GW en in de strafrechtelijke discriminatieverboden. De laatste wettelijke normen krijgen ook daarom veel aandacht omdat de indruk bestaat dat deze (en de daarover gevoerde discussies tussen regering en parlement) bij specialisten op het gebied van het gelijkebehandelingsrecht relatief weinig bekendheid genieten.

Wat betreft de analyse van de juridische aspecten van de keuze tussen onderscheid en discriminatie ligt de nadruk op de mate van overeenstemming met het EU recht en de consequenties die de keuze heeft voor het toetsingskader. De bespreking van de overige juridische aspecten heeft het karakter van een inventarisatie van gezichtspunten die uiteindelijk bij de keuze voor een van beide begrippen mede een rol zouden moeten of kunnen spelen. Dit betekent dat ten aanzien daarvan geen eenduidige conclusies kunnen worden getrokken. Veel meer dan enkele richtingwijzers mag de lezer daarom ten aanzien van deze onderwerpen niet verwachten.

De rechtstheoretische en (rechts)politieke context van de begripskeuze

Uit de geanalyseerde discussies over het begrip onderscheid en discriminatie blijkt dat een keuze daartussen niet alleen een juridisch-technische kwestie is, maar mede wordt bepaald door rechtstheoretische en (rechts)politieke uitgangspunten ten aanzien van het doel en de functie van het gelijkebehandelingsrecht of non-discriminatierecht.

Omdat deze theoretische en politieke achtergrond van de aan de orde zijnde problematiek niet tot de onderzoeksopdracht behoorde konden wij daaraan in het onderzoek niet afzonderlijk aandacht besteden. Desondanks willen wij er – bij wijze van achtergrondschets – in dit inleidende hoofdstuk kort bij stil staan.¹⁹

De discussies over doel en functie van het gelijkebehandelingsrecht c.q. het non-discriminatierecht vinden op hun beurt een inbedding in een breder maatschappelijk debat over gelijkheid en non-discriminatie. In dat verband moet worden geconstateerd dat er in de laatste jaren maatschappelijk en politiek steeds meer stemmen opgaan die het discriminatierecht en zelfs artikel 1 van de Grondwet openlijk ter discussie stellen.²⁰ Dit gebeurt in een aantal gevallen uit bezorgdheid voor een te gro-

¹⁹ Wij achten dit noodzakelijk omdat bepaalde begrippen, zoals formele of materiële gelijke behandeling en symmetrische en asymmetrische benadering in de geanalyseerde discussies over de begripskeuzes geregeld opduiken en wellicht enige verklaring behoeven die hieronder wordt gegeven.

²⁰ Zie voor een weergave van de door ondermeer Pim Fortuyn aangezwengelde discussie, R. Holtmaat, 'Gelijkheid en (andere) Grondrechten, Naar een nieuw evenwicht tussen vrijheid, gelijkheid

te inbreuk die een rigide toepassing van de norm van ‘het verbod op onderscheid’ zou maken op de vrijheid van meningsuiting of op vrijheden van bijvoorbeeld kerkgenootschappen of gemeentebesturen om ‘eigen beleid’ te voeren dat gebaseerd is op andere waarden of andere politieke doelstellingen dan de (formele) gelijkheid (zoals de vrijheid van godsdienst of de wens om een spreidingsbeleid voor onderwijs of huisvesting van ‘allochtonen’ te voeren).²¹ Er is een zekere angst voor een ‘destructieve verabsolutering’ van gelijkheid als leidend beginsel.²² Anderen stellen de gelijkkebehandelingswetgeving ter discussie omdat het niet effectief genoeg zou zijn. Het zou te weinig gericht zijn op het aanpakken van het werkelijke probleem, namelijk het feit dat er discriminatie in de samenleving voorkomt.²³ Door het gebruik van het neutraal klinkende begrip onderscheid zou het een te breed bereik hebben en aldus bijdragen aan een inflatie van het discriminatiebegrip.²⁴ Ook is de kritiek te horen dat de Awgb en de aanverwante wetten niet (voldoende) bijdragen aan de bestrijding van discriminatie omdat het zich teveel zou richten op individuele rechtsbescherming tegen ongelijke behandeling, terwijl meer heil te verwachten zou zijn van wetgeving die zich (mede) richt op het aanpakken van de structurele oorzaken van die discriminatie.²⁵

Hoewel er, zoals hiervoor aangegeven, veel kritiek is op de wijze waarop het gelijkheidsbeginsel uitwerking heeft gekregen, is over de waarde van dit beginsel als zodanig weinig discussie. De *Raad voor het openbaar bestuur (Rob)* drukte dit in een recent advies uit door te stellen dat het een grote verworvenheid is van de Nederlandse rechtsstaat dat mensen niet mogen worden vernederd of benadeeld wegens wat ze als persoon onvervreemdbaar eigen is. De *Rob* wil daarom niet het gelijkheidsbeginsel als fundamenteel rechtsbeginsel en essentiële grondwaarde van de samenleving relativeren of ter discussie stellen. Tegelijk, echter, benadrukt dit adviesorgaan dat de uitwerking die aan dit beginsel is gegeven wellicht te weinig ruimte laat aan het rekening houden met relevante verschillen tussen (groepen van) mensen.

en solidariteit’, in: Holtmaat 2004a, p. 3-18. Uit deze discussie is tevens voortgekomen de Nota Grondrechten in een Pluriforme Samenleving; zie Kamerstukken II 2003/04, 29 614, nr. 1, p. 2.

²¹ Laatstelijk verwoord in: Rob 2006. Zie wat betreft het spreidingsbeleid eveneens Mark Bovens & Margot Trappenburg, ‘Segregatie door antidiscriminatie’, in: Holtmaat 2004a, p. 171-186.

²² Zie bijvoorbeeld Jenny Goldschmidt, ‘Het grote gelijk; alternatieven voor een destructieve verabsolutering van het gelijkheidsbeginsel.’ In: *NJCM-bulletin*, jrg. 29 (2004), nr 6, p. 782-792.

²³ Zie de literatuur die wordt besproken in R. Holtmaat, ‘Gelijkheid en non-discriminatie als grondrecht; een pleidooi voor het maken van onderscheid tussen discriminatie en ongelijke behandeling,’ in: Holtmaat 2004a, p. 67-96.

²⁴ Zie over deze ‘proliferatie van het gelijkheidsbeginsel’ ondermeer E.A. Alkema & A.C. Rop, ‘Gelijk zijn en gelijk krijgen – aspecten van gelijkheid in de rechtspraktijk.’ In: M. Kroes, J.P. Loof & H.-M.T.D. ten Napel (red.), *Gelijkheid en rechtvaardigheid; Staatsrechtelijke vraagstukken rondom ‘minderheden’* (Staatsrechtconferentie 2001). Kluwer, Deventer 2002, p. 31-77; Witteveen 2000 en Holtmaat 2003.

²⁵ Zie hiervoor de literatuur die wordt besproken in: R. Holtmaat, ‘Het gelijkheidsbeginsel: van een vat vol dilemma’s naar drie typen van gelijkerechtenwetgeving.’ In: *Gelijkheid en rechtvaardigheid; Staatsrechtelijke vraagstukken rondom ‘minderheden’*. Publicatie van de Staatsrechtkring / Staatsrechtconferenties. Kluwer, Deventer 2002, pp 161-175.

Deze opmerkingen van de *Rob* illustreren dat de discussie in wezen gaat over de rol en de betekenis ‘gelijkheid’ in onze huidige samenleving.²⁶ Het gelijkheidsbeginsel heeft een centrale plaats in belangrijke internationale verklaringen en verdragen, zoals onder meer in de Universele Verklaring, in het EU recht²⁷ in de preambules van de grote mensenrechtenverdragen als het EVRM en het IVBPR, en in specifieke verdragen gericht op het uitbannen van discriminatie op bepaalde gronden.²⁸ In de Nederlandse context stelt artikel 1 van de Grondwet dat gelijke gevallen gelijk moeten worden behandeld en dat discriminatie is verboden. Gelijkheid is in al deze bepalingen normatief verbonden met noties van (procedurele en/of verdelende) rechtvaardigheid en met funderende waarden van een democratische rechtsstaat.²⁹ Het gelijkheidsbeginsel stelt daarmee eisen aan de inrichting van het recht en van het overheidsbeleid. Welke eisen dat zijn en hoe verstrekkend die eisen zijn hangt af van de inhoud of strekking die aan dit beginsel wordt gegeven.³⁰ Daarover lopen de meningen uiteen van een verbod op willekeur – dat uitsluitend in verticale relaties zou gelden – tot een positieve verplichting voor de overheid om aan alle maatschappelijke ongelijkheid – ook in horizontale verhoudingen – daadwerkelijk een eind (proberen) te maken.³¹

Hoewel er zeer veel inkt over dit onderwerp is gevloeid, is er *grosso modo* overeenstemming over het feit dat kan worden onderscheiden tussen aanhangers van een formele en van een materiële uitwerking van het gelijkheidsbeginsel.³² In de eerste visie

²⁶ Waarbij sommige auteurs liever niet gelijkheid als zodanig voorop stellen, maar de menselijke waardigheid, die beschermd zou moeten worden door het gelijkheidsbeginsel. Zie bijv. E. Hirsch Ballin, ‘Eenheid in waardigheid – verscheidenheid in gelijkheid. Beschouwingen over gelijkheid in de ontwerp-Grondwet voor Europa’, in: Holtmaat 2004a, p. 39-52. Dit is eveneens verwoord door Kees Schuyt in zijn ‘Artikel 1 Lezing’ (*Discriminatie en de dynamiek van sociale onderscheidingen*, lezing Universiteit Utrecht, 2004.), waarin hij stelt: “Gelijkheid is niet een uiteindelijke, intrinsieke waarde, maar een waarde die verwijst naar, of beter gezegd, de weg wijst naar andere waarden zoals een persoonlijke, vrije identiteit of nog praktischer een decent bestaan, vrij van de allergrootste zorgen en liefst ook vrij van teveel rechtsprocessen.”

²⁷ Wat betreft de EU is de situatie momenteel diffuus. In het Europese Grondrechtenhandvest betreft het derde hoofdstuk gelijkheid. Door de Europese Grondwet zou het handvest bindend recht zijn geworden (namelijk als deel II van de Grondwet). De betekenis van de bepalingen van het Handvest zou echter beperkt zijn geweest tot de gebieden op welke de Europese Unie/de Europese Gemeenschappen bevoegdheden hebben (art. II-111 lid 2). Volgens art. II-111 lid 1 van de Grondwet zijn de bepalingen van het handvest “gericht tot de instellingen, organen en instanties van de Unie met inachtneming van het subsidiariteitsbeginsel, alsmede, uitsluitend wanneer zij het recht van de Unie ten uitvoer brengen, tot de lidstaten”.

²⁸ Een aantal daarvan zullen worden besproken in hoofdstuk 2 van dit onderdeel van het evaluatierapport.

²⁹ Zie Hirsch Ballin, ‘Eenheid in waardigheid – verscheidenheid in gelijkheid’, a.w.

³⁰ Zie voor een beschouwing over het verschil in juridische werking tussen een beginsel en een recht Evert Alkema, ‘Gelijkheid binnen het recht; Enige beschouwingen over het gelijkheidsconcept en zijn effecten’, in Holtmaat 2004a, p. 53-66, op p. 55.

³¹ Dit zijn slechts de twee uitersten. Het hele scala aan mogelijke posities passeert de revue in E.A. Alkema & A.C. Rop, a.w., p. 31-77.

³² Het onderstaande is niet meer dan een samenvatting in een notendop van de theoretische posities die mogelijk zijn. De literatuur over deze onderwerpen is bijzonder omvangrijk. Voor een samenvattend overzicht verwijzen we graag naar het proefschrift van Titia Loenen, *Verskil in gelijkheid*, Tjeenk Willink, Zwolle 1992. In een deel van de literatuur maakt men een indeling tussen een formele, een procedurele en een materiële benadering. De procedurele betreft het bieden van ge-

beperkt de rol van de overheid zich tot het garanderen van gelijkheid voor de wet en staat gelijke behandeling van gelijke gevallen voorop.³³ Daarbij behoort de (negatieve) verplichting om zich van iedere vorm van discriminatie te onthouden. In de tweede visie zou de overheid ook dienen te streven naar het garanderen van feitelijke gelijkheid tussen mensen, of zou ze althans tenminste gelijke kansen aan iedereen moeten bieden. Ongelijke behandeling van groepen die in ongelijke situaties verkeren behoort in die (materiële) visie op gelijkheid tot de (positieve) verplichting van de overheid. De nadruk ligt in dat geval op het tweede deel van de klassieke formule: ongelijke gevallen *moeten* ongelijk worden behandeld naar rato van hun ongelijkheid.³⁴ Daarmee samenhangend kan worden gesteld dat de formele benadering vooral gericht is op het toekennen van individuele rechtsbescherming tegen discriminatie aan burgers, terwijl de materiële benadering zich richt op de positieverbetering van groepen die traditioneel zijn achtergesteld. Begrippen die in dit theoretisch kader eveneens veelvuldig worden gebruikt zijn een symmetrische en een asymmetrische normstelling, waarbij in het eerste geval iedereen die door het verboden criterium (zoals ras, geslacht of leeftijd) wordt 'geraakt' aanspraak op bescherming kan maken, terwijl in het tweede geval alleen groepen die traditioneel het slachtoffer zijn van discriminatie daartegen worden beschermd.³⁵

Samenhangend met verschillende visies op de inhoud en strekking van het gelijkheidsbeginsel wordt tevens op verschillende wijze inhoud gegeven aan de doelen die worden nagestreefd met de wetgeving die aan dat beginsel uitwerking moet geven. In dat opzicht kan globaal worden onderscheiden tussen doelstellingen die worden verwoord in termen van bescherming van de menselijke waardigheid of het garanderen dat eenieder (ongeacht bepaalde kenmerken) het volle genot kan hebben van alle mensenrechten, en doelstellingen die meer in de sociaal-economische sfeer liggen.³⁶

lijke kansen. Zie bijv. Gerards 2002, p. 15. Zie ook Fredman, *Discrimination Law*, OUP, Oxford 2000, p. 12 e.v. Weer een andere indeling hanteert Olivier de Schutter, Three models of equality and European anti-discrimination law, in: Northern Ireland Legal Quarterly, 2006, vol 1, p. 1-56.

³³ Hoewel volgens Vierdag zowel gelijke als ongelijke behandeling beiden van belang zijn voor een correcte uitwerking van het gelijkheidsbeginsel ligt in de praktijk van het gelijkebehandelingsrecht het accent zeer sterk op het eerste deel van de klassieke formule: gelijke gevallen moeten gelijk worden behandeld. E. Vierdag, *The Concept of Discrimination in International Law*, Nijhoff Den Haag 1973, p. 60/61. Discriminatie wordt in de visie waarin alleen het eerste deel van de klassieke formule telt, omschreven als ongerechtvaardigde *ongelijke* behandeling. Zie Tobler 2005, p. 42.

³⁴ Het gebruik van het woord moeten in dit verband is essentieel. Het materiële gelijkheidsbeginsel eist een correctie van de ongelijkheid. Als het tweede deel van de klassieke formule (ongelijke gevallen ongelijk behandelen) formeel wordt uitgelegd is dat veel vrijblijvender bedoeld: de gevallen *mogen* ongelijk behandeld worden als dat proportioneel is, maar het is niet voorgeschreven. Positieve actie moet in de materiële benadering, en kan – bij wijze van uitzondering – in de formele benadering.

³⁵ Dit is het verschil tussen een verbod op seksdiscriminatie, op grond waarvan zowel mannen als vrouwen een beroep kunnen doen op gelijke behandeling, en een verbod op vrouwendiscriminatie, waaraan alleen vrouwen bescherming ontnemen.

³⁶ In de literatuur wel omschreven als de mensenrechtelijke benadering (social citizenship model) en de sociaal-economische benadering (the market integration model). Zie Mark Bell, *Anti-Discrimination Law and the European Union*, Oxford University Press, Oxford 2002. Zie ook Dagmar Schiek, 'Broadening the scope and the norms of EU Gender-Equality Law; Towards a multidimensional conception of equality law'. In: Maastricht Journal of European and Comparative Law 2005, Special issue: Thirty Years of EU Sex Equality Law (compiled and guest-edited by Tamara Hervey), p. 427-466.

In het eerste geval staat de beschermingsgedachte voorop, in het tweede geval gaat het er om dat de regering een bepaalde sociaal-economische ordening of een bepaald (ongehinderd) functioneren wenselijk acht, waarbij ‘discriminatie’ deze ordening of dit functioneren belemmert.³⁷ Beide typen van doelstellingen kunnen in het Nederlandse gelijkebehandelingsrecht worden aangetroffen. Illustratief is een discussie over de doelstellingen van het strafrechtelijk deel van het non-discriminatierecht, die gevoerd is tijdens de wijzigingen van deze bepalingen in 1990. Deze doelen werden op dat moment omschreven als (a) mensen beschermen tegen agressie en (b) voorkomen dat mensen door discriminatie worden belemmerd in hun maatschappelijk functioneren.³⁸ Het kamerlid Groenman noemt het genoemde onder (b) een ‘beleidsgerichte, maatschappelijke doelstelling’ en vraagt zich af of dit doel in de context van het strafrecht op zijn plaats is. Wat betreft de eerste doelstelling (die ze in het kader van het strafrecht wel op zijn plaats acht) refereert ze aan wat de regering heeft gezegd over de normatieve kracht van de discriminatieverboden. Met normatieve kracht wordt dan bedoeld (zo blijkt uit de citaten van Groenman uit de wetgevingsstukken) dat er een preventieve werking van uit gaat en een ‘mentaliteitsverandering’ mee is beoogd.³⁹

Uit deze discussie blijkt dat er ook verschillen zijn in de verwachtingen die men heeft van de effectiviteit van de wetgeving op het terrein van de gelijke behandeling of de non-discriminatie. Deze lopen uiteen van een punitief model, waarbij van de verbodsbepaling plus bijbehorende sanctie een daadwerkelijk afschrikwekkend effect met bijbehorende gedragsverandering wordt verwacht, tot een symbolisch model, waarbij de wetgeving niet meer doet dan uitdrukking geven aan een onwenselijke geachte situatie (discriminatie), maar waarvan nauwelijks of geen effecten op het concrete gedrag van mensen wordt verwacht. Een tussenpositie neemt mogelijk het communicatieve model van wetgeving in, waarbij de normstelling op dit terrein wordt gezien als een mogelijkheid om met rechtsgenoten te communiceren over verandering van hun als onwenselijk ervaren gedrag.⁴⁰ Illustratief voor deze laatste benadering is de wijze waarop het GPV-kamerlid Schutte, tijdens de behandeling van de Reparatiwet WGBm/v in 1988 de aan de Commissie Gelijke Behandeling toegeschreven rol verwoordt: “Was het niet de bedoeling dat de commissies een ver-

³⁷ Het tegengaan van uitsluiting van ouderen van de arbeidsmarkt kan instrumenteel zijn ten opzichte van het doel zo weinig mogelijk uitkeringen aan ouderen te moeten verstrekken of de sociale verzorgingsstaat betaalbaar te houden. Het sociaal-economische model heeft bij de oorspronkelijke ontwikkeling van het non-discriminatierecht van de EU voorop gestaan. Zie daarover C. Hoskyns, *Integrating Gender. Women, Law and Politics in the European Union*, Verso, Londen 1996 en A. van der Vleuten, *Dure vrouwen, duurse staten; een institutioneel-realistische visie op de toestandkoming en implementatie van Europees beleid*. (Proefschrift KUN, Nijmegen 2001). Zie ook C. Barnard, ‘The economic objectives of Article 119’, in: Hervey & O’Keefe (eds), *sex Equality Law in the European Union*, Wiley, Chichester / New York 1996, p. 101-141.

³⁸ Nota n.a.v. het Eindverslag bij w.o. 20 239; zie daarover Handelingen II 27 maart 1990, (Groenman) p. 53-3030.

³⁹ Idem, p. 53-3031.

⁴⁰ Deze verschillende benaderingen worden theoretisch uiteengezet in het proefschrift van Bart van Klink. Deze auteur ziet het gelijkebehandelingsrecht als een voorbeeld van communicatieve wetgeving. Zie Bart van Klink, ‘De wet als symbool; Over de wettelijke communicatie en de Wet gelijke behandeling mannen en vrouwen bij de arbeid’, Tjeenk Willink, Zwolle 1998. Zie ook Bart van Klink, ‘Effectiviteit van gelijkebehandelingswetgeving; van sociale werking naar symboolwerking’, in: Holtmaat 2000, p. 215-230.

zoenende taak zouden hebben, zodat eventuele conflicten niet direct in de juridische sfeer terecht zouden komen?”⁴¹ Uit de reactie op de suggestie om het woord discriminatie in te voeren in de Awgb en aanverwante wetgeving blijkt dat dit ook de rol-opvatting is die de Cgb zelf heeft: “De Commissie erkent niettemin dat via de term ‘discriminatie’ duidelijker tot uitdrukking komt dat er sprake is van ongerechtvaardigde ongelijke of gelijke behandeling. Hier staat evenwel tegenover dat het begrip ‘discriminatie’ bij justitiabelen veelal ten onrechte de indruk wekt dat er sprake moet zijn van het bewust onderscheid maken en van een intentie tot benadeling. Vanuit dit perspectief doet introductie van het begrip discriminatie afbreuk aan de effectiviteit van de gelijkebehandelingswetgeving door de weerstand die het bij veel norm-adressaten oproept.”⁴²

De verschillende visies op inhoud en strekking van het gelijkheidsbeginsel leiden tot zeer uiteenlopende uitwerkingen wat betreft de doelstellingen en de inrichting (normstelling, sancties, handhavingmechanisme, et cetera) van het non-discriminatierecht en het gelijkebehandelingsrecht. Dit geldt eveneens voor de vraag welk begrippenapparaat in dit recht het meest op zijn plaats zou zijn.⁴³ Dit betekent dat de wetgever bij deze keuze tussen het gebruik van het begrip onderscheid of het begrip discriminatie naar onze mening rekenschap zou moeten afleggen van de achterliggende uitgangspunten ten aanzien van de juridische operationalisering van het gelijkheidsbeginsel. Uiteindelijk spelen drie factoren daarin een belangrijke rol: (a) de rol en betekenis die in algemene zin aan het gelijkheidsbeginsel in de rechtsorde wordt gegeven; (b) de juridische uitwerking die aan dit beginsel wordt gegeven (in verschillende onderdelen van het positieve recht); en (c) de doelen die men met dit gelijkebehandelingsrecht of non-discriminatierecht nastreeft en de wijze waarop men deze doelen wil bereiken.

Deze factoren zouden bij een hernieuwde discussie over welk begrip in Nederland in het non-discriminatierecht of gelijkebehandelingsrecht bij voorkeur gebruikt zou moeten worden een belangrijke rol moeten spelen.

1.4 De structuur

Dit onderdeel van het evaluatierapport valt globaal uiteen in twee delen: een eerste deel (hoofdstuk 2-4) waarin we pogen de **taalkundige en juridische inhoud** van de beide onderzochte begrippen vast te stellen en een tweede deel (hoofdstuk 6) waarin we bespreken en evalueren welke **juridische aspecten vast zitten aan een keuze** tussen deze begrippen. Bij wijze van **intermezzo** maken we in hoofdstuk 5 een kort rechtsvergelijkend uitstapje naar enkele buurlanden in de EU.

⁴¹ Handelingen II 30 augustus 1988, p. 97-5423. De spreker heeft het over commissies (meervoud) omdat op dat ogenblik nog afzonderlijke commissies gelijk loon en gelijke behandeling bestonden.

⁴² Commentaar van de CGB inzake implementatie van de gemeenschappelijke bepalingen van de EG-kaderrichtlijn en de EG-anti-rassendiscriminatie-richtlijn. CGB-advies/2001/03 van 30 mei 2001, p. 3.

⁴³ Naast de begrippen onderscheid, ongelijke behandeling en discriminatie komen in dit debat ook voortdurend woorden als achterstelling, uitsluiting, benadeling, intimidatie en kwetsende en vernederende bejegening e.d. voor. Wij hebben ons geconcentreerd op het gebruik van de begrippen onderscheid en discriminatie die in de vraagstelling voor dit onderzoek voorkomen en besteden aan de andere begrippen in dit juridisch en maatschappelijk discours slechts zijdelings aandacht.

De inhoud en strekking van de begrippen onderscheid en discriminatie

Na een weergave van de betekenis van onderscheid en discriminatie of discrimineren volgens het woordenboek, bespreken we om te beginnen de herkomst en betekenis van het begrip onderscheid in het gelijkebehandelingsrecht en het gebruik en de betekenis van het begrip discriminatie in andere delen van het Nederlandse recht (hoofdstuk 2). Daarna gaan we na welke betekenis toekomt aan het begrip discriminatie in het Europese en het internationale recht (hoofdstuk 3). Deze analyse sluiten we af met een samenvattend overzicht van het gevondene en een poging om een consensus over de (basis) betekenis van de begrippen weer te geven (hoofdstuk 4). Bij wijze van overgang naar het volgende deel zal daarna in kort bestek worden bezien welke terminologische keuzes in België en Duitsland zijn gemaakt en welke betekenis het begrip discriminatie heeft in het Engelse en Franse taalgebied, waar deze term wel in het gelijkebehandelingsrecht wordt gebruikt (hoofdstuk 5).

De consequenties van een keuze voor het gebruik van het begrip onderscheid of discriminatie

In het voorlaatste hoofdstuk bespreken we de argumenten die zijn aangevoerd voor en tegen het gebruik van het begrip onderscheid in het gelijkebehandelingsrecht (c.q. de argumenten die voor en tegen het gebruik van het begrip discriminatie pleiten). We beperken ons daarbij tot argumentaties die betrekking hebben op juridische afwegingen; dat wil zeggen dat argumentaties die van meer algemeen rechtstheoretische en (rechts)politieke aard niet afzonderlijk aan de orde komen.⁴⁴

Dat wil zeggen dat we de meest belangrijke juridische aspecten die vastzitten aan een keuze tussen de begrippen onderscheid en discriminatie aan de orde stellen. Daarvoor bespreken we eerst de twee vragen die ons voor dit onderzoek werden meegegeven. Ten eerste is dat de vraag naar de verenigbaarheid met het Europese recht en ten tweede de vraag naar de consequenties voor de toetsingsmethode. Daaropvolgend vindt een inventarisatie plaats van overige juridische aspecten die bij de begripskeuze een rol kunnen spelen.

Wij sluiten dit deel van het evaluatierapport af met een samenvatting van de belangrijkste bevindingen en van de beslispunten voor regering en parlement op dit terrein (hoofdstuk 7).

Een laatste opmerking ten aanzien van de gevolgde onderzoeksmethode tot slot: In het kader van de in deze inleiding beschreven onderzoeksvragen is een studie verricht naar de in de wetgevingsgeschiedenis, rapporten en adviezen en in de juridische literatuur voorkomende uiteenlopende opvattingen over de vraag welk begrip uiteindelijk de voorkeur verdient. Teneinde deze kwestie van alle zijden te belichten worden deze opvattingen in dit evaluatierapport uitvoerig weergegeven en grondig geanalyseerd.⁴⁵

⁴⁴ Deze argumenten komen soms zijdelings aan de orde in hoofdstuk 2 en 6. Het ging het kader van het onderzoek te buiten om aan dit aspect – behoudens een zeer beknopte schets daarvan in deze Inleiding – uitvoerig aandacht te besteden.

⁴⁵ Er is gestreefd naar een zo volledig mogelijk beeld, ook om de indruk van eenzijdigheid of partijdigheid te vermijden. De auteur van dit deelrapport, mevrouw Holtmaat, heeft in deze discussies eerder reeds uitgesproken standpunten ingenomen. Haar mening wordt hier als een van de mogelijke posities gepresenteerd.

Hoofdstuk 2

‘Onderscheid’ en ‘discriminatie’ in taal en recht

Wat betekent ‘onderscheid maken’ en wat is ‘discrimineren’ of ‘discriminatie’? Wat is de relatie tussen deze begrippen en het begrip gelijke behandeling, dat in het kader van de Awgb veel wordt gebruikt? Reeds bij de behandeling van het wetsvoorstel voor de Awgb heeft de SGP-fractie gewezen op de nauwe verwantschap tussen de begrippen onderscheid, ongelijke behandeling en discriminatie en op de verwarring die gepaard gaat met het door elkaar heen gebruiken van deze woorden:

“Deze leden bleven het bezwaarlijk vinden dat in het voorstel tenminste drie verschillende, maar nauw samenhangende begrippen voorkomen: onderscheid, discriminatie en (on)gelijke behandeling. In de voorgestelde bepalingen gaat het steeds over onderscheid, terwijl de aanhef van het wetsvoorstel het heeft over discriminatie. Reeds in de considerans duikt een terminologische kwestie op, die naar de indruk van deze leden illustratief is voor de tendens van het voorstel. De zinsneden ‘wenselijk ... bescherming te bieden tegen discriminatie’ en ‘daarom wenselijk onderscheid te verbieden’ laat maar één logische taalkundige consequentie toe: discriminatie = onderscheid. Uit de tekst van het voorstel als geheel blijkt echter dat alleen ongerechtvaardigd onderscheid verboden is. Discriminatie is dus ongerechtvaardigd onderscheid. Gerechtvaardigd onderscheid is dan ook per definitie géén discriminatie. Dientengevolge is het ook misleidend en tendentieus om van ‘wettelijke uitzonderingen’ te spreken. De term ‘uitzondering’ suggereert immers dat weliswaar discriminatie aan de orde is, doch dat op het verbod van discriminatie een uitzondering wordt gemaakt. Er is echter in bedoelde gevallen per definitie geen sprake van discriminatie, laat staan van uitzonderingen op een verbod. Hier te spreken van ‘uitzonderingen’ is naar de opvatting van deze leden een semantische fout.”⁴⁶

Met de keuze van het motto voor dit deel van het evaluatieonderzoek hebben wij willen uitdrukken hoe moeilijk het is om de vinger te leggen op de inhoud en strekking van de begrippen onderscheid en discriminatie. Het is, om de titel van een boek over zorg, gender en recht te citeren, *Als een stuk zeep in de badkuip*.⁴⁷ In dit hoofdstuk onderzoeken wij welke betekenissen deze begrippen in het Nederlandse recht hebben (gekregen). Voorafgaand daaraan geven we weer welke inhoud deze begrippen volgens het *Van Dale, Groot Woordenboek der Nederlandse Taal* hebben.⁴⁸

2.1 Onderscheid en discriminatie volgens het woordenboek

Onderscheid (het; -en, w.g.) 1 verschil: *een onderscheid vaststellen, opmerken; (scherts.) ja, dat is een differentie van onderscheid, een heel (groot) verschil; onderscheid maken, niet gelijk behandelen; alle vluchtelingen worden geholpen zonder onderscheid van geloof, zonder dat iem. op grond van zijn geloof wordt uitgesloten; alle gevangenen werden*

⁴⁶ Kamerstukken II 1990/91, 22 014, nr. 4, p. 11/12. Wij wijzen er op dat het begrip ongelijke behandeling niet afzonderlijk wordt onderzocht in dit evaluatieonderzoek. Zijdelings komt het echter veelvuldig aan de orde.

⁴⁷ Marjolein van den Brink e.a. (red), *Een stuk zeep in de badkuip; Hoe zorg tot haar recht komt.* Tjeenk-Willink, Deventer 1997.

⁴⁸ Veertiende druk, 2005.

zonder onderscheid omgebracht, zonder uitzondering; *hier is geen onderscheid tussen oud en jong*, allen worden gelijk behandeld; *een onderscheid ten nadele, ten gunste van -*, discriminatie; *oordeel des onderscheids*, vermogen om tussen goed en kwaad te onderscheiden; – ook als tweede lid in samenst. als de volgende, waarin het eerste lid een aspect of opzicht noemt waarin het onderscheid bestaat: ***betekenisonderscheid, genusonderscheid, leeftijdsonderscheid, standsonderscheid, waarderingsonderscheid*** 2 oordeel: *de jaren des onderscheids*, de leeftijd waarop men voor zichzelf dient te kunnen oordelen; *tot de jaren des onderscheids komen*, volwassen worden.

Discriminatie (de (v.)) verwerpende onderscheiding, achterstelling, negatieve beoordeling en behandeling van iets, iem. of een groep op grond van bepaalde, niet ter zake doende kenmerken als ras, huidskleur, sekse, geaardheid e.d., m.n. het zich in het openbaar, mondeling of bij geschrift of afbeelding, opzettelijk beledigend uitlaten over een groep mensen wegens hun sekse, ras, godsdienst of levensovertuiging; *positieve discriminatie*, voorkeursbehandeling van gediscrimineerden; – ook als tweede lid in samenstellingen als de volgende, waarin het eerste lid de discriminatiegrond noemt: ***geloofsdiscriminatie, godsdienstdiscriminatie, leeftijdsdiscriminatie, rassendiscriminatie, seksediscriminatie*** * <Fr. *discrimination* of Lat. *Discriminatio*.

Discrimineren (overg.; discrimineerde, h. gediscrimineerd) 1. discriminatie toepassen ten opzichte van, niet gelijk behandelen: *De Chinezen in Maleisië voelen zich gediscrimineerd* 2. tussen twee gelijkende voorwerpen onderscheiden: *een microscoop met een uitstekend discriminerend vermogen* * 1847 <Fr. *Discriminer*.

Het begrip onderscheid blijkt volgens de omschrijving van het woordenboek in een veelheid aan situaties te kunnen worden gebruikt. Uit de gegeven voorbeelden blijkt dat dit begrip zowel in een neutrale betekenis als in een meer pejoratieve betekenis voor te komen (in relatie tot uitsluiting of gelijke (on)behandeling).

Discriminatie heeft volgens dit woordenboek in onze taal alleen een negatieve betekenis. Het er aan ten grondslag liggende werkwoord discrimineren kan echter zowel een negatieve betekenis hebben (discriminatie toepassen of niet gelijk behandelen) als in neutrale zin worden gebruikt, in het laatste geval echter uitsluitend ten aanzien van voorwerpen.

2.2 Het begrip onderscheid in het gelijkebehandelingsrecht

De eerste wet die op het terrein van de gelijke behandeling in Nederland tot stand kwam, was de Wet Gelijk Loon van 1975. In deze wet wordt een verbod op *ongelijke* beloning tussen mannen en vrouwen neergelegd. De termen onderscheid of discriminatie zijn – althans in de tekst van de wet zelf – niet gebruikt.⁴⁹ De wet vormt een uitwerking van artikel 119 EG-Verdrag (oud) en de zogenoemde eerste Richtlijn op het terrein van de seksegelijkheid van de EEG.⁵⁰ In de Richtlijn (artikel 1) wordt gesteld dat het beginsel van gelijke beloning inhoudt dat ‘ieder onderscheid naar kunne wordt afgeschaft’. In de Engelse versie van deze Richtlijn staat: “the elimination of all discrimination on grounds of sex”. De Franse versie luidt: “l’élimination, (...) , de toute discrimination fondée sur le sexe”.

⁴⁹ Wet Gelijk Loon, Stb 1975, 129.

⁵⁰ Richtlijn 1975/117 EEG, Pb EG 1975, L 45/19.

In 1980 is in de Wet Gelijke Behandeling mannen en vrouwen bij de arbeid (in het vervolg WGBm/v) het verbod op *het maken van onderscheid* opgenomen.⁵¹ De WGBm/v is een wet ter uitvoering van de zogenoemde tweede EEG-richtlijn op het terrein van seksegelijkheid.⁵² In de titel van de WGBm/v wordt, in aansluiting bij deze richtlijn, de term gelijke behandeling gebruikt. De Nederlandse vertaling van de Tweede Richtlijn volgde wel de Engelse en Franse terminologie. In aansluiting echter bij de vertaling van de Eerste richtlijn wordt in de centrale normstelling van de wet (het maken van) *onderscheid* tussen mannen en vrouwen bij de arbeid verboden.⁵³ (Zie artikel 1 t/m 4 van de WGBm/v 1980.) Deze bepalingen zijn in 1989 opgenomen in de geïntegreerde WGBm/v (waarin ook de bepalingen terzake van gelijk loon zijn opgenomen).⁵⁴ De terminologie ‘onderscheid maken’ is daarin ongewijzigd overgenomen, zij het dat voortaan over direct en indirect onderscheid werd gesproken in plaats van over middellijk en onmiddellijk onderscheid.⁵⁵

Bij de schriftelijke en mondelinge behandeling van het wetsvoorstel WGBm/v 1980 worden de termen onderscheid en discriminatie door elkaar heen gebruikt, waarbij het opvalt dat van regeringszijde vrijwel consequent over ongelijke behandeling en onderscheid gesproken wordt, terwijl van de zijde van de Tweede Kamer ook geregeld de term discriminatiebestrijding valt.⁵⁶ Tijdens de behandeling van de Reparatiwet van 1989 wordt op een enkele uitzondering na, alleen nog over verboden direct en indirect onderscheid gesproken.⁵⁷ De keuze voor het begrip onderscheid wordt door de regering gemotiveerd met het argument dat dit gebruik van dit begrip aansluit bij de wens om het aantal rechtvaardigingsgronden voor ongelijke behande-

⁵¹ Wet van 1 maart 1980, Stb. 86, 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.

⁵² Richtlijn EEG/76/207/EEG, Pb 1976, L 39/40.

⁵³ Gerritsen (Rechtspraak gelijke behandeling m/v 1975–1986, NJCM Boekerij 11) stelt (op p. 14) dat hieraan geen betekenis lijkt te moeten worden toegekend. “Ook in de jurisprudentie van het Europees Hof worden deze begrippen door elkaar gebruikt.” Gerritsen voegt toe: “Discriminatie heeft daarbij niet de negatieve bijbetekenis die het woord in het Nederlands wél heeft.” (Met dank aan Carien Evenhuis, die ons hier op opmerkzaam maakte.) In dezelfde zin: Fase 1989, p. 126. (Met dank aan Eva Cremers, die ons hier op attent maakte.) Anders: Govers & Boscher (Gelijkheid van man en vrouw in het Europees Sociaal Recht, Samsom Alphen aan den Rijn 1981, p. 10), die dit uit het Europese recht afkomstige begrip discriminatie wel als zijnde pejoratief interpreteren.

⁵⁴ De zogenoemde Reparatiwet van 1989; zie Kamerstukken II 1986/87, 19 908 en Stb 1989, 168. Op verzoek van de Emancipatieraad omschrijft de regering in de MvT bij dit wetsvoorstel wat het doel van deze wet is: “(...) het realiseren van het beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen bij de toegang tot en in het arbeidsproces en daarmee de bevordering van gelijke posities van mannen en vrouwen op het gebied van de arbeid.” (Kamerstukken II 1986/87, 19 908, nr 3, p. 2.) Tevens wordt in deze MvT aangegeven dat de WGBm/v niet alleen moet worden gezien als een wet ter uitvoering van de Tweede EG-Richtlijn, maar dat met deze wetgeving tevens uitvoering wordt gegeven aan artikel 1 GW van 1983 en aan artikel 26 BUPO en het VN-Vrouwenverdrag.

⁵⁵ Deze terminologie werd ook gehanteerd in artikel 1637j BW (het huidige 7:646 BW)

⁵⁶ Kamerstukken II 1978/79, 15 400 nrs 1–22. Zie bijvoorbeeld nr 4, p. 10 (waar de term discriminatie uit de Tweede Richtlijn door de regering consequent met onderscheid is vertaald) en nr. 5, waar de kamerleden het over discriminatie hebben. Zie bijvoorbeeld ook het Advies van de Emancipatie Commissie weergegeven in de bijlage bij nrs 1–4, p. 23.

⁵⁷ Een groot deel van de discussie gaat over de wettelijke omschrijving van het begrip indirect onderscheid; wij kunnen hier in het kader van dit onderzoek niet nader bij stil staan.

ling beperkt te houden.⁵⁸ Deze keuze vormt in deze wetsgeschiedenissen verder geen onderwerp van debat.

In aansluiting bij deze wetgeving is vervolgens in alle Nederlandse gelijkebehandelingswetten dezelfde terminologie gebruikt.⁵⁹ Dit geldt ook voor de Awgb, welke in 1994 tot stand is gekomen en welke het onderwerp vormt van het onderhavige evaluatierapport.⁶⁰

Het begrip onderscheid is aanvankelijk niet gedefinieerd, behalve door in artikel 1 van de WGBm/v op te nemen dat onder onderscheid niet alleen direct maar ook indirect onderscheid dient te worden begrepen.⁶¹ Dit is, op iets andere wijze, ook in de Awgb overgenomen.⁶²

Ook de Awgb bevat geen definitie van het woord onderscheid als zodanig. In de definitiebepaling van artikel 1 sub b staat in feite: onderscheid = onderscheid op bepaalde gronden. Wat indirect onderscheid is wordt als volgt gedefinieerd in artikel 1, sub c Awgb: “onderscheid op grond van andere hoedanigheden of gedragingen dan die bedoeld in onderdeel b, dat direct onderscheid tot gevolg heeft.” De wet bepaalt daarna dat het verbod van onderscheid niet geldt ten aanzien van indirect onderscheid dat objectief gerechtvaardigd is (artikel 2 lid 1 Awgb.) Ten aanzien van direct onderscheid geldt dat de wet bepaalde gevallen omschrijft waarin dit onderscheid niet is verboden (artikel 2 lid 2 t/m lid 5).

Een tweede kenmerk van het verbod op onderscheid in de Awgb is dat de wet de verbodsnorm uitdrukkelijk beperkt tot onderscheid *op bepaalde in de wet met name genoemde terreinen*.⁶³

⁵⁸ Dit speelde volgens Carien Evenhuis (informatie per e-mail) met name rond de vraag of onderscheid op grond van zwangerschap gerechtvaardigd kon worden.

⁵⁹ Naast de WGB m/v en de Awgb betreft dit de Wet Onderscheid Arbeidsduur (WOA), de Wet Gelijke Behandeling Gehandicapten en Chronisch Zieken (WGBG/CZ), de Wet Gelijke behandeling op grond van Leeftijd (WGBL) en de Wet verbod onderscheid bepaalde en onbepaalde tijd (WOBOT). Het verbod op het maken van onderscheid komt eveneens voor in de bepalingen in het Burgerlijk Wetboek waarin ongelijke behandeling in de arbeidsverhoudingen wordt verboden. Zie artikel 6:646 BW en 6:647 BW. Alle deze wetten zijn beschreven in E. Cremers-Hartman: Gelijke behandeling bij de arbeid in zes wetten; een actueel overzicht van hoofdlijnen, overeenkomsten en verschillen. PS Special 2004, nr. 5.

⁶⁰ Deze beperking houdt in dat we de overige gelijkebehandelingswetten in de navolgende bespreking verder buiten beschouwing laten.

⁶¹ Aanvankelijk werd gesproken over middellijk en onmiddellijk onderscheid. Dit is in 1989 gewijzigd in direct en indirect onderscheid.

⁶² Zie artikel 1 WGBm/v en artikel 1 Awgb. Het verschil zit hem in de bepaling dat in de WGB m/v onder direct onderscheid tussen mannen en vrouwen mede wordt begrepen onderscheid op grond van zwangerschap, bevalling en moederschap. Bij indirect onderscheid verschilt de definitie in de WGB m/v in die zin dat niet wordt gesproken over andere gedragingen (alleen over andere hoedanigheden) en dat wel bij wijze van voorbeeld van indirect onderscheid echtelijke staat of gezinsomstandigheden worden genoemd.

⁶³ Dit betreft arbeid en beroep, beroepsopleidingen en het aanbod van goederen en diensten. Wat betreft de grond ras is daar recentelijk het terrein van de “sociale bescherming” bij gekomen. Zie daarover deel 2 van dit evaluatierapport over eenzijdig overheidshandelen. In het kader van dit onderzoek ontbrak de tijd en de ruimte om de discussies over de keuze van deze terreinen uitvoerig te bestuderen en weer te geven. In grote lijnen komt het er op neer dat (in aansluiting bij het EG recht op dit gebied) het sociaal-economische leven door de wet wordt bestreken. Dat wil zeggen dat andere terreinen van het maatschappelijk leven, zoals huisvesting, gezondheidszorg, openbaar vervoer, cultuur, sport en recreatie, er buiten vallen, althans voor zover ze geen aanbod van goede-

Ondanks het ontbreken van een wettelijke definitie zijn er in de wetsgeschiedenis van de Awgb en in latere discussies over de inhoud en strekking van deze wet wel vele passages te vinden waarin gepoogd is aan te duiden welk soort van onderscheid verboden is en waarom. In een discussie met de kleine Christelijke partijen ten tijde van het tot stand komen van de Awgb⁶⁴ stelt de regering ondermeer dat gekozen is voor het begrip onderscheid dat discriminatie kan omvatten. Dat wil zeggen dat niet iedere vorm van onderscheid maken ook discriminatie oplevert.⁶⁵ Als iets niet gekwalificeerd kan worden als verboden onderscheid wil dat echter nog niet zeggen dat er geen discriminatie in het spel kan zijn; de uitzonderingen die de Awgb maakt op het verbod op onderscheid zijn geen uitzonderingen op het verbod om te discrimineren. “Het zijn uitzonderingen op een verbod en geen bepalingen waarmee bepaalde handelingen uitdrukkelijk toegestaan worden.” Dat wil zeggen: deze handelingen kunnen nog steeds discriminerend zijn.⁶⁶ Dit betekent dat het begrip onderscheid tegelijk ruimer en enger is dan het begrip discriminatie.⁶⁷

Tijdens de mondelinge behandeling van het wetsvoorstel wordt bij dit punt door de kleine christelijke partijen uitgebreid bij stilgestaan. De vertegenwoordiger van de RPF (Leerling) merkt in dat verband op dat de regering het begrip discriminatie uit artikel 1 GW heeft ingeruild voor het veel ruimere en vagere begrip onderscheid. De begrippen zijn, volgens dit kamerlid, echter zeker niet uitwisselbaar.⁶⁸

Uit de wetsgeschiedenis wordt voorts duidelijk dat een van de redenen om voor het begrip onderscheid te kiezen is dat dit begrip bij uitstek geschikt zou zijn in een wet

ren en diensten behelzen. Met name over het terrein van de sport en het openbaar vervoer is een uitvoerige discussie gevoerd ten tijde van het tot stand komen van de WGBH/CZ.

⁶⁴ Zie de vindplaatsen die zijn genoemd in voetnoot 2 van dit deelrapport. Deze partijen wezen herhaaldelijk op de verwarring als gevolg van inconsistente terminologie en vroegen waarom het woord onderscheid werd gebruikt in plaats van discriminatie.

⁶⁵ Kamerstukken II 1990/91, 22 014, nr. 3, p. 4: “Dit betekent dan ook dat niet elk onderscheid discriminatie inhoudt. Het discriminatieverbod vindt zijn grens in objectieve rechtvaardigingen van een onderscheiden behandeling.” Zie ook Kamerstukken II 1990/91, 22 014, nr. 5, p. 32 : “Er zijn vele vormen van onderscheid die niets met discriminatie van doen hebben.”

⁶⁶ Zie Kamerstukken II 1990/91, 22 014, nr. 5, p. 32. Dit standpunt wordt in het Eindverslag (22 104, nr. 9, p. 15/16) met klem bestreden door de RPF. De redenering van deze partij is dat als ‘discriminatie’ wordt gedefinieerd als ‘verboden ongerechtvaardigd onderscheid’ (wat de regering lijkt te doen), de conclusie moet worden getrokken dat gerechtvaardigd onderscheid geen discriminatie kan zijn. Uit deze passage blijkt hoeveel men er aan gelegen is om niet van discriminatie te worden beschuldigd. Overigens is het standpunt dat de regering hier inneemt in tegenspraak met wat de minister van Justitie tijdens de behandeling van de wijzigingen in de strafrechtelijke discriminatieverboden heeft opgemerkt: “Gedrag dat geoorloofd is volgens de komende Algemene wet gelijke behandeling is in geen geval discriminatie in strafrechtelijke zin.” Zie Kamerstukken II 1989/90, 20 239, n. 23, p. 3.

⁶⁷ Zie ook de opmerking van de minister van Justitie tijdens de wijziging van artikel 429quater Wb Sr: “Gedrag dat niet aan de eisen van de voor te stellen Algemene wet gelijke behandeling voldoet (dat wil zeggen: waarbij onderscheid in de zin van die wet wordt gemaakt; toevoeging auteurs) kan discriminatie in de zin van het Wetboek van Strafrecht zijn; óf zulks het geval is hangt er van af of bovendien door het gedrag fundamentele rechten en vrijheden van anderen in de zin van artikel 90quater worden tenietgedaan of aangetast.” Kamerstukken II 1989/90, 20 239 nr 23, p. 3. A contrario zou hieruit kunnen worden afgeleid dat bij de Awgb het geen rol speelt dat fundamentele rechten worden aangetast. Het valt te betwijfelen of de minister dit zo heeft bedoeld.

⁶⁸ Handelingen II 9 februari 1993, p. 46-3455/56.

die niet over de volle breedte van terreinen en gronden discriminatie verbiedt (zoals artikel 1 GW, dat in beginsel onbeperkte werking heeft), maar die dit verbod juist specifiek uitwerkt voor bepaalde terreinen en gronden. Het verbieden van ieder onderscheid in het maatschappelijk leven is immers onmogelijk; een verbod van onderscheid op bepaalde gronden en voor bepaalde situaties (zoals de betaalde arbeid of het aanbieden van goederen of diensten) is daarentegen wel goed mogelijk, zij het dat het nodig is dat de wet uitdrukkelijk een aantal uitzonderingen op een dergelijk verbod formuleert (gesloten systeem). De discussie gaat in dat verband verder over de vraag of het formuleren van een limitatief aantal uitzonderingsmogelijkheden wel mogelijk is, of dat toch – ook bij gebruik van het begrip onderscheid – een algemene rechtvaardigingsgrond noodzakelijk zou zijn. Dat wil zeggen: een verbod van onderscheid ‘zonder redelijke grond’.⁶⁹

Een recente poging tot omschrijving van wat het begrip onderscheid betekent, is te vinden in de kabinetsreactie op de eerste evaluatie van de Awgb: “Het begrip onderscheid is als zodanig een neutraal begrip dat ziet op het rechtens relevante verschil dat iemand maakt. Alleen onderscheid dat niet objectief gerechtvaardigd kan worden is verboden en moet worden aangemerkt als discriminatie.”⁷⁰ In deze omschrijving lijkt het begrip onderscheid instrumenteel te zijn ten opzichte van het begrip discriminatie: met behulp van het eerste begrip (en een toegevoegde clausulering met betrekking tot de mogelijkheid tot objectieve rechtvaardiging daarvan) wordt bepaald wat als (verboden) discriminatie moet gelden.

De neutraliteit van het begrip onderscheid wordt voortdurend benadrukt door de regering (met name in pogingen om het te onderscheiden van het pejoratieve begrip discriminatie). Dit is duidelijk verwoord in de hierboven geciteerde ‘definitie’ van het begrip onderscheid. Daarmee ontstaat een zekere dubbelzinnigheid in het gebruik van het begrip onderscheid in het kader van de Awgb: enerzijds wordt benadrukt dat het natuurlijk niet de bedoeling kan zijn om iedere vorm van onderscheid maken te verbieden en wordt gesteld dat het verbod zich (daarom) alleen uitstrekt tot ongerechtvaardigd, dat wil zeggen: discriminatoir, onderscheid, anderzijds wordt voortdurend benadrukt hoe neutraal dit begrip wel niet is.⁷¹ Tenslotte mag niet onopgemerkt blijven dat de regering zelf een duidelijke overeenkomst ziet tussen het begrip onderscheid in de Nederlandse gelijkebehandelingswetgeving en het begrip discriminatie zoals dat in de EG-richtlijnen wordt gebruikt. In het kader van de implementatie van de geamendeerde gelijke behandelingsrichtlijn m/v bij de arbeid (Richtlijn 2002/73 EG) merkt de regering op: “Het in deze regelingen (bedoeld: de Awgb en andere gelijkebehandelingswetten) verboden onderscheid is aan te merken als discriminatie, zoals bedoeld in de richtlijn.”⁷²

Twee elementen die niet expliciet in de Awgb en aanverwante wetten staan maar die volgens de jurisprudentie en literatuur wel onder ‘onderscheid maken’ vallen zijn de *benadeling* en de *vergelijking*. In Nederland is er enig verzet tegen het expliciet opne-

⁶⁹ Hier is bij herhaling om gevraagd door met name de kleine Christelijke partijen en door D’66. Zie bijvoorbeeld Eindverslag 22 104, nr. 9, p. 15.

⁷⁰ Kamerstukken II 2001/02, 28 481 nr. 1, p. 15. Dezelfde bewoordingen komen voor in de Implementatienotitie, Kamerstukken II 2001-2002, 28 187, nr. 1, p. 5.

⁷¹ Dit is ook de conclusie van Wentholt 1999, p. 91: “De pejoratieve lading van het verbod op ongerechtvaardigd onderscheid blijkt dus gering te zijn.”

⁷² Zie Kamerstukken II 2004/05, 30 237, nr. 3, p. 3.

men van het element van benadeling omdat daarmee een verzwarende van de bewijslast zou kunnen optreden voor degene die stelt slachtoffer van discriminatie te zijn.⁷³ Dat benadeling echter in feite wel een vereiste is, blijkt niet alleen uit bepalingen van de Awgb waarin dat begrip wel wordt gebruikt (zoals in artikel 10-nieuw), maar ook uit verschillende passages in de wetgevingsgeschiedenissen waarin wordt aangegeven dat het wel degelijk de bedoeling van de wetgever is om *nadelig onderscheid* of *achterstelling* tegen te gaan.⁷⁴

Wat betreft de vergelijking kan worden opgemerkt dat dit besloten ligt in het woord onderscheid zelf.⁷⁵ Het gebruik van het woord onderscheid maken brengt onherroepelijk mee dat de positie van twee mensen of van twee groepen van mensen met elkaar moet worden vergeleken teneinde te beoordelen of daarvan sprake is. Dat vereist de keuze van een ‘maatman’ of ‘maatgroep’ en een beoordeling van de vergelijkbaarheid van de situatie van degene die beweert ongelijk te zijn behandeld ten opzichte van deze maatman of maatgroep.⁷⁶ Met name met betrekking tot dit laatste element van het verbod op onderscheid zou er een verschil zijn met het begrip discriminatie, dat ook gebruikt kan worden zonder dat iemand de wijze waarop hij wordt behandeld of wordt bejegend vergelijkt met de wijze waarop iemand anders wordt behandeld of bejegend. Een verschijnsel dat tegenwoordig wordt aangeduid met de Engelse term ‘harassment’ of met de term intimidatie lijkt daarom gemakkelijker onder het discriminatiebegrip te kunnen worden gebracht, dan onder het begrip onderscheid of ongelijke behandeling.⁷⁷

Samenvattend komt uit deze analyse van het gebruik van het begrip onderscheid in het kader van de gelijkebehandelingswetgeving naar voren:

- dat het *begrip* zelf niet wettelijk is gedefinieerd
- dat het *verbod* op het maken van onderscheid wettelijk is *geclausuleerd*, in die zin dat het
 - (a) beperkt is tot bepaalde gronden⁷⁸,
 - (b) alleen geldt voor een welomschreven terrein (beperkt bereik van de wet)

⁷³ Zie Kamerstukken II 2001/02, 28 187, nr. 1, p. 5 en 6.

⁷⁴ Zie hierover Eva Cremers-Hartman, a.w. p. 24 en hoofdstuk 10, die stelt dat dit verschil tussen het Europese recht en het Nederlandse recht sterk moet worden gerelativeerd. Zie eveneens I.P. Ascher-Vonk & A.C. Hendriks, *Gelijke behandeling en onderscheid bij de arbeid*, Monografieën Sociaal Recht, Kluwer Deventer 2005 (tweede druk), p. 54.

⁷⁵ Zie hiervoor ook Gerards 2002, p. 565 e.v.

⁷⁶ De groep die of het individu dat de ‘onderscheiden’ behandeling moet ondergaan en de groep die of het individu dat een ‘andere’ behandeling krijgt.

⁷⁷ Zie Holtmaat 2004c, p. 89–106. Zie voor een beschrijving van de vreemde situatie wanneer ook bij harassment een vergelijkingsmaatstaf moet worden aangelegd, Holtmaat 2004b.

⁷⁸ Zie de MvT, Kamerstukken II 1990/91, 22 014, nr. 3, p. 5. Op de keuze van de gronden gaan we hier niet verder in. Vermelding verdient dat daarover tijdens de geschiedenis van de Awgb reeds uitvoerig is gediscussieerd, o.a. in verband met de vraag of onderscheid op grond van leeftijd en handicap eveneens onder het bereik van de wet gebracht zouden moeten worden. In verband met de discussie over de keuze tussen homoseksuele geaardheid en homoseksuele gerichtheid is ter sprake gekomen dat er een onderscheid gemaakt zou moeten worden tussen gronden die te maken hebben met “louter persoonskenmerken” en gronden waarbij “bepaalde opvattingen, gedragingen of gezindheid een rol spelen”. Zie Kamerstukken II 1991/92, 22 014, nr. 5, p. 10 en Kamerstukken II, idem, nr. 9, p. 17.

- (c) onderhevig is aan bepaalde uitzonderingen, dat wil zeggen dat het verbod voor bepaalde situaties niet geldt ofwel dat het onderscheid objectief gerechtvaardigd kan worden⁷⁹,
- dat er sprake moet zijn van een anders of ongelijk behandelen ten opzichte van een andere persoon of groep, en
- dat het maken van onderscheid zowel benadeling, achterstelling, uitsluiting, beperking of voorkeur kan omvatten.⁸⁰

Van 1981 tot 1991 is het begrip onderscheid ook gebruikt in het Strafrecht, en wel met name in 429quater Sr. Deze geschiedenis wordt hieronder in par. 2.3.3. beschreven.

2.3 *Het begrip discriminatie in het Nederlandse recht*

Het begrip discriminatie komt op verschillende plaatsen voor in het Nederlandse recht.⁸¹ Achtereenvolgens kijken we naar gebruik en betekenis in het kader van de Awgb, de Grondwet en het Wetboek van Strafrecht.

2.3.1 *De Awgb*

Hoewel in de bepalingen van de Awgb zelf het woord discriminatie niet voorkomt wordt in de considerans, de officiële titel, de MvT en in de parlementaire discussie wel voortdurend over discriminatie gesproken.⁸² Daarbij wordt soms verwezen naar het gebruik van dit begrip in artikel 1 van de Grondwet en naar discriminatieverboden in het Nederlandse strafrecht en in internationale Verdragen.⁸³ Op veel plaatsen wordt ‘discriminatie’ in de wetsgeschiedenis van de Awgb gebruikt als een synoniem

⁷⁹ Zoals gezegd is er langdurig strijd gevoerd over de vraag of een dergelijke algemene uitzondering opgenomen diende te worden; uiteindelijk is in de Awgb gekozen voor een gesloten systeem voor zover het direct onderscheid betreft en een open systeem voor indirect onderscheid. Dit gesloten systeem geldt ook in de WGBm/v en in de WGBH/CZ. In de WGL, de WOA en de WOBOT geldt een open systeem voor zowel direct als indirect onderscheid.

⁸⁰ Al deze termen zijn als equivalente begrippen of synoniemen in de wetsgeschiedenis aangetroffen. Door sommige auteurs wordt echter benadrukt dat er een kwalitatief verschil zit tussen ‘onderscheid’ en met name ‘achterstelling’. Zie bijvoorbeeld Fase 1989, p. 125, die stelt dat het neutrale begrip onderscheid als voordeel heeft dat achterstelling niet hoeft te worden aangetoond: “Het anders behandelen is voldoende grond voor correctie.”

⁸¹ Zowel directe als indirecte discriminatie is verboden onder de hierna te bespreken bepalingen. In het navolgende gaan we in hoofdzaak in op inhoud en strekking van het begrip directe discriminatie. Het begrip indirecte discriminatie komt alleen aan de orde wanneer wordt besproken wat de inhoud van bepaalde discriminatieverboden is (met name bij de vraag of het verbod zowel directe als indirecte discriminatie omvat).

⁸² De titel luidt: “Wet van 2 maart 1994, Stb. 230, houdende algemene regels ter bescherming tegen discriminatie... et cetera.” De Awgb is een wet ter uitvoering van artikel 1 GW, waarin eveneens het woord discriminatie voorkomt. Zie Kamerstukken II 1990/91, 22 014, nr. 3, p. 5. Ook de beschrijving van de doelen van de Awgb is geheel vervat in termen van ‘het bestrijden van discriminatie’.

⁸³ Zie voor een uitdrukkelijke verwijzing naar de internationale verdragen de MT bij het wetsvoorstel Awgb, Kamerstukken II 1990/91, 22 014, nr. 3, p. 3 en voor een beschrijving van de verhouding met het Strafrechtelijk verbod, Kamerstukken II 1990/91, 22 014, nr. 5, p. 8.

voor ‘ongerechtvaardigd onderscheid’ of voor ‘verboden onderscheid op bepaalde, door de wet genoemde, gronden’.⁸⁴

De begripsverwarring die hiervan het gevolg kan zijn wordt aan de orde gesteld door de kleine Christelijke partijen.⁸⁵ Het citaat in de inleiding bij dit hoofdstuk vormt hiervan een illustratie. Een andere reden waarom het gehanteerde begrippenkader ter discussie is gesteld is de verwarring die zou kunnen optreden met het gebruik van het begrip discriminatie in de strafrechtelijke context.⁸⁶

De regering is van mening dat een definitie van het begrip discriminatie niet noodzakelijk is in de Awgb omdat deze wet het discriminatieverbod uitwerkt in de vorm van een verbod op het maken van onderscheid. Ieder onderscheid op de in de wet genoemde gronden is verboden, tenzij de wet zelf aangeeft dat er een uitzondering op het verbod bestaat, of – in het geval van indirect onderscheid – tenzij er een objectieve rechtvaardigingsgrond voor wordt aangedragen. “In deze systematiek is niet het onderscheid als zodanig discriminatie, maar het verboden onderscheid.”⁸⁷ In zoverre lijkt er dus wel een ‘definitie’ van discriminatie te zijn gegeven: discriminatie is (bij wet) verboden onderscheid.⁸⁸

Behalve dat het discriminatieverbod van de Awgb wordt gekoppeld aan *het ontbreken van een (wettelijke of objectieve) rechtvaardigingsgrond* en aan het maken van onderscheid op bepaalde gronden is dit verbod van meet af aan gezet in de sleutel van de *gelijkwaardigheid*, van de bescherming van de *menselijke waardigheid* en van het bestrijden van *achterstelling*. Een voorbeeld daarvan is te vinden in de Memorie van Toelichting bij het wetsvoorstel voor de Awgb: “De strekking van het discriminatieverbod is het verbieden van onderscheid op grond van eigenschappen of kenmerken die voor het bepalen van rechten en verplichtingen op een bepaald terrein niet ter zake, niet relevant zijn. Een dergelijk onderscheid komt neer op de ontkenning van andermans gelijkwaardigheid, omdat een wezenlijk persoonskenmerk of persoonlijke eigenschap aanleiding is voor een vorm van achterstelling.”⁸⁹ Niet iedere vorm van onderscheid is derhalve aan te merken als discriminatie. De regering vervolgt: “Het discriminatieverbod vindt zijn grens in objectieve rechtvaardiging van een onderscheiden behandeling.” (Zie ook hierboven, waar beschreven is hoe de regering het begrip onderscheid omschrijft.)

⁸⁴ Bijvoorbeeld in Kamerstukken II 1990/91, 22 014, nr. 3, p. 3 en p. 4. De Minister van Justitie De Ruiter, vatte dit in 1980 bij de behandeling van de WGBm/v samen met de woorden: “Discriminatie is onbehoorlijk onderscheid maken.” Handelingen I 26 februari 1980 m.b.t. wetsvoorstel 15 400, p. 263.

⁸⁵ Zie voetnoot 2.

⁸⁶ Zie de bijdrage van het GPV aan het debat over de Awgb, Kamerstukken II 1990/91, 22 014, nr. 4, p. 44.

⁸⁷ Kamerstukken II 2001/02, 28 481, nr. 1, p. 16. Dit is een van de vele malen dat de regering een direct verband legt tussen het gebruik van het begrip onderscheid en de voorkeur voor een gesloten stelsel van rechtvaardigingsgronden. Wij komen hier in par. 6.3. op terug.

⁸⁸ Maar, zoals hiervoor bleek: ook buiten deze door de wet verboden vormen van onderscheid kan discriminatie voorkomen. Discriminatie is dus in die zin meer dan ‘bij de wet verboden onderscheid’.

⁸⁹ Kamerstukken II 1990/91, 22 014, nr. 3, p. 4.

In de kabinetsreactie op de eerste evaluatie van de Awgb herhaalt de regering deze woorden uit 1991 vrijwel letterlijk.⁹⁰

Een element dat tenslotte niet ongenoemd mag blijven is dat discriminatiebestrijding in het kader van de Awgb sterk wordt gezet in de sleutel van het achterliggende doel, te weten: voorkomen dat mensen niet worden belemmerd in hun maatschappelijk functioneren.⁹¹ Direct aan het begin van de Memorie van Toelichting wordt dit aldus verwoord: “In een democratische rechtsstaat brengt de erkenning van die (menselijke; toevoeging auteurs) waardigheid mee, dat een persoon vrijelijk zijn rechten en vrijheden moet kunnen uitoefenen en zich in het maatschappelijk leven moet kunnen bewegen, zonder dat hij wegens persoonlijke kenmerken en eigenschappen (...) wordt achtergesteld.”⁹²

Discriminatie komt dus als term niet voor in de bepalingen van de Awgb (en is dus in die context geen juridisch begrip), maar tegelijk kan gezegd worden dat deze wet wel degelijk een uitwerking van het discriminatieverbod vormt. Uit de analyse van de wetsgeschiedenis komt het beeld naar voren dat het bij discriminatie gaat om *onderscheid*⁹³

- dat wordt gemaakt op bepaalde gronden die verwijzen naar bepaalde (wezenlijke / onvervreembare) menselijke kenmerken en/of bepaalde gedragingen die uitdrukking geven aan een eigen ‘identiteit’,
- dat niet objectief kan worden gerechtvaardigd / waar geen wettelijke uitzondering voor bestaat
- dat een aantasting of beperking inhoudt van de fundamentele waarde van de menselijke waardigheid of fundamentele rechten
- en/of dat mensen belemmert in het maatschappelijk functioneren
- en dat een achterstelling inhoudt.⁹⁴

Vergeleken met de inhoud van het begrip onderscheid valt op dat het begrip discriminatie een meer inhoudelijke inkleuring krijgt doordat de selectie van welke gronden door het verbod worden getroffen afhankelijk is van de vraag of er bepaalde wezenlijke en onvervreembare menselijke eigenschappen in het geding zijn. Voorts is opvallend dat in het geval van discriminatie het element ‘benadeling’(of achterstelling) een relatie wordt gelegd met een aantasting of beperking van fundamentele menselijke waardigheid of fundamentele rechten of de belemmering van het maatschappelijk functioneren. Tenslotte valt op dat het verbod van onderscheid (mede) wordt gekoppeld aan onderscheid op bepaalde terreinen, terwijl het discriminatieverbod deze beperking niet kent.

⁹⁰ Daarop vervolgt de regering de redenering met de boven aangehaalde ‘definitie’ van onderscheid. Zie Kamerstukken II 2001/02, 28 481 nr. 1, p. 15.

⁹¹ Dit is verwoord in de MvT bij het wetsvoorstel (p. 1, zie citaat hierna) en in de MvA (p.52). Kritiek op deze visie is te vinden in het Eindverslag, Kamerstukken II 1991/92, 22 014, nr. 9, p. 23.

⁹² MvT, Kamerstukken II 1990/91, 22 014, nr 3, p. 1.

⁹³ Onderscheid maken vormt volgens Van der Neut de kern van het discriminatiebegrip, Van der Neut 1986, p. 14.

⁹⁴ Waarbij achterstelling hier wordt gebruikt als verzamelterm voor benadeling, beperking, uitsluiting of voorkeur geven.

Legt men nu op elkaar dat in het kader van de gelijkebehandelingswetgeving enerzijds van onderscheid wordt gesproken (met name waar het de tekst van de wet zelf betreft) en anderzijds van discriminatie (met name in de toelichting daar op en de discussies daarover) dan ontstaat de vreemde situatie dat feitelijk met twee niet geheel corresponderende begrippen moet worden gewerkt binnen één en hetzelfde wettelijke kader.

2.3.2 *De Grondwet*

Ook in formeel juridische zin wordt het woord discriminatie gebruikt in het Nederlandse recht. In de eerste plaats is dat in artikel 1 van de Grondwet: “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.”

In het artikel staan naast elkaar *een recht op gelijke behandeling* (van gelijke gevallen) en een *verbod op discriminatie*.

Het is onmogelijk in het bestek van dit evaluatieonderzoek recht te doen aan de rijkdom aan literatuur en jurisprudentie over de betekenis van deze bepaling.⁹⁵ Wij hebben ons daarom beperkt tot het opsporen van opvattingen over wat ‘discriminatie’ in deze grondwettelijke context zou (kunnen) betekenen.

Het woord discriminatie is in deze grondwetsbepaling terechtgekomen nadat de Raad van State kritiek had geuit op de woorden ‘bevoordeeld of benadeeld’ in het aan hem voorgelegd grondwetsvoorstel.⁹⁶ Ten tijde van de behandeling van het ontwerp voor de Grondwet van 1983 is enige discussie gevoerd over de betekenis van dit begrip discriminatie in relatie tot het begrip onderscheid. Minister De Gaay Fortman drukt zich daarover als volgt uit: “Discriminatie is een ander behandelen op een zodanig wijze, dat hij die ander duidelijk maakt, dat hij deze aspecten van zijn menszijn als onvolwaardig beschouwt.”⁹⁷ In een poging dit begrip nader te omlijnen verwees de minister naar de uitspraak van het EHRM in de Belgische taalzaken, waarin twee criteria zouden zijn gegeven: onderscheid mag worden gemaakt als het doel maar niet discriminatoir is, terwijl ook de weg die men bewandelt om het doel te bereiken niet discriminatoir mag zijn.⁹⁸ Burkens stelt, op grond van zijn analyse van de geschiedenis van de totstandkoming van artikel 1 GW, dat het begrip discriminatie

⁹⁵ Een aspect waar wij ons terdege van bewust zijn, maar waar we omwille van de beperkte tijd en ruimte voor dit onderzoek geen aandacht aan konden besteden, is het feit dat de norm van artikel 1 GW in eerste instantie is ontworpen voor verticale relaties, dat wil zeggen: tussen overheid en burgers. Het effect dat daarvan uitgaat op de concrete invulling die aan de grondwettelijke begrippen ‘gelijke behandeling’ en ‘discriminatie’ is of wordt gegeven is een nadere studie waard.

⁹⁶ Zie over deze geschiedenis Gerbranda & Kroes 1993. Zie tevens Kroes 1998, p. 223–224.

⁹⁷ Als geciteerd door Leerling (RPF) tijdens de mondelinge behandeling van het wetsvoorstel Awgb, Handelingen II, 9 februari 1993, p. 46–3455. In het bestek van dit evaluatieonderzoek ontbrak het de onderzoekers aan tijd en middelen om een zelfstandig onderzoek te doen naar de discussies die tijdens de grondwetsherziening van 1983 over de betekenis van het begrip discriminatie zijn gevoerd. In de secundaire bronnen (bijv. Gerbranda & Kroes 1993) is hierover niets te vinden. Zij verwijzen wel naar andere bronnen (o.a. de MvT bij het initiatiefwetsvoorstel gelijke behandeling van Van Nieuwenhoven en Haas-Berger en een brief van de Minister voor WVC), maar niet naar discussies in het kader van de grondwetsherziening. (Zie Gerbranda & Kroes 1993, p. 228–229). Behalve dit citaat is er daarom niets over dit onderwerp opgenomen in het onderhavige rapport.

⁹⁸ Burkens 1982, p. 57. De Belgische taalzaken worden hierna (par. 3.1.1.) nog nader besproken.

daarin niet bijzonder helder is. De discussie lijdt volgens deze auteur onder de omstandigheid dat dit begrip zo pejoratief gekleurd is. Het begrip brengt als zodanig al mee dat van onoorbaar handelen sprake is. Of een bepaalde classificatie als zodanig moet worden aangemerkt is juist onderwerp van het debat. “De norm dat discriminatie verboden is, houdt dan niet meer in dan dat onoorbare differentiaties onoorbaar zijn.”⁹⁹ En daarmee “komt men niet van de grond”, zo concludeert Burkens.

Voor een deel is de betekenis van het begrip discriminatie in de Grondwet af te leiden uit de discussies die zijn gevoerd over de relatie tussen de eerste en tweede zin in deze bepaling.¹⁰⁰ De eerste zin van deze bepaling zou uitdrukking geven aan het algemene gelijkheidsbeginsel, uitgelegd als de eis dat rechtsvorming, rechtspleging en bestuur een hoge mate van innerlijke consistentie en rationaliteit moeten bezitten.¹⁰¹

De eerste volzin van artikel 1 GW behelst een algemeen beginsel van gelijke behandeling van gelijke gevallen, dat aan ieder overheidsoptreden en aan iedere rechtsregel de eis stelt dat bij het maken van differentiaties of classificaties niet met willekeur wordt gehandeld; ieder ongelijkheid in behandeling dient met andere woorden een redelijke grond te hebben en moet aldus gerechtvaardigd kunnen worden.¹⁰² De eerste volzin in artikel 1 GW houdt derhalve de algemene eis in van consistentie en rationaliteit van beleid, regelgeving en wetstoepassing door de overheid.¹⁰³ Daarmee houdt het echter niet op. Tijdens de invoering van de nieuwe grondwetsbepaling zegt de regering blij te zijn met de toevoeging van het discriminatieverbod aan het algemene gelijkheidsbeginsel omdat daarmee aansluiting zou zijn verkregen “(...) aan de internationaal op gang zijnde rechtsontwikkeling op het terrein van de non-discriminatie, terwijl voorts de toevoeging een vruchtbare concretisering betekent

⁹⁹ Burkens 1982, p. 61. Burkens beschrijft een zestal mogelijke invullingen van dit begrip. Opvallend is dat wij twee kenmerken die volgens deze auteur wezenlijk zijn, in de discussies in de wetsgeschiedenissen en in de juridische literatuur weinig aangetroffen hebben. Dat is ten eerste het feit dat het discriminatieverbod niet beperkt mag worden tot handelingen die als grievend overkomen. “Naar de essentie vormt de non-discriminatie echter veelmeer een structuurbeginsel voor de organisatie van een samenleving.” (p. 62.) Ten tweede noemt Burkens het feit dat het om groepskenmerken moet gaan. “Discriminatie wil zeggen dat men bepaalde nadelige consequenties verbindt aan deze groepsattributen.” (p. 63).

¹⁰⁰ Dit is geanalyseerd in het grondrechten evaluatieonderzoek van Gerbranda & Kroes 1993, p. 16 e.v.

¹⁰¹ In de Engelstalige literatuur samengevat onder de uitdrukking: equality as consistency.

¹⁰² Dit is beknopt en helder verwoord door minister Hirsch Ballin in het debat met de Tweede Kamer over het wetsvoorstel wijziging strafbaarstelling discriminatie uit 1987 (w.o. 20 239); zie handelingen II 28 maart 1990, p. 54-3085. Sprekend over de betekenis van artikel 1 Gw stelt de minister: “Wanneer het gaat om de gelijke behandeling door de overheid is allereerst van belang dat altijd – met een streep onder het laatste woord – een belangenafweging door de overheid moet worden verricht op zakelijke gronden. (...) Subjectieve voorkeuren, in de zin van iemand aardig of minder aardig vinden, mogen hierbij echter nooit een rol spelen. Dat is de kern van het gelijkheidsbeginsel zoals dat voor de overheid geldt. Dat hangt dus zeer nauw samen met het verbod van willekeur. Als je de zaken op een bepaalde manier bekijkt kun je zelfs zeggen dat het twee kanten van hetzelfde zijn: het verbod van willekeur door de overheid en de verplichting van gelijke behandeling van gelijke gevallen.” In de passage die wij uit dit citaat hebben weggelaten verwijst de Minister naar het democratisch besluitvormingsproces, waarin de bedoelde belangenafweging plaatsvindt.

¹⁰³ In die zin wordt dit beginsel ook wel gekwalificeerd als een formeel gelijkheidsbeginsel. Zie hieronder.

van het algemene gelijkheidsbeginsel.”¹⁰⁴ In de Nota n.a.v. het Verslag bij het wetsvoorstel van de Awgb merkt de regering daarover op dat de tweede volzin van artikel 1 GW een uitzondering inhoudt van het algemene gelijkheidsbeginsel, neergelegd in de eerste volzin. Dat wil zeggen: alleen ongelijke behandeling op de daarin genoemde gronden zijn als zijnde discriminatie verboden.¹⁰⁵ In de juridische literatuur bestaat er geen eenstemmigheid over wat de verhouding tussen deze twee delen van het artikel is.¹⁰⁶ Gerbranda & Kroes, die wetshistorisch onderzoek naar dit grondwetsartikel hebben gedaan, zijn van mening dat de toevoeging in het tweede zinsdeel zou aangeven dat het niet zomaar om gelijke behandeling dient te gaan; de vervolg-bepaling geeft een bijzonder (pejoratief) accent aan het gebod om gelijk te behandelen: “Door het toevoegen van het verbod heeft het artikel een zekere meerwaarde gekregen.”¹⁰⁷ Daaraan wordt toegevoegd dat de eerste zin met name aan de wetgever een vrij grote, doch geen absolute beleidsvrijheid laat; die vrijheid zou worden ingeperkt door de tweede zin, die discriminatie verbiedt.¹⁰⁸ Het verbod van het tweede deel van deze grondwetsbepaling is echter beperkt tot “(...) eigenschappen of kenmerken van personen, die in redelijkheid niet relevant zijn voor het bepalen van aanspraken en verplichtingen op een bepaald gebied van het maatschappelijk leven. (...) Welke kenmerken of eigenschappen dit zullen zijn, zal door de maatschappelijke werkelijkheid worden bepaald.”¹⁰⁹

De inhoud en strekking van het discriminatieverbod in artikel 1 GW is voorts veelvuldig aan de orde gekomen tijdens debatten die met name eind jaren '80 zijn gevoerd over de wijziging van de strafrechtelijke discriminatieverboden.¹¹⁰ Hieruit blijkt dat het begrip in deze beide contexten een verschillende inhoud heeft. Daarover werd door de toenmalige minister van Justitie opgemerkt dat het strafrechtelijke verbod een beperking kent, in die zin dat het in dat kader moet gaan om discriminatie die de erkenning, het genot en de uitoefening van fundamentele rechten en vrijheden aantast. “Hiermee is dit discriminatieverbod accessoir en daarom ongeschikt voor invulling van artikel 1 Grondwet, waarin het zelfstandige beginsel is neergelegd.”¹¹¹ Met andere woorden: artikel 1 Grondwet heeft een ruimere strekking dan het strafrechtelijke discriminatieverbod.¹¹²

Over de inhoud en strekking van artikel 1 Grondwet is eveneens veelvuldig gesproken in het kader van de totstandkoming van de Awgb. Ook in die discussie wordt een verschil in betekenis aangegeven. Dat verschil wordt uitgedrukt door een ander begrip (onderscheid) te hanteren in het kader van de Awgb. Wat ‘discriminatie’ in de Grondwet betekent wordt zijdelings duidelijk als gevraagd wordt waarom artikel 1

¹⁰⁴ Burkens 1982, p. 53.

¹⁰⁵ Kamerstukken II 1991/92, 22 014, nr. 5, p. 34.

¹⁰⁶ Zie voor een overzicht van de opinies op dat punt het onderzoek van Gerbranda & Kroes 1993.

¹⁰⁷ Gerbranda & Kroes 1993, p. 229.

¹⁰⁸ Zie ook Kroes 1998, p. 15.

¹⁰⁹ Behandeling grondwetsherziening. Als geciteerd in het rapport van de Commissie-Alkema 2006, p. 9.

¹¹⁰ Deze discussies worden hieronder nog uitvoerig behandeld.

¹¹¹ Als geciteerd door Kroes 1998, p. 31, die verwijst naar Handelingen I 12 november 1991, p. 6-94.

¹¹² Deze mening wordt gedeeld door Burkens, die stelt dat de strafrechtelijke definitie is toegespitst op de uitoefening van rechten en fundamentele vrijheden. Die beperking is niet opgenomen in artikel 1 GW en zou daar ook niet passen, omdat daarmee dit laatste artikel een te beperkte strekking zou krijgen. Burkens 1982, als aangehaald door Kroes 1998, p. 27.

GW geen beperkingsclausule kent, zoals dat met andere grondrechten wel het geval is. Het antwoord van de regering luidt dat de beperking in deze norm zelf is geïmpliceerd. “Het gebod om gelijke gevallen gelijk te behandelen impliceert immers dat ongelijke gevallen ongelijk behandeld mogen worden voor zover zij ongelijk zijn. Ook het discriminatieverbod, opgevat als een verbod van ongerechtvaardigd onderscheid, vindt een beperking in de objectieve rechtvaardiging voor onderscheid in niet-discriminatoire gevallen.”¹¹³

Uit dit laatste citaat blijkt al dat het discriminatieverbod in artikel 1 GW een ‘open’ norm is. Dat wil zeggen: wat discriminatie oplevert en wat niet moet van geval tot geval worden beoordeeld tegen de achtergrond van de vraag of er voor de bestreden regeling of het bestreden gedrag een ‘redelijke grond’ of een ‘objectieve rechtvaardiging’ bestaat.¹¹⁴ Of en in welke mate een beroep gedaan kan worden op zo’n rechtvaardigingsgrond (en wat derhalve ‘discriminatie’ is) staat daarmee niet op voorhand vast. De openheid van de norm blijkt eveneens uit de wijze waarop Nederlandse rechters in voorkomende gevallen toepassing geven aan artikel 1 Grondwet.¹¹⁵ Uit het onderzoek van Gerards blijkt dat in de wijze en de intensiteit van toetsen door de rechters een aanzienlijke mate van variatie voorkomt, waarbij het (ondermeer) uitmaakt of er sprake is van een verticale relatie (bestuursoptreden) dan wel van een horizontale relatie.¹¹⁶ Bij die toetsing wordt eveneens tot op zekere hoogte onderscheid gemaakt tussen de verschillende gronden die expliciet in artikel 1 GW zijn genoemd en ‘overige gronden’ waarop discriminatie wordt gemaakt.¹¹⁷ De Commissie rechtsgevolgen non-discriminatiegronden artikel 1 Grondwet, die heeft onderzocht of er aanleiding is om het aantal gronden in artikel 1 GW uit te breiden, merkt daarover op dat het verschil voornamelijk daarin zit dat voor de wel uitdrukkelijk genoemde gronden geldt dat “(..) naar algemeen gedragen rechtsgevoel, nooit of in een beperkte reeks uitzonderingsgevallen, een rechtvaardiging gegeven zal kunnen worden voor onderscheid in bejegening of beoordeling. Het zijn gronden die men min of meer vanzelfsprekend als niet-gerechtvaardigde grond voor het maken van onderscheid erkent.” Dit laatste geldt niet voor gronden als handicap en leeftijd.¹¹⁸

¹¹³ Kamerstukken II 1991/92, 22 014, nr. 5, p. 37.

¹¹⁴ Gerards 2002, p. 514.

¹¹⁵ In deel 2 van dit evaluatierapport wordt deze jurisprudentie eveneens besproken vanuit het oogpunt wat dit betekent voor de vraag of eenzijdig overheids-handelen onder de Awgb gebracht kan worden. Zie voor een uitgebreide analyse van deze jurisprudentie Gerards 2002, hoofdstuk 6. Gerards merkt op dat het toetsingsverbod van artikel 120 GW meebrengt dat rechters relatief weinig aan artikel 1 GW toetsen en dat vaker een beroep wordt gedaan op internationale bepalingen inzake het non-discriminatie-recht.

¹¹⁶ Gerards 2002, p. 659 e.v.

¹¹⁷ Zie hiervoor Commissie-Alkema 2006.

¹¹⁸ Commissie-Alkema 2006, p. 21. De Commissie merkt op dat de toegevoegde waarde die de in artikel 1 GW opgenomen gronden hebben niet voortkomt uit het feit *an sich* dat ze daarin staan, maar uit de aard van deze gronden zelf. Deze aard brengt mee dat een strikte toetsing geïndiceerd zou zijn. De Commissie vreest dat opname van gronden als handicap en leeftijd in dit artikel een verwatering van de toets tot gevolg zou kunnen hebben, ook voor de gronden die nu al in het artikel staan. Zie idem, p. 29.

Het beeld dat uit dit overzicht naar voren komt is dat het bij discriminatie in artikel 1 GW gaat om een *ongelijke behandeling*¹¹⁹

- die plaats vindt op bepaalde (verdachte) gronden welke verwijzen naar wezenlijke ‘kenmerken of eigenschappen’ van personen, maar die daar niet toe is beperkt (niet limitatieve opsomming van gronden)
- die kwetsend of vernederend is of die mensen als ‘onwaardig’ behandelt en die
- (per definitie) ongerechtvaardigd is.¹²⁰

Vergeleken met het lijstje van kenmerken van wat onder discriminatie moet worden verstaan in het kader van de Awgb zijn dit ruime en open geformuleerde criteria. De overeenkomst met het lijstje van kenmerken die verbonden zijn aan het wettelijk verbod op onderscheid is nog zwakker. Een opvallend verschil is voorts dat een beperking van het discriminatieverbod tot die gevallen waarin een fundamenteel recht wordt geschonden, zoals in artikel 14 EVRM of in het Rassenverdrag en het Vrouwenverdrag, niet is beoogd door de Grondwetgever van 1983.¹²¹

2.3.3 *Het strafrecht*¹²²

2.3.3.1 *Inleiding*

In de Nederlandse strafwetgeving is discriminatie eveneens verboden.¹²³ Deze bepalingen zijn in het Wetboek van Strafrecht terechtgekomen naar aanleiding van de ratificatie van het Rassenverdrag door Nederland.¹²⁴ Aanvankelijk werd in 1971 alleen discriminatie op grond van ras verboden, bij aanvullende wetgeving is dit sindsdien uitgebreid met godsdienst, levensovertuiging, geslacht en hetero- of homoseksuele

¹¹⁹ Het lijkt een minimaal verschil, maar misschien is het toch belangrijk om te benadrukken dat het begrip ongelijke behandeling veel pregnanter aanwezig is in deze discussies dan in de discussies over de Awgb; in de laatste wet wordt – ondanks de titel daarvan! – vrijwel alleen over onderscheid of discriminatie gesproken. In relatie tot artikel 1 GW komt ongelijke behandeling sterk naar voren omdat dit begrip in de eerste volzin van het artikel wordt genoemd en het discriminatieverbod een verbijzondering daarvan inhoudt.

¹²⁰ Vaak wordt gezegd: die *per definitie* ongerechtvaardigd is. Dat wil zeggen: als eenmaal vast staat dat er gediscrimineerd is kan er niet alsnog een rechtvaardigingsgrond worden aangevoerd. Of er in een concreet geval sprake is van discriminatie (d.w.z. van ongerechtvaardigd onderscheid) moet van geval tot geval vastgesteld worden. Deze, prelabelle, rechtvaardigingstoets is echter niet altijd gewenst, met name niet als ras of geslacht in geding zijn.

¹²¹ Burkens 1982, p. 62.

¹²² Omdat een van de juridische vraagpunten is of het wenselijk is dat er één wettelijke term wordt gebruikt in het Nederlandse recht besteden we relatief veel aandacht aan inhoud en strekking van het begrip discriminatie in het strafrecht. Dit mede omdat de indruk bestaat dat bij de specialisten op het terrein van het gelijkebehandelingsrecht weinig bekendheid bestaat met de discussies die in dat kader over de begripskeuze zijn gevoerd.

¹²³ Zie de artikelen 90quater (definitiebepaling), de artikelen 137 c-g en art. 429quater. Oorspronkelijk ingevoerd bij Wet van 18 februari 1971, Stb. 1971, 96 en nadien diverse malen gewijzigd.

¹²⁴ Zie Kamerstukken II 1967/68, 9724 nr. 3, p. 1. Deze geschiedenis is in extenso beschreven door Woltjer 2002, p. 163 e.v. en p. 422 e.v.. Veel van de discussies zijn gegaan over de betekenis van het begrip ‘ras’ en over de afbakening van het grondrecht op gelijke behandeling of non-discriminatie ten opzichte van andere grondrechten, met name de vrijheid van meningsuiting en de godsdienstvrijheid.

gerichtheid¹²⁵, en (meest recent) met lichamelijke, psychische of verstandelijke handicap.¹²⁶

De definitie van discriminatie in 90quater (zie hieronder) sluit aan bij artikel 1 Rassenverdrag.¹²⁷ Deze definitie is sindsdien, behalve dat het *openbare leven* veranderd is in het *maatschappelijk leven*, niet meer gewijzigd.¹²⁸ De bepalingen van de artikelen 137d-f zijn van meet af aan geformuleerd in termen van discriminatie of discriminatoire uitingen. Het verbod in 429quater, dat ziet op discriminatie in de uitoefening van ambt, beroep of bedrijf, werd aanvankelijk omschreven als ‘Hij die (...) iemand *achterstelt*’¹²⁹ Dit werd in 1981 gewijzigd in ‘Hij die (...) *onderscheid maakt*’.¹³⁰ In 1991 werd dit gewijzigd in een verbod van *discriminatie*.¹³¹ Deze wijzigingen in de gebruikte terminologie in artikel 429quater zijn bijzonder interessant voor het onderwerp van dit evaluatieonderzoek.¹³² Wij zullen er daarom in dit rapport uitvoerig bij stilstaan. In deze bespreking maken wij onderscheid tussen de wijziging in de terminologie als zodanig en de consequenties die dit heeft voor het al dan niet benoemen van (objectieve) rechtvaardigingsgronden voor discriminerend handelen. Tenslotte besteden we aandacht aan de recente wijziging van artikel 429quater in verband met het opnemen van de grond lichamelijke, psychische of verstandelijke handicap in dit artikel.

2.3.3.2 Artikel 90quater

Alvorens we de geschiedenis van 429quater behandelen staan we kort stil bij de betekenis van artikel 90quater. Deze bepaling luidt als volgt:

“Onder discriminatie of discrimineren wordt verstaan elke vorm van onderscheid, elke uitsluiting, beperking of voorkeur, die ten doel heeft of ten gevolge kan hebben dat de erkenning, het genot of de uitoefening op voet van gelijkheid van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden op politiek, economisch, sociaal of cultureel of op andere terreinen van het maatschappelijk leven wordt tenietgedaan of aangetast.”

In het kader van de vraag of aan het begrip onderscheid of discriminatie de voorkeur zou moeten worden gegeven¹³³ komt de vraag aan de orde of alle elementen van de-

¹²⁵ Wet van 14 november 1991, Stb 1991, 623. NB: deze gronden werden niet toegevoegd aan artikel 137g.

¹²⁶ Kamerstukken onder nummer 28 221. Wet van 10 maart 2005, Stb 2005, 111. Handicap werd niet opgenomen in artikel 137g. Voorts werd ten aanzien van het verbod van discriminatie bij de uitoefening van een ambt, beroep of bedrijf van artikel 429quater een afzonderlijk tweede lid opgenomen, waarin ook het nalaten van handelingen strafbaar werd gesteld. Zie daarover par. 2.3.3.6.

¹²⁷ Zij het dat in heel algemene zin discriminatie werd gedefinieerd, zonder te verwijzen naar ras, huidskleur, afkomst of nationale of etnische afstamming. Zie Woltjer 2002, p. 163.

¹²⁸ Wet van 14 november 1991, Stb 1991, 623. Wel is er – in de discussies over latere wetwijzigingen – op gewezen dat in aansluiting bij het Rassenverdrag onder definitie niet alleen directe maar ook indirecte discriminatie moet worden verstaan.

¹²⁹ Kamerstukken II 1967/68 9724, nr. 2. Zie ook Woltjer 2002, p. 167.

¹³⁰ Wetsvoorstel 16 115, Wet van 22 mei 1981, Stb 1981 306.

¹³¹ Wet van 14 november 1991, Stb 1991, 623.

¹³² Een tweede reden om aan dit artikel de meeste aandacht te besteden is dat het materiële bereik ervan het meest overeenkomt met dat van de Awgb.

¹³³ Welke geschiedenis we hieronder uitvoerig behandelen.

ze definitiebepaling ook zouden moeten worden gesteld en bewezen (door het OM), met andere woorden: of – door dit discriminatiebegrip te kiezen – niet een zeer moeilijk bewijsbaar delict zou worden geconstrueerd.¹³⁴ De betreffende kamerleden vrezen dat bewezen zou moeten worden dat de belangen van degene die stelt te zijn gediscrimineerd, daadwerkelijk zijn aangetast.¹³⁵ Andere kamerleden bestrijden dit en stellen dat van meet af aan met het begrip onderscheid in 429quater eveneens ‘ongerechtvaardigd, discriminerend onderscheid’ is bedoeld.¹³⁶ Daarin krijgen ze gelijk van de minister van Justitie, die stelt dat een daadwerkelijke aantasting van de mensenrechten niet hoeft te worden bewezen omdat de definitiebepaling van artikel 90quater het heeft over ‘of ten gevolge *kan* hebben’: “Dat dit gevolg is ingetreden, behoeft niet bewezen te worden.”¹³⁷

Over het pejoratieve karakter van dit discriminatiebegrip is – op een enkele uitzondering na – men het wel eens. Bij wijze van afwijking van deze algemene mening werd op een bepaald moment door het CDA verondersteld dat definitie van discriminatie in artikel 90quater een neutraal begrip zou zijn, dat wil zeggen: “bevattende derhalve de gevallen waarin er zowel wél als niét een objectieve en redelijke rechtvaardigingsgrond voor het maken van het betreffende onderscheid aanwezig is.”¹³⁸ Deze opvatting is volgens de minister van Justitie onjuist. “De in artikel 90quater gegeven definitie kan dus niet als neutraal worden beschouwd. Het gaat om een ongerechtvaardigd onderscheid.”¹³⁹

Tenslotte is het een punt van discussie of de definitie van artikel 90quater dusdanig duidelijk omschrijft wat discriminatie is dat de daadwerkelijke strafbepalingen waarin dit woord wordt gebruikt vooraf voldoende duidelijkheid scheppen over de vraag welk gedrag precies wel of niet strafbaar is. Door zijn vaagheid zou de bepaling een inbreuk op het legaliteitsbeginsel in het strafrecht kunnen inhouden.¹⁴⁰ Dit argument wordt echter eveneens door de regering verworpen.

2.3.3.3 *Wijziging terminologie, voorgeschiedenis*

De aanvankelijk keuze voor het begrip achterstelling in artikel 429quater legt de regering uit met een beroep op de destijds geldende interpretatie van het Rassenverdrag, dat uitsluitend zou zien op bestrijding van discriminatie *in het openbare leven*.¹⁴¹ Deze opvatting over de strekking van het Rassenverdrag is in 1971 neergelegd in artikel 90quater. In artikel 429quater – dat ziet op discriminatie tussen particulieren – kon derhalve niet worden aangesloten dit discriminatiebegrip en is daarom de term

¹³⁴ Zie bijv. de interventies van Groenman, handelingen II 20 juni 1990, p. 80–4460, Swildens-Rozendaal, idem p. 80–4468 en Leerling, idem p. 80–4474.

¹³⁵ Zie het interruptiedebat tussen Korthals en Hirsch Ballin, handelingen II 20 juni 1990, p. 80–4476. De minister is het niet met deze stelling eens omdat artikel 90quater stelt dat het moet gaan om een gedraging die ‘tot doel of tot gevolg *kan* hebben.’

¹³⁶ Bijv. Schutte, handelingen II 20 juni 1990, p. 80–4461.

¹³⁷ Hirsch Ballin, handelingen II 20 juni 1990, p. 80–4497. Op het aspect van de bewijslast in strafrechtelijke discriminatiezaken komen we hieronder (in par. 2.3.5) nog nader terug.

¹³⁸ Kamerstukken I 1990/91, 20 239, nr. 76, p. 2.

¹³⁹ Kamerstukken I 1990/91, 20 239, nr. 76a, p. 2.

¹⁴⁰ Zie Van der Neut 1986, a.w.

¹⁴¹ Zie de MvA bij het wetsvoorstel strafbaarstelling rassendiscriminatie, Kamerstukken II 1968/69, 9724, nr. 6, p. 1. Zie ook MvA Eerste Kamer Goedkeuringswet Rassenverdrag, Kamerstukken I 1970/71, 9723 (R663) en 9724, nr. 22a, p. 3 en Kamerstukken II 1989/90, 20 239 nr. 23, p. 1.

achterstelling gebruikt. Volgens Woltjer ging de wetgever in 1971 uit van een tweesporenbeleid: enerzijds een ruim, algemeen discriminatieverbod (gedefinieerd in artikel 90quater) dat zag op enige vorm van bevoorrechtiging of achterstelling in het openbare leven, en anderzijds een beperkt ingrijpen in de zakelijke sfeer, namelijk daar waar sprake was van (feitelijk aantoonbare) ‘achterstelling in de uitoefening van zijn beroep of bedrijf, het aanbieden van goederen of diensten dan wel het gestand doen van een aanbod.’¹⁴² Dit verschil in bereik van de wetgeving werd volgens deze auteur aangebracht met het oog op het gevaar van een te vergaande beperking van de vrijheid van vereniging en vergadering en van de vrijheid van meningsuiting in de private sfeer (als tegenhanger van het ‘openbare leven’).

In 1981 werd – naar aanleiding van een aantal geruchtmakende rechtszaken rondom ‘niet-Joodverklaringen’¹⁴³ het bereik van artikel 429quater verruimd tot alle aspecten van het zakelijk verkeer.¹⁴⁴ In hetzelfde wetsvoorstel werd de term ‘achterstellen’ vervangen door ‘het maken van onderscheid’. In de Memorie van Toelichting bij dit wetsvoorstel werden hiervoor de volgende argumenten aangevoerd: “In de eerste plaats is er een discongruentie tussen het voor het openbaar leven geldende discriminatiebegrip, dat zowel bevoorrechtiging als achterstelling omvat, en het voor de zakelijke sfeer geldende begrip, waaronder alleen achterstelling wegens ras is begrepen. In de tweede plaats wordt de werkingssfeer van artikel 429quater beperkt tot die gevallen waarin een feitelijk ‘achterstellen’ aantoonbaar is.”¹⁴⁵ Het laatste levert volgens de regering in de praktijk bewijsproblemen op. Verder zou door de voorgestelde wijziging in terminologie indirecte discriminatie eveneens strafbaar worden.¹⁴⁶ De regering meent dat de bescherming van etnische minderheden in de zakelijke sfeer even ver dient te gaan als in de openbare sfeer en vindt dat deze discongruentie moet worden opgeheven. Dat kan volgens haar alleen door in artikel 429quater in plaats van

¹⁴² Woltjer 2002, p. 433.

¹⁴³ In strafrechtelijke kringen werden naar aanleiding van deze zaken het strafrechtelijke discriminatieverbod van 429quater als zeer moeilijk toepasbaar gekwalificeerd. Zie hierover Leijten (A.G.) in zijn Conclusie bij de arresten van de HR van 26 juni 1984, gepubliceerd in NJ 1985, 530 en 531 en de noot van Melai bij het laatste arrest. Zij vinden hierin Van der Neut 1986, p. 44, aan hun zijde.

¹⁴⁴ Kamerstukken II 1979/80, 16 115, nr. 3 p. 4, als aangehaald door Woltjer 2002, p. 433. De elementen ‘bij het aanbieden van goederen en diensten’ en ‘bij het gestand doen van een aanbod’ werden uit het artikel geschrapt. Deze wijzigingen in 429quater werden ingevoerd bij Wet van 21 mei 1981, Stb 1981 306. In 1987 werd wederom voorgesteld om het bereik van deze strafbarendeling uit te breiden, nu met een aantal nieuwe gronden. De discussie tijdens de schriftelijke en mondelinge behandeling van dit laatste wetsvoorstel ging voor een groot deel over de te verwachten effectiviteit van deze bepaling (d.w.z. over de ‘normatieve kracht’ van het strafrecht) en over de vraag of discriminatie in beroep, bedrijf en bij dienstverlening, niet beter door een civielrechtelijke, algemene wet gelijke behandeling zou kunnen worden bestreden. Zie bijvoorbeeld Kamerstukken II 1987/88, 20 239 nr. 4, p. 8/9 en p. 11.

¹⁴⁵ Kamerstukken II 1989/90, 20 239 nr. 23, p. 1, waar de regering citeert uit de MvT bij het wetsvoorstel dat tot de wijziging van 1981 heeft geleid, 16 115 nr. 3.

¹⁴⁶ Zie Van der Neut 1986, p. 40 (met verwijzing naar dezelfde MvT), die bestrijdt dat deze wijziging op deze grond noodzakelijk zou zijn geweest. “Bovendien zal toch ook bij hantering van ‘onderscheid maken’ in elk concreet geval van (vermeende) indirecte discriminatie die benadeling c.q. achterstelling van het slachtoffer moeten worden vastgesteld. Ik kan dan ook niet anders dan het wetsvoorstel op dit punt zinloos noemen.”

over achterstelling over onderscheid te spreken. “Onder die op zichzelf kleurloze uitdrukking zijn alle bijzondere verschijningsvormen van discriminatie te brengen, zoals uitsluiting, achterstelling, beperking of voorkeur wegens ras.”¹⁴⁷

In 1990 is de regering tot het inzicht gekomen dat het discriminatieverbod van het Rassenverdrag zich ook uitstrekt tot verhoudingen tussen particulieren.¹⁴⁸ In een Nota van Wijzigingen op het wetsvoorstel uit 1987¹⁴⁹ wordt daarom voorgesteld om in artikel 90quater de term het ‘openbare leven’ te vervangen door het ‘maatschappelijk leven’. Daarmee was de weg vrij om in 429quater niet langer van onderscheid maar van discriminatie te spreken.¹⁵⁰

In het kader van dit wijzigingsvoorstel hebben regering en parlement intensief van gedachten gewisseld over het mogelijke verschil in betekenis tussen ‘onderscheid’ en ‘discriminatie’ en over de vraag waarom dit laatste begrip (bij uitstek) in het strafrecht op zijn plaats zou zijn.

De regering riep deze discussie (en de er uit voortkomende wijziging van het wetsvoorstel) in zekere zin over zichzelf af door in de Memorie van Antwoord te stellen dat de inhoud van het begrip discriminatie in de considerans van het voorliggende wetsvoorstel niet gelijk zou zijn aan de definitie van artikel 90quater.¹⁵¹ In de Nota n.a.v. het Eindverslag stelt de regering dat het begrip in de titel wel dezelfde betekenis heeft als in internationale verdragen en in de Grondwet. Op grond hiervan vraagt de vertegenwoordiger van de R.P.F. zich tijdens de mondelinge behandeling van het wetsvoorstel af of *discriminatie* in de titel van het wetsvoorstel nu wel of niet gelijk is aan *direct of indirect onderscheid* maken dat in sinds 1981 in artikel 429quater werd gebruikt.¹⁵² Voorts vraagt de vertegenwoordiger van het CDA zich af of, als onderscheid maken feitelijk betekent: ongerechtvaardigd onderscheid maken, niet beter gewoon het begrip discriminatie uit artikel 90quater gebruikt zou kunnen worden.¹⁵³

De uitkomst van deze discussies is geweest dat tijdens het mondelinge debat over het wetsvoorstel van 1987 bij (derde) Nota van Wijziging door de minister van Justitie (Hirsch Ballin) werd voorgesteld om het begrip onderscheid te vervangen door discriminatie.¹⁵⁴ Een tweede motief voor deze wijziging was het feit dat vanuit de rechterlijke macht zware kritiek was gekomen op het verbod op onderscheid in artikel

¹⁴⁷ Idem; zie ook Woltjer 2002, p. 434, waar hij verwijst naar MvT 16 115, nr. 3, p. 4.

¹⁴⁸ Kamerstukken II 1989/90, 20 239 nr 23, p 3 . De minister van Justitie legt tijdens de mondelinge behandeling uit dat de term ‘openbaar leven’ in het Verdrag betekent dat de privé-sfeer daar niet onder valt. Dat wil echter niet zeggen dat belangrijke terreinen van het maatschappelijk leven (zoals arbeid, huisvesting , onderwijs en gezondheidszorg) daar niet onder zouden vallen. Dat drukt de regering uit door te kiezen voor ‘maatschappelijk leven’, welke term ook zou worden gebruikt in het Vrouwenverdrag, dat op dat moment ter ratificatie voorlag in het Parlement. Zie Hirsch Ballin, handelingen II 28 maart 1990, p. 54-3095. Zie ook Woltjer 2002, p. 440.

¹⁴⁹ Kamerstukken II 1989/90, 20 239 nr 15.

¹⁵⁰ Zie de mondelinge toelichting op de (derde) Nota van Wijzigingen, gegeven door minister Hirsch Ballin, handelingen II 28 maart 1990, p. 54-3095 en handelingen II 20 juni 1990, p. 80-4492.

¹⁵¹ Zie Kamerstukken II 1988/89, 20 239, nr 5, p. 16: “Daar (bedoeld: in art. 90quater) gaat het om discriminatie in het openbare leven. Het wetsvoorstel heeft ook betrekking op belediging van groepen (137c) en op verhoudingen tussen burgers onderling.”

¹⁵² Handelingen II 27 maart 1990, p. 53-3060.

¹⁵³ Kamerstukken II 1987/88, 20 239 nr. 4, p. 24.

¹⁵⁴ Kamerstukken II 1989/90, 20 239 nr. 15; zie ook Hirsch Ballin, handelingen II 20 juni 1990, p. 80-4491.

429quater. In die kringen werd het wel gekwalificeerd als een ‘juridisch monstrum’ dat zich niet zou lenen voor toepassing door de rechter.¹⁵⁵ Het artikel draagt volgens de minister de moeilijkheid in zich “iets strafbaar te stellen dat op het eerste gezicht puur neutraal is, namelijk onderscheid maken.”¹⁵⁶

De Tweede Kamer acht de voorgestelde wijzigingen dermate ingrijpend dat – na de eerste mondelinge toelichting van de minister – de verdere behandeling van het wetsvoorstel wordt verdaagd.¹⁵⁷ Nadere toelichting komt er om te beginnen bij brief, daarna aanvullend in de voortgezette mondelinge behandeling.¹⁵⁸

2.3.3.4 *Wijziging van het begrip discriminatie*

In de toelichting op het wijzigingsvoorstel stelt de minister dat het verbod van discriminatie in artikel 429quater inhoudt, een verbod op het maken van onderscheid zonder redelijke of objectieve grond.¹⁵⁹ Wat betekent dit nu?

Om te beginnen koppelt de minister de (strafrechtelijke) bescherming tegen discriminatie uitdrukkelijk aan de vrijheid en waardigheid van mensen. “Hierbij moeten wij in het oog houden dat het bij discriminatie niet gaat om zomaar gevoelens van belediging, maar om de aantasting van mensen in hun door het recht beschermde, persoonlijke waardigheid.”¹⁶⁰ In de toelichting op het wijzigingsvoorstel legt de minister van Justitie (Hirsch Ballin) voorts uit dat het bij het optreden van de strafwetgever “gaat om het optreden tegen handelingen van mensen waardoor anderen in hun persoonlijke waardigheid worden gekwetst. (...) Het strafrecht moet er zijn om mensen te beschermen op het punt van hun meest elementaire rechtsgoederen. Daartoe behoort naar mijn overtuiging (...) dat mensen gevrijwaard worden van gedragingen die niet te dulden zijn, die mensen een stap lager in de samenleving zetten op grond van die allerbelangrijkste persoonlijke kenmerken. Het begrip ‘discriminatie’ geeft daaraan inhoud.”¹⁶¹ De minister geeft aan dat het gaat om een vorm van gedrag die algemeen en objectief als kwetsend wordt ervaren: “Het gaat niet om het enkele feit dat iemand iets als kwetsend ervaart. In de strafbaarstelling gaat het om de objectieve inhoud, het objectieve karakter van de gedraging. Daar moet het ook om gaan. De vraag is: gaat het om een uiting van de soort die wij in onze rechtsorde als een belediging moeten omschrijven?”¹⁶² De minister haalt in dat verband ook diverse

¹⁵⁵ De minister refereert aan de mening van A.G. Leijten in de zaken met betrekking tot de niet-Joodverklaringen. Zie handelingen II 20 juni 1990, p. 80-4492.

¹⁵⁶ Idem.

¹⁵⁷ Handelingen II 28 maart 1990, p. 54-3101. Het debat werd voortgezet op 20 juni 1990.

¹⁵⁸ Kamerstukken II 1989/90, 20 239 nr. 23 en het debat op 20 en 21 juni 1990.

¹⁵⁹ Zie Kamerstukken II 1989/90, 20 239 nr. 15. Op het aspect van de relatie tussen de definitiebepaling en de mogelijke rechtvaardigingsgronden van het strafrechtelijk discriminatieverbod gaan we hieronder nader in.

¹⁶⁰ Hirsch Ballin, handelingen II 27 maart 1990, p. 53-3085. De minister heeft het over “de vrijheid om jezelf te zijn met de fysieke identiteit die je hebt van ras, van geslacht, de vrijheid om jezelf te zijn met de godsdienstige, levensbeschouwelijke of politieke overtuiging die je hebt.” Zie hierover ook Van den Berg, handelingen II 20 juni 1990, p. 80-4463.

¹⁶¹ Hirsch Ballin, handelingen II 28 maart 1990, p. 54-3087/88.

¹⁶² Idem, pag. 3090. De minister gebruikt hier de term belediging in de context van de discussie over artikel 137d e.v. Het kamerlid Van den Berg vraagt naar aanleiding hiervan waarom de elementen ‘kwetsen en krenken’ niet zijn opgenomen in de definitiebepaling van artikel 90quater. Zie handelingen II 20 juni 1990, p. 80-4464 en handelingen II 21 juni 1990, p. 81-4563. Een rechtstreeks antwoord op die vraag komt er niet. Uit de beantwoording in derde termijn valt af te leiden dat de

malen artikel 90quater aan, de definitiebepaling van discriminatie in het Wetboek van Strafrecht, die nu ook op artikel 429quater van toepassing is. Daaruit blijkt dat niet iedere ongelijke handeling discriminerend is, maar dat de nadere eis wordt gesteld dat het moet gaan om de vraag of “(...) bovendien door het gedrag fundamentele rechten en vrijheden van anderen in de zin van artikel 90quater worden tenietgedaan of aangetast.”¹⁶³ In een ander verband haalt de minister naar voren dat het er bij discriminatie om gaat dat mensen worden belemmerd in hun maatschappelijk functioneren.¹⁶⁴

Een tweede element is dat het moet gaan om ‘onredelijk’ gedrag. De minister benadrukt dat het bij discriminatie gaat om afkeurenswaardig *willekeurig* gedrag: “Er bestaan verschillende definities van discriminatie. Zij hebben gemeen dat het er wel als pejoratief aangeduide willekeurigheidsmoment in voorkomt. Juist in het strafrecht is dat van belang”.¹⁶⁵ En, instemmend citerend uit het de aantekeningen die Noyon-Langemeijer-Remmelink maken bij artikel 90quater: “Het begrip discriminatie (...) ziet op een (wezenlijke) onbillijke of willekeurige achterstelling, waarvan de onmiskenbare causa is het ras, de nationale afkomst, enz.”¹⁶⁶

Voor de nader bepaling van de inhoud van het begrip verwijst de minister naar de invulling die het begrip discriminatie in de jurisprudentie van het EHRM, het EG-Hof en de Hoge Raad heeft gekregen. Elementen, die uit die jurisprudentie worden gehaald, zijn: het ontbreken van een ‘*objective and reasonable justification*’ (EHRM), of van het objectief gerechtvaardigd zijn van het verschil (HvJ EG), en het element van *grond* of het *motief* van de ongelijke behandeling, die is gelegen in een persoonlijke status van een persoon of een groep (HR). Uit de rechtsgeleerde literatuur wordt voorts het grote belang van het eerder al genoemde ‘willekeurigheidsmoment’ nogmaals naar voren gehaald.¹⁶⁷

2.3.3.5 Uitzonderingen verbod, bewijslast(verdeling)

Uit het verloop van de discussies over de wijziging van het begrip onderscheid in discriminatie in artikel 429quater blijkt op verschillende plaatsen dat de begripskeuze verband houdt met de vraag naar de mogelijkheden om wel of geen (of in beperkte mate) een beroep te doen op rechtvaardigingsgronden of uitzonderingsgronden.¹⁶⁸

minister dit geen bruikbare elementen vindt omdat naar zijn mening de vraag of er sprake is van discriminatie naar objectieve maatstaven moet worden beoordeeld. Het gekwetste gevoel van de (vermeend) gediscrimineerde persoon hoeft niet te worden bewezen, noch het discriminatoire motief of oogmerk dat de (vermeende) dader had. Zie Hirsch Ballin, handelingen II 21 juni 1990, p. 81-4571, herhaald op p. 81-4572/3. Op het element van het oogmerk gaan we hieronder (in par. 2.3.3.5) nader in.

¹⁶³ Kamerstukken II 1989/90, 20 239 nr. 23, p. 3. Op de consequenties van deze aanvullende eis komen we in de volgende paragraaf nog terug.

¹⁶⁴ Dit element is veel sterker op de voorgrond getreden bij de discussies over de Awgb dan in de discussies over het strafrecht. Het duikt echter ook in deze laatste context een enkele keer op. Zie bijvoorbeeld Kamerstukken I 1990/91, 20 239, nr. 76a, p. 5.

¹⁶⁵ Kamerstukken II 1989/90, 20 239 nr. 23, p. 3.

¹⁶⁶ Idem, p. 4.

¹⁶⁷ Idem, p. 4/5.

¹⁶⁸ Evenals in de voorgaande passages van dit rapport beperken we ons hier tot een analyse van de discussies gevoerd over 429quater Sr. Discussies over mogelijke rechtvaardigingen zijn voornamelijk in die context gevoerd. Voorts ligt de strekking en het bereik van dit artikel het dichtst bij die van de Awgb. Vermeldenswaard is wel dat een voorgesteld artikel 137f Sr, waarin de rechtvaardigings-

Bovendien is er in kader van het strafrecht bijzondere aandacht voor de vraag of (voorwaardelijke) opzet tot discriminatie (door het OM) gesteld en bewezen zou moeten worden. Met name dit laatste punt wordt in de discussies over de keuze tussen onderscheid en discriminatie geregeld naar voren gebracht als een belangrijke reden om het begrip discriminatie niet te gebruiken in de context van de Awgb.¹⁶⁹ Reden om op deze plaats aandacht te besteden aan de vraag hoe dit vanuit strafrechtelijk perspectief is gezien.

Hoewel in 1990 tijdens de discussies over de wijziging van de terminologie meermalen wordt gesuggereerd dat bij de invoering van de term onderscheid in 1981 niets anders is bedoeld dan het verbieden van *ongerechtvaardigd* onderscheid, dat wil zeggen: het verbieden van discriminatie, blijkt uit de toelichting van de toenmalige minister van Justitie (De Ruiters) dat op dat moment wel degelijk een verschil in betekenis werd gehecht aan beide begrippen. “Als wij in dit artikel zouden zeggen ‘discrimineren wegens ras’ dan zou dat mijns inziens de mogelijkheid open laten, dat bepaalde vormen van onderscheid wegens ras niet discriminerend zouden zijn. Dat willen wij vermijden en daarom geloof ik dat de op zichzelf neutrale term ‘onderscheid maken’ met daarbij gevoegd de onjuist veronderstelde grond voor het onderscheid maken (cursivering door de auteurs), samen precies de lading dekt wat wij hierover willen zeggen.”¹⁷⁰ Een verbod om onderscheid te maken op een bepaalde grond, met andere woorden, laat minder ruimte voor het toelaten van (wettelijke) rechtvaardigingsgronden of uitzonderingsgronden dan een verbod op discriminatie. Voor zover er uitzonderingen bestaan moet de wetgever die uitdrukkelijk noemen, zoals ook in 1978 is gebeurd door de uitzondering van het voorkeursbeleid wegens ras in 429quater lid 2 op te nemen.

De vorm die de ‘uitzonderingen’ zouden moeten krijgen is voorwerp van veel discussie tijdens de behandeling van het wetsvoorstel van 1987. In beginsel kan dit op twee manieren: door een algemene ‘objectieve’ rechtvaardigingsclausule in de normstelling op te nemen of door met name genoemde ‘uitzonderingen’ te formuleren. In verband met de in artikel 429quater voorgestelde uitzonderingsbepaling en in verband met de vraag of indirecte discriminatie wel of niet onder deze strafbepaling zou vallen (en zo ja: wat dit dan zou inhouden)¹⁷¹ is in de wetgevingsgeschiedenis en in

grond van de vrijheid van meningsuiting was opgenomen, gedurende de behandeling van het w.o. is teruggetrokken. Uit het opnemen van deze rechtvaardigingsgrond zou namelijk a-contrario kunnen worden afgeleid dat andere grondrechten geen rol zouden kunnen spelen bij de vraag of in een concreet geval het discriminatieverbod is overtreden. Zie Handelingen II 27 maart 1990, 53-3056.

¹⁶⁹ Zie bijv. Cgb 2005, p. 32.

¹⁷⁰ De Ruiters, handelingen II 12 maart 1981. Als geciteerd door Scheltema-de Nie, handelingen II 21 juni 1990, p. 81-4567. Cursivering is door ons aangebracht omdat dit element in het geheel geen rol lijkt te spelen in de definitie van minister Hirsch Ballin.

¹⁷¹ Deze discussies zijn door Woltjer beschreven. Zie o.m. Woltjer 2002, p. 434, 439 en 443. Al in 1981 is (niet met zoveel woorden in de wet, maar in de MvA bij de toen voorliggende wetwijziging, aangegeven dat onder artikel 429quater ook indirecte discriminatie verboden was. Woltjer citeert de volgende passage uit de MvA bij w.o. 16 115 (nr. 5, p. 4): “Voor de strafbaarheid zullen voortaan niet meer bepalend zijn de strekking of het gevolg van de geïncrimineerde handeling, maar het enkele feit dat een verschil in behandeling wegens ras is vast te stellen.” Later (bij de bespreking van het wetsvoorstel van 1987 dat leidde tot de wetwijziging van 1991 (w.o. 20 239) is door de minister van Justitie verduidelijkt dat het niet alleen gaat om een handeling die direct onderscheid tot gevolg heeft, maar ook om onderscheid dat direct onderscheid tot gevolg kan hebben; het

de literatuur een discussie gevoerd over de vraag of kon worden volstaan met het noemen van enkele specifieke rechtvaardigingsgronden voor het maken van ‘onderscheid’ of dat een meer algemene (geschreven of ongeschreven) rechtvaardigingsgrond noodzakelijk was.¹⁷²

De minister acht het niet noodzakelijk om een *algemene rechtvaardigingsgrond* op te nemen door in de tekst van 429quater te bepalen dat ‘onderscheid zonder redelijke grond’ verboden was. Dit voorstel was afkomstig van Van der Neut en vond navolging in het Advies van de Raad van State bij het wetsvoorstel.¹⁷³ Volgens de regering is die toevoeging overbodig omdat onder onderscheid¹⁷⁴ nu al verstaan moet worden: ‘direct alsmede indirect onderscheid dat niet objectief gerechtvaardigd kan worden.’¹⁷⁵ Naar aanleiding van deze passage vraagt de fractie van het CDA zich af of niet beter consequent aangesloten kan worden bij het begrip discriminatie zoals dat in artikel 90quater is gedefinieerd, waar – aldus deze fractie – “wordt bedoeld niet gerechtvaardigd onderscheid maken.”¹⁷⁶ Woltjer is echter van mening dat behoudens de uitzondering van het tweede lid van 429quater ‘onderscheid maken’ in eerste instantie altijd ongerechtvaardigd was, maar nu door in artikel 429quater van discrimi-

gevolg moet dan wel redelijkerwijze voorzienbaar zijn. Zie MvA 20 239 nr 5, p. 4. Woltjer wijst er op dat de Minister hier de Conclusie van AG Leijten in de niet-Joodverklaring zaken heeft gevolgd. (Woltjer 2002, p. 437/8, nt. 103). Wij wijzen er op dat in de strafrechtelijke context het begrip indirect onderscheid of indirecte discriminatie een andere betekenis lijkt te hebben dan in de context van de gelijkebehandelingswetgeving. Het gaat echter het bestek van dit onderzoek te buiten dit verschil tot in de finesses te onderzoeken.

¹⁷² Specifieke uitzonderingen waren, zoals gezegd, voorzien in het tweede lid van 429quater. In het kader van het (inbegrepen) verbod op indirect onderscheid of indirecte discriminatie kwam naar voren dat in dat verband het noodzakelijk kan zijn om te onderzoeken of zich een objectieve rechtvaardigingsgrond voordeed. Dit was echter niet met zoveel woorden in de wet bepaald, derhalve een ongeschreven rechtvaardigingsgrond. Zie MvT 20 239, nr. 3, p. 6, als beschreven door Woltjer 2002, p. 439. Voor de volledigheid zij hier vermeld dat een voorontwerp van wetsvoorstel 20 239 in het tweede lid van artikel 429quater wel bepaalde dat het verbod op onderscheid niet van toepassing was op ‘(c) indirect onderscheid dat objectief gerechtvaardigd was’. Zie hierover Heikelen Verrijn Stuart, ‘Hypocrisie, cynisme en kwade trouw; seksdiscriminatie strafbaar’, in: *Nemesis*, 1987, pp 278–283, op p. 280. Waarom deze uitzondering niet is opgenomen in het wetsvoorstel dat uiteindelijk naar de Tweede Kamer is gestuurd konden we in het kader van dit onderzoek niet meer nagaan.

¹⁷³ Van der Neut 1986, p. 109–111. Zie op dit punt Woltjer 2002, p. 439 voetnoot 115. Wij zijn het niet eens met de conclusie van Woltjer dat Keulen & Wedzinga de juistheid van deze visie zouden hebben betwijfeld. Deze auteurs komen tot de conclusie dat de Minister de suggestie van de Raad van State niet op goede gronden heeft verworpen en dat een dergelijke clausulering van het discriminatieverbod in de praktijk zal werken als een bruikbare strafuitsluitingsgrond, welke ze prefereren boven de strafuitsluitingsgronden van het voorgestelde tweede lid van artikel 429quater, welke naar hun mening bij de rechter tot veel interpretatieproblemen aanleiding zullen geven. (Woltjer refereert hier aan B.F. Keulen & W. Wedzinga, ‘Discriminatie op grond van ras, geslacht of seksuele gerichtheid: enkele kanttekeningen bij wetsvoorstel 20 239’. In: *NJB* 1988, p. 1223–1230, op p. 1277.)

¹⁷⁴ Toen het wetsvoorstel 20 239 werd ingediend was de term onderscheid nog niet vervangen door discriminatie.

¹⁷⁵ Zie over deze passage en de vragen die dat opwierp bij de CDA-fractie Kamerstukken II 1987/88, 20 239 nr. 4, p. 24. Het is niet geheel duidelijk of in deze passage de regering bedoelde dat zowel bij direct als indirect onderscheid een rechtvaardiging naar voren gebracht kan worden of dat dit laatste alleen bij indirect onderscheid kan. Uit latere discussies lijkt het laatste bedoeld te zijn.

¹⁷⁶ Zie idem.

natie te spreken wel open zou staan voor een mogelijke (buitenwettelijke) rechtvaardiging.¹⁷⁷ Dit zou betekenen dat discriminatie een meer ‘open’ begrip is, dat met zich meebrengt dat van geval tot geval eerst moet worden getoetst of daarvan (in de zin van *ongerechtvaardigd* onderscheid) wel sprake is. Als eenmaal vastgesteld is dat daarvan sprake is, is er voor rechtvaardigingsgronden geen plaats meer. Dit lijkt inderdaad de strekking te zijn van de discussie over het vervangen van onderscheid door discriminatie. Via de introductie van het begrip discriminatie in de wet wordt aldus bereikt wat Van der Neut heeft voorgesteld: alleen onderscheid dat niet objectief kan worden gerechtvaardigd of dat zonder redelijke grond is, valt onder het verbod. Dit betekent, zoals ook in het debat met de Tweede Kamer werd gesignaleerd, dat de rechter van geval tot geval moet gaan beoordelen of het bestreden gedrag gerechtvaardigd is en geen houvast meer heeft aan door de wetgever aangedragen uitzonderingen of rechtvaardigingsgronden.¹⁷⁸

Opmerkelijk is dat de beide wetgevingsgebieden (het strafrecht en de gelijkebehandelingswetgeving) als aanvullend ten opzichte van elkaar worden gezien. In deze discussie wordt immers meermalen gesteld dat de rechter, bij het bepalen wat als objectieve rechtvaardigingsgrond kan gelden, zich zal (moeten) laten leiden door de uitzonderingen of rechtvaardigingsgronden die (expliciet) in de Awgb zullen komen te staan.¹⁷⁹ De mate van bescherming tegen discriminatie op grond van ras is door de wijziging in terminologie niet afgenomen, aldus de minister: “Onderscheid wegens ras is in principe altijd discriminatie, behalve in het geval van een gerechtvaardigde voorkeursbehandeling.”¹⁸⁰

In de tweede plaats vindt er een discussie plaats over de wenselijkheid om enkele *benoemde uitzonderingsgronden* in de strafwet op te nemen. Voor zover onderscheid wegens ras verboden is zijn uitzonderingen op het verbod op onderscheid niet goed denkbaar, aldus minister Hirsch Ballin. “Van onderscheid maken naar ras zeggen wij dat er bijna geen enkele situatie te verzinnen is waarin dat gebillijkt moet worden en waarin dat een gerechtvaardigd onderscheid is. (...) Op het moment dat je daarover begint te denken voel ik de twijfel al opkomen of zo’n onderscheid wel te maken is.”¹⁸¹ Nu echter bij het voorliggende wetsvoorstel ook andere gronden worden toe-

¹⁷⁷ Woltjer 2002, p. 439. Dat dit een juiste interpretatie lijkt te zijn blijkt uit de toelichting op de derde nota van wijziging waarin voorgesteld werd om in artikel 429quater het woord onderscheid te vervangen door discriminatie; het verbod van discriminatie zou inhouden een verbod van het maken van onderscheid zonder redelijke grond. Zie Kamerstukken II 1989/90, 20 239 nr. 15.

¹⁷⁸ Zie bijv. Swildens-Rozendaal, handelingen II 20 juni 1990, p. 80-4468. Dit ondanks dat bij de toelichting op de derde nota van wijzigingen wordt gesteld dat de rechter zich bij de vraag wat (objectieve) rechtvaardigingsgronden kunnen zijn, zal kunnen laten leiden door de uitzonderingsgronden die in de toekomstige Awgb zullen worden opgenomen. Zie Kamerstukken II 1989/90, 20 239 nr. 15. Dezelfde bezwaren zijn 15 jaar later weer te horen tegen het nieuwe tweede lid van artikel 429quater, waarmee discriminatie op grond van handicap aan de lijst met verboden gronden is toegevoegd. Zie daarover nader hieronder.

¹⁷⁹ Zie bijv. Swildens-Rozendaal, handelingen II 21 juni 1990, p. 81-4563.

¹⁸⁰ Idem. Het kamerlid Swildens-Rozendaal vat de opvatting van de minister aldus samen: “Het opnemen van de term ‘discriminatie’ in plaats van het kleurloze onderscheid in artikel 429quater en in 137g betekent (...) geen uitholling of zelfs maar een beperking van de strafrechtelijke bescherming van discriminatie (...)” Handelingen II 21 juni 1990, p. 81-4563.

¹⁸¹ Hirsch Ballin, handelingen II 21 juni 1990, p. 81-4571.

gevoegd aan artikel 429quater¹⁸², kan het begrip onderscheid niet worden gehandhaafd zonder dat er een aantal expliciet genoemde uitzonderingen worden opgenomen in de wet.¹⁸³ Dit geschiedde in eerste instantie dan ook in het tweede lid van 429quater.¹⁸⁴ Een catalogus van rechtvaardigingsgronden is naar de opvatting van de minister niet meer nodig als je het woord discriminatie, zoals dat in 90quater is gedefinieerd, gebruikt. Dit betekent volgens de minister dat kan worden “(...) voorkomen dat allerlei ‘onderscheid maken’, ongeacht redenen, context en dergelijke, abusievelijk voor discriminatie wordt aanzien.”¹⁸⁵

De minister van Justitie geeft in deze discussies aan dat de consequentie van het gebruik van de term onderscheid is, dat het nodig is om heel precies in de wet aan te geven welke uitzonderingen of rechtvaardigingen mogelijk zijn. Dit is niet meer nodig wanneer de term discrimineren wordt gebruikt: “Het gaat dus om discrimineren, niet om het maken van onderscheid *sec.* Dat is juist het verschil tussen de eerder gekozen formulering, die leidde tot een aantal uitzonderingsbepalingen, en de nu gekozen formulering. (...) Omdat de terminologie ‘onderscheid maken’ is gebruikt, is de vraag naar de gebezigde uitzonderingsbepalingen aan de orde. ‘Onderscheid maken’ is op zichzelf een neutrale term. Hij laat in het midden of de grond voor het onderscheid juist is of niet. Dat noopt dus tot een aanvullende bepaling als je wilt dat op bepaalde gronden het onderscheid wel mag worden gemaakt. Dat was oorspronkelijk het probleem inzake artikel 429quater, waarin die neutrale term ‘onderscheid maken’ ook werd gebruikt. Dat gaf dus aanleiding tot het opnemen van uitzonderingen. (...) Nu, na de nota van wijzigingen staat er ‘discrimineren’. Met de term ‘discrimineren’ brengen wij *bij het tot stand brengen van een wet met deze inhoud* (cursivering RH) tot uitdrukking dat het niet zomaar om elk onderscheid maken gaat, maar dat het gaat om een onderscheid maken met een bepaalde lading.”¹⁸⁶ Deze negatieve lading brengt mee dat vormen van onderscheid maken die niet tot achterstelling leiden niet onder het discriminatiebegrip kunnen vallen. “De term positieve discriminatie is een contradictie, althans in de juridische context.”¹⁸⁷ Deze uitzonderingsbepaling kan daarom vervallen.

In de brief waarin de minister nader uitlegt waarom ‘onderscheid maken’ in 429quater vervangen moest worden door ‘discrimineren’ benadrukt hij nogmaals het

¹⁸² Voorgesteld werd om toe te voegen geslacht en seksuele gerichtheid. Met name de laatste grond leverde veel discussie op. Zie bijv. B.F. Keulen & W. Wedzinga, ‘Discriminatie op grond van ras, geslacht of seksuele gerichtheid’, in: *NJB* 1988, afl. 34, p. 1223-1230. Bij Nota van Wijziging werden later nog de gronden godsdienst en levensovertuiging toegevoegd.

¹⁸³ “Als je daar andere gronden van ‘onderscheid maken’ aan toevoegt, zoals geslacht of godsdienst en levensovertuiging dan komt de vraag op of er toch niet bepaalde constellaties zijn waarin je moet zeggen dat dit onderscheid wel gerechtvaardigd is.” Hirsch Ballin, handelingen II 21 juni 1990, p. 81-4571.

¹⁸⁴ De daarin opgenomen ‘uitzonderingen’ behelsden de voorkeursbehandeling voor vrouwen en op grond van ras en de geslachtsbepaalde functies. Later is hier bij Nota van Wijziging aan toegevoegd een uitzondering voor maatregelen ter bescherming van zwangerschap en moederschap.

¹⁸⁵ Hirsch Ballin, handelingen II 21 juni 1990, p. 81-4571.

¹⁸⁶ Hirsch Ballin, handelingen II 28 maart 1990, 54-3091/92. Door de cursivering willen we benadrukken dat de minister deze uitspraak doet in het kader van de strafrechtelijke verbodsbepaling.

¹⁸⁷ Idem, p. 54-3092 en p. 3095/96. Verderop stelt de minister nog: “We kunnen natuurlijk doorgaan met het profileren van uitzonderingen op een slechte ondergrond, maar het is beter om de ondergrond te verbeteren.” (Idem, p. 54-3097.) Zie ook Kamerstukken II 1989/90, 20 239 nr. 23, p. 4.

verschil dat in dit opzicht met de gelijkebehandelingswetgeving bestaat: “Bovendien is het terrein van ambt, beroep of bedrijf zo groot en is het aantal gronden zo uitgebreid, dat het de vraag is of de thans in het artikel genoemde rechtvaardigingsgronden voor het strafrecht toereikend zijn. Anders ligt het bij de wetgeving gelijke behandeling mannen en vrouwen bij de arbeid en de komende Algemene wet gelijke behandeling, waar het verbod tot het maken van onderscheid zich richt tot bepaalde personen of organisaties. Daar kunnen de uitzonderingen op ieder specifiek verbod van onderscheid worden afgestemd.”¹⁸⁸

Deze redenering van de minister kan niet alle kamerleden overtuigen. Bij de (voortgezette) mondelinge behandeling betwijfelt met name het kamerlid Groenman of niet beter kan worden vastgehouden aan het begrip onderscheid met de bijbehorende benoemde rechtvaardigingsgronden omdat daarmee de rechtszekerheid over wat wel en niet toegestaan zou zijn in de overheidssector en in de commerciële sector zou zijn gediend.¹⁸⁹ Het verzet tegen de ‘vage term’ discriminatie in het strafrecht wordt tenslotte mee ingegeven door de angst dat het burgers onvoldoende rechtszekerheid biedt om vooraf te kunnen weten welk gedrag precies strafwaardig is.¹⁹⁰

Een facet van het strafrechtelijk optreden tegen discriminatie dat tenslotte niet onvermeld kan blijven is de vraag of het begrip zelf, zoals dat in deze context moet worden verstaan, altijd automatisch en dwingend met zich mee zou brengen dat opzet tot discriminatie moet worden bewezen. In de discussies daarover met de Tweede Kamer brengt de minister van Justitie tot uitdrukking dat dit naar zijn opvatting niet het geval is, althans zeker niet in de context van artikel 429quater, waar het gaat om een overtreding.

Opzet is geen vereiste bij een overtreding, hetgeen een van de redenen is om 429quater niet over te brengen naar de afdeling misdrijven in het Wetboek van Strafrecht.¹⁹¹ De minister motiveert dit nader door er op te wijzen dat onder deze verbodsbepaling ook indirecte discriminatie valt, waarvan vrijwel nooit de opzet tot benadeling valt te bewijzen. Opzet doet er echter ook bij directe discriminatie niet toe; het gaat uitsluitend om vaststelling van het discriminatoire gevolg van een regeling, (be)handeling of bejegening: “Het is echter toch van belang (...) om een handelwijze waarvan het tamelijk evident is dat die discriminatie als objectief gevolg

¹⁸⁸ Kamerstukken II 1989/90, 20 239, nr. 23, p. 3.

¹⁸⁹ Groenman, handelingen II 20 juni 1990, p. 80-4460. Van verschillende zijden wordt er, in navolging van een brandbrief van het Landelijk Bureau Racismebestrijding, op aangedrongen om – ook al wordt overgegaan tot het gebruik van het begrip discriminatie – tenminste de uitzonderingsbepaling ten aanzien van het voorkeursbeleid als tweede lid bij artikel 429quater te handhaven. Zie bijv. het interruptiedebat tussen Van Es en Hirsch Ballin, handelingen II 20 juni 1990, p. 80-4477/78 en het debat tussen Swildens-Rozendaal en de minister (idem, p. 80-44-98). Dit kamerlid acht handhaving van de uitzondering voor het voorkeursbeleid noodzakelijk omdat in de definitiebepaling van artikel 90quater het woord voorkeur voorkomt. Uitgesloten moet worden dat dit zo wordt begrepen dat voorkeursbehandeling die is gericht op het wegwerken van achterstanden strafbaar zou zijn. De minister spreekt op die plek – omwille van de duidelijke wetsgeschiedenis – uitdrukkelijk uit dat het gebruik van het woord voorkeur in deze definitie niets afdoet aan het diskwalificerende karakter van het discriminatiebegrip.

¹⁹⁰ Zie de discussies over de mogelijke inbreuk op het legaliteitsbeginsel in het kader van artikel 90quater, welke hierboven is besproken.

¹⁹¹ Zie de behandeling van wetsvoorstel 20 239, handelingen II 28 maart 1990, p. 54-3097.

heeft (...) zo nodig met het strafrecht te bestrijden.”¹⁹² Een tweede aanwijzing dat naar de opvatting van de minister opzet geen element van de delictsomschrijving is, is te vinden in een discussie over de vraag waarom de adjectieven kwetsend of grievend niet in artikel 90quater zijn opgenomen. Uit deze discussie valt af te leiden dat de minister dit geen bruikbare elementen vindt omdat naar zijn mening de vraag of er sprake is van discriminatie naar objectieve maatstaven moet worden beoordeeld. Het gekwetste gevoel van de (vermeend) gediscrimineerde persoon hoeft niet te worden bewezen, noch het discriminatoire motief of oogmerk dat de (vermeende) dader had.¹⁹³

In de literatuur wordt deze opvatting bestreden. Mijnsen verbindt aan het sterk (moreel geladen) negatief ingeleurde begrip discriminatie het gevolg dat altijd zal worden verlangd dat het OM bewijst dat iemand daadwerkelijk ‘zó’ is. Dat wil zeggen: dat de verdachte een persoon is die zich daadwerkelijk aan iets dergelijks kwalijks heeft schuldig gemaakt.¹⁹⁴ Een van de elementen van de delictsomschrijving waaruit deze auteur dit afleidt is het woord ‘wegens’ in artikel 429quater.¹⁹⁵ Mijnsen baseert zijn stelling dat opzet tot discriminatie wel degelijk een element is van de het te bewijzen delict (mede) op de analyse van de jurisprudentie tot dan toe. In het kader van het onderhavige evaluatieonderzoek waren wij niet in de gelegenheid om deze analyse te actualiseren. Echter, ook zonder een dergelijk nader onderzoek naar de strafrechtelijke jurisprudentie valt wellicht voorzichtig de conclusie te trekken dat de notie van discriminatie in de sfeer van het strafrecht juist door de sterk morele lading die dat begrip in die context heeft wel degelijk inhoudelijk verbonden is met ‘kwalijke’, dat wil zeggen: kwalijk te nemen!, zaken. Een aanwijzing dat dit het geval zou kunnen zijn, zou gelegen kunnen liggen in het feit dat vervolging wegens discriminatie in de sociaal economische sfeer slechts sporadisch voorkomt, zeker in relatie tot het aantal aangiftes wordt gedaan.¹⁹⁶ Nader onderzoek op dit punt is noodzakelijk, alvorens te kunnen concluderen welke inhoud het strafrechtelijke discriminatiebegrip in de praktijk precies heeft.

¹⁹² Handelingen II 28 maart 1990, p. 54-3097

¹⁹³ Zie Hirsch Ballin, handelingen II 21 juni 1990, p. 81-4571, herhaald op p. 81-4572/3.

¹⁹⁴ W.G.C. Mijnsen, ‘Discriminatie en strafrecht. De relevantie van de bedoeling en de betekenis van religie in zaken van discriminatie wegens ras.’ In: *NJB*, 1987, nr. 33, pp 1053-1058. “Door zwaar aan de bedoeling te tillen laat men goed zien – in het perspectief van goed versus kwaad – hoe erg discriminatie wel is en hoezeer men dat zelf ook vindt.” (p. 1055.) Met name de raadsman van een van racisme beschuldigd persoon zal er alles aan doen om aan te tonen dat zijn cliënt ‘zó’ niet is.

¹⁹⁵ Mijnsen, a.w., p. 1055. Discrimineren *wegens* ras veronderstelt een causaal verband tussen de be-handeling en de grond (in dit geval ras) dat altijd aangetoond moet worden. Als je dit element uitlegt als een vereiste dat opzet bewezen moet worden zou dat betekenen dat dit element in alle discriminatiezaken aan de orde is. Een meer beperkte uitleg van dit element is dat er alleen aangetoond moet worden dat het verboden criterium ofwel direct een rol heeft gespeeld bij de bestreden regeling of gedraging ofwel dat het (indirecte) gevolg van deze regeling of gedraging is dat bepaalde groepen van mensen worden gediscrimineerd. Mijnsen erkent dit door te stellen dat bij directe discriminatie de opzet eigenlijk veronderstelt mag worden. Bij indirecte discriminatie zou meer voor de hand liggen aan te tonen dat het ook de bedoeling was om het discriminerende effect te bereiken. In het EU-recht, daarentegen wordt juist bij indirecte discriminatie sterk geabstraheerd van de bedoeling. Zie daarover Ellis 2005, p. 104.

¹⁹⁶ Zie *Discriminatiebestrijding en rechtshandhaving*, Kamerstukken II 2005/06, 30 300 VI, nr. 26. Het aantal niet-vervolgelingen en septs is relatief hoog.

2.3.3.6 *Verbod discriminatie op grond van handicap*

Een laatste discussie, waaruit zou kunnen blijken wat moet worden verstaan onder het strafrechtelijk discriminatieverbod, is die welke is gevoerd naar aanleiding van het voornemen van de regering om discriminatie op grond van handicap in de reeds bestaande strafrechtelijke discriminatieverboden op te nemen als grond.¹⁹⁷ Aanvankelijk werd deze toevoeging beperkt tot de artikelen 137d tot en met 137f, dat wil zeggen dat de discriminatieverboden bij de uitoefening van een ambt, beroep of bedrijf van artikel 137g en 429quater niet met de grond handicap zouden worden uitgebreid. De reden die de regering hier voor geeft in de Memorie van Toelichting is dat niet wettelijk te begrenzen zou zijn wat eigenlijk ‘discriminatie’ oplevert als het om gehandicapten gaat. Met name zou het ondoenlijk zijn om vast te stellen of iets een verboden onderscheid is of een wezenlijke functievereiste. Verder zou het de vraag zijn of het nalaten van redelijke aanpassingen voor gehandicapten ook strafbare discriminatie oplevert.¹⁹⁸

Door middel van een amendement van de Kamerleden Rouvoet en Kalsbeek is deze aanvulling, althans wat artikel 429quater betreft, wel in het Wetboek van Strafrecht terechtgekomen.¹⁹⁹ Opvallend is echter wel dat dit niet is gebeurd, zoals bij de artikelen 137d tot en met f, in de vorm van het toevoegen van de woorden ‘personen met een lichamelijke, psychische of verstandelijke handicap’, maar dat deze vorm van discriminatie een apart tweede lid van artikel 429quater is neergelegd. Een tweede opvallend punt is dat in dit tweede lid het woord ‘discriminatie’ niet is gebruikt. Is hiermee inhoudelijk een ander verbod neergelegd in de wet dan dat wat geldt ten aanzien van de vijf in het eerste lid genoemde gronden?

Sinds 10 maart 2005 luidt het tweede lid van artikel 429quater als volgt:

“Met dezelfde straf wordt gestraft hij wiens handelen of nalaten in de uitoefening van een ambt, beroep of bedrijf *zonder redelijke grond*, ten doel heeft of ten gevolge kan hebben dat ten aanzien van personen met een lichamelijke, psychische of verstandelijke handicap de erkenning, het genot of de uitoefening op voet van gelijkheid van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden op politiek, economisch, sociaal of cultureel terrein of op andere terreinen van het maatschappelijk leven, wordt teniet gedaan of aangetast.”

Deze strafbepaling lijkt sterk op de definitiebepaling van discriminatie van artikel 90quater. Het verschil tussen dit begrip discriminatie en de woorden *zonder redelijke grond* wordt blijkbaar zo wezenlijk gevonden dat een afzonderlijke bepaling noodzakelijk werd geacht.

Het belang van deze discussie voor het onderwerp van dit onderdeel van de evaluatie van de Awgb is dat op deze wijze, zonder het woord onderscheid of het woord discriminatie te gebruiken, een nieuwe verbodsbepaling in het Nederlandse recht is opgenomen die – althans gedeeltelijk – dezelfde strekking heeft als het verbod op onderscheid in de WGBH/CZ en als het verbod op discriminatie in artikel 429quater lid 1. Toegevoegd is het element dat een ‘strafbaar handelen of nalaten’ ook daarin kan bestaan dat *nagelaten* is om voldoende rekening te houden met een

¹⁹⁷ Kamerstukken II 2001/02, 28 221, nrs 1–3.

¹⁹⁸ Kamerstukken II 2001/02, 28 221, nr. 3, p. 5.

¹⁹⁹ Kamerstukken II 2003/04, 28 221, nr. 14. Neergelegd in de Wet van 10 maart 2005, Stb 2005, 111.

bestaand verschil of met een bestaande ongelijkheid. Met andere woorden: het verbod op onderscheid of discriminatie gaat niet meer uitsluitend over ongelijke behandeling van (bij wet per definitie tot gelijk verklaarde) gelijke gevallen, maar gaat ook over situaties waarin nagelaten is doeltreffende aanpassingen te plegen die de gehandicapte in staat stellen op voet van gelijkheid te participeren.²⁰⁰ Juist omdat het gelijkheidsbeginsel in die context deze ruimere strekking heeft zou een discriminatieverbod niet op zijn plaats zijn.

In het kader van de civielrechtelijke gelijkebehandelingswetgeving is – bij wijze van implementatie van artikel 5 van de Kaderrichtlijn – in artikel 2 WGBH/CZ opgenomen dat het verbod op onderscheid mede inhoudt dat op degene tot wie dit verbod zich richt de plicht rust om naar gelang de behoefte doeltreffende aanpassingen te verrichten tenzij deze voor hem een onevenredige belasting vormen. Dezelfde constructie (onder discriminatie in de zin van artikel 90quater) moet tevens worden verstaan.... werd blijkaar voor het strafrecht niet mogelijk geacht.

In de toelichting op hun amendement schrijven Kalsbeek en Rouvoet onder meer:

“De strekking van het amendement is om alleen het maken van een ongerechtvaardigd onderscheid, uitsluiting, beperking of voorkeur tussen gehandicapten en niet-gehandicapten strafbaar te doen zijn. Het wezenlijke verschil in karakter tussen de “handicap” en de overige in artikel 429quater genoemde non-discriminatiegronden – namelijk dat om discriminatie van mensen met een handicap te voorkomen vaak juist onderscheid in behandeling noodzakelijk is – brengt met zich dat de strafbaarstelling van discriminatie wegens een handicap een nuancering behoeft. Er zijn omstandigheden denkbaar waarin een bepaald handelen of nalaten iemand op zichzelf binnen het bereik van de strafbaarstelling brengt, maar er voor dat handelen of nalaten een redelijke grond aanwezig is. Zo zou het disproportioneel kunnen zijn om van bijvoorbeeld een ondernemer te vergen dat hij door het treffen van voorzieningen waarborgt dat gehandicapten niet worden uitgesloten. Om die reden is in de strafbaarstelling in het voorgestelde tweede lid, waarbij nauwe aansluiting bij het “definitie-artikel” 90quater is gezocht, het element “zonder redelijke grond” opgenomen. De rechter zal van geval tot geval moeten beoordelen of van een redelijke grond sprake is.”

Voor zover in het kader van dit onderzoek viel na te gaan is niet ter discussie gesteld of deze nuancering wel nodig is; met andere woorden: of niet óók bij het gebruik van het begrip discriminatie telkens door de strafrechter nagegaan moet worden of het bestreden gedrag wel ‘ongerechtvaardigd’ is. Daarmee lijkt het er op dat men van mening is dat in geval van discriminatie er geen toets zou hoeven of moeten plaatsvinden of er een redelijke grond is voor de bestreden handeling.²⁰¹

²⁰⁰ Dat wil zeggen dat gehandeld is in strijd met de positieve verplichting om aanpassingen te treffen. Zie Kamerstukken I 2004/05, 28 221 E, p. 2.

²⁰¹ Dit kan ook gelezen worden uit de passage uit de nadere MvA aan de Eerste Kamer (Kamerstukken I 2004/05, 28 221 E, p. 2): “Naar mijn oordeel is het wenselijk dat bij deze laatste bepaling (bedoeld: artikel 429quater) alleen in het oog springende gevallen – dat wil zeggen gevallen waarin het buiten twijfel is dat er sprake is van strafbare discriminatie wegens handicap in het sociaal economisch verkeer – worden vervolgd.” De minister meent dat dit dus kan door substitutie van het woord discriminatie door de woorden ‘zonder redelijke grond’.

2.3.3.7 Conclusie paragraaf 2.3.3

Uit deze analyse van de discussies over de begrippen onderscheid en discriminatie in het strafrecht komt naar voren dat in deze context bewust gekozen is voor het gebruik van het begrip discriminatie, ook als het om horizontale verhoudingen in de sociaal-economische sfeer gaat. Dit begrip heeft op openlijke wijze een pejoratieve connotatie. De sterke afkeurenswaardigheid van discriminerend gedrag wordt door het feit dat het om een strafbepaling gaat extra onderstreept. Wat discriminatie is kan echter niet op voorhand vaststaan. Alleen in het geval van discriminatie wegens ras wordt gesteld dat iedere vorm van onderscheid, achterstelling, et cetera op voorhand verdacht is en dat eigenlijk geen rechtvaardigingen voor dergelijk gedrag denkbaar is. In alle andere gevallen zal de rechter moeten uitmaken of de bestreden regeling, (be)handeling of bejegening werkelijk discriminerend was. Dat wil zeggen dat mogelijke rechtvaardigingsgronden onverbrekkelijk onderdeel uitmaken van de vraag naar de strafwaardigheid van het bestreden gedrag. De wetgever heeft er voor gekozen om niet een systeem te volgen van benoemde uitzonderingen op het discriminatieverbod, maar heeft – door discriminatie te definiëren als onderscheid zonder redelijke grond – een open systeem geïntroduceerd. In het kader van de opname van handicap in artikel 429quater is een afzonderlijke, nieuwe verbodsbepaling geformuleerd waarin noch het woord onderscheid noch het woord discriminatie wordt gebruikt. Daaruit kan worden geconcludeerd dat de Nederlandse wetgever in de strafrechtelijke context deze beide begrippen zo (restrictief) uitlegt dat onder deze beide begrippen uitsluitend ongelijke behandeling van gelijke gevallen wordt verstaan, niet (mede) het (on)gelijk behandelen van ongelijke gevallen ter bereiking van meer feitelijke gelijkheid.²⁰² Het element ‘zonder redelijke grond’ dat impliciet aanwezig was in het begrip discriminatie is in dit nieuwe tweede lid van 429quater expliciet verwoord.

Samenvattend komt uit deze discussie het beeld naar voren dat discriminatie in de strafrechtelijke context behelst:

- een aantasting of teniet doen van door het recht beschermde persoonlijke waardigheid van mensen of van fundamentele rechten of een belemmering in het maatschappelijk functioneren
- het bestaan van een willekeurigheidselement,
- het ontbreken van een objectieve en redelijke rechtvaardiging,
- het bestaan van een bepaalde grond of een bepaald motief voor het gedrag, gekoppeld aan in de wet benoemde kenmerken van mensen (ras, godsdienst, geslacht, et cetera).²⁰³

Te constateren valt dat een aanzienlijke mate van overeenstemming bestaat tussen deze kenmerken en de wijze waarop in de context van het gelijkebehandelingsrecht (de Awgb, zie hierboven) over discriminatie wordt gesproken. Het verschil is dat de toenmalige minister van Justitie veel waarde hecht aan het willekeurigheidselement dat met deze bepalingen bestreden dient te worden. In het geval van de Awgb is bo-

²⁰² Zie voor een beknopte uiteenzetting van het verschil tussen een formele en een materiële gelijkheidsbenadering par. 1.3..

²⁰³ Betwist is of discriminatie in de strafrechtelijke context onverbrekkelijk is verbonden met een element van opzet of bedoeling om te discrimineren. Zie hierboven, par. 2.3.3.5.

vendien de systematiek zodanig dat er van uitgegaan wordt dat onderscheid op bepaalde gronden en bepaalde terreinen altijd een rechtvaardiging ontbeert, tenzij de wet zelf aangeeft dat er een uitzondering op het verbod bestaat (gesloten systeem). Dit is uitdrukkelijk niet het geval bij het straffrechtelijk discriminatieverbod.

2.4 *Korte samenvatting en voorlopige conclusies*

In dit hoofdstuk bespreken we welke inhoud de begrippen onderscheid en discriminatie in het Nederlandse recht hebben. Het woord ‘hebben’ suggereert dat deze inhoud eens en vooral vast te stellen zou zijn. Als er echter iets is wat het onderzoek heeft duidelijk gemaakt is het wel dat het bijzonder moeilijk is de vinger te leggen op deze betekenissen. De lijstjes met ‘kenmerken’ die we aan het eind van elke paragraaf presenteren zijn daarom alleen te beschouwen als even zovele indicaties van wat er *ongeveer* bedoeld wordt wanneer deze begrippen in een bepaalde juridische context worden gebruikt.

Uit een analyse van overeenkomsten en verschillen tussen deze lijstjes zijn wel enkele voorlopige tentatieve conclusies te trekken:

- a. Er is vrijwel geen discrepantie tussen het algemene taalgebruik en het juridische taalgebruik met betrekking tot het begrip discriminatie en discrimineren; dat wil zeggen dat in beide contexten deze begrippen een sterk pejoratieve lading hebben. In de juridische context krijgt die negatieve lading uitdrukking in het feit dat discriminatie verbonden is met onderscheid op bepaalde ‘verdachte’ gronden en met een behandeling of bejegening op een wijze die de menselijke waardigheid zou aantasten. Een zelfde mate van overeenstemming tussen algemeen taalgebruik en juridische taalgebruik bestaat ten aanzien van het begrip onderscheid. In kale zin (dat wil zeggen, zonder direct daaraan gekoppelde nadere kwalificaties) wordt onderscheid echter niet gebruikt in het recht.
- b. In de context van de Awgb is onderscheid de wettelijke term. Tegelijk wordt in het discours over dit wettelijk verbod veelvuldig over ongelijke behandeling en discriminatie gesproken.²⁰⁴ Deze termen zijn echter niet synoniem met onderscheid. Onderscheid wordt echter vrijwel nooit kaal gebruikt. Het wordt direct juridisch gekwalificeerd als ‘verboden onderscheid’ of ‘ongerechtvaardigd onderscheid’. In deze zin wordt geregeld gesteld dat onderscheid en discriminatie wel synoniem zouden zijn.
- c. Het gebruik van het begrip discriminatie in de context van de Awgb, de grondwet en het strafrecht verschilt onderling. De grootste mate van overeenstemming is er wat betreft de inhoud van discriminatie in de Awgb-context en in de straffrechtelijke context; de inhoud van het begrip discriminatie in de grondwettelijke context is daarmee vergeleken aanzienlijk ruimer en vager.

In hoofdstuk 4 zullen we deze voorlopige conclusies afzetten tegen onze bevindingen ten aanzien van de inhoud van deze begrippen in het Europese en het internationale recht, waaraan het nu volgende hoofdstuk is gewijd.

²⁰⁴ Het begrip ongelijke behandeling hebben we in het kader van dit onderzoek buiten haakjes geplaatst. Zie daarvoor de Inleiding (hft. 1.)

Hoofdstuk 3

‘Discriminatie’ in Europees en internationaal recht

In dit hoofdstuk bespreken we waar het woord discriminatie wordt gebruikt in het EU-recht en in het internationale (verdrags)recht en welke betekenis deze term daar heeft. Dit alles wordt hier slechts in grote lijnen geschetst. Voor een gedetailleerde analyse verwijzen we naar de juridische literatuur ter zake.²⁰⁵

We beginnen met een beknopt overzicht van discriminatieverboden in internationale verdragen. Daarna wenden we ons tot het Europese recht terzake, waarin we met name aandacht besteden aan de definities die worden gegeven in de recente richtlijnen op het terrein van gelijke behandeling.²⁰⁶

3.1 Internationale verdragen

In internationale verdragen komen legio bepalingen met betrekking tot het gelijkheidsbeginsel en discriminatieverboden voor.²⁰⁷ De bekendste bepalingen zijn die van artikel 2 van de Universele Verklaring van de rechten van de mens, artikel 14 van het EVRM²⁰⁸ en artikel 2 lid 1 en 26 van het IVBPR. Daarnaast zijn er verdragen die zien op het bestrijden van discriminatie op bepaalde gronden (zoals het Rassenverdrag en het Vrouwenverdrag), of die zien op bepaalde terreinen (zoals het ILO-Verdrag inzake gelijke beloning of het UNESCO-Verdrag inzake bestrijding van discriminatie in het onderwijs).²⁰⁹ In deze bespreking concentreren we ons op de betekenis van het begrip discriminatie in de algemene discriminatieverboden in het IVBPR en het EVRM en op het Rassenverdrag en het Vrouwenverdrag.

3.1.1 Het IVBPR en het EVRM

In de Engelse en Franse bronteksten van internationale non-discriminatiebepalingen komen naast en door elkaar heen de begrippen *distinction* en *discrimination* voor. In de Nederlandse vertalingen daarvan wordt *discrimination* in de meeste gevallen vertaald met discriminatie, maar niet altijd. Zo is voor het begrip *discrimination* in de Engelse tekst van artikel 14 EVRM – wellicht in aansluiting bij het gebruik van het woord *distinction* in de Franse tekst – in de Nederlandse tekst het woord onderscheid gebruikt. Ook in de vertaling van lid 1 van het 12 Protocol bij het EVRM is gekozen voor het begrip onderscheid (terwijl er in de Engelse en Franse versie *discrimination* staat.) Dit in tegenstelling tot de vertaling van artikel 1 lid 2 van dit Protocol, waarin

²⁰⁵ Op elk van deze terreinen zijn handboeken geraadpleegd. Verder verwijzen we graag naar Gerards 2002, Woltjer 2002, Burri 2000 en Tobler 2005, die elk een schat aan jurisprudentie en literatuur bespreken.

²⁰⁶ Zie voetnoot 3.

²⁰⁷ Hier past eenzelfde kanttekening als bij de bespreking van artikel 1 GW: Een aspect waar wij ons terdege van bewust zijn, maar waar we omwille van de beperkte tijd en ruimte voor dit onderzoek geen aandacht aan konden besteden, is het feit dat deze internationale bepalingen in eerste instantie zijn ontworpen voor verticale relaties, dat wil zeggen: tussen overheid en burgers. Het effect dat daarvan uitgaat op de concrete invulling die aan de discriminatieverboden is of wordt gegeven is een nadere studie waard.

²⁰⁸ We beperken ons hier tot dit verdragsartikel; dat wil zeggen dat we aan het 12^e Protocol bij het EVRM niet afzonderlijk aandacht besteden.

²⁰⁹ Rassenverdrag: Trb 1967, 48, Vrouwenverdrag: Trb 1981, 61; ILO Verdrag Gelijke Beloning, Trb 1952, 45; Unesco-Verdrag bestrijding van discriminatie in het onderwijs, Trb 1964, 69.

weer wel gesproken wordt van discriminatie.²¹⁰ Ook in de vertalingen van het Rasenverdrag en het Vrouwenverdrag is het begrip *discrimination* opgenomen en in ‘discriminatie’ vertaald.²¹¹

Het verschil tussen het neutraler klinkende *distinction* en het meer pejoratief klinkende *discrimination* is (heel toepasselijk!) door het Europese Hof van de Rechten van de Mens aan de orde gesteld in de Belgische taalzaken.²¹² Het EHRM maakt daarin duidelijk dat het niet de bedoeling is om ieder onderscheid te verbieden en legt daarbij uit dat de uitdrukking in de Franse versie van artikel 14 EVRM (*sans aucun distinction*) gelezen moet worden in het licht van de meer restrictieve tekst van de Engelse versie (*without discrimination*). De Franse tekst zou kunnen leiden tot een interpretatie van artikel 14 dat iedere vorm van onderscheid verboden is. Er zijn echter, aldus het Hof, ook ongelijke gevallen die om een ongelijke behandeling vragen. En voorts bestaan er juridische ongelijkheden die bedoeld zijn om feitelijke ongelijkheden te corrigeren. Ook dat laatste valt volgens het Hof in deze zaak niet onder het verbod van artikel 14 EVRM.

In de juridische literatuur over de algemene internationale non-discriminatieverboden is het feit dat niet consequent dezelfde terminologie wordt gehanteerd als het om de Franse en Engelse bronteksten gaat eveneens ter discussie gesteld. Zo stelt Lanquetin, in navolging van Bosshuyt, dat “(...) depuis l’Affaire linguistique, la terminologie est fixée. Le terme de distinction est neutre celui de discrimination est ‘non justifiée’. Bosshuyt ajoute : ‘ce terme de discrimination a acquis un sens nettement péjoratif dans le droit international actuel.’ C’est devenu une question de fond.”²¹³ Een fundamentele kwestie, dus, die nu ook in verband met de Nederlandse gelijkebehandelingswetgeving (weer) is opgedoken.

Niettegenstaande het gebruik van het neutrale begrip *distinction* in sommige verdrags teksten moet derhalve op grond van de jurisprudentie en de academische discussies worden aangenomen dat niet ieder maken van onderscheid onder het mensenrechtelijke discriminatieverbod valt. Op de volgende wijze is afgebakend welke vormen van ongelijke behandeling of onderscheid wel en niet onder het discriminatieverbod vallen:

Om te beginnen is het verbod op onderscheid of discriminatie in het internationale recht altijd gekoppeld aan bepaalde gronden, hoewel de lijst met gronden niet altijd limitatief is opgesomd en hij soms eindigt in een zeer open clause, zoals in het geval

²¹⁰ Trb. 2001, 18. Zie ook Kamerstukken II 2001/02, 28 100 (R. 1705) A, Advies Raad van State en van het Koninkrijk en Nader rapport, p. 2.

²¹¹ Hiervoor (par. 2.2.) hebben we al gezien dat ook in het kader van het Europese recht de vertaling soms niet spoort. Zo is de consequentie van het vertalen van *discrimination* uit de Richtlijn gelijk loon in onderscheid geweest dat de Nederlandse gelijkebehandelingswetgeving dit laatste begrip is gaan gebruiken.

²¹² *Belgian Linguistic case*, Judgement of 23 July 1968, Series A, No. 6. Wij hebben de uitspraak hier geparafraseerd zoals deze is weergegeven in Jacobs & White 2002, p. 350.

²¹³ Lanquetin, in een notitie geschreven op ons verzoek. Zij verwijst daarbij naar de volgende bronnen: Marc Bossuyt, *L’interdiction de la discrimination dans le droit international des droits de l’Homme*, ed Bruylant 1976; Lochak 1987, p. 778; Marie Thérèse Lanquetin, ‘La notion de discrimination en droit international et droit communautaire’, *Droit Social* 1988, p.806.

van artikel 2 lid 1 IVBPR en artikel 14 EVRM.²¹⁴ In de tweede plaats is aangegeven dat alleen ongerechtvaardigd onderscheid verboden is. Dat betekent dat van geval tot geval moet worden bekeken of een behandeling of een regeling waarbij onderscheid op bepaalde gronden wordt gemaakt (of, zoals het meestal wordt uitgedrukt: ongelijke behandeling plaatsvindt) wel of niet objectief gerechtvaardigd kan worden.²¹⁵ Loenen verwoordt dit als volgt: “Zowel onder artikel 26 IVBPR als onder artikel 14 EVRM wordt beoordeeld of een gemaakt onderscheid berust op ‘objectieve en redelijke gronden’. Het EHRM vult dit iets nader in door te eisen dat het onderscheid een ‘legitimate aim’ moet nastreven en dat er een ‘reasonable relationship of proportionality between the means employed and the aim sought to be realised’ bestaat.”²¹⁶ Naast een inperking is er in zeker opzicht ook sprake van een uitbreiding. In het algemeen wordt aangenomen dat het bij de algemene discriminatieverboden in het internationale recht gaat om een verbod van ongelijke behandeling van gelijke gevallen. Uit de door het EHRM gekozen voorbeelden in de Belgische taakzaak kan echter al worden afgeleid dat – in elk geval als het gaat om de interpretatie van artikel 14 EVRM – het discriminatieverbod niet uitsluitend daarop ziet. Het Hof erkent namelijk in die zaak dat bepaalde juridische ongelijkheden er op gericht zijn om feitelijke ongelijkheden te corrigeren. Dergelijke vormen van ongelijke behandeling worden niet door het discriminatieverbod getroffen. Dat het discriminatieverbod ook kan *eisen* dat ongelijkheden worden gecompenseerd door bepaalde (ongelijke) maatregelen heeft het Hof erkend in de zaak *Thlimmenos*.²¹⁷

De norm van zowel artikel 26 IVBPR als artikel 14 EVRM is ‘open’, in die zin dat niet is gedefinieerd wat precies ‘discriminatie’ oplevert.²¹⁸ “Beide artikelen komen er in de kern op neer dat zij ongelijke behandeling verbieden wanneer daarvoor geen voldoende rechtvaardiging bestaat. Beide bepalingen hebben daardoor een open karakter en laten de rechter veel vrijheid bij de beoordeling of een ongelijke behande-

²¹⁴ Helemaal open is het echter niet omdat het EHRM heeft bepaald dat het onderscheid gemaakt moet zijn op grond van kenmerken die met de persoon van de klager te maken hebben. Het Hof heeft het in dat verband over ‘a personal characteristic by which persons or groups are distinguishable from each other.’ Zie EHRM 7 december 1976, *Kjeldsen e.a. t. Denemarken*, *Series A*, vol. 23, par. 56, als aangehaald in Gerards 2004, p. 183.

²¹⁵ In dat opzicht wordt door sommige commentatoren een onderscheid gemaakt tussen een zwakke en een sterke bescherming door een verschil in de wijze van toetsing, zie bijv. Jacobs & White 2002, p. 351. In het eerste geval kan de ‘discriminatie’ worden gerechtvaardigd door het doel van de regeling, in het tweede geval is alleen ongelijke behandeling mogelijk als er daadwerkelijk verschillen bestaan die om een ongelijke behandeling vragen. Het EHRM lijkt de zwakke variant aan te hangen, in elk geval in de Belgische Taakzaak.

²¹⁶ Loenen 1994, p. 11/12. De auteur verwijst hier naar de uitspraak van het EHRM van 28 mei 1985 in de zaak *Abdulaziz*, NJ 1988, 187, r.o. 72. De eisen kunnen ook worden gelezen in de Belgische taalzaak (zie hiervoor), r.o. 10. Zie ook E.A. Alkema & A.C. Rop, a.w..

²¹⁷ *Thlimmenos vs Greece* (App. 34369/97), Judgement of 6 April 2000; (2001) 31 EHRR 411. Zie voor een beschouwing over de betekenis van het gelijkheidsbeginsel in het EVRM in relatie tot andere grondrechten Wilhelmina Thomassen, ‘Samenleven met verschillen’, in: Holtmaat 2004a, p. 121-137.

²¹⁸ De term ‘open’ wordt hier gebruikt als tegenhanger van een systeem waarbij de wetgever precies aangeeft wat wel en niet kan doorgaan als een legitieme rechtvaardiging voor het maken van onderscheid. Een dergelijk gesloten systeem bestaat in het Europese recht en in het nationale gelijke behandelingsrecht.

ling toelaatbaar is.”²¹⁹ Zoals gezegd gaat de rechter over het algemeen terughoudend om met deze beoordeling, in die zin dat nogal wat ruimte wordt gelaten aan overheden om te differentiëren, mits daarvoor maar een redelijke grond wordt aangevoerd. Deze ruime marge heeft ongetwijfeld mede zijn oorzaak in het feit dat deze verdragsrechtelijke normen eerst en vooral beoogd zijn als verticaal werkende bepalingen.²²⁰ De mate van striktheid van de toets verschilt naar gelang er een meer verdachte grond aan de orde is. In geval van discriminatie op grond van geslacht, buitenechtelijke geboorte, nationaliteit, godsdienst en seksuele oriëntatie geldt dat het EHRM een ‘very weighty reasons’ test uitvoert.²²¹ Indien deze test toepasselijk wordt geacht door het Hof blijkt het vrijwel onmogelijk te zijn om de ongelijke behandeling te rechtvaardigen.²²²

De discriminatieverboden van het IVBPR en het EVRM geven – behalve dat er een causaal verband nodig is tussen de discriminatie of het onderscheid en een in de lijst opgenomen bepaalde grond en behalve dat het zowel om ongerechtvaardigde gelijke behandeling van gelijke gevallen als ongerechtvaardigde (nagelaten) ongelijke behandeling van ongelijke gevallen kan gaan – niet nader aan welk soort van ‘behandeling’ verboden is. Deze discriminatieverboden eisen bijvoorbeeld niet dat er bepaalde belangen of rechten geschonden moeten zijn of dat er een bepaald nadeel moet zijn opgetreden. Ook eisen ze niet dat de ‘discriminatie’ of het ‘onderscheid’ (ook) een inbreuk op de mensenrechten zou moeten inhouden.²²³ Ook in die zin is het discriminatieverbod in deze verdragsbepalingen neutraal of open geformuleerd.²²⁴

Ook de Nederlandse rechter moet zich geregeld uitspreken over het discriminatieverbod van met name artikel 26 IVBPR. De inhoud van deze jurisprudentie komt in grote lijnen overeen met die welke hierboven is beschreven.²²⁵

3.1.2 *Het Vrouwenverdrag en het Rassenverdrag*

De discriminatieverboden in het Vrouwenverdrag en het Rassenverdrag leggen uitdrukkelijk wel een relatie tussen de ongelijkheid of ongelijke behandeling en

²¹⁹ Gerards 2002, p. 517, voetnoot 19.

²²⁰ Dit geldt zeker voor het 12^e Protocol bij het EVRM. Zie Kamerstukken II 2001/02, 28 100 (R) 1705), nrs 129 en 1, p. 4.

²²¹ Zie Gerards 2004, p. 184 e.v. De grond ras ontbreekt in dit rijtje, waarschijnlijk omdat het Hof daarover geen zaken voorgelegd gekregen heeft.

²²² Zie voor een gedetailleerde analyse van de wijze waarop het EHRM toetst Gerards 2004, p. 188 e.v.

²²³ Dit is wat onduidelijk in het geval van artikel 14 EVRM, waarvan het accessoire karakter zou kunnen duiden op de bedoeling om alleen die vormen van discriminatie verboden te laten zijn welke leiden tot een schending van de in het Verdrag beschermde mensenrechten. Zie over deze kwestie Van Dijk en Van Hoof, *De Europese Conventie in theorie en praktijk*, 1982, p. 452, zoals besproken door het lid van de RPF in de behandeling van het wetsvoorstel 20 239 (Kamerstukken II 1987/88, 20 239, nr. 4, p. 20). Door aanname van het 12^e Protocol heeft het discriminatieverbod onder dit Verdrag zeker een algemene strekking gekregen en is de band met de bescherming van de mensenrechten in die zin doorgesneden. Zie hierover ook Gerards 2004, p. 178.

²²⁴ Het verschil is echter niet zo erg groot wanneer men bedenkt dat het Mensenrechtencomité van de Verenigde Naties in General Comment nummer 18 in een commentaar op artikel 26 IVBPR een omschrijving van discriminatie heeft gegeven die nadrukkelijk aansluit bij de omschrijvingen in het Rassenverdrag en het Vrouwenverdrag. Zie hierover ook Loenen 1994, p. 10.

²²⁵ Zie voor een beknopte beschrijving van deze jurisprudentie hoofdstuk 4 van deel 2 van dit evaluatierapport.

de inbreuk die daarmee wordt gemaakt op de mensenrechten. In het Vrouwenverdrag is gedefinieerd dat onder discriminatie moet worden verstaan:

“elke vorm van onderscheid, uitsluiting of beperking op grond van geslacht die tot gevolg of tot doel heeft de erkenning, het genot of de uitoefening door vrouwen van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden op politiek, economisch, sociaal of cultureel gebied, op het terrein van burgerrechten of welk ander gebied dan ook, ongeacht hun huwelijkse staat, op de grondslag van gelijkheid van mannen en vrouwen aan te tasten of teniet te doen.”

In het Rassenverdrag is een vergelijkbare definitie van discriminatie te vinden. Uit deze definities volgt dat alle mogelijke bejegeningen of (be)handelingen onder dit begrip vallen en dat er een koppeling is met bescherming van de mensenrechten. Omdat er niet of nauwelijks rechterlijke uitspraken zijn die nader invulling geven aan wat deze discriminatieverboden precies inhouden²²⁶ zijn we voor een interpretatie daarvan vooral aangewezen op wat de toezichthoudende comités bij beide verdragen aan invulling geven aan deze begrippen. Behalve dat duidelijk wordt gemaakt dat zowel directe als indirecte discriminatie er onder valt en dat het begrip zich ook uitstrekt tot de privé-sfeer²²⁷ en tot het fenomeen van geweld tegen vrouwen²²⁸, is er van de zijde van het CEDAW-Comité weinig helderheid verschaft over wat ‘discriminatie’ in het kader van het Vrouwenverdrag precies inhoudt.²²⁹ Wel is zoveel duidelijk dat het discriminatieverbod uit dit verdrag moet worden uitgelegd tegen de achtergrond van de doelstelling daarvan. Dat doel houdt een driedelige opgave aan de overheid in: het uitbannen van directe en indirecte discriminatie in recht en regelgeving, het bevorderen van een daadwerkelijke gelijke maatschappelijke positie van vrouwen en het bestrijden van seksstereotypen. Dat wil zeggen: het Verdrag richt zich niet alleen op gelijke behandeling van gelijke gevallen, maar ook op het nalaten van ongelijke behandeling waar vrouwen niet daadwerkelijk in een gelijke positie zijn en op het bestrijden van zogenoemde systeemdiscriminatie.²³⁰

Holtmaat heeft gesteld dat het discriminatiebegrip van het Vrouwenverdrag zich van het in het Europese recht gangbare begrip van seksdiscriminatie onderscheidt doordat het asymmetrisch is – dat wil zeggen: alleen discriminatie van vrouwen verbiedt –

²²⁶ Wij drukken ons hier vaag uit omdat we in het kader van het onderzoek niet de tijd en de ruimte hadden om dit precies na te gaan.

²²⁷ Zie hiervoor het rapport van de eerste nationale rapportagecommissie over het VN-Vrouwenverdrag: Groenman, Van Vleuten, Holtmaat, Van Dijk & De Wildt, ‘Het Vrouwenverdrag in Nederland anno 1997; Verslag van de rapportagecommissie Internationaal Verdrag tegen Discriminatie van Vrouwen’. Min. SZW, Den Haag 1997, hoofdstuk 2.

²²⁸ Zie I. Boerefijn, M.M. van der Liet-Senders & T. Loenen. *Het voorkomen en bestrijden van geweld tegen vrouwen; een verdiepend onderzoek naar het Nederlandse beleid in het licht van de verplichtingen die voortvloeien uit het Vrouwenverdrag*. Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid, Den Haag 2000.

²²⁹ Deze opvattingen zijn samengevat in de eerste nationale rapportage over de implementatie van het Vrouwenverdrag. Zie Groenman, Van Vleuten, Holtmaat, Van Dijk & De Wildt, ‘Het Vrouwenverdrag in Nederland anno 1997; Verslag van de rapportagecommissie Internationaal Verdrag tegen Discriminatie van Vrouwen’. Uitg. Min. SZW Den Haag 1997, hoofdstuk 2.

²³⁰ Deze invulling is uitdrukkelijk verwoord in General Recommendation nr 25 van het CEDAW-Comité. Zie ook Rikki Holtmaat, ‘Naar *ander* recht en beleid; de betekenis van artikel 5a VN-Vrouwenverdrag voor het uitbannen van structurele genderdiscriminatie’. Uitgave Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid Den Haag / Reed Business Information Doetinchem, 2004.

en doordat het een meer inhoudelijke invulling heeft dan het EU-recht omdat er een verband wordt gelegd met schending van mensenrechten van vrouwen.²³¹ Voorts zou het element van de vergelijkbaarheid (met de situatie van mannen) in de definitie van het Vrouwenverdrag ontbreken.²³² Tenslotte zou in het Vrouwenverdrag geen discussie mogelijk zijn over de vraag of een formeel of (ook) een materieel gelijkheidsconcept ten grondslag ligt aan het daarin vervatte discriminatieverbod.²³³

Het Comité dat toezicht houdt op het Rassenverdrag heeft in 1993 in General Recommendation XIV gesteld dat “ a differentiation of treatment will not constitute discrimination if the criteria for such differentiation, judged against the objectives and purposes of the Convention, are legitimate or fall within the scope of article 1, paragraph 4, of the Convention. In considering the criteria that may have been employed, the Committee will acknowledge that particular actions may have varied purposes. In seeking to determine whether an action has an effect contrary to the Convention, it will look to see whether that action has an unjustifiable disparate impact upon a group distinguished by race, colour, descent, or national or ethnic origin.”²³⁴

Over de betekenis van het begrip discriminatie in het Rassenverdrag is ons geen juridisch onderzoek bekend.²³⁵ Rodrigues is van mening dat de betekenis van artikel 1 van het Rassenverdrag wel eens anders van inhoud zou kunnen zijn dan de definitie van discriminatie in de Europeesrechtelijke context.²³⁶ Omzetting van de bepalingen van het Rassenverdrag in het Nederlandse recht kan daarom volgens deze auteur op punten tot met de EG-richtlijnen strijdige bepalingen in het strafrecht leiden.²³⁷ Als

²³¹ Daaruit kan niet de conclusie worden getrokken, zoals wel eens wordt gedaan (zie bijv. de RPF fractie tijdens de behandeling van wetsvoorstel 20 239; Kamerstukken II 1987/88, 20 239 nr. 4, p. 21) dat het discriminatieverbod in deze verdragen geheel ‘subsidiar’ zou zijn; dat wil zeggen dat ruimte zou zijn voor het geheel buiten toepassing laten van het non-discriminatiebeginsel zodra er andere grondrechten in het geding zijn.

²³² R. Holtmaat, ‘European Women and the CEDAW-Convention: The way forward’. In: *L’égalité entre femmes et hommes et la vie professionnelle; Le point sur les développements actuels en Europe*. Edition Dalloz, Paris, 2003, p. 153-174.

²³³ Zie Rikki Holtmaat & Christa Tobler, ‘CEDAW and the European Union’s Policy in the Field of Combating Gender Discrimination’, *Maastricht Journal of European and Comparative Law* 2005, Special issue: Thirty Years of EU Sex Equality Law (compiled and guest-edited by Tamara Hervey), 399-425.

²³⁴ Zie [http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/\(Symbol\)/d7bd5d2bf71258aac12563ee004b639e?](http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/(Symbol)/d7bd5d2bf71258aac12563ee004b639e?OpenDocument) Open-document Met dank aan Peter Rodrigues voor deze vindplaats.

²³⁵ In de juridische literatuur is veel te vinden over wat ‘ras’ precies inhoudt (zie bijv. Woltjer 2002, p. 387 e.v.); daarentegen konden wij geen publicaties vinden waarin het begrip discriminatie wordt besproken. De enige rechtelijke uitspraak die Woltjer bespreekt waarbij ingegaan is op het element discriminatie als zodanig is die van Rb Zwolle 6 februari 1986 (Centrumpartij). De Rb overweegt daarbij ondermeer dat het moet gaan om het aandringen op een ongelijke behandeling waarbij de eigenwaarde van buitenlanders als groep wordt aangetast, waarbij die groep in diskrediet wordt gebracht of wanneer tussen verschillende groepen buitenlanders ongerechtvaardigd onderscheid wordt gemaakt. (Woltjer 2002, p. 388). Het verdient aanbeveling om een systematisch onderzoek te (laten) doen naar de wijze waarop het begrip discriminatie uit het Rassenverdrag zowel door het CERD-Comité als door Nederlandse rechters wordt uitgelegd.

²³⁶ Rodrigues 2002.

²³⁷ Rodrigues 2002. Als voorbeelden noemt de auteur artikel 137g en 429quarter, welke laatste bepalingen ook betrekking hebben op het terrein van de betaalde arbeid (dat onder het EU recht valt).

van strijdigheid sprake is zou volgens deze auteur het supra-Europese VN-recht voorrang moeten krijgen.

3.1.3 *Samenvatting*

Het beeld van wat discriminatie in de internationaal-rechtelijke context betekent is te vaag en te divers om hier in een lijstje met kenmerken samen te kunnen vatten. Enkele elementen van dat begrip komen overeen met eerder in dit onderzoek beschreven kenmerken van het discriminatiebegrip, zoals het feit dat het moet gaan om een onderscheid, uitsluiting of beperking welke plaatsvindt op grond van bepaalde kenmerken of eigenschappen van mensen die als van fundamenteel belang worden beschouwd. Daarbij is, zeker voor zover het om het IVBPR en het EVRM gaat, duidelijk dat er sprake is van een open norm, dat wil zeggen: dat van ieder ‘onderscheid’ of ‘ongelijke behandeling’ waarvan beweerd wordt dat het ‘discriminatie’ zou zijn, eerst moet komen vast te staan dat het ongerechtvaardigd is binnen de context waarin dit handelen heeft plaatsgevonden. De toetst die daarbij wordt toegepast is of er een redelijke verhouding bestaat tussen het doel dat met de ongelijke behandeling wordt nagestreefd en het daarbij ingezette middel. Bij discriminatie op bepaalde ‘verdachte gronden’ past met name het EHRM daarbij een ‘very weighty reasons’ test toe, hetgeen wil zeggen dat de ongelijke behandeling vrijwel nooit gerechtvaardigd kan worden. In bepaalde opzichten lijkt het discriminatieverbod uit het Vrouwenverdrag een wezenlijk andere strekking te hebben dan het Nederlandse en Europese recht op dit punt, namelijk in die zin dat de vergelijking met niet-gediscrimineerden niet centraal staat, dat uitdrukkelijk een asymmetrische benadering is gekozen en dat ook vormen van gedrag of bejegening er onder vallen die met ongelijke behandeling of onderscheid als zodanig niet veel te maken hebben (zoals intimidatie en geweld tegen vrouwen). Het valt voorts op dat er – evenals bij ons grondwettelijk discriminatieverbod – geen beperking is in het bereik van het verbod; dat wil zeggen: het strekt zich uit over alle terreinen van het leven. Volgens velen geldt in elk geval bij het Vrouwenverdrag dat het discriminatieverbod zich zelfs uitstrekt tot het privé-leven. Dit steekt af tegen de verboden in het kader van de Europese richtlijnen en de nationale gelijkebehandelingswetgeving die zich beperken tot nauwkeurig omschreven terreinen, met name in de sociaal-economische sfeer.²³⁸

3.2 *Discriminatieverboden in het EU-recht*²³⁹

De gelijkebehandelingswetgeving in Nederland vormt zowel een uitwerking van artikel 1 van de Grondwet als van het ter zake geldende EG-recht (met name richtlijnen op het terrein van de gelijke behandeling).²⁴⁰ De Awgb, die het onderwerp

Onder die bepalingen is ook in geval van directe discriminatie een objectieve rechtvaardiging mogelijk, hetgeen volgens Rodrigues in het EG recht is uitgesloten.

²³⁸ De privé-sfeer is juist tot zekere hoogte uitgesloten van het bereik van deze wetgeving. Zie daarover deelrapport 3 van dit evaluatierapport.

²³⁹ Deze paragraaf is geschreven in nauwe samenwerking met Prof. Christa Tobler, Hoogleraar Europees Recht, Universiteit van Basel, Zwitserland, en medewerker van het Europa Instituut te Leiden, waarvoor onze hartelijke dank. Vanzelfsprekend komt de inhoud geheel voor rekening van de auteur van dit deelrapport.

²⁴⁰ Bij geen van de civielrechtelijke gelijkebehandelingswetten in Nederland is in de considerans verwezen naar andere in internationale verdragen neergelegde discriminatieverboden. In Memories van Toelichting en overige schriftelijke stukken wordt daar echter wel geregeld naar verwezen.

vormt van dit evaluatierapport, is in eerste instantie uitsluitend gemotiveerd als zijnde een uitwerking van artikel 1 GW.²⁴¹ In het kader van de implementatie van de zogenoemde Artikel 13 EG-richtlijnen moet echter ook deze wet gezien worden als een uitwerking van voorschriften die terzake in EU-verband gelden.²⁴² Dat werpt de vraag op of deze wetgeving in overeenstemming is met het geldende recht in de Unie. Het was in dit kader dat door de Raad van State uitdrukkelijk opnieuw de vraag aan de orde is gesteld of het gebruik van het begrip onderscheid wel juist is.²⁴³ Wat betekent echter ‘discriminatie’ in de Europeesrechtelijke context?

3.2.1 *De verdragen en het Grondrechtenhandvest*

De oudste discriminatieverboden in het Gemeenschapsrecht komen voor in het verdrag over de Europese Gemeenschap voor Kolen en Staal van 1951.²⁴⁴ Door het Hof van Justitie van de E(E)G werden deze verboden vanaf begin uitgelegd op basis van de gelijkheidsformule volgens Aristoteles. Deze formule vereist de gelijke behandeling voor vergelijkbare gevallen en een verschillende behandeling voor niet vergelijkbare gevallen, in overeenstemming met het verschil. Deze benadering was later bepalend voor de interpretatie van de discriminatieverboden in het EEG-verdrag van 1957.²⁴⁵ In dit verdrag werd met name discriminatie op grond van nationaliteit verboden, namelijk op alle gebieden van het EEG-recht (oorspronkelijk art. 7 EEG-verdrag, later art. 6 EG-verdrag en nu art. 12, lid 1, EG;²⁴⁶ plus de meer bijzondere bepalingen in de verschillen gebieden van de gemeenschappelijke markt²⁴⁷). Tevens werd discriminatie op grond van geslacht verboden, dit laatste echter alleen bij de beloning (art. 119 EEG-verdrag, nu art. 141, leden 1 en 2, EG).²⁴⁸ De non-discriminatiebepalingen in het verdrag zijn met name door de verdragsherziening van

²⁴¹ Kamerstukken II 1990/91, 22 014, nr. 3, p. 5. De WGB, WGBH/CZ en de WGL zijn allemaal heel uitdrukkelijk (ook) voortgekomen uit EG Richtlijnen.

²⁴² Zie de Wet Wijziging van de Awgb en enkele andere wetten ter uitvoering van Richtlijn 2000/43/EG en Richtlijn 2000/78/EG (EG-implementatiewet Awgb), Kamerstukken II 2002/03, 28 770 en Stbl. 2004, 119.

²⁴³ Zie Advies van de RvS, Kamerstukken II 2001/02, 28 187, A, p. 4. De vraag is ook aan de orde gekomen in het commentaar van de CGB op de implementatievoorstellen (a.w.) en in diverse wetenschappelijke commentaren en artikelen, ondermeer van de hand van de auteur van dit evaluatierapport. Zie Holtmaat 2001; zie ook Rodrigues 2002.

²⁴⁴ Bijvoorbeeld de art. 4 en 60 van het EGKS-verdrag.

²⁴⁵ Zie Gillian C. More, “Equal Treatment” of the sexes in European Community Law: what does “equal” mean?, *Feminist Legal Studies* 1993, 45-74; Tobler 2005, p. 22.

²⁴⁶ Vele nummers van verdragsbepalingen zijn in de geconsolideerde versie van het verdrag na de herziening van Amsterdam gewijzigd. Dit is het gevolg van een reorganisatie van het verdrag na de herziening. In verband met artikelen verwijst “EG” naar het EG-verdrag en “EU” naar het EU-verdrag na de vernummering en “EG-verdrag” naar de versie daarvoor, maar na de herziening van Maastricht (in het kader van deze laatste herziening veranderde de naam van de Europese Economische Gemeenschap, EEG, in het kortere Europese Gemeenschap, EG). “EEG verdrag” verwijst naar de versie voor de herziening van Maastricht. Deze manier van benoeming volgt het systeem opgesteld door het Hof van Justitie; zie Publ. 1999 C 246/1 of <http://www.curia.eu.int/nl/content/juris/index.htm>.

²⁴⁷ Bijvoorbeeld het vrije werknemersverkeer, art. 39 EG.

²⁴⁸ Voor andere gebieden werd later secundair recht in de vorm van Richtlijnen geschapen. Zie par. 3.2.2.

Amsterdam²⁴⁹ deels gewijzigd en aangevuld.²⁵⁰ Door de herziening van Amsterdam is in art. 13 EG verder de grondslag gelegd voor een actief optreden van de Unie tegen discriminatie op een aantal andere gronden (en tegen discriminatie op grond van geslacht op andere gebieden dan betaalde arbeid).²⁵¹

Alle discriminatieverboden in het EG-recht, zij het in het primaire recht (verdragsrecht) of in het secundaire recht (richtlijnen) zijn specifieke uitdrukkingen van de ongeschreven algemene gelijkheidsbeginselen van het Gemeenschapsrecht, te weten (1) het algemene gelijkheidsbeginsel in zijn meest brede betekenis (gebaseerd op de reeds genoemde gelijkheidsformule volgens Aristoteles), (2) het algemene beginsel van gelijke behandeling (dit beginsel legt de klemtoon op dezelfde behandeling en vereist de gelijke behandeling van gelijke gevallen) en (3) de algemene beginselen van gelijke behandeling op grond van bepaalde discriminatiegronden zoals sekse (*Defrenne III*)²⁵² of leeftijd (*Mangold*).²⁵³

Van belang is voorts met name art. 6 lid 1 en lid 2 EU, waarin is bepaald dat de Europese Unie ondermeer is gegrondvest op de eerbiediging van de mensenrechten en dat de Unie de grondrechten waarborgt zoals die ondermeer in het EVRM zijn neergelegd. Ook in het Grondrechtenhandvest²⁵⁴ en de Grondwet voor de Europese Unie²⁵⁵ komen bepalingen voor waarin het gelijkheidsbeginsel en het discriminatieverbod zijn neergelegd.²⁵⁶ Deze algemene bepalingen van het EU-recht kunnen van invloed zijn op de wijze waarop de bepalingen in de EG-richtlijnen op het terrein van de gelijke behandeling moeten worden uitgelegd.²⁵⁷ Dit geldt ook voor de uitleg van het begrip discriminatie dat in deze richtlijnen centraal staat.

²⁴⁹ Zie hierover Christa Tobler, 'Het verdrag van Amsterdam. Relevante Wijzigingen in het kader van de rechtsgelijkheid van mannen en vrouwen'. In: *Nemesis* 1998, 5-12 en Christa Tobler, 'Sex Equality Law under the Treaty of Amsterdam', In: *European Journal of Law Reform* 2000, 135-153.

²⁵⁰ De huidige versie van het verdrag is de versie na de herziening van Nice van 2001, van kracht sinds 1 februari 2003 (geconsolideerde versie afgedrukt in Publ 2002 C 325).

²⁵¹ De opsomming van gronden op deze plaats is limitatief. Het betreft geslacht, ras of etnische afstamming, godsdienst of overtuiging, handicap, leeftijd of seksuele geaardheid.

²⁵² Zaak 149/77 *Defrenne tegen SABENA*, Jur 1978, 1365 (*Defrenne III*).

²⁵³ Zaak C-144/04 Werner Mangold tegen Rüdiger Helm, Jur 2005, I-9981.

²⁵⁴ Handvest van de grondrechten van de Europese Unie, Publ 2000 C 364/1.

²⁵⁵ Verdrag tot vaststelling van een Grondwet voor Europa, Publ 2004 C 310. De Grondwet is door de lidstaten wel ondertekent maar wegens gebrek aan ratificatie door sommige lidstaten tot nu toe niet van kracht geworden.

²⁵⁶ Zie bijvoorbeeld art. 21 Grondrechtenhandvest en art. II-81 Grondwet. Zie daarover E. Hirsch Ballin, 'Eenheid in waardigheid – verscheidenheid in gelijkheid. Beschouwingen over gelijkheid in de ontwerp-Grondwet voor Europa', in: Holtmaat 2004a, p. 39-52.

²⁵⁷ Zie met name Koukoulis-Spiliotopoulos 2005, p. 332. Het Europese Hof van Justitie heeft meermalen aangegeven dat het recht op gelijke behandeling van mannen en vrouwen, zoals neergelegd in ondermeer de zogenoemde Tweede Richtlijn, geïnterpreteerd moet worden in het licht van het feit dat gelijkheid en gelijke behandeling fundamentele beginselen zijn in het Europese Recht. Zie ondermeer *Defrenne III* (Zaak 149/77 *Defrenne tegen SABENA*, Jur 1978, 1365) en *Schröder* (Zaak C-50/96 *Deutsche Telekom AG tegen Lilli Schröder*, Jur 2000, I-743.)

3.2.2 EG-richtlijnen en jurisprudentie van het HvJEG

In de eerste richtlijnen met betrekking tot gelijke behandeling van mannen en vrouwen werd het begrip discriminatie niet uitdrukkelijk gedefinieerd.²⁵⁸ De richtlijnen bepaalden eenvoudig dat het beginsel van gelijke behandeling inhield dat iedere vorm van discriminatie op grond van geslacht, hetzij direct of indirect – bijvoorbeeld door verwijzing naar de echtelijke staat of de gezinssituatie – was uitgesloten.²⁵⁹ De richtlijnen bevatten echter geen wettelijke definities van het begrip discriminatie. In de context van een omvangrijke jurisprudentie van het Hof van Justitie van de EG over de implementatie en toepassing van de normen uit deze richtlijnen is het Europees-rechtelijke begrippenkader op dit terrein in de afgelopen 25 jaar geëvolueerd en is (daaraan gekoppeld) tevens een toetsingskader ontwikkeld waarbinnen beoordeeld moet worden of van discriminatie sprake is.²⁶⁰ Dit toetsingskader bespreken wij hieronder nader; hier eerst enkele andere algemene kenmerken van het Europeesrechtelijke discriminatiebegrip.

De jurisprudentie van het Hof is gecodificeerd in de jongste generatie van EG-richtlijnen, die allemaal hetzelfde basisbegrip van discriminatie gebruiken.²⁶¹ Dit begrip is gekoppeld aan het beginsel van gelijke behandeling, dat voorkomt in de tituluur van de richtlijnen.²⁶² Het beginsel van gelijke behandeling wordt om te beginnen omschreven als de “afwezigheid van iedere vorm van directe of indirecte discriminatie”. Uit de rechtspraak en de nieuwe wettelijke definities wordt duidelijk dat in dit kader onder discriminatie in beginsel ongelijke behandeling wordt verstaan.²⁶³ In de Rasrichtlijn wordt directe discriminatie gedefinieerd als “(...) wanneer iemand op grond van ras of etnische afstamming ongunstiger wordt behandeld dan

²⁵⁸ De in de praktijk belangrijkste zijn de Richtlijn inzake gelijke beloning van mannen en vrouwen (75/117/EEG, Pb EG 1975 L 45/19), de Richtlijn inzake gelijke behandeling van mannen en vrouwen (76/207/EEG, Pb 1976 L 39/40) en de Richtlijn inzake gelijke behandeling van mannen en vrouwen in de sociale zekerheid (79/7 Pb 1979 L 6/24).

²⁵⁹ Zoals hierboven (par. 2.2.) reeds aangegeven spraken deze richtlijnen in de Engelse en Franse versies van meet af aan van ‘discrimination’. In de Nederlandse vertaling van de Richtlijnen werd dit vertaald in ‘onderscheid’. Op deze wijze is dit begrip in het Nederlandse gelijkebehandelingsrecht terechtgekomen.

²⁶⁰ Zie voor zeer gedetailleerde analyses van deze jurisprudentie (vanuit verschillende perspectieven) Burri 2000, Gerards 2002 en Tobler 2005.

²⁶¹ Naast de Rasrichtlijn en de Kaderrichtlijn geldt dit inmiddels ook voor de gewijzigde Tweede Richtlijn op het gebied van de seksediscriminatie, die ten grondslag ligt aan de WGB (Richtlijn 2002/73/EG; PbEG 2002 L269/15) en voor de nieuwe seksediscriminatie richtlijn die het terrein van de goederen en diensten bestrijkt (Richtlijn 2004/113/EG; PbEG 2004, L 373/37.) Dezelfde benadering zal in de geplande zogenaamde Recasting Richtlijn worden gevolgd, die een aantal sekselijkheidsrichtlijnen moet vervangen (zie hierover Voorstel voor een richtlijn van het Europees Parlement en de Raad betreffende de toepassing van het beginsel van gelijke kansen en gelijke behandeling van mannen en vrouwen in werkgelegenheid en beroep (Herschikte versie), COM(2004) 279 fin.). In het hiernavolgende wordt gemakshalve alleen naar bepalingen uit de Rasrichtlijn verwezen.

²⁶² We maken er op opmerkzaam dat dit beginsel van gelijke behandeling beperkter is dan het algemene gelijkheidsbeginsel. De richtlijnen gaan niet over dit algemene beginsel (to treat alike alike and unalike unalike) maar over het meer beperkte beginsel van gelijke behandeling, in het kader waarvan gelijkheid = dezelfde behandeling. Het Europese Hof heeft dit keer op keer beklemtoond.

²⁶³ “In beginsel” omdat uitzonderingen mogelijk zijn; zie verderop.

een ander in een vergelijkbare situatie wordt, is of zou worden behandeld.”²⁶⁴ Er is sprake van indirecte discriminatie “(...) wanneer een ogenschijnlijk neutrale bepaling, maatstaf of handelwijze personen van een bepaald ras of een bepaalde etnische afstamming in vergelijking met andere personen bijzonder benadeelt, tenzij die bepaling, maatstaf of handelwijze objectief wordt gerechtvaardigd door een legitiem doel en de middelen voor het bereiken van dat doel passend en noodzakelijk zijn”.²⁶⁵

Evenals in de algemene internationale discriminatieverboden (EVRM en IVBPR) is er een (causaliteits)koppeling tussen de ‘ongunstiger behandeling’ en bepaalde gronden. Dat wil zeggen: de ongunstiger behandeling moet gebaseerd zijn op of gerelateerd zijn aan een verboden discriminatiegrond.²⁶⁶ Twee opvallende punten van verschil met het internationale recht zijn dat er uitdrukkelijk een element van vergelijking in de definitie is opgenomen en dat er sprake moet zijn van een ongunstiger behandeling. Het element van vergelijking heeft te maken met de algemene definitie van discriminatie in het EG-recht als ongelijke behandeling van vergelijkbare gevallen of gelijke behandeling van niet vergelijkbare gevallen. Er moet altijd een vergelijking plaatsvinden met mensen uit de relevante “teggengroep” (bijvoorbeeld: gehandicapten met niet gehandicapten, vrouwen met mannen, enzovoort).²⁶⁷ Ook al was het vergelijkingselement in de oude non-discriminatiebepalingen van het EG-recht meestal niet uitdrukkelijk genoemd, het was toch relevant gezien de interpretatie van gelijkheid als gebaseerd op de zojuist genoemde algemene gelijkheidsformule. Dit element uit de definities is dus geenszins nieuw.

Wat het element ongunstiger behandeling betreft geven de Europese richtlijnen niet aan waaruit die zou moeten of kunnen bestaan.²⁶⁸ Ten opzichte van het Rassenverdrag en het Vrouwenverdrag verschilt de Europeesrechtelijke definitie in die zin dat er in de verbodsbepalingen zelf geen inhoudelijke verwijzing plaatsvindt naar schen-

²⁶⁴ Door Holtmaat is in haar Leidse oratie gewezen op de cirkelredenering in de EG-Richtlijnen: de bepalingen komen er op neer dat gelijke behandeling de afwezigheid van discriminatie is en dat discriminatie op zijn beurt bestaat uit een ongelijke of ongunstiger behandeling. Holtmaat 2004b, p. 5. Zie wat betreft het vereiste dat het moet gaan om een ‘ongunstiger’ behandeling Holtmaat 2001, par. 6.2.

²⁶⁵ De nieuwe generatie richtlijnen voegt hier een nieuwe vorm van discriminatie aan toe die niet zijn gebaseerd op een vergelijking, te weten intimidatie. Zie daarover Holtmaat 2004c.

²⁶⁶ Zie in dit verband de Zaak T-45/90 *Alicia Speybrouck tegen European Parliament*, Jur 1992, II-33, par. 46 en volgende.

²⁶⁷ Er zijn echter twee uitzonderingen op deze regel welke beiden discriminatie op grond van geslacht betreffen: (1) In geval van discriminatie wegens zwangerschap is een vergelijking met een man niet nodig (Zaak C-177/88 *Johanna Pacifica Dekker tegen Stichting Vormingscentrum voor Jong Volwassenen (VJV Centrum) Plus*, Jur 1990, I-3941). (2) In geval van discriminatie wegens geslachtsverandering is vergelijkingsgroep op een bijzondere wijze gedefinieerd. In dit geval kan de vergelijking plaatsvinden tussen de transseksueel na geslachtsverandering en een persoon van hetzelfde geslacht die geen geslachtsverandering heeft ondergaan (in plaats van, zoals in het geval van discriminatie op grond van geslacht gebruikelijk, tussen mannen en vrouwen); zie Zaak C-423/04 *Sarah Margaret Richards tegen Secretary of State for Work and Pensions*, arrest van 27 april 2006, nog niet gepubliceerd.

²⁶⁸ Dit is anders voor de aanvullende bepaling (zie ondermeer art. 2 lid 3 van de Rasrichtlijn) waarin gesteld wordt dat onder discriminatie ook intimidatie begrepen moet worden. Daar worden de eisen gesteld dat deze handelwijze “tot doel of tot gevolg heeft dat de waardigheid van een persoon wordt aangetast en een bedreigende, vijandige, beledigende, vernederende of kwetsende omgeving wordt gecreëerd.” Deze definitie komt veel dichterbij de buurt van die van het Rassenverdrag en het Vrouwenverdrag.

ding van de mensenrechten, die het doel of het gevolg zouden kunnen zijn van het onderscheid of de discriminatie. De mensenrechten zijn echter uitdrukkelijk genoemd in de preambules van de richtlijnen. Deze zijn zeker relevant voor de interpretatie van de richtlijnen.²⁶⁹

Het element ongunstiger behandeling wordt veelal uitgelegd als benadeling. Van daaruit concluderen sommige auteurs dat het Europese gelijkebehandelingsrecht asymmetrisch zou zijn, namelijk alleen die groepen beschermt die door discriminatie benadeeld worden.²⁷⁰ Ook dit element ontbrak in definities van discriminatie door het Hof van Justitie van voor de nieuwe generatie richtlijnen. Echter, het was ook toen al duidelijk dat het begrip discriminatie in het EG-recht altijd op de in de vergelijking ongunstigere behandeling doelde.²⁷¹ In het kader van de rechtspraak over richtlijnen die nog geen wettelijke definitie van discriminatie bevatten betekende discriminatie eenvoudig een in vergelijking met de referentiepersoon of –groep slechtere behandeling.

Dit alles leidt er toe dat in de context van het EG-recht de termen ongelijke behandeling en discriminatie vaak als synoniemen worden gebruikt. In zijn veelbesproken Conclusie bij het arrest *Birds Eye Walls* signaleert AG Van Gerven dit gebruik en stelt hij deze begripsvermenging te betreuren.²⁷² Het gevolg is dat het Hof van Justitie van de EG door elkaar heen spreekt van ‘justifiable unequal treatment’ en ‘justifiable discrimination’, waardoor het volgens sommige commentatoren de indruk wekt dat er

²⁶⁹ Zie bijvoorbeeld Zaak C-184/99 Rudy Grzelczyk tegen Centre public d'aide sociale d'Ottignies-Louvain-la-Neuve, Jur 2001, I-6193 (in het kader van het EU burgerschap).

²⁷⁰ Zie Dagmar Schiek, ‘A New Framework on Equal Treatment of Persons in EC Law?’, *European Law Journal* 2002-8, p. 290-314, op p. 307. Het begrip “asymmetrische verbodsbepaling” wordt in de literatuur over het gelijkebehandelingsrecht echter doorgaans in een andere zin gebruikt, te weten als doelend op bepalingen die alleen een van twee groepen beschermen tegen benadeling (bijvoorbeeld, alleen gehandicapten maar niet de niet gehandicapten; zie Tobler 2005, p. 52. In deze tweede zin is het EG-recht niet asymmetrisch. Er zijn bijvoorbeeld tal van EG-rechtelijke zaken over seksdiscriminatie die door mannen zijn aangespannen en gewonnen (bijvoorbeeld Zaak C-262/88 *Douglas Harvey Barber tegen Guardian Royal Exchange Assurance Group*, Jur 1990, I-1889).

²⁷¹ Bijvoorbeeld: in het geval van voorkeursbehandeling van vrouwen noemt het Hof niet deze gunstigere behandeling discriminatie, maar de in vergelijking ongunstigere behandeling van mannen (het betreft een “ogenschijnlijke discriminatie”, welke mogelijk in het kader van de uitzonderingsregeling over positieve actie kan worden gerechtvaardigd).

²⁷² Conclusie Adv. Gen. van Gerven bij H.v.J. 9 november 1993, C-132/92, Jur. 1993, I-5579, paragraaf 12, voetnoot 14: “Volgens de Commissie is het juist te spreken over de rechtvaardiging van een (al dan niet directe) ongelijkheid in behandeling dan over de rechtvaardiging van een discriminatie. Een discriminatie is volgens haar immers per definitie een ongelijke behandeling van vergelijkbare situaties (of een gelijke behandeling van onvergelijkbare situaties) die niet objectief gerechtvaardigd kan worden. Ik geef toe dat zulke terminologie inderdaad juist zou zijn, maar houd het hier toch bij het in de rechtspraak van het Hof ingeburgerde woordgebruik, volgens hetwelk de begrippen “ongelijke behandeling” en “discriminatie” als synoniemen worden gebruikt.” Uit deze Conclusie valt af te leiden dat Van Gerven onder omstandigheden ook in geval van directe discriminatie (op grond van geslacht) voor de mogelijkheid van rechtvaardiging buitenom de expliciet in de wet genoemde rechtvaardigingsmogelijkheden (open toetsing) was. Zie hierover Tobler 2005, p. 322/323. Zie ook Dajo De Prins, Stefan Sottiaux en Joghchum Vrielink, *Handboek discriminatierecht*, Kluwer, Mechelen 2005, p. 80/81.

ook bij directe discriminatie op een van de in het EG-recht verboden gronden objectieve rechtvaardigingen naar voren kunnen worden gebracht.²⁷³

Op dit element van de mogelijkheid om discriminatie of ongelijke behandeling te rechtvaardigen gaan wij hieronder nader in.

3.2.3 De openheid of geslotenheid van de Europese norm

Discriminatie, zo luidt in de Nederlandse discussie vaak het argument, is een ‘open’ begrip. Dat wil zeggen: het juridisch gebruik van dit begrip, ‘gedefinieerd’ als ‘ongerechtvaardigd onderscheid’ of ‘ongerechtvaardigde ongelijke behandeling’, zou in de rechtspraak meebrengen dat van iedere regeling of bejegening waarvan beweerd wordt dat er discriminatie in het spel is om te beginnen vastgesteld zou moeten worden of dit ook ongerechtvaardigd is.²⁷⁴ Daarmee zou automatisch een open systeem van toetsen worden geïntroduceerd.²⁷⁵ Hoe zit dit nu met het gebruik van het begrip discriminatie in het recht van de Europese Unie? Leidt gebruik van dit begrip in die context tot een open systeem van toetsing?

Sommige auteurs suggereren dit laatste door de wijze waarop zij de relatie tussen het gelijkheidsbeginsel en het discriminatieverbod bespreken. Het gelijkheidsbeginsel in het EU recht zou in die visie moeten worden uitgelegd als een algemeen verbod op discriminatie, dat wil zeggen als een algemeen verbod op ongerechtvaardigd onderscheid.²⁷⁶ Het lijkt er daarmee op dat er een ‘open’ discriminatiebegrip zou bestaan in het EU recht.

Deze zienswijze is naar onze mening onjuist. Hoewel wat betreft hun oorsprong of grondslag de in verdragsbepalingen en richtlijnen opgenomen discriminatieverboden uiteindelijk wel kunnen worden herleid tot het algemene gelijkheidsbeginsel is het zo dat zij tegelijkertijd een meer specifieke uitwerking daarvan zijn. Met andere woorden, deze verboden zijn niet zo maar een afspiegeling van het algemene gelijkheidsbeginsel, maar vormen veeleer een bijzondere juridische uitwerking daarvan. Een eerste – belangrijke – beperking is dat de richtlijnen meer specifiek spreken over het

²⁷³ In de doctrine is er verschil van mening over de vraag hoe categorisch het HvJEG dit tot nu toe heeft uitgesloten. Sommige commentatoren menen dat het Hof de kwestie in een aantal uitspraken (zoals in *Birds Eye Walls*) handig heeft omzeild door van onvergelykbare gevallen uit te gaan en derhalve aan een toetsing van de rechtvaardiging niet meer toe te komen. Zie bijvoorbeeld Albertine Veldman, ‘De bescheiden functie van het juridisch gelijkheidsbeginsel. Het fundamentele verschil tussen juridische leerstukken en wetenschappelijke concepten binnen vrouw en recht.’ In: *Nemesis* 1996, p. 31-36; en Tobler 2001.

²⁷⁴ Zie bijvoorbeeld Gerards 2002, p. 11. Deze auteur stelt dat de kwalificatie discriminatie de uitkomst is van een toetsing en niet daaraan vooraf kan gaan. De rechtvaardigingstoets moet ook in het model van Gerards aan bod komen, maar dan niet als beginpunt van de toetsing, maar meer op het eind, nadat eerst vastgesteld is of er sprake is van benadeling.

²⁷⁵ Open in die zin dat niet op voorhand vast staat (bijvoorbeeld in de wet) wat kan gelden als een rechtvaardigingsgrond voor de ongelijke behandeling of het onderscheid. Dit wordt aan de rechter overgelaten. Wij zullen in par. 6.3.1. nader ingaan op deze (vermeende) openheid en geslotenheid van de begrippen discriminatie en onderscheid.

²⁷⁶ Zie bijvoorbeeld Kapteyn & VerLoren van Themaat, *Het recht van de Europese Unie en van de Europese Gemeenschappen*, 3^e druk 2003, p. 131. Het algemene gelijkheidsbeginsel moet zo worden uitgelegd dat ‘behoudens objectieve rechtvaardiging, vergelijkbare situaties niet verschillend en verschillende situaties niet gelijk mogen worden behandeld.’ Deze uitleg is volgens de auteurs ook relevant voor de uitleg van meer specifieke discriminatieverboden.

beginsel van *gelijke behandeling*, in plaats van over het gelijkheidsbeginsel.²⁷⁷ Het meer specifieke van de EU-gelijke behandelingsnormen ligt voorts ondermeer besloten in het feit dat de meeste verboden in het Verdrag en in richtlijnen uitdrukkelijk zeggen welke rechtvaardigingen zijn toegestaan.²⁷⁸ Het gebruik van het begrip discriminatie in het Europese recht betekent daarom geenszins dat van geval tot geval via een open systeem van toetsing zou moeten worden vastgesteld of van 'ongerechtvaardigd onderscheid' of 'ongerechtvaardigde ongelijke behandeling' sprake is. Dat wil zeggen dat – ook al wordt het begrip discriminatie gebruikt – in feite wordt bedoeld dat iedere vorm van ongelijke behandeling is verboden, tenzij daarvoor een rechtvaardigingsgrond wordt genoemd in het Verdrag of de richtlijn.

Buiten de expliciet genoemde gevallen die in de EG-richtlijnen worden genoemd²⁷⁹ is een objectieve rechtvaardiging van directe discriminatie – volgens de vaste jurisprudentie van het Europese Hof van Justitie – tot nu toe niet geaccepteerd.²⁸⁰ Voor deze zienswijze pleiten de volgende argumenten:

1. Volgens vaste rechtspraak van het Hof van justitie moeten uitzonderingen strikt worden uitgelegd en kunnen de lijsten van dergelijke uitzonderingen niet worden opgerekt door nog meer rechtvaardigingsgronden daaraan toe te voegen.²⁸¹
2. Zelfs binnen de in het verdrag genoemde rechtvaardigingsmogelijkheden acht het Hof niet alles toegestaan: zuiver financiële rechtvaardigingen zijn verboden.²⁸²
3. Het Hof herhaalt geregeld dat directe discriminatie slechts op grond van uitdrukkelijk in het Verdrag genoemde redenen kan worden gerechtvaardigd.²⁸³
4. De mogelijkheid van objectieve rechtvaardiging in een algemene, brede zin bestaat in beginsel slechts in verband met indirecte discriminatie en – in het kader van het vrije verkeer – in verband met zogenoemde beperkingen.

²⁷⁷ Het gelijkheidsbeginsel omvat zowel gelijke behandeling van gelijke gevallen als ongelijke behandeling van ongelijke gevallen (naar de mate van gelijkheid). In de richtlijnen ligt de nadruk op het eerste deel van de formule. Zie over het verschil in benadering de Inleiding bij dit rapport (par. 1.3.).

²⁷⁸ In de Richtlijnen wordt dit soms verwoord door aan te geven welke situaties geen discriminatie in de zin van de richtlijn opleveren. Zie bijvoorbeeld artikel 4 van de Rasrichtlijn. We komen hier in par. 6.2.3. op terug.

²⁷⁹ In het geval van de Rasrichtlijn zijn dit 'wezenlijke en bepalende beroepsvereisten' (art. 4) en positieve acties (art. 5).

²⁸⁰ Tobler 2001. Dit geldt voor het EG-sociaal recht. In het economische recht zijn er voorbeelden waar de scheidingslijn schijnt te verwateren; zie hierover Tobler 2005, p. 408.

²⁸¹ Zie bijvoorbeeld Zaak 113/80 *Commissie tegen Ierland* (Irish Souvenirs), Jur 1981, 1625, in relatie tot Art. 30 EG betreffende het verbod van kwantitatieve beperkingen van de invoer en uitvoer van goederen; Gevoegde Zaken C-482/01 en C-493/01 Georgios Orfanopoulos en Raffaele Oliveri tegen Land Baden-Württemberg, Jur 2004, I-5257; Zaak C-343/04 Land Oberösterreich tegen $\square$ EZ, oordeel van 18 mei 2006, nog niet gepubliceerd, in relatie tot EG-internationaal privaatrecht.

²⁸² Zie hierover Christa Tobler, 'Enkele opmerkingen over rechtvaardiging van indirecte discriminatie om economische redenen in het EG-recht', in: S. Burri (red), *Gelijke behandeling: oordelen en commentaar* 2004, Deventer: Kluwer 2005, 123-133. In de recente rechtspraak, zie bijvoorbeeld Zaak C-109/04 Karl Robert Kranemann tegen Land Nordrhein-Westfalen, Jur 2005, I-2421.

²⁸³ Zie bijvoorbeeld Zaak 352/85 *Bond van adverteerders en anderen tegen Staat der Nederlanden*, Jur 1988, 2085; Zaak C-451/03 *Servizi Ausiliari Dottori Commercialisti tegen Giuseppe Calafiori*, oordeel van 30 maart 2006, nog niet gepubliceerd.

We tekenen bij het laatste punt aan dat het verschil tussen de rechtvaardigingsmogelijkheden in het kader van directe en indirect discriminatie lijkt te verwateren in het kader van sommige recente richtlijnen, die objectieve rechtvaardiging ook in het kader van directe discriminatie toestaan.²⁸⁴ Deze uitzonderingen bevestigen echter volgens sommige commentatoren eerder de hoofdregel dan dat zij daar afbreuk aan zouden doen.²⁸⁵

Een ander aspect dat nog niet volledig is uitgekristalliseerd is, is de vraag of en in hoeverre het gelijkheidsbeginsel ten aanzien van alle in het EG-recht geldende gronden, inclusief nationaliteit, eenzelfde betekenis toekomt.²⁸⁶ Ten aanzien van het verbod op ongelijke behandeling op grond van het geslacht heeft het Hof van Justitie van de EG in het verleden meermalen benadrukt dat dit een uitvloeisel is van een fundamenteel beginsel van gemeenschapsrecht. In beginsel heeft dit tot gevolg dat de rechtvaardigingsmogelijkheden voor ongelijke behandeling op grond van sekse zoals genoemd in de richtlijnen restrictief moeten worden uitgelegd.²⁸⁷ Hetzelfde geldt voor de objectieve rechtvaardiging in het kader van indirecte discriminatie. Echter, het Hof lijkt met name in het kader van indirecte seksdiscriminatie rechtvaardiging makkelijker toe te staan dan in het kader van indirecte discriminatie op grond van nationaliteit.²⁸⁸

3.2.4 Samenvatting

Samenvattend blijkt uit onze analyse van de relevante EG- richtlijnen dat het verbod op discriminatie in het EG-recht de volgende elementen bevat:

- het moet gaan om een ongunstiger behandeling
 - op bepaalde in de richtlijnen genoemde terreinen
 - op bepaalde in de richtlijnen genoemde gronden
 - in vergelijking tot bepaalde andere personen;
- er is geen sprake van discriminatie²⁸⁹ wanneer het gaat om

²⁸⁴ Dit geldt bijvoorbeeld voor leeftijdscriminatie (art. 6 van Richtlijn 2000/78/EG) en voor seksdiscriminatie met betrekking tot de toegang tot en het aanbod van goederen en diensten (art. 4 lid 5 van de goederen- en dienstenrichtlijn).

²⁸⁵ Zie bijvoorbeeld Tobler 2005, p. 316 en volgende, en in het bijzonder p. 329-330.

²⁸⁶ Zie bijvoorbeeld Koen Lenaerts, 'L'égalité de traitement de droit communautaire. Un principe unique aux apparences multiples', *Cahiers de droit européen* 1991, 3-41.

²⁸⁷ Zie bijvoorbeeld Zaak 222/84 Marguerite Johnston tegen Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary, Jur 1986, 1651; Zaak C-207/04 Paolo Vergani tegen Agenzia delle Entrate, Ufficio di Arona, Jur 2005, I-7453. Het Hof zelf heeft dit beginsel echter niet altijd gevolgd; zie bijvoorbeeld Zaak C-273/97 *Angela Maria Sirdar tegen The Army Board and Secretary of State*, Jur 1999, I-7403. In zijn meest recente rechtspraak over positieve actie noemt het Hof het beginsel van strikte uitleg niet meer. In plaats daarvan beklemtoont het Hof het beginsel van evenredigheid; zie bijvoorbeeld Zaak C-319/03 *Serge Brihèche tegen Ministre de l'Intérieur, Ministre de l'Éducation nationale and Ministre de la Justice*, Jur 2004, I-8807. Zie hierover Christa Tobler, 'Positive action under the revised second equal treatment Directive', in: AFFJ & EWLA (eds.), *L'Egalité entre femmes et hommes et la vie professionnelle. Le point sur les développements actuels en Europe*, Paris: Editions Dalloz 2003, 59-92, blz. 72.

²⁸⁸ Tobler 2005, p. 245. Zie ook Christa Tobler, 'Enkele opmerkingen over rechtvaardiging van indirecte discriminatie om economische redenen in het EG-recht', in: S. Burri (ed), *Gelijke behandeling: oordelen en commentaar* 2004, Deventer: Kluwer 2005, 123-133.

²⁸⁹ Dit is de gangbare manier van omschrijven van deze systematiek. Leest met de richtlijnen letterlijk dan staat er op een aantal plaatsen dat bepaalde vormen van (ogenschijnlijk) ongelijke behandeling (zoals het stellen van wezenlijke beroepsvereisten) geen discriminatie in de zin van de richtlijnen

- zaken die de richtlijn uitdrukkelijk uitzondert en/of
- in het geval van indirecte discriminatie²⁹⁰ er een objectieve rechtvaardigingsgrond voor is.

De nieuwe generatie van richtlijnen voegt aan de klassieke definitie van discriminatie als “in vergelijking ongunstigere behandeling” nieuwe vormen van verboden gedrag toe die niet op deze definitie gebaseerd zijn, te weten intimidatie (in de richtlijnen uitdrukkelijk omschreven als een vorm van discriminatie) en in het geval van handicap het nalaten van doeltreffende aanpassingen, tenzij onredelijk zou zijn om dit te vereisen (dit gedrag wordt in de richtlijnen niet omschreven als discriminatie, maar in de literatuur soms wel zo genoemd).²⁹¹

Vergelijkt men het begrip discriminatie in het Europese recht met de inhoud die in het Nederlandse recht aan het begrip onderscheid wordt gegeven, dan is er een grote mate van overeenkomst te zien. In beide gevallen wordt het begrip toegepast / is het instrumenteel in een gesloten systeem van rechtvaardigingsgronden. Aspecten die in het Nederlandse recht – althans expliciet – ontbreken zijn echter de ongunstiger behandeling en de vergelijking.²⁹²

Vergelijkt men de wijze waarop discriminatie in de Europese Unie wordt gedefinieerd met de wijze waarop in het kader van de Nederlandse gelijkebehandelingswetgeving over discriminatie wordt gesproken dan valt de minder ‘mensenrechtelijke’ benadering in de definitie van discriminatie in de EG-richtlijnen op. Dit geldt zeker wanneer deze definitie van het Europeesrechtelijke discriminatiebegrip wordt vergeleken met de inhoud van het discriminatiebegrip in onze grondwet, in artikel 90quater Sr en in het internationale recht. Deze conclusie is echter alleen juist indien zuiver en alleen naar de richtlijnbepalingen zelf wordt gekeken en niet (mede) naar bijvoorbeeld de preambules van deze richtlijnen en naar de verdragsrechtelijke bepalingen (bepalingen in de EG en EU verdragen met betrekking tot het fundamentele karakter van het gelijkheidsbeginsel) die we in par. 3.2.1. hebben besproken. Zoals

vormt. Dit is echter een kwestie van formulering, geen punt dat een inhoudelijk verschil van toetsing oplevert. Zie Gerards 2006. Dit wordt pas anders wanneer discriminatie anders wordt geformuleerd dan in het EG-recht het geval is, nl in een meer ‘open’ en pejoratieve betekenis (d.w.z.: discriminatie is ongerechtvaardigd onderscheid). Wij komen hieronder (par. 6.2.3.) terug op deze kwestie. Op grond van de tekst van de richtlijnen en op grond van de wijze waarop het Europese Hof de non-discriminatiebepalingen uitlegt moet worden aangenomen dat het Europese recht ten aanzien van directe discriminatie een gesloten stelsel van rechtvaardigingsgronden kent. Dat wil zeggen dat – ook al wordt het begrip discriminatie gebruikt – in feite wordt bedoeld dat iedere vorm van ongelijke behandeling is verboden, tenzij daarvoor een rechtvaardigingsgrond wordt genoemd in het Verdrag of de Richtlijn. Omdat het beginsel van gelijke behandeling in het geding is, moeten deze rechtvaardigingsgronden volgens het Hof ook nog eens restrictief worden uitgelegd. Zie voor een nadere beschouwing over de toetsingsystematiek in het EG-recht, par. 6.2.3.

²⁹⁰ Alleen voor de grond leeftijd geldt dat volgens de Kaderrichtlijn ook directe discriminatie door middel van een objectieve rechtvaardigingsgrond geoorloofd kan zijn.

²⁹¹ Zie Lisa Waddington & Aart Hendriks, ‘The Expanding Concept of Employment Discrimination in Europe: From Direct and Indirect Discrimination to Reasonable Accommodation Discrimination’, *The International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations* 2002, 403–427, op p. 405 en 423.

²⁹² Hoewel deze eisen niet in de wet staan gaan zowel de rechter als de Cgb er van uit dat er geen zaak is als er geen ‘belang’ is. Ook zit – weliswaar vaak impliciet – een element van vergelijking in de vaststelling of er onderscheid is gemaakt. Zie hiervoor Gerards 2002, p. 565 e.v.

gesteld dienen deze verdragsbepalingen betrokken te worden bij de uitleg van de non-discriminatiebepalingen in het EG-recht. Begripsmatig gezien is er daarom uiteindelijk weinig of geen verschil op te merken tussen het verbod op onderscheid in de Awgb en het verbod op discriminatie in de EU-context.

Hoofdstuk 4

‘Onderscheid’ en ‘discriminatie’, bevindingen

Bij wijze van samenvatting van het gevondene in de voorafgaande paragrafen doen we in dit hoofdstuk een poging iets meer vat te krijgen op de drie begrippen die de SGP woordvoerder in het debat over de Awgb naar voren bracht: onderscheid, ongelijke behandeling en discriminatie.²⁹³

4.1 *Onderscheid*

Het lijkt er op dat het kale begrip onderscheid van het genoemde drietal begrippen het meest ruime begrip is: het is een neutraal / inhoudsloos begrip dat aanduidt dat er een verschil is of wordt gemaakt. Het zegt met andere woorden niets over het *motief* of de *bedoeling* van het onderscheidend behandelen, noch over het *resultaat* of *gevolg* daarvan, noch over de *grond* voor het onderscheid (het onderscheidend criterium dat wordt gebruikt; bijv. leeftijd, geslacht of etnische herkomst). Onderscheid in deze betekenis is hetzelfde als differentiëren: verschil maken. In deze betekenis komt het voor in het woordenboek, waarbij blijkt dat het op een veelheid van situaties van toepassing kan zijn.

Omdat het niet de bedoeling kan zijn om iedere vorm van differentiatie in het sociaal of maatschappelijk leven doormiddel van wetgeving te verbieden is het verbod op onderscheid in de gelijkebehandelingswetgeving op verschillende wijze geclausuleerd:

Er wordt een *beperking*²⁹⁴ aangebracht met betrekking tot

- de gronden waarop onderscheid wordt gemaakt
- de terreinen waarop onderscheid wordt gemaakt

Tegelijk wordt een zekere *vernuiming* / *openheid*²⁹⁵ aangebracht door het wettelijk omschrijven van

- de uitzonderingen op het verbod van het maken van onderscheid.²⁹⁶

Hieruit valt af te leiden dat het bij een verbod op het maken van onderscheid moet gaan om *onderscheid dat plaatsvindt binnen bepaalde terreinen, gemaakt op bepaalde gronden en dat niet te rechtvaardigen is*.

Andere beperkingen op het verbod op onderscheid, die wel te vinden zijn in met name de Europese richtlijnen, zoals de eis dat het om een *ongunstiger* behandeling moet gaan of de eis dat er een *vergelijking* moet worden gemaakt, zijn niet expliciet in

²⁹³ Zie de introductie op hoofdstuk 2 van dit deel. Ten aanzien van het begrip ongelijke behandeling hebben we niet afzonderlijk onderzoek gedaan; desalniettemin kunnen we wel enkele observaties maken.

²⁹⁴ Het verbod geldt uitsluitend op ... (bepaalde gronden en terreinen).

²⁹⁵ Het verbod geldt niet als...

²⁹⁶ Dat wil zeggen dat situaties worden beschreven waarin het onderscheid niet ongerechtvaardigd / verboden wordt geacht. Dit kan gescheiden in de vorm van een wettelijke ‘lijst’ van uitzonderingen (gesloten systeem) of door een open clausule: alleen onderscheid dat niet objectief gerechtvaardigd kan worden is verboden (open systeem).

de Nederlandse wetgeving te vinden.²⁹⁷ Over elk van deze elementen volgen hier nog enkele nadere observaties:

Ten aanzien van de keuze van de *gronden* kan worden opgemerkt dat eigenlijk iedere grond voor een verbod op onderscheid in aanmerking komt; het kan gaan om bepaalde kenmerken van mensen, om gedragingen die bepaalde groepen mensen ten toon spreiden, maar tevens om sociaal-economische of maatschappelijke posities waarin bepaalde groepen mensen zich bevinden.²⁹⁸ De keuze van de verboden gronden is niet *per se* gekoppeld aan morele oordelen, in die zin dat alleen ‘waardevolle’ of ‘belangrijke’ kenmerken van mensen in aanmerking zouden komen. Dat wil zeggen dat de motieven van de wetgever om onderscheid op bepaalde gronden te verbieden sterk kunnen uiteenlopen. In sommige gevallen (zoals het verbod op onderscheid naar arbeidsduur of het type arbeidscontract, of het verbod op onderscheid naar leeftijd) spelen in hoofdzaak sociaal-economische motieven een rol. Bij andere gronden (zoals ras of geslacht) liggen de motieven duidelijk in een ‘mensenrechtelijk’ vlak.

Wat betreft de *terreinen* valt op dat een verbod op het maken van onderscheid altijd is gekoppeld aan bepaalde nauw omschreven terreinen. Wat betreft de gelijkebehandelingswetgeving gaat het traditioneel om het terrein van de beroepsarbeid en de opleidingen daarvoor. In de Awgb is daar ook het terrein van het aanbod van goederen en diensten bij gekomen. Recentelijk is dit, voor zover het om rassendiscriminatie gaat, ook de ‘sociale bescherming’ daar onder gebracht.²⁹⁹ In de WGBH/CZ is er de intentie om ook wonen en openbaar vervoer onder het bereik van de wet te laten vallen.³⁰⁰ In tegenstelling tot de gelijkebehandelingswetgeving is in de strafwetgeving een omschrijving van terreinen niet aanwezig voor zover het om de artikelen 137d-f gaat; in artikel 137g en 429quater is een vrij vage omschrijving gekozen met de woorden ‘uitoefening van ambt, beroep of bedrijf’. De breedte van dit laatste terrein was een van de argumenten om in deze context af te stappen van het woord onderscheid en het woord discriminatie in te voeren. Ook de Grondwet kent geen beperkingen van het terrein waarop artikel 1 zou gelden.

Ten aanzien van de *uitzonderingen* geldt dat bij gebruik van het begrip onderscheid in eerste aanleg het enkele feit dat onderscheid is gemaakt voldoende is om te concluderen dat er in strijd met de wet is gehandeld, tenzij de wederpartij aantoonst dat er een beroep kan worden gedaan op een uitzondering waarin de wet voorziet of op een objectieve rechtvaardigingsgrond (met name bij indirect onderscheid). Een verbod op het maken van onderscheid leent zich met andere woorden goed voor een gesloten systeem van rechtvaardigingsgronden.³⁰¹

²⁹⁷ Hierboven hebben we gesteld dat deze elementen wel impliciet aanwezig zijn in het Nederlandse recht.

²⁹⁸ Voorbeelden zijn respectievelijk ras, homo- of heteroseksuele gerichtheid en onderscheid naar arbeidsduur.

²⁹⁹ Zie voor een discussie over wat dit betekent, met name voor het eenzijdig overheidshandelen, deel 2 van dit rapport.

³⁰⁰ Zie artikel 7 en 8 van de WGBH/CZ, Bij wijze van initiatiefwetsvoorstel ligt het plan voor om het terrein van het onderwijs toe te voegen. Zie Kamerstukken II 2005/06, 30 570 nr. 1-3.

³⁰¹ Bij gebruik van het woord discriminatie kan hetzelfde resultaat worden bereikt door te definiëren dat discriminatie ongelijke behandeling is en door vervolgens te bepalen dat bepaalde in de wet genoemde situaties geen discriminatie opleveren. Dit is het systeem dat in de EG-Richtlijnen wordt gevolgd. Zie par. 6.2.3.

Een tweetal elementen die wel in de Europese context expliciet worden genoemd (zie par. 3.2.2.) komt niet met zoveel woorden aan de orde in de Nederlandse wetgeving, te weten de *benadeling* en de *vergelijking*. Van beide elementen is in dit rapport aangegeven dat ze in feite wel aanwezig zijn in het Nederlandse gelijkebehandelingsrecht.

4.2 *Intermezzo: ongelijke behandeling en ongelijkheid*

De inhoud en de wijze van gebruik van het begrip ongelijke behandeling hebben we niet afzonderlijk kunnen onderzoeken in het kader van deze wetsevaluatie. Desondanks maken we er hier enkele opmerkingen over. Het begrip komt immers eveneens veelvuldig voor in de Nederlandse gelijkebehandelingswetgeving en de discussies daarover.³⁰² Het heeft, vooral door de sterke semantische verbinding die het heeft met het beginsel van gelijke behandeling of het gelijkheidsbeginsel, een minder neutrale klank dan het begrip onderscheid. Door deze verbinding staat gelijke behandeling namelijk van meet af aan in het licht van een bepaald doel, te weten het bijdragen aan meer *de jure* en/of *de facto* gelijkheid.³⁰³ Deze ‘doelverbinding’ spreekt niet uit het woord onderscheid. Ongelijke behandeling lijkt tegelijk een ruimer bereik en een minder pejoratieve klank te hebben dan discriminatie. Dit lijkt te worden veroorzaakt doordat bij gebruik van het begrip ongelijke behandeling de koppeling met bepaalde verdachte gronden minder sterk aanwezig is.³⁰⁴ Dit blijkt bijvoorbeeld uit de formulering van artikel 1 van de Grondwet, waarin in de eerste zin in zeer algemene bewoordingen ongelijke behandeling van eenieder verboden wordt. Pas daarna wordt dit ‘ingekleurd’ door in de tweede zin meer specifiek discriminatie *op bepaalde gronden* te verbieden, zij het dat uiteindelijk de lijst met gronden open wordt gelaten.

Een algemeen, ongeclausuleerd, verbod op ongelijke behandeling lijkt echter, evenmin als een ongeclausuleerd verbod op onderscheid, voor de hand te liggen. Door de semantische koppeling aan ‘gelijkheid’ is van meet af aan duidelijk dat een dergelijk verbod juist averechtse effecten zou kunnen sorteren. Veel (feitelijk ongelijke) situaties vragen immers juist om een ongelijke behandeling teneinde meer feitelijke gelijkheid of gelijke kansen te verwezenlijken. Het meest expliciet is deze discussie gevoerd bij de totstandkoming van de WGBH/CZ en bij de invoering van het nieuwe tweede lid van artikel 429quater Sr. In deze context is van meet af aan onderkend dat een verbod van onderscheid maken of ongelijke behandeling op zichzelf te beperkt is, tenminste wanneer dit verbod geen ruimte laat – of sterker: niet impliceert – dat in bepaalde gevallen juist een ongelijke behandeling (in de vorm van bijzondere aanpassingen) verplicht is.³⁰⁵

³⁰² Dit begrip komt ondermeer voor in de titulatuur van de gelijkebehandelingswetgeving en in de naam van de Commissie die zich met de beoordeling van dit type geschillen bezig houdt. De norm is echter – behoudens de uitzondering van het eerste deel van artikel 1 GW – niet geformuleerd in termen van een ‘recht op gelijke behandeling’ of een ‘verbod op ongelijke behandeling’.

³⁰³ Aan het woord gelijkheid besteden we hieronder nog enige aandacht.

³⁰⁴ We kennen niet het samengestelde woord ongelijke behandelingsgronden, terwijl we wel over non-discriminatiegronden spreken. Ook kennen we geen samengestelde woorden als rasseningelijke behandeling, terwijl we wel het woord rassendiscriminatie kennen.

³⁰⁵ Niet voor niets is zowel in de WGBH/CZ als in artikel 429quater lid 2 Sr opgenomen dat er een verplichting bestaat om doeltreffende aanpassingen te verrichten, mits dat redelijkerwijze geëist kan worden.

De meeste elementen die bij de bespreking van het begrip onderscheid werden genoemd, spelen eveneens een rol bij een verbod op ongelijke behandeling. Wellicht het enige verschil is dat de keuze van de gronden wat minder open zal liggen dan bij gebruik van het woord onderscheid omdat het begrip ongelijke behandeling met ongelijkheid en met een inbreuk op het gelijkheidsbeginsel lijkt te worden geassocieerd. Niet op een lijn te stellen met ‘ongelijke behandeling’ maar daar wel aan verwant is het begrip ‘ongelijkheid’. Dit speelt in het internationale debat met name een rol bij de vraag welke maatregelen genomen moeten worden tegen ‘gender inequality’.

De volgende woorden van Sophia Koukoulis Spiliatopoulos drukken treffend uit wat met dit concept bedoeld wordt: “The concept of ‘inequality’ is different in nature from and broader than the concept of ‘discrimination’. Gender inequalities are *de facto* situations affecting mainly women, due to ‘prejudices and stereotypes’ that, by infiltrating social and economic structures, made these inequalities structural and systemic. They subsist even after discriminatory provisions are repealed and formal gender equality is achieved, and they are often multiple. Thus, gender equality is a positive and pro-active constitutional principle, permeating all EU pillars, that is currently in force – not a mere prohibition of discrimination.”

Het begrip ongelijkheid heeft als voordeel boven ongelijke behandeling dat het ruimer lijkt, in die zin dat niet *per se* een vergelijking (met iemand die anders of beter wordt behandeld) nodig is, dat geen ‘benadeling’ hoeft te worden aangetoond en dat ook gelijke behandeling van ongelijke gevallen (welke in feitelijke ongelijkheid resulteert) daaronder begrepen lijkt te kunnen worden. Ongelijkheid lijkt echter geen begrip dat makkelijk te gebruiken is in een juridische verbodsbepaling. Zoals het citaat van Koukoulis Spiliatopoulos al aangeeft, is het meer een begrip dat als juridische of politieke grondslag wordt gebruikt voor een reeks van maatregelen, waaronder het verbieden van ongelijke behandeling of discriminatie.

4.3 Discriminatie

Het minst neutraal klinkt het begrip discriminatie. Hoewel discrimineren volgens het Nederlandse woordenboek (en ook in de Franse en Engelse taal) eveneens de neutrale inhoud van onderscheid maken (*‘faire une distinction’* of *‘to make a distinction’*) kan hebben, heeft dit begrip in de context van de uitwerking en toepassing van het juridische gelijkheidsbeginsel een sterk pejoratieve betekenis. Deze betekenis sluit aan bij die in het algemeen taalgebruik in Nederland geldt.³⁰⁶ Discriminatie is in die visie een inbreuk op het (van groot belang geachte) gelijkheidsbeginsel.

Het verband tussen een verbod op discriminatie en het gelijkheidsbeginsel wordt niet door alle auteurs op dezelfde wijze gelegd. Tobler stelt bijvoorbeeld dat er een intrinsiek verband is tussen gelijkheid en discriminatie: “The Court of Justice usually acknowledges this link by stating that a given non-discrimination provision is merely a specific enunciation of the Community’s general equality principle.”³⁰⁷ Over de aard van het verband verschillen echter de meningen.³⁰⁸ Sommige auteurs menen dat dis-

³⁰⁶ Zie ook de definitie uit *Van Dale*, zoals aangehaald in par. 2.1. Discrimineren wordt alleen in neutrale zin gebruikt als het gaat om onderscheid maken tussen voorwerpen.

³⁰⁷ Tobler 2005, p. 40.

³⁰⁸ Zie de door Tobler op p. 40 aangehaalde auteurs. Dit is echter vooral een theoretisch verschil van mening omdat – zoals we hebben geconstateerd – het Hof de termen gelijkheid en non-discriminatie door elkaar heen gebruikt.

criminatie slechts de negatieve keerzijde is van het gelijkheidsbeginsel; derhalve dat de medaille twee identieke zijden heeft. Anderen menen dat het gelijkheidsbeginsel tevens inhoudt dat er positieve verplichtingen bestaan en dat het derhalve meer eist dan uitsluitend een verbod op discriminatie. Dit verschil van inzicht sluit aan bij het verschil tussen een formeel en een materieel gelijkheidsconcept dat wij in de Inleiding (par. 1.3.) kort hebben besproken.

De in de inleiding van paragraaf 2 van dit deel gesignaleerde begripsverwarring is te verklaren omdat bij pogingen om het kale begrip onderscheid maken nader aan te kleden³⁰⁹ voortdurend wordt gerefereerd aan het begrip discrimineren of discriminatie. Op zijn beurt worden in ‘definities’ of pogingen tot begripsomschrijving van wat *discriminatie* is voortdurend de termen onderscheid en ongelijke behandeling gebruikt. In relatie tot discriminatie worden deze laatste begrippen echter nooit ‘kaal’ gebruikt maar altijd voorzien van adjectieven die een bepaalde inkleuring geven aan de aard van de behandeling. Discriminatie wordt dan omschreven als *ongerechtvaardigd* onderscheid of *ongerechtvaardigde* ongelijke behandeling, of als *benadelend* onderscheid of *benadelende* ongelijke behandeling. Voorts wordt vrijwel altijd in één adem met die norm de grond benoemd waarop discriminatie verboden zou zijn. Niet voor niets bestaan er goed ingeburgerde samengestelde woorden als ‘rassendiscriminatie’, ‘seksediscriminatie’ en (meest recent) ‘leeftijdscriminatie’. Op die wijze krijgt het begrip discriminatie een sterk pejoratieve betekenis.

Wat betreft het juridische begrip discriminatie kan niet gezegd worden dat er slechts één betekenis daarvan bestaat. Met uitzondering van het begrip discriminatie in het kader van het recht van de EU bestaan er een aantal opvallende verschillen tussen het begrip onderscheid, zoals dat in de context van de Awgb wordt gebruikt, en de discriminatieverboden in het nationale en internationale recht.

Wat betreft de *gronden* wordt een veel restrictiever beleid gevolgd als het om discriminatie gaat dan wanneer onderscheid aan de orde is. Op grond van de pejoratieve betekenis van het eerste begrip is er een zekere mate van consensus dat discriminatieverboden niet lichtvaardig moeten worden ingesteld. Het gaat, zoals uit een sprekend Frans citaat blijkt, om “une illégitimité de principe en fonction d’un jugement de valeur, d’une a priori d’ordre éthique.”³¹⁰ Wat een grond tot een ‘verdachte causa’ maakt is geen uitgemaakte zaak.³¹¹ Veel voorkomende formuleringen zijn dat het moet gaan om (vermeende) onaflegbare eigenschappen van (groepen van) mensen, om vooroordelen of stereotypen ten aanzien van mensen die deze eigenschappen bezitten, om systematische en structurele achterstelling of uitsluiting van deze mensen en om een vorm van bejegening of uitsluiting die de menselijke waardigheid of de persoonlijkheid aantast.³¹²

³⁰⁹ Hetgeen noodzakelijk is omdat het niet de bedoeling kan zijn om ieder verschil-maken te verbieden.

³¹⁰ Lochak, 1987, p. 779.

³¹¹ Met name in de discussies over de uitbreiding van de gronden in de strafrechtelijke discriminatieverboden is benadrukt dat dit mede afhankelijk is van wat op een bepaald moment maatschappelijk als discriminatie wordt gezien.

³¹² Of, in de woorden van de Raad van State in het advies over de Implementatienotitie: “Van discriminatie is sprake als onderscheid wordt gemaakt op bepaalde gronden. Onder deze gronden plegen menselijke eigenschappen of kenmerken van een specifiek, elementair karakter te worden genoemd, dat wil zeggen eigenschappen of kenmerken waarvan in het geheel geen afstand kan

Wat betreft het *bereik* van het non-discriminatierecht wordt daarentegen in het algemeen juist een veel ruimer beleid gevolgd dan bij het verbod op onderscheid: discriminatie zou altijd en overal verboden moeten zijn, hetgeen van een het maken van onderscheid juist niet gezegd kan worden.³¹³ Onderscheid maken behoort tot de menselijke vrijheden en mag niet lichtvaardig aan banden worden gelegd.³¹⁴ Discrimineren is zodanig verwerpelijk dat het altijd en overal verboden zou moeten zijn. De beperking tot bepaalde verdachte gronden in het geval van een discriminatieverbod brengt echter wel mee dat in een ander opzicht het bereik van het verbod sterk wordt beperkt.

Een discriminatieverbod wil zeggen dat alleen ongelijke behandeling die op de een of andere manier tot ‘verdachte’ gronden te herleiden valt (daarmee in causaal verband staat) verboden is. De opsomming van gronden mag dan in sommige verdragsbepalingen of grondwetsbepalingen niet limitatief zijn, toch wordt algemeen aangenomen dat de bescherming tegen discriminatie zich eerst en vooral dient uit te strekken tot die zaken die op een of andere manier verbonden zijn met kenmerken van mensen die voor hun identiteit bepalend zijn en/of die ze niet vrijwillig hoeven of kunnen afleggen. Dat geeft een eerste afbakening van het recht tot ‘ernstige gevallen’. Als bezwaar tegen het gebruik van het begrip onderscheid is onder andere door Holtmaat en door Alkema naar voren gebracht dat dit begrip deze beperking niet kent.³¹⁵ Een verbod op onderscheid kan daarentegen willekeurig welk gedrag betreffen, ook zaken die door velen als ‘triviaal’ worden bestempeld.³¹⁶ Exemplarisch zijn de discussies over de korte broek van de postbode en de medailles van de Nijmeegse Vierdaagse.³¹⁷ Mede daardoor ontstaat het gevaar dat het gelijkebehandelingsrecht zich als een olievlek uitbreidt.³¹⁸

Wat betreft de *rechtvaardigingsgronden* of *uitzonderingen* geldt dat deze in geval van discriminatie in het algemeen niet nauwkeurig worden omschreven. In bepaalde gevallen (met name bij ras) wordt echter gesteld dat iedere vorm van ongelijk behandelen

worden gedaan, of eigenschappen of kenmerken waarvan geen afstand kan worden gedaan zonder de eigen persoonlijkheid te beschadigen.” Kamerstukken II 2001/02, 28 187 A, p. 4

³¹³ Zie Holtmaat 2003.

³¹⁴ Dit vormt de kern van de discussies over de voorgestelde anti-discriminatiewetgeving in Duitsland. Met name op sociaal-economisch terrein zou een dergelijk verbod al snel indruisen tegen de contractsvrijheid. Ook in België is deze discussie met veel verve gevoerd. Zie de bijdragen in de bundel *Vrijheid en Gelijkheid; De horizontale werking van het gelijkheidsbeginsel en de nieuwe antidiscriminatiewet*. Maklu, Antwerpen – Apeldoorn 2003.

³¹⁵ Zie de bijdrage van deze beide auteurs aan de bundel ‘*Gelijkheid en (andere) grondrechten*.’ (a.w.)

³¹⁶ Alkema drukt zijn verontrusting over uit het feit dat de justitiabelen zich steeds gevoeliger betonen voor iedere vorm van ongerechtigheid / ongelijkheid uit door te stellen dat men zich gedraagt als de prinses op de erwt. Zie E.A. Alkema Preadvies NJV, *De reikwijdte van fundamentele rechten*, Handelingen NJV 1995-I, Tjeenk Willink, pag. 5–126, op pag. 96. Tegen trivialisering van het discriminatiebegrip heeft Burkens zich al in een vroeg stadium gekeerd. “Men trivialeert het begrip door het van toepassing te achten op elke vorm van categoriale benadeling. (discriminatie van automobilisten).” Burkens 1982, p. 63.

³¹⁷ Voorbeelden uit Cgb-Oordelen zijn ondermeer de zaak van het sporten in respectievelijk korte mouw (man) of mouwloos shirt (vrouw) (Oordeel 2002-130), de zaak van de korte broek bij de PTT (Oordeel 1999-56) en diverse zaken met betrekking tot arbeidsduur (bijv. Oordeel 2002-103) en personen die zich achtergesteld voelen terwijl ze in een uitstekende (dominante) maatschappelijke positie verkeren. (Oordeel 2001-90).

³¹⁸ Witteveen 2000.

op deze grond zozeer verdacht is dat het (vrijwel) automatisch als discriminatie gekwalificeerd moet worden. Dat wil zeggen: niet of nauwelijks gerechtvaardigd kan worden. Bij andere gronden (met name gronden als handicap of leeftijd) wordt gesteld dat juist dit zware, negatieve begrip er toe noopt dat bepaalde vormen van ongelijke behandeling of onderscheid niet zondermeer als discriminatie kunnen worden gekwalificeerd. In het geval van handicap omdat deze ‘eigenschap’ juist zou vragen om een zekere mate van ongelijke behandeling (met het oog op gelijkheid) en in het geval van leeftijd omdat dit in veel gevallen een rationeel en doelmatig middel zou zijn waarmee bepaalde categorieën van gerechtigden kunnen worden gecreëerd en afgebakend.

Een uitzondering op de ‘regel’ dat bij gebruik van het discriminatiebegrip nog open zou blijven welke situaties wel of niet gerechtvaardigd kunnen worden, is het gebruik van het discriminatiebegrip zoals dat vorm heeft gekregen in het recht van de EU. Daarin is dit begrip instrumenteel in een gesloten systeem van rechtvaardigingsgronden, althans voor zover het de meeste vormen van directe discriminatie betreft.³¹⁹ Dit ‘gesloten’ gebruik van het begrip discriminatie in het EU-recht is mogelijk omdat in de definitie daarvan nauw wordt aangesloten bij het begrip (on)gelijke behandeling en doordat de richtlijnen zelf nauwkeurig beschrijven welke situaties geen discriminatie in de zin van die definitie opleveren, danwel welke situaties een rechtvaardiging voor de ongelijke behandeling kunnen opleveren.

Wat betreft de *benadelingeis* geldt dat bij discriminatie dit kenmerk ruim wordt omschreven. Het gaat om iedere vorm van achterstelling, uitsluiting, beperking of bevoordeling waar mensen de dupe van kunnen worden. Wel is er een zeker verband vereist met de aantasting van bepaalde, van fundamenteel belang geachte rechten van mensen. Dit element dat, althans in de bewoordingen van de normstelling, ontbreekt aan het verbod op onderscheid in het Nederlandse recht, is met name in de normstellingen van het strafrecht (artikel 90quater) en van sommige delen van het internationale recht (artikel 14 EVRM en artikel 1 van het Rassenverdrag en het Vrouwenverdrag) van wezenlijk belang voor de bepaling van de inhoud van het discriminatiebegrip.

Het maken van een *vergelijking* lijkt – met uitzondering van het discriminatiebegrip zoals dat in het EG recht geldt – aan de andere kant weer niet constitutief voor wat discriminatie zou kunnen of moeten opleveren. Of de menselijke waardigheid door een bestreden regeling of een bepaalde bejegening is geschonden is niet afhankelijk van de vraag of een andere persoon die in vergelijkbare omstandigheden verkeert niet onder deze regeling valt of de bejegening niet heeft hoeven ondergaan.³²⁰

Tot slot bespreken we nog enkele kenmerken die vooral in relatie tot het discriminatiebegrip aan de orde zijn gekomen.

Dat gebruik van het begrip discriminatie altijd automatisch en dwingend zou meebrengen dat het om intentioneel (doelbewust) handelen zou moeten gaan is niet uit

³¹⁹ Uitzonderd zijn de grond leeftijd, arbeidsduur en type arbeidscontract.

³²⁰ Holtmaat noemt in haar Leidse oratie (Holtmaat 2004b, p. 6) het “I am a real bastard defense” dat in Engeland wel als verweer wordt gevoerd tegen een aanklacht met betrekking tot *harassment*. Omdat dit begrip is gedefinieerd in relatie tot het (EG-rechtelijke) verbod op ongelijke behandeling, kan de verweerder stellen dat hij zich niet schuldig maakt aan dit gedrag omdat hij iedereen, ongeacht ras of geslacht, even slecht behandelt.

jurisprudentie, literatuur of uit een taalkundige analyse van dit begrip af te leiden.³²¹ Soms wordt het echter wel verondersteld.³²² Het zou bij discriminatie gaan om ‘onjuist’ of ‘ongerechtvaardigd’ handelen (zelfs om ‘slecht’ of ‘moreel verwerpelijk’ handelen) dat je een persoon alleen mag aanwrijven als er bewijs voor is dat deze dit ook bewust zo heeft bedoeld of beoogd.³²³ In de strafrechtelijk context vindt deze uitleg een zekere grond in de literatuur over inhoud en strekking van dit specifieke discriminatieverbod, zoals we in paragraaf 2.3.3.5. hebben gezien. In de doctrine met betrekking tot het civielrechtelijke non-discriminatierecht wordt er – met name in de uitleg van het EG-recht, waar het begrip discriminatie eveneens centraal staat – van uit gegaan dat het bewijs van intentie tot discriminatie niet hoeft te worden geleverd, c.q. dat bewijs van de afwezigheid van intentie niet vrijpleit van discriminatie.³²⁴ Het gaat om het geobjectiveerde criterium dat een regeling, (be)handeling of bejegening discriminerend is wanneer naar algemene ervaring erkend wordt dat het *gevolg* daarvan is dat er een benadeling, intimidatie of uitsluiting heeft plaatsgevonden of kan plaatsvinden. Feitelijke vaststelling van dit effect is niet nodig, omdat het gaat om de vraag of de behandeling dit gevolg *kan* hebben.

4.4 Enkele voorlopige conclusies

Elementen die telkens terugkeren bij de bepaling van de inhoud van de begrippen discriminatie en onderscheid zijn de volgende:

- de mate van beladenheid of neutraliteit van het begrip
- de koppeling aan verdachte gronden of de koppeling aan alle mogelijke criteria
- de verbinding met het doel van bescherming van mensenrechten of met sociaal-economische doelen
- de onbeperkte of beperkte reikwijdte
- de openheid of de geslotenheid van het begrip

Op het eerste gezicht lijkt een duidelijk verschil in betekenis te zijn gegeven, waarbij discriminatie bij het eerste en onderscheid bij het tweede genoemde kenmerk hoort. Het onderzoek heeft echter aangetoond dat deze vermeende verschillen voor een groot deel moeten worden gerelativeerd. Onderscheid krijgt eveneens een sterk negatieve betekenis wanneer de wetgever dat begrip verbindt met bepaalde als verdacht aangemerkte gronden en stelt dat het moet gaan om ‘niet te rechtvaardigen’ onderscheid. Wat betreft de verbondenheid van het discriminatiebegrip met verdachte gronden of met bepaalde mensenrechtelijke doelstellingen: dit is lang niet bij alle discriminatieverboden het geval. Het voorbeeld bij uitsteking van een veel ruimere toepas-

³²¹ Doel of gevolg zijn wel onderdeel van de definities van seksuele intimidatie en intimidatie in de richtlijnen. Omdat het verbod (althans in de richtlijnen, wel in het Nederlandse recht) niet cumulatief maar nevenstellend geformuleerd is, is er niet het gevaar dat het slachtoffer niet aan de bewijslast kan voldoen dat opzet tot intimidatie moet worden bewezen. Zie hierover Holtmaat 2004c.

³²² Om deze reden heeft de CGB bezwaar gemaakt tegen het gebruik van het begrip discriminatie in de context van de Awgb. Zie hierover nader par. 6.4.3.

³²³ Dat dit zo wordt ervaren blijkt ook uit het rechtssociologisch onderzoek. Iets meer dan de helft van de ondervraagden (52%) zegt dat het voor hen geen verschil maakt of de term ‘onderscheid’ of ‘discriminatie’ wordt gebruikt; 41% vindt ‘discriminatie’ ernstiger dan ‘onderscheid’; 3% vindt ‘onderscheid’ ernstiger dan ‘discriminatie’; en 4% weet het niet of heeft geen mening. Zie deel 5 van dit evaluatie rapport.

³²⁴ Dit geldt zowel ten aanzien van directe als indirecte discriminatie. Zie Ellis 2005, p. 103.

sing van het discriminatiebegrip is het Europese recht dat dit begrip toepast op een breed scala van gronden en dat vooral economisch-instrumenteel van aard is. Voor het toepassingsbereik geldt iets dergelijks. Ten slotte kan zowel van discriminatie als van onderscheid gezegd worden dat het open of juist gesloten begrippen zijn. De conclusie moet zijn dat de betekenis van de begrippen als zodanig niet dwingend leidt tot een bepaalde keuze in de context van het bestaande Nederlandse gelijkebehandelingsrecht.

In paragraaf 2.4. werd reeds geconcludeerd dat de begrippen onderscheid en discriminatie in het Nederlandse gelijkebehandelingsrecht niet zo ver uit elkaar liggen als op het eerste oog lijkt. In par. 3.2.4. werd vervolgens geconcludeerd dat er een grote mate van overeenstemming bestaat tussen de inhoud van het Nederlandse verbod op onderscheid en het Europeesrechtelijke verbod op discriminatie.³²⁵

Hier gaan we nader in op de consequenties die deze constatering op *het vlak van de geconstateerde inhoud van deze begrippen* zouden kunnen hebben voor de begripskeuze. De juridische aspecten van deze keuze worden behandeld in hoofdstuk 6.

Hoewel naar de letter genomen in de gelijkebehandelingswetten alleen over een verbod op *onderscheid* wordt gesproken is het feitelijk zo dat in de Nederlandse gelijkebehandelingswetgeving grotendeels aan de ‘definitie’ van een discriminatieverbod is voldaan, zeker wanneer de wat ‘kale’ en de vrijwel ‘gesloten’ definitie van de EG-richtlijnen als ijkpunt wordt genomen.³²⁶ Maar ook bij discriminatiebepalingen in wat ruimere zin (dat wil zeggen: meer uitdrukkelijk mensenrechtelijk ingevuld en meer ‘open’ geformuleerd) is er wel degelijk aansluiting. Op zeer veel plaatsen in de wetgevingsgeschiedenis is namelijk gesteld dat het vanzelfsprekend de bedoeling is om alleen *ongerechtvaardigd* onderscheid te verbieden. Op veel andere plaatsen wordt in de toelichtingen en discussies bovendien een verbinding gelegd met het begrip discriminatie uit de Grondwet of uit internationale verdragen en wordt daarbij opgemerkt dat de bedoeling van het verbod op onderscheid is om inbreuken op de menselijke waardigheid of op de persoonlijkheid van mensen tegen te gaan.

De regering geeft tot nu toe voorkeur aan het begrip onderscheid omdat dit begrip ‘neutraal’ zou zijn, maar geeft tegelijk voortdurend aan dat dit begrip verbonden is met andere wel sterk normatief ingekleurde begrippen in dit discours, met name met het discriminatiebegrip. De Raad van State concludeert daarom onzes inziens terecht dat in de Nederlandse wetgeving een sterk normatief gekleurd discriminatiebegrip wordt uitgewerkt door middel van het neutraal klinkende begrip ‘onderscheid maken’.³²⁷ Men zou dit ook kunnen omdraaien: een neutraal klinkend begrip onderscheid krijgt een sterke normatief geladen uitwerking doordat het nader wordt afgebakend met het adjectief ‘ongerechtvaardigd’ en wordt verbonden met het begrip discriminatie. Hieruit kan (mede) afgeleid worden dat de wetgever in de Awgb en de aanverwante wetten een tenminste gelijk normatief effect beoogt te bewerkstelligen met het verbod op het maken van onderscheid, dan wanneer het begrip discriminatie

³²⁵ Wij herinneren er aan dat deze conclusie geldt voor zover het gaat om het begrip directe discriminatie. Naar het begrip indirecte discriminatie is niet afzonderlijk onderzoek gedaan.

³²⁶ Zie de conclusies bij par 3.2.4. over het discriminatiebegrip in het Europese recht.

³²⁷ Advies van de Raad van State op het wetsvoorstel Implementatiewet, Kamerstukken II 2001/02, 28 187, A, p. 4. Deze tegenstelling wordt ook geconstateerd in Wentholt 1999, p. 91.

zou zijn gebruikt.³²⁸ Op grond van het bovenstaande zou de conclusie kunnen luiden dat er begripsmatig gezien weinig in de weg staat aan het gebruik van het woord discriminatie in de Awgb (en aanverwante wetgeving) en dat – teneinde op betere wijze uit te drukken wat men eigenlijk beoogt – het begrip discriminatie de voorkeur zou verdienen.

Deze conclusie is echter iets te makkelijk. Er zijn immers ook enkele belangrijke verschillen tussen enerzijds strekking en reikwijdte de Nederlandse gelijkebehandelingswetgeving en de Europeesrechtelijke gelijke behandelingsrichtlijnen en anderzijds een meer ‘algemene’ invulling van het begrip discriminatie die niet onvermeld mogen blijven. Het begrip discriminatie heeft buiten de context van het Europese gelijkebehandelingsrecht een sterk negatieve connotatie, juist omdat het doorgaans in één adem wordt gekoppeld aan bepaalde ‘verdachte gronden’. Om die reden (en dat is een volgend verschil in betekenis) wordt het discriminatieverbod in het algemeen tegelijkertijd gekoppeld aan sterk normatief geladen noties als bescherming van de menselijke waardigheid. Dat leidt er tevens toe dat er wat betreft het bereik van dit verbod in het algemeen geen enkele beperking geldt: discriminatie is altijd en overal verderfelijke, zowel als het om verticale als horizontale relaties gaat en in elk bereik van het menselijk leven. Om de zwaarte van de norm aan te zetten wordt verder een inhoudelijke koppeling gemaakt met de schending van mensenrechten.

Dit alles nu, is bij een verbod op onderscheid of ongelijke behandeling niet of althans niet automatisch aan de orde. Het bereik van dit verbod is in Nederland beperkt tot bepaalde sectoren van het sociaal en economisch leven, de aard van de schending van het belang wordt niet gespecificeerd en het verbod op onderscheid geldt niet uitsluitend als het gaat om ‘verdachte’ gronden. Ook onderscheid op gronden als de arbeidsduur en het type arbeidscontract is verboden in gelijkebehandelingswetgeving. Daarnaast zijn er gronden, zoals leeftijd of burgerlijke staat, waarvan vrij algemeen wordt aangenomen dat onderscheid of ongelijke behandeling op dergelijke gronden van een andere orde is dan onderscheid of ongelijke behandeling op gronden als ras, sekse of seksuele geaardheid.³²⁹

³²⁸ Zie ook Advies van de Raad van State op het wetsvoorstel Implementatiewet, Kamerstukken II 2001/02, 28 187, A, p. 4 en de Notitie van de regering voorafgaand aan de Implementatiewet, Kamerstukken II 2001/02, 28 187, nr. 1, p. 6.

³²⁹ Zie wat betreft leeftijd Evert Alkema, ‘Gelijkheid binnen het recht’ (a.w.) p. 61. Zie ook Holtmaat 2003, die zich een felle tegenstander van het gebruik van het begrip leeftijdsdiscriminatie heeft betoond. Bij de behandeling van het wetsvoorstel Awgb drukte Minister Dales zich als volgt uit: “Leeftijd is geen bij voorbaat verdacht criterium.” Handelingen II 10 februari 1993, p. 47-3505. Dit standpunt is herhaald in de toelichtende stukken bij de WGL. Zie bijvoorbeeld Kamerstukken II 2002/03, 28 170, nrs 1-3, p. 12; Kamerstukken II 2002/03, 28 170, nr. 4, p. 14 en Kamerstukken II 2002/03, 28 170, nr. 5, p. 22. Dat leeftijd niet een in dezelfde mate als ras of geslacht een verdachte grond is, is ook in jurisprudentie van bijvoorbeeld het Amerikaanse Supreme Court erkend. Dat wil zeggen dat volgens dit gerechtshof de rechtvaardigingsgronden daarvoor niet met dezelfde “razorlike precision” hoeven te worden getoetst. Zie *Kimel v. Board of Regents* 528 U.S. 62 (2000). “The rationality commanded by the Equal Protection Clause does not require States to match age distinctions and the legitimate interests they serve with razorlike precision. Rather, a State may rely on age as a proxy for other qualities, abilities, or characteristics that are relevant to the State’s legitimate interests. That age proves to be an inaccurate proxy in any individual case is irrelevant.” Wat betreft de gronden als deeltijd en burgerlijke staat dient niet vergeten te worden dat deze in de wetgeving terecht zijn gekomen omdat op deze gronden vaak indirect onderscheid op grond van geslacht werd gemaakt. Zo lang het verbod op indirect onderscheid nog niet goed in

In het geval het de bedoeling is van de Nederlandse wetgever om alle gelijkebehandelingswetgeving zonder uitzondering te integreren in één (vernieuwde) Awgb is het om deze laatste redenen kwestieus of het begrip onderscheid wel kan worden vervangen door het begrip discriminatie. In dat geval worden immers ook gronden meegenomen die zeker niet algemeen als ‘verdacht’ worden aangemerkt. Verder komt , als discriminatie het kernbegrip van de integratiewet zou worden, wellicht opnieuw ter discussie te staan of het wel legitiem is het verbod te beperken tot bepaalde sectoren van het sociaal en maatschappelijk leven.

de wet en in de jurisprudentie was uitgekristalliseerd was het veiliger om uitdrukkelijk te bepalen dat deze vormen van onderscheid eveneens verboden waren.

Hoofdstuk 5

Opmerkingen van rechtsvergelijkende aard

Voor zover bekend hebben, met uitzondering van Nederland en Duitsland, alle EU-Lidstaten bij de implementatie van de Rasrichtlijn en de Kaderrichtlijn in hun nationale anti-discriminatiewetgeving of gelijkebehandelingswetgeving de terminologie van het EG-recht op dit punt gevolgd.³³⁰ Dat betekent dat in vrijwel alle Lidstaten een vertaling in de landstaal van het woord discriminatie in de normstelling van de betreffende wetgeving is opgenomen. In dit hoofdstuk bespreken we op zeer beknopte wijze wat het gebruik van dit woord betekent in België, het Verenigd Koninkrijk en Frankrijk. Daarnaast bespreken we de situatie in Duitsland, waar tot op heden nog geen implementatiewetgeving is aangenomen.³³¹

5.1.1 België

In België heeft omtrent de te gebruiken terminologie geen discussie plaatsgevonden bij de totstandkoming van de Anti-discriminatiewet uit 2003. “De reden hiervoor is waarschijnlijk omdat binnen de Belgische rechtspraktijk algemeen wordt aangenomen dat het begrip discriminatie synoniem is voor een *verboden* onderscheid of verschil in behandeling en dat er bijgevolg ook *toegelaten* vormen van onderscheid bestaan, die geen discriminatie uitmaken. Het begrip ‘onderscheid’ wordt in België, met andere woorden, gebruikt als een verzamelterm voor differentiërend handelen ongeacht de vraag of die differentiatie geoorloofd is.”³³² Volgens Vrieling e.a. is “(...)de sterk ingeburgerde rechtspraak van het Arbitragehof (...) in hoge mate verantwoordelijk voor het doen ingang vinden van het begrip discriminatie in het gelijkebehandelingsrecht.” Dit Arbitragehof definieert het gelijkheidsbeginsel als volgt: “De grondwettelijke regels van de gelijkheid en de niet-discriminatie sluiten niet uit dat een verschil in behandeling tussen categorieën van personen wordt ingesteld, voor zover dat verschil op een objectief criterium berust en het redelijk verantwoord is. Het bestaan van een dergelijke verantwoording moet worden beoordeeld rekening houdend met het doel en de gevolgen van de betwiste maatregel en met de aard van de terzake geldende beginselen; het gelijkheidsbeginsel is geschonden wanneer vaststaat dat er geen redelijk verband van evenredigheid bestaat tussen de aangewende middelen en het beoogde doel.”³³³ In een arrest van 1991 werd dit op de volgende wijze aangevuld: “Het bestaan van een dergelijke verantwoording moet worden beoordeeld, rekening houdend met het doel en de gevolgen van de bestreden maatregel en met de aard van de in het geding zijnde beginselen (...)”.³³⁴ In 1994, tenslotte

³³⁰ Zie de verslagen over de implementatie door de Lidstaten van de experts van het door de Europese Commissie ingestelde Network of legal experts in the non-discrimination field, te vinden op <http://www.migpolgroup.com/documents/3169.html>

³³¹ In mei 2006 is door de nieuwe ‘grote’ coalitie een nieuw wetsvoorstel naar het parlement gestuurd. In grote lijnen stemt dit overeen met het door de Groen-Rode coalitie eerder ingediend wetsvoorstel dat met de regeringswisseling werd ingetrokken. Zie hieronder, par. 4.4.

³³² Vrieling, De Prins en Sottiaux 2004.

³³³ Arbitragehof nr. 21/89, 13 juli 1989, B.4.5.b. (schorsingsarrest) en Arbitragehof nr. 23/89, 13 oktober 1989, B.1.3. (vermietingsarrest) Hier geciteerd als aangehaald door Dajo De Prins, Stefan Sottiaux en Jogchum Vrieling, *Handboek discriminatierecht*, Kluwer, Mechelen 2005, p. 246 e.v.

³³⁴ Arbitragehof 43/90, 14 november 1991, B.2.

stelde het Hof: “De grondwettelijke regels van de gelijkheid en de niet-discriminatie sluiten niet uit dat een verschil in behandeling tussen categorieën van personen wordt ingesteld, voor zover dat verschil op een objectief criterium berust en het redelijk verantwoord is.”³³⁵ Voor het laatste deel van de definitie wordt soms een enigszins afwijkende formulering gebruikt: “het gelijkheidsbeginsel is geschonden wanneer vaststaat dat de aangewende middelen redelijkerwijze niet evenredig zijn met het beoogde doel”.³³⁶

Daarmee is volgens diverse auteurs door de Belgische wetgever (bewust) aangesloten bij de jurisprudentie van het Arbitragehof en het EHRM, in plaats van bij die van het HvJ EG.³³⁷

Dit betekent dat er in België – aansluitend bij deze begripskeuze – een definitie van discriminatie in de wet is opgenomen die ruimte laat voor open systeem van toetsing.³³⁸ Een belangrijke reden waarom de Belgische regering koos voor een dergelijk open systeem was dat de lijst van non-discriminatiegronden in de Belgische wet bijzonder lang was.³³⁹ Tegelijk is echter, voor het terrein van de betaalde arbeid, wel degelijk een beperking aangebracht in de mogelijke rechtvaardigingsgronden die men kan inroepen, in die zin dat gesteld is dat alleen een wezenlijke beroepsvereiste een uitzondering vormt op het beginsel van gelijke behandeling.³⁴⁰ Een totale openheid van het toetsingssysteem bestaat daarmee alleen voor zover het gaat om rassendiscriminatie op de overige terreinen die door de Rasrichtlijn worden bestreken. De Europese Commissie heeft ter zake vragen gesteld aan de Belgische regering. Op dit moment wordt de anti-discriminatiewetgeving in zijn geheel herzien. Het punt van de openheid of de geslotenheid van het systeem is daarbij een van de aandachtspunten.³⁴¹

³³⁵ Arbitragehof nr. 1/94, 13 januari 1994, B.2.3.

³³⁶ Zie De Prins e.a. (a.w.)

³³⁷ Zie De Prins e.a. (a.w. en Burri & Dorsemont (a.w.)). Vrielink e.a. stellen dat in de jurisprudentie van het HvJEG discriminatie en onderscheid als synoniem worden beschouwd. Waarschijnlijk bedoelen ze discriminatie en ongelijke behandeling. Zie hierover par. 3.2.2..

³³⁸ Artikel 2 lid 1 van de Belgische Anti-discriminatiewet definieert discriminatie als een verschil in behandeling dat niet objectief en redelijkerwijze wordt gerechtvaardigd en dat rechtstreeks is gebaseerd op een van de in die wet genoemde gronden. Zie hierover ook Susanne Burri & Philip Dorsemont: ‘The transposition of the Race Directive (2000/43/EC) and the Framework Directive on Equal Treatment in Employment (2000/78/EC) into Dutch and Belgian Law’, in: *International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations*, Volume 21/4, 2005, p. 537-570, op p. 555.

³³⁹ Deze lijst omvat, behalve de zogenoemde artikel 13 gronden, ook zaken als geboorte en welstand of vermogen. Als gevolg van de partiële onverbindend verklaring door het Belgische Constitutionele Hof op 6 oktober 2004 is de lijst met non-discriminatiegronden verdwenen uit de Belgische anti-discriminatiewet. Daarmee geldt dit open systeem nu voor onbeperkt aantal gronden van discriminatie.

³⁴⁰ Informatie verstrekt door prof. Olivier de Schutter, Faculté de Droit de l’UCL, Louvain-la-Neuve, tevens lid van het Network of legal experts in the non-discrimination field van de Europese Commissie.

³⁴¹ Informatie per e-mail verstrekt door Jogchum Vrielink, Katholieke Universiteit van Leuven en Olivier de Schutter (zie hiervoor).

5.2 *Het Verenigd Koninkrijk*

Soms wordt door de voorstanders van het gebruik van het woord onderscheid be-
toogd dat dit een correcte vertaling zou zijn van het Engelse woord *discrimination*, dat
een veel algemener en neutraler woord is dan discriminatie in het Nederlands.³⁴² Het
zou in wezen niet veel anders betekenen dan “differentiation”, dat wil zeggen: het
maken van onderscheid. Door verschillende experts op het gebied van het non-
discriminatierecht uit het Verenigd Koninkrijk is evenwel aangegeven dat in dit land
het gebruik van de term *discrimination* in de context van hun Equal Treatment Laws
wel degelijk een sterk negatieve connotatie heeft. Zo schrijft prof. Christopher
McCrudden, een vooraanstaand expert op dit terrein in het VK: “ We talk about
someone having a discriminating palate, meaning that they are good at judging wine,
and so on. Used in the legal sense, as in anti-discrimination legislation, it clearly does
have a pejorative connotation, and quite a strong one. It could, for example, amount
to defamation. There has not, however, been much if any debate about using an-
other term than discrimination because of that pejorative connotation. The debate,
rather, has been about how far we should supplement the use of discrimination with
other obligations of a more positive kind, and there has been much debate about us-
ing “equality of opportunity”, for example, in that context.”³⁴³

Mark Bell voegt hier aan toe dat het gebruik van het woord discriminatie in de con-
text van het Britse gelijkebehandelingsrecht niet betekent dat er sprake moet zijn van
een kwaadaardige opzet. “Case-law has clarified that there is no need to demonstrate
a malicious intent or motive in order to establish the existence of direct discrimina-
tion (or indirect discrimination of course).” Deze expert wijst er op dat er – voor zo-
ver het gaat om het invullen van het discriminatiebegrip – een verschuiving heeft
plaatsgevonden van het vaststellen van ‘disparate treatment’ (nadelige behandeling)
naar ‘disparate impact’ (nadelige gevolgen).³⁴⁴

5.3 *Frankrijk*

Het woord *discriminer* heeft in het Frans etymologisch gesproken de betekenis van
“(...) faire une distinction entre des objects, établir entre eux une séparation, une dif-
férenciation à partir de leurs traits distinctifs.”³⁴⁵ Als juridisch begrip beperkt discri-

³⁴² Zie bijvoorbeeld het verslag van de Expertmeeting *Gelijk zijn, gelijk krijgen?*, (Expertmeeting over de implementatie van de EG-richtlijnen, gehouden op 27 februari 2003, Rotterdam), LBR, maart 2003, p.3. Zie ook Wentholt 1999.

³⁴³ E-mail bericht van Prof. McCrudden, Oxford University. Een vergelijkbaar bericht ontvingen wij van Prof. Tamara Hervey, School of Law, University of Nottingham: “Discrimination has both meanings in English – a discriminating individual could be one that makes differences or distinctions, implying that they are able to differentiate between people or things and pick the best, based on an enhanced ability to see differences, or could mean a person who treats people differently because of feelings or prejudices. In the latter sense, its use is definitely pejorative. In the context of equal treatment legislation the word has this last meaning.” Berichten met een identieke strekking hebben we ontvangen van de andere UK- experts van het *EU-Network of legal Experts in the Non-Discrimination Field*, Colm O’Cinneide en Mark Bell, en van prof. Sandra Fredman, Oxford University.

³⁴⁴ Mark Bell in een e-mail bericht naar aanleiding van een vraag van ons. Bij deze passage van zijn bericht verwijst hij naar de verschuiving die eveneens in het Amerikaanse recht heeft plaatsgevonden in verband met het begrip ‘indirecte discriminatie’.

³⁴⁵ Lochak 1987, p. 778.

minatie, zo blijkt uit Franse literatuur, zich uitsluitend tot die vormen van onderscheid waarvan de *wet* uitdrukkelijk stelt dat ze discriminatie opleveren.³⁴⁶ De praktijk dat het begrip nogal eens losjes wordt gebruikt als een synoniem voor onderscheid maken of ongelijke behandeling verdient daarom volgens Franse auteurs sterke afkeuring. Zo definieert Lochak discriminatie als “(...) toute difference de traitement et même toute inégalité de traitement n’est pas constitutive d’une discrimination: elle ne le devient que si elle apparaît illégitime”.³⁴⁷ Onwettig is een onderscheid of een ongelijke behandeling pas als het arbitrair is. In dezelfde zin stelt Rongere: “La discrimination est toujours une difference de traitement arbitraire, contraire au droit.”³⁴⁸ Sommige onderscheidingen tussen groepen zijn door de wetgever tot ‘per definitie’ arbitrair, ergo onwettig verklaard: “(...) elles sont frappées d’une illégitimité de principe en fonction d’un jugement de valeur, d’une *a priori* d’ordre éthique: ainsi on va-t-il des distinctions fondées sur la race ou la couleur de peau.”³⁴⁹

Het begrip discriminatie komt zowel in de anti-discriminatiebepalingen in de *Code de Travail* als in die in de *Code Penal* voor.³⁵⁰ Het discriminatieverbod in horizontale verhoudingen geldt een beperkt aantal gronden en voor een beperkt aantal terreinen van het maatschappelijk leven.³⁵¹ Volgens Franse experts op dit terrein moet dit pejoratief gebruikte begrip zodanig uitgelegd worden dat *ieder onderscheid* op de in de wet genoemde terreinen en gronden verboden is. “En France on utilise le terme discrimination. Les distinctions sont possibles mais pas les discriminations qui sont connues de manière péjorative. Une discrimination est affaire de motif.”³⁵² Met deze laatste uitdrukking wordt bedoeld dat de grond waarop het onderscheid is gemaakt (ras, geslacht, et cetera) van doorslaggevend belang is.³⁵³

Een intentie om te discrimineren is niet vereist in het civiele non-discriminatierecht, wel in de context van de strafvervolgning wegens discriminatie.³⁵⁴

³⁴⁶ Informatie van Hélène Masse-Dessen in een e-mail bericht: “No doubt that, in french law, discrimination is not “neutral” but has a very precise definition. A discrimination is a differentiation prohibited by law.” Dat wil zeggen dat het een declaratoir begrip is, zoals ook door Van der Neut ten aanzien van het strafrechtelijk discriminatiebegrip in Nederland wordt benadrukt.

³⁴⁷ Lochak 1987, p. 778, zoals geparafraseerd door Masse-Dessen.

³⁴⁸ P. Rongere, ‘A la recherche de la discrimination introuvable’, *DROIT SOCIAL* 1990 p. 99.

³⁴⁹ Lochak 1987, p. 779.

³⁵⁰ De *Code de Travail* spreekt in artikel L.122-45 over “faire l’objet d’une mesure discriminatoire, directe ou indirecte”. De *Code Penal* spreekt in artikel 225-1 van “Constitue une discrimination toute distinction opérée entre les personnes physiques à raison de leur origine, de leur sexe, de leur situation de famille, et cetera.”

³⁵¹ Zie met name het artikel van Lohack voor een fundamentele beschouwing over de rechtsgronden voor de wetgever om in te grijpen in deze verhoudingen als het om discriminatie gaat.

³⁵² E-mail bericht van Marie-Thérèse Lanquetin, voormalig lid van “The Commission’s Network of legal experts on the application of Community law on equal treatment between women and men.”

³⁵³ Lanquetin: “Nous avons un principe général d’égalité de rémunération en droit français. Si ce principe est croisé avec un motif (sexe, race) on parle de discrimination. S’il n’y a pas de motif prohibé, on parle d’égalité de traitement. Il y a cependant quelques arrêts qui font la confusion.”

³⁵⁴ Informatie, per e-mail verstrekt door Sophie Hélène Masse-Dessen Avocat au Conseil d’Etat et à la Cour de Cassation en lid van het Gender Equality Network van de Europese Commissie, idem van Marie-Thérèse Lanquetin (zie vorige noot) en Sophie Latraverse, lid van van het EU Network of Legal Experts in the Non-discrimination Field.

Het lijkt er dus op dat in het Franse recht het begrip discriminatie wordt gebruikt, terwijl tegelijk er een gesloten systeem van rechtvaardigingsgronden bestaat.³⁵⁵

5.4 Duitsland

In Duitsland is nog geen wetgeving ter implementatie van de EG-richtlijnen tot stand gebracht. Tijdens de regering van de Rood-Groene coalitie lukte het niet tot overeenstemming te komen over de door de Groenen ontworpen antidiscriminatiewet. Het meest opmerkelijke verschil tussen het eerdere Rood-Groene wetsvoorstel en het nieuwe wetsvoorstel van de 'grote coalitie' is dat de titel is veranderd van *Anti-Diskriminierungsgezet* in *Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz*. Voor het overige is volgens onze informanten de inhoud van het voorstel niet wezenlijk aangepast.³⁵⁶

Een van de discussiepunten in dit land is de vraag of het woord discriminatie in de gelijkebehandelingswetgeving moet worden gebruikt. Daartegen is door de Duitse regering bezwaren gemaakt vanwege het sterk pejoratieve karakter van deze term, waarna men heeft gekozen voor het meer neutraal klinkende *benachteiligung*.³⁵⁷ In deze term komt evenwel wel een belangrijk element van de definitie in de Richtlijnen tot uitdrukking: dat het moet gaan om een (ongelijke) behandeling die tot benadeling leidt. Een andere reden die wordt genoemd waarom voor *benachteiligung* zou zijn gekozen, is dat daarmee voorkomen wordt dat men moet erkennen dat discriminatie in de Duitse samenleving werkelijk een probleem vormt.³⁵⁸

De voorstanders van het gebruik van de term *benachteiligung* voeren voorts aan dat dit een goede weerspiegeling vormt van wat in het EG recht eigenlijk is bedoeld, namelijk alleen die vormen van ongelijke behandeling te verbieden waardoor bepaalde groepen worden benadeeld.³⁵⁹ Daarmee zou beter tot uitdrukking worden gebracht dat ook de EG-richtlijnen uitgaan van een asymmetrische uitleg van het gelijkheidsbeginsel.³⁶⁰

³⁵⁵ Wij drukken ons hier voorzichtig uit omdat een diepgaand onderzoek naar het Franse recht in het kader van dit onderzoek niet mogelijk was.

³⁵⁶ Mondelinge informatie van Dr. Heiner Bielefeldt, directeur van het Deutsches Menschenrechteninstitut in Berlijn. Zie ook de vergelijking tussen de twee voorstellen, opgesteld door de Duitse vakcentrales (in bezit van de auteurs van dit rapport).

³⁵⁷ Het laatste voorstel (van de nieuw 'grote' coalitie dateert van mei 2006. Daarin wordt 'benachteiligung' als volgt gedefinieerd: Eine unmittelbare Benachteiligung liegt vor, wenn eine Person wegen eines in § 1 genannten Grundes eine weniger günstige Behandlung erfährt, als eine andere Person in einer vergleichbaren Situation erfährt, erfahren hat oder erfahren würde. Eine unmittelbare Benachteiligung wegen des Geschlechts liegt in Bezug auf § 2 Abs. 1 Nr. 1 bis 4 auch im Fall einer ungünstigeren Behandlung einer Frau wegen Schwangerschaft oder Mutterschaft vor." Ook de termen *unterschiedliche Behandlung* en *Ungleichbehandlung* komen in de voorstellen voor een Duitse anti-discriminatiewet voor. Informatie per e-mail verkregen van prof. Dagmar Schiek Universiteit van Oldenburg en lid van het Gender Equality Network van de Europese Commissie en Dr. Matthias Mahlmann, Vrije Universiteit Berlijn en lid van het EU Network of Legal Experts in the Non-discrimination Field. Het tijdsbestek voor dit evaluatieonderzoek liet niet toe dat een zelfstandig grondig onderzoek werd gedaan naar de in Duitsland op dit punt gevoerde discussies.

³⁵⁸ Informatie per e-mail, verstrekt door Dr. Heiner Bielefeldt, directeur van het Duitse Menschenrechten Instituut in Berlijn.

³⁵⁹ Informatie per e-mail verstrekt door Dagmar Schiek.

³⁶⁰ Onzes inziens is dit een geen correcte uitleg van het gebruik van een asymmetrische benadering. Zie over dit punt ook par. 6.2.4.. Op de inhoud van dit begrip zijn we in par. 1.3. van dit deel kort ingegaan.

5.5 *Samenvatting*

In België, Frankrijk en het Verenigd Koninkrijk wordt in de gelijkebehandelingswetgeving het (pejoratief ingekleurde) begrip discriminatie gebruikt. In zowel Frankrijk als het VK is de juridische kwalificatie van welke (ongelijke) behandeling of bejegening als 'discriminatie' geldt daarbij leidend. In België lijkt een meer open systeem te bestaan waarbij niet op voorhand vaststaat wat wel en niet doorgaat voor discriminatie. In Duitsland bestaat nog geen gelijkebehandelingsrecht ter uitvoering van de EG-richtlijnen. In dit laatste land blijkt een grote weerstand te bestaan tegen het gebruik van het begrip discriminatie. In afwijking van het Europese begrippenkader wordt daar voorgesteld het woord *benachteiligung* als kernbegrip in de verbodsbepaling op te nemen. Conclusies kunnen op dit stuk niet worden getrokken; daarvoor zou een veel diepgaander studie naar het de constructie van het discriminatieverbod in deze landen – en de rol die het woord discriminatie daarin speelt – moeten worden uitgevoerd.

Hoofdstuk 6

Juridische aspecten bij begripskeuze en handhaving

6.1 Inleiding

Het tweede hoofdonderdeel van deze studie betreft de vraag welke juridische aspecten vast zitten aan de kwestie welk begrip het meest geschikt of geëigend is om bepaalde de wetgever onwettige regelingen, (be)handelingen of bejegeningen te verbieden. Welk begrip – waarvan we de inhoud / strekking in de voorafgaande hoofdstukken hebben proberen te traceren – is met andere woorden het meest geschikt om dienst te doen in een juridische constructie waarin aan een dergelijk verbod is opgenomen. Zoals we in de Inleiding (par 1.3) reeds hebben aangekondigd staan we in het laatste hoofdstuk van dit deelrapport daarom stil bij de vraag aan welk begrip vanuit juridisch oogpunt de voorkeur gegeven zou moeten of kunnen worden. We beginnen de bespreking met de juridische kwestie die ook in de algemene vraagstelling van dit onderzoek voorop staat: welk begrip zou vanuit het oogpunt van een correcte implementatie van het EG-recht de voorkeur verdienen? Daarna gaan we over tot het tweede aspect van de algemene vraagstelling: welke consequenties kan de begripskeuze hebben voor de wijze van toetsen of er sprake is van een door de wet verboden regeling of een verboden regeling, (be)handeling of bejegening? ³⁶¹ Tot slot komen nog enkele daaraan gerelateerde kwesties aan de orde, zoals de vraag of de keuze contextafhankelijk is en de vraag of de wenselijkheid van interne consistentie in het recht meebrengt dat slechts één begrip kan worden gebruikt. We hebben in de Inleiding reeds uiteengezet dat we deze laatste aspecten niet uitputtend en diepgaand zullen behandelen. Daardoor draagt deze bespreking het karakter van een signalering dat bepaalde vraagpunten verbonden zijn met deze keuze. Op al deze punten is nader onderzoek geïndiceerd

6.2 De aansluiting bij het EU-recht ³⁶²

De eerste vraag uit de algemene vraagstelling die wij meekregen voor dit deel van het onderzoek heeft betrekking op de verenigbaarheid van de begripskeuze in Nederland met het recht van de EU. Uit de beschrijving van de inhoud die het begrip discriminatie in die context heeft en de evaluatie daarvan (par. 3.2.4.) is reeds het een en ander af te leiden op dit punt. Op deze plaats werken wij deze vraag nader uit aan de hand van een nadere analyse van het Europese recht op dit punt.

6.2.1 Voorafgaande opmerkingen

Het is juridisch correct, zoals de regering stelt in de Implementatienotitie, dat het communautaire recht op zichzelf niet verplicht tot het overnemen van precies dezelfde bewoordingen van de richtlijnen, mits de volledige toepassing van de richtlijnen daadwerkelijk verzekerd is. ³⁶³ Dit volgt onmiddellijk uit de bewoording van art. 249

³⁶¹ Met deze formulering stellen we de keuze nog even uit.

³⁶² Deze paragraaf is geschreven in nauwe samenwerking met Prof. Christa Tobler, Hoogleraar Europees Recht, Universiteit van Basel, Zwitserland en medewerker van het Europa Instituut te Leiden, waarvoor onze hartelijke dank Vanzelfsprekend komt de inhoud geheel voor rekening van de auteur van dit deelrapport.

³⁶³ Zie de Implementatienotitie, Kamerstukken II, 28 187 nr 1, p. 6 en het Advies van de Raad van State, Kamerstukken II, 28 187, A, p. 4.

EG: een richtlijn is “verbindend ten aanzien van het te bereiken resultaat voor elke lidstaat waarvoor zij bestemd is, doch aan de nationale instanties wordt de bevoegdheid gelaten vorm en middelen te kiezen”. Als een lidstaat niet voldoet aan de verplichting tot correcte omzetting van een richtlijn kan de Europese Commissie stappen zetten die uiteindelijk tot een infractieprocedure (ex art. 226 EG) kunnen leiden.

Tot nu toe heeft de Europese Commissie, die op de hoogte is van het afwijkend taalgebruik in de Nederlandse wetgeving, geen aanleiding gezien om nadere vragen te stellen aan de Nederlandse regering, laat staan om stappen te ondernemen.³⁶⁴ Navraag bij ambtenaren van de Commissie heeft bevestigd dat in het algemeen geldt dat de Commissie niet alleen naar de formele bewoordingen van de wet kijkt, maar vooral let op de materiële effecten daarvan. Pas als de Europese Commissie tot de overtuiging zou komen dat de Nederlandse wetgeving minder bescherming tegen discriminatie biedt dan de Richtlijnen vereisen,³⁶⁵ kan worden verwacht dat ons land daarop zal worden aangesproken. Dat neemt niet weg dat er altijd het risico bestaat dat het Hof van Justitie van de EG, wanneer het een zaak te beoordelen krijgt waarin de Nederlandse gelijkebehandelingswetgeving ter discussie staat, tot de slotsom kan komen dat deze wetgeving niet richtlijnconform is.³⁶⁶ Of dit risico reëel is hangt af van de vraag of er inderdaad als gevolg van de keuze van het begrip ‘onderscheid’ sprake is van een lager beschermingsniveau dan de richtlijnen vereisen.

In twee opzichten kan van dit laatste sprake zijn: In de eerste plaats doordat het gebruik van een bepaald begrip automatisch en dwingend zou leiden tot een andere vorm en inhoud van de toetsing of er sprake is van discriminatie en in de tweede plaats doordat door gebruik van een bepaald begrip op min of meer dwingende wijze invulling wordt gegeven aan het gelijkheidsbeginsel, welke invulling strijdig zou zijn met die welke de richtlijnen beogen. We beginnen met het laatste punt. Welke invulling van het begrip discriminatie eist het EG-recht? Met name, is het verbod van discriminatie in het EG-recht formeel of materieel van aard?³⁶⁷

³⁶⁴ De Commissie heeft bericht gekregen van de Nederlandse regering over de wijze waarop de richtlijnen door middel van wetgeving zijn geïmplementeerd.

³⁶⁵ In het kader van het onderzoek of dit geval is moet ook de richtlijnconforme interpretatie van het nationale recht in aanmerking worden genomen. Een conflict met het EG-recht bestaat pas als een dergelijke interpretatie niet mogelijk is. De verplichtingen van de lidstaten in dit verband gaan zeer ver; zie Gevoegde Zaken C-397/01 tot C-403/01 *Bernhard Pfeiffer en anderen tegen Deutsches Rotes Kreuz, Kreisverband Waldshut eV*, Jur 2004 I-8835.

³⁶⁶ Dat kan ook gebeuren in een zogenoemde prejudiciële procedure op grond van artikel 234 EG, waarbij een Nederlandse rechter vraagt wat een correctie interpretatie en implementatie is van de richtlijnen. Zie ook het Advies van de Raad van State op de Implementatienotitie, Kamerstukken II 2001/02, 28 187, A, p. 4.

³⁶⁷ Een ander argument dat in dit verband is genoemd is afkomstig van de Interdepartementale Commissie Europees Recht (ICER). De ICER wijst er op dat in Aanwijzingen voor de regelgeving (Ar) 56 is aangegeven dat voor de terminologie in nationale regelgeving in beginsel wordt aangesloten bij die van verwante communautaire regelgeving; dit valt volgens de ICER te bewerkstelligen door bepalingen daaruit in dezelfde bewoordingen over te nemen dan wel daarnaar te verwijzen. Interdepartementale Commissie Europees Recht (ICER): ‘Implementatie richtlijnen o.g.v. art. 13 EG-Verdrag; conclusies en aanbevelingen’, Den Haag, 22 juni 2001. Wij gaan verder niet inhoudelijk in op dit argument.

6.2.2 *Zijn de EG- verboden formeel of materieel van aard?*

In de kabinetsreactie op de eerste evaluatie van de Awgb is gesteld dat deze wet uitgaat van een puur formele benadering van gelijkheid.³⁶⁸ Dat deze wet zou uitgaan van een formele benadering hangt de regering op aan het feit dat positieve actie als een uitzondering op het verbod op onderscheid is geconstrueerd. Het Nederlandse recht zou op dat punt aansluiten bij de constructie die ook in het EG-recht is gevolgd. Dit standpunt roept twee belangrijke vragen op. In de eerste plaats de vraag of de regering op deze plaats een juiste interpretatie geeft van het EG-recht ter zake. In de tweede plaats de vraag of – indien dit laatste het geval zou zijn – het ook zo is of het gebruik van het begrip onderscheid op een betere wijze uitdrukking geeft aan een dergelijke formele benadering dan het begrip discriminatie. De tweede vraag gaat het bestek van dit onderzoek te buiten.³⁶⁹

Wat betreft de vraag of ook het EG-recht ‘puur formeel’ zou zijn kan het volgende worden opgemerkt. Er zijn verschillende signalen, niet alleen in de richtlijnen, maar tevens in uitspraken van het HvJEG, dat in het non-discriminatierecht van de Europese Gemeenschap niet louter van een formele interpretatie van het gelijkheidsbeginsel mag worden uitgegaan.³⁷⁰ Het is weliswaar juist dat het uitgangspunt van de richtlijnen gelijke behandeling in de betekenis van *dezelfde* behandeling is, zoals hierboven (par. 3.2.2.) reeds is uiteengezet. Echter, er zit een materieel element in de richtlijnen doordat ongelijke behandeling in bepaalde omstandigheden is toegestaan (bijvoorbeeld in het kader van de bescherming van vrouwen als moeders, in het kader van positieve actie en – in geval van handicap – in het kader van doeltreffende aanpassingen). Volgens het Hof van Justitie laten dergelijke elementen zien dat het doel van de richtlijnen juist materiële, en niet formele gelijkheid is.³⁷¹ Het Hof heeft bijvoorbeeld in zijn rechtspraak met betrekking tot de geoorloofdheid van positieve actie dan ook laten zien dat het wel degelijk oog heeft voor het feit dat een formeel gelijke behandeling in feite ongelijke behandeling tot resultaat kan hebben.³⁷² Verder is de erkenning van het begrip indirecte discriminatie – oorspronkelijk ontwikkeld door het Hof van Justitie en later overgenomen door de Europese wetgever – een bijzonder belangrijk materieel element van het EG-non-discriminatierecht. Daarmee erkent de Europese wetgever en de Europese rechter dat het niet gaat om de gelijke

³⁶⁸ Zie Kabinetstandpunt, p. 9. Zie ook de reactie van de Cgb in Cgb 2005, p. 9.

³⁶⁹ Zie par. 1.3. waar we bespreken dat de keuze voor een formele of materiële benadering mee de begripskeuze kan beïnvloeden. Zie eveneens Asscher-Vonk & Hendriks, *Gelijke behandeling en onderscheid bij arbeid*, a.w., p. 55.

³⁷⁰ Zie hiervoor en voor het volgende met name Catherine Barnard & Bob Hepple, *Substantive Equality*, Cambridge Law Journal 2000, 562-585; Koukoulis-Spiliotopoulos 2001; Tobler 2005, p. 28.

³⁷¹ Echter, wat betreft positieve actie is problematisch deze slechts is toegestaan maar niet verplicht. Door sommige auteurs wordt dit juist gezien als een teken dat het Europese non-discriminatierecht nog vooral formeel georiënteerd is. In een materiële benadering zou positieve actie een verplichting zijn, geen uitzondering op een verbod op gelijke behandeling. Het Vrouwenverdrag zou een dergelijke verplichting wel behelzen. Zie General Recommendation nr. 25 van het CEDAW; Rikki Holtmaat/Christa Tobler, ‘CEDAW and the European Union’s Policy in the Field of Combating Gender Discrimination’, a.w..

³⁷² Zaak C-409/95 *Hellmut Marshall tegen Land Nordrhein-Westfalen*, Jur 1997, I-6363, para. 29.

behandeling als zodanig, maar ook om de mogelijk ongelijke effecten van een gelijke behandeling.³⁷³

Dat het begrip discriminatie in de richtlijnen niet alleen formeel mag worden geïnterpreteerd kan tevens worden afgeleid uit het feit dat in de definitiebepalingen daarvan een sterke koppeling wordt gelegd met de algemene gelijkheidsbeginselen van het EG-recht. Dit betreft, zoals al eerder uitgelegd, niet alleen het algemene beginsel van gelijke behandeling dat voor vergelijkbare gevallen dezelfde behandeling eist, maar ook het algemene beginsel van gelijkheid. Dit laatste beginsel vereist – zoals eerder al uitgelegd (par. 3.2.1.) – niet alleen dat gelijke gevallen gelijk worden behandeld, maar ook de gepaste ongelijke behandeling van ongelijke gevallen. In het arrest *Hill* (betreffende seksediscriminatie) zei het Hof dan ook uitdrukkelijk dat er “sprake [is] van discriminatie, wanneer verschillende regels worden toegepast op vergelijkbare situaties of wanneer dezelfde regel wordt toegepast op verschillende situaties”.³⁷⁴

Dit alles maakt duidelijk dat het discriminatiebegrip in het EG-recht meer inhoudt dan een louter verbod op het ongelijk behandelen van gelijke gevallen. In het traditionele sociale non-discriminatierecht van de EG, te weten het verbod van discriminatie wegens geslacht in het arbeidsrecht, zijn de materiële elementen in de loop van de tijd door de rechtspraak van het Hof van Justitie en door wijzigingen van de meest belangrijke richtlijn versterkt.

Op grond van het voorgaande kan daarom worden verondersteld dat de Nederlandse gelijkebehandelingswetgeving voor zover dit louter formeel zou zijn (zoals de regering stelt) aanvankelijk in de pas liep met het Europese recht, nu echter – voor zover het nog steeds zou uitgaan van een puur formele benadering van gelijke behandeling – daarbij minder nauw aansluit. Dat geldt temeer wanneer men accepteert – zoals onder meer *Sophia Koukoulis-Spiliotopoulos*³⁷⁵ stelt – dat het discriminatieverbod in de Europese richtlijnen moet worden geïnterpreteerd als zijnde een fundamenteel (mensen)recht en dat bij de invulling daarvan nauw moet worden aangesloten bij de invulling die in internationale verdragen aan het discriminatieverbod en het gelijkheidsbeginsel worden gegeven.

Een opmerking tot slot op dit punt. Het is de vraag of we uit de boven weergegeven opvatting van de regering dat de Awgb van een formele gelijkheidsbenadering uitgaat, de conclusie mogen trekken dat het Nederlandse recht niet goed aansluit bij de Europese benadering. Bepalend is immers niet zozeer een enkele uitspraak van de regering, maar eerder de toepassingspraktijk van de wet, zoals die blijkt uit onder meer de oordelen van de Commissie Gelijke Behandeling en rechterlijke uitspraken. Naar ons idee laten die eerder een wat meer materiële benadering zien, die niet of nauwelijks afwijkt van de Europese benadering.

6.2.3 *Consequenties Nederlandse begripskeuze in het licht van Europees recht?*

In paragraaf 3.2.3. is reeds beschreven dat het Europese stelsel van bescherming bieden tegen discriminatie (zoals dat begrip in die context is gedefinieerd) gesloten is, al-

³⁷³ Zie over de ontwikkeling van dit begrip Tobler 2005, alsook Sacha Prechal, ‘Equality of treatment, non-discrimination and social policy: achievements in three themes’, CML Rev 2004, 533-551.

³⁷⁴ Zaak C-243/95 *K. Hill en Anne Stapleton tegen The Revenue Commissioners en Department of Finance*, Jur 1998, I-3739, para. 22.

³⁷⁵ *Koukoulis-Spiliotopoulos* 2001.

thans voor zover het de meeste vormen van directe discriminatie betreft. Volgens Gerards is het verschil tussen het gesloten Nederlandse systeem van een verbod op onderscheid en dit gesloten Europese discriminatieverbod voornamelijk een kwestie van een andere formulering van de verbodsnorm.³⁷⁶ In de systematiek welke is gekozen in de EG-richtlijnen wordt een aantal situaties weergegeven waarin niet gesproken kan worden van discriminatie in de zin van de richtlijnen. Zo bepaalt artikel 4 van de Rasrichtlijn dat niettegenstaande het in die richtlijn opgenomen discriminatieverbod de Lidstaten mogen bepalen dat een verschil in behandeling dat op een kenmerk in verband met ras of etnische afstamming berust *geen discriminatie vormt* indien dit kenmerk (samengevat) een wezenlijk en bepalend beroepsvereiste vormt. In de Awgb geldt dat alle gevallen van onderscheid op bepaalde gronden zijn verboden, tenzij een uitzonderingsbepaling (of rechtvaardigingsmogelijkheid) van toepassing is. Dat wordt geformuleerd als ‘de eerder geformuleerde norm is niet van toepassing op geval X’ of ‘het bepaalde in artikel ... laat onverlet dat ...’. Dat levert naar de opvatting van Gerards een iets andere constructie op dan de EG-rechtelijke, die meer gesloten zou kunnen lijken. Volgens Tobler is het juist dat in de nieuwe generatie richtlijnen gedeeltelijk voor een nieuwe aanpak is gekozen. Er zijn echter volgens haar ook aanwijzingen dat de Europese wetgever hiermee geen wezenlijk andere wijze van toetsen heeft bedoeld. Als voorbeeld noemt zij artikel 6 van de Kaderrichtlijn waarin deze constructie voorkomt, terwijl de bepaling het tegelijkertijd heeft over het ‘rechtvaardigen’ van bepaalde situaties.³⁷⁷ Tenslotte zijn sommige bepalingen van de richtlijnen juist niet in termen van ‘geen discriminatie vormen’ verwoord, maar in termen van ‘uitzonderingen’.³⁷⁸ Tobler verwacht dan ook dat het Hof de neiging zal hebben om ook een bepaling als artikel 4 van de Rasrichtlijn als een uitzonderingsbepaling te beschouwen.³⁷⁹ Als reden daarvoor geeft zij dat de richtlijnen niet gaan over het algemene beginsel van gelijkheid (gelijke behandeling voor vergelijkbare gevallen en een verschillende behandeling voor niet vergelijkbare gevallen, in overeenstemming met het verschil) maar over het meer beperkte beginsel van gelijke

³⁷⁶ Gerards 2006.

³⁷⁷ De titel waarin deze bepaling voorkomt: “Rechtvaardiging van verschillen in behandeling op grond van leeftijd”. De tekst van artikel 6 luidt: “Niettegenstaande artikel 2, lid 2, kunnen de lidstaten bepalen dat verschillen in behandeling op grond van leeftijd *geen discriminatie vormen* indien zij in het kader van de nationale wetgeving objectief en redelijk worden *gerechtvaardigd* door een legitiem doel, met inbegrip van legitieme doelstellingen van het beleid op het terrein van de werkgelegenheid, de arbeidsmarkt of de beroepsopleiding, en de middelen voor het bereiken van dat doel passend en noodzakelijk zijn.”.

³⁷⁸ Voorbeelden zijn art. 2, lid 7, in de herziene versie van richtlijn 76/207/EEG, welke de oude bewoording van richtlijn 76/207/EG heeft behouden (“Deze richtlijn laat bepalingen betreffende de bescherming van vrouwen, in het bijzonder wat zwangerschap en moederschap betreft, onverlet.”) en de bepalingen over positieve actie, zoals art. 7, lid 1, van de kaderrichtlijn (“Het beginsel van gelijke behandeling belet niet dat een lidstaat, om volledige gelijkheid in het beroepsleven te waarborgen, specifieke maatregelen handhaaft of treft om de nadelen verband houdende met een van de in artikel 1 genoemde gronden te voorkomen of te compenseren.”) en art. 2, lid 8, van de herziene richtlijn 76/207/EEG (“De lidstaten kunnen, om volledige gelijkheid tussen mannen en vrouwen in de praktijk te waarborgen, maatregelen in de zin van artikel 141, lid 4, van het Verdrag aannemen of handhaven.”). Ten opzichte van deze laatste bepaling heeft het Hof al duidelijk gezegd dat het in zijn ogen een uitzondering betreft; zie Zaak C-319/03 Serge Brihèche tegen Ministre de l’Intérieur, Ministre de l’Éducation nationale and Ministre de la Justice, Jur 2004, I-8807.

³⁷⁹ Tobler in een toelichtend e-mail bericht aan de auteur van dit deelrapport.

behandeling, in het kader waarvan gelijkheid betekent: *dezelfde* behandeling. Iedere afwijking op dit uitgangspunt zal verboden zijn, tenzij men er in slaagt daarvoor een geoorloofde (wettelijke of objectieve) rechtvaardigingsgrond aan te dragen. Dit valt ook te verwachten voor toekomstige oordelen van het Hof over positieve actie, zij het dat in die oordelen de nadruk de laatste tijd steeds meer is komen te liggen op de proportionaliteitsvraag in plaats van op de rechtvaardigingsvraag.³⁸⁰

Het hier besproken verschil in waardering van de wijze waarop de 'uitzonderingen' in de Richtlijnen zijn geformuleerd leidt naar onze mening niet tot het oordeel dat de wijze waarop in Nederland de uitzonderingen zijn geformuleerd niet in overeenstemming met de Richtlijnen zou zijn. De overeenkomsten tussen de Nederlandse constructie van een verbod op direct onderscheid met in de wet benoemde uitzonderingen en de Europeesrechtelijke constructie zijn naar mijn opvatting dusdanig groot dat op dit punt er geen discrepantie valt te constateren tussen beide toetsings-systemen. Het Nederlandse systeem is voor zover het om de meeste vormen van direct onderscheid gaat derhalve ten minste even gesloten (en wellicht zelfs meer gesloten) dan het Europese stelsel.

6.2.4 *Andere verschillen tussen Nederlands en Europees begrippenkader*

De Nederlandse regering is van mening dat het vergelijkingselement in de Nederlandse normstelling (verbod van onderscheid) zou ontbreken en stelt dat dit recht daarom mogelijk een hoger beschermingsniveau bestaat dan in het Europese recht is voorgeschreven.³⁸¹ Wij delen deze opvatting niet. Inderdaad komt in de Nederlandse normstelling van het verbod op (direct) onderscheid niet een formule voor als in de Richtlijnen. Maar gesteld kan worden dat het woord onderscheid van zichzelf al verwijst naar een vergelijking. Onderscheid vindt immers altijd plaats ten opzichte van iets / iemand die een andere behandeling krijgt.

Het in het Europese recht voorkomende element van de 'ongunstiger behandeling' ontbreekt eveneens in de omschrijving van het verbod op onderscheid.³⁸² In haar analyse van de gevolgen van de richtlijnen voor de Nederlandse wetgeving wijst Holtmaat op dit verschil tussen de Nederlandse wetgeving en de richtlijnen.³⁸³ Tot dezelfde conclusie lijkt Houtzager te komen in het commentaar dat hij gaf tijdens een

³⁸⁰ Zie hierover par. 3.2.3.

³⁸¹ Zie Nota n.a.v. Verslag bij het wetsvoorstel Implementatiewet, Kamerstukken II 2002/03, 28 770, nr. 5, p. 9.

³⁸² Het benadelingsvereiste komt echter wel indirect aan de orde in artikel 12 en 14 Awgb en in de bewijslastverdeling, waarvoor (in de nieuwe, op grond van het EG recht opgenomen bepaling; artikel 10 Awgb) is bepaald dat iemand die meent dat ten nadele van hem of haar onderscheid is gemaakt alleen feiten hoeft aan te voeren die dat onderscheid kunnen doen vermoeden. Zie ook E. Cremers-Hartman: *Gelijke behandeling bij de arbeid in zes wetten; een actueel overzicht van hoofdlijnen, overeenkomsten en verschillen*. PS Special 2004, nr. 5, p. 24. Deze auteur relateert het verschil tussen beide begrippen en stelt dat in beide gevallen moet worden nagegaan of sprake is van benadeling. Dit roept een aantal vragen van met name bewijsrechtelijke aard op. Zie ook hoofdstuk 10 van haar boek.

³⁸³ Holtmaat 2001, p. 116. Holtmaat verwijst naar de analyse die Ina Sjerps van het begrip onderscheid geeft in: 'Het concept van indirecte discriminatie', in: C.E. van Vleuten (red), *In Concreto; bijdragen over rechtsvorming gelijke behandeling*. Den Haag: Commissie gelijke behandeling 1994, p. 87-98, op p. 88/89.

expertmeeting over de implementatie van de Richtlijnen.³⁸⁴ In feite wordt onder 'onderscheid' verstaan: benadelend onderscheid, maar naar de letter staat het niet in de Nederlandse verbodsbepalingen.³⁸⁵

In deze discussie wordt wel een tegenstelling geconstrueerd tussen een symmetrisch, neutraal en formeel begrip onderscheid tegenover een pejoratief, asymmetrisch en materieel begrip van gelijkheid.³⁸⁶ Dit standpunt wordt op de volgende wijze verwoord door Houtzager: "De omschrijving van een ongunstiger behandeling (in de Richtlijnen) houdt een waardeoordeel in. Dat wijkt af van de omschrijving van de Awgb, die spreekt van het neutralere 'maken van onderscheid'. De vraag is of de richtlijn hiermee het symmetrische karakter van de Awgb doorkruist: de neutrale term 'onderscheid maken' geeft aan dat zowel ten nadele als ten gunste van minderheidsgroepen geen onderscheid gemaakt mag worden, afgezien van de uitzonderingen en de aparte regeling voor het voorkeursbeleid. De richtlijn lijkt duidelijker voor een asymmetrische benadering te kiezen. De vraag doet zich nu voor of het neutrale 'onderscheid maken' gehandhaafd kan blijven."³⁸⁷ Deze auteur maakt hier op een van de gangbare gebruiken afwijkende wijze gebruik van de termen 'symmetrisch' en 'asymmetrisch' onderscheid.³⁸⁸ Daarmee wordt normaal gesproken bedoeld op het beschermen van alleen de minderheidsgroep (asymmetrisch) of van alle groepen die door een onderscheid kunnen worden geraakt (symmetrisch). In dit citaat wordt het begrip asymmetrisch echter gebruikt om aan te duiden of beleid ten gunste van minderheidsgroepen wel als 'discriminatie' of 'onderscheid' moet worden aangeduid. Het is de vraag of uit het feit dat het Europese recht een benadelend onderscheid vereist mag worden afgeleid dat sprake is van een asymmetrische benadering. Feit blijft immers dat een benadeling zowel een meerderheidsgroep als een minderheidsgroep kan raken en dat in beide gevallen zo'n benadeling door het Europese recht wordt verboden. Alleen als duidelijk in de richtlijnen was aangegeven dat alleen een benadeling van 'vrouwen' of 'homoseksuelen' is verboden, zou je tot een andere conclusie kunnen komen en zou je kunnen spreken van een asymmetrische benadering. Anders gezegd: de neutrale term 'onderscheid maken' geeft aan dat geen onderscheid mag worden gemaakt jegens minderheids- én meerderheidsgroepen, en de term 'benadeling' geeft aan dat minderheids- én meerderheidsgroepen niet nadeliger mogen worden behandeld. Nu in Nederland feitelijk de term 'onderscheid' wordt uitgelegd als

³⁸⁴ Bijdragen van Dick Houtzager, juridisch beleidsadviseur van het LBR, aan de expertmeeting van LBL, E-Quality en LBR, Utrecht 6 april 2001.

³⁸⁵ Zie de definitiebepalingen in art. 1 WGB m/v en art. 1 Awgb. Dat het om benadelend onderscheid moet gaan blijkt zijdelings, bijvoorbeeld in art. 10 (nieuw), 12 lid 2 sub a en artikel 14 lid 1 Awgb.

³⁸⁶ Deze begrippen worden besproken in par. 1.3..

³⁸⁷ Bijdragen van Dick Houtzager, juridisch beleidsadviseur van het LBR, aan de expertmeeting van LBL, E-Quality en LBR, Utrecht 6 april 2001. Deze opvatting is ook te vinden in het werk van Dagmar Schiek. 'A New Framework on Equal Treatment of Persons in EC Law? (a.w.)'. Zie ook de reactie van het LBR op de eerste evaluatie van de Awgb en de concept implementatienotitie; brief van de LBR dd 16 oktober 2001 aan de Minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksaangelegenheden. Daarin stelt het LBR dat de gebruikte begrippen in de Richtlijn duiden op een meer asymmetrische benadering dan de terminologie die de Awgb hanteert.

³⁸⁸ Met dank aan Janneke Gerards, die ons deze analyse van het citaat toezond per e-mail. Ook de volgende zinnen in deze alinea zijn van haar hand, maar worden volledig voor onze rekening genomen.

‘benadeling’³⁸⁹ lijkt er op dit punt geen enkel verschil te bestaan tussen de Nederlandse en de Europeesrechtelijke systematiek. Bij indirect onderscheid is dat overigens niet anders: ook een indirect onderscheid kan volgens de richtlijndefinitie zowel gericht zijn tegen een meerderheidsgroep als tegen een minderheidsgroep. Ook daarin ligt dus geen reden om het begrip discriminatie te willen verkiezen boven het begrip onderscheid.

Concluderend kan gesteld worden dat de besproken verschillen tussen het Nederlandse gelijkebehandelingsrecht en de bepalingen in het EU-recht – voor zover deze materieel gesproken al aanwezig zouden zijn – niet zodanig groot zijn dat tot aanpassing van de terminologie overgegaan zou moeten worden. Omgekeerd zou uit de afwezigheid van een verschil in betekenis eveneens afgeleid kunnen worden dat niets er aan in de weg staat om wel het begrip discriminatie te gebruiken. Dat betekent dat zonder dat daarmee enige inhoudelijke wijziging plaatsvindt overgegaan zou kunnen worden tot het opnemen van de Europeesrechtelijke terminologie met de daarbij behorende definities.³⁹⁰ Een voordeel van het gebruik van het Europeesrechtelijke discriminatiebegrip is dat het Nederlandse recht automatisch mee evolueert met eventuele wijzigingen in de uitleg of toepassing van het Europeesrechtelijke discriminatieverbod, zoals dat ondermeer door het Europese Hof van Justitie vorm zal worden gegeven.³⁹¹ Een nadeel zou kunnen zijn dat daarmee een vrij neutrale, circulaire, definitie wordt binnengehaald, die duidelijk afwijkt van de definitie die in het Nederlandse strafrecht is gebruikt.³⁹²

Nu het Europese recht niet dwingend het gebruik van een bepaald begrip voorschrijft en de betekenis van het Nederlandse verbod op onderscheid en het Europese discriminatieverbod (qua strekking en toetsingssystematiek) niet wezenlijk uiteenlopen is het dus aan de Nederlandse wetgever om daarin een keus te maken.

6.3 *Consequenties van de begripskeuze voor de toetsingssystematiek*

De tweede vraag uit de algemene vraagstelling die wij meekregen voor dit deel van het onderzoek heeft betrekking op de toetsingssystematiek welke eventueel zou volgen uit de keuze voor een van de beide in dit onderzoek centraal staande begrippen. Op veel plaatsen in het voorafgaande is daar al het een en ander over gezegd, onder andere in relatie tot de begripskeuze in de Awgb, in het strafrecht en in het EU recht. In deze paragraaf vatten wij het gevondene op dit punt in hoofdlijnen samen. Voorafgaand daaraan een korte explicatie van de vraag wat bedoeld is met een ‘toetsingssystematiek’.³⁹³

Met ‘toetsingssystematiek’ is bedoeld de wijze waarop – als iemand stelt te zijn of te worden gediscrimineerd – de Cgb of de rechter moet nagaan of daarvan ook daad-

³⁸⁹ Gerards 2002, hoofdstuk 5.

³⁹⁰ Het overnemen van de Europese definities in de Nederlandse gelijkebehandelingswetten is ook bepleit door de Commissie Gelijke behandeling in het advies dat zij uitbracht over de voorgenomen integratiewet. De Cgb wil dit doen onder handhaving van het gebruik van het woord onderscheid. Zie Cgb-advies/2005/04 dd 30 augustus 2005, p. 8.

³⁹¹ Bovendien is een betere aansluiting / rechtsvergelijking mogelijk met onze 24 EU-medelidstaten.

³⁹² Op het punt van de consistentie in de wetgeving komen wij hieronder (par. 6.4.) terug.

³⁹³ Met dank aan Alex Geert Castermans voor zijn waardevolle commentaar op een eerdere versie van de onderstaande alinea.

werkelijk sprake is.³⁹⁴ Er bestaat in het civiele recht, waar de Awgb toe behoort, een relatie tussen de wijze waarop een wettelijke normstelling is geformuleerd en deze toetsing. Aangenomen wordt, op grond van artikel 150 Rv, dat de materiële norm bepalend is voor de stelplicht en bewijslast.³⁹⁵ Behelst de norm dat er geen onderscheid mag worden gemaakt, tenzij er sprake is van een uitzonderingsgrond of een objectieve rechtvaardiging bestaat, dan hoeft alleen te worden gesteld en bewezen dat sprake is/was van onderscheid.³⁹⁶ De eventuele gerechtvaardigdheid van het onderscheid is (voor zover de normstelling ruimte laat voor een rechtvaardiging) een zaak die de verweerder moet aantonen. Artikel 150 Rv bepaalt uitdrukkelijk dat uit bijzondere bewijsregels een andere verdeling kan voortvloeien. Artikel 10 Awgb is zo'n bijzondere bepaling: daaruit vloeit voort dat degene die meent dat jegens hem of haar onderscheid is gemaakt, kan volstaan met het aanvoeren van feiten die onderscheid kunnen doen *vermoeden*. Het is aan de andere partij om het nodige te stellen en te bewijzen dat niet in strijd met de wet is gehandeld.

Is de norm dat discriminatie is verboden dan rust op de klager de stelplicht (en bewijslast) dat daarvan sprake is. Als nu discriminatie (ondermeer³⁹⁷) wordt gedefinieerd als *ongerechtvaardigd* onderscheid of *ongerechtvaardigde* ongelijke behandeling dan komt het element van de eventuele rechtvaardiging van het gedrag van meet af aan in beeld. Op grond van artikel 150 Rv zouden ter zake van beide elementen door de partij die zich op discriminatie beroept, feiten en omstandigheden moeten worden gesteld en bewezen. Een andere verdeling van de bewijslast zou een uitdrukkelijk daarop toegesneden wetsbepaling vergen, dan wel de bereidheid van de rechter in het concrete geval met een beroep op 150 Rv op grond van de eisen van redelijkheid en billijkheid een andere verdeling toe te passen.

Uit deze uitleg van wat de kwestie van de toetsingssystematiek behelst, volgt dat deze kwestie twee aspecten heeft: (1) de openheid of geslotenheid van het begrip dat centraal staat in de normstelling en (2) de bewijslastverdeling. Beide aspecten komen aan de orde in de argumenten die de regering tot nu toe naar voren heeft gebracht in de discussie over de begripskeuze.

6.3.1 De openheid of geslotenheid van het begrip

Wij begrijpen uit de wetsgeschiedenis van de Awgb dat gekozen is voor het begrip onderscheid (dat discriminerend of ongerechtvaardigd onderscheid *kan* omvatten³⁹⁸),

³⁹⁴ De toetsingssystematiek in geval van gelijke behandelingszaken is onderzocht door Gerards in Gerards 2002. Gerards komt in deze studie uiteindelijk tot een toetsingsmodel dat idealiter door rechters gevolgd zou moeten worden in gelijke behandelingszaken.

³⁹⁵ Zie W.D.H. Asser, *Bewijslastverdeling*, Kluwer Deventer 2004 en W.D.H. Asser, 'Bewijslastverdeling in het arbeidsrecht', *SMA* 2004, p. 488-493.

³⁹⁶ Deze bewijslast is nog verlicht door de bepaling dat alleen een vermoeden van onderscheid bewezen hoeft te worden. Zie artikel 10 Awgb (nieuw).

³⁹⁷ Daarnaast kan intimidatie of discriminatoire bejegening onder de definitie van discriminatie zijn gebracht, zoals in de nieuwe Richtlijnen is gebeurd evenals in de Implementatiewet Awgb. Zie daarvoor Holtmaat 2004c. De wetgever heeft zekerheidshalve bepaald dat onderscheid in de vorm van intimidatie nooit gerechtvaardigd kan worden. Zie artikel 1a lid 3 Awgb.

³⁹⁸ "Er zijn vele vormen van onderscheid die niets met discriminatie van doen hebben." Kamerstukken II 1990/91, 22 014, nr.5, p. 32. In nog een tweede opzicht is het begrip onderscheid wel als ruimer gekwalificeerd, nl. in de zin dat het niet de beperkingen kent dat het moet gaan om een ongunstiger behandeling en dat het niet de eis stelt dat het om vergelijkbare situaties moet gaan.

omdat het zich beter zou lenen voor het aanbrengen van uitzonderingsbepalingen (of het omschrijven van wettelijke toegestane rechtvaardigingsgronden) dan het begrip discriminatie. Discriminatie, dat door de regering in deze wetsgeschiedenis voortdurend gelijkgesteld is aan ‘ongerechtvaardigd onderscheid’, zou immers per definitie nooit gerechtvaardigd kunnen worden. In die zin is het een ‘gesloten’ begrip.³⁹⁹ Tegelijk wordt het begrip gekwalificeerd als zijnde te ‘open’, in de zin dat niet vooraf kan vaststaan welke regelingen, (be)handelingen en bejegeningen dit etiket zouden verdienen. Discriminatie is vanuit die visie een onbruikbaar begrip in een wet die de gelijkheidsnorm wil uitwerken voor relaties tussen burgers onderling omdat zij onvoldoende rechtszekerheid aan dit begrip zouden kunnen ontleen. Daarom zou een verbod op onderscheid, met daaraan gekoppelde rechtvaardigingsgronden, beter bruikbaar zijn in deze context. Daarentegen zou het begrip discriminatie juist teveel open laten: van iedere ongelijke behandeling die aan de rechter of de commissie wordt voorgelegd zou vooraleerst moeten worden vastgesteld dat het valt onder de definitie van discriminatie. Als die definitie van discriminatie luidt: het maken van ongerechtvaardigd onderscheid, wordt de rechtvaardigingsvraag daarmee als prealabele vraag naar voren geschoven. Dit wordt verwoord als dat een discriminatieverbod met uitzonderingsbepalingen niet voldoende duidelijkheid zou kunnen verstrekken over welke gevallen van onderscheid kunnen worden gekwalificeerd als discriminatie.⁴⁰⁰ Alles bij elkaar komt het er op neer dat het belangrijkste argument voor de regering tegen de keuze van het begrip discriminatie dat dit automatisch zou moeten leiden tot een (meer) open systeem van toetsen of van discriminatie (c.q. ongerechtvaardigd onderscheid) sprake is.⁴⁰¹

In de discussies die vijftien jaar later plaatsvinden als de Awgb voor de eerste keer is geëvalueerd en de nieuwe EG-richtlijnen moet worden geïmplementeerd, herhaalt de regering keer op keer dit standpunt.⁴⁰² De regering gebruikt in dat kader het argument dat het gaan gebruiken van het begrip discriminatie afbreuk zou doen aan het beschermingsniveau dat de wetgeving momenteel biedt, hetgeen door de richtlij-

Zie de Nota n.a.v. het Verslag bij het wetsvoorstel Implementatiewet, Kamerstukken II 2002/03, 28 770, nr. 5, p. 9.

³⁹⁹ Het mag niet onvermeld blijven dat er daarnaast stemmen zijn die juist stellen dat discriminatie een veel ‘geslotener’ begrip is dan onderscheid of ongelijke behandeling. Dat wil zeggen: door het gebruik van het begrip discriminatie zou uitgedrukt worden dat het om per definitie nooit te rechtvaardigen gedrag zou gaan. Dit is bijvoorbeeld verwoord in het initiatiefwetsvoorstel voor een Wet gelijke behandeling van Van Nieuwenhoven en Haas-Berger uit 1987: “Discriminatie is een bijzondere vorm van ongelijke behandeling. Waar in het Nederlandse en internationale recht bepaalde vormen van ongelijke behandeling toelaatbaar worden geacht (vaak onder de restrictie dat het om objectief en redelijkerwijs te rechtvaardigen onderscheid moet gaan en dat tussen doel en middelen een evenredigheid moet bestaan), is discriminatie in veel steller bewoordingen verboden.” Kamerstukken II 1987/88, 20 065, nr. 3. Als geciteerd door Gerbranda & Kroes 1993, p. 229. In dezelfde zin Holtmaat 2003.

⁴⁰⁰ “Het is juist de bedoeling van deze wet om aan te geven wanneer onderscheid gerechtvaardigd kan zijn: een heldere codificatie.” Idem, p. 31.

⁴⁰¹ Zie Kamerstukken II 1990/91, 22 014, nr. 5. p. 32, waar de regering in het kader van de discussie over de keuze van de terminologie (terug) verwijst naar het antwoord dat ze heeft gegeven op een vraag van D’66 waarom niet volstaan kan worden met één algemene bepaling dat onderscheid niet is toegestaan, tenzij objectief gerechtvaardigd.

⁴⁰² “In deze systematiek is niet het onderscheid als zodanig discriminatie, maar het verboden onderscheid.” Kamerstukken II 2001/02, 28 481 nr. 1, p. 16.

nen is verboden. Gezien de eerdere discussies (met name in het kader van de totstandkoming van de Awgb) en enkele opmerkingen in het kabinetsstandpunt over de eerste evaluatie van de Awgb⁴⁰³ begrijpen wij deze stellingname als volgt: overstap naar het begrip discriminatie betekent automatisch dat je aangewezen raakt op een open systeem van rechtvaardigingsgronden omdat per geval zal moeten worden aangegeven of er sprake is van discriminatie in de betekenis van ‘ongerechtvaardigd onderscheid’. Afname van het beschermingsniveau kan in dat geval plaatsvinden omdat een open systeem meer risico’s inhoudt dat de rechter allerlei kwalijke zaken objectief gerechtvaardigd acht die nu niet onder een van de wettelijke uitzonderingsgronden vallen.⁴⁰⁴ Deze redenering klopt wanneer een geheel ‘open’ begrip van discriminatie zou worden ingevoerd in het Nederlandse gelijkebehandelingsrecht. Dat wil zeggen: wanneer dit begrip niets anders zou betekenen dan ‘ongerechtvaardigd onderscheid’. Ook in dat geval zou echter nog een zekere nadere inhoud aan de toetsing gegeven kunnen worden door – naar analogie van bijvoorbeeld het Europese Hof voor de Rechten van de Mens – te bepalen dat ter bepaling van de gerechtvaardigheid getoetst moet worden of er een redelijke verhouding bestaat tussen het doel dat met het onderscheid wordt nagestreefd en het middel dat daarvoor is gekozen.⁴⁰⁵ Voorts zou een ‘very weighty reasons test’ toegevoegd kunnen worden (ook in de wetbepalingen).

De regering is tegelijk zelf niet geheel overtuigd dat het bedoelde effect automatisch optreedt. Op een andere plaats suggereert ze immers dat het uiteindelijk niet veel zal uitmaken welke term wordt gebruikt omdat in beide gevallen de rechter of de commissie de gerechtvaardigheid van het gemaakte onderscheid c.q. het discriminatoire karakter van het handelen moet toetsen.⁴⁰⁶

De conclusie op dit punt is dat niet gezegd kan worden dat het gebruik van een van beide begrippen automatisch en dwingend zouden leiden tot een bepaalde wijze van toetsen of een bepaalde regeling of een bepaalde (be)handeling of bejegening wettelijk gezien geoorloofd of ongeoorloofd is. De vraag of een bepaald begrip ‘open’ of ‘gesloten’ is hangt in overwegende mate af van de wijze waarop het begrip wordt ‘geclauseerd’ in het recht; dat wil zeggen: hangt af van de wijze waarop dit begrip is

⁴⁰³ Kamerstukken II 2001/02, 28 481, nr. 1, p. 14. Zie ook de opmerking die de Raad van State hierover maakt in het Advies inzake de Implementatiewetgeving, Kamerstukken II 2002/03, 28 770, A, p. 3: “De conclusie in dat verslag, in het bijzonder de tevredenheid over het gesloten stelsel van de Awgb gebaseerd op het neutrale begrip ‘onderscheid’ kunnen dan ook niet dienen als een argument om vast te houden aan een, ten opzichte van de richtlijnen, eigen opzet en terminologie van de Awgb.”

⁴⁰⁴ Dit is de reden dat de regering al bij het wetsvoorstel Awgb de suggestie (in dit geval van de Raad van State) om een meer open systeem in te voeren, van de hand wees. Zie Kamerstukken II 1990/91, 22 014, B, p. 3. De regering plaatst de keuze voor een gesloten systeem in het licht van de rechtszekerheid. Zie ook Wentholt 1999, p. 92. Een ander argument is dat afname van het beschermingsniveau niet geoorloofd is op grond van de richtlijnen. Dit argument is door ons besproken in het inleidende hoofdstuk bij dit deel.

⁴⁰⁵ Zie par. 3.1.1.

⁴⁰⁶ Kamerstukken II 2002/03, 28 770, nr. 5, p. 10. Daarmee gaat de regering evenwel voorbij aan het feit dat niet het maken van ‘ongerechtvaardigd onderscheid’ maar simpelweg het maken van ‘onderscheid’ verboden is in de gelijkebehandelingswetgeving. Ten onrechte wordt in de betreffende passage gesteld dat het begrip discriminatie in Nederland alleen voorkomt in het Strafrecht.

gedefinieerd en is ‘ingebouwd’ in de uiteindelijke wettelijke normstelling, inclusief of exclusief de mogelijkheid om op wettelijke en of buitenwettelijke (open) rechtvaardigingsgronden een beroep te kunnen doen.⁴⁰⁷ Discriminatie kan op die wijze, zo toont het gebruik van dit begrip in het EG-recht ook duidelijk aan, evenzeer ‘gesloten’ zijn (dat wil zeggen instrumenteel zijn in een gesloten systeem) als onderscheid.

6.3.2 De bewijslastverdeling

In de inleiding van deze paragraaf is uiteengezet dat de bewijslastverdeling in civiel-rechtelijke zaken meebrengt dat de klager moet stellen en bewijzen dat sprake is van (een vermoeden van) onderscheid dan wel van discriminatie (al naar gelang de centrale materiële normstelling van de wet). Een argument om vast te houden aan het begrip onderscheid zou dus kunnen zijn dat dit eenvoudiger is te bewijzen voor klagers omdat zij niet in de positie worden gebracht de ongerechtvaardigdheid van het onderscheid te moeten aantonen. Dit zou wel het geval zijn bij een open geformuleerd discriminatieverbod; dat wil zeggen, een discriminatieverbod dat in feite inhoudt dat ieder *ongerechtvaardigd* onderscheid (op bepaalde gronden) verboden is.

Dit argument is ook naar voren gebracht door de regering. “Onder omstandigheden zou het begrip ‘onderscheid’ wellicht een betere bescherming bieden omdat de vraag of er in een bepaalde handelingssituatie onderscheid is gemaakt zich eenvoudiger zou kunnen laten bewijzen dan discriminatie.”⁴⁰⁸ Het is opmerkelijk dat de regering zich in deze passage van de Nota n.a.v. het Verslag bij de Implementatiewet over de mogelijk lichtere bewijslast bij gebruik van het begrip onderscheid nogal vaag uitdrukt. In het bewuste citaat gebruikt de regering de termen ‘onder omstandigheden’, ‘wellicht’ en ‘zich eenvoudiger zou kunnen laten bewijzen’.⁴⁰⁹ Erg zeker dat deze effecten zullen optreden lijkt de regering niet. Het punt van de zwaarte van de bewijslast is ook naar voren gebracht door Minister de Graaf tijdens de mondelinge behandeling van het wetsvoorstel Implementatiewet.⁴¹⁰ De Minister drukt zich op die plaats wat stelliger uit: “Het begrip ‘onderscheid’ dat wij in de Nederlandse wetgeving hanteren, biedt in elk geval niet minder bescherming dan het begrip ‘discriminatie’. Integendeel, discriminatie betekent het maken van ongerechtvaardigd onderscheid. In de huidige Wet gelijke behandeling is ieder onderscheid verboden, tenzij er een uitzondering wordt gemaakt. In het voorgestelde artikel 10 (met betrekking tot de bewijslastverdeling; toevoeging auteurs) staat dat het slachtoffer alleen feiten aan moet voeren waaruit blijkt dat in zijn of haar nadeel onderscheid wordt gemaakt.”⁴¹¹ Het slachtoffer hoeft dus niet aan te tonen dat het onderscheid ook ongerechtvaardigd is. Zou je het begrip ‘onderscheid’ vervangen door ‘discriminatie’ dan zou het slachtoffer dat wel

⁴⁰⁷ De begrippen zijn met andere woorden juridisch declaratoir van aard. Wij komen daar hieronder in par. 6.4.2. op terug.

⁴⁰⁸ Kamerstukken II 2002/03, 28 770, nr. 5, p. 9.

⁴⁰⁹ Kamerstukken II 2002/03, 28 770, nr. 5, p. 9.

⁴¹⁰ Kamerstukken II 2002/03, 28 770, nr. 10, p. 11.

⁴¹¹ Noot van de auteurs: dit is een vrije interpretatie van de bewindsman die niet met de letterlijke tekst van artikel 10 spoort. Daarin staat alleen dat iemand die meent dat in zijn nadeel onderscheid is gemaakt feiten moet aanvoeren waaruit het vermoeden van onderscheid kan worden afgeleid. Nadeel hoeft dus op zichzelf niet gesteld (en bewezen) te worden door het slachtoffer.

moeten doen.”⁴¹² De Minister vervolgt met te stellen dat dit een verlaging van het beschermingsniveau kan betekenen, hetgeen in strijd komt met de richtlijnen.

In het Nederlandse strafrecht bestaat reeds een discriminatieverbod, zij het dat artikel 90quater een nadere invulling geeft aan het begrip discriminatie door te bepalen dat het gaat om iedere vorm van onderscheid, uitsluiting, beperking of voorkeur die tot doel of gevolg heeft dat (kort gezegd:) mensenrechten worden geschonden.⁴¹³ Deze definitie is meer geclausuleerd dan een zeer open geformuleerd ‘discriminatie = ongerechtvaardigd onderscheid’. Desondanks bestaat ook in het strafrecht vooraf geen zekerheid over welke regeling, (be)handeling of bejegening een strafbare vorm van ‘discriminatie’ oplevert. Wanneer zich een situatie van mogelijk strafbare discriminatie voordoet, ook op het terrein van ambtsvervulling, arbeid en beroep, is het echter niet de individuele klager die de (on)gerechtvaardigdheid van deze situatie moet beoordelen (en aantonen), maar een officiële overheidsinstantie (in de vorm van het OM, dat tot vervolging moet besluiten). Dit verschil in ‘context’ kan meebrengen dat in het strafrecht minder bezwaar wordt gehecht aan een eventueel verzwaarde bewijslast als gevolg van het gebruik van het woord discriminatie dan in de civiel-rechtelijke context.

De conclusie luidt dat een verzwaaring van de bewijspositie kan optreden wanneer het begrip discriminatie wordt ingevoerd in de gelijkebehandelingswetgeving. Dit is echter in hoge mate afhankelijk van de vraag hoe dit begrip wordt gedefinieerd. Is deze definitie in lijn met die welke in de EG-richtlijnen is opgenomen dan zal er op dit punt nauwelijks enig effect uitgaan op de positie van de persoon die over discriminatie klaagt. Dit geldt nog sterker wanneer – in navolging van wat de richtlijnen voorschrijven – de Nederlandse wetgeving de bewijslast zodanig is verdeeld dat de klager alleen hoeft aan te tonen waarop het vermoeden van discriminatie (of onderscheid) is gebaseerd. (Zie artikel 10 Awgb –nieuw).

6.4 Overige juridische aspecten

Tijdens de analyse van de discussies die over de begrippen onderscheid en discriminatie zijn gevoerd kwamen *en passant* een aantal juridische aspecten naar voren die op de een of andere wijze verband bleken te houden met de vraag of onderscheid of discriminatie als centraal normstellend begrip de voorkeur zou moeten verdienen. Dit betrof, naast de hierboven genoemde kwesties van de afstemming op het EU-recht en de toetsingssystematiek de volgende vragen:

- (a) Sluit een bepaalde keuze meer / beter aan bij **internationaal-rechtelijke normen** op dit terrein?
- (b) Is een scherpe juridische **definitie** van deze begrippen noodzakelijk / mogelijk?
- (c) Is de keuze van een van beide begrippen **contextafhankelijk** (dat wil zeggen afhankelijk van de vraag of ze een rol spelen in het strafrecht / het civiele recht / het bestuursrecht)?
- (d) Is de keuze voor één van beide begrippen noodzakelijk vanwege de **interne consistentie** in het Nederlandse recht?

⁴¹² Kamerstukken II 2002/03, 28 770, nr. 10, p. 11.

⁴¹³ Zoals eerder is besproken volgt volgens de minister uit de formulering ‘tot doel of gevolg kunnen hebben’ dat in elk geval niet bewezen hoeft te worden dat deze schending van de mensenrechten ook daadwerkelijk is opgetreden.

- (e) Wat zijn de consequenties van een bepaalde begripskeuze voor het **bereik** van de wetgeving?
- (f) Is de keuze afhankelijk van de **gronden** voor onderscheid of discriminatie die verboden moeten worden?

Wat betreft de vragen genoemd onder e en f kan worden opgemerkt dat wij hierover reeds het een en ander hebben opgemerkt aan het slot van onze analyse van de inhoud die beide begrippen in de taalkundige en juridische context hebben (gekregen). (Zie daarvoor het gestelde in paragraaf 4.3.) Wat betreft het *bereik* werd op die plaats opgemerkt dat het begrip onderscheid aangewezen lijkt als de verbodstellende wetgeving zich beperkt tot bepaalde welomschreven terreinen van het maatschappelijk leven. Het verbod op discriminatie is echter niet aan grenzen gebonden. Het geldt voor alle gebieden van het leven. Wat betreft de *gronden* geldt het omgekeerde: bij discriminatie denkt men vrijwel automatisch aan bepaalde ‘verdachte’ gronden, dat wil zeggen aan bepaalde kenmerken van mensen waarnaar onder geen omstandigheid verwezen zou mogen worden.⁴¹⁴ Neemt men het begrip onderscheid dan is er wat betreft de keuze van de gronden geen (ingebouwde) grens.⁴¹⁵ Een selecte keuze van bepaalde gronden beperkt echter in een andere zin wel het bereik van de wetgeving. Door de negatieve lading die discriminatie heeft wordt aangenomen dat de bescherming daartegen zich eerst en vooral dient uit te strekken tot die zaken die op een of andere manier verboden zijn met kenmerken van mensen die voor hun identiteit bepalend zijn en/of die ze niet vrijwillig hoeven of kunnen afleggen. Dat geeft een belangrijke afbakening van het recht tot ‘ernstige gevallen’ van mensenrechtenschendingen. Een verbod op onderscheid kan daarentegen willekeurig welk gedrag betreffen, ook zaken die door velen als ‘triviaal’ worden bestempeld.

Resteert een bespreking van de vragen die hierboven onder a tot en met d zijn opgenomen.⁴¹⁶ De contextafhankelijkheid en de interne consistentie van het rechtssysteem behandelen we daarbij in onderlinge samenhang in één paragraaf.

⁴¹⁴ Dit vormt ook de kern van de kritiek van de Raad van State op het gebruik van het begrip onderscheid. De Raad van State merkt in dat verband op dat het belangrijk is te differentiëren tussen enerzijds het maken van inbreuken op het *algemene* gelijkheidsbeginsel, dat wil zeggen het algemene beginsel dat gelijke gevallen gelijk behandeld moeten worden, en anderzijds het discriminatieverbod, waarbij het maken van onderscheid *op bepaalde gronden* wordt verboden. Vervolgens beperkt de Raad het aantal mogelijke gronden tot die welke verband houden met menselijke eigenschappen of kenmerken van een specifiek, elementair karakter, dat wil zeggen, eigenschappen of kenmerken waarvan geen afstand kan worden gedaan zonder de persoonlijkheid te beschadigen. Dit duidt er op dat door de Raad ‘ongelijke behandeling’ en ‘onderscheid maken’ gezien worden als de ruimere begrippen; slechts onder bepaalde omstandigheden is ongelijke behandeling / onderscheid maken tevens discriminatie. Volgens de Raad is daarom discriminatie te verkiezen: het begrip is “(..) nauwkeuriger dan de term ‘onderscheid’, nu de verschillende richtlijnen telkens betrekking hebben op discriminatie op grond van menselijke eigenschappen of kenmerken van een specifiek, elementair karakter.” Advies Raad van State, Kamerstukken II 2001/02, 28 187, A, p. 5

⁴¹⁵ De keuze van het begrip onderscheid wordt daarom door Holtmaat aangewezen als een van de oorzaken van de almaar uitdijende gelijkebehandelingswetgeving. Zie Holtmaat 2003.

⁴¹⁶ In de Inleiding (par. 1.3) hebben we reeds aangegeven dat op al deze punten geen zelfstandig diepgaand onderzoek is gedaan. Voor zover ‘en passant’ over deze aspecten materiaal is gevonden presenteren we dat hier. Afgeronde conclusies mogen daarom niet worden verwacht.

6.4.1 *De aansluiting bij het internationale recht*

Een belangrijk argument dat is genoemd door de Raad van State en door diverse auteurs is dat Nederlands met het gebruik van het begrip onderscheid internationaal uit de pas loopt.⁴¹⁷ De term discriminatie zou beter aansluiten bij de terminologie in de mensenrechtenverdragen en in artikel 1 van de Grondwet.⁴¹⁸

De regering hecht weinig waarde aan dit argument. In tegendeel, in de pas lopen met de mensenrechtenverdragen kan ook gevaren opleveren, met name omdat internationaal-rechtelijk verschillende discriminatiebegrippen bestaan waaraan vervolgens door internationale toezichthoudende instanties en hoven ook nog eens een verschillende invulling wordt gegeven. Dit standpunt is door de regering verwoord in de Nota naar aanleiding van het Verslag bij de EG-Implementatiewetgeving Awgb: “Overigens wijst de regering er op dat aan het begrip discriminatie in het Nederlandse recht geen vastomlijnde en eenduidige uitleg wordt gegeven. Introductie van deze term in de Awgb draagt daarom het risico in zich dat de uitleg van de betreffende Awgb-bepalingen invloed zal ondergaan van de legislatieve en jurisprudentiële ontwikkelingen op andere gebieden dan het Europese gelijkebehandelingsrecht. Immers, over de vraag wat discriminatie is spreken ook andere hoge rechterlijke colleges, zoals het Europees Hof voor de Rechten van de Mens of hoge internationale instanties als het VN-Mensenrechtencomité zich uit. Ook deze overweging heeft de regering laten meewegen bij zijn voorstel de huidige terminologie te handhaven.”⁴¹⁹

De regering gaat er hier aan voorbij dat deze instanties zich nu reeds over vermeende gevallen van discriminatie in Nederland kunnen uitspreken, zoals in het verleden ook reeds meerdere malen is gedaan.⁴²⁰ Bovendien is het mogelijk dat de Nederlandse rechter naast artikel 1 Grondwet dat van discriminatie spreekt en rechtstreekse horizontale werking heeft, non-discriminatie-normen uit het internationale recht (bijvoorbeeld artikel 26 IVBPR, artikel 1 van het Rassenverdrag of het Vrouwenverdrag, of artikel 1 van het 12^e Protocol bij het EVRM) op grond van de algemeen aangenomen mogelijke rechtstreekse werking van deze bepalingen toepast in rechtsgeschillen of gebruikt als interpretatiekader (in het kader van een Verdragsconforme interpretatie van het betreffende recht).⁴²¹ In al deze bepalingen komt het woord dis-

⁴¹⁷ Zie Advies Raad van State, Kamerstukken II 2001/02, 28 187, A, p. 5. Zie de artikelen van ondermeer Houtzager en Holtmaat die eerder in dit deel zijn besproken en de bijdrage van Vrielink, De Prins en Sottiaux 2004, p. 246.

⁴¹⁸ Advies Raad van State, Kamerstukken II 2001/02, 28 187, A, p. 5.

⁴¹⁹ Kamerstukken II 2002/03, 28 770, nr. 5, p. 9.

⁴²⁰ Zie bijv. de uitspraken inzake Broeks, Zwaan-De Vries, Danning en Vos van het Mensenrechtencomité van de VN. Deze zaken zijn besproken in Woltjer 2002, p. 101 e.v.. Zie voorts de zaken waarin het EHRM uitspraak heeft gedaan over de betekenis van het gelijkheidsbeginsel, zoals de reeds genoemde zaak in de Belgische Taalkwestie. Deze jurisprudentie is geanalyseerd door Geraards 2002, p. 103 e.v..

⁴²¹ Zie daarover Woltjer 2002, p. 180 e.v. (inzake het IVBPR) en p. 385 e.v. (inzake het Rassenverdrag). Volgens Heringa (Aalt Willem Heringa: Botsende systemen... Algemene wet gelijke behandeling en Vrouwenverdrag. *Nemesis* 1995 nr. 1, p.16) heeft de Nederlandse rechter het principe van de verdragsconforme interpretatie van het nationale recht al lang geleden omhelst. Zie bijvoorbeeld HR 7 mei 1993, NJCM Bulletin 1993, p. 694 e.v. en RvdW 1993, 101. Op die manier zouden de normen van het Vrouwenverdrag (dat een ander discriminatiebegrip kent, dat inderdaad asymmetrisch is en meer materieel, d.w.z. gekoppeld is aan onthouden, etc. van het genot van de mensenrechten) ingelezen kunnen worden in de Awgb. Volgens deze auteur vallen grote onderdelen van het Vrouwenverdrag buiten de Awgb. “Deze wet richt zich immers primair op het uit-

criminatie voor.⁴²² Voor de Raad van State is deze situatie juist een belangrijke reden om wel over te stappen naar het gebruik van het begrip discriminatie in de Awgb.⁴²³ Deze discussie rond het begrip discriminatie is een fraai voorbeeld van de problemen waarin de wereld van *multi-level jurisdictions* ons plaatst.⁴²⁴ De realiteit is dat internationaal recht op allerlei wijzen doorwerkt in de nationale rechtsorde.⁴²⁵ Het is onmogelijk de eigen nationale juridische begrippen ‘dicht te timmeren’, dat wil zeggen: op zodanig wijze te definiëren dat ze geen invloed zouden kunnen ondergaan van het gebruik van dezelfde begrippen in een andere (internationale) juridische context (op een ander niveau van wetgeving of van uitleg van wetgeving door rechters). Naar onze mening is het onjuist de ogen te sluiten voor deze realiteit. Vluchten in het gebruik van een afwijkend begrip (dat internationaal niet wordt gebruikt) is naar onze opvatting in elk geval geen werkbare oplossing omdat het ‘bestreden’ begrip (discriminatie) toch via ander kanalen weer een rol speelt in de Nederlandse rechtsorde. Dit wordt ook opgemerkt door enkele Belgische experts, die de Nederlandse situatie als volgt bespreken: “De huidige Nederlandse terminologie is verwarrend, doordat eenzelfde term (onderscheid) gebruikt wordt voor toegestaan én verboden gedrag. Het zou duidelijker en logischer zijn een ongeoorloofd onderscheid steeds aan te duiden als ‘discriminatie’(...). Bovendien zou met de wijziging aansluiting gevonden worden bij het begrippenapparaat van het EVRM, waarin het begrip discriminatie gereserveerd wordt voor een ongeoorloofd onderscheid.”⁴²⁶

6.4.2 De ‘definieerbaarheid’ van begrippen

Het gelijkheidsbeginsel en de algemene norm van gelijke behandeling (zoals neergelegd in artikel 1 van de Grondwet) zijn beginselen die een zekere doorwerking hebben in het recht.⁴²⁷ Om echter concrete rechtsaanspraken van burgers – in de zin van

bannen van onderscheid, terwijl het Vrouwenverdrag, hoe onbepaald soms ook, een verderstreckende reikwijdte heeft.” De kans op een verdragsconforme interpretatie van de Awgb is echter volgens Heringa klein vanwege het gesloten systeem van deze wet. “Die methodiek is in mijn opvatting niet bepaald bevorderlijk voor een genereuze opnemning van het Vrouwenverdrag. Kort gezegd, de Awgb staat niet erg open voor flexibele interpretatie.” (Idem, p. 17.)

⁴²² De definities van deze begrippen stemmen meer overeen met artikel 90 quarter van het Nederlandse strafrecht dan met de ‘definitie van onderscheid in de Awgb. In die zin is er al een zekere mate van afstemming, maar die geldt slechts voor een deel van het Nederlandse recht.

⁴²³ Zie Kamerstukken II 2001/02, 28 187, A, p. 4/5. De Raad wordt hierin gevolgd door de woordvoerder van de SGP bij de mondelinge behandeling van het wetsvoorstel Implementatiewet, van der Staaij, die stelt dat daarmee de internationale vergelijkbaarheid zal toenemen.

⁴²⁴ Zie T. Barkhuysen, Eenheid en coherentie van rechtsbescherming in de veellagige Europese rechtsorde, Oratie Leiden, 9 december 2005.

⁴²⁵ Zie over het leerstuk van de implementatie van internationale recht in de nationale rechtsorde de Van Asbeck-oratie van Evert Alkema: *Over implementatie van internationaal recht; de internationale rechtsorde is de onze nog niet.* (Oratie Leiden, 18 oktober 2005.)

⁴²⁶ Vrielink, De Prins en Sottiaux 2004, p. 246/247.

⁴²⁷ Zie Evert Alkema over verschil tussen beginselen en rechtsnormen in de bundel ‘Gelijkheid en (andere) grondrechten’ (a.w.) p. 55: “Het maxime van de gelijkheid heeft binnen het recht op allerlei wijze gestalte gekregen. Hierboven werd het vooral als rechtsbeginsel beschreven, maar het kan ook geconcretiseerd zijn in de regelgeving en dan de vorm hebben van een (individueel) recht. Voor de toepassing maakt dat veel uit. Een *rechtsbeginsel* kan immers, hoe belangrijk op zichzelf ook, toch wijken voor een ander beginsel of voor zwaarwegende omstandigheden. Een *recht* wordt evenwel slechts opzij gezet door uitdrukkelijk geformuleerde uitzonderingen of door hiërarchisch hogere normen.”

een recht op gelijke behandeling of een recht om niet te worden gediscrimineerd – geldend te kunnen maken is het noodzakelijk om zo nauwkeurig mogelijk bepaalde begrippen te hanteren die aan dit recht inhoud (kunnen) geven in de zin van rechtsaanspraken (in dit geval in de zin van een aanspraak op bescherming tegen discriminatie). Gezien vanuit het perspectief van de eventuele ‘dader’ van discriminatie is evenzeer helderheid gewenst; het rechtszekerheidsbeginsel en (in het geval van het strafrecht) het legaliteitsbeginsel eisen nu eenmaal dat rechtsgenoten vooraf duidelijkheid hebben over welk gedrag verboden is en door het recht wordt gesanctioneerd.

Een argument tegen het gebruik van het begrip onderscheid is dat dit inhoudsloos is, omdat immers niet ieder onderscheid verboden kan worden. En verbod op onderscheid geldt daarom altijd op bepaalde gronden en binnen bepaalde welomschreven terreinen. In aanvulling daarop stelt Gerards in haar proefschrift dat de begrippen ‘onderscheid’, ‘classificatie’ en ‘differentiatie’ vrijwel dezelfde betekenis hebben als het begrip ‘ongelijke behandeling’ en waardenneutraal en inhoudsloos zijn. Dat wil zeggen: “door gebruik te maken van deze begrippen wordt niets gezegd over de toelaatbaarheid of wenselijkheid van de ongelijke behandeling.”⁴²⁸ Op een andere plaats benadrukt deze auteur een ander aspect van de inhoudsloosheid van dit begrip: “Het is niet mogelijk een beroep te doen op een recht op gelijke behandeling, zonder aan te geven waarop die gelijke behandeling betrekking zou hebben. Dit betekent dat het gelijkheidsbeginsel geen inhoudelijk, materieel beginsel is, maar dat het primair een structurerende, procedurele functie heeft.”⁴²⁹ Daarmee doelt de auteur op een gebrek aan eigenstandigheid van het begrip: gelijkheid of ongelijkheid van de behandeling is altijd gerelateerd aan iets anders. Dit ‘iets anders’ bevindt zich vaak in de sfeer van (het onthouden van) andere fundamentele rechten van mensen, zoals het recht op arbeid, het recht op godsdienstvrijheid of het recht op onderwijs. Dit betekent alles bij elkaar dat ‘onderscheid’ niet ‘kaal’ gebruikt kan worden, maar op allerlei manieren expliciet of impliciet nader ingevuld moet worden alvorens het een bruikbaar juridisch begrip kan zijn (dat wil zeggen: een begrip met een onderscheidend vermogen).

Een veelgehoord argument om in de Awgb geen gebruik te maken van het begrip discriminatie is dat aan dit begrip in Nederland geen vastomlijnde en eenduidige uitleg wordt gegeven.⁴³⁰ Het begrip ‘discriminatie’ betekent volgens Gerards van oorsprong niets anders dan ‘ongelijke behandeling’ of ‘onderscheid maken’ maar heeft in de loop van de tijd een negatieve bijklank gekregen. Discriminatie wordt gebruikt om de *uitkomst* aan een toetsing aan het gelijkheidsbeginsel aan te geven. In dat geval staat discriminatie qua begrip gelijk aan een (vastgesteld) ongerechtvaardigd onderscheid. Dat is de betekenis die dit begrip in het algemeen heeft. Gerards geeft aan dat er anderen zijn die discriminatie zien als iets wat op zichzelf genomen verwerpelijk is. Discriminatie wordt dan gereserveerd voor die situaties waarin helemaal geen recht-

⁴²⁸ Gerards 2002, p. 11.

⁴²⁹ J.H. Gerards, ‘Botsende grondrechten, het gelijkheidsbeginsel en belangenafwegingen door de rechter,’ in: De Lange, Gerards & Stuurman: *Moderne Gelijkheid*, Boom Juridische Uitgevers 2005, p. 33. Het is van belang te signaleren dat hier het gelijkheidsbeginsel op één lijn wordt gesteld met de positiefrechtelijke norm van gelijkheid. Volgens Alkema is dit niet juist. Zie ‘Gelijkheid binnen het recht...’, a.w.

⁴³⁰ Zie Kamerstukken II 2002/03, 28 770, nr. 10, p. 11.

vaardiging voor ongelijke behandeling of onderscheid mogelijk is. Dit zou vooral bij bepaalde gronden het geval zijn. (De consequenties voor de toetsingssystematiek zijn hierboven reeds besproken.)

De conclusie van Gerards is dat door dit verschil in betekenis dat discriminatie kan hebben dit begrip juridisch minder goed bruikbaar is dan begrippen als onderscheid, classificatie en ongelijke behandeling.

Is het nu wel nodig om begrippen als discriminatie of onderscheid juridisch te definiëren? Van der Neut geeft aan dat het bij discriminatie gaat om een juridisch benoemingsproces. Daaronder verstaat hij het volgende: discriminatie is een (juridisch) gekwalificeerde vorm van onderscheid maken.⁴³¹ Dat wil zeggen: er wordt in de wet nader gespecificeerd dat het moet gaan om onderscheid waarbij een aantal specifiek benoemde zaken aan de orde zijn, zoals

- a. op welke *grond* het onderscheid is gemaakt en
- b. de vraag of voor het onderscheid een *rechtvaardiging* bestaat.

De auteur geeft aan dat de keuze van ‘verdachte’ gronden historisch gezien voortdurend aan verandering onderhevig is. Het is aan de wetgever om daarin keuzes te maken. Voorts zullen bij de vraag of een bepaald onderscheid ‘gerechtvaardigd’ is, vrijwel steeds persoonlijke opvattingen van de beoordelaar een rol spelen. Niet deze laatste opvattingen zijn echter doorslaggevend, maar de vraag of het onderscheid door *wetgever* of *rechter* uiteindelijk tot onredelijk is of wordt *bestempeld*. Discriminatie is, met andere woorden, in de juridische context een ‘declaratoir’ begrip. Een bepaald gedrag of een bepaalde behandeling krijgt dit stempel door een wilsbesluit van de wetgever of de rechter.⁴³² Als zodanig zou het niet nader definieerbaar zijn, net zomin als het woord misdaad of onrechtmatige daad definieerbaar is. De conclusie van Van der Neut is dat discriminatie “... een begrip is dat inhoud krijgt door bepaalde onderscheidingen te verbieden.”⁴³³ Over welke gedragingen wel of niet dit epitheton behoren te krijgen speelt zich een harde politieke en juridische strijd af, juist omdat discriminatie zo’n sterk negatieve lading heeft. Rechtstheoretische en (rechts)politieke factoren die in dat debat een rol spelen hebben we kort besproken in paragraaf 1.3. van dit deelrapport.

Een eenduidige conclusie valt op dit punt niet te trekken, behalve dat het er op lijkt dat beide begrippen even ‘leeg’ zouden zijn en dat in beide gevallen in feite dezelfde nadere kwalificerende arbeid van de wetgever (en in laatste instantie de rechter) nodig is teneinde de gewenste rechtszekerheid te creëren.

⁴³¹ Van der Neut 1986, p. 15. De auteur geeft daarbij aan dat het begrip onderscheid gelezen moet worden als ‘achterstelling’. Zie p. 18.

⁴³² Een uitdrukking als ‘aan deze achterstelling is door rechtvaardigingsgrond X of Y het discriminatoir karakter ontnomen’ is daarmee onjuist. Er bestaat geen buiten de juridische (declaratoire) werkelijkheid staand discriminatoir karakter dat ontkracht kan worden in een juridisch proces. Er is slechts een juridische werkelijkheid in dit opzicht. Zie voetnoot 11 op p. 15 van Van der Neut 1986.

⁴³³ Zie Van der Neut 1986, p. 17. Dit sluit naadloos aan bij de omschrijvingen die wij vonden in de Franse literatuur: discriminatie is pas discriminatie als de wet of de rechter dat bepaalt. In Frankrijk ligt het accent daarbij zeer sterk op de wetgever.

6.4.3 *Contextafhankelijkheid begrippen, interne consistentie rechtssysteem*

Artikel 1 van de Grondwet stelt dat er een recht is op gelijke behandeling en verbiedt discriminatie. In voorkomende gevallen kan rechtstreeks een beroep worden gedaan op dit grondwetsartikel. Daarnaast heeft in verschillende delen van het Nederlandse rechtssysteem het algemene gelijkheidsbeginsel, waaraan artikel 1 van de GW uitdrukking geeft, nader invulling gekregen. Wat betreft het optreden van de wetgever en het bestuur gebeurt dit in hoofdzaak in het bestuursrecht, waar het – als algemeen beginsel van behoorlijk bestuur – vooral de vorm aanneemt van een verbod op willekeur.⁴³⁴ Het verbod om te discrimineren of om ongelijk te behandelen is het wat betreft de relaties tussen burgers onderling nader uitgewerkt in de strafrechtelijke discriminatieverboden en in de civielrechtelijke wetgeving op het terrein van de gelijke behandeling.⁴³⁵

Is het nu wenselijk dat in al deze delen van het rechtssysteem van hetzelfde begrip- en apparaat wordt uitgegaan, of is het daarentegen juist wenselijk dat er – door verschillende begrippen te gebruiken – benadrukt wordt dat er verschillende rechtsverhoudingen aan de orde zijn?

Met name wat betreft de afstemming tussen strafrecht en civiel recht verschillen de meningen. Bij de behandeling van het wetsvoorstel voor de Awgb begin jaren negentig is reeds door de fractie van het GPV ter sprake gebracht dat men moeite heeft met het verschil in terminologie tussen de strafwetgeving en de gelijkebehandelingswetgeving: “In beide gevallen wordt uitvoering gegeven aan artikel 1 van de Grondwet. (...) Dit spreken met twee talen wezen de leden van de GPV-fractie af. Het schept verwarring over de eigenlijke bedoelingen van de wetgever.”⁴³⁶ Daar staat tegenover dat anderen juist graag de strafrechtelijke discriminatieverboden streng willen blijven scheiden van de civielrechtelijke, zoals neergelegd in ondermeer de Awgb. Daarvoor worden verschillende argumenten aangevoerd.

Een eerste argument betreft de verschillen in doelstellingen van beide discriminatieverboden. In 1990 motiveerde de minister van Justitie (Hirsch Ballin) de keuze voor het gebruik van het begrip discriminatie in de strafrechtelijke context uitdrukkelijk (mede) met de stelling dat daarmee “ook nog eens de nadruk (wordt) gelegd op het verschil in invalshoek tussen dit wetsvoorstel en het nog te verwachten wetsvoorstel Algemene wet gelijke behandeling, waarin onderscheid op de daarin genoemde gronden verboden is. Daarmee wordt ook beter dan tot nu toe de taak en de plaats van het strafrecht in de wetstekst tot uitdrukking gebracht op een manier die beantwoordt aan de oogmerken zoals die in de toelichtende stukken van mijn ambtsvoorganger zijn verwoord.”⁴³⁷

⁴³⁴ Zie over het willekeurverbod en de (beperkte) werking die het heeft in deze context de noot van Hennekens onder CRvB 19 mei 1987, AB 1988, 566.

⁴³⁵ Tenslotte kunnen ook nog internationaal-rechtelijke bepalingen of bepalingen uit het EG-recht onder omstandigheden rechtstreekse werking krijgen in het nationale recht. Wat het EG-recht betreft geldt daarenboven een verplichting voor de Nederlandse rechter om het nationale recht richtlijnconform uit te leggen. De invloed van het internationale en Europese recht is echter al op andere plaatsen in dit rapport aan de orde gekomen en zal daarom hier buiten beschouwing blijven.

⁴³⁶ Kamerstukken II 1990/91, 22 014, nr. 4, p. 44. De regering heeft op dit argument voor zover valt na te gaan geen antwoord gegeven in de verdere behandeling van het wetsvoorstel.

⁴³⁷ Handelingen II 28 maart 1990, p. 54-3096. Zie ook idem, p. 54-3098. De oogmerken waar de minister hier op doelt zijn verwoord in termen van. (a) mensen beschermen tegen agressie en (b)

Dit (vermeende) verschil in doelstelling van het strafrecht en het civiele recht komt eveneens aan de orde in de volgende opmerking, gemaakt door minister De Graaf tijdens de behandeling van het wetsvoorstel Implementatiewet: “Daarin (bedoeld: in het strafrecht) gaat het om aantasting van de gelijkheid van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden. Dat is een veel zwaarder begrip dan waarop in de Algemene wet gelijke behandeling en in de Europese richtlijnen wordt gedoeld. Dat maakt het lastig om het begrip ‘discriminatie’ zomaar in te voeren.”⁴³⁸

Bij deze passage passen enige kanttekeningen. Ook in de Memorie van Toelichting op het wetsvoorstel Awgb wordt met zoveel woorden uitdrukkelijk verwezen naar juist die belangrijke waarden, waarvan de bescherming de minister nu uitsluitend lijkt op te dragen aan het strafrecht.⁴³⁹ Ook gaat de Minister op deze plaats voorbij de preambules van de Europese richtlijnen, waarin uitvoerig wordt verwezen naar artikel 6 van het Unieverdrag, dat stelt dat de Unie is gegrondvest op de beginselen van vrijheid, democratie, eerbiediging van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden en van de rechtstaat. In de tweede overweging van de preambule van de Rasrichtlijn wordt gesteld dat gelijkheid voor de wet en bescherming tegen discriminatie een universeel recht is dat door diverse internationale verdragen wordt erkend en bevestigd. In de daarop volgende overwegingen wordt verwezen naar talloze verdragen, resoluties en verklaringen, ook van de EU zelf, waarin deze beginselen nader zijn uitgewerkt. Doel en strekking van de richtlijnen wordt uitdrukkelijk in dit mensenrechtelijk kader geplaatst. Het verschil tussen beide gebieden is dus kleiner dan de minister hier lijkt te suggereren.

Een tweede argument om goed tussen beide terreinen te onderscheiden (en dit onderscheid tot uitdrukking te laten komen in de terminologie) is dat strafrechtelijk optreden tegen bepaald gedrag niet zou mogen interfereren met een civielrechtelijk optreden. Dit punt komt aan de orde bij de wijziging van de terminologie in artikel 429quater. De minister stelt dat het werk van de Commissie niet gefrustreerd moet worden door hetzelfde begrip ‘onderscheid maken’ ook in de strafbepalingen te gebruiken “met alle gevolgen van dien die zo’n vermenging van de verschillende contexten zou hebben”.⁴⁴⁰ De minister reageert op deze plaats op een uitspraak van de Commissie Gelijke Behandeling, die te kennen heeft gegeven te vrezen dat de strafbaarstelling van discriminatie op het terrein van de uitoefening van een ambt, beroep en bedrijf in artikel 429quater wellicht ongewenste nevengevolgen zou kunnen hebben. Gedoeld wordt op het feit dat werkgevers door de Commissie gedwongen kunnen worden inlichtingen te verstrekken aan de Commissie in gelijke behande-

voorkomen dat mensen door discriminatie worden belemmerd in hun maatschappelijk functioneren. Zie de bijdrage van Groenman, handelingen II 27 maart 1990, p. 53-3030. Het genoemde kamerlid noemt op die plaats het laatste een ‘beleidsgerichte, maatschappelijke doelstelling.’ Zie wat betreft de doelstellingen van het non-discriminatierecht of gelijkebehandelingsrecht par. 1.3..

⁴³⁸ Kamerstukken II 2002-2003, 28 770, nr. 10, p. 11. De minister geeft tijdens het debat aan dat de definitie van discriminatie in artikel 90quater Sr strengere eisen stelt dan de definitie van onderscheid in de gelijkebehandelingswetgeving. Om onderscheid te bewijzen, hoeft je niet aan te tonen dat er sprake is van aantasting van mensenrechten en fundamentele vrijheden.

⁴³⁹ De eerste zinnen van de MvT luiden: “Het onderhavige wetsvoorstel strekt er toe bescherming te bieden tegen aantasting van de menselijke waardigheid. Het grondrecht op gelijke behandeling en non-discriminatie vloeit voort uit de erkenning van de persoonlijke waardigheid van ieder mens.” Kamerstukken II 1990/91, 22 014, nr. 3, p. 1.

⁴⁴⁰ Hirsch Ballin, handelingen II 20 juni 1990, p. 80-4492.

lingszaken. Deze inlichtingen zouden niet mogen worden gebruikt in een strafzaak.⁴⁴¹

Een argument van een andere orde is dat discriminatie een sterk pejoratief begrip zou zijn en daarmee te negatief zou uitwerken in de context van het civiele recht.⁴⁴² Dit is met name naar voren gebracht door de Commissie Gelijke Behandeling: “De Commissie erkent niettemin dat via de term ‘discriminatie’ duidelijker tot uitdrukking komt dat er sprake is van ongerechtvaardigde ongelijke of gelijke behandeling. Hier staat evenwel tegenover dat het begrip ‘discriminatie’ bij justitiabelen veelal ten onrechte de indruk wekt dat er sprake moet zijn van het bewust onderscheid maken en van een intentie tot benadeling. Vanuit dit perspectief doet introductie van het begrip discriminatie afbreuk aan de effectiviteit van de gelijkebehandelingswetgeving door de weerstand die het bij veel normadressanten oproept.”⁴⁴³ De regering neemt dit argument over in de Implementatienotitie, waar ze het samenvat als dat het gebruik van het begrip discriminatie afbreuk zou doen aan de effectiviteit van de gelijkebehandelingswetgeving.⁴⁴⁴ In dat verband is verschillende keren naar voren gebracht dat het gebruik van het begrip ‘onderscheid maken’ tot nu toe geen problemen heeft opgeleverd in de praktijk. In tegendeel, gedurende meer dan twee decennia zijn goede ervaringen opgedaan met deze terminologie.⁴⁴⁵ Door Vrielink, De Prins & Sottiaux is hier tegen in gebracht dat gezien “(...) het ontbreken van een reeel vergelijkbare situatie, (...) er wat betreft het eerste argument evenzeer het tegendeel (kan) worden verondersteld: wellicht zou juist de beladen term discriminatie meer normconformiteit teweegbrengen, omdat immers niemand deze term op zichzelf toegepast wil (blijven) zien.”⁴⁴⁶ De enige conclusie die wij op dit punt zouden kunnen trekken is dat hiernaar nader onderzoek gedaan zou moeten worden.

Een vierde reden die voor een strenge scheiding tussen het strafrechtelijke begrip discriminatie en het begrip onderscheid in de Awgb wordt aangevoerd is dat het eerste begrip zou duiden op intentioneel handelen (met het oogmerk om...); echter: intentie of oogmerk doet er in het civiele recht niet toe (de beoordeling van het handelen is geobjectiveerd van persoonlijke bedoelingen). “De Commissie erkent niettemin dat via de term ‘discriminatie’ duidelijker tot uitdrukking komt dat er sprake is van ongerechtvaardigde ongelijke of gelijke behandeling. Hier staat evenwel te-

⁴⁴¹ Idem. Zie ook de bijdrage van Swildens-Rozendaal aan het debat, handelingen II 27 maart 1990, p. 53-3035.

⁴⁴² Dat discriminatie iets ‘slechts’ zou zijn is met kracht verwoord door de vertegenwoordiger van de VVD (Rempt-Hallmans de Jongh) tijdens de mondelinge behandeling van de Awgb: “Discriminatie, het woord alleen al roept walging op en wordt nogal eens gekoppeld aan rassen: rassendiscriminatie.” Handelingen II 9 februari 1993, p. 46-3424.

⁴⁴³ Commentaar van de CGB inzake implementatie van de gemeenschappelijke bepalingen van de EG-kader Richtlijn en de EG-anti-rassendiscriminatie Richtlijn. CGB-advies /2001/03 van 30 mei 2001, p. 3. Dit beeld wordt bevestigd door het rechtssociologisch onderzoek dat in het kader van deze evaluatie is verricht.

⁴⁴⁴ Kamerstukken II 2001/02, 28 187, nr. 1, p. 6. Zie ook Kamerstukken II 2001/02, 28 187, nr. 2, p. 4, waarmee de regering, nadat door de fracties van PvdA, VVD, D66 en SGP is aangedrongen op heroverweging van dit standpunt, exact dezelfde tekst opnieuw naar de kamer stuurt.

⁴⁴⁵ Zie bijvoorbeeld Nader rapport bij het Advies van de Raad van State bij de Implementatienotitie, Kamerstukken II 2001/02, 28 187, A, p. 5, waar de regering stelt dat sinds 1980 goede ervaringen zijn opgedaan met deze terminologie.

⁴⁴⁶ Vrielink, De Prins en Sottiaux 2004, p. 246.

genover dat het begrip ‘discriminatie’ bij justitiabelen veelal ten onrechte de indruk wekt dat er sprake moet zijn van het bewust onderscheid maken en van een intentie tot benadeling. Vanuit dit perspectief doet introductie van het begrip discriminatie afbreuk aan de effectiviteit van de gelijkebehandelingswetgeving door de weerstand die het bij veel normadressanten oproept.”⁴⁴⁷ De regering neemt dit argument over in de Implementatienotitie, waar ze het samenvat als dat het gebruik van het begrip discriminatie afbreuk zou doen aan de effectiviteit van de gelijkebehandelingswetgeving.⁴⁴⁸ In haar tweede evaluatierapport verwoordt de Cgb dit als volgt: “Discriminatie heeft bovendien een eigen betekenis in de strafrechtelijke context.” De Cgb wijst op de woorden ‘doel en gevolg’ in artikel 90quater Wetboek van Strafrecht. “Doel en gevolg zijn echter geen elementen van het verbod op het maken van onderscheid in de zin van de gelijkebehandelingswetgeving.”⁴⁴⁹

Wij kunnen de Cgb in haar argumentatie wel volgen voor zover het betreft het *doel* van andere vormen van ongelijk behandelen of onderscheid maken (dan intimidatie); in alle commentaren op het Europese gelijkebehandelingsrecht wordt dit gezien als niet relevant voor de vaststelling van de vraag of de verbodsnorm is overtreden.⁴⁵⁰

Wat betreft het *gevolg* van het onderscheid zijn wij het niet eens met de opvatting van de Cgb. De volgens het Europese recht vereiste benadeling moet wel degelijk een *gevolg* zijn van ongelijke behandeling *op bepaalde gronden*. Dit causaliteitsvereiste wordt algemeen gezien als constituerend voor de vraag of er sprake is van discriminatie.⁴⁵¹ Het verschil tussen beide gebieden lijkt hiermee minder groot dan de Cgb suggereert.

Op dit punt van de contextafhankelijkheid en de gewenste interne consistentie kunnen we op grond van deze inventarisatie van gevonden argumenten geen eenduidige

⁴⁴⁷ Commentaar van de CGB inzake implementatie van de gemeenschappelijke bepalingen van de EG-kaderrichtlijn en de EG-anti-rassendiscriminatie richtlijn. CGB-advies /2001/03 van 30 mei 2001, p. 3.

⁴⁴⁸ Kamerstukken II 2001/02, 28 187, nr. 1, p. 6. Zie ook Kamerstukken II 2001/02, 28 187, nr. 2, p. 4, waarmee de regering, nadat door de fracties van PvdA, VVD, D66 en SGP is aangedrongen op heroverweging van dit standpunt, exact dezelfde tekst opnieuw naar de kamer stuurt.

⁴⁴⁹ Cgb 2005, p. 32. De woorden ‘doel of gevolg’ in artikel 90quater komen uit artikel 1 Rassenverdrag en komen ook voor in artikel 1 Vrouwenverdrag. Volgens General Comment nummer 18 van het VN- Mensenrechtencomité moet ook artikel 26 IVBPR zo worden uitgelegd. De Cgb heeft het echter bij het verkeerde eind als ze uit deze bewoordingen zou concluderen dat in het strafrecht een veel zwaardere bewijslast zou gelden dan in het civiele recht. Dit is ten stelligste ontkend door Hirsch Ballin, handelingen II 20 juni 1990, p. 80-4497. Zie par. 2.3.3.5, waar is beschreven dat de meningen sterk verschillen over de vraag of bij toepassing van artikel 429quater het bewijs van opzet tot discriminatie geleverd moet worden. De Commissie ziet hier bovendien over het hoofd dat in de (aanvullende) definitie van het begrip onderscheid in de Awgb, in de zin dat ‘intimidatie’ daar nu eveneens onder is begrepen, wel degelijk gesproken wordt over het doel of het gevolg van het (intimiderend) handelen. Daarmee is het verschil tussen beide gebieden in elk geval weer verkleind.

⁴⁵⁰ Zie bijv. Vrielink, De Prins en Sottiaux 2004, p. 246.

⁴⁵¹ Zie Tobler 2005, p. 41, die (instemmend) verwijst naar Evelyn Ellis: “Somewhat more specifically, Ellis explains that there are two basic constitutive elements of all forms of discrimination, namely adverse impact and causation (‘namely (...) a prohibited classification underlying that impact’). Evelyn Ellis, ‘The Definition of Discrimination in European Union Sex Equality Law’, in: European Law Review 1994, pp 387-394. Zie voorts Ellis 2005, p. 103/4. Zie ook de hiervoor weergegeven standpunten van de Britse en Franse experts over de betekenis die het discriminatiebegrip in de context van hun gelijkebehandelingswetgeving heeft.

conclusies trekken. Deze beide aspecten van de begripskeuze verdienen daarom nadere studie.

6.5 Conclusies

In dit hoofdstuk is onderzocht of er juridisch gezien argumenten zijn die zouden dwingen tot de keuze voor één van de beide begrippen die wij in dit onderzoek hebben geanalyseerd.

Daarbij zijn de volgende vragen aan de orde gekomen:

- a. Wordt een bepaald begrip/bepaalde wijze van toetsen voorgeschreven door het **EU-recht**?
- b. Wat zijn de consequenties van een bepaalde begripskeuze voor het **toetsingskader** van de rechter? Daarmee samenhangend: wat zijn de consequenties van een bepaalde begripskeuze voor de **bewijslast(verdeling)**?
- c. Sluit een bepaalde keuze meer/beter aan bij **internationaal-rechtelijke normen** op dit terrein?
- d. Is een scherpe juridische **definitie** van deze begrippen noodzakelijk/mogelijk?
- e. Is de keuze van een van beide begrippen **contextafhankelijk** (dat wil zeggen afhankelijk van de vraag of ze een rol spelen in het strafrecht/het civiele recht/het bestuursrecht)?
- f. Is de keuze voor één van beide begrippen noodzakelijk vanwege de **interne consistentie** in het Nederlandse recht?
- g. Wat zijn de consequenties van een bepaalde begripskeuze voor het **bereik** van de wetgeving?
- h. Is de keuze afhankelijk van de **gronden** voor onderscheid of discriminatie die verboden moeten worden?

Bereik en gronden

Te beginnen met de laatste twee vragen (ook reeds behandeld in hoofdstuk 4) kan worden gesteld dat de regering zich bewust moet zijn van het feit dat het begrip onderscheid zich beter leent voor een wetgeving met een beperkt bereik (beperkt tot bepaalde maatschappelijke of economische terreinen) en met een breed scala aan verschillende gelijke behandelingsgronden. Het begrip discriminatie, daarentegen, kan vanwege de pejoratieve lading daarvan, beter worden ingezet in een wetgeving waarvan het bereik (vrijwel) onbeperkt is, maar waarin de gronden limitatief zijn opgesomd en allemaal een relatie hebben met een kenmerk 'dat mensen als persoon onvervreemdbaar eigen is'.⁴⁵² Het voordeel van de keuze van het begrip discriminatie kan dan zijn dat daarmee het bereik wel weer in die zin zou worden beperkt dat het geen betrekking heeft op als triviaal ervaren zaken. Is het voornemen echter om alle gelijkebehandelingswetten die momenteel bestaan te integreren in één wet, dan zou wellicht beter kunnen worden vastgehouden aan het begrip onderscheid. Deze wetten bestrijken immers een beperkt aantal terreinen en kennen een grote diversiteit aan gronden, waarbij ook gronden voorkomen die naar algemeen gevoelen weinig tot niets te maken hebben met gevoelige persoonskenmerken. Verder komt in geval in deze wetgeving het begrip discriminatie zou worden opgenomen wellicht op-

⁴⁵² Rob 2006, p. 17.

nieuw ter discussie te staan of het wel legitiem is het verbod te beperken tot bepaalde sectoren van het sociaal en maatschappelijk leven.

EU-conformiteit

Wat betreft het EU-recht is in de Inleiding bij dit deel reeds opgemerkt dat dit op zichzelf niet verplicht tot overname van exact dezelfde bewoordingen als die welke in de richtlijnen voorkomen. De Europese Commissie heeft tot nu toe geen aanleiding gezien om wat de keuze van de terminologie betreft in te grijpen. Of het Europese Hof, mocht deze kwestie ooit aan hem worden voorgelegd, zal besluiten of Nederland een richtlijnconforme implementatie heeft gerealiseerd door ‘onderscheid’ te verbieden in plaats van ‘discriminatie’ is niet afhankelijk van de woordkeuze als zodanig, maar van de vraag of daarmee voldoende bescherming tegen discriminatie (zoals gedefinieerd in de richtlijnen) wordt geboden.

Dit laatste hangt onder meer af van de vraag of de woordkeus uitdrukking geeft aan een bepaalde interpretatie van het gelijkheidsbeginsel. Zou het zo zijn dat de Nederlandse regering met het gebruik van het begrip onderscheid wil zeggen dat zij een puur formele uitleg en uitwerking geeft aan dit beginsel, dan zou het zo kunnen zijn dat het Hof van Justitie van de EG daarin niet meegaat en een correctie aanbrengt op dit Nederlandse beleid.

Onderdeel van de vraag naar de richtlijnconformiteit van het Nederlandse recht betreft de vraag naar de openheid of geslotenheid van de toetsing of van ‘discriminatie’(in Europeesrechtelijke zin) of van ‘onderscheid’(volgens de Nederlandse wetgeving) sprake is. Op dit punt kan gezegd worden dat beide systemen even gesloten lijken te zijn. Er is discussie mogelijk over de vraag of de wijze van formuleren van de rechtvaardigingen of uitzonderingen in het Europese recht (waarbij gesteld wordt dat iets ‘geen discriminatie is’) tot andere uitkomsten zal leiden dan de wijze waarop deze in het Nederlandse recht zijn geformuleerd (het verbod is niet van toepassing in bepaalde situaties). Deze discussie lijkt echter vooral van theoretische aard.

Nu het niet uit lijkt te maken is het dus aan de Nederlandse wetgever om zelfstandig een keus te maken. (Welke keuze ook of mede gebaseerd kan worden op een van de andere juridische factoren die in dit hoofdstuk aan de orde zijn gekomen of gebaseerd kan worden op rechtstheoretische overwegingen die in de Inleiding (par. 1.3.) kort zijn aangestipt.). Een voordeel van het gebruik van het Europeesrechtelijke discriminatiebegrip is dat het Nederlandse recht automatisch mee evolueert met eventuele wijzigingen in de uitleg of toepassing van het Europeesrechtelijke discriminatieverbod, zoals dat ondermeer door het Europese Hof van Justitie vorm zal worden gegeven.⁴⁵³ Een nadeel zou kunnen zijn dat daarmee een vrij neutrale, circulaire, definitie wordt binnengehaald, die duidelijk afwijkt van de definitie die in het Nederlandse strafrecht is gebruikt.

Het toetsingssysteem en de bewijslastverdeling

De vraag naar het toetsingssysteem kan ook alleen vanuit de begripskeuze zelf worden gesteld. Soms is het argument te horen dat discriminatie te ‘gesloten’ zou zijn; dat wil zeggen: geen enkele uitzondering of rechtvaardiging toe zou laten. Vaker is het argument te horen dat het begrip discriminatie te ‘open’ zou zijn. Dat zou het geval

⁴⁵³ Bovendien is een betere aansluiting / rechtsvergelijking mogelijk met onze 24 EU-medelidstaten.

zijn wanneer discriminatie wordt gedefinieerd als ‘ongerechtvaardigd onderscheid’, hetgeen – zoals we in hoofdstuk 2 hebben gezien – in een aantal contexten inderdaad het geval is.⁴⁵⁴ Het gebruik van het woord discriminatie, op die manier opgevat, betekent dat in ieder geval dat aan de Commissie of aan de rechter wordt voorgelegd de rechtvaardigingsvraag als prealabele vraag voorop komt te staan: is hier wel sprake van discriminatie, c.q. *ongerechtvaardigd* onderscheid? Wat ongerechtvaardigd is, is echter niet nader door de wetgever aangegeven, vandaar dat in dat verband wel van een ‘open toetsingsysteem’ wordt gesproken. Dit effect treedt echter alleen op wanneer men discriminatie op deze open wijze definieert. Een mogelijke andere wijze van definiëren zou zijn om nauw aansluiting te zoeken bij de wijze waarop dit begrip is omschreven in de EG-richtlijnen. Daarin staat feitelijk dat het beginsel van gelijke behandeling iedere vorm van discriminatie uitsluit, waarbij discriminatie op zijn beurt wordt omschreven als ongelijke behandeling. Ook in die systematiek komt – evenals in het Nederlandse recht – de vraag naar de mogelijke rechtvaardiging pas aan de orde als reeds vast staat dat er ongelijk is behandeld (onderscheid is gemaakt). Verband houdend met dit onderwerp is eveneens bekeken of het voor de bewijslastverdeling verschil maakt of het ene of het andere begrip wordt gebruikt. Dit is alleen het geval wanneer een ‘open’ discriminatiebegrip zou worden gebruikt. Een dergelijk effect is niet te verwachten wanneer de Nederlandse wetgever het begrip discriminatie op dezelfde wijze zou definiëren als in de EG-richtlijnen. Een dergelijke stap lijkt niet erg groot meer wanneer men bedenkt dat de regering in de Memorie van Toelichting bij een recente wijziging van de WGBm/v reeds heeft erkend dat het “(...) in deze regelingen (bedoeld: de Awgb en andere gelijkebehandelingswetten) verboden onderscheid is aan te merken als discriminatie, zoals bedoeld in de richtlijn.”⁴⁵⁵

Het internationale non-discriminatierecht

De vraag naar de aansluiting bij internationaal-rechtelijke non-discriminatiebepalingen is door ons aan het onderzoek toegevoegd. Geconstateerd moet worden dat de betekenis en uitleg (door nationale en internationale rechters) van het begrip discriminatie kan verschillen van verdragsbepaling tot verdragsbepaling. Globaal gesproken kan gesteld worden dat discriminatie in de context van artikel 1 GW, het EVRM en het IVBPR ongeveer hetzelfde betekent: het gaat om ongerechtvaardigd onderscheid, waarbij de rechtvaardigingsvraag ingevuld wordt met een doel-middel proportionaliteitstoets en waarbij – althans als overheidsoptreden ter discussie staat (hetgeen de primaire focus van deze bepalingen is) een vrij ruime mate van discretionaire bevoegdheid bestaat om ‘categorisering’ aan te brengen in wetgeving en beleid. In geval van discriminatie op bepaalde ‘verdachte’ gronden geldt daarbij een ‘very weighty reasons test’ die aanzienlijk minder ruimte laat aan de verdragsstaten. In andere verbanden krijgt discriminatie een meer specifieke invulling. Zo is het discriminatieverbod van het VN-Vrouwenverdrag duidelijk meer toegespitst op schendingen van mensenrechten van vrouwen, is discriminatie niet beperkt tot ongelijke behandeling (maar kan zelfs geweld tegen vrouwen omvatten) en is het verbod uit-

⁴⁵⁴ Dit is het geval in de context van de Awgb (waar dit begrip alleen in de toelichtingen e.d. wordt gebruikt), in de context van de Grondwet en in de context van het EVRM en het IVBPR. In het strafrecht, het Rassenverdrag en het Vrouwenverdrag heeft discriminatie een meer specifieke betekenis.

⁴⁵⁵ Zie Kamerstukken II 2004/05, 30 237, nr. 3, p. 3.

drukkelijk materieel en asymmetrisch van aard. Gebruik van het begrip discriminatie in de Awgb (en aanverwante wetten) kan het bezwaar hebben dat deze (ruime) invulling van het internationaal-rechtelijke discriminatiebegrip ook een invloed gaat krijgen op de interpretatie en toepassing van dit nationale recht. In het bijzonder bestaat de vrees dat daarmee de open wijze van toetsen ook ingevoerd zou worden in het nationale recht. Nederland kan zich evenwel in een wereld van *multi-level jurisdictions* niet blijvend afsluiten voor invloeden vanuit andere (hogere) rechtsordes, ook niet door een van die rechtsordes afwijkend begrip te gebruiken. Vanuit dat perspectief is er wat te zeggen voor het gebruik van het begrip discriminatie. Door dat begrip wel te gebruiken – bijvoorbeeld als dat geschiedt in de beperkte EG-rechtelijke betekenis daarvan – is het mogelijk dat het Nederlandse non-discriminatierecht of gelijkbehandelingsrecht mee evolueert met het (hogere) internationale recht op hetzelfde terrein. Fricties tussen verschillende ‘jurisdictions’ kunnen daarmee niet worden voorkomen, maar er kan wel voor worden gezorgd dat er een zekere aansluiting mogelijk blijft tussen nationale, Europese en internationale ontwikkelingen op dit terrein.

De definieerbaarheid van begrippen

Wanneer de Nederlandse wetgever over zou gaan tot het gebruik van het woord discriminatie dringt zich de vraag op of en hoe dit begrip gedefinieerd zou kunnen worden op een zodanige wijze dat er rechtszekerheid bestaat voor de burgers welke regelingen, (be)handelingen en bejegeningen verboden zijn. Van beide begrippen (onderscheid en discriminatie) moet worden geconstateerd dat ze in feite leeg of onderbepaald zijn. Dat wil zeggen: uit het begrip zelf is niet direct de juridische strekking of inhoud ervan af te leiden. Ze vereisen, met andere woorden, nadere bepalingen in de wet waardoor ze een functie kunnen gaan vervullen in een specifieke verbodsbepaling. In juridische termen: discriminatie en onderscheid zijn declaratoire begrippen. Of iets in juridische zin ‘discriminatie’ of (verboden) ‘onderscheid’ is, met andere woorden, moet altijd in laatste instantie door de rechter – op grond van de aanwijzingen die de wetgever heeft gegeven – worden vastgesteld. Kort gezegd: vanuit dit perspectief is een definitie van deze begrippen noch mogelijk noch noodzakelijk. De conclusie op dit punt luidt dat het in dit opzicht niet uitmaakt voor welk van beide begrippen men kiest.

De contextafhankelijkheid en de interne consistentie

Tot slot is aan de orde gesteld of het gebruik van een van beide begrippen contextafhankelijk is en/of de interne consistentie van het recht zou eisen dat overal dezelfde begrippen worden gebruikt. In dit opzicht is wel het een en ander aan standpunten aangetroffen in de discussies (waarbij zowel voor als tegen het consistent gebruik van één begrip is gepleit), maar wij kunnen op grond daarvan (nog) niet tot een afgeronde conclusie komen. Op dit onderdeel zal nader studie moeten worden verricht, althans wanneer deze aspecten een belangrijke rol zouden moeten (gaan) spelen bij de uiteindelijke begripskeuze.

Resumerend

Op juridische gronden is geen eenduidig antwoord te formuleren op de vraag of de keuze voor een van beide begrippen geïndiceerd zou zijn. Voor een deel hangt dit af

van nadere keuzes (bijvoorbeeld ten aanzien van het toepassingsbereik van de wetgeving of de gronden), voor een ander deel van nadere studie (bijvoorbeeld ten aanzien van de interne consistentie van het recht). Het voordeel van het blijven gebruiken van onderscheid is dat daarmee een veelheid van veelsoortige gronden in één wettelijk kader kan worden geregeld⁴⁵⁶ en dat er een duidelijke beperking tot bepaalde terreinen van het maatschappelijk leven mogelijk is. Vanuit een aantal opzichten is er ook iets te zeggen voor het gebruik van het woord discriminatie, maar dan gedefinieerd op de wijze zoals dat in de Europese richtlijnen is geschied. Daarmee voorkomt men dat er 'ruis' ontstaat tussen het Nederlandse en het Europese begrippenkader en blijft Nederland aansluiting houden bij de ontwikkelingen die het discriminatiebegrip in die context zal blijven doormaken; tegelijk is daarmee een zekere uitwisseling mogelijk gemaakt met ontwikkelingen die zich in het internationale recht in dit opzicht voordoen.

⁴⁵⁶ Zoals voorgenomen in de voorgestelde Integratiewet. Zie voetnoot 8.

Hoofdstuk 7

Conclusies

In dit afsluitende hoofdstuk zullen we niet alle argumenten voor of tegen het gebruik van het begrip onderscheid of discriminatie die in dit onderzoeksrapport aan de orde zijn gekomen opnieuw de revue laten passeren. We verwijzen daarvoor naar de samenvattingen en conclusies aan het eind van de verschillende paragrafen of hoofdstukken van dit deelrapport.

Zeer kort gesteld kunnen de volgende antwoorden op de centrale onderzoeksvragen worden gegeven:

Kan het gebruik van het begrip onderscheid met het oog op de huidige EG-regelgeving worden gehandhaafd?

Ja, dat kan. Echter, het omgekeerde kan ook worden gesteld: de overeenkomst tussen het Nederlandse en het Europese gelijkebehandelingsrecht wat betreft de inhoud van de begrippen, en systematiek van toetsing die met deze begrippen samenhangt, is zo groot dat –juridisch gezien– er eveneens niets in de weg lijkt te staan aan het gaan gebruiken van het Europeesrechtelijk gedefinieerde begrip discriminatie. Dat wil zeggen: als dit begrip wordt ingevoerd zal het aan de juridische systematiek van de Awgb als zodanig niets veranderen. Hooguit zullen de ‘uitzonderingen’ op het verbod op ongelijke behandeling, die nu als ‘rechtvaardigingen’ zijn geformuleerd, vorm gegeven moeten worden in de zinsconstructie dat bepaalde situaties niet vallen onder wat de wet onder discriminatie verstaat.

Wat zijn de verschillen tussen ‘discriminatie’ en ‘onderscheid’?

Het verschil in betekenis tussen deze begrippen is afhankelijk van de taalkundige en juridische context waarin deze begrippen functioneren. *Grosso modo* spitsen de verschillen zich toe op de volgende factoren:

- de mate waarin het begrip een pejoratieve connotatie heeft (discriminatie), c.q. de mate van ‘neutraliteit’ van het betreffende begrip (onderscheid)
- de sterke verbondenheid van het begrip met bepaalde ‘verdachte’ gronden (in geval van discriminatie) of het van toepassing kunnen zijn op alle mogelijke criteria (onderscheid)
- (in samenhang daarmee) de verbondenheid met bescherming van mensenrechten (discriminatie) of met overwegend sociaal-economische doelstellingen (onderscheid)
- het toepassingsbereik van de normstelling (verbodsbepaling) waarin het woord een centrale rol speelt (ruim bij discriminatie, duidelijk afgebakend bij onderscheid)
- de openheid of geslotenheid van het begrip wat betreft de vraag of voor de bestreden feiten nog een rechtvaardigingsgrond kan worden aangevoerd; discriminatie zou open zijn, onderscheid gesloten.

Hiermee lijkt een helder verschil in betekenis te zijn gegeven. Het onderzoek heeft echter aangetoond dat deze vermeende verschillen voor een groot deel moeten worden gerelativeerd. Onderscheid krijgt een sterk negatieve betekenis wanneer de wetgever dat begrip verbindt met bepaalde als verdacht aangemerkte gronden en stelt dat het moet gaan om ‘niet te rechtvaardigen’ onderscheid. Wat betreft de verbondenheid van het discriminatiebegrip met verdachte gronden of met bepaalde mensenrechtelijke doelstellingen: dit is lang niet bij alle discriminatieverboden het geval. Het voorbeeld bij uitstek van een veel ruimere toepassing van het discriminatiebegrip is het Europese recht dat dit begrip toepast op een breed scala van gronden en dat vooral economisch-instrumenteel van aard is. Voor het toepassingsbereik geldt iets dergelijks. Tenslotte kan zowel van discriminatie als van onderscheid gezegd worden dat het open of juist gesloten begrippen zijn. De conclusie moet zijn dat de betekenis van de begrippen als zodanig niet dwingend leidt tot een bepaalde keuze in de context van het bestaande Nederlandse gelijkebehandelingsrecht.

Is er een relatie tussen de begripskeuze en de toetsingssystematiek?

Nee, er kan niet gesteld worden dat de keuze voor een van beide begrippen automatisch en dwingend zal leiden tot een bepaalde manier van toetsen of van een verboden regeling, (be)handeling of bejegening sprake is. Of, hoe en op welk moment in de beantwoording van deze rechtsvraag er ruimte is voor het aanvoeren van rechtvaardigingsgronden is afhankelijk van de wijze waarop de begrippen die centraal staan in de normstelling (het discriminatieverbod of het verbod op onderscheid) zijn gedefinieerd en van de vraag op welke wijze de wetgever deze normstelling nader heeft ‘dichtgetimmerd’. (Dat wil zeggen zelf heeft aangeven wat wel of niet door de beugel kan.) Samenhangend met de toetsingssystematiek is de vraag aan de orde gesteld of de keuze voor een van beide begrippen gevolgen zal hebben voor de bewijslastverdeling, c.q. voor de zwaarte van de bewijslast voor slachtoffers van discriminatie. Ook op deze vraag luidt het antwoord dat dit afhankelijk zal zijn van de wijze van definiëren van het centrale begrip in de wet.

Tenslotte is door de onderzoekers nog een aantal aanvullende aspecten van deze problematiek behandeld onder de vraag:

Kan de terminologie (onderscheid) in zijn algemeenheid worden gehandhaafd?

Onder deze vraag zijn een aantal andere (dan de eerder besproken) juridische aspecten aan de orde gekomen. Een eenduidige en juridisch dwingende conclusie over de wenselijkheid van een van beide begrippen is daaruit niet te trekken. De kwestie van de begripskeuze is een rechtspolitieke vraag die uiteindelijk door de regering en het parlement op grond van een aantal wegingsfactoren moet worden beantwoord. Daarbij moeten keuzes gemaakt worden op de volgende punten:

- Wel of geen pejoratief begrip / wel of geen neutraal begrip.
- Wel of geen begrip met een ruim / beperkt toepassingsbereik.
- Wel of geen ‘open’ of ‘gesloten’ begrip c.q. ‘open’ / ‘gesloten’ toetsingssysteem.
- Wel of geen aansluiting zoeken bij het Europeesrechtelijke discriminatiebegrip.
- Wel of geen aansluiting zoeken bij een internationaal-rechtelijk discriminatiebegrip
- Wel of geen streven naar interne consistentie van het Nederlandse recht

De vraag of een van beide begrippen de voorkeur verdient is ten slotte niet alleen afhankelijk van de juridische factoren die hiervoor zijn besproken. Daarnaast zou de discussie over de begripskeuze ook geplaatst moeten worden in het kader van meer algemeen rechtstheoretische en rechtspolitieke discussies over doel en functie van het non-discriminatierecht of het gelijkebehandelingsrecht. Op dat vlak is in het kader van dit evaluatieonderzoek niet meer gedaan dan dat een eerste, zeer beknopte, inventarisatie is gemaakt van aspecten die daarbij een rol spelen. Allereerst is het van belang in dat verband opnieuw aandacht te vragen voor de vraag wat het gelijkheidsbeginsel inhoudt en welke werking het zou moeten hebben zowel in verticale als in horizontale relaties. Het gaat daarbij ook om een hernieuwde discussie over doel, functie en verwachte effectiviteit en instrumentaliteit van gelijkebehandelingswetgeving of non-discriminatierecht. De besluitvorming over de begripskeuze zou aan kracht en diepgang winnen wanneer ook ruime aandacht zou worden geschonken aan deze aspecten.