



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Gronden van discriminatie - de wenselijkheid van open en gesloten opsommingen

Gerards, J.H.; Bayart, C.; Sottiaux, S.; Van, Drooghenbroeck S.

Citation

Gerards, J. H. (2008). Gronden van discriminatie - de wenselijkheid van open en gesloten opsommingen. In C. Bayart, S. Sottiaux, & D. S. Van (Eds.), *De nieuwe federale antidiscriminatiewetten - Les nouvelles lois luttant contre la discrimination* (pp. 129-170). Brugge: Die Keure / La Chartre. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/13063>

Version: Not Applicable (or Unknown)

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

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/13063>

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

**GRONDEN VAN DISCRIMINATIE –
DE WENSELIJKHEID VAN OPEN EN GESLOTEN
OPSOMMINGEN**

PROF. MR. J.H. GERARDS,
Universiteit Leiden*

(*) Janneke GERARDS is als hoogleraar Staats- en Bestuursrecht verbonden aan het Departement Publiekrecht van de Universiteit Leiden; tevens is zij “fellow” bij het E.M. Meijers Instituut voor Rechtswetenschappelijk Onderzoek.

§ 1. INLEIDING

Op 6 oktober 2004 sprak het Grondwettelijk Hof een vernietigend oordeel uit over de Wet van 25 februari 2003 ter bestrijding van discriminatie. Welbekend is dat de Antidiscriminatiewet uit 2003 een gesloten opsomming van gronden bevatte, waaruit belangrijke gronden als politieke overtuiging en taal waren weggelaten (1). Deze omissie achtte het Grondwettelijk Hof niet acceptabel:

“De wetgever heeft uitdrukkelijk geopteerd voor een systeem van bescherming tegen discriminatie, waarin een ongelijke behandeling slechts een discriminatie zal uitmaken indien dat verschil in behandeling niet objectief en redelijk wordt gerechtvaardigd. In dat systeem is het ... niet pertinent bepaalde discriminatiegronden uit het toepassingsgebied van de wet uit te sluiten” (2).

De uitspraak van het Grondwettelijk Hof had tot gevolg dat de lijst van gronden werd vernietigd en er een geheel open opsomming in de wet kwam te staan. De ervaringen met een dergelijk open systeem zijn echter niet dusdanig goed gebleken dat de wetgever deze situatie in stand heeft willen houden (3). In de nieuwe Antidiscriminatiewet van 2007 is er nadrukkelijk voor gekozen opnieuw een volledig gesloten opsomming van gronden toe te voegen (4). Geprobeerd is daarbij wel om de valkuilen van de Wet van 2003 te vermijden: de lijst is uitgebreider en de gronden politieke gezindheid en taal zijn ditmaal in de opsomming verwerkt.

Toch is de vraag of het een verstandige keuze is geweest om te werken met een gesloten opsomming van gronden. De discussie over de vraag of gekozen moet worden voor een open of een gesloten opsomming is veelzijdig en complex. Zij

(1) De term *gesloten opsomming* wordt hier gebruikt om een limitatieve opsomming van gronden aan te duiden. De term *open opsomming* duidt op een gelijkheidsbepaling waarin in het geheel geen gronden van onderscheid worden genoemd; voorbeelden zijn art. 10 tweede zin en art. 11 van de Belgische Grondwet (“De Belgen zijn gelijk voor de wet” en “Het genot van de rechten en vrijheden aan de Belgen toegekend moet zonder discriminatie verzekerd worden”), art. 1 eerste zin van de Nederlandse Grondwet (“Allen die zich in Nederland bevinden, worden in gelijke gevallen gelijk behandeld), of art. 20 van het Handvest van de Grondrechten van de EU (“Eenieder is gelijk voor de wet”). Naast deze twee uitersten komen regelmatig tussenvormen of *halfopen opsommingen* voor; dit zijn bepalingen waarin wel een aantal gronden wordt genoemd, maar de opsomming niet limitatief is. Dergelijke halfopen opsommingen hebben gedeeltelijk dezelfde kenmerken als open opsommingen, maar komen op sommige punten overeen met gesloten opsommingen. In het hiernavolgende komen deze halfopen opsommingen slechts in beperkte mate aan bod, nu het er vooral om gaat het contrast tussen open en gesloten opsommingen te laten zien.

(2) GrwH, arrest nr. 157/2004 van 6 oktober 2004, overweging B.13.

(3) Dit houdt vooral verband met het argument van rechtszekerheid, ook in relatie tot het Europese recht – de regering geeft in de toelichting op de nieuwe wet aan dat de Europese richtlijnen een gesloten opsomming vergen in verband met de vereisten van rechtszekerheid en transparantie. Zie over het rechtszekerheidsargument nader *Parl. St. Kamer 2006-07, nr. 51-2722/1, 15* en hierna § 3.I.

(4) Zie met name *Parl. St. Kamer 2006-07, nr. 51-2722/1, 7*.

gaat over aspecten van effectiviteit en uitvoerbaarheid van wetgeving en over de verhouding tussen rechter en wetgever, maar ook over sociologische vraagstukken met betrekking tot het behoren tot een bepaalde groep. In deze bijdrage wordt beoogd een overzicht te verschaffen van de verschillende elementen die een volwaardig debat over de keuze voor een open of een gesloten opsomming zouden behoren te beheersen. Op basis van een dergelijk overzicht kan de systematiek zoals die in de nieuwe Antidiscriminatiewet is gekozen beter worden beoordeeld. Het overzicht kan echter ook behulpzaam zijn bij het beoordelen van andere (Europese of nationale) wetgeving. Het perspectief van deze bijdrage zal dan ook algemeen van aard zijn. Dit betekent dat ook geen sterk Europeesrechtelijk uitgangspunt wordt gekozen. Nu de Europese regelgeving over ongelijke behandeling zelf een gesloten lijst van gronden tot uitgangspunt neemt en de lidstaten geacht worden deze regelgeving zo precies mogelijk te implementeren, zou een dergelijk uitgangspunt de discussie welhaast onmiddellijk beëindigen (5). Een fundamentele vraag is echter of in het Europese recht wel een juiste keuze is gemaakt en of deze niet op enig moment zou moeten worden herbezien (6). Ook is van belang dat de verschillende gelijkebehandelingsrichtlijnen slechts een minimumbeschermingsniveau verschaffen (7). Als met overtuigende argumenten betoogd kan worden dat een andere wetssystematiek leidt tot een hoger beschermingsniveau, dan zal dit voor het Europese recht acceptabel moeten zijn (8). De vraag naar de wenselijkheid van een keuze voor

(5) Zie S. PRECHAL, *Directives in EC Law*, Oxford, OUP, 2005, 75 e.v., voor de eisen die aan implementatie kunnen worden gesteld, met verwijzingen naar relevante rechtspraak hierover.

(6) In de academische literatuur is veel kritiek geleverd op de keuzes die in de richtlijnen zijn gemaakt, op diverse punten. Zie voor een fraai overzicht, op punten die nauw verband houden met de in deze bijdrage te bespreken onderwerpen, D. SCHIEK, "Broadening the Scope and the Norms of EU Gender Equality Law: Towards a Multidimensional Concept of Equality Law", *Maastricht Journal of European and Comparative Law* 2005, 427-466.

(7) Dit geldt in ieder geval voor de richtlijnen die op grond van art. 13 EG tot stand zijn gebracht. Vgl. Ch. MCCRUDDEN en H. KOUNTOUROS, "Human rights and European equality law", in H. MEENAN (red.), *Equality Law in an Enlarged European Union. Understanding the Article 13 Directives*, Cambridge, CUP, 2007, 85; zie specifiek de preambule bij RI. 2000/78/EG (Kaderrichtlijn gelijke behandeling), *PB. L.* 2000, 303/16, punt 28, de preambule bij RI. 2000/43/EG (Richtlijn gelijke behandeling ras/etnische afkomst), *PB. L.* 2000, 180/22, punt 25 en de preambule bij RI. 2004/113/EG (Richtlijn gelijke behandeling geslacht bij goederen en diensten), *PB. L.* 2004, 373/37, punt 26).

(8) Interessant in dit verband is het Nederlandse debat over de vraag of het begrip "onderscheid" wel mag worden gehandhaafd als redelijke implementatie van het begrip "discriminatie" in de richtlijnen (gedetailleerd beschreven en geanalyseerd door R. HOLTMAAT, "Discriminatie of onderscheid: het kleine verschil met grote gevolgen of het grote verschil met kleine gevolgen?", in M. HERTOOGH en P. ZOONTJENS, *Gelijke behandeling: principes en praktijken*, Nijmegen, WLP, 2006, 3-116). In deze discussie is erop gewezen dat het noodzakelijk is om het Europese begrip over te nemen, omdat de Europese instellingen anders geen genoegen zullen nemen met de implementatie (zie advies Raad van State bij de EG-Implementatiewet, *Kamerstukken II* 2002/03, 28770, nr. A, 3-4). De vraag is echter of
.../...

een open of een gesloten opsomming is dan ook niet minder relevant geworden door het gegeven dat de richtlijnen nu eenmaal bestaan.

In het hiernavolgende zal aandacht worden besteed aan drie centrale elementen die een rol zouden moeten spelen in iedere discussie over de keuze tussen een open en een gesloten opsomming van gronden. Allereerst wordt ingegaan op de klassieke vraag of het beter is om de bescherming tegen discriminatie over te laten aan de rechter of aan de wetgever (§ 2). Het antwoord op deze vraag bepaalt immers tot op zekere hoogte ook of het aantrekkelijker wordt gevonden om een gesloten opsomming te hanteren (die wordt vastgesteld door de wetgever) of een open opsomming (waarbij de rechter een veel grotere rol toekomt). In dit verband wordt in het bijzonder ingegaan op elementen als de symboolwerking van gelijke-behandelingswetgeving en de mogelijkheid tot maatschappelijk debat.

Vervolgens wordt een aantal praktische consequenties besproken van de keuze voor een open of een gesloten opsomming (§ 3). Ingegaan wordt daarbij op elementen van rechtszekerheid, op de vormgeving van het juridisch kader, op de concepten van direct en indirect onderscheid, op de keuze en de hiërarchie van gronden, en op de mogelijkheid van het bestrijden van bagatelzaken.

Nauw verband met de discussie over het toepasselijke rechtskader houdt ten slotte het vraagstuk van intersectionaliteit of meervoudig onderscheid. Het gaat daarbij om complexe vormen van ongelijke behandeling die op meer dan één grond zijn gebaseerd. Voor de mate waarin effectief kan worden omgegaan met dit soort zaken is de keuze tussen open en gesloten opsommingen van bijzonder belang. Om die reden wordt aan dit vraagstuk afzonderlijk aandacht besteed in § 4. In deze paragraaf wordt bovendien ingegaan op de keuze tussen symmetrische en asymmetrische formuleringen van gronden van onderscheid.

.../...

dat het geval zal zijn: de Nederlandse terminologie leidt namelijk tot een vergelijkbaar beschermingsniveau; volgens de Commissie Gelijke Behandeling is het beschermingsniveau zelfs hoger (zie met name het Briefadvies van de Commissie Gelijke Behandeling hierover: CGB-advies/2001/03, 3). Als dit zo is, valt niet in te zien waarom het Hof van Justitie niet met de Nederlandse terminologie in zou stemmen (vgl. ook R. HOLTMAAT, “Discriminatie of onderscheid: het kleine verschil met grote gevolgen of het grote verschil met kleine gevolgen?”, in M. HERTOEGH en P. ZOONTJENS (red.), *o.c.*, 111). Op vergelijkbare wijze kan wellicht worden gekeken naar andere bepalingen uit de richtlijnen (vgl. in dit verband ook J. GOLDSCHMIDT, “De hete adem van Europa. Implementatie van nieuw gelijkbehandelingsrecht in Nederland”, *Nederlands Juristenblad* 2001, 988). Misschien zou zelfs kunnen worden gekozen voor een volledig open systeem van gronden, wanneer zou blijken dat zo’n systeem beter tegemoetkomt aan een aantal belangrijke doelstellingen van gelijkebehandelingsrecht en dus een hoger niveau van bescherming biedt. In dit verband kunnen er nog interessante discussies voor het H.v.J. E.G. worden verwacht, hoewel duidelijk is dat alle lidstaten ervoor hebben gekozen om in hun gelijkebehandelingswetgeving in ieder geval te werken met een halfopen lijst van gronden en de in de richtlijnen opgenomen gronden en uitzonderingsbepalingen in het algemeen letterlijk zijn overgenomen (zie J. CORMACK en M. BELL, *Developing Anti-Discrimination Law in Europe. The 25 EU Member States Compared*, september 2005, beschikbaar via http://ec.europa.eu/employment_social/fundamental_rights/public/pubst_en.htm, 18/19).

Op basis van deze elementen zal in de laatste paragraaf (§ 5) aandacht worden besteed aan de vraag of het mogelijk is om te komen tot een systeem dat zoveel mogelijk de voordelen van open en gesloten opsommingen in zich verenigt, zonder terecht te komen in de valkuil van een aantal nadelen van deze typen opsommingen. De in de Belgische Antidiscriminatiewet gekozen benadering zal in het licht van deze tussenoplossingen op zijn waarde worden beoordeeld.

§ 2. SYMBOOLWAARDE, MAATSCHAPPELIJKE DISCUSSIE EN DEMOCRATISCHE LEGITIMATIE

Wie bepaalt welke gronden van onderscheid verboden zijn of tenminste een bijzondere rechtvaardiging vergen? De keuze voor een gesloten opsomming impliceert dat dit de wetgever is: hij zal in de non-discriminatiewetgeving een lijst van gronden opnemen waarvan hij vindt dat ze, behoudens uitzonderingssituaties, geen basis mogen vormen voor onderscheid. De wetgever hecht met het opstellen van een dergelijke opsomming expliciet afkeuring aan bepaalde vormen van onderscheid. Daarvan gaat een belangrijke boodschap uit: de keuze voor de “gronden van onderscheid” is zeker geen louter technische (9). Regeling waarin onderscheid op bepaalde gronden wordt verboden, vooral als dit verbod ook voor particulieren geldt, zegt iets over de maatschappelijke aanvaarding of afwijzing van bepaalde motieven of gronden voor menselijk handelen (10). Het feit dat wetgeving verbiedt dat onderscheid wordt gemaakt naar ras, geeft aan dat het niet acceptabel wordt gevonden dat iemands ras de grond vormt of het motief is voor het nemen van besluiten (11). Een verbod van discrimi-

(9) Hierover ook het rapport van de Nederlandse Commissie Rechtsgevolgen non-discriminatiegronden Artikel 1 Grondwet, 12 april 2006, te raadplegen via www.minbzk.nl/actueel/publicaties?ActItemIdt=81198, 18/19 (hierna: COMMISSIE RECHTSGEVOLGEN).

(10) Dat betekent overigens niet dat gelijkebehandelingswetgeving alleen handelingen verbiedt waarbij bewust en met negatieve bedoelingen onderscheid wordt gemaakt op deze gronden. Ook onbewust en onbedoeld kunnen vooroordelen of stereotypen jegens bepaalde groepen de basis vormen voor ongelijke behandeling – in veel gevallen gaat het dan om indirect onderscheid, maar er kan ook sprake zijn van onbedoeld direct onderscheid. Zie nader T. MAKKONEN, *Multiple, Compound and Intersectional Discrimination: Bringing the Experiences of the Most Marginalised to the Fore*, Abo Akademi University 2002, www.abo.fi/institut/imr/norfa/timo.pfd, 5.

(11) Vgl. E. HOLZLEITHNER, “Mainstreaming Equality: Disentangling Grounds of Discrimination”, *Transnational Law and Contemporary Problems* 2005, 927, 953. Hoe sterk deze symboolwaarde precies is (gerelateerd aan de effectiviteit van de wet), is overigens moeilijk te bepalen. Zie voor een uitvoerige analyse van de Nederlandse gelijkebehandelingswetgeving op dit punt B. VAN KLINK, *De wet als symbool. Over de wettelijke communicatie en de Wet gelijke behandeling van mannen en vrouwen bij de arbeid*, Deventer, W.E.J. Tjeenk Willink, 1998 en recenter de wetsevaluatie van de Algemene Wet Gelijke Behandeling, waaruit blijkt dat er inderdaad enige symboolwerking is en dat er ook directe en indirecte effecten van de wet op het handelen van mensen uitgaan (M. HERTOOGH en P. ZOONTJENS, *Gelijke behandeling: principes en praktijken*, Nijmegen, WLP, 2006, 295 e.v.).

minatie op bepaalde gronden vormt daarmee een expliciete reactie op ontwikkelingen of handelwijzen die (collectief) onwenselijk worden geacht. Interessant is daarbij dat de weerslag in de wet op zijn beurt leidend zal zijn voor het handelen van mensen in de toekomst, niet alleen omdat er bindende kracht uitgaat van het verbod van onderscheid, maar ook omdat er een zekere symbolische waarde is verbonden aan de wet (12).

Gelet op de autonomie die ieder individu in beginsel toekomt, is het verbieden van bepaalde redenen of motieven voor menselijk handelen een vergaande stap die terdege moet worden onderbouwd en waarvoor voldoende draagvlak moet bestaan. Het voeren van een maatschappelijke discussie hierover is belangrijk, zeker nu de opvattingen over de ernst en verwerpelijkheid van bepaalde gronden van onderscheid onderhevig blijken te zijn aan veranderingen (13). Een geslo-

(12) Vgl. S. HOFFMAN, "Is There a Place for 'Race' as a Legal Concept?", *Arizona State Law Journal* vol. 36, 1093, p. 1138 en uitgebreid Ch. JOLLS, *Antidiscrimination Law's Effects on Implicit Bias*, Yale Law School, Public Law Working Paper No. 148, beschikbaar via <http://ssrn.com/abstract=959228>; de laatste onderzocht dat de Amerikaanse gelijkebehandelingswetgeving daadwerkelijk heeft bijgedragen aan het verminderen van onbewuste vooroordelen jegens Afro-Amerikanen. MAKKONEN heeft aangegeven dat de symbolische betekenis of expressieve waarde van een gesloten opsomming van gronden vooral groot zal zijn als men zich bewust is van het feit dat de in de (Grond)wet neergelegde gronden daadwerkelijk af te wijzen zijn als gronden van onderscheid – het verbieden van ongelijke behandeling *alleen zal* geen verandering van opvattingen tot gevolg hebben en zal daarmee weinig effectief zijn als het gaat om het veranderen van discriminerend gedrag (T. MAKKONEN, *o.c.*, 8). Overigens kan worden aangenomen dat de symbolische waarde van het opnemen van een extra grond in een Grondwet groter is dan die van het aannemen van specifieke gelijkbehandelingswetgeving; vgl. op dit punt de in België gevoerde discussie rondom het opnemen van een specifiek verbod van discriminatie op grond van geslacht in de Grondwet (nader D. DE PRINS, S. SOTTIAUX en J. VRIELINK, *Handboek Discriminatierecht*, Mechelen, Kluwer, 2005, 240).

(13) Vgl. T. MAKKONEN, *o.c.*, 6. De verandering blijkt bv. uit het feit dat in de laatste jaren een aantal "nieuwe" gronden is geaccepteerd als verboden gronden, zoals leeftijd, handicap, gezondheidstoestand en genetische informatie. Deels waren deze gronden niet eerder verboden omdat zij nog niet zo zichtbaar waren – specifieke genetische kenmerken zijn pas sinds een jaar of vijftien echt een potentiële grond voor onderscheid, nu daarvoor veel minder duidelijk was wat het verband was tussen genetische afwijkingen en het optreden van bepaalde gezondheidsrisico's. Voor een deel geldt echter ook dat de samenleving zich vaak maar langzaam bewust wordt van het feit dat het onwenselijk is om mensen te benadelen vanwege bepaalde persoonskenmerken – beelden en vooroordelen over zaken als seksuele oriëntatie of handicap, maar zelfs over de effecten van het zijn van man of vrouw, kunnen diepgeworteld zijn in traditie, cultuur en historie. Het duurt vaak lang voordat het besef ontstaat dat vooroordelen en stereotypen niet juist zijn, of überhaupt het besef doordringt dat beelden over bepaalde persoonskenmerken in feite vooroordelen zijn. Het gebeurt echter wel, misschien deels ook gestimuleerd door gelijkebehandelingswetgeving. Zie bv. een onderzoek van GROENENDIJK uit 1988, waaruit blijkt dat in Nederland in 1978 nog 40 % van de bevolking vond dat nationaliteit een rol mag spelen bij ontslag en 50 % dat vrouwen mogen worden ontslagen op grond van hun geslacht. In 1988 stelde maar liefst 80 % dat het betrekken van nationaliteit en geslacht bij ontslag onaanvaardbaar is (C. GROENENDIJK, "Ouderenrecht, functionele rechtsgebieden en discriminatie. Mobilisatie van recht door ouderen of mobilisatie van ouderen door het recht?", *Ars Aequi* 1988, 621/622).

ten (of zelfs een semi-gesloten) (14) opsomming kan in dit verband zeer waardevol zijn, vooral wanneer voldoende ruimte bestaat om de opsomming van tijd tot tijd te wijzigen (15). De (wijziging van de) opsomming kan als zodanig een platform vormen voor maatschappelijke en parlementaire discussie, en kan daarvan uiteindelijk ook weer een adequate reflectie vormen.

Bij een volledig open opsomming is dit anders. Daarbij is het primair de rechter die bepaalt of onderscheid op bepaalde gronden toelaatbaar is (16). Van een bepaling waarin in algemene zin alle vormen van ongerechtvaardigd onderscheid worden verboden, of waarin wordt vastgesteld dat discriminatie op welke grond dan ook niet is toegestaan, gaat een veel minder sterke symboolwerking uit. Een dergelijke bepaling geeft immers minder duidelijk en specifiek aan in welke gevallen sprake is van handelen op grond van een onaanvaardbaar geachte reden of motief. Daarnaast is de beoordeling van de vraag of een grond van onderscheid onacceptabel of tenminste “verdacht” moet worden geacht overgelaten

(14) Zoals in voetnoot 1 is aangegeven, is een semi-gesloten of halfopen opsomming een opsomming waarin een aantal voorbeeldgronden worden genoemd, maar daarnaast ruimte wordt gelaten voor de bestrijding van ongelijke behandeling op andere gronden. Een voorbeeld is art. 1 tweede zin van de Nederlandse Grondwet, waarin discriminatie wordt verboden “wegens godsdienst, levensovertuiging, politieke gezindheid, ras, geslacht *of op welke grond dan ook*”.

(15) Voor Nederland heeft de COMMISSIE RECHTSGEVOLGEN zich voor de Grondwet overigens geen voorstander getoond van zo’n voortdurende mogelijkheid tot aanpassing: de Grondwet zou hierdoor te gedetailleerd worden en het zou tot politieke problemen kunnen leiden (COMMISSIE RECHTSGEVOLGEN, *o.c.*, 25). Ook in België is discussie gevoerd over de wenselijkheid van het opnemen van extra gronden in de Grondwet. De Belgische Grondwet bevat een algemeen gelijkheidsbeginsel zonder opsomming van gronden, waaraan in 2002 een bepaling is toegevoegd waarin ongelijke behandeling op grond van geslacht uitdrukkelijk is verboden (D. DE PRINS e.a., *o.c.*, 240). De reden daarvoor lijkt wederom vooral symbolisch te zijn. Interessant is dat daarop ook weer scherpe kritiek is geleverd, omdat hierdoor een ongewenste hiërarchie van gronden zou kunnen ontstaan (*ibidem*, 241).

(16) Bij een halfopen of semi-gesloten opsomming is dit weer net iets anders. Daarbij geeft de (grond)wetgever een belangrijke indicatie van de verboden gronden, maar kan de rechter deze opsomming naar believen aanvullen. Duidelijk is wel, in ieder geval in Nederland, dat van halfopen opsommingen nog steeds een belangrijke betekenis uitgaat voor de rechtspraak, in die zin dat de rechter soms geneigd blijkt te zijn om aan uitdrukkelijk opgesomde gronden meer betekenis toe te kennen dan aan niet-opgesomde gronden (zie daarvoor het rapport van de Commissie Gelijke Behandeling over dit onderwerp (CGB-Advies/2004/03 over art. 1 Grondwet, 26 februari 2004, te vinden via www.cgb.nl), p. 2, voetnoot 8 (met verwijzingen)). Dit hoeft echter niet per definitie het geval te zijn: uit de rechtspraak van het EHRM blijkt dat het een aantal gronden als onacceptabel heeft aangemerkt die niet als zodanig in de halfopen opsomming van art. 14 EVRM zijn terug te vinden. Het beste voorbeeld daarvan is de grond seksuele oriëntatie, waarvan het Hof in de zaak *L&V / Oostenrijk* oordeelde dat “[j]ust like differences based on sex, differences based on sexual orientation require particularly serious reasons by way of justification” (EHRM 9 maart 2003, Reports 2003-I, *European Human Rights Cases* 2003/18 (met noot VAN DER VELDE), § 44; zie ook de (bekendere) bevestiging in EHRM 24 juli 2003, Reports 2003-IX, *European Human Rights Cases* 2003/83 (met noot GERARDS), *NJCM-Bulletin* 2004, p. 88 (met noot HENDRIKS)).

aan de niet democratisch gelegitimeerde rechter. Hoewel deze op zichzelf goed in staat kan worden geacht om op basis van objectieve factoren te beslissen of een grond verdacht of onaanvaardbaar moet worden geacht (17), zal de symbolische betekenis van een rechterlijke uitspraak minder groot zijn dan de betekenis die uitgaat van een uitdrukkelijke wijziging van wet of Grondwet. Ook is belangrijk dat de rechter, ondanks de beschikbare objectieve aanknopingspunten, bij de bepaling van de verdachtheid steeds een waardeoordeel zal uitspreken – een waardering en weging van de verschillende factoren die de verdachtheid van een grond bepalen, is welhaast onvermijdelijk (18). Vanuit het perspectief van de constitutionele taakverdeling tussen rechter en wetgever kan de vraag worden gesteld of het wenselijk is dit soort waardeoordelen aan de rechter over te laten, zeker nu het gaat om een zo belangrijk maatschappelijk thema (19).

Het voorgaande zou doen vermoeden dat, vanuit constitutioneel perspectief, een gesloten opsomming veruit de voorkeur verdient boven een open opsomming. De symboolwaarde van een wet is groter en het vaststellen van een wettelijke opsomming levert een grotere mate van legitimiteit op dan het oordeel van een rechter. Toch is met deze constatering het laatste woord over de wenselijkheid van gesloten of open opsommingen nog niet gezegd. Een belangrijke relativeering van het bovenstaande is gelegen in een klassiek bezwaar tegen het laten vaststellen van verdachte vormen van onderscheid door de wetgever op basis van maatschappelijke opvattingen. Het gaat hier om wetgeving over discriminatie en ongelijke behandeling, zaken die vaak voortkomen uit maatschappelijke vooroordelen jegens bepaalde groepen. Eén van de oorzaken van maatschappelijke achterstelling is dat de samenleving blind is voor de problemen die bepaalde groepen ondervinden of deze achterstelling vrij gemakkelijk accepteert. Dit kan betekenen dat *juist* gevallen van ongelijke behandeling die erg problematisch zijn, worden genegeerd. Het resultaat is dat een onacceptabele grond voor onderscheid uiteindelijk niet in wetgeving terecht komt (20). In die gevallen kan de rechter uitkomst bieden – vanuit een klassieke rechtsstatelijke gedachte kan

(17) Zie ook J. GERARDS, *Rechterlijke toetsing aan het gelijkheidsbeginsel*, Den Haag, Sdu, 2002, m.n. hoofdstuk 2, § 5.

(18) Het is dan ook heel wel mogelijk dat een conservatief ingesteld rechtscollege de grond “seksuele oriëntatie” minder snel zal accepteren als verdachte grond dan een vooruitstrevend rechtscollege, zoals een vergelijking van de rechtspraak in de VS en van het EHRM kan laten zien (zie over de VS nader J. GERARDS, *o.c.*, hoofdstuk 5, § 2.1.2, waarin is aangegeven dat het Amerikaanse Supreme Court bij seksuele oriëntatie eerder kiest voor een relatief milde, terughoudende test dan voor de “intermediate scrutiny test” of de zeer strenge “strict scrutiny test” die kenmerkend zijn voor de gronden geslacht en ras. Het EHRM heeft in 2003 expliciet overwogen dat de grond seksuele oriëntatie “verdacht” is en dat bij de toetsing van onderscheid dat op deze grond is gebaseerd de grootst mogelijke striktheid en zorgvuldigheid aan de dag moet worden gelegd – zie daarvoor de in de vorige noot genoemde uitspraken over dit onderwerp.

(19) Vgl. S. FREDMAN, *Discrimination Law*, Oxford, OUP, 2002, 67.

(20) Vgl. ook T. BEZZENBERGER, “Ethnische Diskriminierung, Gleichheit und Sittenordnung im bürgerlichen Recht”, *Archiv für die civilistische Praxis* 1996, 397-399.

het juist zijn taak worden gevonden om de rechten van minderheden en achtergestelde groepen te beschermen. Als de rechter waarneemt dat onderscheid wordt gemaakt op gronden die als “verdacht” kunnen worden aangemerkt, maar de wetgever deze gronden door voornoemde oorzaken niet heeft opgenomen in zijn wetgeving, is het vanuit dit perspectief problematisch als de rechter met handen en voeten gebonden is aan een gesloten opsomming in de wet (21).

De voorgaande relativering is een eerste element dat goed moet worden overwogen bij de keuze tussen een volledig gesloten opsomming (waaraan een heel systeem van wettelijke bescherming wordt opgehangen) en een volledig open opsomming (waarbij de toetsing geheel aan de rechter wordt overgelaten). Er zijn echter nog meer factoren en elementen die een rol kunnen spelen in de besluitvorming dan dit constitutionele of rechtsstatelijke element alleen. Deels zijn dit relatief praktische factoren, maar deels zijn het ook factoren die betrekking hebben op complexe maatschappelijke fenomenen van ongelijke behandeling. Deze factoren zullen hierna uitgebreid aan de orde komen.

§ 3. CONSEQUENTIES VOOR DE TOEPASSING IN INDIVIDUELE GEVALLEN

I. Rechtszekerheid

Een gesloten opsomming creëert in belangrijke mate duidelijkheid en rechtszekerheid. Degenen die met de discriminatiewetgeving moeten werken (werkgevers, overheidsorganen, particulieren), weten door een gesloten stelsel precies welke gronden ze wel of niet in hun handelen en besluiten mogen betrekken. In veel landen, zoals ook in België, heeft de wetgever juist daarom voor een gesloten opsomming van gronden gekozen (22). Duidelijkheid en rechtszekerheid zijn volgens de parlementaire voorbereidingen bij de Belgische Antidiscriminatiewet vooral van belang omdat deze wet een horizontaal toepassingsbereik heeft en concurrerende fundamentele rechten van individuen inperkt (23). Inderdaad kan juist in die bijzondere context het creëren van duidelijkheid over het bereik van de wet belangrijk worden gevonden. Aan de wens van rechtsze-

(21) Belangrijk is overigens dat ook de rechter zelf niet vrij van vooroordelen zal zijn. Daardoor valt niet altijd te verwachten dat de rechter, veel beter dan de wetgever, in staat is om een problematische discriminatie te herkennen en te erkennen (vgl. ook S. FREDMAN, *o.c.*, 67 en J. GOLDSCHMIDT, “Het grotere gelijk: alternatieven voor een destructieve verabsolutering van het gelijkheidsbeginsel”, *NJCM-Bulletin* 2004, 783). Illustratief zijn in dit verband de eerdergenoemde verschillen in rechterlijks toetsingsintensiteit ten aanzien van de grond seksuele gerichtheid (zie hiervoor voetnoot 16).

(22) *Parl. St. Kamer* 2006-07, nr. 51-2722/1, 15.

(23) Ook in de Nederlandse discussie over de totstandkoming van de Algemene Wet Gelijke Behandeling is destijds veel aandacht aan dit element besteed; zie o.m. de memorie van toelichting bij de AWGB, *Kamerstukken* 1990/91, 22014, nr. 3, 5 e.v.

kerheid kan immers niet in dezelfde mate tegemoet worden gekomen door de rechter. Weliswaar kan de rechter een zekere mate van voorspelbaarheid realiseren door het consistent hanteren van goede toetsingsmodellen en het goed toepassen van intensiteitbepalende factoren, maar dit soort modellen en factoren moet in de rechtspraak wel eerst worden ontwikkeld. Echte rechtszekerheid laat daardoor langer op zich wachten, eenvoudigweg omdat het tijd kost voordat er een consistente jurisprudentie ontstaat en deze afhankelijk is van de aard en inhoud van de aangebrachte zaken.

II. Vormgeving van het wettelijk kader; direct en indirect onderscheid

Hoe preciezer en uitgebreider een gesloten opsomming van gronden is, hoe preciezer en uitgebreider meestal ook het systeem van uitzonderingsgronden zal zijn. In veel staten, en ook in de Europese regelgeving, komen grote verschillen tot uitdrukking in de aard en inhoud van de rechtsbescherming die wordt geboden aan verschillende gronden van onderscheid. Vooral de gronden ras en geslacht worden vaak gezien als aparte gronden die een afzonderlijke wettelijke behandeling vergen, hetgeen soms leidt tot het vaststellen van bijzondere wetgeving voor deze gronden (24). Ook binnen het kader van *algemene* gelijkebehandelingswetten, waarin discriminatie op een groot aantal verschillende gronden wordt verboden, worden echter vaak verschillen in rechtsgevolg en rechtsbescherming verbonden aan de diverse gronden van onderscheid. In de Nederlandse Algemene Wet Gelijke Behandeling (AWGB) bestaat bijvoorbeeld duidelijk verschil in materiële reikwijdte tussen gronden als ras en nationaliteit en zijn er andere beperkingsmogelijkheden voorzien voor gronden als seksuele oriëntatie en godsdienst (25). Ook laten gelijkebehandelingswetten soms ver-

(24) Zie bv. de Belgische non-discriminatiewetgeving; *Parl. St. Kamer* 2006-07, nr. 51-2722/1, 11.

(25) Art. 2, 5 en 7 AWGB bevatten per grond een aantal verschillende, specifiek geformuleerde en nauwomschreven uitzonderingsgronden. De in art. 2 derde lid voor ras en geslacht geformuleerde uitzondering voor voorkeursbehandeling geldt niet voor seksuele oriëntatie, terwijl art. 5 en 7 bijzondere uitzonderingen voor onderscheid naar godsdienst en politieke gezindheid mogelijk maken. Art. 7a AWGB formuleert een ruimere reikwijdte van de wet voor wat betreft onderscheid naar ras: waar onderscheid op één van de andere beschermde gronden alleen is verboden op het terrein van arbeid en het vrije beroep en bij het aanbieden van of verlenen van toegang tot goederen en diensten, is onderscheid op grond van ras conform de Antirassendiscriminatie richtlijn ook verboden bij sociale bescherming, waaronder begrepen sociale zekerheid, en sociale voordelen. Zie voor een nadere uitwerking van de uitzonderingsgronden J.H. GERARDS en A.W. HERINGA, *Wetgeving gelijke behandeling*, Deventer, Kluwer, 2003; de aanpassingen naar aanleiding van de EG-Implementatiewet zijn daarin nog niet opgenomen. Zie voor een overzicht van de verschillende Europese benaderingen M. BELL, "Direct Discrimination", in M. BELL, D. SCHIEK en L. WADDINGTON (red.), *Ius Commune Case Books for a Common Law of Europe – Non-Discrimination*, Oxford, Hart, 2007, 275 e.v.

schillen zien tussen de procedurele mogelijkheden die mensen hebben, afhankelijk van de grond waarop onderscheid is gemaakt. Het wel of niet hebben van toegang tot een semi-rechterlijke commissie die klachten kan behandelen, het wel of niet beschikken over specifieke bescherming tegen victimisatie, het wel of niet van toepassing zijn van gunstige bewijsregelingen – al dit soort elementen kan samenhangen met de gronden van onderscheid (26).

Dit soort verschillen is acceptabel voor zover zij recht doen aan de aard van de gronden en aan de opvattingen over de verwerpelijkheid van het gebruik van deze gronden bij het nemen van beslissingen. Zoals eerder aangegeven heeft een systeem waarbij zeer specifieke uitzonderingen en rechtsbeschermingsmogelijkheden worden gecreëerd bovendien het voordeel van rechtszekerheid en duidelijkheid voor de gebruikers van de wet (27). Daarnaast maakt een duidelijk wettelijk kader het voor de rechter relatief eenvoudig om zaken over ongelijke behandeling af te handelen – in de meeste gevallen kan hij volstaan met toepas-

(26) De verschillen zijn nog niet zo groot voor zover het de gronden betreft die ook in de Europese gelijkebehandelingsrichtlijnen zijn opgenomen. Binnen de Nederlandse AWGB, de WGBL (Wet gelijke behandeling op grond van leeftijd) en de WGBH/CZ (Wet gelijke behandeling op grond van handicap en chronische ziekte) en binnen de verschillende Belgische non-discriminatiewetten doen zich op dit punt geen verschillen voor – de rechtsbeschermingsmogelijkheden zijn voor alle gronden identiek (in ieder geval wat betreft de civielrechtelijke mogelijkheden tot rechtsbescherming). Wel is in België een bijzondere voorziening getroffen voor onderscheid op grond van taal: het Centrum voor Gelijke Kansen en Racismebestrijding wordt niet bevoegd geacht op te treden in geschillen waartoe de Antidiscriminatiewet aanleiding kan geven, maar een speciaal door de Koning aan te wijzen orgaan (art. 29 Antidiscriminatiewet 2007). Daarnaast is het Centrum niet bevoegd in zaken over onderscheid naar geslacht: daarvoor is het Instituut voor de gelijkheid van vrouwen en mannen ingesteld (vgl. D. DE PRINS et al., *o.c.*, 2005, 517 (punt 1311) en 566 (punt 1432)). In andere Europese landen kunnen de verschillen groter zijn, zeker als de richtlijnen beperkt zijn geïnterpreteerd – zo schrijft de Antirassendiscriminatie richtlijn voor dat er een voorziening moet zijn bij een semi-rechterlijk orgaan, terwijl de Kaderrichtlijn Arbeid dit niet vereist. Dit heeft tot gevolg dat in sommige landen geen toegang tot een semi-rechterlijk orgaan kan worden verkregen voor zover het niet gaat om onderscheid naar ras (zie voor een overzicht G. MOON, “Enforcement Bodies”, in M. BELL, D. SCHIEK en L. WADDINGTON (red.), *o.c.*, 873 – zij wijst er overigens op dat in een meerderheid van Europese lidstaten wel wordt gekozen voor semi-rechterlijke instanties met een bevoegdheid die niet tot één grond is beperkt). Buiten de reikwijdte van de gelijkebehandelingsrichtlijnen zijn de verschillen hoe dan ook groter. Zo is de rechtsbescherming in Nederland anders geregeld in de Wet Onderscheid Arbeidsduur (WOA) dan in de AWGB – in de WOA ontbreekt bv. een victimisatiebepaling, net als een bijzondere bepaling met betrekking tot de verschuiving van de bewijslast.

(27) Wel moet worden opgemerkt dat de complexiteit en veelvormigheid van de gelijkebehandelingswetgeving de bruikbaarheid en duidelijkheid van de wetgeving als geheel niet bevordert. Vooral in Nederland, waar momenteel zes verschillende gelijkebehandelingswetten bestaan, is op dit punt veel kritiek geleverd. Vereenvoudiging en samenvoeging worden dan ook wel bepleit (zie bv. J. GOLDSCHMIDT en A. HENDRIKS, “Gelijkheid anno 2003. Het gelijkheidsbeginsel en andere grondrechten in een veranderende samenleving”, *Nederlands Juristenblad* 2003, p. 1283). Ook ten aanzien van de Europese wetgeving is dergelijke kritiek wel geuit (zie bv., zij het indirect, E. HOLZLEITHNER, *l.c.*, 930).

sing van de wettelijke regeling. Gelet op de eerder geschetste constitutionele verhoudingen tussen rechter en wetgever kan dit een groot voordeel worden geacht. Tegelijkertijd is duidelijk dat de verschillen in wettelijk kader het van groot belang maken dat de reikwijdte, de beperkingssystematiek en de rechtsbeschermingsmogelijkheden ook echt goed worden afgestemd op de aard van de discriminatiegronden in kwestie. Dat dit niet altijd gemakkelijk is, en dat daarmee een zwak punt van gesloten gelijkebehandelingssystemen is gegeven, zal hierna in paragraaf 3.III nader worden toegelicht.

Van belang voor de vormgeving van het wettelijk kader is verder dat soms een verschil tussen open en gesloten opsommingen wordt waargenomen als het gaat om de noodzaak van (wettelijke) erkenning van een concept van indirect onderscheid (28). Bij een open opsomming kan ieder onderscheid in zijn eigen hoedanigheid worden aangevochten en is het niet nodig het onderscheid tot een bepaalde grond terug te brengen. Het verschil tussen direct en indirect onderscheid wordt in veel open gelijkebehandelingssystemen dan ook nauwelijks gemaakt. Dit is anders bij een gesloten opsomming. Daarbij moet het onderscheid altijd op een bepaalde grond worden teruggevoerd om te kunnen spreken van een verboden, direct onderscheid (29). In de praktijk blijkt dit sterk beperkend te kunnen werken. Dit geldt allereerst al voor de situatie waarin een onacceptabele grond van onderscheid (bv. godsdienst) bewust wordt “verborgen” achter een niet-opgesomde grond (bv. het dragen van gezichtsbedekkende kleding). In die gevallen zou het wettelijk systeem het voor kwaadwillende lieden wel erg gemakkelijk maken om onder het verbod van onderscheid uit te komen (30). Daar-

(28) Bv. J. VELAERS, “Het Arbitragehof en de antidiscriminatiewet”, *T.B.P.* 2004, 603 (punt 8).

(29) Onderscheid op grond van het hebben van een bepaald type verblijfsvergunning moet bv. worden gekwalificeerd als onderscheid naar nationaliteit, en achterstelling vanwege het dragen van een Islamitische hoofddoek moet worden gekwalificeerd als onderscheid op grond van godsdienst. De vraag in hoeverre dit soort herleidingen altijd aanvaard kunnen worden, kan niet gemakkelijk eenduidig worden beantwoord: dit hangt sterk af van de rechterlijke instantie in kwestie en van rechtspolitieke keuzen die samenhangen met de beperkingen van een wettelijk systeem. Als bv. onderscheid op grond van het hebben van een verblijfsvergunning gerechtvaardigd lijkt te zijn, maar de gelijkebehandelingswet voorziet niet in een uitzonderingsgrond voor dit type onderscheid naar nationaliteit, kan het wenselijk zijn om dit onderscheid *niet* als onderscheid naar nationaliteit aan te merken. Dit gebeurt relatief vaak in systemen waar voor *indirect* onderscheid op de verboden gronden een ruimere rechtvaardigingsmogelijkheid wordt voorzien dan voor *direct* onderscheid. In de genoemde voorbeelden zal het onderscheid dan eerder als indirect dan als direct worden gekwalificeerd, zodat het mogelijk wordt om de aangevoerde rechtvaardiging inhoudelijk te beoordelen.

(30) In Europa wordt deze rationale niet zo vaak genoemd, in de Verenigde Staten des te vaker – om een indirect onderscheid onder het Veertiende Amendement van de Amerikaanse Constitutie te laten toetsen, is het noodzakelijk dat de rechtzoekende aantoont dat de bedoeling van de discriminerende partij gericht was op het maken van onderscheid op de verdachte grond (zie vooral *Washington v. Davis*, 426 U.S. 229, op 239, 242 en 245 (1976)). Overigens geldt in de VS voor horizontale rechtsverhoudingen een heel andere regeling onder de *Civil Rights Act*, daar heeft het concept van indirect onderscheid meer betekenis gekregen (zie 42 U.S.C. 2000e-2(C)).

naast wordt in veel gevallen onbewust onderscheid gemaakt jegens bepaalde maatschappelijke groepen – maatregelen die benadelend werken voor deeltijders kunnen bijvoorbeeld ongemerkt negatief uitwerken voor vrouwen, simpelweg nu in de praktijk veel meer vrouwen dan mannen in deeltijd werken. Strikt genomen maakt een gesloten opsomming van gronden het onmogelijk om dergelijke verborgen en maatschappelijke vormen van ongelijke behandeling aan te vechten. In veel van deze gevallen is het immers niet zo gemakkelijk om de feitelijke ongelijke behandeling, die is gebaseerd op een “neutrale” grond, terug te herleiden tot één van de expliciet opgesomde gronden. De Europese richtlijnen en nationale wetgeving hebben daarom ruimte gecreëerd om aan te tonen dat een ongelijke behandeling of benadelende beslissing weliswaar niet rechtstreeks op één van de opgesomde gronden is gebaseerd, maar dat de benadeling indirect wel degelijk verband houdt met zo’n grond. Interessant is daarbij dat het wettelijk kader voor het rechtvaardigen van direct en indirect onderscheid meestal verschilt (31). Direct onderscheid op de opgesomde gronden is veelal verboden, tenzij een beroep kan worden gedaan op een limitatief aantal nauw omschreven uitzonderingsgronden (een “gesloten systeem” van uitzonderingsgronden). Voor indirect onderscheid bestaat vaak een ruimere rechtvaardigingsmogelijkheid: dit soort onderscheid is aanvaardbaar zodra daarvoor enige objectieve en redelijke rechtvaardiging kan worden aangevoerd (een “open systeem” van uitzonderingsmogelijkheden) (32).

Bij een volledig open opsomming van gronden, waarin gelijke en open geformuleerde rechtvaardigingsmogelijkheden voor alle gronden bestaan, lijkt een dergelijk verschil in rechtvaardigingsgronden overbodig. Strikt genomen is het in dergelijke systemen zelfs niet nodig om het concept van indirect onderscheid

(31) Dit is niet altijd het geval, getuige bv. de Nederlandse Wet Onderscheid naar Arbeidsduur – deze wet bevat dezelfde rechtvaardigingsmogelijkheden voor direct als voor indirect onderscheid (zie art. 7:648 Burgerlijk Wetboek, waarin deze wet is opgenomen). Ook voor een deel van de gronden in de Belgische Antidiscriminatiewet is dit het geval.

(32) Zie voor een nadere uitwerking van het verschil tussen gesloten en open systemen van onderscheid o.a. A.W. HERINGA, “Standards of Review for Discrimination. The Scope of Review by the Courts”, in T. LOENEN en P. RODRIGUES (red.), *Non-Discrimination Law: Comparative Perspectives*, Den Haag/Boston/Londen, Kluwer Law International, 1999, p. 27 e.v. Er bestaan overigens diverse tussenvormen, zoals in het Belgische systeem duidelijk wordt en zoals ook blijkt uit de Europese richtlijnen. Zo zijn bv. “halfopen” systemen denkbaar, waarbij weliswaar een aantal specifieke uitzonderingsgronden in de wet wordt omschreven, maar daarnaast een algemene mogelijkheid wordt gelaten om de ongelijke behandeling te rechtvaardigen. In het kader van de Europese Kaderrichtlijn Arbeid doet zich dit bv. voor bij de grond leeftijd (zie art. 6 van de richtlijn). Een dergelijke “halfopen” bepaling komt enerzijds tegemoet aan de wens van rechtszekerheid en democratische legitimatie, maar laat anderzijds de nodige flexibiliteit. Zie voor een helder overzicht van de systematiek van de Europese richtlijnen J. GOLDSCHMIDT, “De hete adem van Europa. Implementatie van nieuw gelijkbehandelingsrecht in Nederland”, *l.c.*, 988.

als zodanig te hanteren (33). Alle vormen van ongelijke behandeling, op welke grond dan ook, kunnen immers direct op hun redelijkheid worden beoordeeld. In de praktijk is het gebruik van een concept van indirect onderscheid echter ook bij open opsommingen zichtbaar. Dit houdt verband met de erkenning van “verdachte” gronden van onderscheid (34). Als bepaalde gronden als feitelijk onacceptabel worden beschouwd, zal onderscheid op die gronden ook in een open systeem veelal strikter worden getoetst. Vanwege die strikte toetsing kan het voor procespartijen strategisch verstandig zijn om een onderscheid dat feitelijk is gebaseerd op een niet of minder verdachte grond (bv. arbeidsduur), te herleiden tot een indirect onderscheid op een wel verdachte grond (bv. geslacht). De kans dat het beroep op het gelijkheidsbeginsel wordt gehonoreerd, is daarbij door de striktere toetsing aanzienlijk groter (35). Los van dergelijke strategische overwegingen geldt bovendien dat erkenning van een concept van indirect onderscheid belangrijk is om principiële redenen. Het gebruik van het concept maakt patronen van maatschappelijke benadeling en ongelijke behandeling zichtbaar die anders verborgen zouden blijven (36). De maatschappelijke signaalfunctie van het concept is groot, zodat het een gemis zou zijn wanneer het in een open systeem niet zou worden benut.

(33) In België leek die situatie aan de orde te zijn na de uitspraak van het Grondwettelijk Hof van 2004, waarin de mogelijkheid van rechtvaardiging voor direct en indirect onderscheid gelijk werden getrokken; vgl. J. VELAERS, *l.c.*, 603.

(34) Vgl. ook D. DE PRINS et al. 2005, *o.c.*, 453 (punt 1140), die aangeven dat dit ook opging voor de Belgische situatie na vernietiging van de gesloten opsomming van gronden door het Grondwettelijk Hof in 2004.

(35) Deze benadering is goed zichtbaar in de rechtspraak van het EHRM. Eerder is al opgemerkt dat het EVRM geen gesloten systeem van uitzonderingsgronden kent en dat het dus eigenlijk niet nodig is om vast te stellen op welke grond een ongelijke behandeling is gebaseerd – als duidelijk is dat sprake is van een ongelijke behandeling, moet daarvoor steeds een objectieve en redelijke rechtvaardiging worden aangevoerd. Tegelijkertijd past het EHRM bij een aantal gronden de zogenaamde “very weighty reasons”-test toe, waarbij het zeer hoge eisen stelt aan de rechtvaardiging. Het doet dit bij gronden als geslacht en onwettige geboorte, en sinds *Timishev* is het EHRM welhaast nog strenger als het gaat om onderscheid op grond van ras (EHRM 13 december 2005, *Timishev / Rusland*, Reports 2005-XII, *European Human Rights Cases* 2006/19, met noot HENRARD en *NJCM-Bulletin* 2006, p. 1149 (met noot HOUTZAGER)). Om die reden hebben verschillende klagers geprobeerd om een beroep te doen op het concept van indirect onderscheid, zodat zij konden profiteren van de strenge toetsing door het Hof. Een dergelijk beroep slaagde in de ontvankelijkheidsbeslissing in *Hoogendijk* (EHRM 6 januari 2005 (ontv. besl.), *Hoogendijk / Nederland*, *European Human Rights Cases* 2006/24, met noot GERARDS en *NJCM-Bulletin* 2006, p. 224, met noot HENDRIKS) en in *Zarb Adami* waar het ging om geslacht (EHRM 20 juni 2006, *Zarb Adami / Malta*, Reports 2006-VIII, *European Human Rights Cases* 2006/115 (m.nt. GERARDS)). Recenter oordeelde het EHRM zelfs principieel dat het concept van indirect onderscheid moet worden erkend onder het EVRM, namelijk in de zaak *D.H. / Tsjechië*, EHRM 13 november 2007 (Grote Kamer), *European Human Rights Cases* 2008/5 (met noot HENDRIKS). Het Hof nam in deze zaak aan dat sprake was van indirect onderscheid naar ras, waarop het vervolgens bijna dezelfde strikte toets toepaste die het ook hanteert als het gaat om direct onderscheid.

(36) Vgl. S. FREDMAN, *o.c.*, 115.

Vastgesteld kan dan ook worden dat, waar het gaat om de erkenning van de concepten van direct en indirect onderscheid, het uiteindelijk weinig verschil maakt of wordt gekozen voor een gesloten of voor een open opsomming. Weliswaar lijkt het minder voor de hand te liggen dat een concept van indirect onderscheid wordt gebruikt in open opsommingen, maar duidelijk is dat het concept ook daarbij een functie toekomt. Voor de keuze tussen een open of een gesloten opsomming in de wet, zijn de consequenties van het hanteren van deze concepten dan ook niet of nauwelijks relevant. Wel is duidelijk dat een gesloten opsomming vaak samengaat met een meer uitgewerkt systeem van uitzonderingsgronden en dat in dat verband verschillen kunnen bestaan tussen de regulering van direct en indirect onderscheid. Bij een open opsomming zal het wettelijk kader in het algemeen eenvoudiger en eenvormiger zijn.

III. Intensiteit van de bescherming – keuze van gronden, verdachtheid en hiërarchie

A. De keuze van gronden in een gesloten opsomming

Nauw verband met het wettelijk kader dat samengaat met een gesloten of open opsomming, houdt de forse draagwijdte van de keuze voor de gronden in een gesloten opsomming. Wordt een grond niet genoemd, dan geldt in het algemeen ook niet de vergaande en specifieke rechtsbescherming die aan zo'n verbod is verbonden. Bovendien gaat van een gesloten, of zelfs van een halfopen, opsomming vaak een soort a contrario-werking uit: het feit dat bepaalde gronden uitdrukkelijk zijn genoemd, kan de indruk wekken dat onderscheid op de niet-ge-noemde gronden niet (of in ieder geval minder) problematisch is (37). Dit betekent dat uiterst zorgvuldig moet worden gekozen voor het opnemen van gronden in een gesloten opsomming. Voor sommige gronden zal het evident zijn dat zij moeten worden meegenomen, voor andere gronden is dat minder gemakkelijk te bepalen. In de praktijk bestaat er een relatief groot schemergebied tussen gronden die duidelijk verdacht of onaanvaardbaar zijn en de gronden die gemakkelijk als valide basis voor ongelijke behandeling kunnen worden geaccepteerd. Het blijkt moeilijk om een goed onderscheidend kenmerk te vinden: tegen

(37) Zie D. DE PRINS et al. 2005, *o.c.*, 243. In Nederland bestaat discussie over de mate van a contrario-werking die van de halfopen opsomming in de Grondwet uitgaat. Er zijn rechterlijke uitspraken waarin duidelijk waarde is gehecht aan het gegeven dat een grond met zoveel woorden is genoemd in de Grondwet; zie daarvoor het rapport van de Commissie Gelijke Behandeling over dit onderwerp (CGB-Advies/2004/03 over art. 1 Grondwet, 26 februari 2004, te vinden via www.cgb.nl), p. 2, voetnoot 8 (met verwijzingen). Anderzijds is de vraag of het hier echt de opsomming in de Grondwet is die doorslaggevend is voor de intensiteit van de toetsing, of dat de striktere toetsing eerst en vooral is ingegeven door het inherent verdachte karakter van de gronden (zoals betoogd in het rapport van de COMMISSIE RECHTSGEVOLGEN, *o.c.*, 20).

vrijwel alle kenmerken kunnen bezwaren worden ingebracht. Ook geldt dat sommige gronden zelf een diffuus karakter hebben en daardoor tegelijkertijd verdacht en niet-verdacht kunnen zijn.

B. (On)veranderlijkheid; forum internum en forum externum

Een eerste factor die vaak wordt genoemd als bepalend voor de “verdachtheid” van een grond van onderscheid, is de onveranderlijkheid van een onderscheidingscriterium (38). Het wordt onredelijk gevonden dat mensen worden achtergesteld vanwege persoonskenmerken waaraan zij niets kunnen doen, zoals ras, geboorte of geslacht. Als het gaat om kenmerken waarvoor wel een vorm van individuele verantwoordelijkheid aanwezig is, wordt hierover vaak anders gedacht. In dat laatste geval is er immers een keuze mogelijk, zodat het voor mensen mogelijk wordt om aan een minder voordelige behandeling te ontsnappen. Onderscheid op dit soort “keuzegronden” wordt dan ook vaak als minder ernstig gezien (39). Ook in de Belgische parlementaire voorbereidingen wordt melding gemaakt van deze factor van onveranderlijkheid – deze blijkt de keuze voor de verboden gronden in belangrijke mate te hebben bepaald (40). Welbekend is echter dat er grote problemen zijn verbonden aan het gebruik van dit criterium (41). Allereerst wordt het criterium van onveranderlijkheid zelden consequent

(38) Soms wordt binnen de categorie van onveranderlijke kenmerken ook nog onderscheid gemaakt tussen biologische persoonskenmerken (zoals geslacht en leeftijd) en toegeschreven kenmerken (zoals ras en “gender”) – zie hiervoor in het bijzonder D. SCHIEK, “A New Framework on Equal Treatment of Persons in EC Law?”, *European Law Journal* 2002, 290, 309; vgl. ook T. MAKONEN, *o.c.*, 3.

(39) Deze term wordt vooral in het Engels wel gehanteerd (“choice grounds”) ter onderscheiding van gronden die “echt” onveranderlijk zijn (bv. D. SCHIEK, “A New Framework on Equal Treatment of Persons in EC Law?”, *l.c.*, 310 en M. GIJZEN, *Selected Issues in Equal Treatment Law: A multi-layered comparison of European, English and Dutch law*, Antwerpen, Intersentia, 2006, 285). De bedoeling van dit begrip is om te verwijzen naar een fundamentele keuze die nauw samenhangt met individuele identiteit en die om die reden bescherming behoeft. Niettemin kan dit begrip wat verwarring oproepen, zeker als het in contrast wordt gebruikt met de onveranderlijkheid van gronden – het begrip lijkt juist te impliceren dat een keuze wel steeds mogelijk is (en dat kan het vermoeden oproepen dat mag worden verwacht dat soms bepaalde keuzen worden gemaakt). Om die reden is het wellicht minder wenselijk om dit begrip te hanteren.

(40) Hierover ook D. DE PRINS et al., *o.c.*, 450; dit blijkt uit de samenhang van de toelichting op de keuze gemaakt bij de Antidiscriminatiewet 2003 (*Parl. St.* Senaat 2001-02, nr. 2-12/1, 2 en 3) en het overnemen van het daarbij bereikte *acquis* in de toelichting bij de Antidiscriminatiewet 2007 (*Parl. St.* Kamer 2006-07, nr. 51-2722/17). Verwezen wordt overigens ook naar de opsomming die is opgenomen in het Europees Handvest voor de Grondrechten als de meest actuele consensus in de strijd tegen discriminatie – of de basis van de Europese opsomming ook is gelegen in overanderlijkheid van de kenmerken, blijkt hieruit niet.

(41) Zie ook S. FREDMAN, *o.c.*, 79.

toegepast. Er zijn diverse persoonskenmerken denkbaar waaraan de persoon in kwestie weinig kan veranderen, maar die maatschappelijk gezien volledig zijn geaccepteerd als redelijke basis voor onderscheid – te denken valt aan intelligentie en talent (bv. bij de toelating tot bepaalde schooltypes en opleidingen, zoals conservatoria) of aan het al of niet hebben van een geestelijke stoornis (42). Kennelijk is dus méér dan onveranderlijkheid alleen vereist om te kunnen spreken van een daadwerkelijk verdacht persoonskenmerk. Waarin dat meerdere bestaat wordt vaak echter onuitgesproken gelaten.

Het vasthouden aan het criterium van onveranderlijkheid brengt ook andere problemen met zich. Deze problemen doen zich vooral voor bij die kenmerken waarvoor mensen wel een zekere eigen verantwoordelijkheid dragen, maar waarbij de vraag reëel is of verwacht mag worden dat mensen deze verantwoordelijkheid op een bepaalde wijze uitoefenen om te ontkomen aan een ongelijke behandeling. Voorbeelden hiervan zijn met name te vinden in de sfeer van onderscheid op grond van godsdienst en politieke overtuiging, maar ook in het kader van onderscheid naar seksuele gerichtheid. Voor deze gronden heeft GIJZEN aangegeven dat verschil kan worden gemaakt tussen een forum internum en een forum externum (43). Strikt genomen is een levensovertuiging of politieke gezindte geen onveranderlijk persoonskenmerk – een individu kan immers besluiten om zich te bekeren tot een ander geloof of om lid te worden van een andere politieke partij. Gelet op de individuele autonomie en de vrijheid van godsdienst en politieke overtuiging die eenieder toekomt, wordt echter aangenomen dat het forum internum volledig gevrijwaard moet blijven van inbreuken (44). Van een individu mag niet worden verwacht dat hij zijn eigen overtuigingen en geweten geweld aandoet – de gewetensvrijheid moet geacht worden, net als persoonskenmerken als ras en geslacht, volledig en onaantastbaar onderdeel uit te maken van iemands individualiteit (45). Tot op zekere hoogte, maar met een andere rationale, kan iets vergelijkbaars worden gesteld voor iemands seksuele geaardheid – het *zijn* van homoseksueel of heteroseksueel kan niet worden

(42) Vgl. J.H. ELY, *Democracy and Distrust. A Theory of Judicial Review*, Cambridge/Londen, Harvard University Press, 1980, 150, die na het noemen van deze voorbeelden de kritiek nog eens kernachtig samenvat: “The explanation, when one is given, is that *those* characteristics (unlike the one the commentator is trying to render suspect) are often relevant to legitimate purposes. At that point there’s not much left of the immutability theory, is there?”. Zie in vergelijkbare zin J. WIGGERS, *Recht doen aan gelijkheid*, Nijmegen, Ars Aequi Libri, 1991, 173.

(43) M. GIJZEN, *o.c.*, 285; de gedachte is ook uitgewerkt door R. WINTEMUTE, *Sexual Orientation and Human Rights*, Oxford, OUP, 1997, 177 e.v. voor de gronden seksuele gerichtheid en godsdienst.

(44) Dit blijkt wel uit het feit dat art. 9 EVRM (vrijheid van godsdienst, geweten en levensovertuiging) geen beperkingen toelaat op de gewetensvrijheid zelf (het forum internum), maar alleen op religieuze uitingen (het forum externum) – zie in het bijzonder EHRM 25 mei 1993, *Kokkinakis / Griekenland*, Series A, Vol. 260A, § 33.

(45) In deze zin ook D. SCHIEK, “A New Framework on Equal Treatment of Persons in EC Law?”, *l.c.*, 310 en M. GIJZEN, *o.c.*, 285.

losgemaakt van iemands persoon (46). Van dit forum internum kan echter een forum externum worden onderscheiden. Het *hebben* van een bepaalde overtuiging of het *zijn* van homo- of heteroseksueel is nog niet hetzelfde als het zich als homo- of heteroseksueel *gedragen* of het *handelen* in overeenstemming met een bepaalde overtuiging. Ten aanzien van het forum externum wordt soms wel degelijk een zekere mate van individuele verantwoordelijkheid en veranderlijkheid aangenomen. Daarbij valt echter onderscheid te maken tussen handelingen die zeer nauw verband houden met de kern van een grond (zoals bidden of het bezoeken van een kerk bij de gewetensvrijheid) en handelingen die daartoe in een verder verwijderd verband staan (zoals de weigering om een patiënt naar de behandelkamer te brengen voor uitvoering van een abortus) (47). Onderscheid dat is ingegeven door een handeling die zeer nauw samenhangt met het forum internum, zal daarbij verdachter en minder gemakkelijk acceptabel zijn dan onderscheid dat is geïnspireerd door een handelen dat verder van de kern van de grond verwijderd is. Dit betekent dat gronden als politieke gezindheid, seksuele gerichtheid en religie tegelijkertijd verdacht en niet-verdacht kunnen zijn, afhankelijk van het aspect van de grond dat in geding is.

Het bestaan van een verschil tussen een forum internum en een forum externum, en binnen het forum externum van aspecten van handelen die meer of minder verband houden met de kern van een grond, bevestigt dat er een groot grijs vlak bestaat tussen die gronden (of aspecten van gronden) die écht verdacht worden geacht en dus moeten worden opgenomen in een wettelijke regeling, en die (aspecten van) gronden die eerder semi-verdacht of zelfs onverdacht zijn en geen uitdrukkelijke wettelijke bescherming verdienen. Als zodanig vormt dit al een

(46) Dit kan maar tot op zekere hoogte, omdat seksuele oriëntatie zich van gronden als godsdienst en politieke gezindheid onderscheidt door het feit dat de kern van deze grond (het *hebben* van een seksuele oriëntatie) geacht kan worden ook feitelijk onveranderlijk te zijn – waar bij godsdienst en levensovertuiging nog wel een keuze mogelijk is, is dat bij seksuele oriëntatie niet het geval. In dat verband is de grond eerder vergelijkbaar met gronden als ras en geslacht, maar de situatie ligt wel iets ingewikkelder dan dit. Zie vooral R. WINTEMUTE, *o.c.*, 174/175, die aangeeft dat er onder wetenschappers enige discussie is over de biologische onveranderlijkheid van dit persoonskenmerk. Vgl. ook M. GIJZEN, *o.c.*, p. 335.

(47) Zie m.n. J.H. GERARDS, “Grounds of Discrimination”, in M. BELL, D. SCHIEK en L. WADDINGTON (red.), *o.c.*, 112 e.v. In de praktijk komt dit vooral tot uitdrukking in het feit dat onderscheid dat is gemaakt op grond van religieus geïnspireerd handelen (of een religieus geïnspireerde weigering om bepaalde handelingen te verrichten) niet altijd wordt aangemerkt als onderscheid op grond van godsdienst. De scheidslijn is echter dun – zo heeft de Nederlandse Commissie Gelijke Behandeling de grond godsdienst wel van toepassing geacht op de weigering van een stagiaire om alcohol te schenken aan bewoners van een verzorgingscentrum (Oordeel 2000-75), maar niet in de in de hoofdtekst genoemde weigering van een leerlingverpleegkundige om een patiënt van een operatiekamer te halen die een abortus had ondergaan (Oordeel 2000-13). Zie kritisch over dit soort onderscheidingen B. VERMEULEN en S. VAN BIJSTERVELD, “Godsdienst, levensovertuiging en politieke gezindheid”, in T. LOENEN (eindred.), *Gelijke behandeling: oordelen en commentaar 2000*, Deventer, Kluwer, 2001, 73/74.

obstakel bij het opnemen van dit soort gronden in een gesloten opsomming – een duidelijke en heldere regeling zou feitelijk ook moeten aangeven welke *aspecten* van een grond verboden (of tenminste verdacht) worden geacht. Als een grond als seksuele gerichtheid of godsdienst zonder meer in een wettelijke regeling wordt opgenomen, betekent dit dat de wettelijke regeling ook bescherming biedt tegen ongelijke behandeling in een groot aantal gevallen waarin die ongelijke behandeling eigenlijk nauwelijks problematisch wordt geacht. Op zichzelf kan daarmee rekening worden gehouden in het kader van het systeem van rechtvaardiging – juist voor onderscheid dat is gebaseerd op aspecten van een grond die verder van de kern afliggen, kan een rechtvaardiging worden gegeven. Zeker als wordt gewerkt met een gesloten systeem van rechtvaardigingsgronden kan echter blijken dat de fantasie van de wetgever om te bedenken wanneer een rechtvaardiging reëel is, eigenlijk te beperkt is. Het wettelijk gelijkebehandelingsstelsel kan daardoor snel als rigide of als beknellend worden ervaren, hetgeen voor de effectiviteit van de wetgeving niet bevorderlijk zal zijn.

C. Irrationaliteit, irrelevantie, vooroordelen en structurele achterstelling

Zoals gezegd is de veranderlijkheid of beïnvloedbaarheid van een persoonskenmerk geen geschikt onderscheidend criterium om te beslissen welke gronden in een gesloten opsomming moeten worden opgenomen. Beter is het wellicht om te kijken naar de achterliggende reden om ongelijke behandeling op bepaalde gronden te willen bestrijden. Deze reden zal veelal gelegen zijn in het feit dat men bepaalde persoonskenmerken irrelevant acht als basis voor handelen of besluitvorming, of in het feit dat men bepaalde groepen wil beschermen tegen achterstelling of benadeling (48). De gedachte achter de gelijkebehandelings-

(48) Vgl. R. HOLTMAAT, “Stop de inflatie van het discriminatiebegrip!”, *Nederlands Juristenblad* 2003, 1271. Belangrijk is overigens dat verboden van onderscheid soms ook gelden voor gronden waarvoor deze rationale duidelijk in mindere mate geldt. In Nederland geldt bv. een Wet Onderscheid naar Arbeidsduur (WOA, *Staatsblad* 1996, 391) en een wet ter bestrijding van ongelijke behandeling op grond van de duur van het arbeidscontract (beter bekend als de WOBOT, zie *Staatsblad* 2002, 560). Voor deze gronden geldt dat onderscheid niet zozeer wordt verboden om maatschappelijke vooroordelen tegen te gaan, als wel om de positie van bepaalde groepen werknemers te verbeteren en een aantal sociale doelstellingen na te streven (zie nader S. SCIARRA, “New discourses in labour law: part-time work and the paradigm of flexibility”, in S. SCIARRA et al. (red.), *Employment Policy and Regulation of Part-Time Work in the European Union. A Comparative Analysis*, Cambridge, CUP, 2004, 22 (vooral over de kaderrichtlijnen die aan deze wetten ten grondslag hebben gelegen) en A. JACOBS en M. SCHMIDT, “The Right to Part-time Work: The Netherlands and Germany Compared”, *International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations* 2001, 372). Belangrijk is daarbij dat de wetgeving over deeltijdwerk ook is gericht op de verbetering van de positie van vrouwen, nu vooral zij vaak nadeel ondervinden van bijzondere regelingen voor deeltijders – in dat opzicht liggen er misschien fundamentele overwegingen aan de wetgeving ten grondslag dan je op het eerste gezicht zou kunnen .../...

wetgeving is daarmee impliciet dat belangrijke rechtsgoederen (zoals werkgelegenheid of diensten) op rationale gronden moeten worden verdeeld – irrationele overwegingen, zoals vooroordelen, onjuiste stereotypen of stigma's jegens bepaalde groepen, mogen geen invloed hebben op beslissingen van werkgevers of dienstverleners die de participatie en maatschappelijke positie van deze groepen of van individuen kunnen bepalen (49). De belangrijkste basis om bepaalde

.../...

denken (vgl. ook S. BURRI, *Tijd delen. Deeltijd, gelijkheid en gender in Europees- en nationaalrechtelijk perspectief*, Deventer, Kluwer, 1996, 6 e.v.). Op dezelfde manier is voor de grond leeftijd wel aangegeven dat de rationale daar niet zozeer is gelegen in het bestrijden van onrecht, als wel in het stimuleren van de economie. Tegelijkertijd is duidelijk dat de rationale bij deze grond een gemengd karakter heeft, nu duidelijk is dat veel ongelijke behandeling, vooral van ouderen, is ingegeven door negatieve beeldvorming en vooroordelen jegens deze groep (zie m.n. C. O'CINNEIDE, *Age Discrimination and European Law*, European Commission Report 2005, beschikbaar via www.migpolgroup.com/multiattachments/2887/DocumentName/agedis_en.pdf, p. 10 en M. GIJZEN, *o.c.*, 436; het H.v.J. E.G. heeft ook een relatief strikte toets toegepast bij leeftijdsonderscheid in de zaak *Mangold* (H.v.J. E.G. 22 november 2005, zaak C-144/04, *Jurispr.* 2005, I-9981, hoewel het daar recenter weer iets van lijkt te zijn teruggekomen (H.v.J. E.G. 16 oktober 2007, zaak C-411/05, *Félix de Palacios de la Villa*, *European Human Rights Cases* 2007/138, m.n. § 68). Sommige wetenschappers hebben wel aangegeven dat discriminatiewetgeving eigenlijk geen goed instrument is om dit soort gevallen van maatschappelijke ongelijke behandeling te bestrijden, juist omdat de rationale zo anders is (zie in het bijzonder R. HOLTMAAT, "Stop de inflatie van het discriminatiebegrip!", *l.c.*, 1267 en J. GOLDSCHMIDT, "Gelijke behandeling in Europa: een grondrecht apart? Toezicht op gelijke behandeling", *NJCM-Bulletin* 2005, 287). Beter lijkt het hen om dit soort gevallen van ongelijke behandeling te bestrijden via regels van arbeidsrecht of sociale zekerheidsrecht, dan om ze in de systematiek van de gelijkebehandelingswetgeving in te passen. Daarover is discussie mogelijk, zeker ook als het gaat om de gronden die duidelijk op een grensvlak liggen, zoals leeftijd. Het is niet ondenkbaar dat dezelfde methodiek wordt gebruikt om verschillende doelstellingen te dienen. Wel maakt de uitbreiding van de gelijkebehandelingswetgeving naar gronden waarvoor een volstrekt andere rationale geldt, het nog lastiger om een goede keuze te maken voor de wel of niet te beschermen gronden en de daarbij passende uitzonderingsgronden.

(49) Deze overweging van rationaliteit is een zeer basale en belangrijke grondslag van gelijkebehandelingsregelgeving, maar zeker niet de enige – belangrijke doelstellingen kunnen ook zijn het creëren van gelijke kansen, het emanciperen van achtergestelde groepen en het bevorderen van diversiteit binnen de samenleving (zie voor een bondig overzicht van rationales Ch. MCCRUDDEN en H. KOUNTOUROS, "Human rights and European equality law", in H. MEENAN (red.), *o.c.*, 74 e.v.). Daarnaast is belangrijk dat veel vormen van ongelijke behandeling bedoeld of onbedoeld tot gevolg hebben dat iemands menselijke waardigheid wordt aangetast of een boodschap wordt gegeven van inferioriteit en "anders zijn" (T. MAKKONEN, *o.c.*, 7). Discriminatiewetgeving is er ook op gericht om dit soort inbreuken op de menselijke waardigheid te bestrijden. Het verwezenlijken van deze doelstellingen vergt echter vooral andere instrumenten – de vraag op welke personen of groepen deze instrumenten gericht moeten zijn, lijkt primair te worden bepaald door de vraag welke gronden *rationeel gezien* een aanvaardbare basis voor onderscheid kunnen vormen. Van dergelijke rationaliteit is geen sprake als vooroordelen of stereotypen de basis vormen voor ongelijke behandeling, nu het daarbij gaat om incorrecte of onjuist doorgetrokken generaliseringen. Zie hierover (en over het verschil tussen vooroordelen en stereotypen) uitbreider J. GERRARDS, *o.c.*, 88/89.

gronden op te nemen zijn in dit verband het bestaan van haat of vooroordelen die betrekking hebben op bepaalde groepen of persoonskenmerken, en het bestaan van structurele en historische vormen van achterstelling die niet op rationele gronden kunnen worden teruggevoerd (50). Ook wordt soms aangenomen dat bepaalde gronden als zodanig “irrelevant” moeten worden geacht voor het nemen van besluiten en dat deze gronden om die reden niet in de besluitvorming mogen worden betrokken. Dit laatste criterium is echter lastig toepasbaar, omdat sommige verdacht geachte gronden toch nog wel enige relevantie kunnen hebben, afhankelijk van de omstandigheden van het geval. Het gebruik van het criterium van het bestaan van wijdverbreide vooroordelen of structurele achterstelling is in dit verband waardevoller. Ook daarbij bestaat echter een schemergebied tussen gronden waarbij evident aan dit criterium is voldaan (zoals ras of etnische origine) en gronden waarbij dit duidelijk niet het geval is (zoals bedrijfsomvang) – lastig zijn bijvoorbeeld gronden als sociale klasse, nationaliteit of leefstijl (51). Onduidelijk is hoe kan worden bepaald of gronden die zich in dit schemergebied bevinden nu wel of niet in een wettelijke regeling moeten worden opgenomen – daarvoor biedt het criterium als zodanig, dat relatief onbepaald is, onvoldoende aanknopingspunten.

D. Is dit een probleem?

De vraag kan worden gesteld of het erg is dat “schemergronden” wel of niet in een wettelijke regeling worden opgenomen en of het nodig is dat daarvoor steeds een duidelijke rechtvaardiging bestaat. Het lijkt echter evident dat deze vraag positief moet worden beantwoord als de rechtsbescherming die tegen ongelijke behandeling op de opgesomde gronden wordt toegekend duidelijker gro-

(50) Zie fraai hierover MAKKONEN, die aangeeft dat “people are not, as a general rule, discriminated against because of who or what they really are, but because of what they are *thought to be or represent*” – hij geeft als voorbeeld dat een werkgever niet weigert om een vrouw in dienst te nemen omdat zij een vrouw is, maar omdat hij het stereotiepe beeld aanhangt dat vrouwen niet geschikt zijn om bepaalde functies uit te oefenen (T. MAKKONEN, *o.c.*, 2). De relatie tussen het bestaan van vooroordelen jegens bepaalde groepen en ongelijke behandeling van leden van deze groepen blijkt groot te zijn; zie nader *Tackling Multiple Discrimination. Practices, Policies and Laws*, Rapport opgesteld voor de Europese Commissie, september 2007, beschikbaar via ec.europa.eu/employment_social/fundamental_rights/public/pubst_en.htm, 18, met verwijzingen naar sociologische literatuur (hierna TACKLING MULTIPLE DISCRIMINATION).

(51) Dergelijke gronden worden in nationale en internationale opsommingen wel vaak genoemd (bv. in België), maar komen lang niet overal terug. Het is ook moeilijk om de precieze “verdachtheid” van deze gronden te definiëren. Het EHRM, dat met een open opsomming werkt, heeft de grond nationaliteit bv. in sommige gevallen wel verdacht gevonden en in andere minder, en heeft leefstijl (ongehuwd samenwonen, alleenstaand zijn e.d.) alleen in samenhang met geslacht als verdacht aangemerkt. Zie daarover A.W. HERINGA en J. GERARDS, “Artikel 14 EVRM”, in J. GERARDS, A.W. HERINGA, J. SCHOKKENBROEK en J. VAN DER VELDE, *EVRM Rechtspraak & Commentaar*, Den Haag, Sdu, 2005, aanvulling 68, p. 3.14 – 1-28, 22/23.

ter en specifiek is dan de rechtsbescherming die aan niet genoemde vormen van ongelijke behandeling wordt toegekend (52). Als vergaande bescherming wordt toegekend, moeten overtuigende redenen bestaan voor het niet opnemen van gronden die wel enigszins verdacht zijn, maar kennelijk niet voldoende (bv. uiterlijk), of voor het opnemen van gronden waarvan de verdachtheid minder voor de hand ligt (bv. arbeidsduur of, in de mening van sommigen, leeftijd). Is die reden er niet, zo heeft ook de uitspraak van het Grondwettelijk Hof geleerd, dan houdt de opsomming zelf geen stand vanuit het perspectief van gelijke behandeling. Daarnaast zijn er duidelijke maatschappelijke nadelen verbonden aan een slecht gemotiveerd onderscheid. Het probleem daarbij is overtuigend aangegeven door HOLZLEITHNER:

“To be the victim of discrimination is painful. It hurts even more when law and its institutions ignore one’s discrimination, or if it is considered worthy of less attention than the discrimination against ‘others’. Being the target of classificatory animosity, without a chance of redress, may lead to frustration and/or resentment ...” (53).

(52) Dit speelt overigens niet alleen een rol in de specifieke context van gelijkebehandelingswetgeving. In Nederland is bv. wel geconstateerd dat rechters in sommige uitspraken meer waarde hechten aan de in een Grondwet of verdrag opgesomde gronden dan aan de niet-opgesomde gronden, zelfs als het gaat om semi-open opsommingen (vgl. COMMISSIE RECHTSGEVOLGEN, *o.c.*, 17 en CGB-Advies/2004/03 over art. 1 Grondwet, 26 februari 2004, te vinden via www.cgb.nl, p. 2, voetnoot 8 (met verwijzingen)). Ook in België is een uitdrukkelijke bepaling over onderscheid naar geslacht toegevoegd aan de overigens volledig open Grondwetbepaling, omdat de gedachte is dat daarvan een zekere beschermende werking uitgaat (D. DE PRINS et al., *o.c.*, 240). Daarnaast is opmerkelijk dat het Grondwettelijk Hof in zijn oordeel waarde hechtte aan het gegeven dat twee van de gronden die niet in de Antidiscriminatiewet 2003 stonden, wel waren opgenomen in de internationale verdragen over discriminatie – kennelijk kende ook het Grondwettelijk Hof enige normerende betekenis toe aan dit soort opsommingen in hogere regelgeving (zie *Parl. St. Kamer 2006-07*, nr. 51-2722/1, 16). Zodra gronden expliciet worden benoemd, zal dit dus effect kunnen hebben op de rechterlijke oordeelsvorming. Dit soort effecten is alleen volledig uitgesloten bij volledig open bepalingen, dus gelijkheidsbepalingen of discriminatieverboden waarin zelfs geen “voorbeeldgronden” worden genoemd.

(53) E. HOLZLEITHNER, *l.c.*, 944. Een nadelig neveneffect is ook naar voren gebracht door FREDMAN, die heeft aangegeven dat een gesloten opsomming (vooral in combinatie met verschillende gradaties van bescherming voor de verschillende gronden) ertoe kan leiden dat groepen proberen “hun” grond anders te definiëren – zo hebben in het VK homoseksuelen betoogd dat onderscheid op grond van seksuele oriëntatie feitelijk onderscheid naar geslacht is, en hebben Sikhs, moslims, joden en Rastafari geprobeerd aannemelijk te maken dat onderscheid jegens hen niet is gebaseerd op godsdienst (op dat moment in het VK geen verboden grond), maar onderscheid naar ras (S. FREDMAN, *o.c.*, 70). Dit leidt tot veel onduidelijkheid en discussie, en tot lastige interpretatievragen die alsnog door de rechter moeten worden beantwoord. Bovendien kan deze situatie ongelijke behandeling veroorzaken, namelijk wanneer sommige groepen erin slagen om aan te tonen dat jegens hen feitelijk onderscheid is gemaakt op een verboden grond, terwijl dat bij andere groepen niet zo is (idem, 71 – FREDMAN wijst erop dat Sikhs wel zijn erkend als etnische groep, maar Rastafari en moslims niet).

Er moet dus wel een écht goede reden zijn om de ene vorm van discriminatie wel te bestrijden en de andere niet. Het simpelweg overnemen van een selectie van gronden uit Europese of internationale instrumenten, zonder na te gaan of de basis voor deze opsommingen toereikend is en de reikwijdte van de bescherming overeenstemt met de problematiek zoals die zich in een bepaalde samenleving voordoet, kan niet aanvaardbaar worden gevonden. In de praktijk gebeurt dit vaak wel: de grens wordt regelmatig getrokken op basis van pragmatische en politiek getinte overwegingen (54). De keuze voor de gronden in de Nederlandse Grondwet is bijvoorbeeld eerder geïnspireerd door de gronden die zijn opgenomen in de mensenrechtenverdragen waarbij Nederland partij is, dan dat deze is gebaseerd op een diep doordacht, eigen idee over de fundamentele verwerpelijkheid van onderscheid op juist deze gronden (55). Dat is een probleem, omdat de basisdocumenten vaak evenmin goed doordacht zijn. Dat geldt in het bijzonder voor de Europese richtlijnen. WADDINGTON en BELL hebben aangegeven dat daarin is gekozen voor het beschermingsniveau dat per grond politiek haalbaar was, niet voor het meest wenselijke beschermingsniveau (56). Lobbywerk van belangenbehartigingsorganisatie heeft daarbij een grote rol gespeeld (57). Het is dan ook riskant om een eigen opsomming zonder meer te baseren op dit soort lijstjes – beter is het om zorgvuldig na te gaan of ook andere dan de genoemde gronden in de eigen samenleving en context als verdacht moeten worden aangemerkt (58).

(54) Voor België bv. VELAERS, *l.c.*, 602 (punt 4), die spreekt over “politiek-opportunistische motieven”.

(55) Zie voor Nederland het rapport van de COMMISSIE RECHTSGEVOLGEN, *o.c.*

(56) L. WADDINGTON en M. BELL, “More Equal than Others: Distinguishing European Union Equality Directives”, *Common Market Law Review* 2001, 587, 610. Zie in vergelijkbare (maar meer voorspellende) zin L. FLYNN, “The Implications of Article 13 EC – After Amsterdam, will some forms of discrimination be more equal than others?”, *Common Market Law Review* 1999, 1127, 1138.

(57) Kritisch daarover is vooral D. SCHIEK, “Broadening the Scope and the Norms of EU Gender Equality Law: Towards a Multidimensional Concept of Equality Law”, *l.c.*, 438/439, die wijst op het lobbywerk van bv. ILGA (een regenboogbeweging) en het European Disability Forum.

(58) In dit licht is interessant dat in de Belgische Antidiscriminatiewet is gekozen voor een brede lijst die is gebaseerd op de opsomming in het EU-Handvest voor de Grondrechten (*Parl. St.* 2006-07, 51-2722/17). Deze lijst is zeer ruim en lijkt behoorlijk inclusief te zijn – veel kritiek valt hierop als zodanig niet te geven. Onduidelijk is echter hoe deze lijst tot stand is gekomen en waarom de genoemde gronden erin zijn opgenomen. Ook hier zou het voor de wetgever waardevol zijn geweest om een zelfstandige keuze te maken en hiervoor een overtuigende rechtvaardiging te geven – het enkele gegeven dat de lijst in het EU-Handvest de meest recente consensus op dit punt lijkt te representeren, is niet als zodanig voldoende om het letterlijk overnemen daarvan voor de Belgische situatie te rechtvaardigen. Opmerkelijk is overigens dat de Belgische wetgever er expliciet voor heeft gekozen om een specifieke grond die in het Handvest wordt genoemd, niet in de opsomming van de Antidiscriminatiewet te vermelden; het gaat dan om de grond “behoren tot een nationale minderheid”. Reden voor deze omissie is het “samengestelde karakter” van de grond en de vergelijking met het
.../...

E. Hoe werkt het bij open systemen?

Een open systeem voorkomt problemen als de hiervoor genoemde vrijwel volledig, omdat het immers niet noodzakelijk is om van tevoren vast te leggen welke gronden of welke aspecten van gronden verdacht zijn. De flexibiliteit die uitgaat van een dergelijk systeem is groot – de rechter kan per geval bepalen of de grond van onderscheid, gegeven alle omstandigheden van het geval en gelet op (nieuwe) maatschappelijke ontwikkelingen, verdacht moet worden gevonden. Ook kan de rechter gemakkelijker dan de wetgever recht doen aan het gegeven dat een grond van onderscheid veel verschillende facetten kan hebben. Bij de bepaling van de verdachtheid van de grond kan hij bijvoorbeeld rekening houden met de vraag of het echt gaat om de kern van deze grond (zoals bij onderscheid dat nauw verband houdt met de vrijheid van geweten), of eerder om de periferie ervan (zoals bij onderscheid dat is gemaakt omdat iemand vanuit geloofsovertuiging bepaalde medische handelingen weigert te verrichten). Op dezelfde manier kan hij rekening houden met het feit dat een ongelijke behandeling weliswaar is gebaseerd op een grond die in eerste instantie verdacht lijkt (zoals ras), maar een groep benadeelt die normaal gesproken nauwelijks het slachtoffer is van achterstelling of vooroordelen (zoals het geval is bij voorkeursbeleid) (59). Ten slotte biedt een open systeem de rechter veel meer mogelijkheden om een open afweging te maken tussen het recht op gelijke behandeling en tegenstrijdige belangen.

Een belangrijk bezwaar blijft echter dat de rechterlijke keuzen op dit punt niet volledig objectiveerbaar zijn – weliswaar zijn er elementen die redelijk goed objectief vaststelbaar zijn (bestaan van historische achterstelling, stereotypering en stigmatisering), maar de uiteindelijke weging daarvan vereist, als eerder opgemerkt, een normatieve keuze (60). Ditzelfde geldt voor de beslissingen die in het kader van een open belangenafweging worden genomen. Tot op zekere hoogte kan een gedegen rechterlijke motivering of een goed gebruik van toetsingsmodellen deze bezwaren echter wegnemen.

.../...

behoren tot andersoortige minderheden (bv. religieuze of taalkundige minderheden) (*Parl. St.* 2006-07, 51-2722/19). Hoewel te prijzen valt dat de Belgische wetgever bijzondere aandacht heeft besteed aan de keuze voor het niet-opnemen van deze grond, lijkt deze motivering niet erg overtuigend. Eerder bevestigt deze het bestaan van de problemen van meervoudig onderscheid bij uiteenlopende wettelijke systemen, zoals hierna in § 4 nader zal worden uiteengezet.

(59) Op dit element, dat nauw verband houdt met de symmetrische en asymmetrische formulering van gronden, zal hierna in § 4.II afzonderlijk worden ingegaan.

(60) Vgl. ook S. FREDMAN, *o.c.*, 79/80. Enkele factoren ter bepaling van de verdachtheid van gronden en de bepaling van de intensiteit van de toetsing zijn uitgewerkt in J.H. GERARDS, “Intensity of Judicial Review in Equal Treatment Cases”, *Netherlands International Law Review* 2004, 135-183.

IV. Bagatelzaken?

Een laatste praktisch argument dat in het kader van het bieden van rechtsbescherming met enige regelmaat naar voren wordt gebracht tegen een open opsomming van gronden, is dat van het risico van bagatelzaken. Volgens de Belgische regering geldt dat een open opsomming van gronden het procederen in zaken over futiliteiten wel erg gemakkelijk maakt, nu dan zeer veel rechtsbescherming wordt geboden in willekeurig welke zaak (61). Een gesloten opsomming zou dit kunnen tegengaan – de potentiële stroom van zaken wordt dan immers duidelijker aan banden gelegd. In dit verband kan echter worden gewezen op de ervaringen in Nederland. Ondanks een duidelijk gesloten opsomming in de AWGB, is voor de Nederlandse Commissie Gelijke Behandeling regelmatig geklaagd over het frequente voorkomen van zaken over ogenschijnlijke futiliteiten. Veel discussie is bijvoorbeeld ontstaan naar aanleiding van klachten over het dragen van korte broeken door mannelijke postbodes (62), over een verschil in behandeling tussen mannen en vrouwen bij het verkrijgen van een kruisje bij een wandelwedstrijd (63) en over het vereiste van gemengde dansparen bij stijldanswedstrijden (64). Een gesloten opsomming voorkomt het aanbrengen van dit soort zaken dus niet, zeker niet wanneer de gesloten opsomming een zeer ruim aantal gronden omvat (65).

De vraag is ook of het echt nodig en wenselijk is om dit soort zaken tegen te gaan. Ter rechtvaardiging hiervan is wel gesteld dat dit geen zaken zijn waarop het verbod van *discriminatie* betrekking zou moeten hebben, nu geen sprake is van systematische onderdrukking of uitsluiting of van een uitdrukking van een gebrek aan respect, noch van een aantasting van het zelfbeschikkingsrecht (66). Gelijkebehandelingswetgeving zou in rechtswerking beperkt moeten zijn tot daarvoor daadwerkelijk in aanmerking komende zaken en zou zo moeten worden geformuleerd dat zaken over futiliteiten worden uitgesloten (67). Voor de

(61) *Parl. St.* Kamer 2006-07, nr. 51-2722/1, 16.

(62) Aan de orde in Oordeel 2004-154.

(63) Oordeel 2004-175.

(64) Oordeel 1997-29, inmiddels aangevuld met een uitspraak in kort geding van de Rechtbank 's-Gravenhage 26 juli 2006, KG 06/767, te vinden via www.rechtspraak.nl (LJN: AY5005).

(65) Het aanbrengen van “bagatelzaken” (in de zin van zaken die de menselijke waardigheid niet of nauwelijks raken) kan sterk in de hand worden gewerkt als minder verdachte gronden worden opgenomen, zoals arbeidsduur of omvang van het arbeidscontract. Daarover vooral J. GOLDSCHMIDT, “Gelijke behandeling in Europa: een grondrecht apart? Toezicht op gelijke behandeling”, *l.c.*, 287/288, waar zij betoogt dat het goed zou zijn om zaken over dit soort gronden aan het toezicht door de Commissie Gelijke Behandeling te onttrekken.

(66) R. HOLTMAAT, *Grenzen aan gelijkheid*, Den Haag, Boom Juridische Uitgevers, 2004, 10.

(67) HOLTMAAT heeft aangegeven dat dit zou kunnen door het gelijkheidsbeginsel of discriminatieverbod uitdrukkelijker accessoir te formuleren, zoals het geval is in art. 14 EVRM: alleen wanneer een individu of groep door een ongelijke behandeling in een .../...

Nederlandse bagatelzaken geldt echter dat zij allemaal wel een zekere waarde hebben, in de zin dat zij inzichtelijk maken welke motieven en gronden invloed hebben op het menselijk handelen in het dagdagelijks bestaan en hoe dit door anderen wordt ervaren. Ook kleine zaken kunnen duidelijk maken welke vormen van onderscheid overheersend zijn in de publieke en private sfeer en welke vormen als problematisch worden ervaren. Op die manier wordt het complexe landschap van ongelijke behandeling langzaamaan steeds verder geïllustreerd en uitgelicht. Bagatelzaken kunnen daarmee op den duur toch een basis opleveren voor het voeren van een effectief non-discriminatie- of gelijkebehandelingsbeleid. Een systeem waarbinnen voldoende ruimte wordt gelaten voor dit soort zaken biedt dan ook ontegenzeggelijk voordelen boven een systeem waarin dit soort zaken wordt tegengegaan (68). Zoals eerder aangegeven, maakt het daarbij niet direct verschil of met een open of met een gesloten opsomming wordt gewerkt – dit type zaken zal zich in beide systemen kunnen voordoen.

V. Tussenconclusie

In het voorgaande is uitgebreid ingegaan op een aantal praktische problemen en vragen die verband houden met de keuze tussen open en gesloten opsommingen van gronden. Daarbij blijkt dat de keuze niet voor alle onderwerpen evenveel verschil maakt. Gaat het bijvoorbeeld om het tegengaan van bagatelzaken (als dat al wenselijk zou zijn) of om de vraag of gebruik moet worden gemaakt van

.../...

mensenrecht is aangetast, kan een beroep worden gedaan op het discriminatieverbod (R. HOLTMAAT, *o.c.*, 23). Nadeel van deze benadering is dat het begrip “mensenrecht” erg diffuus en aan inflatie onderhevig is; daarover nader J. GERARDS, “Fundamental rights and other interests – should it really make a difference?”, in E. BREMS (red.), *Conflicts between Fundamental Rights*, Antwerpen, Intersentia, te verschijnen in 2008. De koppeling tussen ongelijke behandeling en mensenrechten kan tot gevolg hebben dat op ongerechtvaardigde wijze onderscheid wordt gemaakt tussen belangen die net wel als mensenrecht worden aangeduid (bv. het recht op een uitkering van sociale zekerheid) en belangen die (nog) niet als zodanig zijn erkend (bv. het recht op natuurbescherming). Bovendien zal veel discussie kunnen ontstaan over de vraag wanneer een mensenrecht is aangetast – in het geval van de gemengde dansparen kan heel wel worden betoogd dat inbreuk wordt veroorzaakt op het recht op individuele autonomie en het kunnen ontwikkelen en uitdragen van de eigen identiteit. (68) Een andere vraag is of in dit soort gevallen daadwerkelijk moet worden gesproken van “discriminatie”, of dat hiervoor eerder het neutralere begrip “ongelijke behandeling” of “onderscheid” moet worden gehanteerd. Voor dit laatste valt iets te zeggen vanuit de gedachte dat termen en concepten ook een zekere symboolwaarde of emotionele waarde kunnen hebben en dat geen te zware termen gebruikt mogen worden voor gevallen die zich daarvoor niet lenen; in dat opzicht kan wel met HOLTMAAT (zie hiervoor) worden ingestemd; zie ook reeds H. VAN MAARSEVEEN, *Discriminatie. Opmerkingen inzake juridische theorie en praktijk in Nederland*, Alphen a/d Rijn, Tjeenk Willink, 1990, 7. Aan het in de hoofdttekst genoemde, materiële punt doet deze discussie over begrippen en concepten echter niet af.

een concept van indirect onderscheid, dan is daarvoor – anders dan vaak wordt verondersteld – de keuze voor een gesloten of een open opsomming nauwelijks relevant. Dit is anders waar het gaat om de mate van bescherming die wordt geboden in een systeem van gelijkebehandelingswetgeving. Volledig open opsommingen zijn in dit verband uiterst flexibel. De mate van bescherming wordt daarbij bepaald door de rechter, die daarbij af kan gaan op alle relevante omstandigheden van het geval. Dit betekent dat hij terdege rekening kan (en moet) houden met nuanceverschillen tussen gronden van onderscheid, die soms op zaakniveau verschillend kunnen zijn. Een gesloten opsomming is in dit verband veel dwingender en kenmerkt zich door een zekere mate van rigiditeit. De selectie van gronden moet voorafgaan aan het opzetten van een systeem van uitzonderingsgronden; daarbij geldt dat de aard en omvang van de rechtsbescherming sterk afhankelijk is van de politieke keuzen die rondom bepaalde gronden worden gemaakt. Binnen een gesloten systeem is het moeilijk om concreet rekening te houden met het sterk verscheiden karakter van sommige gronden. Ook kan de keuze van gronden en de daarmee verbonden rechtsbescherming niet altijd even gemakkelijk op rationele gronden worden beargumenteerd. Zoals het Grondwettelijk Hof ten aanzien van de vorige Belgische Antidiscriminatiewet al opmerkte, kan een opsomming daardoor gemakkelijk in zichzelf discriminatoir zijn. Op zichzelf is dit soort bezwaren via goede wetgevingstechnieken en tussentijdse verbeteringen te voorkomen. Duidelijk is echter ook dat de flexibiliteit waarmee een rechter de mate en omvang van de rechtsbescherming kan afstemmen op de aard van de voorgelegde grond, in een open systeem veel groter is dan in een gesloten systeem. Behalve met de hiervoor genoemde argumenten van rechtszekerheid, symboolwerking en legitimiteit, moet met dit element van flexibiliteit terdege rekening worden gehouden wanneer een wettelijk systeem van gelijkebehandelingswetgeving wordt opgezet of beoordeeld.

§ 4. MEERVOUDIG ONDERSCHIED, INTERSECTIONALITEIT EN (A)SYMMETRIE

I. Meervoudig onderscheid en intersectionaliteit

Bij de keuze voor een open of een gesloten opsomming zijn niet alleen de hiervoor genoemde constitutionele en praktische factoren relevant. Rekening moet ook worden gehouden met het vaak genegeerde vraagstuk van “meervoudig onderscheid”. Het gaat daarbij, grof gezegd, om de situatie dat in één individueel geval onderscheid wordt gemaakt op verschillende gronden. Voorbeelden van dit soort onderscheid zijn de discriminerende bejegening van een oudere homoseksueel, of van de weigering voor een functie van een vrouw van Marokkaanse afkomst. Dit vraagstuk heeft in Europa lange tijd weinig aandacht gekregen, in tegenstelling tot de Verenigde Staten, waar al sinds de jaren 80 wordt nagedacht over de verhouding tussen gronden en de overlappingen tussen gronden.

den als geslacht en ras (69). De verwaarlozing van de problematiek in Europa zou veroorzaakt kunnen zijn door het gegeven dat in het Europese recht (waarop veel lidstaten zich hebben georiënteerd bij het vaststellen van gelijkebehandelingswetgeving) de aandacht aanvankelijk volledig was geconcentreerd op gronden als geslacht en nationaliteit. Ook was het perspectief primair economisch van aard, terwijl de problematiek van meervoudig onderscheid vooral zichtbaar wordt als vanuit een meer grondrechtelijke en op individuele ontplooiing gerichte benadering naar ongelijke behandeling wordt gekeken. Nu de belangstelling voor het fundamentele karakter van gelijkebehandelvraagstukken in de afgelopen tien jaar is toegenomen en het aantal verboden gronden van onderscheid sterk is uitgebreid, is de problematiek van intersectionaliteit ook in Europa actueler geworden (70). Het onderwerp is echter pas ten volle onder de aandacht gekomen toen de richtlijnen er al waren en is in de richtlijnen zelf nauwelijks onderkend (71). Dit maakt het vinden van juridische oplossingen die passen in de gesloten systematiek van de richtlijnen er niet eenvoudiger op.

Om de problemen bij intersectionaliteit en meervoudig onderscheid te kunnen begrijpen, is het nodig om deze begrippen beter te duiden. Binnen de ruime categorie van meervoudig onderscheid kunnen in wezen twee subcategorieën worden onderscheiden (72). Allereerst kan zich in de praktijk de situatie voordoen

(69) Vgl. E. HOLZLEITHNER, *l.c.*, 930 en T. MAKKONEN, *o.c.*, 1, die aangeeft dat het debat over intersectionaliteit en meervoudig onderscheid in de VS in de jaren 80 is opgekomen, maar in Europa nog steeds maar beperkt (en vooral in de academische wereld) wordt gevoerd.

(70) In mei 2007 vond in Oldenburg een meerdaagse conferentie plaats over multidimensionaliteit (Carl von Ossietzky Universität Oldenburg, *First European Conference on Multidimensional Equality Law – Developing Interdisciplinary Perspectives*, 11-12 mei 2007), waar een groot aantal gelijkebehandelingsdeskundigen zich boog over de problematiek van intersectionaliteit en meervoudig onderscheid. Zie voor de (nog te publiceren) papers en abstracts www.uni-oldenburg.de/fk2/InstRW/euowr/en/21796.html.

(71) Hoewel in de preambule van de Kaderrichtlijn (Rl. 2000/78/EG, *PB. L.* 2000, 303/16) wel melding wordt gemaakt van de problematiek (punt 3), is er geen juridische oplossing voorzien in de richtlijn zelf. Nu de meeste lidstaten de richtlijn simpelweg hebben getransponeerd naar nationaal recht, ontbreekt ook in de meeste nationale wetgeving een expliciete bepaling. Zie TACKLING MULTIPLE DISCRIMINATION, *o.c.*, p. 20. Een uitzondering is Duitsland, waar in de zeer recent tot stand gekomen *Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz* een bepaling is opgenomen waaruit blijkt dat bij meervoudig onderscheid steeds die uitzonderingsbepaling moet worden toegepast die de meeste bescherming biedt (AGG, 2006, BGBl. Teil 1 17.8.2006, S. 1897, § 4).

(72) Feitelijk zijn nog veel meer onderscheidingen en definities denkbaar (vgl. daarvoor T. MAKKONEN, *o.c.*, 10). Binnen de hier onderscheiden variant van “cumulatief onderscheid” worden dan nog twee deelvormen onderscheiden: “multiple discrimination” en “compound discrimination” (zie nader T. MAKKONEN, *o.c.*, 10 e.v. en TACKLING MULTIPLE DISCRIMINATION, *o.c.*, 16/17). Het is inderdaad zuiverder om met de driedeling te werken, maar voor het doel van deze bijdrage is de tweedeling in cumulatief en intersectioneel onderscheid voldoende.

van een samenloop van gronden. Een bekend voorbeeld is dat van een politiedienst die bij de rekrutering eisen stelt aan de minimumlengte en kracht van sollicitanten en die bovendien gebruik maakt van een schriftelijke test die zo is samengesteld dat daardoor mensen van andere nationale of etnische afkomst worden benadeeld (73). In een dergelijk geval is sprake van “cumulatief onderscheid”, nu het resultaat van de selectieprocedure is dat zowel (indirect) onderscheid wordt gemaakt op basis van etniciteit als op basis van geslacht (74). Deze vorm van ongelijke behandeling wordt dus veroorzaakt door verschillende eisen, die ieder op hun eigen merites kunnen worden beoordeeld (75).

Een tweede, meer gecompliceerde, vorm van meervoudig onderscheid doet zich voor wanneer een ongelijke behandeling is gebaseerd op een unieke combinatie van factoren. In het eerdergenoemde voorbeeld van de weigering voor een functie van een vrouw van Marokkaanse afkomst, zal deze vrouw misschien niet zozeer zijn geweigerd omdat zij een vrouw is, of omdat zij een persoon is van Marokkaanse afkomst, maar vooral omdat zij een *vrouw van Marokkaanse afkomst* is (76). Vooroordelen en stigma's bewegen zich niet langs de klassieke scheidslijnen van de verschillende gronden van onderscheid en negatieve beelden kunnen bestaan ten aanzien van bijzondere groepen die verschillende kenmerken in zich bergen. Bekend is bijvoorbeeld het bestaan van bijzondere vooroordelen ten aanzien van vrouwen en homoseksuelen met een andere etnische afkomst (77). In dit soort gevallen zijn het niet zozeer de afzonderlijke persoonskenmerken die discriminatie opleveren, maar is het juist de unieke combinatie daarvan (78). Deze vorm van discriminatie staat bekend als “intersectione-

(73) Zie E. SHOBEN, “Compound Discrimination: The Interaction of Race and Sex in Employment Discrimination”, *New York University Law Review* 1980, 793, 794/5.

(74) S. HANNETT, “Equality at the Intersections: The Legislative and Judicial Failure to Tackle Multiple Discrimination”, *Oxford Journal of Legal Studies* 2003, 68, 68.

(75) T. MAKKONEN, *o.c.*, 10.

(76) Vgl. E. SHOBEN, *l.c.*, 796.

(77) In de Verenigde Staten, waar het concept van intersectionaliteit al langer wordt onderzocht, is vooral ook gewezen op de bijzondere moeilijkheden die zwarte vrouwen in de lagere sociale klassen ondervinden (bv. K. CRENSHAW, “Mapping the Margins: Intersectionality, Identity Politics, and Violence Against Women of Color”, *Stanford Law Review* 1991, 1241, 1245 e.v.); ook in Europa blijkt vooral deze intersectie veel voor te komen (TACKLING MULTIPLE DISCRIMINATION, *o.c.*, 36). Opmerkelijk is dat andere intersecties veel minder goed zijn onderzocht en ook minder gemakkelijk worden aangewezen; in het rapport *Tackling Multiple Discrimination* wordt verder alleen gewezen op transseksualiteit en wordt gewezen op het feit dat NGO's (die vaak een zekere bias hebben ten aanzien van de groep waar zij voor staan) vooral wijzen op intersecties die met hun “eigen” grond zijn gelieerd – regenboogorganisaties wijzen bv. op homoseksuele moslims en oudere homoseksuelen (p. 37). Zeker als het gaat om het formuleren van sociaal beleid kan het wel belangrijk zijn om nadere gegevens te verzamelen op dit terrein (vgl. T. MAKKONEN, *o.c.*, 57/58).

(78) Vgl. *Gender and Racial Discrimination*, Report of the Expert Group Meeting, Zagreb, 21-24 november 2000, www.un.org/womenwatch/daw/csw/genrac/report.htm.

le discriminatie”, nu het gaat om discriminatie die zich voordoet op het snijvlak tussen verschillende gronden (79).

In de praktijk doen zich ten aanzien van beide facetten van meervoudig onderscheid problemen voor. Deze problemen zijn het grootst waar de materiële reikwijdte van wetgeving en de uitzonderingsmogelijkheden verschillen naargelang de grond van onderscheid. Dit is duidelijk het geval bij de Europese gelijkebehandelingsrichtlijnen, waarbij de reikwijdte van het verbod van rassendiscriminatie anders is dan die van het verbod van ongerechtvaardigd onderscheid naar geslacht en waarbij het verbod van ongerechtvaardigd onderscheid naar handicap of godsdienst weer een iets andere reikwijdte heeft (80). Bij meervoudig onderscheid kan dit betekenen dat sommige elementen wel door wetgeving worden gedekt, terwijl andere er net buiten vallen (81). Gelukkig doet dit probleem zich in de Belgische antidiscriminatiewetten in mindere mate voor, nu het geldingsbereik daarin voor alle gronden gelijk is getrokken (82). Wel bestaat dan nog een ander probleem, namelijk dat van een verschil in rechtvaardigingsmogelijkheden. Bij een onderscheid gebaseerd op leeftijd of godsdienst gelden heel andere uitzonderingsgronden dan bij een onderscheid gebaseerd op ras of geslacht (83). Op zichzelf kan daarmee goed recht worden gedaan aan de typische verschillen tussen deze gronden, maar de strikte indeling gaat voorbij aan

(79) S. FREDMAN, “Double Trouble: Multiple Discrimination and EU Law”, *European Anti-Discrimination Law Review* 2005, 13.

(80) Binnen het kader van de totstandkoming van de Europese richtlijnen werd verondersteld dat het met dit probleem wel mee zou vallen en dat het zelfs zou worden verminderd door het Europese raamwerk. Volgens het Groenboek over gelijkheid en non-discriminatie vormde de introductie van art. 13 EG een basis voor gemeenschappelijke benadering van de verschillende gronden en een uniforme definitie van discriminatie, waarmee al een hele stap vooruit was gezet (COM(04)379 def). Dit moge zo zijn, de verschillen tussen de gronden zijn nog steeds zichtbaar en kunnen lastig zijn in situaties waar sprake is van intersectionaliteit; zie T. MAKKONEN, *o.c.*, 50.

(81) Dit doet zich bv. voor bij onderscheid op het snijvlak van ras en leeftijd bij de toekenning van een sociaal voordeel – het aspect van onderscheid naar ras valt dan wel onder de Rassendiscriminatie-richtlijn, maar het aspect van leeftijd valt niet onder de reikwijdte van de Kaderrichtlijn Arbeid. Betekent dit dan dat het aspect van leeftijd niet kan worden meegewogen bij de beoordeling van het onderscheid naar ras, zelfs als de combinatie van ras en leeftijd als zodanig invloed zou kunnen hebben op de mogelijkheden tot rechtvaardiging? Dit probleem wordt overigens nog versterkt wanneer, zoals lange tijd het geval is geweest in het Verenigd Koninkrijk en nog steeds het geval is in Zweden, specifieke semirechterlijke organen zijn ingesteld om zaken te behandelen over één bepaalde grond – zie daarover nader G. MOON, “Enforcement Bodies”, in M. BELL, D. SCHIEK en L. WADDINGTON (red.), *o.c.*, 875 e.v.

(82) Opvallend is wel dat in België is gekozen voor afzonderlijke wetgeving voor de gronden ras en geslacht, waarmee lijkt te worden benadrukt dat dit echt andere gronden zijn en dat deze een andere (mate van) bescherming behoeven. Dit komt echter vooral tot uitdrukking in verschil in uitzonderingsgronden, niet zozeer in verschil in toepassingsbereik.

(83) Grotendeels zijn deze verschillen voorgeschreven door de Europese richtlijnen, die op dit punt soortgelijke problemen vertonen.

het gegeven van intersectioneel onderscheid – daarbij kan het juist erg kunstmatig zijn om de verschillende betrokken persoonskenmerken uit elkaar te trekken en aan te nemen dat het onderscheid *primair* is gebaseerd op één bepaalde grond (84). Een dergelijke werkwijze gaat voorbij aan de werkelijke inhoud van een voorgelegde klacht en aan de complexe sociale stereotypingen en vooroordelen die schuilgaan achter de ongelijke behandeling (85). Net als bagatelzaken kunnen zaken over intersectionaliteit een indicatie geven van maatschappelijke vragen en problemen die op zeker moment worden waargenomen. Beleidsmakers en andere publieke figuren zullen op dit soort signalen adequaat moeten reageren met nieuwe vormen van regelgeving en beleid, gericht op het bestrijden van tot dan toe onopgemerkt gebleven vormen van sociale uitsluiting (86). Blijft een vorm van maatschappelijke achterstelling onzichtbaar omdat het systeem daartoe dwingt, dan is een dergelijke effectieve reactie al bijna a priori onmogelijk.

Het probleem van intersectionaliteit speelt ook bij een ander aspect van veel zaken over ongelijke behandeling. Volgens de Europese richtlijnen is vereist dat een slachtoffer van discriminatie aantoonbaar is dat hij of zij ongunstiger is behandeld “dan een ander in een vergelijkbare situatie wordt, is of zou worden behandeld op basis van een van de in artikel 1 genoemde gronden” (87). Deze formulering

(84) Interessant in dit opzicht is de Belgische discussie over het opnemen van de grond “behoren tot een nationale minderheid”. Volgens de parlementaire geschiedenis is deze grond niet opgenomen, nu het niet gaat om een apart criterium, maar eerder om een samengesteld iets – in sommige gevallen rechtvaardigt vooral een taalkundig aspect de kwalificatie als nationale minderheid (inwoners van de Duitstalige Gemeenschap in België), in andere gevallen gaat het om een etnisch aspect (Roma) en in een laatste geval gaat het om een religieus element (joden). Opnemen van de grond als een volwaardige juridische categorie zou volgens de Belgische regering leiden tot een “juridisch onbevredigend vergelijk” (*Parl. St. Kamer* 2006-07, nr. 51-2722/1, 19). Tegelijkertijd heeft het niet-opnemen van deze grond een aantal belangrijke consequenties. Allereerst kan het zo zijn dat sommige nationale minderheden nu vallen onder een ander beschermingsregime dan andere minderheden: voor groepen die zich primair kenmerken door godsdienst gelden andere uitzonderingsclausules dan voor groepen die zich primair onderscheiden door taal. De vraag is of dit volledig redelijk is, nu de groepen als nationale minderheden ook maatschappelijke overeenkomsten vertonen (bv. in de aard van de achterstelling en discriminatie die zij ervaren). Daarnaast dwingt deze keuze van de regering de leden van deze groepen tot een definitie waarbij één onderscheidend kenmerk doorslaggevend is, terwijl dit niet geheel en al recht doet aan het bijzondere karakter van deze groepen.

(85) Vgl. *mutatis mutandis* T. MAKKONEN, *o.c.*, 36 en zie TACKLING MULTIPLE DISCRIMINATION, *o.c.*, 21, waaruit blijkt dat dat rechters of leden van semi-rechterlijke instanties de specifieke aspecten van intersectioneel onderscheid inderdaad gemakkelijk over het hoofd zien.

(86) Uiteindelijk is het tegengaan van vormen van uitsluiting een belangrijk doel van gelijkebehandelingswetgeving, ook al is dat niet altijd goed zichtbaar door de sterke gerichtheid op individuele rechtsbescherming en bestrijding van “harde” vormen van discriminatie.

(87) Art. 2 tweede lid onder a van RI. 2000/78/EG van de Raad van 27 november 2000 tot instelling van een algemeen kader voor gelijke behandeling in arbeid en beroep, *PB. L.* 2000, 303/16.

is ook terug te vinden in de Belgische non-discriminatiewetten. Lastig bij deze definitie is dat deze vergt dat een slachtoffer van discriminatie steeds een vergelijkingspersoon vindt die een gunstigere behandeling heeft ontvangen, juist omdat hij of zij niet beschikt over de in de richtlijnen of wetgeving genoemde persoonskenmerken. Weliswaar is aangenomen dat een dergelijke vergelijkingspersoon ook hypothetisch kan zijn, maar ook dan zal het bij intersectioneel of ander meervoudig onderscheid niet gemakkelijk zijn om de juiste vergelijkingspersoon te vinden. Als een Marokkaanse moslima klaagt over het feit dat zij niet in aanmerking is gebracht voor een promotie, met wie moet zij dan worden vergeleken? Met een Marokkaanse, islamitische man? Of juist met een Belgische, christelijke vrouw? Of misschien met een Indonesische, islamitische vrouw (88)? Dit kan lastige discussies opleveren, die voorkomen kunnen worden door geen gebruik te maken van de constructie van een vergelijkingspersoon (89) of door te werken met een open opsomming van gronden (90). Bij een open opsomming is het immers niet noodzakelijk om het onderscheid terug te voeren op één of twee specifiek in de wettekst genoemde gronden, maar kan iedere ongelijke behandeling op zijn eigen merites worden beoordeeld, inclusief de stereotypingen en vooroordelen die erachter schuilgaan.

II. Symmetrische en asymmetrische formuleringen

Nauw verband met intersectionaliteit houdt een andere discussie die speelt bij gesloten opsommingen van gronden, namelijk de discussie over symmetrische en asymmetrische formuleringen (91). Bij een symmetrische formulering wordt een neutraal geformuleerd persoonskenmerk gekozen als verboden grond van onderscheid – ontoelaatbaar is bijvoorbeeld ieder onderscheid op grond van ras,

(88) Vgl. ook S. HANNETT, *l.c.*, 73, waar zij erop wijst dat het vereiste van een vergelijkingsgroep vooral ook bij indirect onderscheid tot problemen kan leiden. Het kan bv. zijn dat moslima's in het algemeen disproportioneel nadeel ondervinden van een bepaald beleid. Als dan alleen wordt vergeleken met de positie van mannelijke moslims, of met vrouwelijke niet-moslims, kan blijken dat geen statistisch nadeel aantoonbaar is. Wat dan wel de juiste vergelijkingsgroep is, is niet altijd gemakkelijk te achterhalen. Bovendien geldt dat, als dit wel mogelijk is, er meestal onvoldoende statistisch materiaal beschikbaar is om op representatieve wijze het aandeel van de benadeelde groep in een grotere groep aan te tonen (S. FREDMAN, "Double Trouble: Multiple Discrimination and EU Law", *l.c.*, 14).

(89) Dat dit heel wel mogelijk is blijkt uit de rechtspraak over discriminatie wegens zwangerschap, waar vrijwel nooit voor een vergelijkingspersoon wordt gekozen; zie nader M. BELL, "Direct Discrimination", in M. BELL, D. SCHIEK en L. WADDINGTON (red.), *o.c.*, 215 e.v.

(90) Zie nader J. GERARDS, "Grounds of discrimination", in M. BELL, D. SCHIEK en L. WADDINGTON (red.), *o.c.*, 177 en S. FREDMAN, "Double Trouble: Multiple Discrimination and EU Law", *l.c.*, 17.

(91) Dit is de meest gebruikelijke formulering; vgl. bv. T. LOENEN, "Indirect Discrimination: Oscillating Between Containment and Revolution", in T. LOENEN en P. RODRIGUES, *o.c.*, 205 en 206.

geslacht of handicap (92). Het hebben van een bepaald persoonskenmerk wordt daarbij dus gezien als een onacceptabele grond voor het nemen van beslissingen (93). Bij een asymmetrische formulering wordt primair onderscheid jegens een bepaalde groep verboden gesteld. Discriminatiebestrijding richt zich specifiek op ongelijke behandeling van vrouwen, mensen met een andere etnische afkomst of mensen met een handicap. De achterliggende gedachte hierbij is dat bepaalde groepen in de samenleving een dominante positie bekleden en daardoor nauwelijks slachtoffer worden van uitsluiting of achterstelling (94). Nadelige vormen van stigmatisering, stereotypering en vooroordelen raken deze groepen veel minder. De dominante groepen behoeven dan ook geen specifieke bescherming tegen ongelijke behandeling, terwijl de niet-dominante groepen juist extra bescherming nodig hebben (95). Vanuit dit perspectief kan worden gepleit voor een andere definitie van de gronden in gesloten opsommingen (“vrouw-zijn” in plaats van het neutrale “geslacht”) of voor een asymmetrische lezing van gronden die voor verschillende uitleg vatbaar zijn (verbod van onderscheid naar “handicap” betekent dat alleen gehandicapten door de bepaling worden beschermd) (96). Het asymmetrische perspectief is echter niet breed geaccepteerd en heeft in de Europese opsommingen van gronden voorsnog geen plaats gekregen (97). Tot op zekere hoogte is dit terecht, omdat juist asymmetrische opsommingen problemen kunnen veroorzaken in de sfeer van intersectionaliteit (98). Dit probleem wordt helder verwoord door HOLZLEITHNER, die het volgende voorbeeld geeft:

(92) Vgl. D. SCHIEK, “A New Framework on Equal Treatment of Persons in EC Law?”, *l.c.*, 304.

(93) Uitgebreid hierover W. WILLIAMS, “Notes From a First Generation”, *University of Chicago Legal Forum* 1989, 107/108.

(94) Uitgangspunt is dat er duidelijke patronen van discriminatie zichtbaar zijn, waarmee een bepaalde behandeling wel of juist niet congruent is; H. VAN MAARSEVEEN, *o.c.*, 28.

(95) Vgl. bv. R. HOLTMAAT, “Stop de inflatie van het discriminatiebegrip!”, *l.c.*, 1272. Zie ook D. SCHIEK, “A New Framework on Equal Treatment of Persons in EC Law?”, *l.c.*, 304, die aangeeft dat het moeilijk is om zo’n asymmetrische benadering te combineren met het vermijden van “forced group membership”.

(96) Voorbeelden van een dergelijke benadering zijn te vinden in internationale verdragen die zich in het bijzonder richten op de bescherming van de positie van bijzondere groepen; vooral het Verdrag inzake de uitbanning van alle vormen van discriminatie van vrouwen (beter bekend als het Vrouwenverdrag of het CEDAW) bevat bepalingen die uitsluitend gericht zijn op vrouwen (zie art. 1 van dit verdrag). Zie nader hierover R. HOLTMAAT en Ch. TOBLER, “CEDAW and the European Union’s Policy in the Field of Combating Gender Discrimination”, *Maastricht Journal of European and Comparative Law* 2005, p. 403.

(97) Nader D. SCHIEK, “A New Framework on Equal Treatment of Persons in EC Law?”, *l.c.*, 308 en 313.

(98) Daarnaast zijn er nog andere problemen. MINOW heeft bv. gewezen op de vraag hoe maatschappelijke patronen van discriminatie moeten worden vastgesteld en wat daarbij de referentiekaders moeten zijn: gaat het daadwerkelijk om de maatschappij of cultuur als geheel, of kunnen ook discriminatiepatronen in een bepaalde bedrijfstak of regio bepalend

.../...

“So let us imagine a case: a white heterosexual Christian woman, unmarried, with no children, competes with a man of Turkish descent who has been naturalized, who is Muslim, married, and has two children. We could further complicate the situation by rendering her a lesbian. Who is worse off?” (99)

Asymmetrische gelijkebehandelingsclausules gaan uit van de vooronderstelling dat er duidelijke dominante en niet-dominante groepen in de samenleving zijn te onderscheiden (100). Ook lijkt er de impliciete aanname achter schuil te gaan dat deze groepen daadwerkelijk naast elkaar staan en er geen of nauwelijks overlap optreedt (101). Het voorbeeld van HOLZLEITHNER maakt echter duidelijk dat de werkelijkheid veel gecompliceerder is. Individuen kunnen gelijktijdig lid zijn van verschillende dominante of juist niet-dominante groepen, waarbij het bijzonder lastig is om vast te stellen of één van deze lidmaatschappen bepalend of doorslaggevend is of zou mogen zijn voor het nemen van beslissingen (102). Dit betekent ook dat de categorieën van groepen waarop asymmetrische definities betrekking hebben niet homogeen zullen zijn. De groep “vrouwen” kan mensen omvatten die inderdaad regelmatig slachtoffer zijn van maatschappelijke vooroordelen of stigma’s, maar ook mensen die daarvan juist niet het slachtoffer worden omdat zij ook nog over andere kenmerken beschikken (103).

.../...

zijn? (M. MINOW, *Making All the Difference. Inclusion, Exclusion and American Law*, Ithaca/Londen, Cornell University Press, 1990, 22, voetnoot 5). Tegelijkertijd is duidelijk dat een symmetrische aanpak nadelen kan hebben – HOLTMAAT en TOBLER wijzen er bv. op dat het winnen van zaken door mannen soms tot resultaat kan hebben dat een relatief “vrouwvriendelijk” beleid terzijde moet worden gesteld (*l.c.*, 411). Als het gaat om het bereiken van gelijkheid van kansen voor traditioneel achtergestelde groepen, is dit inderdaad niet wenselijk. De kunst is dan ook om binnen een symmetrisch model wel voldoende rekening te houden met het groepsgerelateerde aspect van ongelijke behandeling.

(99) E. HOLZLEITHNER, *l.c.*, 955. Deze stelling past goed in een nieuwe visie op gelijkebehandelingsrecht, dat niet meer zozeer wil focussen op de gelijkheid van vrouwen, maar rekening wil houden met verschillen tussen vrouwen (de “diversity approach”). Zie voor een bondig overzicht van deze ontwikkeling en de nieuwe diversiteitsbenadering, met talrijke literatuurverwijzingen, D. SCHIEK, “Broadening the Scope and the Norms of EU Gender Equality Law: Towards a Multidimensional Concept of Equality Law”, *l.c.*, 439/440.

(100) Vgl. ook R. HOLTMAAT, “Stop de inflatie van het gelijkheidsbeginsel!”, *l.c.*, 1274, die stelt dat gedegen sociologisch onderzoek kan aantonen hoe de scheidslijnen tussen de *ingroup* en de *outgroup* lopen. Overigens geeft zij ook aan dat deze lijnen tegenwoordig niet meer per se langs de klassieke scheidslijnen tussen de gronden lopen. Dit maakt het niet eenvoudiger om hierop heldere wetgeving te baseren.

(101) Vgl. S. FREDMAN, *o.c.*, 74.

(102) Uitgebreid hierover ook T. MAKONEN, *o.c.*, 20-22.

(103) Dit geldt al helemaal voor de grond “leeftijd”, die als zodanig een niet-homogene groep omvat: bij “leeftijd” valt bijzonder lastig vast te stellen of er een dominante groep bestaat die een niet-dominante groep voordelen ontzegt, niet alleen vanwege het feit dat “leeftijd” voor eenieder een veranderlijk kenmerk is, maar ook omdat er voorbeelden zijn te geven van zowel achterstelling van jongeren als van ouderen.

Gelet op deze complexiteit en heterogeniteit van ongelijke behandeling, is het moeilijk een dekkend systeem te vinden van verboden gronden van onderscheid (104). Ook zal de afstemming van de wettelijke uitzonderingen in een gesloten systeem lang niet altijd mooi aansluiten op complexe vormen van onderscheid (105). De voordelen van een open systeem worden daarbij meteen duidelijk. Net als bij intersectionaliteit geldt dat een dergelijk systeem flexibel genoeg is om met de grote variëteit aan vormen van onderscheid rekening te houden. Het staat de rechter daarbij vrij om op basis van een samenstel van intensiteitbepalende factoren aan te geven hoe hoog de eisen zullen zijn die hij aan de rechtvaardiging van de ongelijke behandeling wil stellen (106). Dit is in een gesloten systeem niet of in ieder geval in veel mindere mate mogelijk, of de gronden daarin nu symmetrisch of asymmetrisch zijn geformuleerd.

III. Tussenconclusie

Gesloten opsommingen kunnen belangrijke nadelen hebben, ondanks hun belangrijke voordelen vanuit het perspectief van voorspelbaarheid, rechtszekerheid en democratische legitimatie. Dit speelt in het bijzonder wanneer een gesloten opsomming wordt gekoppeld aan een gesloten systeem van uitzonderingen, of wanneer de materiële reikwijdte van de rechtsbescherming verschilt naargelang de gronden van onderscheid. De wettelijke regeling kan dan belemmerend werken bij meervoudig onderscheid. De spanning tussen het gelijkebehandelingsrecht als methode om maatschappelijke groepen bescherming te bieden en dominante patronen van discriminatie tegen te gaan, en het gelijkebehandelingsrecht als methode om individuen te beschermen tegen achterstelling en groepsidentificatie, wordt hierbij evident. Een open opsomming biedt binnen dit spanningsveld minder problemen, nu de rechter daarbij meer rekening kan houden met de bijzondere omstandigheden van het geval en de wensen van de individuele rechtzoekende.

(104) Vgl. D. SCHIEK, "Broadening the Scope and the Norms of EU Gender Equality Law: Towards a Multidimensional Concept of Equality Law", *l.c.*, 440/441, die spreekt van een ongewenste "compartimentalisering" die optreedt door de opdeling van de bescherming tegen ongelijke behandeling op basis van de onderscheiden gronden van onderscheid.

(105) Ook daarover uitgebreid D. SCHIEK, "Broadening the Scope and the Norms of EU Gender Equality Law: Towards a Multidimensional Concept of Equality Law", *l.c.*, 442 e.v.

(106) Het kan wel degelijk nuttig zijn om onderbedeelde of niet-dominante groepen te onderscheiden en dit verschil enig invloed te laten hebben op de vraag of een ongelijke behandeling gerechtvaardigd is (daarover ook uitgebreid J. GERARDS, *o.c.*, 466 e.v. en 699 e.v.). Dit betekent echter nog niet dat de tweedeling in dominante en niet-dominante groepen volledig mag gaan overheersen, in de zin dat de ene groep volledige bescherming ontvangt en de andere groep helemaal niet, zoals het geval zou zijn bij een asymmetrische definitie van gronden in gelijkebehandelingswetgeving. Vgl. ook T. MAKKONEN, *o.c.*, 22/23.

§ 5. CONCLUSIE – ZIJN ER TUSSENOPLOSSINGEN?

Met het voorafgaande is beoogd een overzicht te bieden van de verschillende elementen die een rol kunnen spelen bij de keuze voor een gesloten of een open opsomming van gronden en is getracht aan te tonen dat de keuzeproblematiek veel omvattender is dan soms wordt verondersteld. De voordelen van een gesloten opsomming zijn groot als het gaat om aspecten als rechtszekerheid, symboolwerking en democratische legitimatie. Een gesloten opsomming is echter ook rigide en kan tot gevolg hebben dat onvoldoende recht wordt gedaan aan de complexe realiteit en diversiteit van ongelijke behandeling en discriminatie – daardoor kan een dergelijk systeem ook belemmerend werken bij het effectief beslechten van geschillen over meervoudig onderscheid. Bovendien stelt een gesloten opsomming, zeker in combinatie met een gesloten en nauw omschreven systeem van uitzonderingsgronden, hoge eisen aan de keuze voor de gronden van onderscheid en de daarvoor te geven rechtvaardiging. Het is des te moeilijker om daaraan te voldoen, nu deze gronden als zodanig en in zichzelf sterk verscheiden kunnen zijn. Bij een open opsomming van gronden is het gemakkelijker om recht te doen aan deze verscheidenheid. De rechter kan daarbij immers per geval bepalen hoe strikt de ongelijke behandeling en de daarvoor aangedragen rechtvaardiging moeten worden beoordeeld. Feit blijft echter dat het dan de (niet-democratisch gelegitimeerde) rechter is die waardeoordelen velt over de aanvaardbaarheid van bepaalde gronden van onderscheid. Ook kan het in een door rechterlijke rechtsvorming gedomineerd systeem lang duren voordat er duidelijkheid bestaat over de vraag hoe intensief de toetsing in bepaalde categorieën van gevallen zal zijn – of die duidelijkheid wordt gecreëerd, is afhankelijk van de bereidheid van individuen om hun klachten aan de rechter voor te leggen.

Beide typen opsommingen zijn dus verre van ideaal (107). De vraag is echter of het echt nodig is om een harde keuze te maken tussen een volledig gesloten opsomming (gecombineerd met een gesloten systeem van uitzonderingen), of een volledig open systeem dat wordt gedomineerd door rechterlijke toetsing. Mogelijke tussenoplossingen verdienen in dit verband aandacht.

In dit verband kan erop worden gewezen dat de nadelen van een gesloten opsomming van gronden vooral aanwezig zijn in stelsels waarin zo'n opsomming wordt gecombineerd met een gesloten stelsel van nauw omschreven uitzonderingsgronden, een verschil in materiële reikwijdte van de regelgeving en een verschil in aard en omvang van de rechtsbescherming (108). Een sterk sectoraal of gecompartmentaliseerd systeem levert vooral problemen op in kwesties van intersectioneel onderscheid, maar ook daarbuiten laat zo'n systeem slechts in beperkte mate ruimte om rekening te houden met de diversiteit die binnen som-

(107) Vgl. ook S. FREDMAN, *o.c.*, 68.

(108) Vgl. ook TACKLING MULTIPLE DISCRIMINATION, *o.c.*, 28.

mige gronden van onderscheid zichtbaar kan zijn. Dit probleem wordt in belangrijke mate verholpen door de reikwijdte van de wetgeving zo veel mogelijk gelijk te trekken en door te werken met een “halfopen” systeem van uitzonderingsbepalingen. Bij een dergelijk “halfopen” systeem wordt enerzijds een aantal duidelijk omschreven uitzonderingsgronden vermeld (zoals een uitzondering voor beroepsgebonden kwalificaties), maar wordt anderzijds een meer algemene mogelijkheid gelaten voor objectieve en redelijke rechtvaardiging. Het gaat hierbij dus om het type uitzonderingen dat in de Kaderrichtlijn Arbeid is gegeven ten aanzien van de grond leeftijd: daarbij geeft artikel 6 een aantal “voorbeelduitzonderingen”, maar de bepaling laat ook in algemene zin ruimte voor objectieve en redelijke rechtvaardigingen van onderscheid op grond van leeftijd. In wezen is daardoor sprake van een “open” uitzonderingsbepaling – iedere redelijke rechtvaardiging wordt immers toegelaten – maar tegelijkertijd doet de wetgever wel degelijk een aantal belangrijke handreikingen. De rechtszekerheid en duidelijkheid van de bepaling worden door de voorbeelduitzonderingen vergroot, net als de democratische legitimatie ervan. Om die reden valt zeker iets te zeggen voor een dergelijke constructie.

In het licht van het bovenstaande valt de in de Belgische discriminatiewetgeving gekozen benadering op zichzelf positief te waarderen. Hoewel er verschillende wetten bestaan voor verschillende gronden, is in deze wetgeving gekozen voor een goede afstemming, in de zin dat alle wetten een gelijke materiële reikwijdte hebben gekregen. Daarnaast zijn de mogelijkheden voor uitzonderingen in de Antidiscriminatiewet in een aantal gevallen open geformuleerd – bij veel gronden bestaat ruimte voor een objectieve en redelijke rechtvaardiging (109). De rigiditeit van een dergelijk systeem is relatief beperkt, nu de rechter ook buiten de omschreven uitzonderingsgronden een ongelijke behandeling kan accepteren. Dit gaat echter alleen op voor die gronden waarvoor in de Europese richtlijnen geen volledig gesloten systeem is geformuleerd – voor die gronden (zoals ras, geslacht en godsdienst) geldt dat ook de Belgische Antidiscriminatiewet een strak harnas van nauwkeurig geformuleerde uitzonderingsbepalingen bevat (110). Daarnaast geldt dat de wetgever beter gebruik had kunnen maken van de mogelijkheid tot het formuleren van “halfopen” uitzonderingen, naar model van

(109) Zie in het bijzonder art. 7 en 8 van de Antidiscriminatiewet 2007.

(110) Overigens kan hiervoor wel een (gedeeltelijke) oplossing worden gevonden in een ruime constructie van het concept van indirect onderscheid – daarbij geldt steeds een open beperkingsgrond (mogelijkheid van objectieve en redelijke rechtvaardiging). Op deze mogelijkheid is in de Belgische discussies over de Antidiscriminatiewet ook wel gewezen; zie *Parl. St. Kamer 2006-07*, nr. 51-2722/1, 19. Nadeel is echter dat deze benadering kan leiden tot gewrongen constructies en tot onduidelijkheid; het concept van indirect onderscheid blijkt nu al te behoren tot de minst begrepen concepten binnen de gelijkebehandelingswetgeving (vgl. M. HERTOOGH en P. ZOONTJENS (red.), *o.c.*, p. 278). Het lijkt beter om het gebruik van dit concept te beperken tot die situaties waarvoor het feitelijk is bedoeld, namelijk om zichtbaar te maken dat een situatie van maatschappelijke achterstelling van een bepaalde groep bestaat en het wenselijk is dat daar in meer algemene zin tegen wordt opgetreden.

de uitzonderingsbepaling bij onderscheid naar leeftijd. Op die manier had de wetgever beter tegemoet kunnen komen aan de hiervoor uiteengezette problemen.

Hoewel wetgeving met een flexibeler systeem van uitzonderingsgronden en een ruime reikwijdte tot op zekere hoogte een aantrekkelijke middenweg biedt, verschaft een dergelijk systeem nog geen volwaardige oplossing voor de problemen van intersectionaliteit. Mensen die een beroep willen doen op de gelijkebehandelingswetgeving worden immers nog steeds gedwongen om hun geval van ongelijke behandeling te kwalificeren als onderscheid op één van de in de wet uitdrukkelijk genoemde gronden (111). Om dit probleem op te lossen, lijkt momenteel maar één andere oplossing voorhanden. Deze is gelegen in het naast elkaar laten bestaan van twee complexen van gelijkebehandelingsregelgeving: een complex dat bestaat uit een open of “halfopen” systeem van uitzonderingsgronden, gecombineerd met een gesloten opsomming, en een complex bestaande uit een open systeem van uitzonderingen, gecombineerd met een open opsomming van gronden. In veel staten bestaat feitelijk al zo'n systeem, zonder dat veel mensen zich daarvan bewust zijn. De specifieke gelijkebehandelingswetgeving bestaat namelijk veelal naast de bescherming die wordt geboden door sterk open geformuleerde gelijkheids- of non-discriminatiebepalingen in een nationale Grondwet of in internationale verdragen zoals het EVRM of het IVBPR. Als aan dergelijke bepalingen (direct of indirect) werking wordt toegekend in rechtsverhoudingen tussen individuen en als voldoende toegang verleend wordt tot de rechter, kunnen zij fungeren als een terugvaloptie voor gevallen die buiten de reikwijdte van de specifieke gelijkebehandelingswetgeving vallen. Ook kan een beroep op dit soort bepalingen, mits voldoende flexibel toegepast, een uitkomst bieden voor mensen die niet geïdentificeerd willen worden als lid van een bepaalde groep, bijvoorbeeld omdat zij te maken hebben met een complexe vorm van intersectioneel onderscheid. In dit verband kan het voorbeeld van Nederland worden genoemd, waar individuele slachtoffers van ongelijke behandeling zelf kunnen kiezen of zij een beroep willen doen op de Algemene Wet Gelijke Behandeling of liever op de horizontale werking van de gelijkheidsbepalingen uit de Grondwet of het EVRM (112). Het verschil is hoog-

(111) Vgl. ook TACKLING MULTIPLE DISCRIMINATION, *o.c.*, 28.

(112) Ook in België bestaat een dergelijke mogelijkheid. Zie *Parl. St. Kamer* 2006-07, nr. 51-2722/1, 20 en vgl. D. DE PRINS et al., *o.c.*, 279, die wijzen op de indirecte horizontale werking van het grondwettelijk gelijkheidsbeginsel/discriminatieverbod en op het feit dat het toetsingskader in grote lijnen gelijk zal zijn aan dat in verticale rechtsverhoudingen. Dat een dergelijk gecombineerd systeem goede resultaten kan opleveren als het gaat om intersectionaliteit, blijkt uit het voorbeeld van Canada. Ook daar bevat de Grondwet een open opsomming, waaronder het goed mogelijk is om zaken over intersectionaliteit voor de rechter te behandelen. De specifiekere gelijkebehandelingsbepaling in de *Canadian Human Rights Act of 1985* bevatte een gesloten lijst met gronden, maar dit was door de terugvaloptie van de Grondwet iets minder erg. Overigens is in Canada voor een nog betere tussenoplossing
.../...

stens gelegen in het gegeven dat de AWGB een laagdrempelige klachtmogelijkheid creëert bij de Commissie Gelijke Behandeling, terwijl een beroep op Grondwet of EVRM alleen bij de civiele rechter kan worden gedaan. Zolang de civiele rechter zich bij zijn rechtstoepassing enigszins conformeert aan de voor het slachtoffer gunstige bewijsregelingen en andere procedurele maatregelen uit het gelijkebehandelingsrecht, is het daarvan ondervonden nadeel echter te overzien.

Deze beide mogelijkheden kunnen worden gecombineerd met regelmatige evaluaties van de gelijkebehandelingswetgeving, waarbij kan worden overwogen om nieuwe gronden en uitzonderingsgronden op te nemen als de maatschappelijke discussie daartoe aanleiding geeft. Daarnaast is er, zeker bij de primaire keuze voor een gesloten opsomming, steeds een noodzaak voor rechtstoepassers om de gronden van onderscheid zo te interpreteren dat daarmee een zo effectief mogelijke bescherming wordt geboden tegen ongelijke behandeling. Als verschillende gronden gelijktijdig van toepassing zijn, lijkt het te zijn aangewezen dat de rechter steeds kiest voor het hoogste beschermingsniveau. In dit opzicht is enig lef bij de nationale rechter vereist. De discussie over de vraag hoe invulling moet worden gegeven aan de gronden van onderscheid die ook zijn opgenomen in de Europese richtlijnen, zal immers uiteindelijk worden beslecht door het H.v.J. E.G. Hoewel er nog niet zoveel rechtspraak over dit onderwerp beschikbaar is, lijkt het erop dat dit Hof tot nu toe terughoudend is (113). Vanzelfsprekend kan hier als uitgangspunt gelden dat de lidstaten zelf meer bescherming mogen bieden, maar het is de vraag in hoeverre het Hof dit zal accepteren

.../...

gekozen, nu de gelijkebehandelingsbepaling in 1998 is aangevuld met een bepaling waaruit blijkt dat een discriminatie ook kan zijn gebaseerd op meerdere gronden of het effect kan zijn van een combinatie van verboden gronden. Nader hierover TACKLING MULTIPLE DISCRIMINATION, *o.c.*, 24.

(113) Op dit moment is moeilijk te voorspellen hoe het H.v.J. E.G. om zal gaan met uitspraken over de Kaderrichtlijn Arbeid. In de eerste uitspraak over ongelijke behandeling op grond van leeftijd toonde het H.v.J. E.G. zich bereid om het discriminatieverbod te beschouwen als een fundamenteel recht en beperkingen strikt te interpreteren; een dergelijke benadering zou ook leiden tot een vrij ruime uitleg van de verschillende gronden (zie *Mangold*, H.v.J. E.G. 22 november 2005, zaak C-144/04, *Jurispr.* 2005, I-9981). Twee recentere uitspraken wijzen echter op een meer terughoudende benadering. In de zaak *Chacón Navas* heeft het Hof het begrip "handicap" beperkt geïnterpreteerd door aan te geven dat deze grond niet ook ziekte omvat, en door een aantal cumulatieve voorwaarden te formuleren die relatief streng zijn (H.v.J. E.G. 11 juli 2006, zaak C-13/05, *Jurispr.* 2006, I-6467; nader hierover o.m. J. GERARDS, "Grounds of Discrimination", in M. BELL, D. SCHIEK en L. WADDINGTON (red.), *o.c.*, 136/137). In de zaak *Félix* leek het Hof in 2007 terug te komen op de benadering in *Mangold*, nu het lidstaten op het terrein van ongelijke behandeling naar leeftijd een zeer ruime beoordelingsvrijheid toekende (H.v.J. E.G. 16 oktober 2007, zaak C-411/05, *Félix de Palacios de la Villa*, *European Human Rights Cases* 2007/138). Het is af te wachten hoe het Hof zal omgaan met zaken over ongelijke behandeling op de meer "klassieke" discriminatiegronden zoals ras of godsdienst, maar het beschermingsniveau is tot nu toe niet bijzonder hoog gebleken.

als een dergelijke bescherming leidt tot aantasting van gemeenschapsvrijheden of andere communautaire beginselen. Op dit punt moet de rechtspraak van het H.v.J. E.G. worden afgewacht, maar in de procedures voor het Hof kan via interventies wellicht worden aangedrongen op een ruime uitleg. Een zo goed mogelijke bescherming tegen ongelijke behandeling, die voldoende ruimte biedt voor redelijke afwegingen met andere grondrechten en belangen, moet het uitgangspunt zijn.

Concluderend kan worden gesteld dat voor de effectieve bestrijding van ongelijke behandeling via een systeem van individuele rechtsbescherming bij voorkeur geen keuze wordt gemaakt tussen een open en een gesloten opsomming. Beter is het om een tweetal complexen naast elkaar te creëren – ideaal lijkt de situatie waarin een “halfopen” systeem van uitzonderingsgronden met een gesloten opsomming wordt gecombineerd met een volledig open systeem met een open opsomming. Het Belgische systeem komt in dit verband een eind in de goede richting, hoewel het misschien beter was geweest als de wetgever duidelijker was ingegaan tegen een aantal in de Europese richtlijnen gemaakte keuzen – een halfopen systeem van uitzonderingsgronden bij *alle* vormen van direct onderscheid was heilzaam geweest. Met de huidige constructie valt echter goed te werken, zeker als een ruime interpretatie wordt gegeven aan de nu in de non-discriminatiewetgeving opgenomen gronden.