



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Proportionaliteit en gelijke behandeling

Gerards, J.H.; Nieuwenhuis, A.; Schueler, B.J.; Zoethout, C.M.

Citation

Gerards, J. H. (2005). Proportionaliteit en gelijke behandeling. *Proportionaliteit In Het Publiekrecht*, 79-110. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/13087>

Version: Not Applicable (or Unknown)

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

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/13087>

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

PROPORTIONALITEIT EN GELIJKE BEHANDELING

J.H. Gerards

1 Inleiding

Tussen de bijdragen in dit deel van de bundel, die steeds betrekking hebben op de betekenis van het proportionaliteitsbeginsel op een bepaald terrein van het recht, lijkt het onderwerp 'proportionaliteit en gelijke behandeling' een wat vreemde eend. Inderdaad bestaat er een tendens om het 'gelijke behandelingsrecht' een eigen plaats toe te bedelen tussen materiële rechtsterreinen als het milieurecht, het bestuurlijk schadevergoedingsrecht en het strafrecht. Helemaal onterecht is dit ook niet, nu er steeds meer bijzondere wetgeving bestaat op het terrein van gelijke behandeling en het steeds meer gespecialiseerde kennis vergt om deze regels te kunnen begrijpen en toe te passen. Toch is gelijke behandeling een geval apart. Het gelijkheidsbeginsel is, net als het proportionaliteitsbeginsel, een algemeen rechtsbeginsel dat zich op alle terreinen van het recht doet gelden en daarvoor zelfs één van de grondslagen vormt. Alle wettelijke regels die de afgelopen 50 jaar op het gebied van gelijke behandeling tot stand zijn gebracht, vormen slechts een concretisering van dit beginsel voor bepaalde, vaak specifieke rechtsterreinen, zoals het arbeidsrecht of het strafrecht. Interessant is dan ook niet zozeer de vraag welke betekenis het proportionaliteitsbeginsel heeft voor het 'rechtsgebied' van de gelijke behandeling, maar de vraag hoe het gelijkheidsbeginsel en het proportionaliteitsbeginsel zich tot elkaar verhouden. Daarover blijkt weinig eenduidigheid te bestaan. De discussie over nadeelcompensatie is daarbij illustratief. De verplichting tot vergoeding van schade bij rechtmatig overheidsoptreden wordt meestal gebaseerd op het beginsel van de *égalité devant les charges publiques*, dat als een uitwerking van het gelijkheidsbeginsel wordt beschouwd. Als één individu als gevolg van het overheidsoptreden veel meer schade lijdt dan anderen die zich in een relevant vergelijkbare positie bevinden, is sprake van een (materieel) ongelijke behandeling die via een schadevergoeding kan worden opgeheven.¹ Er kan echter ook een redenering worden opgebouwd waarbij de

1. Zie bijv. HR 30 maart 2001, NJ 2003/615, m.nt. MS (Staat/Lavrijsen), waarin de Hoge Raad het volgende overwoog: 'Een van de verschijningsvormen van het gelijkheidsbeginsel is de regel dat de onevenredig nadelige – dat wil zeggen:

schadevergoedingsplicht niet zozeer wordt gebaseerd op het gelijkheidsbeginsel, als wel op het evenredigheidsbeginsel als zodanig. In deze redenering gaat het er vooral om dat een bepaald individu disproportioneel veel schade heeft geleden als gevolg van een overheidsoptreden en dat om die reden de overheid gehouden is tot vergoeding.² Dit laat zien hoe dicht de beide beginselen in de praktijk tegen elkaar aanliggen en hoe moeilijk ze van elkaar te scheiden zijn.³ Het is daarom waardevol om de onderlinge verhouding tussen beide beginselen en de praktische betekenis daarvan nader te bestuderen. Daarbij is het vooral interessant om te onderzoeken welke praktische consequenties het proportionaliteitsbeginsel heeft als het in de context van het gelijkheidsbeginsel wordt ingeroepen.

Met het oog op deze vragen zal hierna eerst een theoretische beschouwing worden gegeven over de onderlinge verhouding tussen proportionaliteit en gelijkheid (paragraaf 2). Op basis daarvan zal in paragraaf 3 worden onderzocht op welke manier in de praktijk wordt omgegaan met het proportionaliteitsbeginsel, voor zover dat in de context van het gelijkheidsbeginsel wordt toegepast. Daarbij zal bijzondere aandacht worden besteed aan de verschillende verschijningsvormen van het proportionaliteitsvereiste en aan de elementen die daarbij kunnen worden onderscheiden (proportionaliteit in strikte zin, noodzakelijkheid/subsidiariteit en geschiktheid). Ook zal aandacht worden besteed aan de betekenis van het gelijkheidsbeginsel/proportionaliteitsbeginsel voor de omvang van de rechterlijke beslissingsmacht (paragraaf 4). Uiteraard zal de bijdrage worden afgesloten met een kort, samenvattend overzicht van de bevindingen (paragraaf 5).

-
- buiten het maatschappelijke risico of het normale bedrijfsrisico vallende, en op een beperkte groep burgers of instellingen drukkende – gevolgen van een overheids-handeling of overheidsbesluit niet ten laste van die beperkte groep behoren te komen, maar gelijkelijk over de gemeenschap dienen te worden verdeeld.’ Zie verder M.K.G. Tjepkema, ‘Het referentiekader van het égalité-beginsel. Over de vergelijking met andere burgers in égalité-situaties’, *Overheid en Aansprakelijkheid* 2004, p. 15, waar hij aangeeft dat het égalité-beginsel kan worden beschouwd als een uitwerking van het materiële gelijkheidsbeginsel: een algemeen geldende regel levert formele gelijkheid op, maar als daarin onvoldoende rekening wordt gehouden met bijzondere omstandigheden kan dit een materiële ongelijkheid tot gevolg hebben.
2. Een illustratie van deze benadering is vinden in de conclusie van A-G Langemeijer bij HR 17 september 2004, JA 2004/14, m.nt. Van Boom, waar hij aangeeft dat het concept van schadevergoeding bij rechtmatig overheidshandelen zo is te construeren dat slechts hoeft te worden onderzocht of iemand als gevolg van overheidsoptreden een abnormale schade heeft geleden die buiten het normale maatschappelijke of bedrijfsrisico valt. Het comparatieve element is dan in belangrijke mate verdwenen: de ‘referentiegroep’ (d.w.z. de groep ten opzichte waarvan bepaald wordt of sprake is van onevenredige benadeling) is immers zo ruim geformuleerd (namelijk als ‘normale burgers’), dat van een relevante vergelijking nauwelijks nog sprake is. Vgl. ook Tjepkema, a.w. p. 20.
 3. Vgl. ook R.J.N. Schlössels, ‘Nadeelcompensatie en het égalité-beginsel: chaos of ius commune (I)’, *Gemeentestem* 2002, 7160, p. 157-158.

2 Theoretisch kader: de verhouding tussen proportionaliteit en gelijkheid

2.1 De Aristotelische formule en het proportionaliteitsbeginsel

De meest gangbare formulering van het gelijkheidsbeginsel is losjes gebaseerd op Aristoteles. Volgens deze formulering moeten gelijke gevallen gelijk worden behandeld en ongelijke gevallen ongelijk, naar mate van hun ongelijkheid. Uit deze formule blijkt niet onmiddellijk de betekenis van het proportionaliteitsvereiste. Om daarin inzicht te kunnen bieden, is het noodzakelijk om onderscheid te maken tussen descriptieve en prescriptieve gelijkheid. Descriptieve gelijkheid betreft de feitelijke gelijkheid van twee gevallen, personen of zaken: gevallen zijn descriptief gelijk als zij op relevante punten feitelijke overeenstemming vertonen.⁴ Om dit te kunnen vaststellen is het nodig om gebruik te maken van een vergelijkingsmaatstaf, een criterium dat kan worden gebruikt om te bepalen welke verschillen en overeenkomsten in het concrete geval relevant zijn.⁵ Als tussen kandidaten voor een managementfunctie gekozen moet worden, kunnen verschillen in leidinggevende capaciteiten en opleidingsniveau bijvoorbeeld uiterst relevant zijn, terwijl verschillen in muziekvoorkeur of haarkleur volstrekt niet ter zake doen. De keuze voor een vergelijkingsmaatstaf is dus in hoge mate bepalend voor de vraag of sprake is van descriptieve gelijkheid. Prescriptieve gelijkheid heeft vervolgens betrekking op de vraag hoe gevallen, personen of zaken moeten worden behandeld: gelijk of ongelijk. Anders dan de vraag wanneer gevallen gelijk *zijn*, is dit een normatieve vraag.⁶

Interessant is nu dat de hiervoor weergegeven 'Aristotelische formule' zowel een element van descriptieve gelijkheid omvat als een element van prescriptieve gelijkheid. Aan het feitelijk vaststelbare gegeven dat twee gevallen gelijk *zijn*, verbindt deze formule de normatieve conclusie dat zij gelijk behandeld *moeten worden*. Geredeneerd wordt daarbij dus van een 'is' naar een 'ought', of van een 'Sein' naar een 'Sollen'. Dit betekent dat een element van redelijkheid of rechtvaardigheid wordt geïmpliceerd: de formule gaat uit van de veronderstelling dat het *redelijk* of *gerechtvaardigd* is om gelijke gevallen op dezelfde manier en ongelijke gevallen verschillend te behandelen.⁷

4. Zie o.a. F.E. Oppenheim, 'Egalitarianism as a Descriptive Concept', 7 *American Philosophical Quarterly* (1970), p. 143-152, opgenomen in: L.P. Pojman and R. Westmoreland, *Equality. Selected Readings*, New York/Oxford: OUP 1997, op p. 55.

5. Vgl. bijv. P. Westen, *Speaking of Equality. An Analysis of the Rhetorical Force of 'Equality' in Moral and Legal Discourse*, Princeton: Princeton University Press 1990, p. 30.

6. Vgl. P. Westen, 'The Empty Idea of Equality', 95 *Harvard Law Review* (1985), p. 543 en, meer uitgewerkt, P. Westen, 'The Meaning of Equality in Law, Science, Math and Morals: A Reply', 81 *Michigan Law Review* (1983), p. 607 e.v.

7. Hierbij wreekt zich de korthed van de gebruikelijke weergave van de formule: Aristoteles zelf licht dit element van rechtvaardigheid en de verhouding tussen dit element en de noties van gelijkheid en proportionaliteit juist heel uitgebreid toe. Zie nader Aristoteles, *Ethica Nicomachea*, boek V en *Politeia* boek III.

In dit verband is van belang dat onderscheid kan worden gemaakt tussen *formele* en *materiële* rechtvaardigheid. De stelling 'gelijke gevallen moeten gelijk worden behandeld, ongelijke gevallen ongelijk' kan daarbij op twee verschillende manieren worden gelezen. Allereerst kan hierin een uitdrukking van formele rechtvaardigheid worden gezien. In deze lezing omvat het gelijkheidsbeginsel een vereiste van consistentie of een verbod van willekeur: als in het ene geval op een bepaalde manier is gehandeld, zal dat in een volgend, vergelijkbaar geval opnieuw moeten gebeuren.⁸ Andersom vereist de formule dat in ongelijke gevallen op een verschillende manier wordt gehandeld. Met deze formele lezing is niets gezegd over de materiële rechtvaardigheid van de gelijkheid of het verschil in behandeling.⁹ Ook een apert onredelijke behandeling kan verenigbaar zijn met het gelijkheidsbeginsel, mits deze behandeling in alle gelijke gevallen wordt toegekend. Als alle gevangenen worden onderworpen aan hetzelfde mensonterende regime, is dat ontoelaatbaar, maar niet omdat de behandeling strijdig is met het formele gelijkheidsbeginsel.

Wordt een puur formele visie op het gelijkheidsbeginsel gehanteerd, dan maakt het proportionaliteitsvereiste geen onderdeel uit van de formulering daarvan. Zolang de behandeling consistent is, is het niet van belang of er sprake is van een redelijke verhouding tussen doel en middel, of van een redelijke overeenstemming tussen de mate van onderscheid en de mate van verschil tussen de gevallen. Dit is anders als een verbinding wordt gelegd tussen het gelijkheidsbeginsel en een materiële conceptie van rechtvaardigheid, zoals gebeurt in de formule van Aristoteles. Deze formule stelt dat een ongelijke behandeling van ongelijke gevallen is toegestaan, maar vereist daarbij dat er een redelijke verhouding bestaat tussen de mate waarin de gevallen verschillend worden behandeld en de feitelijk bestaande verschillen tussen de gevallen. Het is duidelijk dat hierin een element van proportionaliteit tot uitdrukking komt: een ongelijke behandeling wordt materieel onrechtvaardig geacht als deze veel verder gaat dan de verschillen tussen de gevallen zouden toelaten.¹⁰

2.2 *Ongelijke behandeling van gelijke gevallen en de mogelijkheid van rechtvaardiging*

In de formule van Aristoteles wordt het vereiste van proportionaliteit alleen uitdrukkelijk genoemd als het gaat om een *ongelijke* behandeling. Dit is ook logisch, nu er een eindeloze hoeveelheid modaliteiten van ongelijke behandeling en ongelijkheid van gevallen denkbaar is. De mate van aanvaardbare ongelijkheid moet dan steeds worden afgestemd op de feitelijk bestaande ongelijkheid van de gevallen. Dit is anders bij de vraag of gelijke gevallen gelijk moeten worden behandeld. Als in het ene geval is gekozen voor een bepaalde

8. Zie o.a. G. Leibholz, *Die Gleichheit vor dem Gesetz: eine Studie auf rechtsvergleichender und rechtsphilosophischer Grundlage*, Berlijn: Liebman 1925, p. 31 en Ch. Perelman, vertaald in het Engels door J. Petrie, *The Idea of Justice and the Problem of Argument*, Londen: Routledge 1963, p. 10 en 37.

9. Vgl. J.R. Lucas, 'Against Equality', *Philosophy* 1965, p. 296-307, opgenomen in: L.P. Pojman en R. Westmoreland, *Equality. Selected Readings*, New York/Oxford: OUP 1997, p. 105.

10. Zie reeds Aristoteles, *Ethica Nicomachea*, Boek V, hoofdstuk 3 (A).

behandeling, is er in een vergelijkbaar geval maar één keuze mogelijk, namelijk een behandeling die identiek is aan de behandeling die eerder is gegeven. De formele en de materiële conceptie van rechtvaardigheid lijken daarbij samen te vallen: niet alleen is het consistent om gelijke gevallen gelijk te behandelen, maar het wordt ook inhoudelijk redelijk gevonden om dit te doen. Toch zijn hierbij wel vragen te stellen. De vooronderstelling van redelijkheid kan namelijk alleen maar gelden als wordt geredeneerd vanuit de verschillen en overeenkomsten tussen de gevallen zelf. Het is mogelijk dat zich omstandigheden voordoen die buiten de materiële kenmerken van de voorgelegde gevallen zijn gelegen, maar die het aanvaardbaar kunnen laten zijn dat relevant gelijke gevallen ongelijk worden behandeld. Praktijkvoorbeelden hiervan zijn er in overvloed. Het feit dat een verschil in behandeling het resultaat is van toepasselijkheid van verschillende wettelijke regels kan er bijvoorbeeld toe leiden dat een aanvaardbaar onderscheid wordt gemaakt tussen overigens vergelijkbare gevallen.¹¹ Ook is uit het bestuursrecht wel bekend dat de verplichting tot gelijke behandeling van gelijke gevallen niet zover strekt dat een in een eerder geval gemaakte fout moet worden herhaald.¹² Belangrijk zijn verder de gevallen waarin het gelijkheidsbeginsel in botsing komt met een ander rechtsbeginsel. In het bestuursrecht is bijvoorbeeld aangenomen dat het gelijkheidsbeginsel geen *contra legem*-werking kan hebben: zelfs als feitelijk en juridisch sprake is van twee relevant gelijke gevallen, kan toepassing van het legaliteitsbeginsel rechtvaardigen dat de gevallen toch verschillend worden behandeld.¹³ Ook kan het gelijkheidsbeginsel botsen met de fundamentele notie van vrijheid. Aangenomen wordt bijvoorbeeld dat iedereen in beginsel de vrijheid heeft om zijn eigen keuzes te maken en niet verplicht kan worden daarbij altijd het gelijkheidsbeginsel te respecteren. Vooral binnen het privaatrecht is dit een belangrijk uitgangspunt, waarvan met enige regelmaat wordt bevestigd dat het uit kan stijgen boven het beginsel dat gelijke gevallen gelijk moeten worden behandeld.¹⁴

-
11. Het belastingrecht laat daarvan regelmatig voorbeelden zien. Ten aanzien van de aftrekbaarheid van kledingkosten werd bijvoorbeeld onderscheid gemaakt tussen presentatoren in loondienst en zelfstandig ondernemende presentatoren. Hierover stelde de Belastingkamer dat de klacht over ongelijke behandeling op zichzelf terecht was, maar dat deze niet tot een geslaagd beroep kon leiden omdat sprake was van twee principieel verschillende wettelijke regelingen, zie HR 24 september 1997, BNB 1997/400, m.nt. R.E.C.M. Niessen.
 12. Zie voor voorbeelden van de 'fout-regel' o.a. HR 9 januari 2004, BNB 2004/125, CRvB 3 maart 2004, USV 2004/190, CBB 17 april 2003, AB 2003/277, m.nt. JHvdV en ABRvS 25 september 2002, AB 2002/409, m.nt. AvH.
 13. T.a.v. *contra legem*-beleid bestaat er enig verschil van mening tussen de bestuursrechtelijke instanties, maar het algemene uitgangspunt is dat het gelijkheidsbeginsel niet gemakkelijk kan prevaleren boven het legaliteitsbeginsel (d.w.z. het beginsel van een juiste wetstoepassing); volgens de Afdeling Bestuursrechtspraak kan dit zelfs nooit (ABRvS 15 september 2000, AB 2001/154, m.nt. LD), terwijl de Belastingkamer in ieder geval een afweging vereist tussen het gelijkheidsbeginsel en het legaliteitsbeginsel (HR 6 juni 1979, BNB 1979/211, m.nt. J.P. Scheltens). Zie nader J.H. Gerards, 'Gelijkheidsbeginsel', in: E. Van der Linden en F.A.M. Stroink, *JB Select*, Den Haag: Sdu 2004, p. 430 e.v.
 14. HR 30 januari 2004, RvdW 2004/26 (Parallel Entry).

Gelijke behandeling van gelijke gevallen spreekt dus niet vanzelf. Onder omstandigheden kan het gerechtvaardigd zijn om voor een verschillende behandeling te kiezen, namelijk wanneer een belang dat tegengesteld is aan dat van gelijke behandeling dat vereist. De notie van proportionaliteit wordt dan wel degelijk relevant. Om te kunnen bepalen welk beginsel prevaleert (het gelijkheidsbeginsel, het legaliteitsbeginsel, een algemeen belang of een aspect van individuele vrijheid), moet immers worden nagegaan of de belangen die gediend worden met het verschil in behandeling (een algemeen belang, de individuele vrijheid, het legaliteitsbeginsel) in een redelijke verhouding staan tot de belangen die worden aangetast (het belang bij een gelijke behandeling). Het vereiste van proportionaliteit krijgt daarmee een andere invulling dan het geval is bij ongelijke behandeling van ongelijke gevallen. Het gaat dan immers niet zozeer om een onderzoek naar de mate waarin de ongelijkheid van de behandeling aansluit op de ongelijkheid van de gevallen, maar om een onderzoek naar de redelijkheid van de verhouding tussen de door de ongelijke behandeling aangetaste belangen en de daarmee gediende doelen.

2.3 *Rechtvaardigingstoets in alle gevallen van ongelijke behandeling*

Hiervoor is duidelijk geworden dat de formule van Aristoteles feitelijk twee elementen omvat. Allereerst moet worden vastgesteld of twee gevallen descriptief gelijk zijn, waarna vervolgens de vraag kan worden gesteld welke behandeling deze gevallen ten deel zou moeten vallen. De vraag is echter of het vaststellen van descriptieve (on)gelijkheid inderdaad noodzakelijk is om een normatief oordeel te kunnen geven over de redelijkheid van de behandeling. Voor de beantwoording van deze vraag is van belang dat het concept van gelijke behandeling drie elementen omvat:

1. Pluraliteit van subject (het moet gaan om twee of meer gevallen);
2. Pluraliteit van object (er moet sprake zijn van twee of meer behandelingen);
3. Een element van vergelijking.

Bij de Aristotelische formule wordt aangenomen dat het derde element, dat van vergelijking, betrekking heeft op zowel het subject als het object. In ieder concreet geval moet dan niet alleen worden bekeken of de behandeling gelijk of ongelijk is, maar moet ook een oordeel worden gegeven over de gelijkheid of de ongelijkheid van de gevallen. Het is echter ook mogelijk om voor een andere, beperktere lezing te kiezen. Het uitgangspunt is dan dat uitsluitend een vergelijking wordt gemaakt op het punt van de behandeling. Zodra duidelijk is dat onderscheid is gemaakt tussen twee gevallen, personen of groepen, kan dan worden vastgesteld dat er een ongelijke behandeling bestaat. Of de gevallen zelf al dan niet vergelijkbaar zijn, doet daarbij niet ter zake.¹⁵

Natuurlijk bestaat ook bij deze constructie de noodzaak om van descriptieve gelijkheid (feitelijke (on)gelijkheid in de behandeling) te redeneren naar prescriptieve gelijkheid (de vraag hoe de gevallen behandeld zouden moeten

15. Zie nader J.H. Gerards, 'Het gelijkheidsbeginsel in het bestuursrecht', in: R.J.N. Schlössels e.a. (red.), *In beginsel. Over aard, inhoud en samenhang van rechtsbeginselen in het bestuursrecht*, Deventer: Kluwer 2004, p. 53-55.

worden). Net als bij de formule van Aristoteles moet daarvoor een element van materiële rechtvaardigheid in de redenering worden ingevoegd: nagegaan moet worden of het redelijk en gerechtvaardigd is om twee gevallen ongelijk te behandelen. Daarbij geldt opnieuw een vereiste van proportionaliteit: tussen het nagestreefde doel en de belangen die zijn aangetast door de ongelijke behandeling moet een redelijke verhouding bestaan.¹⁶

2.4 Conclusie

In bijna alle hiervoor genoemde constructies bestaat er een nauwe verbondenheid tussen het gelijkheidsbeginsel en het vereiste van proportionaliteit. Irrelevant is daarbij of wordt aangenomen dat ongelijke gevallen ongelijk moeten worden behandeld naar mate van hun ongelijkheid, of dat een ongelijke behandeling van gelijke gevallen alleen toelaatbaar is als deze gerechtvaardigd is, of zelfs dat *iedere* ongelijke behandeling inhoudelijk gerechtvaardigd moet zijn. In al deze varianten vormt het proportionaliteitsbeginsel een integraal, constituerend onderdeel van het gelijkheidsbeginsel, waarmee uitdrukking wordt gegeven aan een element van materiële rechtvaardigheid. Wel blijkt uit het voorgaande dat de precieze invulling van het proportionaliteitsbeginsel verschilt. In de eerstgenoemde variant betekent het vereiste van proportionaliteit dat onderzoek moet worden gedaan naar de mate van ongelijkheid en de afstemming daarop van de behandeling. In de beide andere varianten is het beginsel van proportionaliteit ruimer geformuleerd, in die zin dat het daar de betekenis heeft van vereiste van een redelijke afweging tussen belangen. Het is juist daar dat de vereisten van geschiktheid, noodzakelijkheid en evenredigheid in strikte zin een functie kunnen hebben.

Ten slotte moet eraan worden herinnerd dat de genoemde verhouding tussen het gelijkheidsbeginsel en het proportionaliteitsbeginsel het gevolg is van een koppeling tussen het gelijkheidsbeginsel en een notie van materiële rechtvaardigheid. Wordt een puur formeel gelijkheidsbeginsel gehanteerd, dat feitelijk niet meer inhoudt dan een vereiste van consistentie of een verbod van willekeur, dan maakt het proportionaliteitsvereiste geen onderdeel uit van het gelijkheidsbeginsel.

3 Het proportionaliteitsvereiste als onderdeel van het gelijkheidsbeginsel in de rechtspraak

3.1 Inleiding

Om een antwoord te kunnen geven op de vraag hoe in de praktijk wordt omgegaan met de verhouding tussen proportionaliteit en gelijkheid, zal in deze

16. Dit vereiste komt vooral naar voren uit de rechtspraak (zie hierna par. 3). Een theoretische onderbouwing is o.a. te vinden bij J. Tussman en J. Ten Broek, 'The Equal Protection of the Laws', 27 *California Law Review* (1949), p. 341 en R.W. Bennett, "'Mere" Rationality in Constitutional Law: Judicial Review and Democratic Theory', 67 *California Law Review* (1979), p. 1049.

paragraaf onderscheid worden gemaakt tussen twee verschillende mogelijke formuleringen van het gelijkheidsbeginsel: de variant waarin het proportionaliteitsbeginsel wordt gebruikt om te bepalen of er een redelijke verhouding bestaat tussen de ongelijkheid van de gevallen en de ongelijkheid van de behandeling, en die waarin het proportionaliteitsbeginsel fungeert als onderdeel van de beoordeling van de gerechtvaardigheid van een ongelijke behandeling. Bij de tweede variant zal bovendien worden nagegaan welke elementen van het proportionaliteitsbeginsel (geschiktheid, noodzakelijkheid en evenredigheid in strikte zin) in de praktijk zijn terug te vinden. In dit verband zal vooral aandacht worden besteed aan de wijze waarop de rechter omgaat met beroepen op het gelijkheidsbeginsel. Hoewel onderscheid primair wordt gemaakt door de wetgever of het bestuur, door individuen en door privaatrechtelijke ondernemingen, is het immers vaak de rechter die een eindoordeel geeft over de verenigbaarheid van een ongelijke behandeling met het gelijkheidsbeginsel. Bovendien moet de rechter zijn oordeel over de redelijkheid of proportionaliteit van een ongelijke behandeling goed motiveren, waardoor het relatief gemakkelijk is om te achterhalen welke betekenis daarbij wordt toegekend aan het proportionaliteitsbeginsel. Ter illustratie zullen in het hiernavolgende voorbeelden worden gebruikt uit de Nederlandse rechtspraak, de rechtspraak van het Europees Hof van Justitie en de rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens.

3.2 *Proportionaliteit en ongelijkheid van de gevallen*

Hiervoor is aangegeven dat ongelijke gevallen volgens de Aristotelische formule ongelijk mogen worden behandeld, zo lang de ongelijkheid van de behandeling overeenstemt met de mate waarin de gevallen verschillen. Als deze formule in de praktijk wordt toegepast, zal dus moeten worden vastgesteld dat er relevante verschillen bestaan tussen de gevallen, waarna vervolgens moet worden onderzocht of een geconstateerd verschil in behandeling daartoe in een redelijke verhouding staat. In de rechterlijke toepassingspraktijk blijkt dit niet altijd te gebeuren. Veel rechters nemen tot uitgangspunt dat, wanneer duidelijk is dat er onderscheid is gemaakt tussen verschillende gevallen, het gelijkheidsbeginsel daaraan niet in de weg staat. Een nader onderzoek naar de proportionaliteit blijft dan achterwege.¹⁷ Illustratief voor de gebruikelijke benadering is het arrest *Van der Mussel* van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens, dat betrekking had op een verschil in behandeling van advocaten in opleiding en leden van enkele andere beroepsgroepen. Belgische advocaten in opleiding in moesten onbetaald *pro deo*-zaken behandelen, terwijl rechters en tolken voor de behandeling van dit soort zaken wel een vergoeding ontvingen. De klager verzeleek

17. Heel sporadisch is wel een proportionaliteitsoverweging zichtbaar. Zie bijv. EHRM 25 mei 1985, *Abdulaziz e.a./VK*, Series A, Vol. 94, § 79 ('[...] the Court is not convinced that the difference that may exist between the respective impact of men and of women on the domestic labour market is sufficiently important to justify the difference of treatment, complained of by the applicants'). Het lijkt daarbij echter om een uitzondering te gaan: in veruit de meeste zaken is van een proportionaliteitstoets slechts sprake als is geconstateerd dat de gevallen relevant vergelijkbaar zijn.

zich bovendien met artsen, die hun diensten aan minvermogenen evenmin kosteloos hoefden aan te bieden. Het EHRM oordeelde dat hier geen sprake was van een problematische ongelijke behandeling, nu er rechtens relevante verschillen bestonden tussen de advocatuur en de beroepsgroepen waarmee de klager zich vergeleek. Het gaf verder geen oordeel over de verhouding tussen het geconstateerde verschil in behandeling en de feitelijk bestaande verschillen tussen advocaten en andere beroepsbeoefenaren. Dit betekent dat het EHRM in dit soort gevallen een sterk formeel gelijkheidsconcept hanteert, dat slechts vereist dat consistent wordt gehandeld.¹⁸

Ook het HvJ EG en de Nederlandse bestuursrechters blijken een sterk formele benadering te hanteren.¹⁹ In Nederland laat alleen de belastingrechtspraak voorbeelden zien van gevallen waarin een proportionaliteitselement wordt toegevoegd aan het oordeel over de feitelijke vergelijkbaarheid. Interessant is bijvoorbeeld een uitspraak uit 1992 over de belastingvrije som.²⁰ Deze som werd verhoogd voor alleenstaande verzorgende ouders en alleenverdieners, maar niet voor alleenstaanden. Daarover stelde de Belastingkamer van de Hoge Raad het volgende:

-
18. Van belang is dat het EHRM dit formele gelijkheidsconcept niet altijd hanteert. In een relatief groot aantal gevallen (met name als het EHRM tot de conclusie is gekomen dat de gevallen relevante overeenkomsten vertonen of in gevallen waarin een onderscheid is gebaseerd op een 'verdachte' grond, zoals geslacht) voert het een inhoudelijke rechtvaardigingstoets uit. Zie daarover nader par. 3.3 van deze bijdrage.
 19. Zie bijv. ABRvS 29 februari 2000, AB 2001/1, m.nt. ICvdV en ABRvS 4 februari 2004, AB 2004/144, m.nt. F.R. Vermeer; de Afdeling paste daarin geen proportionaliteitstoets toe, hoewel dit blijkens de uitspraak van de rechtbank wellicht tot een andere uitkomst had geleid. Een voorbeeld van een vergelijkbare benadering is te vinden in CRvB 21 maart 2001, RSV 2001/151. Ook voor het HvJ EG geldt dat de vergelijkbaarheid of onvergelijkbaarheid van de gevallen vaak doorslaggevend is. Ook hier wordt het oordeel dat gevallen niet vergelijkbaar zijn zelden gevolgd door een expliciete proportionaliteitstoets (zie bijv. HvJ EG 8 juni 2004, zaak C-220/02, *Österreichischer Gewerkschaftsbund*, n.n.g., punt 64). Soms is de verklaring daarvoor overigens niet gelegen in een puur formele toepassing van het gelijkheidsbeginsel, maar in een rechtvaardigingsoverweging. In de zaak *SITPA* constateerde het HvJ EG bijvoorbeeld dat er relevante verschillen bestonden tussen de voorgelegde gevallen, maar dat het geen rekening wenste te houden met de proportionaliteit van de ongelijke behandeling omdat 'alle producenten van de Gemeenschap [...] op gelijke en solidaire wijze de consequenties moeten aanvaarden van de besluiten die de gemeenschapsinstellingen binnen het kader van hun bevoegdheden moeten nemen' (HvJ EG 24 januari 1991, C-27/90, *SITPA/Oniphlor*, Jurispr. 1991, I-133, punt 20). Iedere mate van disproportionaliteit van de behandeling wordt hier gerechtvaardigd geacht vanuit het oogpunt van solidariteit; feitelijk is hierbij wellicht sprake van een rechtvaardigingstoets, zoals die hierna in par. 3.3 zal worden behandeld. Tenslotte is het soms zo dat het HvJ EG stelt te onderzoeken of het verschil in behandeling 'objectief wordt gerechtvaardigd' door de verschillen tussen de gevallen. Een dergelijke formulering impliceert wel degelijk een zekere proportionaliteitstoets, zij het dat deze slechts zelden leidt tot de conclusie dat evenredigheid ontbreekt. Zie voor een voorbeeld HvJ EG 13 januari 2005, C-126/04, *Heineken Brouwerijen BV*, n.n.g., punt 21/22.
 20. HR 21 oktober 1992, BNB 1993/29.

‘Voor alleenstaande verzorgende ouders en alleenverdieners brengt de aanwezigheid van gezinsleden financiële lasten mee, welke alleenstaanden niet hebben. Op grond hiervan kon de wetgever in redelijkheid oordelen dat uit een oogpunt van draagkracht een verschil in belastingvrije sommen gerechtvaardigd is. De klacht dat de wetgever aan alleenstaande verzorgende ouders en alleenverdieners, vergeleken met alleenstaanden, een zodanig hoge belastingvrije som heeft toegekend dat, hoewel niet sprake is van gelijke gevallen, niettemin zich een door artikel 26 IVBPR verboden discriminatie voordoet, faalt evenzeer. Discriminatie op de grond dat ongelijke gevallen onevenredig ongelijk worden behandeld, doet zich slechts voor bij een overduidelijke onevenredigheid. Daarvan is hier geen sprake [...]’.

De Belastingkamer erkende hiermee dat het proportionaliteitsvereiste een rol speelt in de toetsing aan het gelijkheidsbeginsel. Duidelijk is echter ook dat van onevenredigheid tussen de behandeling en de geconstateerde feitelijke verschillen niet snel sprake zal zijn. Tot nu toe zijn er geen gevallen waarin de Belastingkamer tot het oordeel is gekomen dat van ‘overduidelijke onevenredigheid’ sprake is. Nu het oordeel hierover zelden gemotiveerd wordt (zoals bovenstaand citaat laat zien), is het niet goed mogelijk om uit deze rechtspraak af te leiden hoe dit vereiste nader invulling krijgt en wanneer er in de ogen van de Belastingkamer sprake zou kunnen zijn van overduidelijke onevenredigheid.²¹

3.3 *Proportionaliteit als onderdeel van de rechtvaardiging van ongelijke behandeling*

Hoewel de vergelijkbaarheid van de gevallen in de rechtspraak relatief vaak centraal staat, zijn er steeds meer zaken te vinden waarin voor een andere invulling van het gelijkheidsbeginsel wordt gekozen. Vastgesteld wordt dan of er sprake is van een ongelijke behandeling of van een benadeling van een persoon, geval of groep ten opzichte van een andere persoon, geval of groep.^{22,23}

-
21. Zie voor een ander voorbeeld HR 19 mei 1993, BNB 1993/242, m.nt. J. Brunt. Hoogstens valt hieruit af te leiden dat heel terughoudend getoetst moet worden, nu primair door de regelgever moet worden beoordeeld of een bepaald verschil in behandeling proportioneel is aan de geconstateerde verschillen. Zie hiervoor m.n. HR 28 februari 2001, BNB 2001/172, m.nt. G.J. Van Leijenhorst.
 22. Daarbij wordt vaak de eis gesteld dat het moet gaan om een ongelijke behandeling van gelijke gevallen (of om een gelijke behandeling van ongelijke gevallen): een element van vergelijkbaarheid keert dan toch weer terug. In veel uitspraken ontbreekt dit element echter en wordt het voldoende gevonden dat er sprake is van een ongelijke behandeling of benadeling. Of de gevallen waartussen wordt onderscheiden al of niet vergelijkbaar zijn, is daarbij niet relevant. Zoals hiervoor gezegd is dit ook een toereikende invulling van het gelijkheidsbeginsel. Voorbeelden van deze benadering zijn vooral zichtbaar in de oordelen van de Commissie Gelijke Behandeling, die vrijwel nooit vergelijkbaarheid vereist (zie bijv. Oordeel 2003-124), en steeds vaker ook in de rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (bijv. EHRM 13 juli 2000, *Elsholz/Duitsland*, EHRC 2000/73, m.nt. H.L. Janssen, punt 60/61).
 23. Het is gemakkelijker om te spreken van een vereiste van benadeling dan van ongelijke behandeling. De term ongelijke behandeling is in die zin eenzijdig, dat een inbreuk op het gelijkheidsbeginsel ook kan worden veroorzaakt door een *gelijke*

Staat dat eenmaal vast, dan wordt mede aan de hand van een proportionaliteits-toets onderzocht of de benadeling gerechtvaardigd is. Daarbij blijkt op drie verschillende manieren invulling te worden gegeven aan het proportionaliteitsvereiste.

a. *Uitsluitend beoordeling van proportionaliteit in strikte zin*

Betekenis van de grond van onderscheid

Het vereiste van proportionaliteit in strikte zin houdt in dat een redelijke balans moet worden gevonden tussen tegenstrijdige belangen. Dit betekent dat een belangenafweging moet worden gemaakt, of – in een rechterlijke procedure – dat een eerder gemaakte belangenafweging moet worden getoetst op zijn redelijkheid. In het kader van het gelijkheidsbeginsel is dit vooral aan de orde bij botsingen tussen het gelijkheidsbeginsel en andere grondrechten, zoals de vrijheid van richting of de vrijheid van vereniging, maar ook bij botsingen tussen het gelijkheidsbeginsel en algemene belangen. In de dan te maken of te toetsen afweging wordt het gelijkheidsbeginsel vaak niet als zodanig als belang gezien. Het gelijkheidsbeginsel wordt vooral ingeroepen om duidelijk te maken dat in het ene geval bepaalde materiële belangen of rechten zijn aangetast, terwijl dit in een ander geval niet zo is.²⁴ De belangenafweging heeft dan primair betrekking op dit materiële belang, dat moet worden afgezet tegen een daarmee strijdig algemeen of grondrechtelijk belang. Het gelijkheidsbeginsel kan echter wel degelijk een zelfstandig belang vertegenwoordigen, namelijk een belang om niet te worden achtergesteld op grond van irrelevante kenmerken of op basis van stereotypen en vooroordelen.²⁵ De grond van onderscheid kan daardoor een zelfstandige rol spelen in de belangenafweging en kan worden geplaatst naast het materiële belang dat door de ongelijke behandeling is aangetast. Daarbij moet worden aangenomen dat het individuele belang bij het voorkomen van de materiële belangen aantasting zwaarder weegt naarmate

behandeling: de behandeling kan identiek zijn, maar als de gevallen duidelijk verschillen kan het resultaat zijn dat de ene persoon of groep benadeeld wordt ten opzichte van de andere groep. Een typisch voorbeeld is de zaak *Thlimmenos*: geklaagd werd daar over het feit dat niemand die ooit strafrechtelijk veroordeeld was tot accountant benoemd kon worden, zonder dat rekening werd gehouden met de aard van het strafbare feit. Hij vond dat hij daardoor werd benadeeld en dat onvoldoende rekening werd gehouden met de bijzondere omstandigheden waarin hij verkeerde (hij was veroordeeld wegens religieus geïnspireerde dienstweigering); het Hof gaf hem daarin gelijk (EHRM 6 april 2000, *EHRC* 2000/45, m.nt. J.H. Gerards). Door te spreken van een benadeling van de ene persoon of groep ten opzichte van de andere worden alle mogelijke situaties van ongelijke behandeling, dus ook een situatie als in *Thlimmenos*, gedekt.

24. Op deze procedurele functie van het gelijkheidsbeginsel zal in paragraaf 4 nader worden ingegaan.
25. Zie nader J.H. Gerards, 'Grondrechten en het recht op gelijke behandeling', in: R. Holtmaat (red.), *Gelijkheid en (andere) Grondrechten*, Deventer: Kluwer 2004, p. 109, 110. Vgl. ook R. Holtmaat, 'Stop de inflatie van het discriminatiebegrip! Een pleidooi voor het maken van onderscheid tussen discriminatie en ongelijke behandeling', *NJB* 2003, p. 1270.

de grond van onderscheid 'verdachter' is: als iemand een hogere belastingaanslag wordt opgelegd dan iemand anders vanwege zijn huidskleur, is het moeilijker om dit te rechtvaardigen dan wanneer zijn inkomen de doorslaggevende factor is geweest.²⁶ Anders gezegd: naarmate de grond van onderscheid 'verdachter' is, is het steeds lastiger om hier een ander, minstens zo zwaarwegend belang tegenover te stellen dat de materiële belangenaantasting kan rechtvaardigen.

Dit uitgangspunt lijkt in de praktijk vooral te worden gehanteerd door het Europees Hof voor de Rechten van de Mens. In de zaak *Karner*, die betrekking had op een onderscheid op grond van seksuele oriëntatie, stelde het bijvoorbeeld het volgende:

'[...] *very weighty reasons* have to be put forward before the Court could regard a difference in treatment based exclusively on the ground of sex as compatible with the Convention. [...] Just like differences based on sex, differences based on sexual orientation require *particularly serious reasons* by way of justification'.²⁷

Ook bij andere gronden van onderscheid past het Hof deze 'very weighty reasons'-test toe, zoals bij geslacht, wettige geboorte en nationaliteit.²⁸ De praktijk wijst overigens uit dat deze formule zelden in een daadwerkelijke afweging van belangen resulteert, zoals door de proportionaliteitstoets in strikte zin wordt vereist.²⁹ In veruit de meeste gevallen impliceert de test dat hoge eisen worden gesteld aan de verhouding tussen doel en middel, zoals die onder b. zal worden besproken.

De Nederlandse rechter en het Hof van Justitie van de EG hebben nooit zo expliciet als het EHRM aangegeven dat een 'verdachte' grond van onderscheid resulteert in hogere eisen aan het gewicht van het nagestreefde belang.³⁰ In hun

-
26. Vgl. ook L. Lusky en M. Botein, 'The Law of Equality in the United States', in: T. Koopmans (red.), *Constitutional Protection of Equality*, Leiden: A.W. Sijthoff 1975, die dit onderlinge verband duidelijk uiteenzetten.
27. EHRM 24 juli 2003, *EHRC* 2003/83, m.nt. J.H. Gerards. Curs. toegevoegd JHG.
28. Soms spreekt het EHRM zelfs van een 'dwingend' overheidsbelang; zie bijv. EHRM 21 februari 1997, *Van Raalte*, RJ&D 1997-I, § 41/42 ('compelling reasons'). Hoe wordt bepaald of een grond 'verdacht' is, is in de rechtspraak van het EHRM niet helemaal duidelijk. Vooral het bestaan van een afwijzende Europese consensus lijkt van belang, maar dit wordt niet altijd geëxpliciteerd. Zie daarover nader A.W. Heringa en J.H. Gerards, 'Discriminatieverbod', in: A.W. Heringa, J. Schokkenbroek, J. Van der Velde en J.H. Gerards, *EVRM Rechtspraak en Commentaar*, aanvulling 68, Den Haag: Sdu/Vermande, 2005, p. 3.14-18 e.v.
29. Vgl. ook Y. Arai-Takahashi, *The Margin of Appreciation Doctrine and the Principle of Proportionality in the Jurisprudence of the ECHR*, Antwerpen: Intersentia 2002, p. 16, die aangeeft dat het EHRM vaak vooral op een retorische manier verwijst naar het proportionaliteitsvereiste, zonder dat het daar een daadwerkelijke toepassing aangeeft. Zie voor een zeer uitzonderlijk geval waarin dit wel gebeurt EHRM 25 mei 1985, *Abdulaziz e.a./VK*, Series A, Vol. 94, § 79.
30. Impliciet is dit soms wel het geval. Vooral het HvJ EG heeft herhaaldelijk aangegeven hoge eisen te stellen aan de rechtvaardiging van een onderscheid op grond van geslacht; zie o.a. HvJ EG 30 maart 1992, C-328/91, *Thomas*, Jurispr. 1993, I-1247, punt 8. Bekend in Nederland is de uitspraak van de Centrale Raad van Beroep in de zaak *Van Maarseveen*, waarin het aangaf dat bij onderscheid op

rechtspraak is überhaupt maar zelden een proportionaliteitstoets in strikte zin zichtbaar.³¹ Kennelijk wordt een expliciete toetsing van proportionaliteit in strikte zin te moeilijk bevonden, of wordt aangenomen dat het uitvoeren van een dergelijke toets zou leiden tot een te grote inbreuk op de beleidsvrijheid van degene die verantwoordelijk is voor het gemaakte onderscheid.³²

Bepaling van het gewicht van de betrokken belangen

Hoewel in veel rechtspraak over gelijke behandeling geen echte toetsing plaatsvindt van de gemaakte belangenafweging, wordt daarin vaak wel iets gezegd over de aard en het gewicht van de betrokken belangen. Het voert in het verband van deze bijdrage te ver om uitgebreid in te gaan op alle rechtspraak waarin daaraan aandacht wordt besteed, maar gewezen kan in ieder geval

gronden die in art. 1 Grondwet vermeld hogere eisen aan de rechtvaardiging kunnen worden gesteld (CRvB 4 november 1993, AB 1994/213).

31. Zie voor het Europese recht ook J. Jans, 'Proportionality Revisited', 27 *Legal Issues of European Integration* 2000, p. 248 en T. Tridimas, *The General Principles of EC Law*, Oxford: OUP 1999, p. 92. Zie echter zaken als HvJ EG 25 oktober 1978, gev. zaken 103 en 145/77, *Royal Scholten Honig*, Jurispr. 1978, 2037, punt 82, HvJ EG 30 maart 1997, zaak C-323/95, *Hayes*, Jurispr. 1997, I-1711, punt 24 en HvJ EG 25 oktober 2001, gev. zaken C-49/98, C-50/98 t/m C-54/98 en C-68/98 t/m C-71/98, *Finalarte*, Jurispr. 2001, I-7831, punt 39 (impliciet). Als het gaat om onderscheid op grond van geslacht is wel vaak een proportionaliteitsoordeel waarneembaar, m.n. ook waar het de toetsing van voorkeursbeleid betreft: zie bijv. HvJ EG 20 maart 2003, zaak C-187/00, *Kutz-Bauer*, Jurispr. 2003, I-2741, punt 58 en HvJ EG 30 september 2004, zaak C-319/03, *Briheche*, n.n.g., punt 24. Ook in de oordelen van de Commissie Gelijke Behandeling is een expliciete proportionaliteitsoverweging soms zichtbaar; zie bijv. Oordeel 2000-15 en Oordeel 2000-40 (waarbij een evenredigheidsoverweging, vreemd genoeg, onderdeel uitmaakt van het geschiktheidsvereiste). De rechtspraak van andere instanties laat tenslotte eveneens voorbeelden van een expliciete proportionaliteitstoets zien, maar het aantal voorbeelden is beperkt (zie bijv. HR 9 mei 2003, BNB 2003/254, m.nt. G.J. van Leijenhorst). Belangrijk is bovendien dat in deze gevallen niet uitsluitend een proportionaliteitstoets in strikte zin wordt uitgevoerd, maar deze toets wordt toegevoegd aan de doel-middeltoets; daardoor is feitelijk sprake van de hieronder bij c. te bespreken toetsingsvorm. Zaken waarin *uitsluitend* een proportionaliteitstoets in strikte zin wordt uitgevoerd bij de beoordeling van de redelijkheid van een gemaakt onderscheid doen zich slechts zelden voor. De belangrijkste voorbeelden zijn wellicht die waarin het gelijkheidsbeginsel botst met een algemeen grondrecht of grondbeginsel. De rechter gaat in dat soort gevallen vaak in het algemeen na welk van beide beginselen of rechten in het concrete geval de doorslag moet geven. Voorbeelden zijn vooral te vinden in het privaatrecht, waar vaak sprake is van botsingen tussen het gelijkheidsbeginsel en de contractvrijheid of het eigendomsrecht; vgl. bijv. het Suikerfeestarrest (HR 30 maart 1984, AB 1984/366) (botsing tussen contractvrijheid en het gelijkheidsbeginsel in verband met de godsdienstvrijheid) en HR 30 januari 2004, RvdW 2004/26 (Parallel Entry) (botsing tussen contractvrijheid en recht op gelijke beloning).
32. Vgl. ook Jans, a.w., p. 242 en A. Klap, 'Bestuurlijke vrijheid en rechterlijke toetsing', *Bestuurswetenschappen* 1996, p. 244.

worden op enkele algemene criteria die in de rechtspraak zijn geformuleerd om het gewicht van de betrokken belangen te bepalen.³³

Een belangrijke factor bij de bepaling van het gewicht van het aangetaste belang blijkt, zoals hiervoor is aangegeven, allereerst de 'verdachtheid' van het onderscheidingskenmerk te zijn. Hoe verdachter de grond van onderscheid, hoe groter het belang is om niet op deze grond te worden achtergesteld of benadeeld.³⁴ De verdachtheid wordt daarbij bepaald door factoren als het bestaan van een situatie van historische en sociale achterstelling van een bepaalde groep, de aanwezigheid van vooroordelen of stigmata, het bestaan van een consensus die het gebruik van een bepaald persoonskenmerk als grond van onderscheid afwijst en de relevantie van een bepaald persoonskenmerk voor iemands dagelijks functioneren.³⁵

Het gewicht van het door een ongelijke behandeling aangetaste belang wordt echter niet alleen bepaald door de grond van onderscheid (en het daaraan verbonden belang om niet op grond van irrelevante factoren te worden achtergesteld), maar ook door het materiële belang dat is geraakt. Het is moeilijk om over het gewicht daarvan algemene uitspraken te doen, nu de materiële belangen die kunnen worden aangetast zo divers zijn: de belangen kunnen puur financieel of praktisch van aard zijn (bijv. bij verschillen in belastingheffing of bij het toekennen van een bouwvergunning), maar zij kunnen ook belangrijke sociale of klassieke grondrechten betreffen (bijvoorbeeld bij een hoofddoekverbod of een ongelijke behandeling in het kader van een sollicitatieprocedure). Uit de rechtspraak van EHRM, HvJ EG en de Nederlandse rechter kunnen echter wel enkele algemene richtpunten worden afgeleid die bepalen of een belang al of niet zwaarwegend is:³⁶

-
33. Daarbij wordt zeker geen volledigheid beoogd: de problematiek van het definiëren en 'wegen' van belangen is bijzonder ingewikkeld. In de VS is daaraan veel meer aandacht besteed dan in Nederland. Zie uitgebreid o.a. T.A. Aleinikoff, 'Constitutional Law in the Age of Balancing', 96 *Yale Law Journal* (1987), p. 943; R.L. Green, 'Interest Definition in Equal Protection: A Study of Judicial Technique', 108 *Yale Law Journal* (1998), p. 438. en L.H. Tribe en M.C. Dorf, 'Levels of Generality in the Definition of Rights', 57 *University of Chicago Law Review* (1990), p. 1057.
 34. Spiegelbeeldig geldt vanzelfsprekend dat een belang minder zwaarwegend is naarmate het onderscheid op een meer neutrale grond is gebaseerd. Vgl. ook Arai-Takahashi, a.w., p. 172.
 35. Zie nader J.H. Gerards, 'Intensity of Judicial Review in Equal Treatment Cases', *NILR* 2004, p. 162-173. Ook Holtmaat heeft op enkele van deze factoren gewezen (Holtmaat, a.w.). Door wie de 'verdachtheid' bepaald wordt en welke effecten dit precies heeft is afhankelijk van de omstandigheden van het geval. De grondwetgever of het verdragsrecht kan dit al bepalen in de tekst van een grondwets- of verdragsbepaling. Ontbreekt duidelijkheid hierover, dan is het in beginsel aan de wetgever of het bestuursorgaan om vast te stellen of sprake is van een verdachte grond. Dit kan echter door de rechter worden getoetst.
 36. Uit de literatuur kunnen nog aanvullende aanknopingspunten worden afgeleid. Gewezen kan bijvoorbeeld worden op de stelling dat bij de afweging rekening moet worden gehouden met de mate waarin iemand, ondanks de belangenaantasting, toch nog gebruik kan maken van een bepaald recht. Zie hierover nader R. Alexy, *Theorie der Grundrechte*, Baden Baden: Nomos 1985, p. 146 en M.C.

- De mate waarin een belang verband houdt met het functioneren van de democratische rechtsstaat (het belang bij het kunnen doen van politieke uitingen is bijvoorbeeld zwaarderwegender dan het belang bij commerciële uitingen);³⁷
- De mate waarin een belang verband houdt met de menselijke waardigheid (waaruit bijvoorbeeld volgt dat de vrijheid om een bepaald geloof te kunnen hebben (de eigenlijke godsdienstvrijheid) een zwaarder wegend belang betreft dan de vrijheid om op een bepaalde manier uitdrukking aan dat geloof te geven (bijvoorbeeld door op godsdienstige gronden te weigeren een patiënt een injectie te geven);³⁸

Deze ‘kernrechtbenadering’, waarbij de mate van verwantschap van een concreet aangetast belang met democratie en menselijke waardigheid moet worden vastgesteld, biedt nuttige aanknopingspunten om een oordeel te kunnen geven over het gewicht van individuele belangen.³⁹

Burkens, *Algemene leerstukken van grondrechten naar Nederlands recht*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1989, p. 148.

37. Zie voor voorbeelden HvJ EG 25 maart 2004, C-71/02, *Karner*, n.n.g., punt 51 en HvJ EG (commerciële uitingen kunnen gemakkelijker worden beperkt), in vergelijking met EHRM 15 februari 2005, *Steel en Morris/VK*, EHRC 2005/37, m.nt. Gerards, § 88 (‘political expression’ geniet een hoog beschermingsniveau onder het EVRM) en EHRM 9 juni 1998, *Incal*, RD&J 1998-IV, § 46 (voor politieke partijen is vrijheid van meningsuiting nog belangrijker dan voor anderen). Ook in Nederland wordt waarde gehecht aan de vraag of de uiting politiek van aard was of een onderwerp van algemeen belang betrof (vgl. bijv. HR 13 juni 1997, NJ 1998/361, m.nt. E.J. Dommering (uiting betrof een ‘open politieke discussie over politieke aangelegenheden’, waarbij de ‘grenzen van de aanvaardbare kritiek zowel ten aanzien van de inhoud als ten aanzien van de vorm ruim moeten worden gesteld’, samen met Hof Amsterdam 14 juni 2001, KG 2001/173 (uiting had vooral amusementswaarde, hetgeen het beroep op de vrijheid van meningsuiting minder zwaarderwegend maakte); zie verder uitgebreid G.A.I. Schuijt, *Onrechtmatige daad*, Hoofdstuk VII (Aantasting eer en goede naam), Deventer: Kluwer, Suppl. 62 (september 2001), aant. 32 en suppl. 73 (september 2002), aant. 72).
38. Dit komt tot uitdrukking in het feit dat art. 9 lid 2 EVRM het alleen mogelijk maakt om beperkingen te stellen aan uitdrukkingen van geloof, maar niet aan de vrijheid van godsdienst als zodanig (vgl. ook EHRM 25 mei 1993, *Kokkinakis*, Series A, Vol. 260-A, § 33). Vgl. in dit opzicht ook de rechtspraak over privacy van het EHRM, waarbij de bescherming van de meest intieme aspecten van het privé-leven (zoals het hebben van een bepaalde seksuele oriëntatie of het besmet zijn met HIV) als kern van dit recht wordt geformuleerd, die nauwelijks kan worden beperkt (zie reeds EHRM 22 oktober 1981, *Dudgeon*, Series A, Vol. 45, § 41 en EHRM 25 februari 1997, *Z./Finland*, RD&J 1997-I; recenter EHRM 17 februari 2005, *K.D. en A.D./Frankrijk*, EHRC 2005/38; vgl. ook Arai-Takahashi, a.w., p. 71).
39. Vgl. hierover ook J. Velaers, ‘De Antidiscriminatiewet en de botsing van grondrechten’, in: *Vrijheid en gelijkheid. De horizontale werking van het gelijkheidsbeginsel en de nieuwe antidiscriminatiewet*, uitgave Centrum Grondslagen van het Recht, Universiteit Antwerpen, Antwerpen/Apeldoorn: Maklu 2003, p. 339 en Tribe and Dorf 1990, a.w., p. 1069. Zie kritisch over de uitwerking die aan deze benadering is gegeven door het EHRM, S. Van Drooghenbroeck, *La propor-*

Veel lastiger is de bepaling van het gewicht van de (algemene) belangen die met de ongelijke behandeling worden nagestreefd.⁴⁰ Aan de regulering van een samenleving kunnen zeer veel verschillende overwegingen en doelstellingen ten grondslag liggen, variërend van puur economische doelstellingen tot sociale overwegingen en 'community values'.⁴¹ Een overkoepelend waardensysteem waaraan het belang van een bepaalde doelstelling kan worden afgemeten, ontbreekt.⁴² Dit maakt het bijzonder moeilijk om aan te geven wat het 'algemeen belang' betekent en al helemaal om gewicht toe te kennen aan bepaalde deelbelangen.⁴³

In zeer beperkte mate komen ook hier wel schaalverdelingen naar voren uit de rechtspraak die kunnen worden gebruikt als aanknopingspunt voor een 'kernbelang'-benadering. Duidelijk is bijvoorbeeld dat puur financiële of budgettaire doelstellingen in het algemeen weinig zwaarwegend worden geacht.⁴⁴ Algemeen geformuleerde doelstellingen waarvan duidelijk is dat zij daadwerkelijk van belang zijn voor het goede functioneren van een samenleving, worden veelal zwaarwegender gevonden. Het EHRM accepteert bijvoorbeeld vrij gemakkelijk dat het belang van openbare orde en het beschermen van de rust in de samenleving zwaarwegend is als in een staat daadwerkelijk een gespannen situatie bestaat.⁴⁵ Het HvJ EG op zijn beurt acht maatregelen die zijn genomen met het oog op het bevorderen van de interne markt

tionnalité dans le droit de la Convention Européenne des Droits de l'Homme. Prendre l'idée simple au sérieux, Brussel : Bruylant 2001, p. 408 e.v.

40. Vgl. ook Green, a.w., p. 445.

41. Hetzelfde geldt natuurlijk voor horizontale verhoudingen, waarin velerlei verschillende bedrijfsbelangen kunnen worden nagestreefd door middel van een discriminerende maatregel.

42. Zie M. Feintuck, *'The Public Interest' in Regulation*, Oxford: OUP 2004, p. 23, die overigens ook aangeeft dat het probleem niet zozeer is dat zo'n overkoepelend systeem niet bestaat, maar vooral dat het niet wordt geëxpliciteerd (p. 38). Hij merkt daarbij op dat, voor zover een waardensysteem wel genoemd wordt, dit vergelijkbaar is met het systeem dat hierboven is genoemd t.a.v. de definitie van het individuele belang: het gaat om 'some vision of community, human dignity, and an ongoing social order, and having a strong connection with citizenship' (p. 40).

43. Vgl. Feintuck, a.w., p. 35.

44. Zie bijv. HvJ EG 20 maart 2003, zaak C-187/00, *Kutz-Bauer*, Jurispr. 2003, I-2741, punt 59/60, HR 24 april 1992, NJ 1992/689, m.nt. PAS, HR 14 juni 1995, AB 1995/609, m.nt. ThDG en CGB Oordeel 2005-83. Deze algemene lijn wordt niet gevolgd door het EHRM, dat recentelijk nog aannam dat financiële overwegingen een ongelijke behandeling wel degelijk kunnen rechtvaardigen, zelfs als deze (indirect) is gebaseerd op geslacht (zie EHRM 6 januari 2005, *Hoogendijk*, EHRC 2005/24, m.nt. J.H. Gerards).

45. Dit gebeurt veelal buiten de specifieke context van het gelijkheidsbeginsel, met name waar het gaat om beperking van de vrijheid van meningsuiting. Zie voor voorbeelden EHRM 25 november 1997, *Zana/Turkije*, Reports 1997-VII, EHRM 15 oktober 2002, *Ayse Öztürk*, EHRC 2002/100, m.nt. J.H. Gerards en EHRM 29 maart 2005, *Alinak/Turkije*, EHRC 2005/57, m.nt. J.H. Gerards, § 37. Zie ook J. McBride, 'Proportionality and the European Convention on Human Rights', in: E. Ellis (red.), *The Principle of Proportionality in the Laws of Europe*, Oxford: Hart Publishing 1999, p. 29.

in het algemeen zwaarwegend.⁴⁶ Een bruikbaar aanknopingspunt voor de bepaling van het gewicht van het 'algemeen belang' kan verder worden gevonden in opsommingen van doelstellingen en grondbeginselen, zoals die naar voren komen in het EG-verdrag, in uitzonderingsclausules van het EVRM of in een preambule. Naarmate een ingeroepen belang de kern van één van deze doelstellingen of grondbeginselen dichter raakt, wordt zo'n belang zwaarwegender gevonden.⁴⁷ In dit verband kan een 'common ground'-benadering, zoals wordt gehanteerd door het EHRM, dienstig zijn. Als er consensus bestaat over de grote waarde (of juist de beperkte waarde) van een bepaalde doelstelling, kan aan het daarbij vertegenwoordigde belang een groot gewicht worden toegekend.⁴⁸

Een derde factor die het gewicht van het aangetaste belang blijkt te beïnvloeden, is de aard en ernst van de belangen aantasting. Het is bijvoorbeeld vaste rechtspraak van de Commissie Gelijke Behandeling dat een onomkeerbare en onherstelbare belangen aantasting moeilijk te rechtvaardigen is.⁴⁹ Ook

46. Vgl. o.a. Tridimas 1999, a.w., p. 45 en 77. In relatie hiermee ziet het HvJ EG de gemeenschapsrechtelijke vrijheden, zoals het vrij verkeer van diensten, als fundamentele beginselen van gemeenschapsrecht, hetgeen betekent dat het hieraan groot gewicht toekent en dat een inbreuk hierop niet gemakkelijk kan worden gerechtvaardigd. Zie bijv. HvJ EG 14 oktober 2004, zaak C-36/02, *Omega Spielhallen*, EHRM 2004/103, m.nt. Gerards, punt 30. Vgl. eerder ook de conclusie van A-G Jacobs bij HvJ EG 20 oktober 1993, gev. Zaken C-92/92 en C-326/92, *Phil Collins*, Jurispr. 1993, I-5145, punt 9-11.

47. Interessant in dit verband is het arrest *Chassagnou* (EHRM 29 april 1999, RD&J 1999-III). Hierin moest het EHRM een toetsing uitvoeren van de op nationaal niveau gemaakte afweging tussen een fundamenteel recht en de wens 'rechten van anderen' te beschermen. Bij de beoordeling van het gewicht van deze 'rechten van anderen' gaf het Hof aan dat waarde moest worden gehecht aan de vraag of deze rechten al dan niet zelf door de Conventie beschermd werden: was dit het geval, dan zijn de rechten bijzonder zwaarwegend, is dit niet zo, dan komt hieraan slechts beperkt gewicht toe. Op soortgelijke wijze kan ook aan andere 'algemene belangen' invulling worden gegeven. Vgl. echter ook Green 1998, a.w., p. 446 en 453, 454, die wijst op een risico bij deze benadering. Hij geeft aan dat het vaak mogelijk is om het gewicht van een algemeen belang te manipuleren door het abstracter te formuleren: een abstract geformuleerd, algemeen belang, lijkt vaak al snel belangrijk, terwijl een concreet geformuleerd belang ogenschijnlijk minder gewichtig is. Hij biedt hiervoor ook een aantal interessante oplossingsrichtingen.

48. Het bestaan van een dergelijke consensus constateerde het EHRM bijvoorbeeld bij de bescherming van het gezag en de onpartijdigheid van de rechterlijke macht, een in art. 10 lid 2 EVRM genoemde doelstelling; zie EHRM 26 april 1979, *Sunday Times I (thalidomide)*, Series A, Vol. 30, § 59. Overigens verbond het EHRM hieraan geen conclusies over het gewicht van deze doelstelling, maar slechts over de intensiteit waarmee de inbreuk op art. 10 EVRM getoetst kon worden. Zoals hierna in par. 5 nog zal blijken, bestaat er echter een nauwe samenhang tussen de bepaling van de toetsingsintensiteit en de bepaling van het gewicht van de betrokken belangen. Wel moet ten aanzien van deze benadering worden opgemerkt dat deze zeker zijn problemen kent: het is niet gemakkelijk om een consensus vast te stellen en bovendien moet voldoende rekening worden gehouden met minderheidsstandpunten.

49. Vgl. Oordeel 1999-50.

relevant zijn de duur van de aantasting,⁵⁰ de mate van uitsluiting van een maatschappelijk voordeel,⁵¹ en de breedte van een belangenaantasting.⁵² Van een minder ernstige belangenaantasting is sprake als de aantasting geen absoluut karakter heeft. Dat kan het geval zijn als er een hardheidsclausule bestaat of als de belangenaantasting gemakkelijk kan worden vermeden, bijvoorbeeld omdat er voor de betrokkene bruikbare alternatieven beschikbaar zijn.⁵³ Tenslotte wordt de voorzienbaarheid van een belangenaantasting soms beschouwd als een relevante factor bij de bepaling van het gewicht van het betrokken belang.⁵⁴

Abstracte en concrete toetsing van proportionaliteit in strikte zin

Voor de toetsing aan het proportionaliteitsvereiste in strikte zin is ten slotte van belang dat onderscheid moet worden gemaakt tussen abstracte en concrete toetsing van evenredigheid in strikte zin. Zeker als een onderscheid is neergelegd in een algemene regeling, kan er verschil bestaan tussen de redelijkheid van dit onderscheid *als zodanig* en de redelijkheid van de effecten die zo'n onderscheid in een concreet geval heeft. Op zichzelf kan een regeling, en een daarin vastgelegde ongelijke behandeling, het resultaat zijn van een zorgvuldige en redelijke afweging van belangen. In de toepassingspraktijk kunnen

-
50. Hoewel dit niet altijd relevant zal zijn: soms is juist een eenmalige aantasting (zoals ontslag) veel ernstiger, zeker als daarbij van onomkeerbaarheid sprake is.
 51. Zo hechtte de belastingkamer in het kader van een rechtvaardigingstoets waarde aan de tijdelijke duur van een discriminatoire maatregel; zie HR 28 februari 2003, BNB 2003/145, m.nt. B. Sio. Het HvJ EG acht relevant of van een bepaald voordeel of recht nog steeds in belangrijke mate gebruik kan worden gemaakt (vgl. bijv. HvJ EG 25 juli 1991, gev. zaken C-1/90 en C-176/90, *Aragonese*, Jurispr. 1991, I-4151, punt 17 met HvJ EG 12 maart 1987, zaak 178/84, Jurispr. 1987, 1227, punt 47). Het EHRM heeft verschillende malen aangegeven dat voor een voorafgaande beperking van een grondrecht, die het gebruik van dit grondrecht sterk belemmert, bijzonder zwaarwegende redenen moeten worden aangevoerd; zie bijv. EHRM 29 maart 2005, *Alinak/Turkije*, EHRC 2005/57, m.nt. J.H. Gerards, § 37; vgl. eerder ook EHRM 26 april 1979, Series A, Vol. 30, § 63 en zie McBride, a.w. noot 45, p. 24/25. Ook een zeer ernstige, vergaande aantasting van een recht vereist een krachtige rechtvaardiging: EHRM 27 september 1999, *Lustig-Prean en Beckett/VK*, EHRC 1999/2, m.nt. H.L. Janssen, § 83-86 en 98 en EHRM 8 december 1999, *ÖZDEP/Turkije*, EHRC 2000/12, § 45.
 52. In die zin dat een belangenaantasting minder ernstig is als deze nauwkeurig is toegesneden op de gevallen die de regeling daadwerkelijk beoogt te treffen; zie daarover nader Tridimas, a.w. noot 31, p. 146, 147.
 53. In de rechtspraak over voorkeursbeleid wordt het bestaan van een hardheidsclausule zelfs noodzakelijk geacht om van evenredigheid te kunnen spreken. Het beleid levert anders een te zware belangenaantasting op. Bestaat een hardheidsclausule wel, dan is de belangenaantasting minder groot en zal de maatregel sneller toelaatbaar worden geacht. Zie bijv. HvJ EG 30 september 2004, C-319/03, *Briheche*, n.n.g., punt 27 en, in navolging van de Luxemburgse jurisprudentie, CRvB 23 januari 2003, JB 2003/56, m.nt. J.H. Gerards. Zie voor andere toepassingen bijv. Oordelen 2001-68, 2000-28 en 2000-22 van de Commissie Gelijke Behandeling.
 54. Dit is vooral een relevante factor in de *égalité*-jurisprudentie over het 'normaal maatschappelijk of bedrijfsrisico' dat iemand moet accepteren; zie m.n. HR 17 september 2004, JA 2004/14, m.nt. W.H. van Boom.

zich echter omstandigheden voordoen waarmee de regelgever geen rekening kon of hoefde te houden, maar waardoor de belangen aantasting veel groter en ernstiger blijkt te zijn dan redelijk kan worden geacht.⁵⁵ De oplossing kan er dan in zijn gelegen om in het concrete geval een compensatie toe te kennen die de disproportionele gevolgen kan verzachten, of om de regeling in een concreet geval buiten toepassing te laten.

Het is zeker niet algemeen aanvaard dat een ongelijke behandeling niet alleen *in abstracto*, maar ook *in concreto* moet voldoen aan het vereiste van proportionaliteit. Vooral het Europees Hof van Justitie heeft, in de context van de toepassing van het proportionaliteitsvereiste in het landbouwnrecht, aangegeven geen ruimte te zien voor een concrete toets:

‘[...] de instellingen [moeten] in de uitoefening van hun bevoegdheden weliswaar ervoor [...] waken dat aan de deelnemers van het economisch verkeer zwaardere lasten op te leggen dan nodig om de door de overheid te realiseren doeleinden te bereiken, doch [...] daaruit [volgt] niet [...] dat deze verplichting moet worden afgemeten aan de bijzondere situaties van een bepaalde groep deelnemers; [...] een zodanige benadering [is], gezien de menigvuldige en ingewikkelde economische situaties, niet slechts onuitvoerbaar [...], maar zou bovendien een eeuwige bron van rechtsonzekerheid [...] vormen [...]’.⁵⁶

De toetsing van classificaties opgenomen in een algemene regeling is dus abstract van aard – met bijzonder nadelige consequenties voor het individu kan in de visie van het HvJ EG geen rekening worden gehouden.⁵⁷ Een vergelijk-

55. Dit is dus een andere situatie dan die waarin de classificatie als zodanig onredelijk wordt geacht, omdat bij het vaststellen daarvan onvoldoende rekening werd gehouden met een specifieke feitelijke situatie: de toetsing blijft dan abstract van aard. Zie voor een voorbeeld hiervan CRvB 18 juni 2004, AB 2004/296, m.nt. FP, r.o. 3.3.4. Interessant is overigens dat de CRvB in deze zelfde zaak wel nog een concrete toetsing uitvoerde (zie r.o. 4), maar deze leidde niet tot de conclusie dat van een onredelijke wetstoepassing sprake was geweest.

56. HvJ EG 24 oktober 1973, zaak 5/73, *Balkan-Import-Export*, Jurispr. 1973, 1091, punt 22. Zie recenter ook GvEA EG 11 juli 1997, zaak T-267/94, *Olifeici Italiani SpA*, Jurispr. 1997, II-1239, punt 59 en GvEA EG 12 juli 2001, zaak C-189/01, *Jippes*, Jurispr. 2001, I-5689, punt 99.

57. Een andere rechtvaardiging hiervoor is aangedragen in *SITPA/Oniphlor*, waarin het Hof aangaf dat vanuit een beginsel van solidariteit de onevenredig benadeelde groepen deze last toch hebben te dragen (HvJ EG 24 januari 1991, zaak C-27/90, *SITPA/Oniphlor*, Jurispr. 1991, I-133, punt 20). Vgl. ook Tridimas, a.w. noot 31, p. 60 en 92. Toch lijkt er in recentere rechtspraak soms een afwijkende benadering waarneembaar te zijn. In het arrest *Comunità montana della Valnerina* stelde het Hof bijvoorbeeld wel degelijk eerst dat een regeling *als zodanig* niet onverenigbaar was met het gelijkheidsbeginsel en het proportionaliteitsbeginsel, waarna het vervolgens oordeelde dat ook de concrete toepassing van deze regel tot disproportionele consequenties leidde (GvEA EG 13 maart 2003, zaak T-340/00, Jurispr. 2003, II-811, punt 53-55). Het is interessant om te bezien of deze ontwikkeling zich zal doorzetten. Belangrijk is verder dat het HvJ EG een andere benadering kiest als geklaagd wordt over een individuele maatregel of een sanctiebesluit dat in een individueel geval getroffen is. Het vereiste is dan dat de algemene regel, die de bevoegdheid heeft gegeven om in concrete gevallen beslissingen te nemen, voldoende ruimte laat voor een goede en proportionele toepassing in het individuele

bare benadering lijkt te worden gehanteerd door de belastingkamer van de Hoge Raad: ook deze voert uitsluitend een toetsing uit van de abstracte redelijkheid van een wettelijke classificatie, zonder na te gaan of deze in het individuele geval tot een onredelijke ongelijke behandeling leidt.⁵⁸

Het EHRM hanteert juist de tegenovergestelde benadering. Dit Hof beziet steeds de individuele grondrechtelijke consequenties van een bepaalde regeling en beoordeelt de proportionaliteit vooral voor het concrete geval.⁵⁹ In zijn rechtspraak zijn daardoor veel voorbeelden te vinden van uitspraken waarin een schending van het EVRM wordt geconstateerd omdat toepassing van een algemene regeling (die voor het overige niet onredelijk wordt bevonden), in de individuele omstandigheden van het geval ongerechtvaardigd zware consequenties heeft.⁶⁰ Ook zijn duidelijke voorbeelden van een concrete proportionaliteitstoets terug te vinden in de Nederlandse rechtspraak over de rechtmatige overheidsdaad. Daarbij kan, op basis van het beginsel van de *égalité devant les charges publiques*, een compensatie worden toegekend als een op zichzelf rechtmatig overheidshandelen in een concreet geval tot een onevenredig zware belangen aantasting leidt.⁶¹

geval; is dat niet zo, dan is de maatregel als zodanig in strijd met het proportionaliteitsbeginsel. Het is dan echter niet de concrete toepassing van de regel die aan de orde wordt gesteld, maar de redelijkheid van de bevoegdheidtoedelende regeling; de toetsing blijft dus abstract van aard. Bekende voorbeelden in dit verband zijn HvJ EG 21 juni 1979, zaak 240/78, *Atalanta*, Jurispr. 1979, 2137, punt 15, HvJ EG 27 november 1986, zaak 21/85, *Maas*, Jurispr. 1986, 3537, HvJ EG 6 juli 2000, zaak C-356/97, *Molkereigenossenschaft Wiedergeltingen*, Jurispr. 2000, I-5461 en GvEA EG 11 december 2003, zaak T-305/00, *Conserve Italia*, n.n.g., punt 110 e.v. Zie hierover ook Tridimas, a.w. noot 31, p. 105,106.

58. Zie voor een illustratie HR 6 juni 2003, *BNB* 2004/5, m.nt. R.H. Happé. In deze zaak toetste de belastingkamer alleen *in abstracto* of een uitsluiting van niet-bloedverwanten van een bepaalde vrijstelling een onredelijk onderscheid opleverde, zonder na te gaan of deze uitsluiting in het individuele geval (waarin sprake was van samenleving van niet-bloedverwanten) tot onredelijke consequenties leidde.

59. Zie ook Van Drooghenbroeck, a.w. noot 39, p. 252/253.

60. Zie voor een voorbeeld binnen de context van het gelijkheidsbeginsel EHRM 3 oktober 2000, *Camp en Bourimi/Nederland*, *EHRC* 2000/82, m.nt. J.H. Gerards, § 39. Goede voorbeelden zijn verder vooral zichtbaar in de rechtspraak op het gebied van het familierecht. Zie bijv. EHRM 2 juni 2005, *Znamenskaya/Rusland*, n.n.g., waarin het Hof stelde dat: 'the situation where a legal presumption is allowed to prevail over biological and social reality, without regard to both established facts and the wishes of those concerned and without actually benefiting anyone, is not compatible, even having regard to the margin of appreciation left to the State, with the obligation to secure effective "respect" for private and family life' (§ 31). De Nederlandse rechter oordeelt soms in vergelijkbare zin: de wettelijke regeling wordt dan in het concrete geval buiten toepassing gelaten omdat strikte wetstoepassing zou leiden tot strijd met het EVRM. Zie bijv. Hof Amsterdam 16 oktober 2003, LJN: AO7481.

61. In de bijdrage van B.J. Schueler aan deze bundel wordt hierop nader ingegaan.

b. *Uitsluitend toetsing van geschiktheid, noodzakelijkheid en subsidiariteit*

Redelijkheidsvereiste

Hierboven is aangegeven dat de rechter in sommige zaken uitsluitend nagaat of er een goed evenwicht is gevonden tussen tegenstrijdige belangen (evenredigheid in strikte zin). In het kader van de rechtvaardigingstoets zijn er echter ook rechters die een andere benadering kiezen.⁶² Zij gaan dan uit van de wetenschap dat een ongelijke behandeling heeft geleid tot een benadeling of belangen-aantasting. Dit kan toelaatbaar zijn als daarmee een gerechtvaardigd doel wordt gediend, maar dan moet wel vaststaan dat het gemaakte onderscheid een redelijk middel vormde om dit doel te bereiken. Is dit anders, dan heeft de ongelijke behandeling alleen of vooral een belangen-aantasting tot gevolg. Het nagestreefde algemene belang, dat de rechtvaardiging vormt voor de belangen-aantasting, wordt dan niet gediend (geschiktheidsvereiste), of de belangen-aantasting zelf is overbodig (vereiste van noodzakelijkheid of subsidiariteit). Een dergelijke belangen-aantasting kan nooit in een evenredige verhouding staan tot het te dienen belang, zelfs als moet worden aangenomen dat dit algemene belang op zichzelf genomen zwaarder weegt dan het door de ongelijke behandeling aangestaste belang. Om dit belang uiteindelijk te kunnen dienen, zal tenminste op zoek moeten worden gegaan naar een middel dat daadwerkelijk aan de verwezenlijking hiervan bijdraagt en dat de belangen-aantasting zoveel mogelijk beperkt.

Geschiktheid

Voorbeelden van toepassing van het geschiktheidsvereiste zijn in de rechtspraak met enige regelmaat te vinden. De toetsing is daarbij overwegend feitelijk van aard: gezond verstand en inzicht in de werking en effecten van regelgeving blijken doorslaggevend te zijn.⁶³ Duidelijke en objectieve criteria voor de wijze waarop de effectiviteit van regelgeving kan worden onderzocht, ontbreken veelal. Alleen de Commissie Gelijke Behandeling besteedt vaak serieus aandacht aan het vereiste van geschiktheid, waarbij het gebruik maakt van statistische en andere onderzoeksgegevens die het zelf heeft achterhaald of die zijn aangedragen door partijen.⁶⁴ Bepalend is dan of deze gegevens laten zien

62. Vooral de rechtspraak van het HvJ EG en het EHRM biedt hiervan voorbeelden. Zie voor de standaardweergave van de rechtvaardigingstoets van het HvJ EG bij onderscheid naar geslacht, waarin alleen melding wordt gemaakt van de criteria van geschiktheid en noodzakelijkheid, HvJ EG 13 mei 1986, zaak 170/84, *Bilka-Kaufhaus*, Jurispr. 1986, 1607, punt 30 en 36 (zie recenter bijv. HvJ EG 20 maart 2003, zaak C-187/00, *Kutz-Bauer*, Jurispr. 2003, I-2741, punt 50/51). Ook de standaardformule van het EHRM maakt feitelijk alleen melding van een doelmiddeltoets, waarbij vereist wordt dat sprake is van een 'reasonable relationship of proportionality between the means employed and the aim sought to be realised' (bijv. EHRM 30 september 2003, *Koua Poirrez/Frankrijk*, EHRC 2003/89, m.nt. J.H. Gerards, RD&J 2003-X, § 46).

63. Vgl. bijv. HvJ EG 7 mei 1998, *Clean Car Autoservice*, zaak C-350/96, Jurispr. 1998, I-2521, punt 35 en EHRM 25 mei 1985, *Abdulaziz e.a./VK*, Series A, Vol. 94, § 81.

64. Bijv. Oordeel 00-36. Uit Oordeel 04-153 kan worden afgeleid dat de werkgever ook zelf over dit soort gegevens moest beschikken om zijn oordeel over de

dat er voldoende causaal verband bestaat tussen het bereiken van het gestelde doel en het gemaakte onderscheid. Is dit niet het geval, dan wordt het onderscheid ontoelaatbaar geacht.⁶⁵

In de rechtspraak van de andere genoemde instanties blijkt een zorgvuldig onderzoek vaak te ontbreken.⁶⁶ De toetsing die zij uitvoeren is in het algemeen bijzonder terughoudend. Het Hof van Justitie van de EG heeft bijvoorbeeld aangegeven alleen bij gevallen van kennelijke ongeschiktheid tot een schending te willen concluderen, waarbij het bovendien een toetsing *ex tunc* uitvoert. Al is later gebleken dat het onderscheid niet effectief is, als eerder kon worden ingeschat dat dit wél het geval zou zijn, is dit voor het HvJ EG voldoende om het onderscheid aanvaardbaar te achten.⁶⁷ De gestelde eisen aan de effectiviteit van een ongelijke behandeling zijn zeker niet erg vergaand.

Noodzakelijkheid

Van een redelijke verhouding tussen doel en middel kan verder alleen sprake zijn als blijkt dat het nagestreefde doel niet door andere, minder vergaande middelen kon worden bereikt. Blijkens de rechtspraak bestaat daarbij een gradueel verschil tussen het vereiste van noodzakelijkheid en het vereiste van subsidiariteit. Het noodzakelijkheidsvereiste houdt in dat, in zijn algemeenheid beschouwd, vast moet staan dat het nagestreefde doel zonder het maken van onderscheid minder gemakkelijk of zelfs helemaal niet kon worden bereikt.⁶⁸

-
- geschiktheid van de te nemen maatregel te beoordelen: baseert hij zich uitsluitend op veronderstellingen over de effectiviteit, dan acht de CGB dit onvoldoende.
65. Bijv. Oordeel 00-81 en Oordeel 04-153. Als gegevens onvoldoende specifiek zijn om de geschiktheid aan te tonen, zal de CGB eveneens concluderen dat een voldoende causaal verband ontbreekt: zie bijv. Oordeel 2004-165. Sporadisch stelt ook het EHRM een dergelijk vereiste van voldoende specificiteit; vgl. bijv. EHRM 27 juli 2004, *Sidabras en Dziutas/Litouwen*, EHRC 2004/90, m.nt. J.H. Gerards, § 59 en (hoewel iets minder duidelijk in het kader van de geschiktheidstoets) EHRM 16 december 2003, *Palau-Martinez/Frankrijk*, EHRC 2004/9, m.nt. J.H. Gerards, § 42.
 66. Zie bijv. HvJ EG 1 februari 1996, zaak C-280/94, *Posthuma*, Jurispr. 1996, I-179, punt 27. In veel gevallen vindt zelfs in zijn geheel geen uitsplitsing plaats tussen geschiktheid, noodzakelijkheid en subsidiariteit: in die zaken wordt in zijn algemeenheid een oordeel gegeven over de redelijkheid van de verhouding tussen doel en middel. Zie voor voorbeelden o.a. EHRM 15 juli 2003, *Ernst e.a./België*, EHRC 2003/86, m.nt. V. van Bogaert, § 85, EHRM 6 januari 2005, *Hoogendijk/Nederland*, EHRC 2005/24, m.nt. J.H. Gerards, HvJ EG 8 januari 2002, *Denkavit*, Jurispr. 2002, I-169, punt 45.
 67. Zie HvJ EG 5 oktober 1994, gev. zaken C-133/93, C-300/93 en C-362/93, *Crispoltoni*, Jurispr. 1994, I-4863, punt 299 en, recenter, HvJ EG 12 juli 2001, zaak C-189/01, *Jippes*, Jurispr. 2001, I-5689, punt 84. Zeker als het zaken betreft op het gebied van het landbouwbeleid is het HvJ EG uiterst terughoudend bij zijn toetsing; vgl. ook Tridimas, a.w. noot 31, p. 55.
 68. Sommige rechters zijn op dit punt specifiek. Het EHRM heeft bijvoorbeeld aangegeven dat 'noodzakelijk' een betekenis heeft die ergens tussen 'onmisbaar' en 'nuttig' of 'wenselijk' in is gelegen – in zijn interpretatie moet er een 'pressing social need' bestaan om van noodzakelijkheid te kunnen spreken (EHRM

Hoe hoog de eisen precies zijn die hierbij gesteld kunnen worden, is sterk afhankelijk van de aard van het gemaakte onderscheid en de daardoor aangetaste belangen. Is het onderscheid gebaseerd op een verdachte grond, of is de belangenaantasting vergaand, dan zal 'noodzakelijkheid' vaak 'onmisbaarheid' betekenen.⁶⁹ Gaat het om een minder problematisch onderscheid, gemaakt op een terrein waar de regelgever of het bestuur veel beleidsvrijheid toekomt, dan is het vaak al voldoende dat er daadwerkelijk behoefte bestond aan het onderscheid. Soms wordt hierbij zelfs vereist dat de benadeelde zelf aantoont dat het niet nodig was om, ter verwezenlijking van het gestelde doel, een bepaald onderscheid te maken.⁷⁰

Ook als het gaat om de uitleg van het noodzakelijkheidsvereiste lijkt de Commissie Gelijke Behandeling de meest uitgebreide rechtspraak ontwikkeld te hebben. Net als bij de geschiktheidseis vereist de Commissie hierbij vooral dat de noodzaak om onderscheid te maken kan worden aangetoond aan de hand van feitelijke (onderzoeks)gegevens.⁷¹ Verder is duidelijk dat de Commissie een discriminatoire maatregel zelden noodzakelijk acht als het probleem waarop de maatregel wordt toegepast zich slechts sporadisch voordoet.⁷² Samen met verschillende andere rechterlijke instanties heeft de Commissie tenslotte aangenomen dat niet aan het noodzakelijkheidsvereiste is voldaan als een oude, discriminatoire regel is vervangen door een nieuwe, niet-discriminatoire, maar overigens identieke regel.⁷³ Meer algemene aanknopingspunten zijn in de

7 december 1976, *Handyside*, Series A, Vol. 24, § 48). Wat dit precies inhoudt, is afhankelijk van de omstandigheden van het geval.

69. Zie (impliciet) bijv. HvJ EG 8 maart 2001, gev. zaken C-397/98 en C-410/98, *Metallgesellschaft Ltd. e.a.*, Jurispr. 2001, I-1727, punt 74 en EHRM 27 september 1999, *Lustig-Prean en Beckett/VK*, EHRM 1999/2, m.nt. H.L. Janssen.

70. Vgl. HvJ EG 14 december 1995, zaak C-317/93, *Nolte*, Jurispr. 1995, I-4625.

71. Dit komt bijvoorbeeld tot uitdrukking in Oordeel 2003-105, waarin een spreidingsbeleid van een basisschool uitsluitend werd geacht gebaseerd te zijn op ervaringsfeiten die geen ondersteuning vonden in duidelijke onderzoeksgegevens. De CGB achtte daardoor onvoldoende aangetoond dat het echt noodzakelijk was om voor het gehanteerde beleid te kiezen. Overigens is de CGB op dit punt niet geheel consistent. Er zijn ook gevallen waarin zij tot de conclusie komt dat een onderscheid een geschikt middel is, puur en alleen op basis van algemene aannames en feiten van algemene bekendheid (zie bijv. Oordeel 2005-50, waarin het geschiktheidsoordeel geen basis vond in onderzoeksgegevens en deze ook niet waren aangevoerd). Dit lijkt een minder correcte benadering te zijn.

72. Vgl. Oordeel 2000-63 (dragen van een chador komt zo sporadisch voor dat een volledig verbod hierop niet nodig lijkt; hiervan kwam de CGB overigens terug in Oordeel 03-40). Ook andere instanties passen dit criterium sporadisch toe; zie bijv. HR 26 maart 1997, BNB 1997/186 (gebrek aan noodzakelijkheid nu het probleem zich slechts zelden voordoet) en EHRM 27 juli 2004, *Sidabras en Dziantas/Litouwen*, EHRM 2004/90, m.nt. J.H. Gerards, § 60 (het gevaar dat met de discriminatoire maatregel bestreden werd, deed zich te ver in het verleden voor om nu nog relevant te kunnen zijn).

73. Zie bijv. EHRM 8 juli 2003, *Sommerfeld/Duitsland (GC)*, EHRM 2003/70, m.nt. J.H. Gerards, § 87. Met dit argument moet wel terughoudend worden omgegaan: dat een ongelijke behandeling bij een wetwijziging niet meer noodzakelijk wordt geacht, wil niet meteen zeggen dat de noodzaak voor het onderscheid al eerder ont-

rechtspraak helaas nauwelijks te vinden. Net als het geschiktheidsvereiste heeft ook het vereiste van noodzakelijkheid een overwegend feitelijke invulling gekregen, die sterk afhankelijk is van de concrete omstandigheden van het geval.

Subsidiariteit

Het subsidiariteitsvereiste gaat een stap verder dan het vereiste van noodzakelijkheid. Subsidiariteit betekent dat alleen onderscheid mag worden gemaakt als blijkt dat er geen minder belastende alternatieven voorhanden waren. Dit betekent dat moet worden onderzocht welke andere middelen er nog beschikbaar waren geweest om het nagestreefde doel te bereiken en dat moet worden nagegaan of die middelen minstens zo effectief waren als het gemaakte onderscheid. Of van de voor het onderscheid verantwoordelijke partij (wetgever, bestuursorgaan, werkgever) verlangd mag worden dat deze een dergelijk, vergaand onderzoek uitvoert, is afhankelijk van de ernst en omvang van de belangen aantasting. Is bijvoorbeeld sprake van onderscheid op verdachte gronden, waardoor zwaarwegende belangen worden aangetast, dan mag zeker worden verlangd dat de verantwoordelijke zoekt naar bruikbare alternatieven.⁷⁴ Is dit anders, dan zullen minder hoge eisen kunnen worden gesteld aan de zorgvuldigheid: vaak wordt aangenomen dat wetgever of bestuursorgaan de vrijheid moeten hebben om die oplossing te kiezen die zij de meest wenselijke vinden, ook al zou de rechter zelf misschien een andere keuze hebben gemaakt.⁷⁵

brak. Hoogstens kan hierin een aanwijzing voor overbodigheid van het onderscheid worden gelezen, zoals het EHRM in de genoemde uitspraak ook onderkent.

74. Dit blijkt bijvoorbeeld uit de rechtspraak van het EHRM; zie bijv. EHRM 16 november 2004, *Ünal Tekeli/Turkije*, EHRC 2005/7, m.nt. Ph. Kiiver, waarin het zelf aangaf dat Turkije alternatieve methoden had kunnen aanwenden om het gestelde doel te bereiken. Ook in de rechtspraak van het HvJ EG is regelmatig een subsidiariteitstoets zichtbaar, namelijk wanneer sprake is van discriminatie op grond van nationaliteit; zie bijv. HvJ EG 20 mei 1976, zaak 104/75, *De Peijper*, Jurispr. 1976, 613, punt 17 en vgl. Tridimas, a.w. noot 31, p. 134 en 140. De CGB, die veelal een intensieve toets uitvoert (veruit de meeste voorgelegde gevallen betreffen immers ook onderscheid op verdachte gronden), past eveneens vaak een subsidiariteitstoets toe. Daarbij is het graag bereid om zelf alternatieven te bedenken, waarbij geldt dat, als de CGB in staat blijkt om zelfs maar één zinvol alternatief te bedenken, het onderscheid zal sneuvelen (zie bijv. Oordeel 2004-153 en Oordeel 2005-83). Zeker als het gaat om een verdacht onderscheid, stelt de CGB bovendien de eis dat de werkgever zelf moeite heeft gedaan om naar alternatieven te zoeken; is dit niet gebeurd, dan is er sprake van strijd met de AWGB (Oordeel 2004-165). Zie voor verdere vereisten die door de CGB geformuleerd zijn ook J.H. Gerards, *Rechterlijke toetsing aan het gelijkheidsbeginsel*, Diss.-UvM, Den Haag: Sdu 2002, p. 623-625.
75. Dit blijkt bijvoorbeeld uit CRvB 18 juni 2004, AB 2004/296, m.nt. FP: 'De enkele omstandigheid dat een andere keuze denkbaar zou zijn geweest of volgens de nationale rechter wellicht zelfs de voorkeur zou hebben verdiend is niet voldoende om de door de nationale wetgever gemaakte keuze tegen de achtergrond van art. 14 EVRM rechtens onaanvaardbaar te achten'. Zie in vergelijkbare zin HvJ EG 12 juli 2001, zaak C-189/01, *Jippes*, Jurispr. 2001, I-5689, punt 83 en EHRM 21 februari 1986, *James e.a./VK*, Series A, Vol. 98, § 51. Overigens spelen niet alleen de aard

c. *Volledige proportionaliteitstoets: geschiktheid, noodzakelijkheid en evenredigheid in strikte zin*

De meest volledige proportionaliteitstoets bestaat uit een combinatie van een doel-middeltoets en een toets van de afweging tussen het nagestreefde belang en het aangetaste belang. Het gaat daarbij om een combinatie van een toetsing van de geschiktheid en noodzakelijkheid van het middel met een beoordeling van de evenredigheid in strikte zin. Van een dergelijke zuivere en volledige proportionaliteitstoets is in de rechtspraak van de Nederlandse instanties en het EHRM zelden sprake. Een uitzondering in dit opzicht is de Commissie Gelijke Behandeling, die in haar gebruikelijke formulering van de rechtvaardigings-toets alledrie de elementen noemt.⁷⁶ Ook sommige rechtspraak van het HvJ EG, met name die over onderscheid op grond van geslacht en voorkeursbehandeling, laat voorbeelden zien van een dergelijke uitgebreide proportionaliteitstoets.⁷⁷ Ook dan spitst de feitelijke toetsing zich echter meestal toe op de doel-middelverhouding: een daadwerkelijke toetsing van proportionaliteit in strikte zin is slechts sporadisch zichtbaar.⁷⁸

en omvang van de belangen en de belangenaantasting mee bij deze invulling van het subsidiariteitsvereiste: ook de staatsrechtelijke positie van de voor het onderscheid verantwoordelijke partij komt betekenis toe.

76. Opmerkelijk daarbij is dat de evenredigheid in strikte zin als onderdeel van de noodzakelijkheidstoets wordt opgevat. De standaardformule luidt als volgt: 'Of in een concreet geval sprake is van een objectieve rechtvaardiging moet worden nagegaan aan de hand van een beoordeling van het doel van het onderscheid en het middel dat ter bereiking van dit doel is ingezet. Het doel dient legitiem te zijn, in de zin van voldoende zwaarwegend dan wel te beantwoorden aan een werkelijke behoefte. Een legitiem doel vereist voorts dat er geen sprake is van een discriminerend oogmerk. Het middel dat wordt gehanteerd moet passend en noodzakelijk zijn. Een middel is passend indien het geschikt is om het doel te bereiken. Het middel is noodzakelijk indien het doel niet kan worden bereikt met een middel dat niet leidt tot onderscheid, althans minder bezwaarlijk is, en het middel in evenredige verhouding staat tot het doel. Pas als aan deze voorwaarden is voldaan, levert het indirecte onderscheid geen strijd op met de gelijkebehandelingswetgeving.' (zie bijv. Oordeel 2005-31 van 1 maart 2005; de formule keert terug in alle oordelen waarin een open rechtvaardigingsmogelijkheid bestaat; zie voor een interessante toepassing Oordelen 1999-50 en 2002-22).
77. Zie bijv. HvJ EG 7 december 2000, zaak C-79/00, *Schnorbus*, Jurispr. 2000, I-10997, punt 46, HvJ EG 20 maart 2003, zaak C-187/00, *Kutz-Bauer*, Jurispr. 2003, I-2741, punt 58 en HvJ EG 30 september 2004, zaak C-319/03, *Briheche*, n.n.g., punt 24 en 27.
78. Zie nader W. van Gerven, 'The Effect of Proportionality on the Actions of Member States of the European Community: National Viewpoints from Continental Europe', in: E. Ellis (red.), *The Principle of Proportionality in the Laws of Europe*, Oxford: Hart Publishing 1999, p. 37/38, die erop wijst dat het HvJ EG soms een doel-middeltest gebruikt en dan weer een test die uit alledrie de elementen bestaat. Belangrijk is verder dat het vereiste van evenredigheid in strikte zin soms wel genoemd wordt, maar het vaak moet worden gelezen als een andere formulering van het vereiste van een redelijke verhouding tussen doel en middel. Dit is vooral zichtbaar in de rechtspraak van het HvJ EG over onderscheid op grond van nationaliteit. Vgl. bijv. HvJ EG 23 mei 1996, zaak C-237/94, *O'Flynn*, Jurispr. 1996, I-2617, punt 21/22 en HvJ EG 23 maart 2004, zaak C-138/02, *Collins*, n.n.g.,

De beperkte toepassing van een volledige proportionaliteitstoets is deels verklaarbaar vanuit het feit dat een ongelijke behandeling al ongerechtvaardigd kan worden geacht wanneer het aan één van de genoemde elementen ontbreekt, bijvoorbeeld als het onderscheid een ongeschikt middel blijkt te zijn, of als de gemaakte belangenafweging onredelijk is. Het is dan niet meer nodig om na te gaan of aan de andere criteria is voldaan. Belangrijker is echter dat in de rechtspraak lang niet altijd zuiver tussen verschillende aspecten van het proportionaliteitsvereiste wordt onderscheiden. In een groot aantal gevallen volstaat de rechter met een algemene uitspraak over de redelijkheid van het gemaakte onderscheid.⁷⁹ Vanuit een perspectief van een goede rechterlijke argumentatie kan dit bezwaarlijk worden geacht, zeker nu hiervoor duidelijk is geworden dat de elementen wel degelijk van elkaar verschillen en dat hiermee verschillende aspecten van de rechtvaardiging van een ongelijke behandeling kunnen worden onderzocht. Belangrijk is bovendien dat een afzonderlijke proportionaliteitstoets in strikte zin de rechter noodzaakt tot een betere en duidelijkere definitie van de aard en het gewicht van de betrokken belangen.⁸⁰ Het oordeel over de proportionaliteit kan daardoor beter en overtuigender worden geformuleerd, waardoor wetgever, bestuur of individu er op hun beurt toe geprikkeld worden om een meer zorgvuldige en beter gemotiveerde belangenafweging te maken. Het zou daarom waardevol zijn als de rechter een grotere plaats zou toekennen aan het vereiste van proportionaliteit in strikte zin.⁸¹

4 Betekenis van het gelijkheidsbeginsel voor de beslissingsmacht van de rechter

4.1 Inleiding

Eerder werd al aangegeven dat zaken over ongelijke behandeling met grote regelmaat aan de rechter worden voorgelegd, waardoor deze in de gelegenheid is geweest om in belangrijke mate betekenis en uitwerking te geven aan het gelijkheidsbeginsel. Belangrijk is bovendien dat het maken van een belangenafweging in verticale rechtsverhoudingen primair thuishoort bij de bevoegde overheidsorganen (wetgever of bestuur), niet in het minst omdat dit vaak een politieke of beleidsmatige aangelegenheid is. Deze situatie rechtvaardigt de vraag of de frequente rechterlijke toetsing aan het gelijkheidsbeginsel en het

punt 72. In die zin ook Tridimas, a.w. noot 31, p. 91. Alleen in uitzonderlijke gevallen wordt aan het vereiste apart, d.w.z. los van de doel-middeltoets, getoetst. Zie bijv. HvJ EG 16 december 1992, C-169/91, *Stoke-on-Trent*, Jurispr. 1992, I-6635, punt 15 en 16. Hierover ook Jans, a.w. noot 31, p. 248. Vgl. ook Tridimas, a.w. noot 31, p. 92.

79. Zie bijv. EHRM 6 januari 2005, *Hoogendijk/Nederland*, EHRC 2005/24, m.nt. Gerards, HvJ EG 25 maart 2004, C-71/02 *Herbert Karner*, n.n.g., punt 51/52.

80. Zie verder Gerards 2004, a.w. noot 25, p. 114.

81. Vanzelfsprekend moet de rechter bij de toepassing van deze toets terdege rekening houden met zijn staatsrechtelijke positie en de problemen die een strikte proportionaliteitstoets kan opleveren als het gaat om de inschatting van het gewicht van belangen. In de hiernavolgende paragraaf (par. 4) zal hieraan nader aandacht worden besteed.

daarbij behorende evenredigheidsbeginsel *de facto* leidt tot een vergroting van de rechterlijke beslissingsmacht en, zo ja, of daaraan grenzen worden gesteld.

4.2 Procedurele functie van het gelijkheidsbeginsel

Een klacht over ongelijke behandeling door de overheid kan vrijwel steeds aan de bestuursrechter of aan de civiele rechter worden voorgelegd, hetzij in de vorm van een klacht over een schending van een algemeen beginsel van behoorlijk bestuur, hetzij als invulling van een algemeen privaatrechtelijk beginsel (onrechtmatigheid, redelijkheid en billijkheid). De bewijslast is daarbij relatief gemakkelijk te dragen: vaak is slechts vereist dat de eiser in een concreet geval aantoont dat onderscheid is gemaakt.⁸² Dat is al snel het geval. Iedere algemene regeling bevat immers wel een ongelijke behandeling, in de vorm van een beperking van de reikwijdte tot een bepaalde groep of tot een bepaalde categorie van gevallen. Ook in concrete gevallen van belangenaantasting (bijvoorbeeld bij weigering van een vergunning) zal het meestal niet moeilijk zijn om gevallen aan te wijzen waarin het verlangde recht of voordeel wél is toegekend.

In de praktijk wordt relatief vaak gebruik gemaakt van de mogelijkheid om een klacht over een 'gewone' belangenaantasting te herformuleren naar een klacht over ongelijke behandeling. Dat gebeurt zeker als de betreffende belangenaantasting normaal gesproken niet zo gemakkelijk aan de rechter kan worden voorgelegd. Bij de Commissie Gelijke Behandeling, een laagdrempelige, effectieve en daarmee aantrekkelijke instantie, is het bijvoorbeeld niet mogelijk om rechtstreeks te klagen over een aantasting van de godsdienstvrijheid (bijvoorbeeld veroorzaakt door een hoofddoekverbod van een horeca-onderneming). Het is echter eenvoudig genoeg om toegang te verkrijgen tot de Commissie door de klacht te formuleren als een onderscheid op grond van godsdienst (in het voorbeeld: mensen die geen hoofddoek dragen worden toegelaten tot de horecagelegenheid, terwijl mensen die een hoofddoek dragen worden uitgesloten).⁸³ Het maakt ook weinig verschil als de klacht op deze manier wordt aangebracht, omdat het uiteindelijk toch de materiële belangenaantasting zal zijn die wordt beoordeeld. Het aan het gelijkheidsbeginsel inherente proportionaliteitsvereiste vergt immers dat de rechter nagaat of er een redelijke afweging is gemaakt tussen het aangetaste belang (bijv. de beperking

82. De bewijslastverdeling en de eisen die aan het bewijs van ongelijke behandeling gesteld kunnen worden blijven hier onbesproken; deze zijn vanzelfsprekend ook afhankelijk van het geldende procesrecht en van Europese regelgeving op dit punt (vgl. de Europese Bewijslastrichtlijn voor onderscheid op grond van geslacht (Rl. 97/80/EG van 15 december 1997, PbEG 1998 L 14/6) en de bewijseisen in de belangrijkste artikel 13-richtlijnen (Rl. 2000/78/EG van 27 november 2000, Pb. EG 2000 L 303/16 (kaderrichtlijn arbeid) en Rl. 2000/43/EG van 29 juni 2000, Pb. EG 2000 L 180/22 (rasrichtlijn)). Belangrijk is wel dat bewijseisen het minder gemakkelijk kunnen maken om in een concreet geval een beroep te doen op het gelijkheidsbeginsel, met name als vereist wordt dat de partij die het beginsel inroept aannemelijk maakt dat van een ongelijke behandeling van vergelijkbare gevallen sprake is.

83. Zie voor dit voorbeeld Oordeel 2004-112.

van de mogelijkheid om uitdrukking te geven aan een bepaald geloof) en het nagestreefde doel (bijv. het realiseren van een gewenst bezoekersprofiel). Via de constructie op basis van het gelijkheidsbeginsel ziet een belanghebbende partij dus kans om zijn processuele mogelijkheden sterk te vergroten en de rechter kan hierdoor verplicht worden om de redelijkheid van de belangen-aantasting te toetsen, zelfs al omvat het procesrecht of het materiële recht daarvoor eigenlijk geen voorziening.⁸⁴

Het zal duidelijk zijn dat het gelijkheidsbeginsel op deze manier kan bijdragen aan de uitbreiding van het takenpakket van de rechter. De inhoud van het gelijkheidsbeginsel en het daarbij behorende proportionaliteitsvereiste, gecombineerd met de ruime inroepbaarheid van dit beginsel in bestuursrechtelijke en privaatrechtelijke procedures, zorgen ervoor dat de rechter vrijwel steeds een oordeel kan geven over de redelijkheid van een bepaalde belangen-aantasting.⁸⁵ Juist nu het proportionaliteitsbeginsel nauwelijks is ingekaderd, in die zin dat heldere criteria zijn geformuleerd om te beoordelen wanneer aan dit beginsel is voldaan, is de rechterlijke beslissingsmacht potentieel bijzonder groot.

4.3 Grenzen aan de beslissingsmacht van de rechter

De beslissingsmacht van de rechter in gevallen van gelijke behandeling is echter niet oneindig. Allereerst is van belang dat, op een aantal punten, de wetgever wel degelijk een concrete invulling heeft gegeven aan het gelijkheidsbeginsel. Een voorbeeld hiervan is de Algemene wet gelijke behandeling, waarin nauwkeurig is omschreven in welke gevallen een onderscheid wel of niet is toegestaan. De afweging tussen het gelijkheidsbeginsel (en daardoor beschermde materiële belangen) en andere rechten en belangen (zoals de vrijheid van richting of de verenigingsvrijheid) zijn dan al door de wetgever gemaakt, zodat de rechter deze regels alleen nog maar in concrete gevallen hoeft toe te passen. Ter relativering moet daarbij worden opgemerkt dat hierbij geen sprake is van een volledige ontneming van vrijheid aan de rechter.⁸⁶ De

84. Interessant in dit opzicht is het voorbeeld van het Belgische Arbitragehof. Dit Hof verwierf in 1989 de bevoegdheid om wetten te toetsen aan een beperkt aantal bepalingen van de Grondwet, waaronder de artikelen waarin het gelijkheidsbeginsel was neergelegd (art. 10 en 11 van de Belgische Grondwet). Het was niet mogelijk om aan andere grondrechtenbepalingen in de Grondwet te toetsen, maar het was dusdanig gemakkelijk om grondrechtenklachten te formuleren in de vorm van een klacht over ongelijke behandeling, dat het Arbitragehof feitelijk (indirect) aan alle bepalingen van de Grondwet kon toetsen (vgl. G. Maes, 'De uitbreiding door het Arbitragehof van zijn referentienormen met alle verdragsrechtelijke grondrechtenbepalingen die België verbinden', *Rechtskundig Weekblad* 2005-22, p. 875). Sinds 2003 is het Arbitragehof daardoor de bevoegdheid toegekend om rechtstreeks aan alle grondrechtenbepalingen uit de Grondwet te toetsen: de omslachtige herformulering via art. 10 en 11 is niet meer nodig.

85. Voor het Europese recht is dit inzichtelijk gemaakt door Tridimas, a.w. noot 31, p. 127.

86. Bovendien geldt de Algemene wet gelijke behandeling primair voor privaatrechtelijke situaties: de wet is niet van toepassing op eenzijdige overheidshandelingen,

AWGB laat bijvoorbeeld de nodige ruimte om na te gaan of het voor een school op religieuze grondslag echt *nodig* was om bij zijn toelatingsbeleid onderscheid naar godsdienst te maken.⁸⁷ De praktische invulling en toepassing van de proportionaliteitstoets berust daardoor voor een deel nog steeds bij de rechter. Geheel vrij is de rechter door het bestaan van dit soort wetgeving echter niet meer.

Bij de toepassing van het algemene, ongeschreven gelijkheidsbeginsel⁸⁸ is de ruimte voor een zelfstandig rechterlijk proportionaliteitsoordeel veel groter. Toch zijn ook daar grenzen gesteld, voornamelijk door de rechterlijke instanties zelf. Deze grenzen houden allereerst verband met de intensiteit van de rechterlijke toetsing. Een rechter zal zeker niet in alle gevallen van ongelijke behandeling een intensieve toetsing uitvoeren, waarbij hij hoge eisen stelt aan het bewijs van geschiktheid en noodzakelijkheid en waarbij hij uiterst zorgvuldig nagaat of de betrokken belangen op de juiste manier tegen elkaar zijn afgewogen. In veruit de meeste gevallen zal de rechter zich terughoudend opstellen en kiezen voor een marginale toets. In die gevallen zal hij hoogstens strijd met het gelijkheidsbeginsel vaststellen als de belangenafweging apert onredelijk of willekeurig is verlopen, of als wel heel evident is dat het onderscheid een ongeschikt middel is om het nagestreefde doel te bereiken.⁸⁹ Deze terughoudendheid compenseert tot op zekere hoogte de verstrekkende bevoegdheid van de rechter om een oordeel te geven over de redelijkheid van een ongelijke behandeling. Flexibiliteit in de intensiteit van de toetsing vormt daarmee een bruikbaar instrument om te komen tot een soort taakverdeling tussen de rechter en de overheid of de burger. Het uitgangspunt daarbij is dat

zoals subsidiëring (overigens met uitzondering van specifieke onderwerpen, zoals sociale zekerheid). Ziet een zaak op een puur publiekrechtelijke rechtsverhouding, dan is de rechter dus nog steeds vrij om eigen, van de AWGB afwijkende criteria toe te passen.

87. Zie art. 5 lid 2 AWGB.

88. Of van formuleringen van het gelijkheidsbeginsel in grondwetten of verdragen waarin geen inhoudelijke criteria voor toepassing zijn aangereikt.

89. Goede voorbeelden hiervan biedt de rechtspraak van het HvJ EG over het communautaire landbouwbeleid, waarbij het gelijkheidsbeginsel vaak als een algemeen beginsel van behoorlijk bestuur wordt ingeroepen. De toetsing daarbij is in het algemeen zeer terughoudend. Meestal wordt slechts in het algemeen een toetsing op willekeur uitgevoerd, en zelfs in de gevallen waarin van een aparte toetsing van noodzakelijkheid of geschiktheid sprake is, zal alleen een schending van het gelijkheidsbeginsel worden geconstateerd als het oordeel van de wetgever hierover 'kennelijk onjuist' is (bijv. HvJ EG 5 oktober 1994, gev. zaken C-133/93, C-300/94 en C-362/93, *Crispoltoni*, Jurispr. 1994, I-4863, punt 43). Ook de Belastingkamer hanteert als vast uitgangspunt dat '[...] aan de wetgever een ruime beoordelingsvrijheid toekomt bij het beantwoorden van de vraag of gevallen [...] als gelijk moeten worden beschouwd, en in het bevestigende geval, of een objectieve en redelijke rechtvaardiging bestaat om die gevallen niettemin in verschillende zin te regelen'; dit resulteert veelal in een uiterst marginale toetsing, waarbij vrijwel ieder argument van de wetgever als toereikend lijkt te worden geaccepteerd. Zie voor twee opvallende voorbeelden HR 9 mei 2003, BNB 2003/254, m.nt. G.J. Van Leijenhorst en HR 6 juni 2003, BNB 2004/5, m.nt. R.H. Happé. Een soortgelijke benadering wordt gehanteerd door de Centrale Raad van Beroep; vgl. bijv. CRvB 18 juni 2004, AB 2004/296, m.nt. FP.

de rechter zich terughoudend op zal stellen en de overheid of de burger de ruimte zal geven om tot een eigen afweging van belangen te komen. Alleen als er goede redenen zijn om te veronderstellen dat van deze ruimte misbruik wordt gemaakt, of (in het bestuursrecht) als het bestuursorgaan juridisch nauwelijks ruimte heeft om een eigen afweging te maken, zal de rechter zijn toetsing mogen intensiveren.⁹⁰

Naast een terughoudende toetsing hebben rechters nog andere mogelijkheden om hun beslissingsmacht binnen de perken te houden. Dit is bijvoorbeeld het geval op het punt van het verbinden van consequenties aan een geconstateerde schending van het gelijkheidsbeginsel. Een dergelijke schending kan per definitie op minimaal twee manieren worden opgelost: hetzij via 'levelling up' (de ongelijk behandelde persoon krijgt dezelfde gunstige behandeling als het geval waarmee hij zich heeft vergeleken), hetzij via 'levelling down' (de vergelijkingsgevallen ontvangen dezelfde nadelige behandeling als degene die het proces is gestart).⁹¹ De rechter zou zichzelf een vrij vergaande beslissingsmacht kunnen toebedelen als hij niet alleen zou vaststellen dat er sprake is van een ongelijke behandeling, maar ook nog zou aangeven op welke manier deze kan worden opgelost. Nu gebeurt dat soms wel (bijvoorbeeld in arbeidsrechtelijke geschillen waar een duidelijke vordering voorligt), maar als het gaat om keuzes die door de wetgever moeten worden gemaakt stelt de rechter zich in dit opzicht terughoudend op.⁹² In de bekende uitspraak *Arbeidskostenforfait* heeft de Hoge Raad zelfs aangegeven dat het primair aan de wetgever is om de consequenties van een geconstateerde schending van het gelijkheidsbeginsel te bepalen. Slechts in zeer uitzonderlijke omstandigheden (met name als de wetgever blijvend nalaat om op te treden) zal de rechter deze taak kunnen overnemen.⁹³

90. De vraag zou kunnen zijn wanneer nu moet worden vermoed dat er van beslissingsruimte misbruik is gemaakt. Daarvoor is in de rechtspraak en literatuur een aantal factoren ontwikkeld, die in de praktijk behulpzaam kunnen zijn. Zie voor een overzicht o.a. Gerards 2004, a.w. noot 35, p. 135 e.v. Ook Holtmaat heeft op enkele van deze factoren gewezen (Holtmaat, a.w. noot 25). Specifiek voor het Europese recht, en tegen een andere achtergrond, zijn enkele intensiteitbepalende factoren ontwikkeld door Tridimas (T. Tridimas, 'Proportionality in Community Law: Searching for the Appropriate Standard of Scrutiny', in: E. Ellis (red.), *The Principle of Proportionality in the Laws of Europe*, Oxford: Hart Publishing 1999, p. 76, 77).

91. Bovendien zijn er nog allerlei andere mogelijkheden te bedenken. Een illustratie van de creativiteit die daarbij ten toon kan worden gespreid is te vinden in de nasleep van de procedures over de Algemene Weduwen- en Wezenwet; zie voor een fraai overzicht daarvan EHRM 6 januari 2005, *Hoogendijk*, EHRC 2005/24, m.nt. J.H. Gerards.

92. Bekende voorbeelden zijn HR 12 oktober 1984, NJ 1985/230, HR 23 september 1988, NJ 1989/740, HR 5 september 1997, NJ 1998/686, m.nt. JdB en (buiten het kader van de gelijke behandeling) ABRvS 29 oktober 2003, *JB* 2004/3, m.nt. LV. De Centrale Raad van Beroep heeft in het verleden soms minder scrupules getoond; zie bijv. CRvB 7 december 1988, RSV 1989/67, m.nt. F.W.M. Keunen.

93. HR 12 mei 1999, NJ 2000/170, m.nt. ARB. Zie hierover uitgebreid en kritisch T. Barkhuysen, 'Het EVRM als integraal onderdeel van het materiële bestuurs-

4.4 Conclusie

Het gelijkheidsbeginsel kan de rechter potentieel een grote rol toebedelen, nu vrijwel iedere belangen aantasting kan worden geherformuleerd naar een klacht over ongelijke behandeling. Het algemene gelijkheidsbeginsel, al dan niet tot uitdrukking komend in algemene vereisten van privaatrecht of algemene beginselen van behoorlijk bestuur, maakt het gemakkelijk om een dergelijke klacht aan de rechter voor te leggen. Vervolgens is deze gehouden om uitspraak te doen over de redelijkheid van de ongelijke behandeling. Toch lijkt dit in de praktijk niet tot een grote uitbreiding van de rechterlijke beslissingsmacht te leiden. Niet alleen zullen rechters een zaak toch bij voorkeur behandelen via meer specifieke beginselen en regels, maar ook hebben rechters hun eigen potentiële beslissingsruimte ingeperkt door de ontwikkeling van een marginale toetsing en door het stellen van grenzen aan hun rechtsvormende taak.

5 Conclusie

In het voorgaande is een overzicht gegeven van de onderlinge verhouding tussen het gelijkheidsbeginsel en het evenredigheidsbeginsel en van de concrete effecten hiervan voor de rechtspraak. Een belangrijke bevinding daarbij is dat het evenredigheidsbeginsel en het gelijkheidsbeginsel, uitgaande van een materiële invulling van het gelijkheidsbeginsel, naadloos in elkaar overvloeien.⁹⁴ Sterker nog: het is feitelijk het proportionaliteitsvereiste dat bepaalt of een gelijke of ongelijke behandeling al dan niet toelaatbaar is. Het is aan de hand van dit vereiste dat moet worden nagegaan of er sprake is van een redelijke verhouding tussen een ongelijkheid in behandeling en een feitelijke ongelijkheid tussen de gevallen, of van een objectieve rechtvaardiging voor een geconstateerd onderscheid. De functie van het gelijkheidsbeginsel is daarmee voornamelijk instrumenteel of procedureel van aard: het beginsel fungeert als een instrument om duidelijk te maken dat er, in vergelijking met andere gevallen, sprake is van een benadeling (of juist een bevoordeling). De vraag of de op die manier geconstateerde benadeling of bevoordeling redelijk is, kan niet op basis van het gelijkheidsbeginsel als zodanig beantwoord worden: daarvoor is een toetsing aan het proportionaliteitsbeginsel en het daarin tot uitdrukking komende vereiste van redelijkheid vereist. Als gekozen wordt voor een invulling van het gelijkheidsbeginsel op basis van het rechtvaardigingsmodel,⁹⁵ zou in dit opzicht dus net zo goed rechtstreeks aan het vereiste van proportionaliteit kunnen worden getoetst.⁹⁶

recht', in: T. Barkhuysen e.a., *De betekenis van het EVRM voor het materiële bestuursrecht*, Preadvis VAR deel 123, Den Haag: Boom 2004, p. 99, 100.

94. Zoals in par. 2 werd aangegeven is ook een puur formele lezing mogelijk, waarbij het gelijkheidsbeginsel slechts als consistentievereiste geldt. Het proportionaliteitsbeginsel speelt daarbij geen rol.

95. D.w.z. dat als uitgangspunt wordt genomen dat ieder verschil in behandeling objectief moet worden gerechtvaardigd.

96. Zelfs het inhoudelijke belang bij gelijke behandeling (d.w.z. het belang om niet op irrelevante gronden of op basis van stereotypen te worden achtergesteld) kan dan

Rechters blijken dit veelal goed in te zien. Dit kan ook hun huiverigheid verklaren ten aanzien van de toetsing aan het gelijkheidsbeginsel. Veel rechters, waaronder vooral de Nederlandse bestuursrechters, kiezen er bij voorkeur voor om een puur formele invulling te geven aan het gelijkheidsbeginsel. Het beginsel wordt dan gebruikt als een vereiste van consistentie, waaraan getoetst kan worden zonder een oordeel te hoeven geven over ingewikkelde afwegingen of over de redelijkheid van een bepaald middel. Vanuit het perspectief van staatsrechtelijke verhoudingen is dit een begrijpelijke en wenselijke houding. Tegelijkertijd is dit echter een tekortkoming, omdat het vaak juist het ontbreken van redelijkheid en proportionaliteit zal zijn waardoor een belanghebbende zich benadeeld voelt. Het is daarom wel degelijk wenselijk dat rechters een inhoudelijke proportionaliteitstoets uitvoeren. Daarbij is de nodige verbetering mogelijk in de wijze waarop deze toets wordt uitgevoerd. Gebleken is dat rechters lang niet altijd aan alle elementen van het proportionaliteitsvereiste aandacht besteden en dat de toetsing van belangenafwegingen te wensen overlaat. Een verbetering op dit punt zou bestuursorganen, regelgevers en particulieren betere aanwijzingen geven voor de wijze waarop zij een belangenafweging moeten maken. Dit hoeft overigens niet te betekenen dat de eisen die aan een belangenafweging worden gesteld veel hoger worden. De concrete zorgvuldigheidseisen die aan de afweging kunnen worden gesteld (en de intensiteit waarmee de rechter deze vervolgens kan toetsen) zijn sterk afhankelijk van de aard en het gewicht van de betrokken belangen en van de context waarin het onderscheid geplaatst moet worden.

Tenslotte is uit het voorgaande duidelijk geworden dat het gelijkheidsbeginsel de rechter een ruime bevoegdheid geeft om aan het proportionaliteitsbeginsel te toetsen. Zeker nu het relatief gemakkelijk is om het gelijkheidsbeginsel in een gerechtelijke procedure in te roepen, kan dit de rechterlijke beslissingsmacht vergroten. Grote vrees voor misbruik daarvan hoeft echter niet te bestaan. Niet alleen is de beslissingsmacht in veel gevallen bij wet beperkt, maar ook de rechter zelf heeft in zijn rechtspraak grenzen getrokken. Zoals gezegd wordt in veel gevallen niet eens een redelijkheidstoets uitgevoerd, en zelfs waar dat wel gebeurt, gebeurt dit met de nodige terughoudendheid en voorzichtigheid. De vrijheid van wetgever, bestuur en individu om te komen tot een eigen afweging en een oordeel over de redelijkheid van een ongelijke behandeling, wordt daardoor voldoende gegarandeerd.

immers gemakkelijk worden meegenomen als onderdeel van de belangenafweging of de beoordeling van de redelijkheid van het gekozen middel.