



Universiteit
Leiden

The Netherlands

Discriminatiegronden in het digitale tijdperk: de toekomstbestendigheid van Artikel 1 van de Nederlandse Grondwet

Custers, B.H.M.; Ministerie BZK

Citation

Custers, B. H. M. (2024). Discriminatiegronden in het digitale tijdperk: de toekomstbestendigheid van Artikel 1 van de Nederlandse Grondwet. In *De Grondwet en nieuwe technologie* (pp. 39-67). Den Haag: Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/4176156>

Version: Publisher's Version

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

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/4176156>

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

De Grondwet en nieuwe technologie: klaar voor de toekomst?

Twaalf pleidooien voor modernisering van de Grondwet

Essaybundel

Britta van Beers
Bart Custers
Egbert Dommering
Jurgen Goossens
Aalt Willem Heringa
Wouter Hins
Bert-Jaap Koops
Sjors Ligthart & Gerben Meynen
Albert Meijer
Bart van der Sloot
Leon Trapman
Johan Wolswinkel

Colofon

De Grondwet en nieuwe technologie: klaar voor de toekomst?

Twaalf pleidooien voor modernisering van de Grondwet

Deze essaybundel is een uitgave van het Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties

Tekst: de essays zijn de verdienste en verantwoordelijkheid van de desbetreffende auteurs en reflecteren niet de opvattingen of aanbevelingen van het ministerie.

Concept en project begeleiding: Vormvijf, Den Haag

Grafisch ontwerp en vormgeving: Textcetera, Den Haag

Illustratie omslag en deelpagina's: Kylièn Bergh

Augustus 2024

Discriminatiegronden in het digitale tijdperk

De toekomstbestendigheid van Artikel 1 van de Nederlandse Grondwet

Bart Custers*

Samenvatting

Artikel 1 van de Nederlandse Grondwet (Gw) bepaalt dat allen die zich in Nederland bevinden, in gelijke gevallen gelijk worden behandeld. Discriminatie wegens godsdienst, levensovertuiging, politieke gezindheid, ras, geslacht, handicap, seksuele gerichtheid of op welke grond dan ook, is niet toegestaan. De grondwetten van de verschillende EU-lidstaten en het Handvest van de grondrechten van de EU bevatten vergelijkbare bepalingen. Al deze bepalingen specificeren bepaalde gronden (zoals geslacht, ras, religie) die verboden zijn als basis voor het nemen van beslissingen over mensen, zoals het aanbieden van een baan. In de huidige data-economie, waarin grote hoeveelheden persoonsgegevens worden verzameld en geanalyseerd, is het mogelijk om (vaak geautomatiseerd) beslissingen te nemen op tal van gronden, ook gronden die niet beschermd worden door anti-discriminatie-wetgeving (zoals postcode, schoenmaat of vermogen). De patronen die geavanceerde data-analyses blootleggen, kunnen (vaak onbedoeld) direct of indirect discriminerend blijken te zijn. In het bijzonder indirecte discriminatie (onderscheid op ogenschijnlijk neutrale gronden dat de facto leidt tot discriminatie op basis van een wettelijk verboden grond) kan lastig te ontdekken zijn, waardoor ook handhaving moeilijk is. Vanuit een materieelrechtelijk perspectief roepen deze technologische ontwikkelingen de vraag op welke discriminatiegronden bescherming verdienen. Discriminatiegronden veranderen in de loop van de tijd en zijn niet geharmoniseerd binnen

*

Prof.mr.dr.ir. B.H.M. (Bart) Custers is hoogleraar Law & Data Science en directeur van eLaw, het centrum voor recht en digitale technologie, aan de Universiteit Leiden.

de EU. In dit essay worden door middel van rechtsvergelijkend onderzoek de verschillende discriminatiegronden in de grondwetten van EU-lidstaten en het EU-handvest vergeleken. Dit overzicht is vervolgens de basis voor een discussie over de vraag in hoeverre artikel 1 Gw nog bij de tijd is of misschien toch toe is aan herziening.

1. Inleiding¹

In de huidige data-economie worden grote hoeveelheden persoonsgegevens verzameld en verwerkt voor het maken van (vaak geautomatiseerde) beslissingen over mensen.² Zulke analyses kunnen patronen en profielen blootleggen die bruikbaar zijn voor geautomatiseerde besluitvorming. Bedrijven kunnen deze kennis bijvoorbeeld gebruiken voor gepersonaliseerde reclame,³ het individualiseren van producten en diensten,⁴ online prijsdiscriminatie⁵ en het opsporen van desinformatie en nepnieuws.⁶ Overheden kunnen deze aanpak gebruiken voor bijvoorbeeld het opsporen van belastingfraude,⁷ de aanpak van

- 1 Dit essay is een bewerking van een eerder verschenen publicatie in een internationaal tijdschrift: Custers, B.H.M. (2023) Reconsidering Discrimination Grounds in the Data Economy: An EU Comparison of National Constitutions, *Computer Law and Security Review*, <https://doi.org/10.1016/j.clsr.2023.105851>.
- 2 Sadowski, J. (2019). When data is capital: Datafication, accumulation, and extraction. *Big data & society*, 6(1), p. 1-12; Custers, B.H.M., and Bachlechner, D. (2018) Advancing the EU Data Economy; Conditions for Realizing the Full Potential of Data Reuse, *Information Polity*, Vol. 22, No. 4, p. 291-309.
- 3 Zie, bijvoorbeeld, Boerman, S.C., Kruikemeier, S. & Zuiderveen Borgesius, F.J. (2017) *Online Behavioral Advertising: A Literature Review and Research Agenda*, 46 *Journal of Advertising* 363, 364.
- 4 Pallant, J., Sands, S., & Karpen, I. (2020). Product customization: A profile of consumer demand. *Journal of Retailing and Consumer Services*, 54, 102030.
- 5 Zuiderveen Borgesius, F., & Poort, J. (2017). Online price discrimination and EU data privacy law. *Journal of consumer policy*, 40, p. 347-366.
- 6 Wohn, D. Y., Fiesler, C., Hemphill, L., De Choudhury, M., & Matias, J. N. (2017, May). How to handle online risks? Discussing content curation and moderation in social media. In *Proceedings of the 2017 CHI Conference Extended Abstracts on Human Factors in Computing Systems* (pp. 1271-1276); Heuer, H., & Breiter, A. (2020). How fake news affect trust in the output of a machine learning system for news curation. In *Disinformation in Open Online Media: Second Multidisciplinary International Symposium, MISDOOM 2020, Leiden, The Netherlands, October 26-27, 2020, Proceedings 2* (pp. 18-36). Springer International Publishing.
- 7 De Roux, D., Perez, B., Moreno, A., Villamil, M. D. P., & Figueroa, C. (2018, July). Tax fraud detection for under-reporting declarations using an unsupervised machine learning approach. In *Proceedings of the 24th ACM SIGKDD International Conference on Knowledge Discovery & Data Mining* (pp. 215-222).

werkeloosheid,⁸ verkeersmanagement,⁹ het voorspellen van terrorisme,¹⁰ en het opsporen van criminaliteit.¹¹

Het verwerken van deze grote hoeveelheden persoonsgegevens en de profielen en voorspelmodellen die hieruit voortkomen, kan problematisch zijn op het vlak van privacy en discriminatie.¹² In het digitale tijdperk is het mogelijk om beslissingen te nemen over mensen op basis van tal van gronden, ook gronden die mensen liever niet delen met anderen (een privacyprobleem)¹³ of gronden die verboden zijn als selectiecriteria onder gelijke behandelingswetgeving (een discriminatieprobleem).¹⁴ De nieuwe methoden voor data-analyse maken selectie en besluitvorming mogelijk op basis van elk criterium dat als relevant uit de analyse komt. Anti-discriminatiewetgeving verbiedt het gebruik van verschillende eigenschappen (zoals geslacht, ras, religie) als grond voor beslissingen over mensen, zoals het aanbieden van een baan.¹⁵ Maar nu is het mogelijk om ook gronden te gebruiken die niet beschermd zijn in anti-discriminatiewetgeving (zoals postcode, schoenmaat, vermogen). Hoewel vaak onbedoeld, kunnen de patronen die geavanceerde data-analyses blootleggen direct of indirect discriminerend blijken te zijn.

Een typisch voorbeeld is Princeton Review, een Amerikaans bedrijf dat bijlessen en examentraining aanbiedt. Het bedrijf maakte gebruik van online prijsdiscriminatie voor de online bijlessen en rekende verschillende prijzen voor klanten, afhankelijk van hun geografische locatie. As gevolg hiervan, waarschijnlijk onbedoeld, hadden klanten van Aziatische afkomst twee keer zoveel kans een hogere prijs voorgeschoteld te krijgen dan klanten die geen

- 8 O'Connell, P. J., McGuinness, S., & Kelly, E. (2010). *A statistical profiling model of long-term unemployment risk in Ireland* (No. 345). ESRI Working paper.
- 9 Al-Hussein, W. A., Por, L. Y., Kiah, M. L. M., & Zaidan, B. B. (2022). Driver behavior profiling and recognition using deep-learning methods: In accordance with traffic regulations and experts guidelines. *International journal of environmental research and public health*, 19(3), 1470.
- 10 Bang, J., Basuchoudhary, A., David, J., & Mitra, A. (2018). Predicting terrorism: a machine learning approach. *Predicting terrorism: a machine learning approach*; Buffa, C., Sagan, V., Brunner, G., & Phillips, Z. (2022). Predicting Terrorism in Europe with Remote Sensing, Spatial Statistics, and Machine Learning. *ISPRS International Journal of Geo-Information*, 11(4), 211.
- 11 Ferguson AG (2019) Predictive Policing Theory. In: Rice Lave T, Miller EJ (eds) *The Cambridge Handbook of Policing in the United States*. Cambridge University Press; Custers, B.H.M. (2022) AI in Criminal Law: An Overview of AI Applications in Substantive and Procedural Criminal Law, in: B.H.M. Custers & E. Fosch Villaronga (eds.) *Law and Artificial Intelligence*, Heidelberg: Springer, p. 205-223; Caldwell, M., Andrews, J.T.A., Tanay, T., Griffin, L.D. (2020) AI enabled future crime, *Crime Science* 9:14.
- 12 Barocas S, Selbst AD (2016) Big Data's Disparate Impact. 104 *California Law Review* 671.
- 13 Custers, B.H.M. (2012) Predicting data that people refuse to disclose; how data mining predictions challenge informational self-determination. *Privacy Observatory Magazine*, 3.
- 14 Carmichael, L., Stalla-Bourdillon, S., & Staab, S. (2016). Data mining and automated discrimination: a mixed legal/technical perspective. *IEEE Intelligent Systems*, 31(6), p. 51-55; Barocas S, Selbst AD (2016) Big Data's Disparate Impact. 104 *California Law Review* 671.
- 15 Ellis, E., & Watson, P. (2012). *EU anti-discrimination law*. OUP Oxford.

Aziatische afkomst hadden.¹⁶ Dit is een vorm van indirecte discriminatie: de geografische locatie lijkt op het eerste gezicht een neutraal en niet gevoelig criterium en niet beschermd door anti-discriminatiewetgeving. Echter, in de praktijk is het de facto resultaat een onderscheid op basis van etniciteit. Etniciteit is duidelijk een gevoelig criterium en verboden om op te selecteren in anti-discriminatiewetgeving. In de meeste jurisdicties zijn zowel directe als indirecte discriminatie verboden, ongeacht of het bedoeld of onbedoeld plaatsvindt.¹⁷ Omdat indirecte discriminatie echter veel lastiger te ontdekken is, kan handhaving een groot probleem zijn.¹⁸

Dit alles is niet nieuw; er is veel literatuur beschikbaar over bestaande en mogelijke discriminatie, gelijkheid en (on)eerlijkheid bij geautomatiseerde besluitvorming.¹⁹ Bepaalde literatuur gaat expliciet in op de discrepantie tussen deze problemen en de bestaande anti-discriminatiewetgeving.²⁰ Veel literatuur komt uit het domein van het ICT-recht en niet zozeer uit het domein van het anti-discriminatierecht en de mensenrechten.²¹ Het anti-discriminatierecht lijkt vaak meer nadruk te leggen op jurisprudentie en rechterlijke interpretaties en contextuele benaderingen in specifieke zaken.²² Veel literatuur over (on)eerlijkheid, verantwoordelijkheid en transparantie in geautomatiseerde besluitvorming, machine learning en kunstmatige

- 16 Larson, J., Mattu, S., Angwin, J. (2015) *Unintended Consequences of Geographic Targeting*, 1 september 2015, <https://static.propublica.org/projects/princeton-review/princeton-review-methodology.pdf>.
- 17 In Nederland is dit geregeld in de Algemene wet gelijke behandeling (Awgb). Zie ook Tobler, C. (2005) *Indirect discrimination: a case study into the development of the legal concept of indirect discrimination under EC law*. Antwerpen: Intersentia; Khaitan, T. (2017) *Indirect discrimination*. In *The Routledge handbook of the ethics of discrimination*, p. 30-41. London: Routledge.
- 18 Voor onderzoek naar methoden om indirecte discriminatie te detecteren en te meten, zie Zliobaite, I. (2015). A survey on measuring indirect discrimination in machine learning. *arXiv preprint arXiv:1511.00148*.
- 19 Voorbeelden zijn Barocas S, Selbst AD (2016) Big Data's Disparate Impact. 104 *California Law Review* 671; Hildebrandt, M., Gutwirth, S. (2008) *Profiling the European Citizen*. Springer, Heidelberg; O'Neil, C. (2016) *Weapons of Math Destruction; How big data increases inequality and threatens democracy*, New York: Crown; Custers B.H.M., Calders T., Schermer B., Zarsky T. (eds.) *Discrimination and Privacy in the Information Society*. Heidelberg: Springer; Bruyne J. de, Vanleenhove, C. (2021) *Artificial Intelligence and the Law: A Belgian Perspective*. Intersentia, Cambridge, UK.
- 20 Zie, bijvoorbeeld, Wachter, S., Mittelstadt, B., and Russell, Chr. (2021) Why Fairness Cannot Be Automated: Bridging the Gap Between EU Non-Discrimination Law and AI (March 3, 2020). *Computer Law & Security Review* 41 (2021): 105567.
- 21 Voor het debat op het terrein van mensenrechten, zie bijvoorbeeld McGregor, L., Murray, D., & Ng, V. (2019) International human rights law as a framework for algorithmic accountability. *International & Comparative Law Quarterly*, 68(2), 309-343; Gerards, J. (2019) The fundamental rights challenges of algorithms. *Netherlands Quarterly of Human Rights*, 37(3), 205-209.
- 22 Paragraaf 5 bespreekt enkele uitzonderingen op deze observatie: Fineman, M.A. (2015) Equality and Difference – the Restrained State, 66 *Alabama Law Review* 609, 614; Krupiy, T. (2021) Meeting the Chimera: How the CEDAW Can Address Digital Discrimination, *International Human Rights Law Review* 10 (2021) pp. 1-39; Gerards, J., Zuiderveen Borgesius, F. (2022) Protected Grounds and the System of Non-Discrimination Law in the Context of Algorithmic Decision-Making and Artificial Intelligence, *Colorado Technology Law Journal*, volume 20, issue 1, pp. 1-55.

intelligentie (AI) is gericht op het identificeren van deze problemen,²³ maar er is een toenemende aandacht voor de aanpak van discriminerende effecten. Het gaat dan bijvoorbeeld om meer bewustzijn inbouwen over discriminerende effecten in de instrumenten voor data-analyse²⁴ of het automatiseren van eerlijkheid in de analyses.²⁵

In dit essay wordt onderzocht in hoeverre artikel 1 van de Nederlandse Grondwet (Gw) nog bij de tijd is of misschien toch toe is aan herziening.²⁶ Daarmee wordt een bijdrage geleverd aan het debat over hoe anti-discriminatiewetgeving eruit zou moeten zien.²⁷ Zoals hieronder wordt toegelicht, wanneer in dit essay wordt gesproken over anti-discriminatiewetgeving in de EU, dan wordt daarmee bedoeld de anti-discriminatiebepalingen in de nationale grondwetten van de lidstaten.

De nadruk ligt daarbij op de vraag welke gegevens verboden zouden moeten zijn als discriminatiegronden in deze nieuwe context. Dit roept vragen op omtrent eerlijkheid en rechtvaardigheid.²⁸ Het lijkt bijvoorbeeld algemeen geaccepteerd dat vliegtickets goedkoper zijn wanneer ze ruim van tevoren worden geboekt.²⁹ Maar er is veel minder acceptatie voor hogere prijzen voor paraplu's als het regent of voor een blikje cola als het erg warm is. Thuisbezorgde maaltijden die tot 50% duurder zijn voor klanten in villawijken liggen nog lastiger.³⁰ Een ander voorbeeld dat bij consumenten zorgen oproept is de praktijk van taxidienst Uber, die hogere ritprijzen rekent als de batterij van de telefoon van de klant bijna leeg is.³¹ De technologie

- 23 Shin, D., & Park, Y. J. (2019) Role of fairness, accountability, and transparency in algorithmic affordance. *Computers in Human Behavior*, 98, 277-284.
- 24 Pedreshi, D., Ruggieri, S., & Turini, F. (2008) Discrimination-aware data mining. In *Proceedings of the 14th ACM SIGKDD international conference on Knowledge discovery and data mining*, p. 560-568; Berendt, B., & Preibusch, S. (2017) Toward accountable discrimination-aware data mining: the Importance of keeping the human in the loop—and under the looking glass. *Big data*, 5(2), p. 135-152.
- 25 Wachter, S., Mittelstadt, B., and Russell, Chr. (2021) Why Fairness Cannot Be Automated: Bridging the Gap Between EU Non-Discrimination Law and AI (March 3, 2020). *Computer Law & Security Review* 41 (2021): 105567.
- 26 Voor een bredere discussie, zie ook Custers, B.H.M. (2019) Nieuwe digitale (grond)rechten, *Nederlands Juristenblad*, afl. 44, p. 3288-3295.
- 27 De nadruk ligt dus niet zozeer op specifieke jurisprudentie of aandacht voor het verbeteren van het ontwerp van bepaalde technologieën.
- 28 In het Engels wordt doorgaans gesproken over fairness ('eerlijkheid') en unfair practices ('oneerlijke praktijken'). Omdat oneerlijkheid geen Nederlands woord is, is in dit essay voor de term rechtvaardigheid gekozen.
- 29 Poort, J. and Zuiderveen Borgesius, F.J. (2019) Does everyone have a price? Understanding people's attitude towards online and offline price discrimination. *Internet Policy Review*, 8(1).
- 30 Maxwell, S. & Garbarino, E. (2010) The identification of social norms of price discrimination on the internet. *Journal of Product & Brand Management*, 19(3), p. 218-224.
- 31 Dakers, M. (2016) Uber knows customers with dying batteries are more likely to accept surge pricing. *The Telegraph*, October 30, 2017.

kan mensen in compleet nieuwe groepen categoriseren, zoals hondeneigenaren, neerslachtige tieners, gamers, alleenstaande ouders of gokkers, maar geen van deze criteria zijn genoemd in de huidige anti-discriminatiewetgeving.³²

Criteria als vermogen en sociale status zijn niet in alle EU-lidstaten beschermde discriminatiegronden. In ongeveer de helft van de lidstaten is dit het geval, maar in de andere helft niet.³³ Dit betekent dat het in sommige landen volstrekt legaal is om vermogen of sociale status te gebruiken als selectiecriterium (tenzij het alsnog verboden is in lagere wetgeving).³⁴

Het beginsel van gelijke behandeling (het recht op gelijke behandeling in gelijke gevallen) is beschermd door anti-discriminatiebepalingen in nationale grondwetten in de EU-lidstaten en in het Handvest van de grondrechten van de EU ('het EU-handvest'). Maar deze grondwetten en het EU-handvest zijn niet geharmoniseerd. Sterker nog, er zijn soms zeer grote verschillen in de discriminatiegronden die worden genoemd. Bovendien veranderen de discriminatiegronden door de tijd heen. Bijvoorbeeld discriminatiegronden als seksuele gerichtheid en genetische kenmerken zijn historisch gezien niet opgenomen in grondwettelijke bepalingen toen deze werden opgesteld, maar vinden nu stapsgewijs hun weg in grondwetsherzieningen.³⁵ Het gebrek aan harmonisatie en het veranderende ethische, juridische en maatschappelijke landschap roepen de vraag op welke discriminatiegronden nu wel en niet beschermd zouden moeten worden.

In dit essay wordt deze vraag beantwoord door eerst een rechts-vergelijkend onderzoek te doen naar welke discriminatiegronden in nationale grondwetten en het EU-handvest zijn opgesomd.³⁶ Deze

32 Wachter, S. (2022) The theory of artificial immutability: Protecting algorithmic groups under anti-discrimination law. *arXiv preprint arXiv:2205.01166*.

33 Zie paragraaf 4.

34 Sommige juristen hebben reeds voorgesteld om sociaaleconomische status als een 'verdachte' categorie te beschouwen, zie Gerards, J., Zuiderveen Borgesius, F. (2022) Protected Grounds and the System of Non-Discrimination Law in the Context of Algorithmic Decision-Making and Artificial Intelligence, *Colorado Technology Law Journal*, volume 20, issue 1, pp. 1-55.

35 Seksuele gerichtheid is opgenomen in de nationale grondwetten van Portugal in 2004, in Zweden in 2011, en in Nederland in 2023. Voor ontwikkelingen in lagere wetgeving die tot deze grondwettelijke aanpassingen hebben geleid, zie ook Waaldijk, C., & Bonini-Baraldi, M. T. (2006) *Sexual orientation discrimination in the European Union: National laws and the employment equality directive*. TMC Asser Press.

36 Merk op dat EU anti-discriminatiewetgeving veel breder is dan enkel de anti-discriminatie bepalingen in de nationale grondwetten. Bijvoorbeeld Richtlijn 2000/43/EC adresseert discriminatie op grond van ras en etniciteit, Richtlijn 2000/78/EC adresseert discriminatie op de werkvloer op basis van religie of geloof, handicap, leeftijd of seksuele gerichtheid, Richtlijn 2006/54/EC reguleert gelijke behandeling van mannen en vrouwen in arbeid en beroep, en Richtlijn 2004/113/EC reguleert gelijke behandeling van mannen en vrouwen bij de toegang tot en het aanbod van goederen en diensten. Dit zijn slechts enkele voorbeelden van regulering op

rechtsvergelijking verifieert of er inderdaad een gebrek aan harmonisatie is. Vervolgens worden de resultaten van de rechtsvergelijking gebruikt om te zien in hoeverre de huidige wetgeving, in het bijzonder art. 1 Gw, nog bij de tijd is of toe is aan herziening.

Dit essay is als volgt gestructureerd. Paragraaf 2 zet de gebruikte methodologie uiteen voor de rechtsvergelijking en beschrijft enkele beperkingen van de gekozen aanpak. Paragraaf 3 bespreekt waarom ontwikkelingen in de technologie en de data-economie vragen om herziening van de discriminatiegronden. Paragraaf 4 onderzoekt het huidige juridische landschap door de bepalingen in nationale grondwetten en het EU-handvest tegen het licht te houden. Paragraaf 5 bespreekt de mate waarin de huidige anti-discriminatie-wetgeving nog toereikend is en hoe herziening van art. 1 Gw eruit zou kunnen zien. Paragraaf 6 sluit af met conclusies en aanbevelingen voor verder onderzoek.

2. Methodologie

De aanpak in dit essay bestaat uit rechtsvergelijkend onderzoek gecombineerd met literatuurstudie. De literatuurstudie is toegevoegd om enkele beperkingen van de rechtsvergelijking (zie hieronder) te adresseren. De resultaten van de rechtsvergelijking worden gepresenteerd in paragraaf 4 en de resultaten van de literatuurstudie worden besproken in paragraaf 5.

De vergelijking van discriminatiegronden binnen de EU-lidstaten is uitgevoerd op basis van beschikbare Engelse vertalingen van alle grondwetten. Alle 27 lidstaten van de EU zijn meegenomen in dit onderzoek. Hoewel de meeste lidstaten secundaire wetgeving hebben op het gebied van gelijke behandeling, is deze wetgeving niet betrokken in dit onderzoek.³⁷ De nadruk lag op nationale grondwetten en de anti-discriminatiebepalingen daarin. De reden hiervoor is dat in elke jurisdictie de grondwet het hoogste beschermingsniveau biedt. Secundaire wetgeving is doorgaans minder generiek (bijvoorbeeld sectorale wetgeving) en slechts

dit terrein, er bestaat meer specifieke regulering voor de bescherming van personen met een handicap, kinderen, ouderen, etc. Voor meer details, zie bijvoorbeeld FRA (2018) *Handbook on European non-discrimination law*, European Union Agency for Fundamental Rights, Vienna, Austria; Zie ook Ellis, E., Watson, Ph. (2012) *EU anti-discrimination law*, Oxford: Oxford University Press. In Nederland is de belangrijkste lagere wetgeving de Algemene wet gelijke behandeling (Awgb). Merk op dat dat Europese harmonisatie grotendeels via EU-richtlijnen is vormgegeven, zie vorige voetnoot, waardoor er speelruimte is voor verschillen in implementatie in nationale wetgeving.

toepasbaar onder bepaalde omstandigheden. Aangezien dit essay een globaal overzicht beoogt te bieden, zijn de nationale grondwetten voldoende. Daarnaast waren er praktische redenen om secundaire wetgeving uit te sluiten: deze wetgeving is vaak versplinterd, moeilijker toegankelijk en vereist gedetailleerd begrip van nationale rechtsstelsel en brengt taalbarrières met zich mee. Om dezelfde redenen is ook jurisprudentie grotendeels buiten de rechtsvergelijking gehouden.

Het Constitute Project heeft Engelstalige vertalingen beschikbaar gemaakt van grondwetten van landen over de hele wereld, inclusief die van alle EU-lidstaten.³⁸ Deze vertalingen zijn gebruikt als de basis voor deze rechtsvergelijking. Op basis van zoektermen als ‘discrimination’, ‘equal’, ‘equality’, ‘equal treatment’ en enkele van de meest gangbare discriminatiegronden (zoals race, gender, religie), zijn de anti-discriminatiebepalingen in kaart gebracht. bepalingen die zien op andere rechten en vrijheden, zoals vrijheid van godsdienst, zijn niet meegenomen in de rechtsvergelijking. De nadruk lag op bepalingen die gelijke behandeling en/of anti-discriminatie beschermen. In de meeste grondwetten bleek er precies één (niet meer en niet minder) bepaling te zijn hiervoor. In sommige grondwetten (België, Polen, Zweden)³⁹ zijn er meerdere bepalingen en in sommige grondwetten (Ierland, Letland, Luxemburg) zijn er geen bepalingen die discriminatiegronden opsommen (en gelijke behandeling simpelweg beschermen zonder discriminatiegronden te noemen). Voor meer details, zie paragraaf 4.

Vanwege verschillen in woordkeuze en formulering in nationale wetgeving is soms sprake van uiteenlopende terminologie voor wat min of meer dezelfde discriminatiegrond is. Daarom is ervoor gekozen labels (categorieën) te gebruiken die de gronden groeperen. Bijvoorbeeld geslacht, sekse en seksuele identiteit zijn gegroepeerd. Seksuele gerichtheid is niet opgenomen in deze categorie. Sommige grondwetten verwijzen naar ras, andere naar etniciteit, en weer andere naar huidskleur. Al deze gronden zijn gegroepeerd omdat ze nauw aan elkaar verwant zijn. Hetzelfde geldt voor religie en geloof, die ook zijn gegroepeerd. Religie en geloof zijn echter apart gezet van de categorie seculiere levensovertuiging, waaronder begrippen als ideologie, mening, overtuiging en levensfilosofie vallen. Politieke

38
39

<https://www.constituteproject.org/?lang=en>
In België: artikelen 11 en 131 van de Belgische grondwet. In Polen: artikelen 32, 33, en 233 van de Poolse grondwet. In Zweden: artikelen 2 en 12 van de Zweedse grondwet.

overtuiging en mening zijn als aparte categorie genomen gelet op hun specifiek belang in democratische processen, de rechtsstaat en grondrechten. Gebrek en handicap zijn gecombineerd als categorie, maar apart gezet van gezondheid, gelet op de chronische aard ervan (die bij gezondheid weliswaar ook chronisch kan zijn, maar zeker niet altijd). Veelgenoemde discriminatiegronden als (sociale) afkomst, afstamming en geboorte zijn gegroepeerd vanwege de sterke overlap in betekenis. Persoonlijke en maatschappelijke status zijn om dezelfde reden gegroepeerd. Tot slot zijn eigendom, financiële positie en vermogen gecombineerd omdat ze hetzelfde aspect lijken te bedoelen. Alles bij elkaar levert dit 15 categorieën op voor de nationale constituties. Een 16^e categorie (genetische kenmerken) komt wel voor in het EU-handvest, maar niet in een van de nationale grondwetten.

Bij het tellen van het aantal discriminatiegronden in elke grondwet is elk onderdeel geteld dat door middel van komma's in de opsomming is gescheiden. Alleen als de gronden aparte categorieën betroffen, zijn ze apart geteld. Bijvoorbeeld de Bulgaarse grond 'nationaliteit of maatschappelijke afkomst' is als twee gronden geteld.⁴⁰ Als twee discriminatiegronden in dezelfde categorie vallen, zijn ze twee keer geteld, om de diversiteit van de wetgever te weerspiegelen. Bijvoorbeeld de Slowaakse grondwet noemt zowel huidskleur als ras, die beide in dezelfde categorie vallen.⁴¹ Uiteraard zijn huidskleur en ras niet hetzelfde, aangezien mensen van verschillend ras dezelfde huidskleur kunnen hebben.

Bij het bepalen of de opsomming van discriminatiegronden limitatief is of niet, is gekeken naar de formulering van de bepalingen. Ten eerste, als de discriminatiegronden als voorbeelden worden genoemd, wordt de lijst als niet-limitatief beschouwd. Bijvoorbeeld, het EU-handvest gebruikt de formulering 'met name op grond van...', hetgeen duidelijk ruimte laat voor het bestaan van andere discriminatiegronden dan degene die expliciet in de bepaling worden genoemd. Ten tweede, als na een opsomming van discriminatiegronden tekst als '...of enige andere eigenschappen', of '...of een andere status', of vergelijkbare woorden zijn opgenomen, is eveneens duidelijk dat de wetgever een niet-limitatieve opsomming voor ogen had. Ten derde, als er geen discriminatiegronden zijn genoemd, is het ook duidelijk dat er geen sprake is van een

40 Artikel 6 van de Bulgaarse grondwet.

41 Artikel 12.2 van de Slowaakse grondwet.

limitatieve opsomming. Als geen van deze drie typen formuleringen is gehanteerd, is het duidelijk dat de wetgever juist wel een limitatieve opsomming voor ogen had.

Het mag duidelijk zijn dat deze aanpak beperkingen heeft. De eerste beperking is dat slechts grondwetten zijn bekeken, terwijl secundaire wetgeving en jurisprudentie niet zijn meegenomen. De redenen voor deze keuze zijn hierboven reeds besproken. De tweede beperking is het gebruik van vertalingen van grondwetten van het *Constitute Project*. Hoewel deze informatie regelmatig wordt geactualiseerd, kan het zijn dat bepaalde informatie achterhaald is. Bovendien bevatten de vertalingen mogelijk enige ruis, omdat woorden nu eenmaal verschillende connotaties kunnen hebben in andere talen. Gelet op de veelheid aan talen binnen de EU brengt het bestuderen van grondwetten in hun eigen taal te veel praktische problemen met zich, waardoor vertalingen toch de beste keuze zijn. De derde beperking is dat deze aanpak weinig informatie verschaft over de gaten in anti-discriminatiewetgeving en wat hieraan gedaan zou kunnen worden. Dit is gecompenseerd met het literatuuronderzoek in paragraaf 5. De vierde beperking ligt in het groeperen van de discriminatiegronden. Dit leidt ertoe dat bepaalde discriminatiegronden minder zichtbaar worden, ondanks hun belang. Door bijvoorbeeld geslacht, sekse en seksuele identiteit te groeperen, worden zeer verschillende concepten op een hoop gegooid en bepaalde aspecten minder zichtbaar. Praktisch gezien heeft dit geen invloed op de bevindingen, aangezien het nog steeds mogelijk is te bepalen of de gronden wel of niet limitatief zijn opgesomd. Niettemin is het groeperen van zulke discriminatiegronden een simplificatie en weerspiegelt het onvoldoende de rechten van bepaalde groepen. Deze simplificaties, hoewel hier gekozen om praktische redenen, kunnen in toekomstig onderzoek waarschijnlijk beter vermeden worden. De vijfde beperking is dat deze aanpak vooral terugkijkt en niet zozeer vooruitkijkt naar veranderingen die op komst zijn. Dit zou een analyse van parlementaire debatten en wetsvoorstellen vereisen in elke lidstaat, hetgeen buiten de reikwijdte van dit essay valt.

3. Discriminerende patronen in data

Alvorens in de rechtsvergelijking te duiken, wordt hier eerst besproken welke ontwikkelingen op het vlak van de technologie en de data-economie vragen om heroverweging van de bestaande discriminatiegronden. De twee belangrijkste aanleidingen zijn dat in het digitale tijdperk (1) besluitvorming in toenemende mate is gebaseerd op beschikbare gegevens en dat kan leiden tot nieuwe, onverwachte patronen, hetgeen de kans op onbedoelde en/of indirecte discriminatie verhoogt,⁴² en (2) besluitvorming kan worden gebaseerd op criteria die niet genoemd zijn in bepalingen over anti-discriminatie, terwijl die criteria wel als oneerlijk (kunnen) worden gezien door mensen. Paragrafen 3.1 en 3.2 zullen verder ingaan op beide punten.

3.1 *Indirecte discriminatie*

Iedereen gebruikt in het dagelijks leven vuistregels, inclusief stereotyperingen, om de wereld waarin we leven te vereenvoudigen en beter te begrijpen. Omdat sommige van deze stereotyperingen onwenselijke resultaten opleveren, zijn bepaalde gronden voor het maken van onderscheid bij wet verboden. Vaak gaat het dan om eigenschappen die mensen niet of slechts zeer moeilijk kunnen veranderen, zoals geslacht en etniciteit. Sommige van deze discriminatiegronden zijn in het verleden stevig bevochten (en soms nog steeds), zoals gendergelijkheid en vrijheid van religie. Het openlijke gebruik van deze eigenschappen voor het nemen van beslissingen, zoals iemand een baan weigeren op grond van etnische afkomst, is een duidelijke schending van anti-discriminatie-wetgeving in de EU en een vorm van directe discriminatie. Echter, verborgen discriminatie, bijvoorbeeld het weigeren van een baan op grond van etnische afkomst zonder dit erbij te zeggen, zorgt ervoor dat de handhaving problematisch kan zijn. In de meeste rechtstelsels in de EU (en ook de VS) is indirecte discriminatie (discriminatie op grond van ogenschijnlijk neutrale gronden maar met dezelfde uitkomsten als directe discriminatie) eveneens verboden. Bijvoorbeeld het beleid van een restaurant om geen honden toe te laten heeft als gevolg dat ook blindengeleidehonden niet zijn

42

Barocas S, Selbst AD (2016) Big Data's Disparate Impact. 104 *California Law Review* 671; Custers, B.H.M., Calders, T., Schermer, B., and Zarsky, T. (eds.) (2013) *Discrimination and Privacy in the Information Society: Data Mining and Profiling in Large Databases*, Heidelberg: Springer; Harcourt, B.E. (2007) *Against Prediction: Profiling, Policing and Punishing in an Actuarial Age*. Chicago: University of Chicago Press; Schauer, F. (2003) *Profiles, Probabilities and Stereotypes*. Cambridge MA: Harvard University Press.

toegestaan. De facto betekent dit dat het beleid (indirect) discriminerende effecten heeft voor visueel gehandicapte personen, ook al is het beleid niet (direct) gericht tegen hen.

Indirecte discriminatie kan bedoeld en onbedoeld plaatsvinden.⁴³ In het geval van bedoelde indirecte discriminatie (ook wel aangeduid als maskering), zullen mensen de echte redenen voor een beslissing verborgen willen houden, omdat ze juridische consequenties kunnen hebben of discussie zullen oproepen. Indirecte discriminatie kan lastig te bewijzen zijn. Als iemand een baan geweigerd wordt, is het eenvoudig om als toelichting te geven dat een andere kandidaat beter in het team paste en is het lastig voor betrokkene om te bewijzen dat dit eigenlijk is gebaseerd op bijvoorbeeld geslacht of etniciteit.

Besluitvorming is in toenemende mate gebaseerd op gegevens en steeds vaker geautomatiseerd. De kans is klein dat zulke besluitvorming leidt tot bedoelde discriminatie, aangezien software voor patroonherkenning of besluitvorming geen ‘intenties’ heeft. Dat wil echter niet zeggen dat beslissingen gebaseerd op gegevens neutraal of niet-discriminerend zijn. Beslissingen gebaseerd op gegevens kunnen onbedoeld discriminerend zijn omdat ze discriminerende patronen in de onderliggende gegevens volgen.

Als bijvoorbeeld geautomatiseerd wordt gezocht naar het ideale profiel voor een topmanager, dan kan op basis van de beschikbare gegevens blijken dat de ideale kandidaat een blanke man van middelbare leeftijd zou moeten zijn. Dit is echter een cirkelredenering of, beter gezegd, een *self-fulfilling prophecy*.⁴⁴ Als een dataset veel managers met dit profiel bevat, zal de software een conclusie trekken die te verwachten viel. Omdat geen mensen met verschillende achtergronden zijn meegenomen in de dataset, is hen ook geen eerlijke kans gegeven.

Het verbeteren van de nauwkeurigheid van de gegevens zal dit probleem niet oplossen. Ook het verwijderen van gevoelige gegevens in de datasets (zoals etniciteit en geslacht) zal niet voorkomen dat discriminerende patronen worden ontdekt.⁴⁵ De modellen en analysemethoden kunnen zelf ook discriminerend zijn. Het is dus

43 Dinur, R. (2021) Intentional and Unintentional Discrimination: What Are They and What Makes Them Morally Different, *Journal of moral philosophy*, 19(2), p. 111-138.

44 Teeuw, W.B., Vedder, A.H., Custers, B.H.M., Dorbeck-Jung, B.R., Faber, E.C.C., Iacob, S.M., Koops, B.J., Leenes, R.E., Poot, H.J.G. de, Rip, A., & Vudisa, J.N. (2008) *Security Applications for Converging Technologies: Impact on the constitutional state and the legal order*. O&B 269, The Hague: WODC.

45 Kamiran, F., & Calders, T. (2009) *Classifying without Discriminating*, in IEEE International Conference on Computer, Control & Communication, <http://ieeexplore.ieee.org/document/4909197/?reload=true>.

zaak instrumenten te ontwikkelen die geen discriminerende patronen opleveren. Voor het ontwikkelen van zulke modellen kan het nodig zijn dat juist gevoelige gegevens worden gebruikt.⁴⁶

Indirecte discriminatie komt veel voor in geautomatiseerde besluitvorming en risicoprofilering. Omdat er zoveel eigenschappen in de data-analyses worden meegenomen, kan het eenvoudig zijn om wettelijke discriminatiegronden te omzeilen. Maar als ogenschijnlijk neutrale eigenschappen sterk correleren met gevoelige eigenschappen, kan discriminatie toch plaatsvinden. Een typisch voorbeeld hiervan is *redlining*, waarbij aan mensen eigenschappen worden toegeschreven op basis van hun postcode (een ogenschijnlijk neutrale eigenschap), terwijl een postcode een sterke indicator kan zijn voor etniciteit (een wettelijk verboden discriminatiegrond).⁴⁷

3.2 Nieuwe discriminatiegronden en (gepercipieerde) rechtvaardigheid

Als er zoveel meer eigenschappen gebruikt worden voor besluitvorming dan staan opgesomd in discriminatiewetgeving, dat roept dat twee vragen op. De eerste betreft handhaving (hoe kunnen vormen van indirecte discriminatie worden opgespoord en aangepakt?) en de tweede betreft rechtvaardigheid (zijn de huidige discriminatiegronden nog voldoende bruikbaar om tot rechtvaardige uitkomsten te komen?). De eerste vraag heeft veel aandacht gekregen in de literatuur en de huidige discussie is vooral gericht op technologische oplossingen, zoals het ontwikkelen van instrumenten die discriminatie kunnen detecteren en instrumenten als *discrimination-aware data mining tools*⁴⁸ die voorkomen dat analyses resulteren in discriminerende patronen.⁴⁹

In dit essay ligt de nadruk op de tweede vraag: zijn de huidige discriminatiegronden nog steeds de juiste set om te komen tot rechtvaardige uitkomsten? Het antwoord op deze vraag is waarschijnlijk: nee, dat is niet het geval. De eerste (niet heel sterke) indicatie hiervoor is dat er geen consensus bestaat over welke set met

46 Zliobaite, I & Custers, B.H.M. (2016) Using Sensitive Personal Data May Be Necessary for Avoiding Discrimination in Data-Driven Decision Models, 24 *Artificial Intelligence & Law*, 183 (2016).

47 Zie ook Squires, G. D., & Woodruff, F. (2019). *Redlining. The Wiley Blackwell encyclopedia of urban and regional studies*, p. 1-8. Hoboken NJ: Wiley-Blackwell.

48 Pedreshi, D., Ruggieri, S., & Turini, F. (2008) Discrimination-aware data mining. In *Proceedings of the 14th ACM SIGKDD international conference on Knowledge discovery and data mining*, p. 560-568; Berendt, B., & Preibusch, S. (2017) Toward accountable discrimination-aware data mining: the Importance of keeping the human in the loop—and under the looking glass. *Big data*, 5(2), p. 135-152.

49 Pedreschi, D., Ruggieri, S., Turini, F. (2013) The discovery of discrimination, in: Custers, B.H.M., Calders, T., Schermer, B., and Zarsky, T. (eds.) (2013) *Discrimination and Privacy in the Information Society: Data Mining and Profiling in Large Databases*, Heidelberg: Springer.

discriminatiegronden de juiste zou zijn. Zoals in paragraaf 4 wordt besproken, is er binnen de EU nog geen overeenstemming welke gronden dit zouden moeten zijn. Elke lidstaat heeft zijn eigen lijst. Een tweede (sterkere) indicatie is dat de lijsten met discriminatiegronden voortdurend veranderen (en vooral uitbreiden). Aangezien de discriminatiegronden vaak zijn neergelegd in grondwetten, gaan deze veranderingen langzaam. Maar niettemin zijn er veranderingen. In 2023 bijvoorbeeld werden twee nieuwe discriminatiegronden in de Nederlandse Grondwet opgenomen: handicap en seksuele gerichtheid.⁵⁰ Een ander voorbeeld is het EU-handvest, waarin genetische kenmerken als discriminatiegrond is opgenomen. Het EU-handvest, pas sinds 2009 van kracht, is relatief nieuw vergeleken met de nationale grondwetten, die geen van allen deze discriminatiegrond kennen.

De huidige discriminatiegronden zijn relatief eenvoudig te vinden (zie paragraaf 4), maar afwegen of ze leiden tot rechtvaardige uitkomsten is een stuk ingewikkelder. Dit hangt vooral af van de vraag wat een rechtvaardige uitkomst is. Rechtvaardigheid is een normatief concept maar kan wel verder worden onderzocht via sociaalwetenschappelijk onderzoek. Onderzoek laat bijvoorbeeld zien dat online consumenten productprijzen die afhangen van hun locatie minder rechtvaardig vinden dan productprijzen die afhangen van hun aankoopgeschiedenis.⁵¹ Als de prijzen afhangen van hun locatie vinden ze dat vervolgens weer minder erg dan prijzen die afhangen van het type apparaat waarmee ze bestellen.⁵² Maar geen van deze eigenschappen (locatie, aankoopgeschiedenis of type apparaat) komt voor in wetgeving als discriminatiegrond.

Wat rechtvaardig is (of als rechtvaardig wordt gezien) hangt sterk af van de context. Voor hier is vooral belangrijk dat (gepercipieerde) rechtvaardigheid aan verandering onderhevig is, in het bijzonder als de besluitvorming steeds meer op gegevens is gebaseerd. Dit opent de mogelijkheid beslissingen te baseren op gronden die niet genoemd zijn in anti-discriminatiewetgeving (en zodoende volstrekt legaal zijn), terwijl die beslissingen tegelijkertijd als onrechtvaardig worden gezien.

50 NOS (2023) Verbod op discriminatie om handicap of seksualiteit toegevoegd aan grondwet, NOS, 17 januari 2023. <https://nos.nl/artikel/2460196-verbod-op-discriminatie-om-handicap-of-seksualiteit-toegevoegd-aan-grondwet>.

51 Priester, A., Robbert, T. & Roth, S. (2020) A special price just for you: effects of personalized dynamic pricing on consumer fairness perceptions. *J Revenue Pricing Manag* 19, p. 99-112.

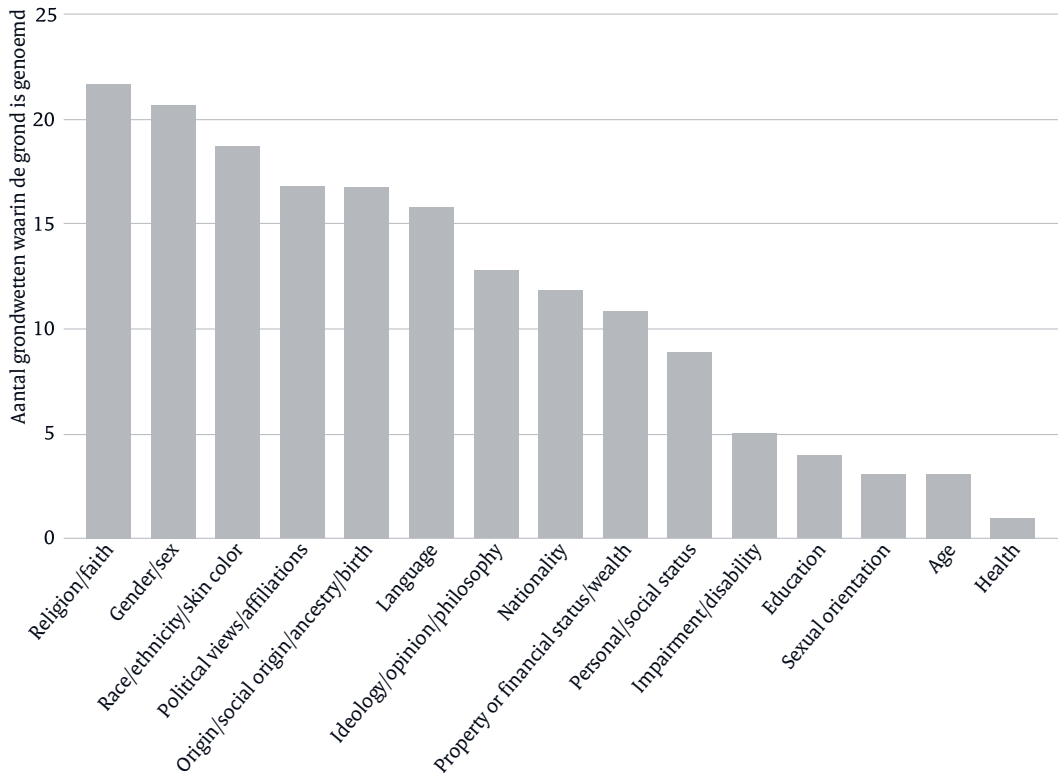
52 Hufnagel, G., Schwaiger, M., Weritz, L. (2022) Seeking the perfect price: Consumer responses to personalized price discrimination in e-commerce, *Journal of Business Research*, Vol. 143, p. 346-365.

4. Resultaten

In deze paragraaf worden de huidige discriminatiegronden in de EU verkend. Dit legt de basis voor de discussie of en hoe herziening van de discriminatiegronden nodig is.

4.1 Vergelijking van grondwetten in de EU

Het eerste onderdeel om te vergelijken zijn de discriminatiegronden in de betreffende bepalingen van elke grondwet. Zoals uitgelegd in paragraaf 2, zijn de discriminatiegronden gegroepeerd in 15 categorieën. Deze categorieën, en hoe vaak ze genoemd worden in de grondwetten van EU-lidstaten is weergegeven in Figuur 1.



Figuur 1: Frequentie van verschillende discriminatiegronden in grondwetten van EU-lidstaten (N=27).

Figuur 1 laat zien dat religie/geloof de meest genoemde discriminatiegrond is. De top drie bestaat uit respectievelijk religie, geslacht en etniciteit. Het minst vaak genoemd zijn de discriminatiegronden seksuele gerichtheid, leeftijd en gezondheid. Figuur 1 laat duidelijk zien dat discriminatiegronden niet geharmoniseerd zijn binnen de EU, althans niet op grondwettelijk niveau.

Uiteraard kan worden geredeneerd dat discriminatiegronden wel zijn geharmoniseerd binnen de EU via het EU-handvest. Artikel 21 van het EU-handvest bevat namelijk heel veel discriminatiegronden (meer dan enige nationale grondwet) en omvat de meeste gronden in Figuur 1. Echter, het EU-handvest noemt verschillende gronden niet of niet expliciet, zoals gezondheid, opleiding en persoonlijke/sociale status. Het EU-handvest geeft geen limitatieve lijst van discriminatiegronden. Eén discriminatiegrond die wel voorkomt in het EU-handvest, maar in geen van de nationale grondwetten, is genetische kenmerken.

Er zijn verschillen in de manier waarop discriminatiegronden zijn opgesomd in de nationale grondwetten. De formulering kan limitatief of niet-limitatief zijn, zie Tabel 1. In 13 van de 27 EU-lidstaten is de opsomming op een limitatieve (uitputtende) wijze geformuleerd in de grondwet. Dit is het geval voor België, Bulgarije, Denemarken, Duitsland, Frankrijk, Griekenland, Italië, Litouwen, Malta, Oostenrijk, Polen, Portugal en Roemenië.

Limitatieve opsomming	Niet-limitatieve opsomming
België, Bulgarije, Denemarken, Duitsland, Frankrijk, Griekenland, Italië, Litouwen, Malta, Oostenrijk, Polen, Portugal, Roemenië	Cyprus, Estland, Finland, Hongarije, Ierland, Kroatië, Letland, Luxemburg, Nederland, Slowakije, Slovenië, Spanje, Tsjechië, Zweden.
(13 van de 27)	(14 van de 27) + EU-handvest

Tabel 1: Landen met limitatieve versus niet-limitatieve opsommingen van discriminatiegronden in hun grondwet. Het EU-handvest bevat een niet-limitatieve opsomming.

De andere 14 lidstaten hebben gekozen voor een niet-limitatieve opsomming van discriminatiegronden. De meeste van deze landen (Cyprus, Estland, Finland, Hongarije, Kroatië, Nederland, Slowakije,

Slovenië, Spanje, Tsjechië en Zweden) sluiten de opsomming af met een formulering als ‘...of enige andere eigenschappen’, of ‘...of een andere status’, of vergelijkbare woorden, waarmee wordt duidelijk gemaakt dat de wetgever beoogde niet-limitatief te zijn. In drie landen (Ierland, Letland en Luxemburg) is in het geheel geen opsomming opgenomen in de betreffende grondwetbepaling. In het EU-handvest is gekozen voor een andere aanpak om een niet-limitatieve lijst met discriminatiegronden te bieden: de discriminatiegronden worden hier gepresenteerd als voorbeelden, hetgeen ruimte laat voor andere, niet-genoemde discriminatiegronden.

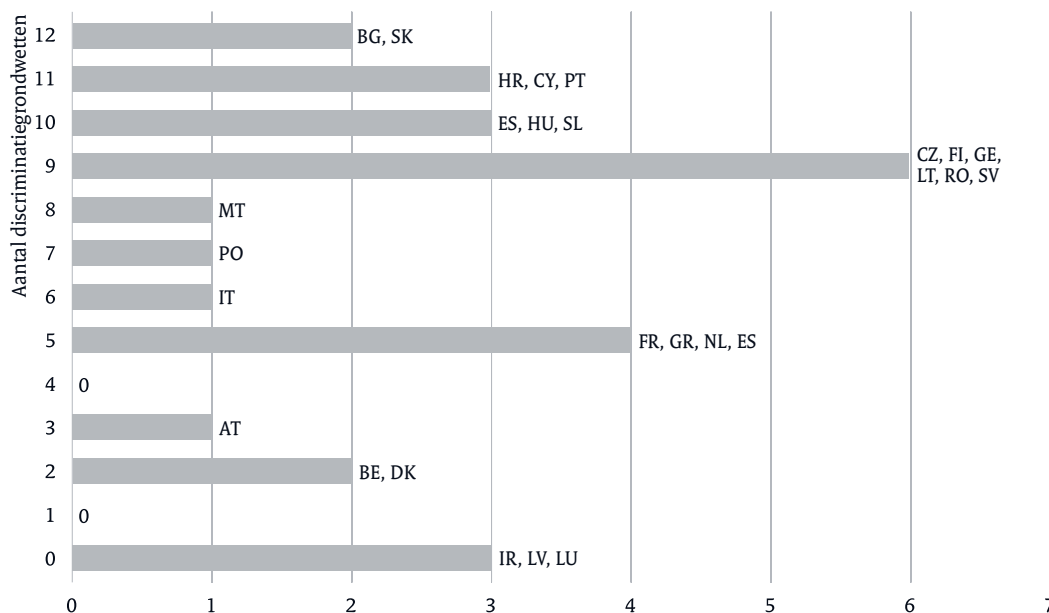
Het is duidelijk dat ook de keuze voor een limitatieve of niet-limitatieve opsomming niet geharmoniseerd is. Op het eerste gezicht lijkt een niet-limitatieve opsomming meer voor de hand te liggen, aangezien het flexibiliteit schept: indien nodig kunnen dan extra gronden worden ingelezen bij het invullen of interpreteren van deze bepalingen, bijvoorbeeld in lagere wetgeving of in jurisprudentie.

Er zit echter ook een nadeel aan niet-limitatieve opsommingen van discriminatiegronden: het vermindert de rechtszekerheid. In gevallen waarin (nog) geen lagere wetgeving of jurisprudentie beschikbaar is, kan onduidelijk zijn welke bescherming tegen discriminatie beschikbaar is. Voor een nieuwe, nog niet genoemde discriminatiegrond zoals genetische kenmerken kan dan onduidelijk zijn of het onder de ‘et cetera’ bepaling valt. Dit vereist een interpretatie die de nieuwe grond aansluit bij de reeds genoemde gronden. In het geval van genetische kenmerken zou dan geredeneerd kunnen worden dat dit beschermd is vanwege de nauwe samenhang met gezondheid.

Als er lagere wetgeving of jurisprudentie beschikbaar is, kan dit meer duidelijkheid bieden in bepaalde situaties, maar dat zal niet altijd het geval zijn. Dat beperkt de rechtszekerheid. Daar komt bij dat het beschermingsniveau dat lagere wetgeving en jurisprudentie bieden lager kan zijn dan wanneer een discriminatiegrond in de grondwet is opgenomen. De beste rechtszekerheid wordt verkregen door een discriminatiegrond expliciet te noemen, zodat buiten twijfel staat of de grond voor besluitvorming mag worden gebruikt. Dit biedt concrete en substantiële bescherming.

Figuur 2 laat zien dat het aantal discriminatiegronden in nationale grondwetten sterk varieert binnen EU-lidstaten. Bulgarije en Slowakije hebben de langste lijst, met 12 discriminatiegronden. Ierland, Letland en Luxemburg noemen geen enkele

discriminatiegrond. Van de landen die wel discriminatiegronden noemen, hebben België en Denemarken de kortste lijst, met elk 2 discriminatiegronden. Geen van de grondwetten bereikt het record van de 15 discriminatiegronden in het EU-handvest. Het gemiddelde van alle grondwetten is 7 discriminatiegronden.



Figuur 2: Aantal discriminatiegronden in elke grondwet. Het gemiddelde is 7 discriminatiegronden per grondwet (N=27). Het EU-handvest (niet weergegeven) bevat 15 discriminatiegronden.

4.2 Vergelijking met het EU-handvest

De lijst met discriminatiegronden in artikel 21 van het EU-handvest laat zien dat de Europese wetgever op zoek was naar een formulering die zoveel mogelijk de bepalingen omvat in nationale grondwetten van de EU-lidstaten. In het EU-handvest is een recordaantal van 15 discriminatiegronden opgenomen, meer dan enige nationale grondwet.⁵³ De gronden in het EU-handvest bestrijken vrijwel alle gronden in de nationale grondwetten samen.⁵⁴ Gezondheid,

⁵³ Voor het toenemend aantal discriminatiegronden in EU-wetgeving, zie Holzleithner, E. (2004) *Mainstreaming equality: Dis/Entangling grounds of discrimination*. *Transnat'l L. & Contemp. Probs.*, 14, 927.

⁵⁴ 14 gronden zijn opgenomen in artikel 21.1 van het EU-handvest. Eén grond, nationaliteit, is apart genoemd in artikel 21.2 van het EU-handvest.

opleiding en persoonlijke/maatschappelijke status zijn de enige gronden die niet in het EU-handvest zijn genoemd. Tegelijkertijd noemt het EU-handvest een unieke grond, genetische kenmerken, die in geen van de grondwetten is genoemd.

De formulering van de bepaling in het EU-handvest is ook uniek op een andere manier, namelijk dat alle discriminatiegronden als voorbeelden worden gepresenteerd. Veel grondwetten hebben een niet-limitatieve opsomming van discriminatiegronden, maar de bepaling in het EU-handvest is uniek in haar syntaxis, waarin de gronden als voorbeelden naar voren worden geschoven. Deze formulering legt de nadruk wat meer op de discriminatie dan op de discriminatiegronden. Dit kan een eerste stap zijn naar een paradigmaverschuiving waarbij de discriminatiegronden minder belangrijk worden (zie paragraaf 5). Deze formulering schuift ook mogelijke veronderstellingen van enige hiërarchie binnen discriminatiegronden naar de achtergrond.⁵⁵

Artikel 21 van het EU-handvest is duidelijk een poging om gelijke behandeling binnen de EU (verder) te harmoniseren.⁵⁶ Door zoveel discriminatiegronden te noemen, is het een bepaling die erkend en herkend wordt door alle EU-lidstaten. Tegelijkertijd is deze bepaling een poging om verder te gaan dan het combineren en weergeven van bestaande nationale wetgeving. Door discriminatiegronden zoals genetische kenmerken en seksuele gerichtheid op te nemen, is het ook een poging om actueel en toekomstbestendig te zijn.

Ondanks de manier waarop artikel 21 EU-handvest is geformuleerd en vormgegeven, kan deze bepaling toch beperkte houdbaarheid hebben. Nieuwe discriminatiegronden kunnen nodig blijken in de toekomst, als gevolg van technologische ontwikkelingen (bijvoorbeeld op het terrein van dataverwerking en -analyse) of maatschappelijke ontwikkelingen (bijvoorbeeld op het terrein van gepercipieerde rechtvaardigheid). Het aanpassen van de tekst in het EU-handvest kan net zo moeilijk en bewerkelijk blijken als het

55 Howard, E. (2006). The case for a considered hierarchy of discrimination grounds in EU law. *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 13(4), 445-470.

56 Formeel is de reikwijdte van het EU-handvest beperkt tot instellingen, organen en instanties van de EU, en de EU-lidstaten, wanneer zij EU-recht ten uitvoer brengen. Echter, het is aannemelijk dat de materiele bepalingen in het EU-handvest, zoals artikel 21, directe horizontale werking hebben, hetgeen betekent dat ze ook kunnen worden ingeroepen tegen burgers en bedrijven en niet enkel tegen overheidsinstellingen. Zie Muir, E. (2019) The Horizontal Effects of Charter Rights Given Expression to in EU Legislation, from Mangold to Bauer. *Review of European Administrative Law*, 12(2), 185-215; Frantziou, E. (2015) The Horizontal Effect of the Charter of Fundamental Rights of the EU: Rediscovering the Reasons for Horizontality. *European Law Journal*, 21, 657-679.

aanpassen van een nationale grondwet. Bovendien roept het alsmaar uitbreiden van lijsten met discriminatiegronden de vraag op of daarmee de beoogde bescherming niet juist verwatert. De volgende paragraaf bespreekt dat dit sterk afhangt van percepties van rechtvaardigheid en de doelen van anti-discriminatiewetgeving.

5. Discussie

De vergelijking van discriminatiegronden in de vorige paragraaf laat een duidelijk gebrek aan harmonisatie zien binnen de EU-lidstaten. Een gebrek aan harmonisatie is een sterke indicatie dat er onenigheid is over wat nu de beste set met discriminatiegronden is. Een deel van het gebrek aan harmonisatie kan wellicht worden toegeschreven aan vertragingen in het actualiseren van nationale grondwetten, aangezien dit doorgaans lange en moeizame processen zijn. Het kan daardoor veel tijd en moeite kosten om de discriminatiegronden in nationale grondwetten aan te passen, maar het gebeurt wel. Dit laat zien dat wetgevers maatschappelijke ontwikkelingen willen volgen en ervoor willen zorgen dat de discriminatiegronden in hun grondwet bestaande maatschappelijke normen en opvattingen weerspiegelen.

Aanpassing van grondwetten is langzaam en moeizaam, maar zijn er twee andere manieren om discriminatiegronden te beschermen. Ten eerste is dit door bescherming via lagere wetgeving. Ten tweede is dit door een 'et cetera' bepaling op te nemen in de grondwettelijke bepaling, waardoor de lijst met gronden niet-limitatief is, zoals in veel EU-lidstaten reeds het geval is. Hoewel beide manieren, zeker wanneer ze worden gecombineerd, onmiskenbaar een makkelijke oplossing zijn, zijn het ook lapmiddelen, aangezien ze niet volledig het probleem adresseren door robuuste bescherming te bieden tegen nieuwe discriminatiegronden.

Het toenemend gebruik van niet-limitatieve lijsten met discriminatiegronden heeft voor- en nadelen. Hoewel limitatieve lijsten (uitputtende, gesloten lijsten) het voordeel hebben van rechtszekerheid en (waarschijnlijk) eenvoudiger handhaving, hebben niet-limitatieve lijsten (halfopen en open lijsten) het duidelijke voordeel van flexibiliteit. Maar niet-limitatieve lijsten veroorzaken wel problemen ten aanzien van rechtszekerheid en handhaving. In het bijzonder open lijsten (waarin geen discriminatiegronden zijn genoemd, zoals in Ierland, Letland en Luxemburg), bieden weinig houvast, voor bedrijven en overheidsinstellingen die de anti-discriminatiewetgeving moeten naleven en

voor de rechtspraak die de wetgeving moet toepassen in concrete casuïstiek.

Limitatieve lijsten zijn eenvoudig te omzeilen, zowel bedoeld als onbedoeld, door machine learning en AI-systemen. Indirecte discriminatie is lastig te detecteren en daarmee ook lastig te handhaven. De juristen Gerards en Zuiderveen Borgesius geven vier argumenten voor niet-limitatieve lijsten (halfopen lijsten).⁵⁷ Ten eerste hebben halfopen lijsten (in tegenstelling tot open lijsten) een normerende functie die de symbolische waarde van anti-discriminatie-wetgeving onderstreept. Burgers en rechters kunnen de genoemde discriminatiegronden gebruiken om te beoordelen, op basis van overeenkomsten, welke nieuwe gronden ook een vorm van onrechtvaardige discriminatie zouden inhouden. Ten tweede hebben niet-limitatieve lijsten als voordeel dat rechters indirecte discriminatie niet hoeven te verbinden met een van de genoemde discriminatiegronden. Op die manier kunnen rechters meer nadruk leggen op rechtvaardigheid dan op het bewijzen dat sprake was van indirecte discriminatie. Ten derde bieden niet-limitatieve lijsten de mogelijkheid meer nadruk te leggen op gelijke behandeling (een meer positieve aanpak, met nadruk op gelijke kansen) dan op non-discriminatie (met nadruk op verboden). Ten vierde hebben niet-limitatieve lijsten het voordeel van flexibiliteit, waardoor in jurisprudentie nieuwe discriminatiegronden kunnen ontstaan.

Hoewel niet onmogelijk, is het toevoegen van nieuwe gronden aan bestaande wetgeving ingewikkeld. Technologie op het gebied van dataverwerking en -analyse ontwikkelt zich zeer snel, waardoor het lastig te voorspellen is welke discriminatiegronden in de nabije toekomst relevant zullen zijn. Wetgevers zullen waarschijnlijk altijd wel moeite houden met het bijhouden van deze ontwikkelingen, omdat aanpassing van wetgeving van nature een relatief langzaam proces is dat maatschappelijk en politiek debat vereist en soms zelfs een crisis.

Maar dit gaat om meer dan wetgeving die bij moet blijven met technologische en maatschappelijke ontwikkelingen. Het is ook zaak om uit te vinden wat nu wel en niet als rechtvaardig wordt gezien als er beslissingen worden genomen over mensen op basis van hun gegevens. Er zijn twee manieren om dit aan te pakken.

57

Merk op dat sommige juristen gesloten, halfopen en open lijsten met discriminatiegronden onderscheiden, zie Gerards, J., Zuiderveen Borgesius, F. (2022) Protected Grounds and the System of Non-Discrimination Law in the Context of Algorithmic Decision-Making and Artificial Intelligence, *Colorado Technology Law Journal*, volume 20, issue 1, pp. 1-55.

De eerste manier is om meer inzicht te krijgen in hoe de lijst met discriminatiegronden in wetgeving eruit zou moeten zien. Pas als duidelijk is welke eigenschappen als onrechtvaardig worden gezien voor bepaalde beslissingen, kunnen ze op de lijst met verboden gronden worden gezet. Dit vereist uitgebreid en diepgaand sociaalwetenschappelijk, ethisch en juridisch onderzoek naar rechtvaardigheid in (geautomatiseerde) besluitvorming.

De tweede aanpak is een paradigmaverschuiving, waarin anti-discriminatiewetgeving niet langer is gebaseerd op lijsten met discriminatiegronden, maar op onrechtvaardige beslissingen. Zoals landen als Ierland, Letland en Luxemburg (zie Figuur 2) al laten zien, is het niet nodig om discriminatiegronden op te nemen in de grondwet. Hoewel dit de intenties van de wetgeving kan verduidelijken, is het niet essentieel.

De traditionele aanpak in anti-discriminatiewetgeving is altijd geweest dat gelijke behandeling wordt bereikt door het verbieden van discriminatie en dat het verbieden van discriminatie wordt bereikt door het wettelijk vastleggen van een set discriminatiegronden die niet toegestaan zijn voor besluitvorming (althans in bepaalde context). In feite heeft deze aanpak op meerdere manieren gefaald: de lijsten met discriminatiegronden zijn nooit compleet geweest, handhaving is altijd moeilijk gebleken (in het bijzonder bij indirecte discriminatie), en het heeft nooit voorkomen dat beschermde groepen niettemin gestigmatiseerd en gepolariseerd konden worden. Daar komt nog bij dat een almaar uitbreidende lijst van discriminatiegronden ertoe kan leiden dat de bescherming verwatert voor de groepen die horen bij elk van de gronden.⁵⁸

Van belang hierbij is het probleem van intersectionele discriminatie (intersectionaliteit), het probleem dat onderdrukking vaak het probleem is van meerdere discriminerende factoren.⁵⁹ De juridische kaders lijken steeds uit te gaan van één bepaalde discriminatiegrond (bijv. geslacht of etniciteit of religie) en bieden vervolgens bescherming. In werkelijkheid kan discriminatie echter plaatsvinden op basis van meerdere discriminatiegronden (geslacht en etniciteit

58 Holzleithner, E. (2004). Mainstreaming equality: Dis/Entangling grounds of discrimination. *Transnat'l L. & Contemp. Probs.*, 14, 927. Zie ook Solove, D.J. (2023) *Data Is What Data Does: Regulating Use, Harm, and Risk Instead of Sensitive Data*, Washington DC: GW Law.

59 Crenshaw, K. (1991) Mapping the Margins: Intersectionality, Identity Politics, and Violence against Women of Color". *Stanford Law Review*. 43 (6), p. 1241-1299; Cooper, B. (2016) Intersectionality, in: Disch, L., Hawkesworth, M. (eds.) *The Oxford Handbook of Feminist Theory*. Oxford: Oxford University Press. p. 385-406.

en religie) tegelijkertijd. Het kan dan lastig zijn uit te zoeken hoeveel elke factor meeweegt en hoe ernstig de gehele discriminatie is. Bepaalde vormen van discriminatie kunnen immers ernstiger zijn dan andere vormen. De huidige juridische kaders lijken hier niet op toegerust. De juridische kaders maken het bijvoorbeeld wel mogelijk vast te stellen of sprake is van discriminatie, maar niet hoe ernstig die discriminatie is (er worden geen gradaties van discriminatie onderscheiden). Hoewel een diepgaande analyse van intersectionele discriminatie buiten de reikwijdte van dit essay ligt, is het duidelijk dat de huidige wetgeving slechts één factor per keer bekijkt, waardoor de aanpak van intersectionaliteit wordt bemoeilijkt. Meer nadruk op onrechtvaardige beslissingen, in plaats van op lijsten met discriminatiegronden, zou hierbij kunnen helpen.

Als het doel van gelijke behandelingswetgeving is om gelijke kansen te bieden aan groepen in de samenleving, dan kan worden overwogen om die formulering ook te gebruiken in wetgeving. In plaats van bestaande en nieuwe discriminatiegronden te verbieden, kan de nadruk worden gelegd op gelijke kansen, rechtvaardigheid en maatschappelijke gerechtigheid.⁶⁰ Deze aanpak is ook waarneembaar in Europese jurisprudentie: in sommige zaken ligt de nadruk op anti-discriminatie, terwijl in andere zaken de nadruk ligt op gelijke behandeling.⁶¹

Deze aanpak om mensen te beschermen tegen onrechtvaardige beslissingen is niet nieuw. De Amerikaanse juriste en filosoof Martha Fineman stelde eerder al voor om de aanpak van beschermde eigenschappen te verlaten en meer te kijken naar hoe personen gesitueerd zijn in institutionele en maatschappelijke verhoudingen.⁶² Deze aanpak legt meer nadruk op de kwetsbaarheden van personen wanneer bescherming wordt geboden. Deze kwetsbaarheden worden veroorzaakt door verschillen in economische, sociale, culturele en institutionele verhoudingen waar mensen in zitten en die hun kansen beïnvloeden. Hierop voortbouwend heeft mensenrechtenjuriste Tanya Krupiy een test ontwikkeld voor het beschermen van personen tegen discriminatie in de context van geautomatiseerde

60 Zie ook Arnardóttir, O. M. (2014). The differences that make a difference: recent developments on the discrimination grounds and the margin of appreciation under Article 14 of the European Convention on Human Rights. *Human Rights Law Review*, 14(4), 647-670.

61 Gerards, J. (2013). The discrimination grounds of article 14 of the European convention on Human Rights. *Human Rights Law Review*, 13(1), 99-124.

62 Fineman, M.A. (2015) Equality and Difference – the Restrained State, 66 *Alabama Law Review* 609, 614; Fineman, M.A. (2013) Equality, Autonomy and the Vulnerable Subject in Law and Politics, in: A. Grear and M.A. Fineman (eds.) *Vulnerability: Reflections on a New Ethical Foundation for Law and Politics*, Ashgate Publishing Limited.

besluitvorming.⁶³ Een onderdeel van deze test is dat sprake is van discriminatie zodra het gebruik van geautomatiseerde besluitvorming leidt tot ongelijke verhoudingen tussen mensen en kansenongelijkheid creëert. Gelet op de beperkingen van de bestaande juridische kaders kunnen zulke voorstellen die meer kijken naar de kwetsbaarheden van mensen een waardevolle aanvulling zijn op dit debat.⁶⁴

Het kan ook helpen om te kijken naar benaderingen in andere rechtsgebieden. Bijvoorbeeld in het consumentenrecht ligt de nadruk ook op oneerlijke praktijken in plaats van gelijkheid.⁶⁵ Een ander voorbeeld is het aansprakelijkheidsrecht, waarin handelingen die schade veroorzaken kunnen leiden tot wettelijke aansprakelijkheid. Naar analogie zou voor gelijke behandelingswetgeving kunnen worden geredeneerd dat eenieder die een inbreuk maakt op de gelijke kansen van een ander daarvoor wettelijk aansprakelijk is.

Een ander rechtsgebied dat zeer relevant kan zijn is dat van bescherming van persoonsgegevens. De Algemene Verordening Gegevensbescherming (AVG) bevat in artikel 9 een opsomming van ‘bijzondere persoonsgegevens’, soms aangeduid als ‘gevoelige gegevens’.⁶⁶ Deze lijst lijkt sterk op de lijsten met discriminatiegronden in grondwetten.⁶⁷ De AVG erkent daarmee de bijzondere aard van deze typen gegevens, in het bijzonder voor beslissingen, en biedt hiermee extra bescherming aan betrokkenen. In beginsel is het verwerken van deze typen gegevens verboden, tenzij er een uitzondering in de AVG is benoemd.

- 63 Krupiy, T. (2021) Meeting the Chimera: How the CEDAW Can Address Digital Discrimination, *International Human Rights Law Review* 10 (2021) pp. 1-39; Zie ook Krupiy, T. (2020) A vulnerability analysis: Theorising the impact of artificial intelligence decision-making processes on individuals, society and human diversity from a social justice perspective. *Computer Law and Security Review*, 38, pp. 1-25. <https://doi.org/10.1016/j.clsr.2020.105429>.
- 64 Zie het RESOCIAL project voor onderzoek op dit onderwerp: <https://www.universiteitleiden.nl/en/research/research-projects/law/resocial>.
- 65 The Unfair Consumer Contract Terms Directive (93/13/EC) and the Unfair Commercial Practice Directive (2005/29/EC) both focus on fairness.
- 66 Bijzondere persoonsgegevens zijn gegevens waaruit ras of etnische afkomst, politieke opvattingen, religieuze of levensbeschouwelijke overtuigingen of het lidmaatschap van een vakbond blijken, alsook genetische gegevens, biometrische gegevens bedoeld voor identificatie en gegevens over gezondheid, seksueel gedrag of seksuele gerichtheid.
- 67 Custers, B.H.M., and Schermer, B.W. (2014) Responsibly Innovating Data Mining and Profiling Tools; A New Approach to Discrimination Sensitive and Privacy Sensitive Attributes, In: J. van den Hoven, B.J. Koops, H. Romijn, T. Swierstra and N. Doorn (eds.) *Responsible Innovation Volume 1: Innovative Solutions for Global Issues*. Dordrecht: Springer, p. 335-350.

De verhoogde bescherming van deze gevoelige gegevens houdt er rekening mee dat gegevens in bepaalde situaties een hoger risico vormen voor betrokkenen. De Amerikaanse jurist Daniel Solove stelt echter dat dit een doodlopende weg is, omdat deze categorieën nogal willekeurig zijn in het licht van geautomatiseerde data-analyses, eenvoudig omzeild kunnen worden en er geen onderliggende, samenhangende theorie is voor het identificeren van deze categorieën.⁶⁸ Deze nadruk op gevoelige gegevens ontkent dat voor goede regulering meer nodig is dan enkel naar de gegevens kijken, zo stelt hij. Het is nodig te kijken naar welke schade de gegevens en daarop gebaseerde beslissingen kunnen aanrichten. Soms kunnen ongevoelige gegevens toch schade aanrichten, soms kunnen gevoelige gegevens worden gebruikt op manieren die onschadelijk zijn.

Solove maakt een punt voor het gegevensbeschermingsrecht dat vergelijkbaar is met het punt dat Fineman en Krupiy maken voor anti-discriminatiewetgeving. Maar Solove gaat een stap verder en stelt dat de lijst met gevoelige gegevens kan worden verwijderd uit de AVG. Dit voorstel onderkent onvoldoende de symbolische waarde van het opsommen van deze eigenschappen en de rechtszekerheid en houvast voor interpretaties die deze bepalingen bieden. Het lijkt erop dat de beste bescherming wordt geboden door een combinatie van niet-limitatieve opsommingen van discriminatiegronden (zoals Gerards en Zuiderveen Borgesius betogen) *en* meer nadruk op de kwetsbaarheden van mensen (zoals Fineman in Krupiy betogen).

Een verschuiving naar meer nadruk op het garanderen van rechtvaardige beslissingen en rechtvaardige uitkomsten in plaats van op lijsten met discriminatiegronden klinkt redelijk, maar roept wel de vraag op hoe dit er in de praktijk uit zou zien. Een manier om dit vorm te geven, is volgens de *living instrument* doctrine die het Europese Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) door de jaren heen heeft ontwikkeld om mensenrechten steeds opnieuw te interpreteren in het licht van nieuwe situaties en omstandigheden.⁶⁹ Rechteren kunnen deze aanpak gebruiken om per zaak, afhankelijk van de omstandigheden van het geval, te bepalen wat rechtvaardig is.

68 Solove, D.J. (2023) *Data Is What Data Does: Regulating Use, Harm, a Risk Instead of Sensitive Data*, Washington DC: GW Law.

69 Letsas, G. (2013) The ECHR as a living instrument: its meaning and legitimacy, in: Føllesdal, A., Peters, B., Ulfstein, G. (eds.) *Constituting Europe: The European Court of Human Rights in a National, European and Global Context*. Cambridge: Cambridge University Press. p. 106-141; Mowbray, A. (2005) The Creativity of the European Court of Human Rights, *Human Rights Law Review*, 5 (1), p. 57-79.

In het consumentenrecht worden oneerlijke handelspraktijken al op deze manier geïnterpreteerd door rechtbanken. In het aansprakelijkheidsrecht wordt de term schade ook op deze manier geïnterpreteerd, per zaak, afhankelijk van de specifieke omstandigheden. Op vergelijkbare manier zouden termen als gelijke kansen, rechtvaardigheid en sociale gerechtigheid voortdurend kunnen worden geïnterpreteerd door rechtbanken. Dat is geen pleidooi voor het afschaffen van de huidige lijsten met discriminatiegronden, die kunnen juist worden gebruikt voor het interpreteren van hoe rechtvaardige uitkomsten eruit zouden moeten zien.

Bijvoorbeeld iemand weigeren voor een baan op basis van religie is een schending van de huidige anti-discriminatiewetgeving én is onrechtvaardig wat betreft de uitkomst van de beslissing. De onrechtvaardigheid in dit geval kan eenvoudig worden gebaseerd op religie als een onacceptabel criterium voor het maken van de beslissing en de bredere uitsluiting van mensen op de arbeidsmarkt op basis van hun religie. Maar als de nadruk ligt op een rechtvaardige uitkomst, zal een rechter tot dezelfde conclusie komen. In de Uber zaak, waarin informatie over een bijna lege batterij in een mobiele telefoon wordt gebruikt als indicatie dat iemand waarschijnlijk bereid is meer te betalen voor een rit,⁷⁰ kunnen de huidige discriminatiegronden niet worden gebruikt, omdat een bijna lege batterij niet is genoemd in de wetgeving. De nadruk op rechtvaardige uitkomsten kan dan door rechtbanken worden gebruikt om te oordelen of deze praktijk is toegestaan.

6. Conclusie

In het digitale tijdperk is het mogelijk om beslissingen te nemen over mensen op allerlei gronden, ook gronden die niet beschermd zijn in anti-discriminatiewetgeving. Dit kan leiden tot beslissingen en vormen van besluitvorming die onrechtvaardig zijn. Als de gronden sterk gerelateerd zijn aan de wettelijk beschermde discriminatiegronden, kan dit ook leiden tot (indirecte) discriminatie.

Hoewel aanpassingen in anti-discriminatiewetgeving deze ontwikkelingen proberen bij te houden, met name door de lijsten met discriminatiegronden steeds verder uit te breiden, lijkt deze

70

Dakers, M. (2016) Uber knows customers with dying batteries are more likely to accept surge pricing. *The Telegraph*, October 30, 2017.

aanpak te falen door ten minste vier redenen. Ten eerste duurt het doorvoeren van deze veranderingen lang en al die tijd wordt geen bescherming geboden. Ten tweede is er niet altijd een gedeelde opvatting van rechtvaardigheid, waardoor ook geen consensus bestaat over welke gronden dan in de wet moeten worden opgenomen. Ten derde kunnen de wettelijke discriminatiegronden eenvoudig worden omzeild, bijvoorbeeld via indirecte discriminatie. Ten vierde is indirecte discriminatie zeer lastig op te sporen en te handhaven.

De voortdurende inspanning om de lijsten met wettelijke discriminatiegronden te actualiseren is waardevol om onrechtvaardige situaties aan te pakken. Via lagere wetgeving en jurisprudentie kan aanvullende bescherming worden geboden. Dit is doorgaans echter reactief in plaats van proactief. Het leidt tot almaar uitdijende lijsten van discriminatiegronden die feitelijk de beoogde bescherming kunnen verwateren. Bij deze aanpak zou eigenlijk elke eigenschap die gebruikt kan worden voor indirecte discriminatie moeten worden opgenomen als discriminatiegrond, maar dat is niet realistisch. Deze aanpak zou bovendien doel missen, omdat sommige gronden gebruikt kunnen worden voor besluitvorming die onschadelijk is ('false positives') terwijl tegelijkertijd andere gronden die niet in de wet staan kunnen worden gebruikt voor besluitvorming die wel degelijk schadelijk is ('false negatives').

De huidige aanpak verdient daarom heroverweging. In plaats van de huidige nadruk op discriminatiegronden zou (mede) nadruk kunnen liggen op de schade die bepaalde gegevens en beslissingen die daarop worden gebaseerd kunnen veroorzaken. Dat klinkt als gegevensbeschermingsrecht. In artikel 9 AVG is echter gekozen voor de traditionele aanpak van het opsommen van bijzondere ('gevoelige') gegevens, zoals in anti-discriminatiewetgeving. Het begint nu duidelijk te worden dat deze aanpak niet voldoende werkt en er is debat ontstaan of de nadruk niet meer moet liggen op hoe gegevens worden gebruikt, welke schade ze kunnen veroorzaken en welke risico's er zijn.⁷¹ Dit betekent niet dat de lijsten met discriminatiegronden overbodig zijn en afgeschaft kunnen worden, maar ze zouden wel gecombineerd kunnen worden met meer aandacht voor de kwetsbaarheden van personen. De lijsten met

discriminatiegronden hebben een grote symbolische waarde te vervullen, bieden een bepaalde mate van rechtszekerheid en bieden handvatten voor verdere interpretaties.

Maar het opsommen van discriminatiegronden, al dan niet limitatief, is op zichzelf onvoldoende. Meer nadruk op de kwetsbaarheden van mensen kan helpen bij het interpreteren van de ‘et cetera’ bepalingen in de niet-limitatieve lijsten. Deze zeer open bepalingen bieden veel ruimte voor interpretaties. Uiteraard is dat niet een interpretatie bedoeld als ‘en enige andere eigenschap’, maar meer als ‘en enige andere eigenschap die lijkt op de voornoemde eigenschappen’. Verdere invulling van interpretaties kan dan zijn: ‘enige andere eigenschap die vergelijkbare schade of onrechtvaardigheid kan opleveren’. De wetgever kan overwegen de wettekst navenant aan te passen, opdat de nadruk in de formulering minder ligt op de discriminatiegronden en meer op de onderliggende risico’s en onrechtvaardigheden.

Een dergelijke nieuwe aanpak vereist niet alleen een andere formulering van de wettelijke bepalingen, maar ook verder sociaalwetenschappelijk, ethisch en juridisch onderzoek naar wat eigenlijk rechtvaardig is in bepaalde situaties en contexten. Deze noties kunnen ook verder worden ontwikkeld in jurisprudentie. Het gegevensbeschermingsrecht is wellicht niet het beste voorbeeld, maar het consumentenrecht en het aansprakelijkheidsrecht zijn welbekend met wetgeving gericht op schade, risico’s en (on)eerlijke praktijken.

Als het doel van wetgeving is mensen te beschermen, dan ligt het voor de hand dit expliciet te formuleren. Op een bepaalde manier is het opsommen van discriminatiegronden een benadering: het operationaliseert de bescherming via een lijst met eigenschappen in plaats van dat het is gericht op de onderliggende doelstellingen van gelijke behandeling en rechtvaardigheid. Zoals met alle benaderingen zullen er dan *false positives* en *false negatives* zijn. De nadruk op gelijke behandeling en rechtvaardigheid is wellicht niet de perfecte oplossing (problemen met handhaving zullen bijvoorbeeld blijven bestaan, net als problemen met vaststellen wat rechtvaardig is), maar het stelt wel de doelstellingen van anti-discriminatiewetgeving centraal. Het uitgangspunt is dan dat eenieder die een inbreuk maakt op de gelijke kansen van een ander

wettelijk aansprakelijk is voor zulke handelingen. Dit is een paradigmaverschuiving die misschien nodig is om voldoende en toekomstbestendige bescherming te bieden tegen discriminatie in de data-economie.