

Gelijke behandeling:

**principes
en
praktijken**

Gelijke behandeling: principes en praktijken

Evaluatieonderzoek Algemene wet gelijke behandeling

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

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

ISBN 10: 90-5850-244-9

Uitgevers: Willem-Jan en René van der Wolf

Productie: René van der Wolf

 Wolf Legal Publishers (WLP)

Postbus 31051

6503 CB Nijmegen

<http://www.wolfpublishers.nl>

e-mail: wlp@hetnet.nl

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

Gelijke behandeling:

principes en praktijken

Evaluatieonderzoek Algemene wet gelijke behandeling

Prof. dr. M.L.M. Hertogh

Prof. mr. P.J.J. Zoontjens

(red.)



VOORWOORD

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

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

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

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

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

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

Groningen/Tilburg, 25 september 2006

Marc Hertogh
Paul Zoontjens

VERKORTE INHOUDSOPGAVE

A. JURIDISCH DEELONDERZOEK

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

Bijlagen

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

A. JURIDISCH DEELONDERZOEK

ORDERDEEL 1, DISCRIMINATIE OF ONDERSCHIED (R. HOLTMAAT)

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

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

7. Conclusies **111**

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

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

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

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

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

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

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

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

C. SAMENVATTING, CONCLUSIES, VOORUITZICHTEN

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

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

Bijlagen

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

DISCRIMINATIE OF ONDERSCHIED:

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

DEEL 1

ONDERDEEL 1

R. HOLTMAAT

Hoofdstuk 1

Inleiding: probleemstelling en opzet

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

1.1 Aanleiding voor dit deel van het onderzoek

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

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

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

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

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

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

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

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

1.2 De onderzoeksvragen en de interpretatie daarvan

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

¹¹ Zie par. 6.2. van dit deelrapport.

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

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

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

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

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

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

Is er een relatie tussen de begripskeuze en de toetsingsystematiek?

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

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

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

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

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

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

1.3 Overige factoren, van belang voor de begripskeuze

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

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

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

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

Juridische aspecten die bij de begripskeuze mede een rol spelen

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

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

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

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

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

De rechtstheoretische en (rechts)politieke context van de begripskeuze

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

-
- lijke kansen. Zie bijv. Gerards 2002, p. 15. Zie ook Fredman, *Discrimination Law*, OUP, Oxford 2000, p. 12 e.v. Weer een andere indeling hanteert Olivier de Schutter, Three models of equality and European anti-discrimination law, in: Northern Ireland Legal Quarterly, 2006, vol 1, p. 1-56.
- ³³ Hoewel volgens Vierdag zowel gelijke als ongelijke behandeling beiden van belang zijn voor een correcte uitwerking van het gelijkheidsbeginsel ligt in de praktijk van het gelijkebehandelingsrecht het accent zeer sterk op het eerste deel van de klassieke formule: gelijke gevallen moeten gelijk worden behandeld. E. Vierdag, *The Concept of Discrimination in International Law*, Nijhoff Den Haag 1973, p. 60/61. Discriminatie wordt in de visie waarin alleen het eerste deel van de klassieke formule telt, omschreven als ongerechtvaardigde *ongelijke* behandeling. Zie Tobler 2005, p. 42.
- ³⁴ Het gebruik van het woord moeten in dit verband is essentieel. Het materiële gelijkheidsbeginsel eist een correctie van de ongelijkheid. Als het tweede deel van de klassieke formule (ongelijke gevallen ongelijk behandelen) formeel wordt uitgelegd is dat veel vrijblijvender bedoeld: de gevallen *mogen* ongelijk behandeld worden als dat proportioneel is, maar het is niet voorgeschreven. Positieve actie moet in de materiële benadering, en kan – bij wijze van uitzondering – in de formele benadering.
- ³⁵ Dit is het verschil tussen een verbod op seksdiscriminatie, op grond waarvan zowel mannen als vrouwen een beroep kunnen doen op gelijke behandeling, en een verbod op vrouwendiscriminatie, waaraan alleen vrouwen bescherming ontnemen.
- ³⁶ In de literatuur wel omschreven als de mensenrechtelijke benadering (social citizenship model) en de sociaal-economische benadering (the market integration model). Zie Mark Bell, *Anti-Discrimination Law and the European Union*, Oxford University Press, Oxford 2002. Zie ook Dagmar Schiek, ‘Broadening the scope and the norms of EU Gender-Equality Law; Towards a multidimensional conception of equality law’. In: Maastricht Journal of European and Comparative Law 2005, Special issue: Thirty Years of EU Sex Equality Law (compiled and guest-edited by Tamara Hervey), p. 427-466.

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

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

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

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

³⁹ Idem, p. 53-3031.

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

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

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

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

1.4 De structuur

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

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

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

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

De inhoud en strekking van de begrippen onderscheid en discriminatie

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

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

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

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

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

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

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

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

Hoofdstuk 2

‘Onderscheid’ en ‘discriminatie’ in taal en recht

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

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

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

2.1 Onderscheid en discriminatie volgens het woordenboek

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

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

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

⁴⁸ Veertiende druk, 2005.

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

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

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

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

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

2.2 Het begrip onderscheid in het gelijkebehandelingsrecht

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

⁴⁹ Wet Gelijk Loon, Stb 1975, 129.

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

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

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

⁵¹ Wet van 1 maart 1980, Stb. 86, houdende aanpassing van de Nederlandse wetgeving aan de richtlijn van de Raad van de Europese Gemeenschappen van 9 februari 1976 inzake de gelijke behandeling van mannen en vrouwen.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

2.3 *Het begrip discriminatie in het Nederlandse recht*

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

2.3.1 *De Awgb*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

⁸⁵ Zie voetnoot 2.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

2.3.2 De Grondwet

Ook in formeel juridische zin wordt het woord discriminatie gebruikt in het Nederlandse recht. In de eerste plaats is dat in artikel 1 van de Grondwet: “Allen die zich in Nederland bevinden, worden in gelijke gevallen gelijk behandeld. Discriminatie wegens godsdienst, levensovertuiging, politieke gezindheid, ras, geslacht of op welke grond dan ook, is niet toegestaan.”

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

¹⁰⁴ Burkens 1982, p. 53.

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

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

¹⁰⁷ Gerbranda & Kroes 1993, p. 229.

¹⁰⁸ Zie ook Kroes 1998, p. 15.

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

¹¹⁰ Deze discussies worden hieronder nog uitvoerig behandeld.

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

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

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

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

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

¹¹⁴ Gerards 2002, p. 514.

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

¹¹⁶ Gerards 2002, p. 659 e.v.

¹¹⁷ Zie hiervoor Commissie-Alkema 2006.

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

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

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

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

2.3.3 *Het strafrecht*¹²²

2.3.3.1 *Inleiding*

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

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

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

¹²¹ Burkens 1982, p. 62.

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

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

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

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

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

2.3.3.2 Artikel 90quater

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

¹³³ Welke geschiedenis we hieronder uitvoerig behandelen.

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

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

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

2.3.3.3 *Wijziging terminologie, voorgeschiedenis*

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

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

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

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

¹³⁷ Hirsch Ballin, handelingen II 20 juni 1990, p. 80–4497. Op het aspect van de bewijslast in strafrechtelijke discriminatiezaken komen we hieronder (in par. 2..3.5) nog nader terug.

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

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

¹⁴⁰ Zie Van der Neut 1986, a.w.

¹⁴¹ Zie de MvA bij het wetsvoorstel strafbaarstelling rassendiscriminatie, Kamerstukken II 1968/69, 9724, nr. 6, p. 1. Zie ook MvA Eerste Kamer Goedkeuringswet Rassenverdrag, Kamerstukken I 1970/71, 9723 (R.663) en 9724, nr. 22a, p. 3 en Kamerstukken II 1989/90, 20 239 nr. 23, p. 1.

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

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

¹⁴² Woltjer 2002, p. 433.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

2.3.3.4 *Wijziging van het begrip discriminatie*

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

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

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

¹⁵⁶ Idem.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

2.3.3.5 Uitzonderingen verbod, bewijslast(verdeling)

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

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

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

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

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

¹⁶⁶ Idem, p. 4.

¹⁶⁷ Idem, p. 4/5.

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

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

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

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

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

¹⁶⁹ Zie bijv. Cgb 2005, p. 32.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

¹⁷⁶ Zie idem.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

2.3.3.6 *Verbod discriminatie op grond van handicap*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

2.3.3.7 *Conclusie paragraaf 2.3.3*

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

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

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

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

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

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

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

2.4 *Korte samenvatting en voorlopige conclusies*

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

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

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

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

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

Hoofdstuk 3

‘Discriminatie’ in Europees en internationaal recht

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

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

3.1 Internationale verdragen

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

3.1.1 Het IVBPR en het EVRM

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

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

²⁰⁶ Zie voetnoot 3.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

3.1.2 *Het Vrouwenverdrag en het Rassenverdrag*

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

²¹⁹ Gerards 2002, p. 517, voetnoot 19.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

²³⁶ Rodrigues 2002.

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

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

3.1.3 *Samenvatting*

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

3.2 *Discriminatieverboden in het EU-recht*²³⁹

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

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

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

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

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

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

3.2.1 *De verdragen en het Grondrechtenhandvest*

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

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

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

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

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

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

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

²⁴⁷ Bijvoorbeeld het vrije werknemersverkeer, art. 39 EG.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

3.2.2 EG-richtlijnen en jurisprudentie van het HvJEG

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

3.2.3 De openheid of geslotenheid van de Europese norm

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

3.2.4 *Samenvatting*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Hoofdstuk 4

‘Onderscheid’ en ‘discriminatie’, bevindingen

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

4.1 *Onderscheid*

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

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

Er wordt een *beperking*²⁹⁴ aangebracht met betrekking tot

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

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

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

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

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

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

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

²⁹⁵ Het verbod geldt niet als ...

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

4.2 *Intermezzo: ongelijke behandeling en ongelijkheid*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

4.3 Discriminatie

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

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

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

³⁰⁷ Tobler 2005, p. 40.

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

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

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

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

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

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

³¹⁰ Lochak, 1987, p. 779.

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

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

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

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

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

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

³¹³ Zie Holtmaat 2003.

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

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

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

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

³¹⁸ Witteveen 2000.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

4.4 *Enkele voorlopige conclusies*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Hoofdstuk 5

Opmerkingen van rechtsvergelijkende aard

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

5.1.1 België

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

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

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

³³² Vrieling, De Prins en Sottiaux 2004.

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

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

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

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

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

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

³³⁶ Zie De Prins e.a. (a.w.)

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

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

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

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

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

5.2 *Het Verenigd Koninkrijk*

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

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

5.3 *Frankrijk*

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

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

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

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

³⁴⁵ Lochak 1987, p. 778.

minatie, zo blijkt uit Franse literatuur, zich uitsluitend tot die vormen van onderscheid waarvan de *wet* uitdrukkelijk stelt dat ze discriminatie opleveren.³⁴⁶ De praktijk dat het begrip nogal eens losjes wordt gebruikt als een synoniem voor onderscheid maken of ongelijke behandeling verdient daarom volgens Franse auteurs sterke afkeuring. Zo definieert Lochak discriminatie als “(...) toute différence de traitement et même toute inégalité de traitement n’est pas constitutive d’une discrimination: elle ne le devient que si elle apparaît illégitime”.³⁴⁷ Onwettig is een onderscheid of een ongelijke behandeling pas als het arbitrair is. In dezelfde zin stelt Rongere: “La discrimination est toujours une différence de traitement arbitraire, contraire au droit.”³⁴⁸ Sommige onderscheidingen tussen groepen zijn door de wetgever tot ‘per definitie’ arbitrair, ergo onwettig verklaard: “(...) elles sont frappées d’une illégitimité de principe en fonction d’un jugement de valeur, d’une *a priori* d’ordre éthique: ainsi on vait-il des distinctions fondées sur la race ou la couleur de peau.”³⁴⁹

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

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

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

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

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

³⁴⁹ Lochak 1987, p. 779.

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

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

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

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

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

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

5.4 Duitsland

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

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

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

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

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

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

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

³⁵⁹ Informatie per e-mail verstrekt door Dagmar Schiek.

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

5.5 *Samenvatting*

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

Hoofdstuk 6

Juridische aspecten bij begripskeuze en handhaving

6.1 Inleiding

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

6.2 De aansluiting bij het EU-recht³⁶²

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

6.2.1 Voorafgaande opmerkingen

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

³⁷⁵ *Koukoulis-Spiliotopoulos* 2001.

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

³⁷⁶ Gerards 2006.

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

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

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

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

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

6.2.4 *Andere verschillen tussen Nederlands en Europees begrippenkader*

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

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

³⁸⁰ Zie hierover par. 3.2.3.

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

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

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

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

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

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

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

³⁸⁶ Deze begrippen worden besproken in par. 1.3..

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

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

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

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

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

6.3 *Consequenties van de begripskeuze voor de toetsingssystematiek*

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

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

³⁸⁹ Gerards 2002, hoofdstuk 5.

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

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

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

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

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

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

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

6.3.1 De openheid of geslotenheid van het begrip

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

⁴⁰⁵ Zie par. 3.1.1.

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

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

6.3.2 De bewijslastverdeling

In de inleiding van deze paragraaf is uiteengezet dat de bewijslastverdeling in civielrechtelijke zaken meebrengt dat de klager moet stellen en bewijzen dat sprake is van (een vermoeden van) onderscheid dan wel van discriminatie (al naar gelang de centrale materiële normstelling van de wet). Een argument om vast te houden aan het begrip onderscheid zou dus kunnen zijn dat dit eenvoudiger is te bewijzen voor klagers omdat zij niet in de positie worden gebracht de ongerechtvaardigdheid van het onderscheid te moeten aantonen. Dit zou wel het geval zijn bij een open geformuleerd discriminatieverbod; dat wil zeggen, een discriminatieverbod dat in feite inhoudt dat ieder *ongerechtvaardigd* onderscheid (op bepaalde gronden) verboden is. Dit argument is ook naar voren gebracht door de regering. “Onder omstandigheden zou het begrip ‘onderscheid’ wellicht een betere bescherming bieden omdat de vraag of er in een bepaalde handelingssituatie onderscheid is gemaakt zich eenvoudiger zou kunnen laten bewijzen dan discriminatie.⁴⁰⁸ Het is opmerkelijk dat de regering zich in deze passage van de Nota n.a.v. het Verslag bij de Implementatiewet over de mogelijk lichtere bewijslast bij gebruik van het begrip onderscheid nogal vaag uitdrukt. In het bewuste citaat gebruikt de regering de termen ‘onder omstandigheden’, ‘wellicht’ en ‘zich eenvoudiger zou kunnen laten bewijzen’.⁴⁰⁹ Erg zeker dat deze effecten zullen optreden lijkt de regering niet. Het punt van de zwaarte van de bewijslast is ook naar voren gebracht door Minister de Graaf tijdens de mondelinge behandeling van het wetsvoorstel Implementatiewet.⁴¹⁰ De Minister drukt zich op die plaats wat stelliger uit: “Het begrip ‘onderscheid’ dat wij in de Nederlandse wetgeving hanteren, biedt in elk geval niet minder bescherming dan het begrip ‘discriminatie’. Integendeel, discriminatie betekent het maken van ongerechtvaardigd onderscheid. In de huidige Wet gelijke behandeling is ieder onderscheid verboden, tenzij er een uitzondering wordt gemaakt. In het voorgestelde artikel 10 (met betrekking tot de bewijslastverdeling; toevoeging auteurs) staat dat het slachtoffer alleen feiten aan moet voeren waaruit blijkt dat in zijn of haar nadeel onderscheid wordt gemaakt.⁴¹¹ Het slachtoffer hoeft dus niet aan te tonen dat het onderscheid ook ongerechtvaardigd is. Zou je het begrip ‘onderscheid’ vervangen door ‘discriminatie’ dan zou het slachtoffer dat wel

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

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

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

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

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

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

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

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

6.4 Overige juridische aspecten

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

6.4.1 De aansluiting bij het internationale recht

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

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

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

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

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

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

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

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

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

6.4.2 De ‘definieerbaarheid’ van begrippen

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

⁴²⁸ Gerards 2002, p. 11.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

6.4.3 *Contextafhankelijkheid begrippen, interne consistentie rechtssysteem*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

⁴⁴⁰ Hirsch Ballin, handelingen II 20 juni 19990, p. 80-4492.

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

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

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

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

⁴⁴² Dat discriminatie iets ‘slechts’ zou zijn is met kracht verwoord door de vertegenwoordiger van de VVD (Rempt-Hallmans de Jongh) tijdens de mondelinge behandeling van de Awgb: “Discriminatie, het woord alleen al roept walging op en wordt nogal eens gekoppeld aan rassen: rassendiscriminatie.” Handelingen II 9 februari 1993, p. 46-3424.

⁴⁴³ Commentaar van de CGB inzake implementatie van de gemeenschappelijke bepalingen van de EG-kaderrichtlijn en de EG-anti-rassendiscriminatie-richtlijn. CGB-advies /2001/03 van 30 mei 2001, p. 3. Dit beeld wordt bevestigd door het rechtssociologisch onderzoek dat in het kader van deze evaluatie is verricht.

⁴⁴⁴ Kamerstukken II 2001/02, 28 187, nr. 1, p. 6. Zie ook Kamerstukken II 2001/02, 28 187, nr. 2, p. 4, waarmee de regering, nadat door de fracties van PvdA, VVD, D66 en SGP is aangedrongen op heroverweging van dit standpunt, exact dezelfde tekst opnieuw naar de kamer stuurt.

⁴⁴⁵ Zie bijvoorbeeld Nader rapport bij het Advies van de Raad van State bij de Implementatienotitie, Kamerstukken II 2001/02, 28 187, A, p. 5, waar de regering stelt dat sinds 1980 goede ervaringen zijn opgedaan met deze terminologie.

⁴⁴⁶ Vrieling, De Prins en Sottiaux 2004, p. 246.

genover dat het begrip ‘discriminatie’ bij justitiabelen veelal ten onrechte de indruk wekt dat er sprake moet zijn van het bewust onderscheid maken en van een intentie tot benadeling. Vanuit dit perspectief doet introductie van het begrip discriminatie afbreuk aan de effectiviteit van de gelijkebehandelingswetgeving door de weerstand die het bij veel normadressanten oproept.”⁴⁴⁷ De regering neemt dit argument over in de Implementatienotitie, waar ze het samenvat als dat het gebruik van het begrip discriminatie afbreuk zou doen aan de effectiviteit van de gelijkebehandelingswetgeving.⁴⁴⁸ In haar tweede evaluatierapport verwoordt de Cgb dit als volgt: “Discriminatie heeft bovendien een eigen betekenis in de strafrechtelijke context.” De Cgb wijst op de woorden ‘doel en gevolg’ in artikel 90quater Wetboek van Strafrecht. “Doel en gevolg zijn echter geen elementen van het verbod op het maken van onderscheid in de zin van de gelijkebehandelingswetgeving.”⁴⁴⁹

Wij kunnen de Cgb in haar argumentatie wel volgen voor zover het betreft het *doel* van andere vormen van ongelijk behandelen of onderscheid maken (dan intimidatie); in alle commentaren op het Europese gelijkebehandelingsrecht wordt dit gezien als niet relevant voor de vaststelling van de vraag of de verbodsnorm is overtreden.⁴⁵⁰

Wat betreft het *gevolg* van het onderscheid zijn wij het niet eens met de opvatting van de Cgb. De volgens het Europese recht vereiste benadeling moet wel degelijk een *gevolg* zijn van ongelijke behandeling *op bepaalde gronden*. Dit causaliteitsvereiste wordt algemeen gezien als constituerend voor de vraag of er sprake is van discriminatie.⁴⁵¹ Het verschil tussen beide gebieden lijkt hiermee minder groot dan de Cgb suggereert.

Op dit punt van de contextafhankelijkheid en de gewenste interne consistentie kunnen we op grond van deze inventarisatie van gevonden argumenten geen eenduidige

⁴⁴⁷ Commentaar van de CGB inzake implementatie van de gemeenschappelijke bepalingen van de EG-kaderrichtlijn en de EG-anti-rassendiscriminatie-richtlijn. CGB-advies /2001/03 van 30 mei 2001, p. 3.

⁴⁴⁸ Kamerstukken II 2001/02, 28 187, nr. 1, p. 6. Zie ook Kamerstukken II 2001/02, 28 187, nr. 2, p. 4, waarmee de regering, nadat door de fracties van PvdA, VVD, D66 en SGP is aangedrongen op heroverweging van dit standpunt, exact dezelfde tekst opnieuw naar de kamer stuurt.

⁴⁴⁹ Cgb 2005, p. 32. De woorden ‘doel of gevolg’ in artikel 90quater komen uit artikel 1 Rassenverdrag en komen ook voor in artikel 1 Vrouwenverdrag. Volgens General Comment nummer 18 van het VN- Mensenrechtencomité moet ook artikel 26 IVBPR zo worden uitgelegd. De Cgb heeft het echter bij het verkeerde eind als ze uit deze bewoordingen zou concluderen dat in het strafrecht een veel zwaardere bewijslast zou gelden dan in het civiele recht. Dit is ten stelligste ontkend door Hirsch Ballin, handelingen II 20 juni 1990, p. 80-4497. Zie par. 2.3.3.5, waar is beschreven dat de meningen sterk verschillen over de vraag of bij toepassing van artikel 429quater het bewijs van opzet tot discriminatie geleverd moet worden. De Commissie ziet hier bovendien over het hoofd dat in de (aanvullende) definitie van het begrip onderscheid in de Awgb, in de zin dat ‘intimidatie’ daar nu eveneens onder is begrepen, wel degelijk gesproken wordt over het doel of het gevolg van het (intimiderend) handelen. Daarmee is het verschil tussen beide gebieden in elk geval weer verkleind.

⁴⁵⁰ Zie bijv. Vrieling, De Prins en Sottiaux 2004, p. 246.

⁴⁵¹ Zie Tobler 2005, p. 41, die (instemmend) verwijst naar Evelyn Ellis: “Somewhat more specifically, Ellis explains that there are two basic constitutive elements of all forms of discrimination, namely adverse impact and causation (‘namely (...) a prohibited classification underlying that impact’). Evelyn Ellis, ‘The Definition of Discrimination in European Union Sex Equality Law’, in: European Law Review 1994, pp 387-394. Zie voorts Ellis 2005, p. 103/4. Zie ook de hiervoor weergegeven standpunten van de Britse en Franse experts over de betekenis die het discriminatiebegrip in de context van hun gelijkebehandelingswetgeving heeft.

conclusies trekken. Deze beide aspecten van de begripskeuze verdienen daarom nadere studie.

6.5 Conclusies

In dit hoofdstuk is onderzocht of er juridisch gezien argumenten zijn die zouden dwingen tot de keuze voor één van de beide begrippen die wij in dit onderzoek hebben geanalyseerd.

Daarbij zijn de volgende vragen aan de orde gekomen:

- a. Wordt een bepaald begrip/bepaalde wijze van toetsen voorgeschreven door het **EU-recht**?
- b. Wat zijn de consequenties van een bepaalde begripskeuze voor het **toetsingskader** van de rechter? Daarmee samenhangend: wat zijn de consequenties van een bepaalde begripskeuze voor de **bewijslast(verdeling)**?
- c. Sluit een bepaalde keuze meer/beter aan bij **internationaal-rechtelijke normen** op dit terrein?
- d. Is een scherpe juridische **definitie** van deze begrippen noodzakelijk/mogelijk?
- e. Is de keuze van een van beide begrippen **contextafhankelijk** (dat wil zeggen afhankelijk van de vraag of ze een rol spelen in het strafrecht/het civiele recht/het bestuursrecht)?
- f. Is de keuze voor één van beide begrippen noodzakelijk vanwege de **interne consistentie** in het Nederlandse recht?
- g. Wat zijn de consequenties van een bepaalde begripskeuze voor het **bereik** van de wetgeving?
- h. Is de keuze afhankelijk van de **gronden** voor onderscheid of discriminatie die verboden moeten worden?

Bereik en gronden

Te beginnen met de laatste twee vragen (ook reeds behandeld in hoofdstuk 4) kan worden gesteld dat de regering zich bewust moet zijn van het feit dat het begrip onderscheid zich beter leent voor een wetgeving met een beperkt bereik (beperkt tot bepaalde maatschappelijke of economische terreinen) en met een breed scala aan verschillende gelijke behandelingsgronden. Het begrip discriminatie, daarentegen, kan vanwege de pejoratieve lading daarvan, beter worden ingezet in een wetgeving waarvan het bereik (vrijwel) onbeperkt is, maar waarin de gronden limitatief zijn opgesomd en allemaal een relatie hebben met een kenmerk 'dat mensen als persoon onvervreemdbaar eigen is'.⁴⁵² Het voordeel van de keuze van het begrip discriminatie kan dan zijn dat daarmee het bereik wel weer in die zin zou worden beperkt dat het geen betrekking heeft op als triviaal ervaren zaken. Is het voornemen echter om alle gelijkebehandelingswetten die momenteel bestaan te integreren in één wet, dan zou wellicht beter kunnen worden vastgehouden aan het begrip onderscheid. Deze wetten bestrijken immers een beperkt aantal terreinen en kennen een grote diversiteit aan gronden, waarbij ook gronden voorkomen die naar algemeen gevoelen weinig tot niets te maken hebben met gevoelige persoonskenmerken. Verder komt in geval in deze wetgeving het begrip discriminatie zou worden opgenomen wellicht op-

⁴⁵² Rob 2006, p. 17.

nieuw ter discussie te staan of het wel legitiem is het verbod te beperken tot bepaalde sectoren van het sociaal en maatschappelijk leven.

EU-conformiteit

Wat betreft het EU-recht is in de Inleiding bij dit deel reeds opgemerkt dat dit op zichzelf niet verplicht tot overname van exact dezelfde bewoordingen als die welke in de richtlijnen voorkomen. De Europese Commissie heeft tot nu toe geen aanleiding gezien om wat de keuze van de terminologie betreft in te grijpen. Of het Europese Hof, mocht deze kwestie ooit aan hem worden voorgelegd, zal besluiten of Nederland een richtlijnconforme implementatie heeft gerealiseerd door ‘onderscheid’ te verbieden in plaats van ‘discriminatie’ is niet afhankelijk van de woordkeuze als zodanig, maar van de vraag of daarmee voldoende bescherming tegen discriminatie (zoals gedefinieerd in de richtlijnen) wordt geboden.

Dit laatste hangt onder meer af van de vraag of de woordkeus uitdrukking geeft aan een bepaalde interpretatie van het gelijkheidsbeginsel. Zou het zo zijn dat de Nederlandse regering met het gebruik van het begrip onderscheid wil zeggen dat zij een puur formele uitleg en uitwerking geeft aan dit beginsel, dan zou het zo kunnen zijn dat het Hof van Justitie van de EG daarin niet meegaat en een correctie aanbrengt op dit Nederlandse beleid.

Onderdeel van de vraag naar de richtlijnconformiteit van het Nederlandse recht betreft de vraag naar de openheid of geslotenheid van de toetsing of van ‘discriminatie’(in Europeesrechtelijke zin) of van ‘onderscheid’(volgens de Nederlandse wetgeving) sprake is. Op dit punt kan gezegd worden dat beide systemen even gesloten lijken te zijn. Er is discussie mogelijk over de vraag of de wijze van formuleren van de rechtvaardigingen of uitzonderingen in het Europese recht (waarbij gesteld wordt dat iets ‘geen discriminatie is’) tot andere uitkomsten zal leiden dan de wijze waarop deze in het Nederlandse recht zijn geformuleerd (het verbod is niet van toepassing in bepaalde situaties). Deze discussie lijkt echter vooral van theoretische aard.

Nu het niet uit lijkt te maken is het dus aan de Nederlandse wetgever om zelfstandig een keus te maken. (Welke keuze ook of mede gebaseerd kan worden op een van de andere juridische factoren die in dit hoofdstuk aan de orde zijn gekomen of gebaseerd kan worden op rechtstheoretische overwegingen die in de Inleiding (par. 1.3.) kort zijn aangestipt.). Een voordeel van het gebruik van het Europeesrechtelijke discriminatiebegrip is dat het Nederlandse recht automatisch mee evolueert met eventuele wijzigingen in de uitleg of toepassing van het Europeesrechtelijke discriminatieverbod, zoals dat ondermeer door het Europese Hof van Justitie vorm zal worden geven.⁴⁵³ Een nadeel zou kunnen zijn dat daarmee een vrij neutrale, circulaire, definitie wordt binnengehaald, die duidelijk afwijkt van de definitie die in het Nederlandse strafrecht is gebruikt.

Het toetsingssysteem en de bewijslastverdeling

De vraag naar het toetsingssysteem kan ook alleen vanuit de begripskeuze zelf worden gesteld. Soms is het argument te horen dat discriminatie te ‘gesloten’ zou zijn; dat wil zeggen: geen enkele uitzondering of rechtvaardiging toe zou laten. Vaker is het argument te horen dat het begrip discriminatie te ‘open’ zou zijn. Dat zou het geval

⁴⁵³ Bovendien is een betere aansluiting / rechtsvergelijking mogelijk met onze 24 EU-medelidstaten.

zijn wanneer discriminatie wordt gedefinieerd als ‘ongerechtvaardigd onderscheid’, hetgeen – zoals we in hoofdstuk 2 hebben gezien – in een aantal contexten inderdaad het geval is.⁴⁵⁴ Het gebruik van het woord discriminatie, op die manier opgevat, betekent dat in ieder geval dat aan de Commissie of aan de rechter wordt voorgelegd de rechtvaardigingsvraag als prealabele vraag voorop komt te staan: is hier wel sprake van discriminatie, c.q. *ongerechtvaardigd* onderscheid? Wat ongerechtvaardigd is, is echter niet nader door de wetgever aangegeven, vandaar dat in dat verband wel van een ‘open toetsingsysteem’ wordt gesproken. Dit effect treedt echter alleen op wanneer men discriminatie op deze open wijze definieert. Een mogelijke andere wijze van definiëren zou zijn om nauw aansluiting te zoeken bij de wijze waarop dit begrip is omschreven in de EG-richtlijnen. Daarin staat feitelijk dat het beginsel van gelijke behandeling iedere vorm van discriminatie uitsluit, waarbij discriminatie op zijn beurt wordt omschreven als ongelijke behandeling. Ook in die systematiek komt – evenals in het Nederlandse recht – de vraag naar de mogelijke rechtvaardiging pas aan de orde als reeds vast staat dat er ongelijk is behandeld (onderscheid is gemaakt). Verband houdend met dit onderwerp is eveneens bekeken of het voor de bewijslastverdeling verschil maakt of het ene of het andere begrip wordt gebruikt. Dit is alleen het geval wanneer een ‘open’ discriminatiebegrip zou worden gebruikt. Een dergelijk effect is niet te verwachten wanneer de Nederlandse wetgever het begrip discriminatie op dezelfde wijze zou definiëren als in de EG-richtlijnen. Een dergelijke stap lijkt niet erg groot meer wanneer men bedenkt dat de regering in de Memorie van Toelichting bij een recente wijziging van de WGBm/v reeds heeft erkend dat het “(...) in deze regelingen (bedoeld: de Awgb en andere gelijkebehandelingswetten) verboden onderscheid is aan te merken als discriminatie, zoals bedoeld in de richtlijn.”⁴⁵⁵

Het internationale non-discriminatierecht

De vraag naar de aansluiting bij internationaal-rechtelijke non-discriminatiebepalingen is door ons aan het onderzoek toegevoegd. Geconstateerd moet worden dat de betekenis en uitleg (door nationale en internationale rechters) van het begrip discriminatie kan verschillen van verdragsbepaling tot verdragsbepaling. Globaal gesproken kan gesteld worden dat discriminatie in de context van artikel 1 GW, het EVRM en het IVBPR ongeveer hetzelfde betekent: het gaat om ongerechtvaardigd onderscheid, waarbij de rechtvaardigingsvraag ingevuld wordt met een doel-middel proportionaliteitstoets en waarbij – althans als overheidsoptreden ter discussie staat (hetgeen de primaire focus van deze bepalingen is) een vrij ruime mate van discretionaire bevoegdheid bestaat om ‘categorisering’ aan te brengen in wetgeving en beleid. In geval van discriminatie op bepaalde ‘verdachte’ gronden geldt daarbij een ‘very weighty reasons test’ die aanzienlijk minder ruimte laat aan de verdragsstaten. In andere verbanden krijgt discriminatie een meer specifieke invulling. Zo is het discriminatieverbod van het VN-Vrouwenverdrag duidelijk meer toegespitst op schendingen van mensenrechten van vrouwen, is discriminatie niet beperkt tot ongelijke behandeling (maar kan zelfs geweld tegen vrouwen omvatten) en is het verbod uit-

⁴⁵⁴ Dit is het geval in de context van de Awgb (waar dit begrip alleen in de toelichtingen e.d. wordt gebruikt), in de context van de Grondwet en in de context van het EVRM en het IVBPR. In het strafrecht, het Rassenverdrag en het Vrouwenverdrag heeft discriminatie een meer specifieke betekenis.

⁴⁵⁵ Zie Kamerstukken II 2004/05, 30 237, nr. 3, p. 3.

drukkelijk materieel en asymmetrisch van aard. Gebruik van het begrip discriminatie in de Awgb (en aanverwante wetten) kan het bezwaar hebben dat deze (ruime) invulling van het internationaal-rechtelijke discriminatiebegrip ook een invloed gaat krijgen op de interpretatie en toepassing van dit nationale recht. In het bijzonder bestaat de vrees dat daarmee de open wijze van toetsen ook ingevoerd zou worden in het nationale recht. Nederland kan zich evenwel in een wereld van *multi-level jurisdictions* niet blijvend afsluiten voor invloeden vanuit andere (hogere) rechtsordes, ook niet door een van die rechtsordes afwijkend begrip te gebruiken. Vanuit dat perspectief is er wat te zeggen voor het gebruik van het begrip discriminatie. Door dat begrip wel te gebruiken – bijvoorbeeld als dat geschiedt in de beperkte EG-rechtelijke betekenis daarvan – is het mogelijk dat het Nederlandse non-discriminatierecht of gelijkbehandelingsrecht mee evolueert met het (hogere) internationale recht op hetzelfde terrein. Fricties tussen verschillende ‘jurisdictions’ kunnen daarmee niet worden voorkomen, maar er kan wel voor worden gezorgd dat er een zekere aansluiting mogelijk blijft tussen nationale, Europese en internationale ontwikkelingen op dit terrein.

De definieerbaarheid van begrippen

Wanneer de Nederlandse wetgever over zou gaan tot het gebruik van het woord discriminatie dringt zich de vraag op of en hoe dit begrip gedefinieerd zou kunnen worden op een zodanige wijze dat er rechtszekerheid bestaat voor de burgers welke regelingen, (be)handelingen en bejegeningen verboden zijn. Van beide begrippen (onderscheid en discriminatie) moet worden geconstateerd dat ze in feite leeg of onderbepaald zijn. Dat wil zeggen: uit het begrip zelf is niet direct de juridische strekking of inhoud ervan af te leiden. Ze vereisen, met andere woorden, nadere bepalingen in de wet waardoor ze een functie kunnen gaan vervullen in een specifieke verbodsbepaling. In juridische termen: discriminatie en onderscheid zijn declaratoire begrippen. Of iets in juridische zin ‘discriminatie’ of (verboden) ‘onderscheid’ *is*, met andere woorden, moet altijd in laatste instantie door de rechter – op grond van de aanwijzingen die de wetgever heeft gegeven – worden vastgesteld. Kort gezegd: vanuit dit perspectief is een definitie van deze begrippen noch mogelijk noch noodzakelijk. De conclusie op dit punt luidt dat het in dit opzicht niet uitmaakt voor welk van beide begrippen men kiest.

De contextafhankelijkheid en de interne consistentie

Tot slot is aan de orde gesteld of het gebruik van een van beide begrippen contextafhankelijk is en/of de interne consistentie van het recht zou eisen dat overal dezelfde begrippen worden gebruikt. In dit opzicht is wel het een en ander aan standpunten aangetroffen in de discussies (waarbij zowel voor als tegen het consistent gebruik van één begrip is gepleit), maar wij kunnen op grond daarvan (nog) niet tot een afgeronde conclusie komen. Op dit onderdeel zal nader studie moeten worden verricht, althans wanneer deze aspecten een belangrijke rol zouden moeten (gaan) spelen bij de uiteindelijke begripskeuze.

Resumerend

Op juridische gronden is geen eenduidig antwoord te formuleren op de vraag of de keuze voor een van beide begrippen geïndiceerd zou zijn. Voor een deel hangt dit af

van nadere keuzes (bijvoorbeeld ten aanzien van het toepassingsbereik van de wetgeving of de gronden), voor een ander deel van nadere studie (bijvoorbeeld ten aanzien van de interne consistentie van het recht). Het voordeel van het blijven gebruiken van onderscheid is dat daarmee een veelheid van veelsoortige gronden in één wettelijk kader kan worden geregeld⁴⁵⁶ en dat er een duidelijke beperking tot bepaalde terreinen van het maatschappelijk leven mogelijk is. Vanuit een aantal opzichten is er ook iets te zeggen voor het gebruik van het woord discriminatie, maar dan gedefinieerd op de wijze zoals dat in de Europese richtlijnen is geschied. Daarmee voorkomt men dat er 'ruis' ontstaat tussen het Nederlandse en het Europese begrippenkader en blijft Nederland aansluiting houden bij de ontwikkelingen die het discriminatiebegrip in die context zal blijven doormaken; tegelijk is daarmee een zekere uitwisseling mogelijk gemaakt met ontwikkelingen die zich in het internationale recht in dit opzicht voordoen.

⁴⁵⁶ Zoals voorgenomen in de voorgestelde Integratiewet. Zie voetnoot 8.

Hoofdstuk 7

Conclusies

In dit afsluitende hoofdstuk zullen we niet alle argumenten voor of tegen het gebruik van het begrip onderscheid of discriminatie die in dit onderzoeksrapport aan de orde zijn gekomen opnieuw de revue laten passeren. We verwijzen daarvoor naar de samenvattingen en conclusies aan het eind van de verschillende paragrafen of hoofdstukken van dit deelrapport.

Zeer kort gesteld kunnen de volgende antwoorden op de centrale onderzoeksvragen worden gegeven:

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

Ja, dat kan. Echter, het omgekeerde kan ook worden gesteld: de overeenkomst tussen het Nederlandse en het Europese gelijkebehandelingsrecht wat betreft de inhoud van de begrippen, en systematiek van toetsing die met deze begrippen samenhangt, is zo groot dat –juridisch gezien– er eveneens niets in de weg lijkt te staan aan het gaan gebruiken van het Europeesrechtelijk gedefinieerde begrip discriminatie. Dat wil zeggen: als dit begrip wordt ingevoerd zal het aan de juridische systematiek van de Awgb als zodanig niets veranderen. Hooguit zullen de ‘uitzonderingen’ op het verbod op ongelijke behandeling, die nu als ‘rechtvaardigingen’ zijn geformuleerd, vorm gegeven moeten worden in de zinsconstructie dat bepaalde situaties niet vallen onder wat de wet onder discriminatie verstaat.

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

Het verschil in betekenis tussen deze begrippen is afhankelijk van de taalkundige en juridische context waarin deze begrippen functioneren. *Grosso modo* spitsen de verschillen zich toe op de volgende factoren:

- de mate waarin het begrip een pejoratieve connotatie heeft (discriminatie), c.q. de mate van ‘neutraliteit’ van het betreffende begrip (onderscheid)
- de sterke verbondenheid van het begrip met bepaalde ‘verdachte’ gronden (in geval van discriminatie) of het van toepassing kunnen zijn op alle mogelijke criteria (onderscheid)
- (in samenhang daarmee) de verbondenheid met bescherming van mensenrechten (discriminatie) of met overwegend sociaal-economische doelstellingen (onderscheid)
- het toepassingsbereik van de normstelling (verbodsbepaling) waarin het woord een centrale rol speelt (ruim bij discriminatie, duidelijk afgebakend bij onderscheid)
- de openheid of geslotenheid van het begrip wat betreft de vraag of voor de bestreden feiten nog een rechtvaardigingsgrond kan worden aangevoerd; discriminatie zou open zijn, onderscheid gesloten.

Hiermee lijkt een helder verschil in betekenis te zijn gegeven. Het onderzoek heeft echter aangetoond dat deze vermeende verschillen voor een groot deel moeten worden gerelativeerd. Onderscheid krijgt een sterk negatieve betekenis wanneer de wetgever dat begrip verbindt met bepaalde als verdacht aangemerkte gronden en stelt dat het moet gaan om ‘niet te rechtvaardigen’ onderscheid. Wat betreft de verbondenheid van het discriminatiebegrip met verdachte gronden of met bepaalde mensenrechtelijke doelstellingen: dit is lang niet bij alle discriminatieverboden het geval. Het voorbeeld bij uitstek van een veel ruimere toepassing van het discriminatiebegrip is het Europese recht dat dit begrip toepast op een breed scala van gronden en dat vooral economisch-instrumenteel van aard is. Voor het toepassingsbereik geldt iets dergelijks. Tenslotte kan zowel van discriminatie als van onderscheid gezegd worden dat het open of juist gesloten begrippen zijn. De conclusie moet zijn dat de betekenis van de begrippen als zodanig niet dwingend leidt tot een bepaalde keuze in de context van het bestaande Nederlandse gelijkebehandelingsrecht.

Is er een relatie tussen de begripskeuze en de toetsingssystematiek?

Nee, er kan niet gesteld worden dat de keuze voor een van beide begrippen automatisch en dwingend zal leiden tot een bepaalde manier van toetsen of van een verboden regeling, (be)handeling of bejegening sprake is. Of, hoe en op welk moment in de beantwoording van deze rechtsvraag er ruimte is voor het aanvoeren van rechtvaardigingsgronden is afhankelijk van de wijze waarop de begrippen die centraal staan in de normstelling (het discriminatieverbod of het verbod op onderscheid) zijn gedefinieerd en van de vraag op welke wijze de wetgever deze normstelling nader heeft ‘dichtgetimmerd’. (Dat wil zeggen zelf heeft aangeven wat wel of niet door de beugel kan.) Samenhangend met de toetsingssystematiek is de vraag aan de orde gesteld of de keuze voor een van beide begrippen gevolgen zal hebben voor de bewijslastverdeling, c.q. voor de zwaarte van de bewijslast voor slachtoffers van discriminatie. Ook op deze vraag luidt het antwoord dat dit afhankelijk zal zijn van de wijze van definiëren van het centrale begrip in de wet.

Tenslotte is door de onderzoekers nog een aantal aanvullende aspecten van deze problematiek behandeld onder de vraag:

Kan de terminologie (onderscheid) in zijn algemeenheid worden gehandhaafd?

Onder deze vraag zijn een aantal andere (dan de eerder besproken) juridische aspecten aan de orde gekomen. Een eenduidige en juridisch dwingende conclusie over de wenselijkheid van een van beide begrippen is daaruit niet te trekken. De kwestie van de begripskeuze is een rechtspolitieke vraag die uiteindelijk door de regering en het parlement op grond van een aantal wegingsfactoren moet worden beantwoord. Daarbij moeten keuzes gemaakt worden op de volgende punten:

- Wel of geen pejoratief begrip / wel of geen neutraal begrip.
- Wel of geen begrip met een ruim / beperkt toepassingsbereik.
- Wel of geen ‘open’ of ‘gesloten’ begrip c.q. ‘open’ / ‘gesloten’ toetsingssysteem.
- Wel of geen aansluiting zoeken bij het Europeesrechtelijke discriminatiebegrip.
- Wel of geen aansluiting zoeken bij een internationaal-rechtelijk discriminatiebegrip
- Wel of geen streven naar interne consistentie van het Nederlandse recht

De vraag of een van beide begrippen de voorkeur verdient is ten slotte niet alleen afhankelijk van de juridische factoren die hiervoor zijn besproken. Daarnaast zou de discussie over de begripskeuze ook geplaatst moeten worden in het kader van meer algemeen rechtstheoretische en rechtspolitieke discussies over doel en functie van het non-discriminatierecht of het gelijkebehandelingsrecht. Op dat vlak is in het kader van dit evaluatieonderzoek niet meer gedaan dan dat een eerste, zeer beknopte, inventarisatie is gemaakt van aspecten die daarbij een rol spelen. Allereerst is het van belang in dat verband opnieuw aandacht te vragen voor de vraag wat het gelijkheidsbeginsel inhoudt en welke werking het zou moeten hebben zowel in verticale als in horizontale relaties. Het gaat daarbij ook om een hernieuwde discussie over doel, functie en verwachte effectiviteit en instrumentaliteit van gelijkebehandelingswetgeving of non-discriminatierecht. De besluitvorming over de begripskeuze zou aan kracht en diepgang winnen wanneer ook ruime aandacht zou worden geschonken aan deze aspecten.

DE UITZONDERING INZAKE 'EENZIJDIG
OVERHEIDSHANDELEN'

DEEL I

ONDERDEEL 2

P.J.J. ZOONTJENS

Hoofdstuk 1

Inleiding

1.1 Onderwerp en aanleiding

In dit onderdeel staat centraal de *tweede algemene onderzoeksvraag*:

‘IS EEN UITBREIDING VAN DE WERKINGSSFEER VAN DE GELIJKEBEHANDELINGSWETGEVING EN DE BEVOEGDHEID VAN DE CGB NAAR EENZIJDIG OVERHEIDSHANDELEN NOODZAKELIJK EN HAALBAAR? IS ER VOLDOENDE BESCHERMING IN DE AWB EN ART. 1 GRONDWET, OF MOETEN PROBLEMEN IN VERTICALE RELATIES (OOK) IN DE AWGB WORDEN OPGELOST?’

Naar heersende opvatting is er in de Awgb geen algemene rechtsmacht van de Cgb ten aanzien van het eenzijdig overheidshandelen vastgelegd. De regering stelt zich op het standpunt dat dat ook niet hoeft, nu de overheid is gebonden aan artikel 1 Grondwet. Verder bieden de Algemene wet bestuursrecht en de algemene beginselen van behoorlijk bestuur rechtsbescherming tegen eenzijdige, publiekrechtelijke rechtshandelingen.⁴⁵⁷ Zoals we nog zullen zien, heeft dit standpunt al een zekere geschiedenis. Toch is er voldoende aanleiding om bij dit standpunt vragen te stellen. De laatste jaren zijn er verschillende Europese richtlijnen totstandgekomen die rechtstreeks van invloed zijn op belangrijke delen van de Nederlandse gelijkebehandelingswetgeving, waaronder de Awgb, en waarbij geen uitzondering wordt gemaakt ten aanzien van overheidshandelen.⁴⁵⁸ Verder, zo mag worden aangenomen, is het aan de gemiddelde burger lastig uit te leggen dat zijn klacht niet kan worden behandeld omdat er overheidshandelen in het geding is.⁴⁵⁹

1.2 Een eerste afbakening van de onderzoeksvraag

Het antwoord op de eerste volzin van de weergegeven onderzoeksvraag of de uitbreiding ‘noodzakelijk’ is, is door juridisch onderzoek moeilijk te geven. Het kan er hoogstens om gaan dat er goede argumenten worden aangedragen die de wenselijkheid van uitbreiding behandelen. Dat zou slechts anders zijn als er vanuit juridische optiek moet worden geoordeeld dat het huidige, beperkte toetsingsbereik krachtens de Awgb op onoverkomelijke problemen stuit voor ieders recht op adequate rechtsbescherming tegen onrechtmatig overheidshandelen, maar dat lijkt hier – zelfs bij enig nadenken – niet het geval. Wij zouden de term ‘noodzakelijk’ in de onderzoeksvraag dan ook willen lezen als ware bedoeld: ‘wenselijk’. De wetgever zal de afweging moeten maken, de bedoeling is dat wij daarvoor in dit onderzoek enige bouwstenen aandragen.

Men kan de vraag van hierboven vanuit twee invalshoeken benaderen, een procedurele en een inhoudelijke. In *procedurele zin* kan men zich daarbij afvragen of met uitbreiding van de bevoegdheid van de Cgb naar eenzijdig overheidshandelen het individuele recht op toegang tot adequate geschillenbeslechting zou zijn gediend. Bij

⁴⁵⁷ Kabinetsstandpunt, p. 17.

⁴⁵⁸ Denk aan de Rasrichtlijn, de Kaderrichtlijn en Richtlijn 2004/113/EG van de Raad van 13 december 2004 houdende toepassing van het beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen bij de toegang tot en het aanbod van goederen en diensten.

⁴⁵⁹ Vgl. Cgb 2005, p. 53 e.v.

de benadering vanuit de procedurele invalshoek zou de afstemming tussen Awgb en Awb centraal dienen te staan. Levert voor rechtzoekenden een extra rechtsgang ten aanzien van besluiten, naast die van de Awb, meerwaarde op? Valt in voorkomende gevallen een verschil in resultaat van toetsing van hetzelfde geval door de Cgb en de bestuursrechter aan een rechtzoekende uit te leggen? Ook kan niet worden vermeden de vraag of de Awgb ten aanzien van handelingen die van de Awb-rechtsgang zijn uitgesloten meerwaarde kan opleveren. Verder is het zo dat niet alle eenzijdige overheidshandelen buiten de bevoegdheid van de Cgb is gehouden.

Vanuit de *inhoudelijke invalshoek* kan men zich afvragen of de toetsing van eenzijdig overheidshandelen aan de normen van de Awgb anders is dan, cq. een meerwaarde oplevert ten opzichte van toetsing door de burgerlijke rechter of bestuursrechter aan art. 1 Grondwet of het gelijkheidsbeginsel als algemeen beginsel van behoorlijk bestuur. Er zijn hier duidelijke raakvlakken met de eerste algemene onderzoeksvraag, onder meer omdat ook hier de kwestie van een open of gesloten stelsel speelt.

Beide invalshoeken staan natuurlijk met elkaar in verband. Zo zal men bij het vraagstuk van 'toegang tot adequate geschillenbeslechting' niet heen kunnen om de inhoudelijke toetsing die in dat kader wordt verricht. Andersom zal bij de weging van de 'meerwaarde' van de toetsing ook de relatieve laagdrempeligheid van de voorziening en de maatschappelijke acceptatie van haar oordelen meegewogen moeten worden. In het onderzoek komen beide vragen aan bod. Uit de conclusies zal blijken of en hoezeer een verband tussen een en ander bestaat.

1.3 Plan van behandeling

Eerst, in *hoofdstuk 2*, zal de achtergrond van het problematische karakter van 'eenzijdig' overheidshandelen worden geschetst. Daarbij gaan we in op de jurisprudentie van de Cgb, alsmede op de parlementaire discussie die hierover voorafgaand aan de totstandkoming van de Awgb werd gevoerd. Ook aan latere discussies wordt aandacht besteed. Een en ander zal resulteren in een nadere precisering van de onderzoeksvraag. In *hoofdstuk 3* zal vervolgens worden onderzocht of bepaalde categorieën van overheidshandelingen niet reeds op voorhand moeten worden uitgesloten van de rechtsmacht van de Cgb. In het bijzonder zal daarbij worden ingegaan op de kwalificatie van een instantie als overheid, het feitelijk overheidshandelen, wetten in formele zin en algemeen verbindende voorschriften (a.v.v.). Leidraad is hier het model van de Algemene wet bestuursrecht (Awb). Omdat uit dit hoofdstuk zal blijken dat er zich op voorhand niets tegen verzet om een belangrijk deel van het overheidshandelen onder de rechtsmacht van de Cgb te brengen, staat in *hoofdstuk 4* de vraag centraal welke effecten daarvan zijn te verwachten voor de opzet en doelstellingen van de Awgb. Daartoe wordt onder meer aandacht besteed aan de rechtspraak inzake artikel 1 Grondwet en het gelijkheidsbeginsel als a.b.b.b. en zal worden nagegaan welke consequenties hieruit kunnen worden afgeleid voor het systeem van toetsing krachtens de Awgb. Ook komt de vraag aan de orde hoe de huidige doelstellingen van de Awgb zich verhouden tot het uitgangspunt dat in algemene zin overheidshandelen onder de bevoegdheid van de Cgb thuis zou horen. In *hoofdstuk 5* wordt, uitgaande van het principe dat verruiming van de rechtsmacht van de Cgb alleen op selectieve basis plaats kan vinden, een aantal mogelijke criteria geformuleerd die tot verruiming aanleiding kunnen geven. *Hoofdstuk 6* behandelt het vraagstuk hoe, indien verruiming van de bevoegdheid van de Cgb zich mede uitstrekt over krachtens de Awb

appellabele besluiten, de verhouding is van de Awgb-procedure tot het procesrecht van de Awb. Uitgangspunt is hier het perspectief van de rechtzoekende. *Hoofdstuk 7*, ten slotte, bevat de algemene conclusies.

Hoofdstuk 2

Achtergrond

2.1 *De omvang van het probleem*

In hoeverre is de bevoegdheid van de Cgb inzake het toetsen van ‘eenzijdig overheidshandelen’ beperkt? Uit bovenstaande algemene onderzoeksvraag zou men wellicht kunnen afleiden dat de Commissie op geen enkele wijze eenzijdig overheidshandelen kan beoordelen, maar dat is niet het geval. De Awgb bevat in verschillende onderdelen expliciete opdrachten om ook resultaten van eenzijdig overheidshandelen te beoordelen. Verder blijkt in de jurisprudentie van de Cgb genuanceerd tegen de uitzondering te worden aangekeken. Een en ander vormt reden om eerst eens het probleem in te kaderen dat aanleiding is geweest tot de formulering van de tweede algemene onderzoeksvraag.

Zoals gezegd, verschillende soorten van eenzijdig overheidshandelen worden reeds door de Awgb bestreken. Artikel 5, eerste lid, Awgb verbiedt onderscheid bij arbeid, uitgezonderd het vrije beroep waarop artikel 6 betrekking heeft. Artikel 5, eerste lid, ziet naar geldende opvatting in zijn geheel op zowel privaatrechtelijke als publiekrechtelijke arbeidsverhoudingen.⁴⁶⁰ Getuige de catalogus van gevallen, waarop het verbod van artikel 5, eerste lid, ziet moeten we aannemen dat het daarbij om alle denkbare soorten van overheidshandelingen kan gaan: feitelijke handelingen, privaatrechtelijke rechtshandelingen, algemeen verbindende voorschriften,⁴⁶¹ besluiten van algemene strekking of beschikkingen.

Artikel 7, eerste lid, Awgb, dat onderscheid verbiedt bij school- en beroepskeuzevoorlichting en het aanbieden van of verlenen van toegang tot goederen en diensten, heeft onder meer betrekking op het handelen door ‘instellingen’, werkzaam op het gebied van het onderwijs. Het is onbetwist dat hier ook handelingen van de zijde van openbare onderwijsinstellingen onder vallen, welke zijn aan te merken als overheidshandelingen.⁴⁶² Op het aspect van handelen door de ‘openbare dienst’ dat eveneens door artikel 7, eerste lid, wordt bestreken wordt hieronder apart ingegaan.

Artikel 7a Awgb is ingevoegd bij de EG-implementatiewet Awgb (Stb. 2004, 119) en verbiedt onderscheid op grond van ras bij ‘sociale bescherming, daaronder begrepen sociale zekerheid en sociale voordelen’. Zie hierover ook paragraaf 2.2.2. Het nieuwe artikel is mede het resultaat van de opvatting dat ‘sociale zekerheid’ en ‘sociale voordelen’ niet onder het begrip goederen en diensten van artikel 7, eerste lid, Awgb zijn te brengen en derhalve een aparte regeling behoeven.⁴⁶³ Reeds oppervlakkige kennisneming van artikel 7a doet vermoeden dat er eenzijdig overheidshandelen onder is begrepen. In de parlementaire stukken merkt de regering op dat onder ‘sociale bescherming’ zaken vallen als bestrijding van armoede en sociale uitsluiting, maar ook alle aspecten van gezondheidszorg, welzijn, sociale zekerheid en sociale voorzieningen. Bij ‘sociale voordelen’ verwijst de regering naar de uitleg die het Hv-

⁴⁶⁰ Memorie van toelichting Awgb, Kamerstukken II 1990/91, 22 014, nr. 3, p. 16. Zie ook E. Cremers-Hartman, 1-3 Werkingsfeer AWGB (art. 3, 4 sub c, 5 lid 1, 6, 7 lid 1 AWGB), in: KUN-onderzoek 1999, p. 31.

⁴⁶¹ Voor zover niet uitgesloten krachtens art. 2, vijfde lid, onder a, Awgb.

⁴⁶² Zie bijvoorbeeld Oordeel 2000-51.

⁴⁶³ EG-implementatiewet, memorie van toelichting, Kamerstukken II 2002/03, 28 770, nr. 3, p. 14. Zie ook Kabinetsstandpunt, p. 17.

JEG aan dit begrip heeft gegeven. Het gaat dan om voordelen van economische of culturele aard die binnen de lidstaten worden toegekend door zowel overheidsinstellingen als particulieren. Te denken valt aan studiefinanciering, korting bij reizen per openbaar vervoer en gereduceerde toegangsprijzen verstrekt door bioscopen of theaters.⁴⁶⁴

Artikel 5, behorende met artikelen 6 en 7 tot de algemene materiële verbodsbepalingen van de Awgb, biedt reeds ruimte en mogelijkheden voor de Cgb, zo kan worden vastgesteld, om vormen van eenzijdig overheidshandelen te toetsen. Artikel 6, inzake het vrije beroep, heeft daar naar de aard geen betrekking op. Artikel 7 Awgb heeft slechts voor een enkel onderdeel betrekking op overheidshandelingen. Artikel 7a Awgb omvat weer wel in het geheel overheidshandelen, al moet de precieze betekenis en omvang daarvan zich nog ontvouwen in de toepassingspraktijk. Waar dus nog in gemoede ‘uitbreiding van de werkingssfeer van de gelijkebehandelingswetgeving en de bevoegdheid van de Cgb naar eenzijdig overheidshandelen’ zou kunnen plaatsvinden betreft dat uiteindelijk alleen de problematiek van artikel 7, eerste lid, Awgb.

Artikel 7 lid 1, Awgb luidt:

Onderscheid is verboden bij het aanbieden van of verlenen van toegang tot goederen of diensten en bij het sluiten, uitvoeren of beëindigen van overeenkomsten ter zake, alsmede bij het geven van loopbaanoriëntatie en advies of voorlichting over school- of beroepskeuze, indien dit geschiedt:

- a. in de uitoefening van een beroep of bedrijf;
- b. door de openbare dienst;
- c. door instellingen die werkzaam zijn op het gebied van volkshuisvesting, welzijn, gezondheidszorg, cultuur of onderwijs of
- d. door natuurlijke personen die niet handelen in de uitoefening van een beroep of bedrijf, voor zover het aanbod in het openbaar geschiedt.

2.2 Soorten van eenzijdig overheidshandelen

2.2.1 De gevallen

Getuige de jurisprudentie van de Cgb heeft de discussie over eenzijdig overheidshandelen ook precies betrekking op artikel 7, eerste lid. Door de Commissie wordt in een lange reeks van Oordelen het standpunt ingenomen dat het bij eenzijdig overheidshandelen leveren van goederen en diensten door de ‘openbare dienst’ van de werkingssfeer van artikel 7 Awgb is uitgezonderd.⁴⁶⁵ Men denke hierbij aan het (niet) toekennen van een studietoelage, studiefinanciering of uitkering,⁴⁶⁶ of het verstrekken van subsidie,⁴⁶⁷ het opleggen van fiscale heffingen,⁴⁶⁸ het hanteren van de wacht-

⁴⁶⁴ Kamerstukken II 2002/03, 28 770, nr. 3, p. 14/15. Zie ook A.P. van der Mei, Het verbod van onderscheid op grond van ras bij sociale bescherming en sociale voordelen, opgenomen in *Gelijke behandeling: oordelen en commentaar 2005*. Omdat deze bijdrage nog in druk moet verschijnen is het niet mogelijk naar paginanummering te verwijzen.

⁴⁶⁵ Zoals we nog zullen zien in paragraaf 2.3 berust dit standpunt op de totstandkomingsgeschiedenis van de Awgb.

⁴⁶⁶ Vgl. Oordelen 1996-63, 1997-78, 2003-36k.

⁴⁶⁷ Oordelen 1997-59, 2002-195, 2002-196, 2003-160, 2004-35k.

lijst bij gemeentelijk woningtoewijzingsbeleid,⁴⁶⁹ het besluit van de schooldirecteur inzake ontheffing schoolbezoek op grond van de Leerplichtwet 1969,⁴⁷⁰ de bepaling in een verordening omtrent een vergunningvereiste,⁴⁷¹ de vaststelling van een verordening door de gemeenteraad,⁴⁷² de tenuitvoerlegging van een gevangenisstraf,⁴⁷³ het bieden van opvangfaciliteiten door COA aan asielzoekers,⁴⁷⁴ het advies met betrekking tot het niet-verlenen van een verklaring van vakbekwaamheid als arts als bedoeld in de Wet BIG,⁴⁷⁵ de huwelijksvoltrekking door een ambtenaar van de burgerlijke stand,⁴⁷⁶ het besluit in het kader van de uitvoering van een sociale zekerheidswet,⁴⁷⁷ de oplegging van een Educatieve Maatregel Alcohol en verkeer door het CBR,⁴⁷⁸ het niet-toekennen van zendtijd op grond van de Mediawet,⁴⁷⁹ de verhoging van de inkomenseis bij gezinshereniging door de minister,⁴⁸⁰ de weigering tot verstrekking van een internationaal uittreksel van de huwelijksakte door het gemeentebestuur,⁴⁸¹ het advies aan de civiele rechter door de Raad voor kinderscherming⁴⁸² of een besluit op basis van de Vreemdelingenwet.⁴⁸³

2.2.2 *Gevolgen van de komst van artikel 7a Awgb*

Een aantal van de genoemde handelingen zal voor de toekomst onder de 'sociale bescherming', 'sociale voordelen' of 'sociale zekerheid' kunnen worden gebracht, als bedoeld in art. 7a Awgb, waardoor dit specifieke overheidshandelen alsnog toetsbaar wordt voor de Cgb. We hebben reeds geconstateerd dat artikel 7a Awgb mede het overheidshandelen omvat. Zaken als sociale zekerheidsuitkeringen, bijstand ingevolge de Algemene Bijstandswet, voorzieningen ingevolge de Wet voorzieningen gehandicapten en de Wet sociale werkvoorziening, en studiefinanciering en studietoelagen zullen naar verwachting onder het toetsingsbereik van de Cgb gebracht kunnen worden. In een poging nader aan te geven wat onder 'sociale voordelen' moet worden verstaan, omschrijft Van der Mei deze als 'buiten het klassieke kader van de georganiseerde verzorgingsstaat door zowel overheids- als particuliere instellingen toegekende voordelen'.⁴⁸⁴ Door de komst van artikel 7a Awgb, zo kan worden geconstateerd, zal zeker een aantal van de in de vorige paragraaf opgesomde gevallen van gepercipieerd overheidshandelen onder het bereik van de wet worden gebracht. We moeten ons daarbij echter realiseren dat artikel 7a een beperkter bereik heeft dan artikel 7, nu en-

⁴⁶⁸ Oordelen 1998-84, 2003-50.

⁴⁶⁹ Oordeel 2003-12k.

⁴⁷⁰ Oordeel 2004-19.

⁴⁷¹ Oordeel 2004-48k.

⁴⁷² Oordeel 2001-108.

⁴⁷³ Oordelen 2001-67, 2004-38k.

⁴⁷⁴ Oordeel 2003-148.

⁴⁷⁵ Oordeel 2005-151.

⁴⁷⁶ Oordeel 2002-24.

⁴⁷⁷ Oordelen 2002-192, 2003-16, 2005-39k.

⁴⁷⁸ Oordeel 2003-27k.

⁴⁷⁹ Oordeel 2003-5k.

⁴⁸⁰ Oordeel 2004-57k.

⁴⁸¹ Oordeel 2004-59k.

⁴⁸² Oordelen 1998-61, 2004-52k.

⁴⁸³ Oordelen 2005-1k, 2005-18k.

⁴⁸⁴ Van der Mei, a.w. (noot 464).

kel onderscheid op grond van ras is verboden. Voor andere, eventueel toepasselijke verbodsgronden ex artikel 1, eerste lid, onder b, Awgb blijven met andere woorden de gevallen van eenzijdig overheidshandelen met betrekking tot ‘sociale bescherming’, ‘sociale zekerheid’ en ‘sociale voordelen’ evengoed buiten de werkingssfeer van de Awgb.

2.2.3 De kwalificatie van eenzijdig overheidshandelen

Wat precies door de Cgb tot eenzijdig overheidshandelen wordt gerekend is naar terminologie nogal casuïstisch. Zo vallen in beginsel ‘algemeen verbindende voorschriften en beschikkingen van de overheid’⁴⁸⁵ of ‘beslissingen die zijn gebaseerd op algemeen verbindende voorschriften’⁴⁸⁶ buiten de reikwijdte van artikel 7 Awgb. Een andere keer heet het weer dat ‘eenzijdige rechtshandelingen van de overheid’,⁴⁸⁷ (gewoon) ‘eenzijdig overheidshandelen’⁴⁸⁸ of ‘een groot deel van het feitelijke overheidshandelen, waaronder in ieder geval eenzijdige rechtshandelingen’, (sic) van de werkingssfeer van de Awgb is uitgesloten.⁴⁸⁹ Alternatieve aanduidingen zijn vervolgens ‘publiekrechtelijke rechtshandelingen’,⁴⁹⁰ ‘publiekrechtelijk overheidshandelen’,⁴⁹¹ ‘het zuiver publiekrechtelijk handelen van de overheid’⁴⁹² of ‘andere soortige handelingen ter vervulling van taken die bij uitstek behoren tot de verantwoordelijkheid van de overheid als zodanig’.⁴⁹³

Uit deze opsomming blijkt dat zowel feitelijke overheidshandelingen, als publiekrechtelijke rechtshandelingen tot de categorie van eenzijdig overheidshandelen moeten worden gerekend. Feitelijk overheidshandelen is aan de orde bij de beslissing van een overheidsorgaan om een bepaalde feitelijke handeling te verrichten⁴⁹⁴ en, uiteraard, wanneer deze handeling zelf wordt verricht door een overheidsfunctionaris. Publiekrechtelijke rechtshandelingen kunnen worden onderscheiden in eenzijdige en meezijdige. Van de laatste is de *bevoegdhedenovereenkomst* een voorbeeld, een overeenkomst tussen twee bestuursorganen of tussen een bestuursorgaan en een burger omtrent het gebruik door *een*, respectievelijk *het* bestuursorgaan van een publiekrechtelijke bevoegdheid.⁴⁹⁵ Naar zijn aard behoort dit type van overeenkomst niet tot de categorie van *eenzijdig* overheidshandelen, zodat men er van uit zou mogen gaan dat deze dus wél onder de werkingssfeer van de Awgb valt. Er zijn niettemin redenen om naar huidig recht ook de bevoegdhedenovereenkomst van de werkingssfeer van de Awgb uit te sluiten. We noemen er twee. De term ‘eenzijdig overheidshandelen’ lijkt vooral te verwijzen naar de begrippen en beelden die tijdens het in paragraaf 2.3 te bespreken kamerdebat zijn gebruikt, zonder dat daarover evenwel een systemati-

⁴⁸⁵ Oordelen 1997-59, 1997-78, 1998-84, 2001-108, 2002-195, 2002-196, 2003-160, 2005-225, 2004-35k.

⁴⁸⁶ Oordelen 2004-72, 2004-73, 2005-164.

⁴⁸⁷ Oordelen 2002-192, 2004-19.

⁴⁸⁸ Oordelen 2003-16, 2003-50, 2003-162, 2005-164, 2003-5k, 2003-36k, 2004-59k, 2005-28k.

⁴⁸⁹ Oordelen 1996-63; 2003-148, 2003-27k.

⁴⁹⁰ Oordelen 1997-112, 2005-151.

⁴⁹¹ Oordelen 2003-12k, 2004-38k, 2004-57k.

⁴⁹² Oordelen 2001-67, 2004-48k, 2004-52k, 2005-39k, 2005-1k, 2005-18k.

⁴⁹³ Oordelen 2002-24, 2002-42, 2004-134.

⁴⁹⁴ Van Wijk 2005, p. 164.

⁴⁹⁵ Vgl. Van Wijk 2005, p. 244 e.v.

sche analyse heeft plaatsgevonden. Verder lijken ook bij een bevoegdhedenovereenkomst taken in het geding, die ‘bij uitstek behoren tot de verantwoordelijkheid van de overheid als zodanig’.

De jurisprudentie van de Cgb geeft nog geen uitsluitsel op dit punt, maar we gaan ervan uit dat het element ‘overheid’ in overheidshandelen overwegende betekenis moet toekomen ten opzichte van het epitheton ‘eenzijdig’. De betekenis van het in paragraaf 2.3 te bespreken kamerdebat moet ons inziens ook in dit licht worden gezien. Eenzijdige publiekrechtelijke rechtshandelingen kunnen worden onderverdeeld in beschikkingen (art. 1:3, tweede lid, Awb) en (andere) besluiten (art. 1:3, eerste lid, Awb), waarbij voor de laatste categorie kan worden gedacht aan algemeen verbindende voorschriften, beleidsregels, plannen, concretiserende besluiten en andere besluiten van algemene strekking.⁴⁹⁶

2.2.4 Uitzonderingen

Er zijn uitzonderingen op de regel. Volgens een kenmerkende overweging van de Cgb is het niet uitgesloten dat bepaalde feitelijke overheidshandelingen of ook publiekrechtelijke rechtshandelingen onder artikel 7 Awgb vallen, indien zij het karakter hebben van het aanbieden van diensten. Artikel 7 Awgb verbiedt de overheid met andere woorden om onderscheid te maken ‘indien en voor zover zij op voet van gelijkheid deelneemt aan het maatschappelijk of economisch verkeer’.⁴⁹⁷ Hoewel op zichzelf het bevorderen van eigen woningbezit onder minder draagkrachtigen als een overheidstaak werd gezien, had dat volgens de Cgb niet tot gevolg dat de transactie van het te koop aanbieden van woningen gerekend moest worden tot het eenzijdig publiekrechtelijk overheidshandelen.⁴⁹⁸ Evenmin kon dat gelden voor de aanvullende verzekering van het Ziekenfonds, indien daarop een zelfstandig recht op vergoeding van behandelingskosten gebaseerd kan worden.⁴⁹⁹ Ook beleidsregels ter vaststelling van het eigen recht van hoger onderwijsinstellingen om – gegeven een wettelijk minimum – de hoogte van het collegegeld te bepalen voor studenten die geen recht op studiefinanciering hebben werden van het eenzijdig overheidshandelen uitgezonderd.⁵⁰⁰ Zelfs een besluit, zoals subsidieverlening, dat volgens vaste lijn in de jurisprudentie van de Cgb buiten de eigen bevoegdheid valt, kan niettemin een handelen betreffen dat wel onder de werkingssfeer van de Awgb valt, indien dit handelen het karakter zou hebben van het aanbieden van goederen en diensten. Dan dient wel uit bijzondere omstandigheden te blijken dat dit overheidshandelen niets anders inhoudt dan het aanbieden van goederen en diensten.⁵⁰¹

⁴⁹⁶ Vgl. Van Wijk 2005, p. 210–243. Zie voor een andere afbakening hoofdstuk 3 hieronder.

⁴⁹⁷ Zie Oordelen 1998–61, 2002–42, 2003–27k, 2003–148, 2003–162, 2004–52k, 2005–151.

⁴⁹⁸ Oordeel 2002–42.

⁴⁹⁹ Oordelen 2004–72, 2004–73.

⁵⁰⁰ Oordeel 2004–134.

⁵⁰¹ Oordeel 1997–59. Zie ook Oordelen 1997–112, 1998–84.

2.3 *Parlementaire discussie*

2.3.1 *Algemeen*

Waarop is de uitsluiting van eenzijdig overheidshandelen gebaseerd? In de kamerstukken wordt opgemerkt dat de Awgb een uitwerking biedt van het discriminatieverbod ‘op terreinen die van groot belang zijn voor het functioneren van mensen in de maatschappij’.⁵⁰² De door de wet bestreken maatschappelijke terreinen kunnen als ‘gevoelig’ worden aangemerkt. Te verdedigen valt dat in de oorspronkelijke opzet van de Awgb is gekozen voor het uitgangspunt dat het discriminatieverbod voor zowel het private als publieke rechtsverkeer geldt, in zover de overheid zich qua maatschappelijke verschijningsvorm (als werkgever, als contractpartner bij dienstverlening) niet wezenlijk onderscheidt van particulieren en vice versa. In ieder geval wordt het feit dat de Awgb zich mede uitstrekt tot publiekrechtelijke verhoudingen niet als een probleem gezien. Daarentegen wordt vooral de nadruk gelegd op de betekenis van de wet voor de horizontale rechtsverhoudingen tussen burgers en maatschappelijke organisaties onderling. Voor die rechtsverhoudingen bestond voorheen immers alleen de norm van artikel 1 Grondwet, waarbij het aan de rechter was om per geval te beoordelen of en in welke mate deze norm door zou werken.⁵⁰³ Een typerende passage is de volgende uit de memorie van toelichting:

‘Het bestrijden van discriminatie rechtvaardigt ook dat in het wetsvoorstel de doorwerking van het constitutionele verbod van discriminatie voor de private sector wordt uitgewerkt. De in de Grondwet opgenomen grondrechten beogen immers noch in de verhouding met de overheid, noch in de verhouding met anderen in het maatschappelijk leven, een vrijheid tot discrimineren te bieden. Wanneer enkel de overheid gehouden zou zijn aan het verbod van discriminatie zoals uitgewerkt in dit wetsvoorstel, zou de rechtzoekende op terreinen waar de invloed van de overheid niet bijzonder groot is, onvoldoende bescherming worden geboden tegen discriminatie.’⁵⁰⁴

De Cgb verwijst voor de onderbouwing in haar jurisprudentie van het uitgangspunt dat eenzijdig overheidshandelen is uitgesloten naar de mondelinge parlementaire behandeling van de Awgb.⁵⁰⁵ Het betreft in het bijzonder het voorstel van een amendement van het kamerlid Groenman en de afwijzende reactie daarop namens de regering van de toenmalige minister van Binnenlandse Zaken, mevr. Dales. Op dit laatste gaan we eerst nader in. In paragraaf 4.3 zullen we aandacht besteden aan de specifieke kenmerken van de Awgb als een wet voor horizontale verhoudingen. Hierbij zullen mede worden betrokken de inzichten die zijn verkregen bij de bespreking in paragraaf 4.2 van de jurisprudentie inzake de toetsing van overheidshandelen aan artikel 1 Grondwet en het gelijkheidsbeginsel.

⁵⁰² Kamerstukken II 1990/91, 22 014, nr. 3, p. 3.

⁵⁰³ Zie Kamerstukken II 1991/92, 22 014, nr. 5, p. 7, resp. 15.

⁵⁰⁴ Kamerstukken II 1990/91, 22 014, nr. 3, p. 6.

⁵⁰⁵ Zie bijvoorbeeld reeds Oordeel 1996-63.

2.3.2 *Het mondeling debat in 1993*

Voorafgaand aan het plenair debat in de Tweede Kamer, in februari 1993, over het voorstel van de Awgb diende het kamerlid Groenman (D66) een amendement⁵⁰⁶ in, waarin de volgende tekst van een artikel 7a werd voorgesteld:

1. Onderscheid door bestuursorganen is verboden bij het nemen van besluiten en het verrichten van andere handelingen dan die bedoeld in de artikelen 5 en 7, behoudens voor zover het onderscheid een noodzakelijk gevolg is van de toepassing van een wet.
2. Onder bestuursorgaan als bedoeld in het eerste lid, wordt verstaan bestuursorgaan in de zin van artikel 1:1 van de Algemene wet bestuursrecht.

Krachtens de toelichting strekte het voorstel ertoe het merendeel van de publiekrechtelijke rechtshandelingen en feitelijke handelingen van de besturende overheid onder de werking van de Awgb te brengen. Slechts indien het door een bestuursorgaan gemaakte onderscheid een noodzakelijk gevolg zou zijn van de toepassing van een wet, zou er een uitzondering gelden. Zonder de voorgestelde wijziging, aldus de toelichting, zou een ‘groot deel van de feitelijke handelingen en een groot deel van de eenzijdige rechtshandelingen van de overheid’ niet onder de werking van de wet vallen. Als voorbeelden werden genoemd het toekennen van een woonvergunning of het verlenen van een subsidie.

Het amendement heeft het niet gehaald. Het werd door minister Dales (BiZa) principieel van de hand gewezen en de kamer ging daarin mee. Het betoog van Dales is uit verschillende stappen opgebouwd. Zij gaat er in de eerste plaats van uit dat de indienstster met het amendement de reikwijdte van het wetsvoorstel wil uitrekken tot alle besluiten en handelingen van de overheid.

‘Het is qua reikwijdte dus volstrekt onbeperkt. Besluiten, het vaststellen van algemeen verbindende voorschriften, beschikkingen en feitelijke handelingen op alle denkbare terreinen waarop de overheid actief is, vallen eronder’.

De minister stelt vast dat het de overheid hierbij reeds bij artikel 1 van de Grondwet verboden is om te discrimineren op welke grond dan ook. Vervolgens stelt de minister zich twee vragen in dat verband:

‘De eerste vraag: is het door mevrouw Groenman voorgestelde verbod ruimer dan artikel 1 van de Grondwet? Zo ja, dan verbiedt het meer dan alleen discriminatie en dus ook gerechtvaardigd onderscheid. In dat geval moet ik de Kamer aanvaarding van het amendement ontraden. De tweede vraag: is het voorgestelde verbod van onderscheid beperkter dan artikel 1 Grondwet? Zo ja, dan verbiedt het minder. Dat is duidelijk. Dan is het dus naast artikel 1 van de Grondwet overbodig en doet het er zelfs enigszins afbreuk aan, maar dat kan natuurlijk niet echt door een heel merkwaardige combinatie. Ook in dit geval moet ik de Kamer dus aanvaarding van het amendement ontraden. Het voorgestelde artikel is in elk geval wat de gronden betreft beperkter, omdat het alleen gaat over onderscheid op de gronden in dit wetsvoorstel. Artikel 1 van de Grondwet gaat over discriminatie op welke grond dan ook.’

⁵⁰⁶ Kamerstukken II 1992/93, 22 014, nr. 29.

Bij de minister zit duidelijk de vrees voor, dat het in het amendement gestelde verbod ruimer is dan dat van artikel 1 van de Grondwet, waardoor de overheid in onredelijke mate wordt beperkt in haar handelen:

‘De zienswijze van het kabinet is dat het amendement geen ruimte laat voor uitzonderingen voor objectief gerechtvaardigd onderscheid. Omdat, zoals ik al zei, de reikwijdte van het voorgestelde artikel 7a vrijwel onbeperkt is, kan ik niet overzien of het artikel onderscheid dat objectief wel gerechtvaardigd is, verbiedt. (...) Mag de overheid bijvoorbeeld geen subsidie meer geven aan het COC, omdat dit onderscheid op de grond van homo- of heteroseksuele gerichtheid meebrengt? Ook geen subsidie meer aan het Landelijk bureau racismebestrijding? Mag een burgemeester bij de handhaving van de openbare orde niet meer letten op de politieke achtergrond van een groep betogers? Dat zijn zo enkele vragen die met relatief gemak bij mij opkomen. Kortom, ik moet de Kamer aanvaarding van het amendement ontraden omdat de gevolgen ervan niet te overzien zijn. Het amendement gaat de grenzen van het wetsvoorstel ook ver te buiten. Om die reden past het ook niet in dit wetsvoorstel. Verder acht ik de voorgestelde bepaling naast artikel 1 van de Grondwet overbodig.’⁵⁰⁷

2.3.3 *Tussenbalans*

Uit deze discussie kan een aantal dingen worden afgeleid. Het is *niet* de bedoeling van de wetgever geweest om handelingen van de overheid, op alle denkbare terreinen waarop zij als overheid actief is, onverkort onder de reikwijdte van de in aanmerking komende bepalingen van de Awgb te brengen. Omdat bij artikelen 5 en 7a Awgb, zoals we boven zagen, overheidshandelingen juist wel onderwerp van toetsing kunnen zijn, lijkt deze vaststelling alleen betrekking te hebben op artikel 7, eerste lid, Awgb.

Onder overheidshandelen lijken door de minister zowel feitelijke als – privaatrechtelijke en publiekrechtelijke – rechtshandelingen te worden begrepen. Een beperking is op voorhand niet aangebracht; daarnaast zijn de door de minister aangebrachte voorbeelden van een divers karakter. Voor de argumentatie dat overheidshandelen in beginsel is uitgesloten van de werking van de Awgb lijkt niet zozeer te worden aangehaakt bij het vermeend eenzijdig karakter ervan, maar bij de materiële notie dat het om een instantie gaat – de overheid – die krachtens haar publieke taak altijd specifieke belangenafwegingen moet verrichten.⁵⁰⁸

Een laatste argument tegen algemene uitbreiding van de werkingssfeer van de Awgb naar handelingen van de overheid is de veronderstelde discrepantie tussen toetsing aan artikel 1 Grondwet enerzijds en aan de verboden van de Awgb anderzijds. Er bestaat de vrees dat bij de toetsing van het overheidshandelen aan het stelsel van de Awgb ook onderscheid zal worden verboden dat objectief gerechtvaardigd is.

2.4 *Voortgezette discussie*

Naar aanleiding van de eerste evaluatie van de Awgb in 2004 wordt weer op de kwestie teruggekomen. Het kabinetsstandpunt inzake de eerste evaluatie van de Awgb vermeldt dat eigenlijk alle geraadpleegde Ngo’s er voorstander van zijn dat

⁵⁰⁷ Handelingen II, 11 februari 1993, TK 48, p. 48-3593 en 48-3594.

⁵⁰⁸ Vgl. Hirsch Ballin 1991, p. 123: ‘Het is een uitvloeisel van hun bijzondere, door het staatsrecht bepaalde taak en verantwoordelijkheid dat staatsorganen belangen altijd uit algemene gezichtspunten moeten afwegen’.

eenzijdig overheidshandelen onder het bereik van artikel 7 Awgb wordt gebracht en dat de Cgb hieromtrent nader onderzoek bepleit. Het kabinet is nochtans geen voorstander. Het meent dat onderbrenging van eenzijdig overheidshandelen onder de werkingssfeer van de Awgb niet noodzakelijk is omdat de overheid gebonden is aan artikel 1 Grondwet. ‘Voorts bieden de Algemene wet bestuursrecht en de algemene beginselen van behoorlijk bestuur rechtsbescherming tegen eenzijdige, publiekrechtelijke rechtshandelingen’. Tegelijk erkent het kabinet echter dat de met de implementatie van de EG-richtlijn inzake gelijke behandeling ongeacht ras gemoeide wijziging van de wet (thans artikel 7a Awgb) bepaalde categorieën van eenzijdig overheidshandelen binnen bereik worden gebracht.⁵⁰⁹

De Cgb somt in haar evaluatierapport een aantal redenen op om de kwestie van het eenzijdig overheidshandelen opnieuw aan de orde te stellen. Behalve op de toevoeging van artikel 7a Awgb wordt er gewezen op de behoefte bij rechtsvragers om dit soort zaken aan de orde te stellen.

‘De wettelijke scheidslijn tussen wel en niet mogen oordelen is dun en vooral in de ogen van klagers niet altijd even duidelijk. Zo kon de Cgb in vijf zaken niet oordelen over verstrekkingen onder de Ziekenfondswet, terwijl zij dat wel kan bij vergelijkbare verstrekkingen onder particuliere ziektekostenverzekeringen. En het is moeilijk uit te leggen waarom de Cgb niet kan oordelen over de vaststelling van gemeentelijke huisvestingsregels, maar wel over de daarop gebaseerde weigering om iemand te laten deelnemen aan een loting voor een sociale koopwoning’.⁵¹⁰

Het ligt vervolgens voor de hand dat bij latere gelegenheid kan worden gewezen op de betrekkelijke toevalligheid van vervanging van de Ziekenfondswet door de Zorgverzekeringswet, waardoor de kwestie van de ziektekostenverzekering ineens wel onder haar bevoegdheid komt te vallen.⁵¹¹

2.5 *Afsluiting en precisering onderzoeksvraag*

De problematiek van het eenzijdig overheidshandelen heeft feitelijk alleen betrekking op de problematiek van het ‘leveren van goederen en diensten’ als bedoeld in artikel 7 Awgb. In het vervolg van dit onderzoek zullen we ons daarop concentreren.

Buiten de werkingssfeer van artikel 7 Awgb ligt naar geldende jurisprudentie van de Cgb het bij (eenzijdig) overheidshandelen leveren van goederen en diensten door de ‘openbare dienst’. Tot het (eenzijdig) overheidshandelen worden door de Commissie gerekend de feitelijke overheidshandelingen en de publiekrechtelijke rechtshandelingen. In de opvatting van de Cgb verbiedt artikel 7 Awgb in het algemeen de overheid slechts om onderscheid te maken indien en voor zover zij op voet van gelijkheid met particulieren deelneemt aan het maatschappelijk of economisch verkeer. De Cgb kan zich voor deze opvatting beroepen op het standpunt van de regering bij de mondelinge behandeling van de Awgb in de Tweede Kamer.

⁵⁰⁹ Kabinetstandpunt, p. 17.

⁵¹⁰ Cgb 2005, p. 53-55.

⁵¹¹ Advies Cgb inzake het ontwerp-wetsvoorstel voor een Integratiewet, op verzoek van de Minister voor bestuurlijke vernieuwing en koninkrijksrelaties, 2005/04, 30 augustus 2005, p. 5.

Het belangrijkste argument van de regering tegen de algemene uitbreiding van de werkingssfeer van de Awgb naar het handelen van de overheid was toentertijd de veronderstelde discrepantie tussen toetsing aan artikel 1 Grondwet enerzijds en aan de verboden van de Awgb anderzijds. Er bestond de vrees dat bij de toetsing van overheidshandelen aan het stelsel van de Awgb ook onderscheid dat objectief gerechtvaardigd is zal worden verboden. Men zou hieruit onder meer af kunnen leiden dat niet de eenzijdigheid van het overheidshandelen, maar het feit dat het moet berusten op specifieke belangenafwegingen de doorslag geeft. De term ‘eenzijdig’ moet dus worden gerelativeerd. Inmiddels is er in de argumentatie tegen uitbreiding van de werkingssfeer met overheidshandelen een ander element bijgekomen. Dat is dat de Awb en de beginselen van behoorlijk bestuur reeds rechtsbescherming tegen besluiten bieden. Beide argumenten vormen het uitgangspunt voor het verdere onderzoek.

Op grond van het bovenstaande kan de aan het begin van dit hoofdstuk geformuleerde algemene onderzoeksvraag nu als volgt, met behulp van deelvragen, gepreciseerd en geherformuleerd worden:

IS UITBREIDING VAN HET GELDINGSBEREIK VAN ARTIKEL 7, EERSTE LID, AWGB, EN VAN DE DAARMEE VERBONDEN BEVOEGDHEID VAN DE CGB, NAAR FEITELIJKE OVERHEIDSHANDELINGEN EN PUBLIEKRECHTELIJKE RECHTSHANDELINGEN WENSELIJK EN HAALBAAR? IS DAARBIJ DE VERONDERSTELLING JUIST DAT DE OVERHEID ER BIJ HAAR AFWEGINGEN IN HET KADER VAN HET PUBLIEK BELANG DOOR WORDT BEPERKT EN LEVERT DAT EEN ONWENSELIJKE BEPERKING OP? IS DE RECHTZOEKENDE PER SALDO GEBAAKT BIJ DE UITBREIDING VAN DE RECHTSMACHT VAN DE CGB?

Hoofdstuk 3

Nadere afbakening van het overheidshandelen

3.1 Oriëntatie op de Awb

Zelfs indien geherformuleerd als direct hierboven is de onderzoeksvraag nog erg ruim. We gaan er in dit hoofdstuk van uit, dat alle overheidshandelen onder de bevoegdheid van de Cgb valt, tenzij kan worden gezegd dat er overheidshandelen bestaat dat al *op voorhand* moet worden uitgesloten. Op de vraag welke handelingen op voorhand dienen te worden uitgesloten, wordt hier in het bijzonder ingegaan. Wij zullen beargumenteren dat wetten in formele zin en a.v.v. in beginsel buiten de rechtsmacht van de Cgb moeten blijven. Voor het feitelijk handelen van de overheid, alsmede haar besluiten en tweezijdige publiekrechtelijke rechtshandelingen geldt zo'n uitsluiting op voorhand niet. Daarmee is nog niet gezegd dat de laatste categorieën van handelingen nu automatisch bij de Cgb thuishoren. Nadere beperkingen, c.q. uitsluitingen kunnen nog volgen uit het gestelde in de hoofdstukken 4 en 6. In feite kent het betoog ter zake een zekere vorm van gelaagdheid, waarbij steeds nieuwe argumenten aan de orde komen die tot verdere uitsluiting aanleiding kunnen geven.

Dat niet alle overheidshandelingen zich op voorhand hoeven te lenen voor beoordeling en toetsing door de Cgb, kan een nadere oriëntatie op de Algemene wet bestuursrecht (Awb) ons wellicht leren. Dat is intussen geen vrijblijvende zaak. De Awb definieert wie en wat overheid is, en onderscheidt overheidshandelen dat wel/niet appellabel is bij de bestuursrechter. Bovendien lijkt de regering bij haar in paragraaf 2.4 gememoreerde afwijzing van uitbreiding van de werkingsfeer van de Awgb de Awb als uitgangspunt en maatstaf te nemen.

3.2 Het onderscheid tussen overheid en niet-overheid⁵¹²

De overheid kent vele verschijningsvormen. Daarbij is het niet altijd makkelijk uit te maken of in een bepaald geval een instantie kan worden aangemerkt als overheid. Uiteraard herkennen we zonder veel problemen de organen van de staat, provincies, waterschappen en gemeenten als overheidsorganen. En veel moeite, al is het reeds iets meer, zullen we ook niet hebben met het herkennen als overheid van instanties als de Informatie Beheer Groep, de Sociale Verzekeringsbank of de Nederlandsche Bank. Is evenwel de Stichting Thuiskopie die krachtens artikel 16d Auteurswet door de minister van Justitie is aangewezen, en is belast met de inning en de verdeling van de thuiskopievergoeding ingevolge artikel 16c Auteurswet, een overheidsinstantie? De rechter vond van niet.⁵¹³ Is een garage die 'APK keurt' werkzaam als overheid? Het antwoord luidt bevestigend.⁵¹⁴ Ook de Cgb worstelt met dit soort vragen. Zo handelt het Advies- en Meldpunt Kinder mishandeling (AMK) volgens haar als overheid, voor zover het bij de (inmiddels vervallen) Wet op de jeugdhulpverlening

⁵¹² De tekst van deze paragraaf is voor een deel, in het bijzonder waar art. 1:1 Awb nader wordt geanalyseerd, rechtstreeks ontleend aan: J.A.F. Peters, Inleiding bestuursrecht in kort bestek, niet gepubliceerd.

⁵¹³ ABRS 3 mei 2006, AB 2006, 231, m.nt. Hans Peters.

⁵¹⁴ Van Ballegooij c.s. 2004, p. 25.

de taak heeft gekregen om na melding van kindermishandeling te beslissen dat daarvoor onderzoek wordt gedaan.⁵¹⁵

De criteria volgens welke de overheid begripsmatig kan worden omlijnd zijn divers in ons recht. Enkele voorbeelden. Zo moet de vraag of een privaatrechtelijke rechtspersoon tot de openbare dienst behoort, in de zin van art. 1 van de Ambtenarenwet, volgens de Centrale Raad van Beroep bevestigend worden beantwoord als uit de statuten blijkt dat er sprake is van een overwegende overheidsinvloed op het beheer en het beleid van de rechtspersoon.⁵¹⁶ Onder ‘betrekking in overheidsdienst’ in de zin van artikel 39, vierde lid, EG-Verdrag wordt door het Hof van Justitie verstaan de betrekking ‘welke daadwerkelijk een rechtstreekse of indirecte deelneming aan de uitoefening van openbaar gezag en aan werkzaamheden strekkende tot bescherming van de algemene belangen van de staat of van andere publieke lichamen’ inhoudt.⁵¹⁷ Men kan zich hierbij niet aan de indruk onttrekken dat dit laatste criterium ruimer is dan het eerstgenoemde, hetgeen kan betekenen dat een betrekking in overheidsdienst als uitzondering op het vrije personenverkeer in Europees verband ook daar aanwezig is waar geen ambtelijke dienstverhouding in de zin van de Ambtenarenwet kan worden aangenomen. Ten slotte kan worden gewezen op een voorbeeld, waarbij het Hof van Justitie in het kader van het Europese aanbestedingsrecht heeft uitgemaakt dat instellingen ‘die voorzien in behoeften van algemeen belang, andere dan die van industriële of commerciële aard, rechtspersoonlijkheid hebben en waarvan het beheer is onderworpen aan toezicht door de overheid dat deze laatste in staat stelt hun beslissingen op het gebied van overheidsopdrachten te beïnvloeden’ als publiekrechtelijke instelling in de zin van richtlijn 93/37 kunnen worden aangemerkt, en aanbestedende diensten zijn.⁵¹⁸

De criteria van het Europese recht zijn specifiek doelgebonden; een algemene maatstaf voor de bepaling van wat of wie overheid is, ontbreekt er ook. De Europese criteria verschillen niet alleen onderling, maar ook ten opzichte van het – evenzeer specifiek doelgebonden – criterium van ‘overheersende overheidsinvloed’ van de Centrale Raad. Wat zij gemeen hebben met de criteria van art. 1:1, eerste lid, Awb is dat zij een werkelijkheid dekken, waarin de grenzen tussen wat overheid en niet-overheid is soms vaag zijn. Niettemin, al zijn ze soms lastig te hanteren, vormen de criteria van de Awb ons inziens de enig relevante maatstaf bij de toepassing van de Awgb op dit vlak. Dat is omdat ze algemeen zijn, niet specifiek doelgebonden zoals de andere vermelde criteria, en omdat zij een uitgewerkt geheel van elementen bieden waarmee de overheid kan worden geïdentificeerd. Door hun algemeenheid, en hun centrale positie in het Nederlandse publiekrecht, mag worden verwacht dat de Awb-criteria ook in voldoende mate in het rechtsbewustzijn van rechtsvragers zijn geïntegreerd.

In art. 1:1 Awb wordt een onderscheid gemaakt tussen twee soorten bestuursorganen. Het eerste lid van dit artikel luidt: ‘Onder bestuursorgaan wordt verstaan: a. een orgaan van een rechtspersoon die krachtens publiekrecht is ingesteld, of b. een ander

⁵¹⁵ Oordeel 2006-66. In dat kader wordt ook het direct en onlosmakelijk met die beslissingsbevoegdheid verbonden handelen als overheidshandelen aangemerkt.

⁵¹⁶ Zie bv. CRvB 6 mei 1977, AB 1977, 267; CRvB 13 mei 1993, AB 1993, 482 en CRvB 11 maart 1999, AB 1999, 386.

⁵¹⁷ Zaak C-290/94 Commissie/Griekenland Jur. 1996, I-3285.

⁵¹⁸ Zaak C-237/99 Commissie/Frankrijk Jur. 2001, I-00939.

persoon of college, met enig openbaar gezag bekleed'. Er wordt wel gesproken over zogenaamde 'a-organen' en 'b-organen'. Tot de a-organen behoren de organen van de klassieke overheden. Gemeenten, provincies, de Staat der Nederlanden zijn rechtspersonen die krachtens publiekrecht zijn ingesteld (zogenoemde 'publiekrechtelijke rechtspersonen' zoals bedoeld in art. 1 van Boek 2 Burgerlijk Wetboek) en onderdelen – organen – van die rechtspersonen (zoals de burgemeester, het college van gedeputeerde staten of de minister) zijn bestuursorganen. Er zijn echter nog veel meer publiekrechtelijke rechtspersonen naast deze klassieke overheden. Op vele plaatsen in de Nederlandse wetgeving wordt er rechtspersoonlijkheid toegekend aan overheidsorganisaties, waarmee hun organen als bestuursorganen hebben te gelden. Een willekeurig voorbeeld: een politieregio bezit ingevolge art. 21, vierde lid, Politiewet 1993 rechtspersoonlijkheid, derhalve zijn organen van zo'n regio – zoals de korpsbeheerder en de korpschef – bestuursorganen. Wat opvalt bij het a-orgaan is dat de kwalificatie als bestuursorgaan geheel los staat van de vraag of zo'n orgaan ook daadwerkelijk een publiekrechtelijke bevoegdheid bezit om een besluit te nemen. Er zijn dus a-organen die besluiten mogen nemen en a-organen die daartoe geen bevoegdheid bezitten. Deze opzet, waarbij de kwalificatie als bestuursorgaan niet afhangt van de bevoegdheid maar van de organisatorische vorm, is bewust gekozen omdat de wetgever hier heeft getracht 'de overheid' te definiëren, waarvoor specifieke bepalingen uit de Awb altijd zouden gelden.

Is er geen sprake van een krachtens publiekrecht ingestelde rechtspersoon, dan kan het nooit gaan om een a-orgaan. In het licht van de kwalificatie als bestuursorgaan betekent dit dat in geval van een zuiver privaatrechtelijke rechtspersoon (ingevolge art. 2:3 BW: vereniging, stichting, NV of BV) het nog slechts kan gaan om een 'b-orgaan'. Dan speelt de bevoegdheid om een publiekrechtelijke rechtshandeling te verrichten – een besluit in de zin van art. 1:3, eerste lid, Awb te nemen – een doorslaggevende rol. Slechts bij gebruik van dit toegekende 'openbaar gezag' is er sprake van een bestuursorgaan. De problematische voorbeelden die hierboven zijn genoemd hebben alle betrekking op de vraag of er een b-orgaan in het geding is. De vragen in de rechtspraktijk lijken zich ook hierop te concentreren.

Men kan er intussen over twisten of het reeds aangehaalde standpunt van de Cgb dat het AMK als overheid is aan te merken omdat het een publiekrechtelijke bevoegdheid bezit, op de juiste veronderstelling berust.⁵¹⁹ Ons inziens is het AMK geen b-orgaan, want de beslissing om al of niet onderzoek in te stellen na gedane melding lijkt om twee redenen geen besluit op te leveren in de zin van de Awb.

1. Dan zou er toch als grondslag in de wet een besluitbevoegdheid moeten zijn aan te wijzen, terwijl de Cgb wijst op een (vagere) taakomschrijving.⁵²⁰ Deze komt erop neer dat het AMK naar aanleiding van de melding van kindermishandeling of een vermoeden daarvan, moet onderzoeken of daarvan sprake is. Daarbij moet het ook degene die melding heeft gedaan informeren en de persoon, die een vermoeden van kindermishandeling heeft, adviseren en zonedig ondersteunen.

⁵¹⁹ Zie vorige noot.

⁵²⁰ Weliswaar is er jurisprudentie waarbij op grond van een publieke taak een bevoegdheid wordt aangenomen, hetgeen een b-orgaan oplevert, maar deze is schaars en moet als een uitzondering worden beschouwd. Zie bijvoorbeeld ABRS 30 november 1995, AB 1996, 136 m.n. Zijlstra, JB 1995, 337 m.n. Stroink (Silicose I). Zie in het algemeen S.E. Zijlstra, Stichtingen met een publieke taak als bestuursorgaan, Gst. (1995) 7016, p. 469-474.

2. Bovendien kan worden betwijfeld of de beslissing van het AMK om onderzoek naar de feiten in te stellen (publiekrechtelijke) rechtsgevolgen met zich brengt. Het lijkt hier eerder om een feitelijk handelen te gaan of althans een handelen dat daaraan gelijk te stellen is.

Zoals aanstonds in paragraaf 3.3.2 zal worden uiteengezet, is er geen reden de bevoegdheid van de Cgb in de lijn van het Awb-systeem ten aanzien van feitelijk handelen categorisch uit te sluiten.

3.3 *De reikwijdte van het Awb-model*

3.3.1 *Beperking overheidshandelen: besluiten*

In de Awb zijn feitelijke overheidshandelingen, contracten waar de overheid bij betrokken is, en bepaalde publiekrechtelijke rechtshandelingen van bezwaar en beroep uitgezonderd. Bij de laatste zijn generieke en specifieke uitzonderingen geregeld. Ingevolge artikel 8:2 Awb zijn generiek de algemeen verbindende voorschriften (a.v.v.) en beleidsregels, als ook de besluiten die daarop rechtstreeks betrekking hebben, zoals de vaststelling, intrekking of goedkeuring van a.v.v. of beleidsregels, onder de uitzondering gebracht.⁵²¹ Specifieke uitzonderingen zijn geregeld in artikel 8:4. Of deze ook van toepassing moeten worden verklaard in het geval de Awgb zich over publiekrechtelijke rechtshandelingen uitstrekt, valt te betwijfelen. Uit de opsomming van art. 8:4 Awb valt geen lijn te ontdekken die tevens relevant voor de Awgb zou kunnen zijn. Wij laten deze materie derhalve verder buiten beschouwing.

Behalve uitzonderingen kent de Awb ook generieke verruiming van het (appella-bele) besluitbegrip, zoals de afwijzing van de aanvraag van een beschikking (art. 1:3, tweede lid, Awb), de schriftelijke weigering een besluit te nemen (art. 6:2, onder a, Awb) of het niet tijdig nemen van een besluit (art. 6:2, onder b, Awb). Deze uitzonderingen en verruiming hangen voor een deel samen met de algemene doelstelling van de Awb om een overkoepelend stelsel van bestuursrechtelijke rechtsbescherming te bieden, en mitsdien de rechtzoekende burger beter in positie te brengen.⁵²² Voor een deel hebben zij evenwel ook betrekking op de aard van de overheidshandeling als zodanig. In het laatste opzicht kunnen de achterliggende overwegingen ook van belang zijn voor dit onderzoek, in het bijzonder met betrekking tot de uitzondering van a.v.v. en beleidsregels.

3.3.2 *Feitelijk overheidshandelen en Awgb*

Door de Awgb wordt – zoals we hebben gezien – op de relevante terreinen van artikel 6, 7 en 7a het privaatrechtelijk handelen van de overheid bestreken. Voor zover in de praktijk de uitzondering van de toepasselijkheid van artikel 7 is gericht op het ‘eenzijdig’ overheidshandelen, is dit ook tot uitdrukking gebracht. Met het onder het bereik brengen van het privaatrechtelijk handelen van de overheid onder de toetsingsbevoegdheid van de Cgb, wordt duidelijk dat de Awgb in dit opzicht vrij algemeen afwijkt van het Awb-model. Dit roept de vraag op of er ook niet binnen het eenzijdig overheidshandelen soorten van handelingen zijn te onderscheiden die in

⁵²¹ Behoudens de schriftelijke weigering van goedkeuring van een a.v.v. of beleidsregel, die krachtens art. 8:1, derde lid, onder a, Awb weer wel appellabel moet worden geacht.

⁵²² Zie over deze doelstelling: Bestuursrecht (2) 2002, p. 53 e.v.

afwijking van de Awb *op voorhand* geacht kunnen worden onder de bevoegdheid van de Cgb te vallen. Hoe zit het bijvoorbeeld met het feitelijk handelen van de overheid?

Het belang om dit aan een toegankelijke en adequate vorm van toetsing te onderwerpen moet groot worden geacht. Nog niet zo lang geleden heeft onze regering in de toelichtende nota inzake Protocol 12 bij het EVRM erop gewezen dat bij de formulering van de tekst van het tweede lid van artikel 1 van dit protocol expliciet het streven voorop heeft gestaan om (ook) het feitelijk handelen van de overheid onder het toepassingsbereik van de gelijkheidsnorm te brengen. Artikel 1, tweede lid, van Protocol 12 bepaalt dat niemand door de overheid gediscrimineerd mag worden.⁵²³

De positie van het feitelijk overheidshandelen wordt in het staats- of bestuursrecht niet of nauwelijks als een speciaal object van studie benaderd. Volgens Van der Hoeven is de nadruk in het bestuursrecht op op rechtsgevolg gerichte bestuurshandelingen door historische ontwikkelingen bepaald. Zij is ontstaan in de loop van de jaren dertig van de vorige eeuw, onder meer doordat men onder de indruk raakte van de jurisprudentie van de burgerlijke rechter die feitelijke bestuurshandelingen aan het civielrechtelijke onrechtmatige-daads-artikel ging toetsen. Daarbij heeft zeker meegeïmpulsd dat, hoewel reeds vóór de jaren dertig de burgerlijke rechter ook publiekrechtelijke rechtshandelingen aan het BW-artikel,⁵²⁴ toetste, hij daarin aanvankelijk zeer terughoudend was, zodat men de rechtshandelingen tot het domein van het bestuursrecht bleef rekenen.⁵²⁵ Uit de jurisprudentie van de burgerlijke rechter kan men intussen opmaken dat bij de toetsing van feitelijk overheidshandelen rekening wordt gehouden met het bijzondere karakter van dat handelen. Hij vertrekt daarbij vanuit het uitgangspunt dat de overheid krachtens haar publieke taak ook altijd specifieke belangenafwegingen moet verrichten.⁵²⁶ Dat levert dus, zo mag men aannemen, weinig verschil op met de benadering van rechtshandelingen van de overheid.⁵²⁷

Hoewel in paragraaf 2.3.3 uit het parlementaire debat van 1993 is afgeleid, dat bij de wens tot uitsluiting van het eenzijdig overheidshandelen in de Awgb de notie voorop stond dat de overheid altijd specifieke belangenafwegingen moet verrichten, kan niet worden gesteld dat feitelijke overheidshandelingen daarom *op voorhand* moeten worden onttrokken aan de werking van de Awgb. Daarvoor kan in ieder geval een tweetal argumenten worden aangevoerd.

1. Het feitelijk handelen van de overheid omvat meerdere modaliteiten, zoals gedragingen, beslissingen en feitelijk doen of laten. De mensen die nadeel daarvan ondervinden kunnen er rechtstreeks, snel en indringend mee zijn geconfronteerd.

⁵²³ Zie Kamerstukken I en II 2001/02, 28 100 (R 1705), nrs. 129 en 1, p. 3-4. Zie ook Kamerstukken II 2002/03, 28 100 (R 1705), nr. 7, p. 6.

⁵²⁴ Zie bijvoorbeeld HR 20 november 1924, NJ 1925, 89 (Ostermann I), waarbij de stelling werd verworpen dat de niet-nakoming door de overheid van publiekrechtelijke verplichtingen alleen onrechtmatig zou zijn indien daardoor een burgerlijk recht van de benadeelde wordt geschonden.

⁵²⁵ J. van der Hoeven, *De drie dimensies van het bestuursrecht. Ontstaan en vorming van het Nederlandse algemene bestuursrecht*, Geschriften van de VAR 100, Alphen aan den Rijn 1989, p. 215/216.

⁵²⁶ Zie bijvoorbeeld reeds 'highlights' als HR 23 november 1939, NJ 1940, 242 m.n. EMM (Zuidervaren Zutphen), HR 29 maart 1940, NJ 1128 m.n. EMM (Heldenkennis), HR 18 februari 1944, NJ 226 (Haagse duinwaterleiding) en HR 19 december 1952, NJ 1953, 642 m.n. Houwing (Voorste Stroom).

⁵²⁷ Zie ter adstructie de jurisprudentie in paragrafen 4.2.2 en 4.2.3.

Vaak ook is hun feitelijke nadeel, indien aanwezig, vooraf onvoldoende ingecalculerd, zodat het belang van effectieve controle van het overheidshandelen op dit punt groot moet worden geacht. Denk hierbij aan de omstanders die slachtoffer zijn van optreden in het kader van ordehandhaving ten aanzien van een bepaalde groep, denk aan de groepen, scholen of instellingen die er nadeel van ondervinden dat de overheid bepaalde informatie publiceert, denk aan wijkbewoners die nadeel ondervinden van bepaalde maatregelen ter inrichting van de openbare ruimte of aan mensen die op een wachtlijst voor het verkrijgen van een voorziening worden geplaatst.

2. Van de andere kant is, anders dan bij de hieronder te bespreken handelingsmodaliteiten, het principe van democratische legitimatie bij feitelijk overheidshandelen niet zo dominant dat dit in aanleg de inmenging van de Cgb als toetsende instantie zou kunnen verhinderen. Voor sommige vormen van feitelijk overheidshandelen zou dit wellicht op het eerste gezicht anders kunnen liggen. Ten aanzien van het optreden van de burgemeester en de onder zijn gezag staande politie in het kader van de openbare ordehandhaving is bijvoorbeeld een vorm van democratisch gefundeerde legitimatie en controle door de gemeenteraad geregeld in de Gemeentewet.⁵²⁸ Toch moeten we in dit geval het belang van de mogelijk aanvullende rol van de Cgb niet te snel terzijde schuiven. Als we willen erkennen dat door democratische controle niet het concrete optreden ten opzichte van individuen volledig kan worden gedekt, is een toetsende rol van de Cgb niet op voorhand ondenkbaar.⁵²⁹

Op grond van wat hierboven aan de orde is geweest kan geen andere conclusie worden getrokken dan dat het feitelijk overheidshandelen tot de bevoegdheid van de Cgb zou moeten worden gerekend, tenzij dit bij wet specifiek is uitgesloten. In paragraaf 4.3.2 zullen evenwel argumenten de revue passeren die ertoe leiden dat eventuele verruiming van de bevoegdheid met feitelijk overheidshandelen toch op selectieve basis moet geschieden.

3.4 De eventuele uitzondering van wetgeving in formele zin

3.4.1 Artikel 7a en wetgeving in formele zin

Artikel 7a Awgb is de implementatie van artikel 3, eerste lid, onder e en f, van de Rasrichtlijn. De richtlijn, welke tot doel heeft 'een kader te creëren voor de bestrijding van discriminatie op grond van ras of etnische afstamming, zodat in de lidstaten het beginsel van gelijke behandeling toegepast kan worden' (art. 1) bepaalt in het relevante deel van artikel 3 het werkingsbereik van het discriminatieverbod als volgt:

Binnen de grenzen van de aan de Gemeenschap verleende bevoegdheden, is deze richtlijn zowel in de overheidssector als in de particuliere sector, met inbegrip van overheidsinstanties, op alle personen van toepassing met betrekking tot:

⁵²⁸ Zie bv. de artikelen 175, 176a en 180 Gemeentewet.

⁵²⁹ Dat hoeft natuurlijk niet te betekenen dat die er dan ook moet komen. Er zullen zeker goede politieke en beleidsmatige argumenten zijn om te betogen dat dit type overheidshandelen door klagers juist *niet* bij een makkelijk toegankelijke, laagdrempelige, gespecialiseerde en externe instantie moet kunnen voorgelegd, omdat dan de legitimiteit en effectiviteit van het overheidsoptreden in crisissituaties kan worden bedreigd. Zulks vereist evenwel een afweging buiten het juridische domein.

- e. sociale bescherming, met inbegrip van sociale zekerheid en gezondheidszorg;
- f. sociale voordelen.

Artikel 7a Awgb luidt, voor zover relevant:

1. Onverminderd artikel 7 is onderscheid op grond van ras verboden bij sociale bescherming, daaronder begrepen sociale zekerheid, en sociale voordelen.
2. Bij algemene maatregel van bestuur kunnen de begrippen sociale bescherming, sociale zekerheid en sociale voordelen, bedoeld in het eerste lid, worden omschreven. (..)

In het conceptwetsvoorstel dat aan de Raad van State werd voorgelegd, was in het eerste lid van artikel 7a Awgb aanvankelijk vastgelegd dat onderscheid is verboden 'bij de uitvoering van regelingen op het gebied van sociale zekerheid'. De Raad van State meende dat deze formulering een te beperkte implementatie van de richtlijnbevestiging zou vormen. Immers, de richtlijn verbiedt discriminatie met betrekking tot sociale zekerheid als zodanig, terwijl op grond van vaste rechtspraak van het HvJEG de wijze van implementatie van een richtlijn zo moet worden gekozen dat de richtlijn binnen de nationale rechtsorde ten volle haar werking zal hebben.⁵³⁰ De Raad lijkt daarmee, niet ten onrechte, te willen zeggen dat de richtlijn in principe betrekking heeft op het hele arsenaal aan mogelijk overheidshandelen op het gebied van sociale zekerheid, en – zo moet in lijn daarmee worden aangenomen – sociale bescherming en sociale voordelen.⁵³¹ De kritiek heeft voor de regering aanleiding gevormd om de formulering van artikel 7a, eerste lid, naar de huidige redactie aan te passen. Op grond van een en ander moet worden aangenomen dat artikel 7a Awgb zich ook uitstrekt over sociale zekerheidswetten. Op grond van dit artikel heeft de Cgb derhalve de bevoegdheid ook de inhoud van wetten in formele zin aan de norm van het verbod van onderscheid naar ras te toetsen.⁵³² Door dit gegeven reeds, kan de positie van de wet in formele zin niet buiten beschouwing blijven bij de vraag of er soorten van overheidshandelen zijn die *op voorhand* moeten worden uitgezonderd van de toetsingsbevoegdheid van de Cgb.

De situatie van artikel 7a Awgb is specifiek. De toetsing van wetten in formele zin aan de normen van de Awgb wordt hier door het Europese recht afgedwongen voor aangelegenheden van sociale bescherming, met inbegrip van sociale zekerheid en sociale voordelen, dus een beperkt beleidsterrein. Het is waarschijnlijk dat zonder 'Brusselse inmenging' de invoering van deze toetsingsmogelijkheid in ons stelsel heel wat voeten in de aarde zou hebben gehad, en het is de vraag hoe de Nederlandse rechter zich hiertegenover zal opstellen. Het gaat hier immers om de toetsing van de inhoud van wetten aan bepalingen van de Awgb, die een ruim beginselkarakter hebben. De vraag is of de rechter hier tot toetsing van wetten zal overgaan. Uiteindelijk moet deze hier zelf over oordelen, de enkele vastlegging van artikel 7a Awgb maakt een verruiming van de rechterlijke toetsingsbevoegdheid nog niet vanzelfsprekend.⁵³³

⁵³⁰ Kamerstukken II 2002/03, 28 770, A, p. 5 en 8.

⁵³¹ Waar hier in het vervolg over 'sociale zekerheid' wordt gesproken moeten de andere twee aangelegenheden daarin besloten worden geacht, tenzij anders aangegeven.

⁵³² In dezelfde zin: Advies van de Cgb inzake de Inburgeringsplicht van 23 januari 2006, onder kenmerk: 2006/0012.AGC/TdW, p. 3.

⁵³³ Zie verder paragraaf 3.4.2.

Tegelijk moet de vraag worden gesteld of de grond van ras in artikel 7a Awgb niet zo principieel en zwaar is dat zij reeds daarom een directe toetsingsbevoegdheid van de Cgb aan wetten zou moeten rechtvaardigen. Deze vraag roept ook onmiddellijk een andere vraag op: of er namelijk nog andere non-discriminatiegronden zijn, die rechtstreekse toetsing aan ook wetten zouden kunnen rechtvaardigen. In hoofdstuk 5 zullen we daar nader op ingaan, bij de bespreking van de criteria voor ‘toetsbare’ handelingen van de overheid. Eerst komt in de volgende paragraaf de vraag aan de orde of de regeling van een algemene toetsingsbevoegdheid van de Cgb ten aanzien van wetten in formele zin aanvaardbaar is.

3.4.2 *Algemene bevoegdheid en wetgeving in formele zin*

Is het mogelijk of wenselijk dat de werkingsfeer van de Awgb zodanig wordt uitgebreid naar eenzijdig overheidshandelen dat wetten in het algemeen ter toetsing kunnen worden voorgelegd aan de Cgb, en eventueel de rechter? Zo’n uitbreiding zou wellicht voor sommigen kunnen betekenen dat de Awgb als ‘algemene’ wet fungeert ten opzichte van andere wetgeving en om die reden voorrang geniet. Een dergelijke verhouding is bekend tussen de Algemene wet bestuursrecht en de bijzondere bestuurswetgeving.⁵³⁴ Niettemin is de positie van de Awgb niet helemaal met de Awb vergelijkbaar. De Awgb bevat vrijwel louter beginselen of afwegingscriteria, die pas in de toepassing concreetisering verkrijgen. Daarbij veronderstelt de eventuele conclusie dat bij wet ongeoorloofd onderscheid naar ras of geslacht plaatsvindt, in de regel een proces van ‘narekenen’ van de afwegingen die aan de wet ten grondslag zijn gelegd, wat betekent dat de wet inhoudelijk wordt getoetst. In wezen komt dit neer op het toetsen van wetten aan beginselen die weliswaar in de Awgb gecodificeerd zijn maar in hun daadwerkelijke betekenis als goddeels ongeschreven moeten worden beschouwd. De vraag of wetten kunnen worden getoetst aan ongeschreven beginselen, wordt in het staatsrecht ontkennend beantwoord.

Nederland kent een verbod van toetsing van wetten aan de Grondwet (art. 120 Grondwet). Hoewel dit verbod zich tekstueel tot de rechter richt, moet worden aangenomen dat ook de andere ambten in het staatsbestel hiermee te maken hebben.⁵³⁵ De ratio van het toetsingsverbod is machtsverdeling, in het bijzonder het uitgangspunt dat de democratisch gelegitimeerde, hoogste wetgever het laatste woord hoort te hebben bij het oordeel over de betekenis van de Grondwet. In de jurisprudentie wordt in lijn met dit uitgangspunt een ruim toetsingsverbod wezenlijk geacht voor ‘de traditionele plaats van de rechterlijke macht in ons staatsbestel’.⁵³⁶ Naar huidig recht is in het licht van het grondwettelijk toetsingsverbod de rechterlijke toetsing van formele wetten aan de Grondwet, het Statuut en het ongeschreven recht,⁵³⁷ alsmede aan procedurele maatstaven in de fase voorafgaand aan de totstandkoming van

⁵³⁴ Vgl. over deze thematiek: C.A.J.M. Kortmann, Wie van de drie. De algemene wet, de algemene wet of de bijzondere wet? In *De Awb en de bijzondere wetgeving*, Preadvies VAR – Vereniging voor Bestuursrecht nr. 124, Den Haag 2000, p. 7–43.

⁵³⁵ Kortmann 2005, p. 375.

⁵³⁶ HR 14 april 1989, AB 1989, 207, AA 1989, p. 578 (Harmonisatiewet).

⁵³⁷ HR 14 april 1989, AB 1989, 207, AA 1989, p. 578 (Harmonisatiewet); HR 16 mei 1986, AB 1986, 574, NJ 1987, 251 (Landbouwspruitvliegiers).

de formele wet⁵³⁸ uitgesloten. In de Awb is de formele wetgever van het orgaanbe-
grip uitgezonderd⁵³⁹ en daarmee ook de formele wet van de soort besluiten waartee-
gen de Awb-rechtsgang openstaat.

Een toetsingsplicht volgt uit artikel 94 Grondwet. Krachtens dit artikel vinden wetten
geen toepassing, indien deze toepassing niet verenigbaar is met een ieder verbindende
bepalingen van verdragen en besluiten van volkenrechtelijke organisaties. De rechter,
zo wordt aangenomen, stelt uiteindelijk vast of er sprake is van 'een ieder verbind-
dend'.⁵⁴⁰ De grondwetsbepaling richt zich niet in het bijzonder tot een bepaalde
adressaat. Kortmann meent dat de bepaling is gericht tot alle met toepassing van een
wettelijk voorschrift belaste ambten, waaronder de rechter.⁵⁴¹ Een verplichting tot
toetsing van wetten aan het Europese recht volgt uit het Europese recht zelf.⁵⁴² Ook
hier geldt dat het rechtstreeks werkend Europese recht zich richt tot alle ambten in
de staat.

De toetsing door de Cgb van wetten aan een ieder verbindende bepalingen van ver-
dragsrecht en aan rechtstreeks werkend Europees recht ligt niet zeer voor de hand,
gezien de beperking van haar toetsingsomvang, die is besloten in artikel 12, eerste lid,
Awb.⁵⁴³ Wel zal het uitgangspunt een rol kunnen spelen dat een wet, besluit of an-
dersoortige overheidshandeling, steeds richtlijnconform moet worden uitgelegd. Alles
overziende, moet het in overeenstemming met de heersende opvattingen in ons con-
stitutioneel bestel worden geacht dat de bevoegdheid van de Cgb ten aanzien van de
beoordeling van wetgeving wordt uitgesloten. Anders geformuleerd: de rechtsmacht
van de Cgb ten aanzien van de toetsing van de inhoud van wetten moet in lijn met
de heersende opvatting zo beperkt mogelijk worden uitgelegd, is dus alleen aan de
orde waar dat expliciet is aangewezen.

Deze conclusie hoeft ons inziens niet anders te worden wanneer het initiatiefvoorstel
Halsema in twee lezingen zou worden aanvaard, maar dat is dan vooral afhankelijk
van een eventuele uitspraak van de wetgever hierover. Het wetsvoorstel Halsema
voorziet in de toevoeging van een nieuw tweede lid aan artikel 120 Grondwet,
waardoor wetten door de rechter (= de expliciet genoemde normadressaat) kunnen
worden getoetst aan een aantal fundamentele bepalingen van de Grondwet, zoals het
beginsel van gelijke behandeling en discriminatieverbod van artikel 1.⁵⁴⁴ Ook in dit
wetsvoorstel blijft uitgangspunt het toetsingsverbod. Voor de rechter wordt in het
tweede lid voor een aantal welomschreven gevallen een uitzondering geregeld. De
gevallen zijn beperkt tot bepalingen in de Grondwet die een recht creëren waarop de
burger bij de rechter direct aanspraak kan maken. Het toetsingsverbod blijft daarbij
gehandhaafd voor het merendeel van de sociale grondrechten, aangezien en voor zo-

⁵³⁸ Vgl. HR 27 januari 1961, NJ 1963, 248 m.n. DJV (v.d. Bergh-Staat); HR 19 november 1999, NJ
2000, 160, m.n. TK, AA 2000, p. 107 m.n. C.A.J.M. Kortmann (Tegelen).

⁵³⁹ Zie art. 1:1, tweede lid, onder a.

⁵⁴⁰ Kortmann 2005, p. 186/187. Volgens deze schrijver sluit dat overigens niet uit, dat de wetgever
deze bevoegdheid in een bepaald geval naar zich toe kan trekken.

⁵⁴¹ Kortman 2005, p. 189.

⁵⁴² HvJEG, 15 juli 1964, nr. 6/64, Costa-ENEL. Dat geldt in ieder geval voor het Verdrag en de ver-
ordeningen. Voor richtlijnen ligt een en ander uiteraard genuanceerder.

⁵⁴³ Principieel in deze zin: Oordeel 2001-150. Genuanceerd kritisch hierover: M. de Blois, Gelijkheid
en grondrechten: internationaal-rechtelijk kader, in: Holtmaat 2004a, p. 187-203.

⁵⁴⁴ Het initiatiefvoorstel Halsema is thans (april 2006) in eerste lezing gevorderd tot de Eerste Kamer,
Voorlopig Verslag d.d. 25 januari 2005, Kamerstukken I 2004/05, 28 331, B.

ver deze een specifieke opdracht voor de overheid, geen subjectieve rechten voor de burger bevatten.⁵⁴⁵ Verder blijft ook bij constitutionele toetsing de grondwettelijke beoordeling van een wet allereerst de taak van de wetgever. Toetsing door de rechter in voorkomende concrete gevallen zal daaraan steeds complementair moeten zijn, waarbij de rechter toetst of de concrete toepassing en uitleg van de wetsbepaling conform de Grondwet is.⁵⁴⁶

Ook bij het initiatief-Halsema staat derhalve de erkenning van het oppergezag van de democratisch gelegitimeerde wetgever bij de beoordeling van de Grondwet voorop. De uitzonderingen daarop dienen zo beperkt mogelijk te worden vormgegeven. Het zou in strijd zijn met dit uitgangspunt als met de rechter ook andere geschillenbeslechtende instanties, zoals de Cgb, automatisch zouden worden uitgerust met de algemene bevoegdheid van toetsing van wetgeving aan de Grondwet. Hiervoor lijkt een expliciete uitspraak noodzakelijk van wat de wetgever met de Cgb wil. Daarbij leidt de omstandigheid dat de Cgb geen bindende beslissing neemt niet tot een andere conclusie. Het zou afbreuk doen aan de positie van de wetgever, als zonder nadere afweging, andere ambten in de staatsorganisatie diens overwegingen en beslissingen ter discussie zouden kunnen stellen, en hun bevindingen daarover in de openbaarheid zouden kunnen brengen.

3.5 De uitzondering van a.v.v.

De uitsluiting in artikel 8:2 Awb van beroep tegen a.v.v. afkomstig van bestuursorganen is volgens Van Wijk/Konijnenbelt & Van Male historisch verklaarbaar vanuit – wederom – het principe van machtsverdeling.

‘Traditioneel wilde de wetgever in Nederland niet weten van zo’n beroep. Voor wetten in formele zin lag dat – gezien het grondwettelijk toetsingsverbod – voor de hand. Voor door bestuursorganen vastgestelde algemeen verbindende voorschriften was echter nadere argumentatie nodig. Deze hield in dat de triasleer zo werd uitgelegd dat deze voorschriften als *gedelegeerde wetgeving* werden gezien en niet zozeer als door een bestuursorgaan genomen besluiten, als bedoeld in thans artikel 1:3 Awb.

Aan het aldus gemaakte – op een materieel wetsbegrip steunende – onderscheid tussen wetgeving en bestuur verbond de wetgever onder andere het gevolg dat invoering van administratieve rechtspraak terzake van door bestuursorganen vastgestelde algemeen verbindende voorschriften ongewenst was. Aangevoerd werd dat de totstandkoming ervan – evenals bij wetten in formele zin – met voldoende waarborgen was omkleed. Als waarborgen werden gezien de vaststelling door democratisch gekozen organen, advisering door de Raad van State en toezicht door de Kroon.⁵⁴⁷

De schrijvers geven aan dat sinds de jaren tachtig van de vorige eeuw de staatsrechtelijke waardering van door bestuursorganen vastgestelde a.v.v., zogenaamde bestuurswetgeving, is veranderd.

⁵⁴⁵ Gewijzigde memorie van toelichting, Kamerstukken II 2002/03, 28 331, nr. 9, p. 18.

⁵⁴⁶ Idem, p. 14.

⁵⁴⁷ Van Wijk 2005, p. 553/554.

‘Het inzicht dat bestuurswetgeving maar één van de instrumenten is – naast andere – waarmee het bestuur zijn missie vervult, werd in steeds bredere kring aanvaard. (...) Het besef groeide dat het vaak een kwestie van wetgevingstechniek is om een gebod of verbod op te nemen in het wettelijk voorschrift zelf, dan wel in de aan een vergunning verbonden voorschriften en beperkingen.’⁵⁴⁸

Aanvankelijk was bepaald dat artikel 8:2 Awb vijf jaar na de inwerkingtreding van de Awb van rechtswege zou vervallen. Eind 1998 is die bepaling evenwel aangepast. Artikel 8:2 Awb zal nu blijven gelden tot een bij wet te bepalen datum.⁵⁴⁹ Het ziet er voorlopig niet naar uit dat er van de zijde van de regering een voorstel tot schrapping van artikel 8:2 kan worden verwacht. In de nota ‘Rechtsstaat en rechtsorde’ van 19 juli 2004 van de ministers van Justitie en BZK worden de bezwaren tegen afschaffing van artikel 8:2 Awb op een rijtje gezet:

‘Het kabinet verwacht allereerst een doorbreking van het evenwicht tussen bestuur en rechter als de mogelijkheden voor de rechter om regelgeving te toetsen worden verruimd. De controle op deze regelgeving dient in de eerste plaats toe te komen aan vertegenwoordigende lichamen als de Staten-Generaal, de provinciale staten en de gemeenteraad. Ten tweede verwacht het kabinet dat de voortgang van het bestuurshandelen wordt belemmerd door onzekerheid over de daadwerkelijke inwerkingtreding van de algemeen verbindende voorschriften en beleidsregels. Ten derde wijst het kabinet op de te verwachten toename van het aantal beroepen bij de rechter, in een tijd waarin de bestuursrechter toch al overbelast is. De bestuursrechtspraak is hier niet op berekend en de hiervoor benodigde budgetten zijn niet beschikbaar.’⁵⁵⁰

Opvallend is dat a.v.v. en beleidsregels hier door de regering op één hoop lijken te worden gegooid. We moeten het er evenwel op houden dat er door de regering nog geen afstand is genomen van de visie dat a.v.v., ook als ze afkomstig zijn van bestuursorganen, de uitdrukking zijn van het materiële wetsbegrip, niet van bestuurshandelen.

Dit constaterende, moet worden aanvaard dat de toetsing van a.v.v. op voorhand buiten de bevoegdheid van de Cgb valt. Dat zou anders kunnen worden als met betrekking tot de toegang tot de bestuursrechtspraak het standpunt van de wetgever zou veranderen. Hierbij zou de discussie over de bevoegdheid van de Cgb ten aanzien van a.v.v. evenwel eerder volgend moeten zijn ten opzichte van de bestuursrechter dan leidend. Er zijn meer potentiële ‘volgers’. Ook de onderzoeksbevoegdheid van de Nationale ombudsman is naar huidig recht uitgesloten ten aanzien van a.v.v.⁵⁵¹ Intussen hoeft een en ander niet te betekenen dat a.v.v. helemaal buiten het beoordelingsbereik van de Cgb zullen moeten vallen. De bovenbedoelde uitsluiting van a.v.v. heeft betrekking op de bevoegdheid om deze normen *abstract* te toetsen. Bij ‘abstracte Normencontrole’ neemt de rechter de plaats in van het betreffende regelgevende overheidsorgaan en verplaatst hij zich louter – dat wil zeggen zonder concreet aanknopingspunt van een uitvoeringshandeling – in de fase van de beleidsmatige en juridische afweging die voorafgaat aan de totstandkoming van de a.v.v. Het is in de

⁵⁴⁸ Idem, p. 554.

⁵⁴⁹ Idem, p. 554.

⁵⁵⁰ Kamerstukken II 2004/05, 29 279, nr. 16, p. 13.

⁵⁵¹ Zie artikel 16, onder b, Wet N.o.

praktijk evenwel onvermijdelijk gebleken toch de inhoud van a.v.v. in de beoordeling te betrekken, maar dan via *concrete* toetsing. In de rechtspraak kennen we het verschijnsel dat de rechter, waaronder de bestuursrechter, wettelijke voorschriften bij wege van exceptie of incident toetst aan hogere a.v.v. of aan ongeschreven recht. Deze toetsing betreft dan een prealabele vraag, om uit te maken of het voorliggende besluit van het bestuursorgaan wordt gedragen door een rechtmatig of verbindend a.v.v.⁵⁵² Ervan uitgaande dat uitvoeringshandelingen van de overheid, zoals besluiten, tot de toetsingsmacht van de Cgb gaan behoren,⁵⁵³ zou er geen reden zijn om de Cgb op voorhand de bevoegdheid te ontzeggen a.v.v. die ten grondslag liggen aan deze handelingen bij wijze van prealabele vraag te toetsen.

Bij beleidsregels ligt wat ons betreft de zaak anders dan bij het voorgaande. Er is geen relatie met het materiële wetsbegrip.⁵⁵⁴ Het gaat hier om bestuurshandelingen, voortkomend uit een bestuursbevoegdheid. Hoewel er bij de regeling van de verhouding van vormen van geschillenbeslechting tot het bestuur reden kan zijn het respect voor de algemene afwegingsruimte van bestuursorganen tot uitgangspunt te nemen, mag dit niet leiden tot een uitsluiting *op voorhand* van de bevoegdheid van de Cgb ten aanzien van de toetsing van beleidsregels. In het algemeen is het wel zo, maar dat geldt niet alleen voor beleidsregels, maar ook voor beschikkingen en andere besluiten, dat naar de mate dat het besluit een meer gebonden relatie heeft tot een wettelijk voorschrift de ruimte voor toetsing kleiner wordt. Toetsing betekent in die situatie dan al gauw de rechtstreekse en inhoudelijke beoordeling van het onderliggende wettelijk voorschrift zelf, wat uitgesloten zou moeten zijn.

3.6 Resumerende opmerkingen

3.6.1 Het Awb-model, en feitelijke en andere overheidshandelingen

Voor de bepaling van wie of wat overheid is, dient bij voorkeur te worden aangesloten bij de criteria die de Awb daarvoor biedt. Dat is omdat ze algemeen zijn, niet specifiek doelgebonden zoals andere criteria krachtens het ambtenarenrecht en het Europese recht, en omdat zij een uitgewerkt geheel van elementen bieden waarmee de overheid kan worden geïdentificeerd. Door hun algemeenheid, en hun centrale positie in het Nederlandse publiekrecht, mag worden verwacht dat de Awb-criteria ook in voldoende mate in het rechtsbewustzijn van rechtsvragers zijn geïntegreerd. Vooral kan worden gewezen op het begrip bestuursorgaan van artikel 1:1, eerste lid, Awb. De praktische problemen bij de afgrenzing van ‘overheid’ ten opzichte van ‘niet-overheid’ lijken vooral te liggen inzake de vraag of de betreffende instantie wel of niet openbaar gezag uitoefent in de zin van artikel 1:1, eerste lid, onder b, Awb. In dit hoofdstuk wordt er van uitgegaan dat alle overheidshandelingen door de Cgb kunnen worden beoordeeld, tenzij bepaalde categorieën daarvan op voorhand moeten worden uitgesloten geacht. In ieder geval is er geen reden feitelijke handelingen, beschikkingen, besluiten van algemene strekking niet zijnde a.v.v. en wetten in formele zin, alsmede tweezijdige publiekrechtelijke rechtshandelingen van de overheid op voorhand uit te sluiten.

⁵⁵² Zie Van Wijk 2005, p. 685.

⁵⁵³ Zie evenwel de voorbehouden in paragraaf 3.1.

⁵⁵⁴ Zie HR 28 maart 1990, NJ 1991, 118 m.n. MS (Leidraadarest)

Naar blijkt is het Awb-model minder instructief en dwingend. Met name bij de categorie van feitelijke overheidshandelingen, waartegen in de Awb-rechtsgang niet kan worden opgekomen, is geen doorslaggevende reden aanwezig om hetzelfde ten aanzien van de Cgb aan te nemen. Omdat hier, anders dan bij wetgeving in formele zin en a.v.v. het argument van democratische legitimatie bij dit soort handelen niet doorslaggevend is, zou het feitelijk overheidshandelen tot de bevoegdheid van de Cgb moeten worden gerekend, tenzij dit bij wet specifiek is uitgesloten. Naar onze indruk kan dit principe nochtans pas van kracht worden als het adequaat in de Awgb is geïmplementeerd, in het bijzonder door een categorie van uitzonderingen daarop in de wet op te nemen.

3.6.2 *Wetten en a.v.v.*

De democratische legitimatie van met publiekrechtelijke regelgevende bevoegdheid uitgeruste instanties moet in ons huidige staatsbestel als een belangrijke reden worden gezien om de beoordeling van formele wetten en andere a.v.v. door andere overheidsinstanties en staatsmachten zo beperkt mogelijk vorm te geven of uit te sluiten. De uitbreiding van de rechtsmacht van de Cgb ten aanzien van de inhoudelijke toetsing van wetten in formele zin in de gevallen die onder het toetsingsverbod van artikel 120 Grondwet vallen, moet vooralsnog worden uitgesloten. Dat geldt ook als het initiatief-Halsema zal hebben geleid tot aanpassing van artikel 120 Grondwet. Artikel 7a Awgb kan niet tot een andere opvatting leiden. Deze bepaling, die de basis biedt voor de Cgb om wetten in formele zin op het terrein van sociale bescherming, sociale zekerheid en sociale voordelen inhoudelijk te toetsen op verboden onderscheid naar ras, moet worden beschouwd als een uitzondering die is afgedwongen door het Europese recht. Tegelijk roept artikel 7a Awgb de vraag op of de grond van ras niet zo principieel en zwaar is dat zij reeds daarom een directe toetsingsbevoegdheid van de Cgb aan wetten zou moeten rechtvaardigen, of dat er nog andere non-discriminatiegronden zijn, die rechtstreekse toetsing aan ook wetten zouden kunnen rechtvaardigen. In hoofdstuk 5 zullen we daar nader op ingaan.

Een en ander laat onverlet dat door de Cgb wetten kunnen worden getoetst aan een ieder verbindende bepalingen van verdragsrecht en aan rechtstreeks werkend Europees recht, nu zij als ambt, als onderdeel van onze staatsorganisatie, met die verplichting is uitgerust. Gezien haar ingevolgde de reikwijdte van artikel 12 Awgb beperkte toetsingsruimte zal dit evenwel niet snel voorkomen.

De toetsing door de Cgb aan a.v.v. moet worden afgewezen, behoudens in die gevallen dat deze is geboden om bij wijze van preabele vraag de rechtmatigheid of verbindendheid van de grondslag van de haar ter beoordeling voorgelegde uitvoeringshandeling vast te stellen. Inzake deze materie is het van belang dat de Awgb volgend is ten aanzien van de Awb, in het bijzonder de discussie ten aanzien van artikel 8:2 Awb.

Op het algemene verbod van toetsing van wetten en a.v.v. zijn reeds in het verleden uitzonderingen in de Awgb toegestaan, en het is de vraag of er criteria zijn te bedenken die uitzonderingen voor de toekomst rechtvaardigen. Hiervoor zal dan wel een expliciete uitspraak van de wetgever noodzakelijk zijn. In hoofdstuk 5 wordt hierop teruggekomen. Een criterium om ook wetten en a.v.v. onder de rechtsmacht van de Cgb te brengen zou kunnen zijn gelegen in de zwaarte, de hoge mate van verdacht-

heid van de erbij betrokken non-discriminatiegrond. Artikel 7a Awgb regelt al zo'n uitzondering bij onderscheid wegens ras.

Hoofdstuk 4

Verschil in toetsing door rechter en Cgb?

4.1 Inleiding

Thans komen we aan een centrale kwestie toe die volgens de regering aan uitbreiding van de werkingssfeer van art. 7 Awgb tot overheidshandelen in de weg zou staan. Dat is het vermeende verschil in toetsing van overheidshandelen aan artikel 1 Grondwet en de a.b.b.b. enerzijds en aan de verbodsgronden van de Awgb anderzijds. Is daarbij de vrees terecht, zoals in 1993 uitgesproken door minister Dales, dat de toetsing aan de Awgb-normen met zich mee kan brengen dat uit feitelijk en publiekrechtelijk overheidshandelen volgend onderscheid verboden wordt, terwijl het objectief wel gerechtvaardigd is?

In de volgende paragraaf zullen we in zo kort mogelijk bestek de belangrijkste elementen van toetsing aan gelijkheid als grondrecht en als a.b.b.b. trachten te schetsen. Daarna vergelijken we die op de relevante elementen met de toetsingspraktijk in het kader van de Awgb. Vervolgens zullen we trachten tot conclusies te komen.

4.2 De rechterlijke toetsing aan gelijkheid

4.2.1 Rol en betekenis van artikel 1 Grondwet in de rechtspraak

Artikel 1 Grondwet beoogt primair de burgers garanties te geven tegen overheidshandelen. Expliciete, rechtstreekse toetsing van overheidshandelen aan de grondwetsbepaling komt in de rechtspraak niet zoveel voor. Het toetsingsverbod van artikel 120 Grondwet blijkt er soms aan in de weg te staan.⁵⁵⁵ Daarnaast is er stevige concurrentie van de zijde van internationale verdragsbepalingen⁵⁵⁶ en bepalingen van gelijkebehandelingswetgeving.⁵⁵⁷ Voor zover wordt getoetst, kan men niet zeggen dat dat slechts door bepaalde rechterlijke colleges gebeurt. Zowel de strafrechter, de burgerlijke rechter, als de bestuursrechter – in verschillende hoedanigheden – heeft met artikel 1 Grondwet te maken.

Artikel 1 Grondwet bevat het beginsel van gelijke behandeling en het discriminatieverbod. Het beginsel van gelijke behandeling stelt ten aanzien van overheidshandelen de eis dat de daarin aangelegde differentiatiecriteria zakelijk verantwoord zijn en dat deze criteria in een redelijke verhouding staan tot het aan het betreffende overheidshandelen ten grondslag liggende differentiatiedoel.⁵⁵⁸ Anders geformuleerd, voor de context van vooral het bestuursrecht: ‘het gelijkheidsbeginsel verplicht bestuursorganen, adequate differentiatiecriteria voor hun beleid vast te stellen en steeds aan te (kunnen) geven dat deze criteria juist zijn toegepast’.⁵⁵⁹ In de klassiek-liberale rechtsstaat diende de overheid de ‘gelijkheid’ van de burgers te respecteren. In de huidige (politiek-filosofische) opvatting omtrent de verdelende rechtvaardigheid, en de rol die de overheid daarin toekomt, betekent ‘gelijkheid’ niet dat sommige burgers niet ‘be-

⁵⁵⁵ Zie bv. Rb. 's-Gravenhage 14 augustus 2002, zaaknr. KG 02/953, LJN: AE6513.

⁵⁵⁶ Commissie rechtsgevolgen non-discriminatiegronden, *Artikel 1 Grondwet*, Den Haag april 2006, p. 13.

⁵⁵⁷ A.C. van Bijsterveld, Artikel 1, in: A.K. Koekoek (red.), *De Grondwet. Een artikelsgewijs commentaar*, derde druk, Zwolle 2000, p. 69.

⁵⁵⁸ Burkens 1982, p. 60.

⁵⁵⁹ Van Wijk 2005, p. 323.

ter' mogen worden behandeld dan anderen, 'maar dat een ongelijke behandeling van groepen burgers altijd een rechtens voldoende rechtvaardiging behoeft'.⁵⁶⁰ Er wordt in de literatuur en jurisprudentie geen wezenlijk onderscheid gemaakt tussen het beginsel van gelijke behandeling van de Grondwet en de verdragen⁵⁶¹ enerzijds en het ongeschreven gelijkheidsbeginsel als a.b.b.b. anderzijds. Het laatste is evenwel als beroepsgrond en toetsingsnorm zonder meer dominant in de bestuursrechtspraak. Hoewel niet uitsluitend, beperkt het zich in het algemeen tot publiekrechtelijke rechtshandelingen van de overheid, en dan nog de soort handelingen die appellabel zijn krachtens de Awb.

Van het beginsel van gelijke behandeling van artikel 1 Grondwet wordt het verbod van discriminatie onderscheiden.⁵⁶² Het discriminatieverbod stelt een verscherpte eis, voor zover bepaalde differentiatiecriteria bij voorbaat als verdacht worden bestempeld vanwege de betrokkenheid op bepaalde persoonsgebonden groepsattributen van een elementair, met de menselijke waardigheid samenhangend karakter.⁵⁶³ Het ligt voor de hand ervan uit te gaan dat de rechter inzake het discriminatieverbod ingrijpender toetst dan bij het beginsel van gelijke behandeling. Ook zal hij 'binnen' het discriminatieverbod ingrijpender kunnen toetsen, naar mate er elementairder persoonskenmerken in het geding zijn.⁵⁶⁴ Volgens dit schema kan in ieder geval de jurisprudentie worden ingedeeld.

4.2.2 Toetsing aan gelijke behandeling⁵⁶⁵

Wie de jurisprudentie inzake toetsing aan het beginsel van gelijke behandeling overziet valt onmiddellijk op dat degene die stelt in zijn of haar recht op gelijke behandeling door toedoen van de overheid te zijn geschonden niet vaak in het gelijk wordt gesteld.⁵⁶⁶

De belangrijkste, meest voorkomende grond voor afwijzing van het beroep op het beginsel van gelijke behandeling is dat door de rechter wordt geoordeeld dat het geval van de appellant niet 'op rechtens relevante punten'⁵⁶⁷ gelijk is aan de (andere) gevallen waaraan door hem wordt gerefereerd. In de kern impliceert de vraag of gevallen gelijk zijn, dat wordt getoetst aan de algemene, abstracte uitgangspunten van

⁵⁶⁰ Bestuursrecht (1) 2005, p. 63.

⁵⁶¹ Zoals art. 14 EVRM, art. 1.1, Protocol 12, EVRM en 26 IVBPR

⁵⁶² Al gebeurt dat soms niet expliciet. Zie bv. de jurisprudentie inzake leeftijdsdiscriminatie. Geen expliciet onderscheid: CRvB 22 juni 2004, LJN: AP7894; CRvB 22 december 2005, LJN: AU9118. Daarentegen wel: CRvB 6 juli 2004, LJN: AP9496 en Rb. Utrecht 23 oktober 2001, LJN: AD4745.

⁵⁶³ Burkens 1982, p. 63; Hirsch Ballin 1991, p. 131 e.v.

⁵⁶⁴ Zie hierover in het algemeen J.H. Gerards, Rechterlijke toetsing aan het gelijkheidsbeginsel. Een rechtsvergelijkend onderzoek naar een algemeen toetsingsmodel (diss. Maastricht), Sdu, Den Haag 2002.

⁵⁶⁵ De jurisprudentie hierover is zeer uitgebreid. We beperken ons voor illustratieve doeleinden tot een selectie over vooral de laatste drie jaar. Ter completering van het beeld zal herhaaldelijk op de bestuursrechtelijke literatuur worden teruggevallen.

⁵⁶⁶ Een recent voorbeeld is ABRS 12 april 2006, zaaknr. 200504842/1, waarbij een beroep op het gelijkheidsbeginsel als a.b.b.b. slaagt. Vaker komt het voor dat ongelijke behandeling als een zorgvuldigheids- of motiveringsgebrek wordt beschouwd; zie daarover J.H. Gerards, Gelijkheidsbeginsel, in: E.C.H.J. van der Linden en F.A.M. Stroink (red.), *Jurisprudentie Bestuursrecht Select*, SDU uitgevers, Den Haag 2004, p. 419 e.v., i.h.b. p. 435.

⁵⁶⁷ Vgl. R.J.N. Schlössels, geciteerd bij Van Wijk 2005, p. 325, noot 166.

het betreffende overheidsbeleid. Die worden door hem in de regel vrij snel gerespecteerd. De rechter die met het bestuursorgaan oordeelt dat gevallen niet gelijk zijn vindt anders gezegd, dat de in bestuurlijk beleid (of regelgeving) vastgelegde differentiatiecriteria – die tot het aannemen van onderscheid tussen gevallen nopen – door de beugel kunnen.⁵⁶⁸

Hij oordeelt anders, als moet worden vastgesteld dat er geen beleid bestaat en de overheid niet aannemelijk kan maken dat de gevolgde benadering in het bestreden geval enig verband mist met door de appellant als vergelijkbaar aangemerkte gevallen.⁵⁶⁹ Er is dan met andere woorden geen rechtvaardiging mogelijk van de bekritiseerde handeling, bejegening of gedraging. In de laatstbedoelde uitspraak was sprake van de volgende casus. Iemand had in het aan zijn tuin grenzende water walbeschoeiing aangebracht door het plaatsen van palen met betonnen koppen. Tevens had hij een oppervlakte van ongeveer 90m² van dat water gedempt door het storten van grond tussen de wal en de palen. Voor een en ander was geen bouwvergunning verkregen en enig zicht op het alsnog legaliseren van de situatie bestond er niet. Toen het gemeentebestuur een last onder dwangsom oplegde, verweerde de betrokkene zich daartegen met succes met het argument dat er ook anderen waren die in dezelfde omstandigheden verkeerden en niet met een dwangmiddel werden geconfronteerd.

De gevallen waarin krachtens het beginsel van gelijke behandeling de algemene uitgangspunten van beleid inhoudelijk ondermaats worden beoordeeld zijn schaars. Een voorbeeld is een geval uit 1979, waarbij de Afdeling rechtspraak van de Raad van State vond dat er veel overeenkomst was tussen de positie van de appellerende Turken en de zogenaamde ‘kerk-Marokkanen’ die na veel actie, van de staatssecretaris van Justitie een verblijfsvergunning hadden gekregen. Volgens de Afdeling mochten de Turken er daarom op vertrouwen dat zij ook een verblijfsvergunning zouden krijgen.⁵⁷⁰

Een beroep op gelijke behandeling slaagt niet, indien de overheid daardoor genoodzaakt zou worden een eerder gemaakte ‘fout’ te herhalen⁵⁷¹ of zou handelen in strijd met de wet.⁵⁷² Ook slaagt het niet als het bestuursorgaan inmiddels zijn beleid heeft gewijzigd.⁵⁷³ Uiteraard staat het beginsel van gelijke behandeling de mogelijkheid van

⁵⁶⁸ Zie bv. ABRS 5 april 2006, zaaknr. 200508256/1: ‘Aangezien deze overgangsmaatregel (van de staatssecretaris van VenW, schr.) niet op appellant van toepassing is, is van vergelijkbare gevallen geen sprake.’

⁵⁶⁹ ABRS 12 april 2006, zaaknr. 200504842/1: ‘Gebleken is verder dat handhavend optreden tegen illegale beschoeiingen slechts wordt overwogen naar aanleiding van daarover bij het college ingekomen klachten en dat geen handhavingsbeleid is vastgesteld en bekendgemaakt op grond waarvan aannemelijk kan worden geacht dat in vergelijkbare gevallen handhavend zal worden opgetreden.’

⁵⁷⁰ AR 6 december 1979, AB 1980, 228 m.n. Van der Burg. Zie hierover Van Wijk 2005, p. 326, alwaar ook op andere voorbeelden wordt gewezen. Andere voorbeelden worden ook vermeld bij Hirsch Ballin 1991, p. 132 e.v.

⁵⁷¹ Zie bv. ABRS 15 februari 2006, zaaknr. 200505688/1, ABRS 22 februari 2006, zaaknr. 200505969/1 en Hof Amsterdam (civiele kamer) 3 november 2005, LJN: AV0096. Zie vooral ook Van Wijk 2005, p. 326 en daar aangehaalde jurisprudentie van nationale en internationale rechters.

⁵⁷² Zie bv. HR (belastingkamer) 26 november 2004, LJN: AR6481.

⁵⁷³ Vergelijk een geval van verscherping van strafrechtsbeleid. Rb. ’s-Gravenhage 14 augustus 2002, LJN: AE6513: ‘Weliswaar wordt de hier bedoelde groep verdachten/veroordeelden anders behandeld dan verdachten/veroordeelden van andere delicten, maar de hier bedoelde groep wordt wel

beleidswijziging niet in de weg. ‘Fout’ betekent hier dat het overheidsorgaan met een enkele beslissing is afgeweken van het bestaande beleid en zich kan beroepen op een daarbij gemaakte vergissing. Het zwaartepunt van de toetsing ligt hier bij de toepassing van beleid, niet het beleid zelf. De achterliggende gedachte is dat de overheid niet eeuwig gehouden kan zijn eenmaal gemaakte vergissingen te herhalen. Dat is in strijd met de veronderstelde beleidsvrijheid die de overheid heeft.⁵⁷⁴ Indien echter de overheid stelselmatig afwijkt van het bestaande beleid, moet dit als een zelfstandig nieuw beleid worden beoordeeld dat maakt dat zij zich niet langer op een ‘fout’ of een vergissing kan beroepen. We zijn dan weer terug bij het uitgangspunt dat ‘binnen één beleid’ gelijke gevallen gelijk moeten worden behandeld.⁵⁷⁵ Tenslotte faalt een beroep op gelijke behandeling als niet kan worden aangetoond dat met het bestaande beleid een rechtens beschermd belang van de betrokkene in het geding komt, waardoor hij of zij in een nadeliger positie wordt gebracht.⁵⁷⁶ Het beroep op het beginsel van gelijke behandeling hoeft niet expliciet verwoord te zijn, het is voldoende dat de bedoeling hiertoe uit een en ander kan worden afgeleid.⁵⁷⁷ Van gelijkheid van gevallen kan geen sprake zijn, als er ‘geen concrete gevallen zijn aangedragen’⁵⁷⁸ of als een en ander met het aangedragene niet aannemelijk wordt gemaakt.⁵⁷⁹ In de literatuur wordt in dit verband wel gesproken van de processuele functie van het beginsel van gelijke behandeling.⁵⁸⁰

4.2.3 Toetsing aan het discriminatieverbod

De tweede volzin van artikel 1 Grondwet verbiedt discriminatie wegens godsdienst, levensovertuiging, politieke gezindheid, ras, geslacht of op welke grond dan ook. Anders dan de eerste volzin, waarin het algemene beginsel van gelijke behandeling is geformuleerd, zijn deze gronden of differentiatiecriteria door de opsomming ervan bij voorbaat verdacht. Getuige de slotwoorden: ‘of op welke grond dan ook’ gaat het evenwel om een voor uitbreiding vatbare opsomming. Uit de parlementaire geschie-

als groep anders behandeld, voor welke “andere behandeling” voldoende legitimatie is te vinden in de hiervoor sub 4.5 genoemde omstandigheden (totstandkoming Noodwet inzake de opvang van drugskoeriers, schr.). Daarbij moet bedacht worden, dat het hier uitdrukkelijk om tijdelijke regelgeving gaat voor verdachten/veroordeelden van strafbare feiten die een substantiële strafbedreiging kennen’.

⁵⁷⁴ Van Ballegooij c.s. 2004, p. 97; Van Wijk 2005, p. 325.

⁵⁷⁵ Van Wijk 2005, p. 325.

⁵⁷⁶ Vgl. Rb. Roermond (strafkamer) 21 april 2005, LJN: AT7933. De toets van het belang lost zich in het bestuursrecht in de regel op in de vraag of de betrokkene als belanghebbende is te beschouwen in de zin van art. 1:2 Awb. Een apart geval betrof ABRS 13 november 2002, zaaknr. 200201831/1, waarin juist de inzet van het geschil was of de in art. 2 van de Uitkeringsregeling Hulpfonds Gedupeerden Bijlmerramp (een samenstel van beleidsregels), vastgelegde regel wie belanghebbende is voor een uitkering, niet ongerechtvaardigd onderscheid oplevert ten aanzien van daarbij uitgesloten, illegaal in Nederland verblijvende slachtoffers. De Afdeling vond van niet, vooral omdat de betrokkene kort na de ramp in de gelegenheid was gesteld een geldige verblijfstitel te verkrijgen en hij daarvan geen gebruik heeft gemaakt.

⁵⁷⁷ ABRS 5 april 2006, zaaknr. 200508256/1.

⁵⁷⁸ Bv. ABRS 8 maart 2006, zaaknr. 200504181/1.

⁵⁷⁹ Bv. ABRS 7 mei 2003, zaaknr. 200201196/1 en 200202516/1; ABRS 29 maart 2006, zaaknr. 200507858/1 en ABRS 5 april 2006, zaaknr. 200507135/1; HR (belastingkamer) 13 januari 2006, LJN: AU9518; CRvB 1 april 2005, LJN: AT4333.

⁵⁸⁰ Van Wijk 2005, p. 325.

denis van artikel 1 kan men verder afleiden dat de tweede volzin geen absolute verboden bevat. Zo bevat de memorie van toelichting de volgende passage: ‘het artikel brengt overigens niet mee, dat bij het nemen van beslissingen jegens iemand diens politieke gezindheid nimmer een rol mag spelen.’ Men denke hierbij aan de evenwichtige samenstelling van adviesorganen of politieke gezindheid als element bij de benoeming van burgemeesters.⁵⁸¹ Hirsch Ballin meent dat op grond hiervan de geoorloofdheid van het bezigen van het differentiatie criterium door de overheid niet los kan worden beoordeeld ‘van de verhouding waarin het onderscheid wordt gemaakt’. Zijns inziens geldt deze relativering in principe ook voor de andere in de tweede volzin genoemde gronden, ‘al zal men zich nauwelijks situaties kunnen voorstellen waarin het ras rechtmatig door de overheid als criterium kan worden gebezigd’.⁵⁸² Voorop staat evenwel – zoals al eerder opgemerkt – dat deze gronden verdacht zijn. In haar in april 2006 gepubliceerde rapport over artikel 1 Grondwet, leidt de “Commissie rechtsgevolgen non-discriminatiegronden” uit de rechtspraak af dat voor verdacht onderscheid in beoordeling of bejegening als hier bedoeld ‘nooit of slechts in een beperkte reeks uitzonderingsgevallen’ een rechtvaardiging gegeven zal kunnen worden. ‘Het zijn gronden die men *min of meer vanzelfsprekend* (onze cursivering, schr.) als niet-gerechtigde grond voor het maken van onderscheid onderkent’.⁵⁸³ In de rechtspraak omtrent het discriminatieverbod ziet men de verschillende facetten van wat hier besproken is, terugkeren. Ten eerste, er zijn intussen meer gronden onder het discriminatieverbod gebracht dan die welke expliciet zijn vermeld. De jurisprudentie omtrent leeftijdsdiscriminatie⁵⁸⁴ trekt daarbij vooral de aandacht, maar er wordt ook wel gewezen op voorbeelden omtrent handicap, burgerlijke staat en seksuele geaardheid.⁵⁸⁵ Wat opvalt is dat de rechters aan de ‘nieuwe’ discriminatiegronden van leeftijd en handicap minder dwingende of toegevoegde waarde lijken toe te kennen dan aan die die zijn genoemd in artikel 1 Grondwet. Waarschijnlijk heeft dat evenwel meer van doen met de aard van deze gronden dan met het feit dat ze niet expliciet zijn genoemd in de Grondwet.⁵⁸⁶ Verder geldt de algemene lijn dat zowel directe als indirecte discriminatie onrechtmatigheid oplevert, tenzij er een objectieve rechtvaardigingsgrond voor kan worden aangevoerd. Daarbij wordt beoordeeld of het onderscheid is gericht op een redelijk doel en of het onderscheid in een evenredige verhouding staat, proportioneel is, tot dat doel.⁵⁸⁷ Het maakt uiteraard verschil of er sprake is van directe of indirecte discriminatie, maar in de rechtspraak worden daar geen principiële, hoogstens graduele

⁵⁸¹ Kamerstukken II 1975/76, 13 872, nr. 3, p. 25.

⁵⁸² Hirsch Ballin 1991, p. 130.

⁵⁸³ A.w., p. 21.

⁵⁸⁴ Zie o.m. Hof Amsterdam 13 januari 2000, LJN: AA4264; Pres. Rb. Utrecht 23 oktober 2001, LJN: AD4745; CRvB 6 juli 2004, LJN: AP9496; CRvB 22 juni 2004, LJN: AP7894; CRvB 16 december 2004, LJN: AR7745; CRvB 25 januari 2005, LJN: AS4163; CRvB 22 december 2005, LJN: AU9118.

⁵⁸⁵ Commissie rechtsgevolgen non-discriminatiegronden, a.w., p. 14.

⁵⁸⁶ Commissie rechtsgevolgen non-discriminatiegronden, a.w., p. 29.

⁵⁸⁷ Zie expliciet hierover de reeds geciteerde jurisprudentie inzake leeftijdsdiscriminatie, alsmede o.m. HR 24 november 2000, LJN: AA8448 (Landsverordening Toelating en Uitzetting); CBB 1 maart 2001, LJN: AB0526 (weigering inschrijving als werkzoekende); ABRS 11 augustus 2004, zaaknr. 200306672/1 en 200400590/1 (verbod belwinkelen) en CRvB 24 januari 2006, LJN: AV0197 (Koppelingswet).

consequenties aan verbonden. De ene grond voor discriminatie is bovendien de andere niet. Dat bleek al bij hetgeen hier zojuist is opgemerkt ten aanzien van de ‘nieuwe’ discriminatiegronden. De jurisprudentie omtrent leeftijdsdiscriminatie laat bijvoorbeeld zien dat de uitkomst van het gemaakte onderscheid, afhankelijk van de doel en middeltoetsing, nogal genuanceerd en wisselend is. We beperken ons tot het (semi-)overheidshandelen. Een bij onderwijs-CAO – die tevens voor het openbaar onderwijs toepasbaar is verklaard – geregelde maatregel van ontslag bij het bereiken van de 65-jarige leeftijd berust op redelijke en objectieve gronden.⁵⁸⁸ In gelijke zin werd geoordeeld ten aanzien van de beperking naar leeftijd voor het beschikbaar stellen van opleidingsplaatsen binnen de Koninklijke Marechaussee.⁵⁸⁹ Daarentegen verkeert een bijstandsgerechtigde moeder die op grond van de zorg voor haar kind van jonger dan 5 jaar is vrijgesteld van de arbeidsverplichtingen voor de toepassing van de Algemene bijstandswet in dezelfde omstandigheden als een bijstandsgerechtigde van 57½ jaar of ouder die op grond van zijn leeftijd is ontheven van de verplichtingen van art. 113 Abw. Een en ander brengt met zich dat een verschil in toegestane vakantieduur met behoud van uitkering, welke ten nadele van de jonge moeder uitwerkt, niet gerechtvaardigd moet worden geacht.⁵⁹⁰

Naar de mate dat een bepaalde grond voor non-discriminatie als minder dwingend wordt beschouwd, in de zin dat er een ruime(re) categorie van objectieve rechtvaardigingsgronden voor wordt toegepast, is meer terughoudendheid bij de rechter bespeurbaar ten aanzien van het handelen van de overheid. Het College van beroep voor het bedrijfsleven beperkt zich soms tot de korte materiële overweging dat ‘de omstandigheid dat appellant vreemdeling is een objectieve en redelijke rechtvaardiging’ vormt door de toepassing die een overheidsorgaan heeft gegeven aan een regeling of het beleid.⁵⁹¹ De uitsluiting van illegaal verblijvende vreemdelingen van de Uitkeringsregeling voor slachtoffers van de Bijlmerramp – een beleidsregel – berust niet op een ongerechtvaardigd onderscheid, nu deze vlak na de ramp in de gelegenheid zijn gesteld een geldige verblijfsvergunning te verkrijgen en appellant daarvan geen gebruik heeft gemaakt.⁵⁹² In een uitspraak van de Centrale Raad van Beroep over de Koppelingswet is zowel van terughoudendheid als van het tegendeel, rechterlijk ingrijpen, sprake. De Koppelingswet, waarbij aan vreemdelingen slechts onder bepaalde voorwaarden rechten worden verleend die onvoorwaardelijk aan Nederlandse onderdanen worden toegekend, wordt in het licht van internationale non-discriminatie-normen aanvaardbaar geacht. De doelstelling van een consistent vreemdelingenbeleid en de daarbij gehanteerde middelen stuiten niet op bedenkingen. Wel kunnen die middelen op gespannen voet komen te staan met het in het VRK vastgelegde beginsel van bijzondere beschermingswaardigheid van kinderen, zeker als het gaat om kinderen die geen vergunning hebben maar die tegelijkertijd een bepaalde periode in Nederland mogen verblijven.⁵⁹³

⁵⁸⁸ CRvB 4 november 1993, LJN: ZB4962, TAR 1994, 6; CRvB 22 december 2005, LJN: AU9118.

⁵⁸⁹ CRvB16 december 2004, LJN: AR7745.

⁵⁹⁰ CRvB 22 juni 2004, LJN: AP7894; CRvB 6 juli 2004, LJN: AP9496 en CRvB 25 januari 2005, LJN: AS4163.

⁵⁹¹ Zie o.m. CBB 1 maart 2001, LJN: AB0526; CBB 27 december 2001, LJN: AD8604.

⁵⁹² ABRS 13 november 2002, zaaknr. 200201831/1.

⁵⁹³ CRvB 24 januari 2006, LJN: AV0197.

Het discriminatieverbod lijkt in die zin sterk dat de overheid zelden met het beroep op een regeling of het beleid kan volstaan. De regeling of het beleid is zelf onderwerp van discussie. Een en ander, alsmede de uitvoering ervan, wordt aangelegd tegen de maatstaf van het betreffende discriminatieverbod. Het ligt voor de hand dat degene die overtreding van het discriminatieverbod stelt dit onderbouwt met argumenten, waaruit voor hem of haar een zekere benadeling blijkt. Iemand voldoet daaraan bijvoorbeeld niet, als de stelling dat de premiedifferentiatieregeling krachtens de WAO feitelijk nadelige gevolgen voor vrouwen met zich brengt, niet wordt ondersteund door gegevens van statistische aard.⁵⁹⁴ Evenmin is dit het geval als wordt gesteld dat met een regeling tot partiële kwijtschelding van een studieschuld indirect wordt gediscrimineerd naar geslacht, terwijl niet is aangetoond dat een aanzienlijk hoger percentage vrouwen dan mannen door de regeling wordt getroffen.⁵⁹⁵ Indien de argumenten op voorhand niet onduidelijk zijn of niet onredelijk klinken richt zich de vraag vervolgens op de mogelijke rechtvaardiging van het gemaakte onderscheid. Daarbij rust op de overheid als tegenpartij de belangrijke taak het tegendeel aan te tonen, maar speelt de rechter – naar blijkt – ook allesbehalve een lijdelijke rol.

4.2.4 Kort résumé van het voorafgaande

De rechterlijke toetsing van overheidshandelen aan het *beginsel van gelijke behandeling* is toetsing aan ‘achterliggende afwegingen vanuit algemene gezichtspunten’, aan het beleid. De rechter stelt zich de voorvraag of het beroep op gelijke behandeling een gelijk geval betreft. In de meeste situaties stuit het ingestelde beroep hierop af: de rechter vindt al vrij snel dat de aan het beleid (of de regelgeving) ten grondslag liggende algemene afwegingen – die tot het aannemen van onderscheid tussen gevallen nopen – door de beugel kunnen. Als er evenwel geen beleid is kan de overheid zich niet beroepen op algemene afwegingen. Er is dan met andere woorden geen rechtvaardiging mogelijk van de bekritiseerde handeling, bejegening of gedraging. Voorbeelden waarin krachtens het beginsel van gelijke behandeling de aan het beleid (of de regelgeving) ten grondslag liggende algemene afwegingen inhoudelijk onder de maat worden bevonden zijn schaars. Het is verder vaste jurisprudentie dat de overheid door het beginsel van gelijke behandeling niet kan worden genoodzaakt een eenmaal verrichte handeling te herhalen als die berust op een kennelijke vergissing, in strijd is met de wet of inmiddels is ‘overruled’ door nieuw, gewijzigd beleid.

Discriminatie is het maken van onderscheid op bij voorbaat verdachte gronden. Hierbij vindt in beginsel ingrijpender rechterlijke toetsing van beleid en beleidstoepassing plaats dan bij het beginsel van gelijke behandeling. Er geldt de algemene lijn in de rechtspraak dat directe of indirecte discriminatie onrechtmatigheid oplevert, tenzij er een objectieve rechtvaardigingsgrond voor kan worden aangewezen.⁵⁹⁶ Daarbij wordt beoordeeld of het onderscheid is gericht op een redelijk doel en of het onderscheid in een evenredige verhouding staat, proportioneel is, tot dat doel. Het maakt

⁵⁹⁴ CRvB 1 april 2005, LJN: AT4333.

⁵⁹⁵ HR 13 april 2002, LJN: AB1062.

⁵⁹⁶ De eis van een objectieve rechtvaardiging doet zich eveneens voor bij het beginsel van gelijke behandeling, zoals we zagen. Alleen daarom al moet worden aangenomen dat de twee volzinnen van artikel 1 Grondwet ‘in verschillende bewoordingen hetzelfde zeggen’; vgl. Hirsch Ballin 1991, p. 131.

uiteraard verschil of er sprake is van directe of indirecte discriminatie, maar daar worden geen principiële, hoogstens graduele consequenties aan verbonden. Naar blijkt worden in de rechtspraak meer gronden onder het discriminatieverbod gebracht dan die welke expliciet in artikel 1 Grondwet of andere, algemene juridische basisteksten zijn vermeld. Ook worden aan de verschillende gronden uiteenlopende werking of toegevoegde waarde toegekend. Naar de mate dat een bepaalde grond voor non-discriminatie als minder dwingend wordt beschouwd, in de zin dat er een ruime(re) categorie van objectieve rechtvaardigingsgronden voor wordt toegepast, is meer terughoudendheid bij de rechter bespeurbaar ten aanzien van gedragingen of handelingen van de overheid. Het discriminatieverbod lijkt in die zin absoluut dat de overheid nooit met het beroep op algemene afwegingen die ten grondslag liggen aan een regeling of het beleid kan volstaan. Deze algemene afwegingen, alsmede de concretisering ervan, staan zelf ter discussie. Een en ander wordt aangelegd tegen de maatstaf van het betreffende discriminatieverbod.

4.3 *Verskil tussen rechter en Cgb?*

4.3.1 *Open systeem in rechtspraak*

Zoveel is duidelijk op grond van het voorafgaande dat de rechtspraak uitgaat van een open systeem van toetsing van overheidshandelen aan het beginsel van gelijke behandeling en het discriminatieverbod. Onderscheid gemaakt door de overheid is onrechtmatig, tenzij daarvoor een rechtvaardigingsgrond bestaat. Het verschil tussen beginsel van gelijke behandeling en discriminatieverbod betreft de marge bij de beoordeling door de overheid van het te maken onderscheid. Omdat daarbij vooral wordt ingezoomd op de gebezigde afweging van belangen ‘vanuit algemene gezichtspunten’, is er een structurele verwantschap tussen de rechterlijke toetsing van overheidshandelen aan artikel 1 Grondwet en aan het willekeurverbod.⁵⁹⁷ Het willekeurverbod impliceert toetsing aan de eis van beleid en aan het principe van een redelijke grondslag van beleid.⁵⁹⁸ Voor zover artikel 1 Grondwet in verticale relaties dan nog zelfstandige betekenis toekomt, is het dat de bepaling zich richt op belangenafwegingen op bepaalde gronden.

Het open systeem van toetsing door de rechtspraak levert een belangrijke afwijking op van de opzet van de Awgb, maar moet hier als principieel aangewezen worden beschouwd. Zoals de relatie tot het willekeurverbod al doet vermoeden, hangt zij samen met de bijzondere positie van de overheid. De vrijheid die de (bestuurlijke) overheid heeft tot het maken van afwegingen en het verrichten van handelingen – anders gezegd: tot het maken van onderscheid – is om met Van der Hoeven te spreken, een (in aanleg beperkte) ‘vrijheid tot’. De termen beleidsvrijheid, beoordelingsvrijheid of beleidsruimte van het overheidsbestuur, waar het hier om gaat,⁵⁹⁹ behelzen in wezen een verplichting tot het afwegen van belangen vanuit algemene gezichtspunten. De zo bedoelde vrijheid van de overheid verschilt uiteraard van die van de individuele burger, die in aanleg als een (algemene) ‘vrijheid van’ moet worden betiteld. De ‘vrijheid tot’ van de overheid gaat zover als door het objectieve

⁵⁹⁷ Hirsch Ballin 1991, p. 138.

⁵⁹⁸ Van Wijk 2005, p. 336.

⁵⁹⁹ Zie over deze problematiek: Van Wijk 2005, p. 141 e.v.; Bestuursrecht (1) 2005, p. 344 e.v.

recht bepaald. Zij staat in de sleutel van een optimale vervulling van de publieke taak. Het overheidsorgaan heeft de plicht het openbaar belang te dienen, zoals dat in zijn taakopdracht begrepen moet worden.

‘De confrontatie tussen de vrijheid van de burger, die zijn eigen vrijheid is, met die van het bestuur, die een ‘vrijheid’ van geheel andere orde is en in wezen een *verplichting* inhoudt, de confrontatie van het belang van de burger, dat zijn *eigen* belang is, met bestuursbelangen die nimmer de eigen belangen zijn van de dragers ervan – deze confrontatie is bij het tot stand komen van een bestuurlijke beslissing in wezen geen andere, dan bij een beslissing gegeven in een administratief geding. De administratieve rechter⁶⁰⁰ hanteert in beginsel – binnen het kader van zijn bevoegdheid – geen andere criteria dan het bestuursorgaan behoort te doen, maar wél andere dan die, welke de burger voor zichzelf hanteert. Toch betekent dit geenszins, dat de administratieve rechter als rechter dichter staat bij het bestuur dan bij de bestuurdde. Op hem rust in de eerste plaats de taak het *bestuurs*optreden kritisch te bezien, zijn uitspraak geldt het bestuursoptreden.’⁶⁰¹

De rol van de rechter die overheidsoptreden dient te beoordelen is met andere woorden tweeledig. Hij beziet dat optreden kritisch vanuit een juridische bril, maar behoort dat op zodanige wijze te doen dat hij bijdraagt aan, ondersteunend is voor een optimale publieke taakvervulling. Publieke taakvervulling berust op belangenafwegingen vanuit algemene gezichtspunten. Dit betekent onder meer dat gelijkheid niet het enige belang kan zijn, ook de tegemoetkoming aan andere belangen zoals andere grondrechten (bijvoorbeeld godsdienstvrijheid) dient in de afweging te worden betrokken. Daarbij past niet dat de rechter op de stoel van de bestuurlijke overheid gaat zitten, maar integendeel respect toont voor, terughoudendheid betracht tegenover de ‘vrijheid’ van de bestuurlijke overheid om beleid te voeren. In zo’n verhouding moet door de rechter van geval tot geval kunnen worden bepaald of inzake het optreden van die overheid sprake is van een ongerechtvaardigd onderscheid, ‘zonder gehinderd te worden door vooraf vastgelegde normen daaromtrent’. Dit nu, is de kern van een systeem van open toetsing.⁶⁰² Als het wenselijk wordt geoordeeld om publiekrechtelijke rechtshandelingen en andere overheidshandelingen in algemene zin onder het bereik van de Awgb te brengen, zou daarom het gesloten systeem van toetsing krachtens de Awgb dienen te worden heroverwogen.

4.3.2 *Awgb voor burgers en overheid?*

De principiële beschouwingen van Van der Hoeven geven aanleiding tot nog een andere vraag. Wordt met de algemene incorporatie van overheidshandelen in het systeem van de Awgb recht gedaan aan de oorspronkelijke doelstelling van deze wet? Dient men zich met andere woorden niet rekenschap te geven van het eventuele feit dat daardoor de Awgb fundamenteel van karakter verandert?

⁶⁰⁰ Maar dit geldt ons inziens evengoed voor de andere rechters.

⁶⁰¹ J. van der Hoeven, De grenzen van de rechterlijke functie in de administratieve rechtspraak, in: *Staatsrecht en bestuursrecht. Opstellen van mr. J. van der Hoeven*, Zwolle 1984, p. 212-213. De cursiveringen zijn van de schrijver zelf.

⁶⁰² Titia Loenen, Naar een ander toetsingskader voor de Awgb?, in: *Holtmaat 2004a*, p. 142. Uiteraard zijn er gronden denkbaar – zoals ras – die bijna nooit tot gerechtvaardigd onderscheid kunnen leiden, en dan moet dus worden geconcludeerd dat ‘open toetsing’ door de rechter in dat geval niet zoveel voorstelt. Het gaat hier evenwel om een uitzondering op de regel.

In paragraaf 2.3.1 is er op gewezen dat met de Awgb een voorziening is gecreëerd die een wettelijke uitwerking biedt van de eis van gelijke behandeling en het discriminatieverbod op een bepaald aantal ‘gevoelige’ maatschappelijke terreinen. Men heeft daarbij onder ogen gezien dat de regeling effecten met zich brengt voor het rechtsverkeer in verticale (publieke) en horizontale (private) verhoudingen, maar niet in onbeperkte mate. Verdedigbaar is, zo hebben we daar opgemerkt, dat in de oorspronkelijke opzet van de Awgb ervoor is gekozen om het discriminatieverbod slechts voor de overheid uit te werken, in zover zij zich qua maatschappelijke verschijningsvorm (als werkgever, als contractant) niet wezenlijk onderscheidt van particulieren. De nadruk ligt op de betekenis van de wet voor de horizontale rechtsverhoudingen tussen burgers en maatschappelijke organisaties onderling. Voor die rechtsverhoudingen bestond voorheen immers alleen de norm van artikel 1 Grondwet, waarbij het aan de rechter was om per geval te beoordelen of en in welke mate deze norm door zou werken. Bij de Awgb is – zo kan worden gesteld – de gelijkheidsnorm voor horizontale verhoudingen onverkort geldend voor bepaalde maatschappelijke terreinen via bepaalde gronden. Als we dan trachten de oorspronkelijke doelstelling van de Awgb tot een simpele formulering te herleiden, zou die kunnen luiden als volgt:

De Awgb heeft tot doel een uitwerking te bieden van het grondwettelijke beginsel van gelijke behandeling en discriminatieverbod op een aantal welomschreven maatschappelijke terreinen, waar een individuele burger in een relatie van afhankelijkheid terecht kan komen ten opzichte van een wederpartij die feitelijke macht over hem of haar uitoefent.

Dat in deze formulering mede publieke verhoudingen zijn begrepen is uit het oogpunt van de individuele burger bezien niet doorslaggevend. Voorop staat een zekere mate van afhankelijkheid in op zichzelf als wederkerig te typeren relaties die hij heeft met maatschappelijke organisaties.

In de memorie van toelichting bij de Awgb wordt nog op een ander doel gewezen. Dat is dat de wet een afwegingskader beoogt te bieden van het door artikel 1 Grondwet beschermde belang ten opzichte van andere door grondrechten beschermde belangen in horizontale verhoudingen.

‘Het non-discriminatieprincipe is een uitdrukking van de gelijkheid, c.q. het recht op gelijke deelname aan het maatschappelijk leven ongeacht een persoonlijk kenmerk als de seksuele gerichtheid of de politieke gezindheid, en daarmee tevens een waarborg voor de vrijheid van de burger. De andere grondrechten vormen een uitdrukking van de vrijheid om overeenkomstig de eigen persoonlijke eigenschappen individueel en in verbanden met anderen aan het leven vorm en inhoud te geven. Dit wetsvoorstel geeft het verbod van discriminatie een uitwerking zonder de grenzen te overschrijden die de andere grondrechten stellen. In verband met de rechtszekerheid mag daarbij slechts gelet worden op uitdrukkelijk in de wet genoemde wegingsfactoren. Het oordeel van de Commissie gelijke behandeling over de afweging van de betrokken belangen zal daarbij een rol van betekenis kunnen spelen. Uiteindelijk is het de rechter die in voorkomende gevallen tot definitieve geschillenbeslechting komt.’⁶⁰³

⁶⁰³ Kamerstukken II 1990/91, 22 014, nr. 3, p. 6.

Bij beide doelstellingen is het model van het privaatrecht dominant, wat met zich brengt dat de ‘vrijheid van’ van de betrokken maatschappelijke deelnemers voorop staat en met de Awgb is bedoeld om voor het onderlinge verkeer enige expliciet benoemde en omschreven beperkingen daarop aan te brengen.⁶⁰⁴ Het vigerende gesloten stelsel past hier wel bij. Uit de eerste evaluatie is gebleken dat het gesloten stelsel bij de normadressaten zekerheid en helderheid tot gevolg heeft omtrent de werking van de wet.⁶⁰⁵ En hier zit hem de crux. Binnen het privaatrechtelijke model zullen de wettelijke normen ons inziens bij voorkeur aan een paar belangrijke eisen moeten voldoen: dat ze voorschrijvend zijn, dat ze aan betrokkenen helderheid geven over in acht te nemen grenzen en dat ze het bewustzijn in de samenleving stimuleren omtrent wat mag en niet mag. Bij een publiekrechtelijk model van eenzijdig overheidshandelen zijn ook door de rechter (of algemener: een toetsende instantie) aan te geven normen als heldere, in acht te nemen grenzen relevant. Het voorschrijven van normen, alsmede het daarbij stimuleren van het normatief bewustzijn in de samenleving valt evenwel bij uitstek onder het politiek primaat.

Uiteraard kan het wenselijk worden geoordeeld om de Awgb aan te passen aan de eisen van de tijd. Toch moet men daarbij voorzichtig zijn. Als men nu zou besluiten om alle publiekrechtelijke rechtshandelingen *in algemene zin* onder het bereik van de Awgb te brengen, is de oorspronkelijke doelstelling van de wet rechtstreeks in het geding. De Awgb krijgt dan een andere doelstelling. Intussen is die oorspronkelijke doelstelling nog even actueel en relevant als toen ze werd bedacht. De rol van de Cgb voor de normering van horizontale verhoudingen in de samenleving moet onverminderd groot worden geacht. Uit het rechtssociologische deel van dit onderzoek is gebleken dat 50% van de ondervraagden gelijke behandeling als de kern van onze democratische rechtsstaat beschouwt. 57% van alle ondervraagden zegt dat de mensen in hun directe omgeving gelijke behandeling (best of zeer) belangrijk vinden. Bij allochtonen zegt zelfs 82% dat de mensen in hun directe omgeving gelijke behandeling (best of zeer) belangrijk vinden.⁶⁰⁶ Reeds hierom zou het eventuele besluit om publiekrechtelijke rechtshandelingen en feitelijke overheidshandelingen *in algemene zin* onder het bereik van de Awgb te brengen, als onwenselijk moeten worden beoordeeld. Dit uitgangspunt leidt ertoe om toekomstige verzuimingen van de rechtsmacht van de Cgb ten aanzien van publiekrechtelijke rechtshandelingen als selectieve operaties te beschouwen, als uitzonderingen te zien. In hoofdstuk 5 zal nader worden ingegaan op de mogelijk criteria om deze verzuimingen te rechtvaardigen.

4.4 Conclusies

Op de in paragraaf 2.5 geherformuleerde onderzoeksvraag of uitbreiding van het geldingsbereik van artikel 7, eerste lid, Awgb, en van de daarmee verbonden bevoegdheid van de Cgb, naar feitelijke overheidshandelingen en publiekrechtelijke

⁶⁰⁴ Dat in de ambtenaarrechtelijke verhoudingen ex art. 5 Awgb en bij de contractuele activiteiten van de overheid ex art. 7 Awgb ook andere dan de wettelijke normen rechtstreeks toepasbaar zijn, zoals artikel 1 van de Grondwet, is zo bezien min of meer een bijkomstigheid. Voorop staat dat vanuit de individuele burger gerekend, de maatschappelijke betekenis van deze relaties met de overheid gelijkgesteld moet worden met relaties met particulieren. Een andere benadering zou voor hem onbegrijpelijk zijn.

⁶⁰⁵ Zie ook Kabinetsstandpunt, p. 14.

⁶⁰⁶ Rechtssociologisch deel, hoofdstuk 4, paragraaf 4.4, onder a.

rechtshandelingen wenselijk en haalbaar is, kan worden geantwoord dat zo'n uitbreiding mede gezien de uitgangspunten en praktijk van rechterlijke toetsing van het overheidshandelen twee belangrijke gevolgen met zich brengt:

1. Het gesloten systeem van toetsing krachtens de Awgb zou dan dienen te worden heroverwogen.
2. De oorspronkelijke doelstellingen van de Awgb – het bescherming bieden op een aantal maatschappelijke terreinen en het bieden van een afwegingskader bij het botsen van gelijkheid met andere grondrechten in horizontale verhoudingen – moeten daarbij zoveel mogelijk als uitgangspunt worden genomen, wat betekent dat toekomstige verruimingen van de rechtsmacht van de Cgb primair als selectieve operaties, als uitzonderingen dienen te worden beschouwd.

Op de deelvraag of daarbij de veronderstelling juist is dat de overheid bij haar afwegingen in het kader van het publiek belang door de uitbreiding van rechtsmacht van de Cgb zou worden beperkt en of dat een onwenselijke beperking zou opleveren, kan op grond van de bevindingen van dit en het vorige hoofdstuk op een aantal punten pro en contra worden gewezen.

- Een belangrijke voorwaarde is dat de algemene bevoegdheid van de Cgb tot rechtstreekse toetsing van wetten in formele zin en a.v.v., gezien de geldende rechtsopvattingen, op voorhand wordt uitgesloten. Het principe van democratische legitimatie speelt hier een doorslaggevende rol. Nu dat laatste principe bij de andere publiekrechtelijke rechtshandelingen van de overheid niet in die mate speelt, moeten deze wel onder de bevoegdheid van de Cgb kunnen worden gebracht.
- Er is geen reden om de bevoegdheid van de Cgb ten aanzien van feitelijk overheidshandelen op voorhand te ontzeggen. Wel zal dit uitgangspunt wettelijk moeten worden geïmplementeerd door goed rekenschap te geven van mogelijke uitzonderingen daarop.
- Bij de beoordeling van publiekrechtelijke rechtshandelingen en feitelijke overheidshandelingen past een open systeem van toetsing. Dit, vanwege de bijzondere positie van de overheid die krachtens haar publieke taak in het geding is. Een open systeem betekent hier, zoals de rechtspraak ons leert, dat van geval tot geval moet kunnen worden bepaald of inzake het optreden van de overheid sprake is van een ongerechtvaardigd onderscheid, zonder gehinderd te worden door vooraf vastgelegde normen daaromtrent.
- Strikt genomen levert enkel uitbreiding van de rechtsmacht een onduidelijke situatie op, doordat overheidshandelen dan op gelijke voet met het handelen van particulieren wordt beoordeeld, terwijl daarbij principiële verschillen in acht moeten worden genomen. Daarom moeten verruimingen van de bevoegdheid van de Cgb in dit opzicht selectief worden opgevat.

Hoofdstuk 5

Criteria voor verruiming

5.1 Inleiding

Als adequaat rekening wordt gehouden met de effecten van de verruiming van de Awgb ten aanzien van overheidshandelen voor het stelsel van deze wet, wat is verwoord in paragraaf 4.4, komen we toe aan de vraag of, en zo ja, welke criteria denkbaar zijn voor die verruiming. Voordat we daarop ingaan is het goed nog eens in het kort te recapitulieren voor welke soorten van overheidshandelingen al of niet beperkingen gelden. Dit is reeds in het voorgaande aan de orde geweest.

- Voor de bepaling van wie of wat overheid is dient te worden gerefereerd aan de criteria van de Awb, met name zoals die inzake artikel 1:1, eerste lid, van die wet zijn ontwikkeld.
- Ten aanzien van wetten en a.v.v. speelt de democratische legitimatie van de regelgevende bevoegdheid van overheidsorganen ons inziens een bepalende rol. Dit brengt met zich dat een bevoegdheidsverruiming van de Cgb terzake op voorhand zeer beperkt is, namelijk voor zover het respect voor die democratische legitimatie dat vereist (par. 3.6).
- Ten aanzien van een bevoegdheidsverruiming tot andersoortig eenzijdig overheidshandelen, zoals feitelijk handelen, beleidsregels, besluiten van algemene strekking (niet zijnde wetten en a.v.v.) en beschikkingen geldt geen beperking op voorhand. Niettemin dwingt de inherente doelstelling, het basismodel van de Awgb ertoe om hiermee selectief om te gaan (par. 4.4).

Hoewel de argumenten per categorie verschillen, kan met geen enkele vorm van overheidshandelen onbeperkte verruiming plaatsvinden. Verruiming van de bevoegdheid van de Cgb met overheidshandelen kan met andere woorden alleen op selectieve basis geschieden. Wij gaan er daarbij vanuit dat de mogelijkheden voor verruiming ten aanzien van wetten en a.v.v. substantieel beperkter zijn dan die voor andere overheidshandelingen. Binnen dit kader zullen criteria voor die verruiming aan de orde kunnen komen.

5.2 Criteria voor verruiming

5.2.1 Algemeen

De hier bedoelde criteria zijn vingerwijzingen, richtingen waarin men – in het bijzonder de wetgever – kan denken. Het is onmogelijk van enige dwingendheid uit te gaan. Er kan hoogstens hier en daar van wenselijkheid worden gesproken. De toepassing van de criteria dient te berusten op politiek-bestuurlijke consensus over wat men als relevante ontwikkelingen ziet. Daarbij is het verstandig om rekening te houden met waar de Cgb tegenaan loopt en wat zij feitelijk qua bezetting en ondersteuning aankan.

5.2.2 Zwaarwegende non-discriminatiegronden

In paragraaf 3.4.1 is de vraag aan de orde geweest of de grond van ras in artikel 7a Awgb niet zo principieel en zwaarwegend is dat zij reeds daarom een directe, algemene toetsingsbevoegdheid van de Cgb aan wetten (inclusief a.v.v.) – en andere overheidshandelingen voegen wij er nog aan toe – rechtvaardigt. Hierbij zou wellicht

ook buiten het thans geregelde beleidsterrein van sociale bescherming, waaronder begrepen sociale zekerheid en sociale voordelen, kunnen worden getreden. Er zijn nu eenmaal praktisch gesproken nauwelijks situaties denkbaar waarin ras rechtmatig als criterium door de overheid kan worden gebezigd.⁶⁰⁷ Indachtig de reeds in de Awgb verankerde uitzonderingen zou wellicht hetzelfde kunnen worden gezegd van godsdienst,⁶⁰⁸ geslacht⁶⁰⁹ en seksuele voorkeur.⁶¹⁰

5.2.3 *Verruiming 'goederen' en 'diensten' ex artikel 7*

Een andere invalshoek om verruiming te bereiken zou kunnen geschieden via de uitbreiding van instrumenten of beleidsterreinen die onder een ruimer begrip van 'goederen en diensten' in de zin van artikel 7 Awgb worden gebracht. Te denken ware hier aan bestuurshandelingen met een in de relatie tot burgers zeker wederkerig karakter, waardoor er van een zekere horizontalisering van die verhouding sprake is. Een belangrijk deel van het bestuursrecht kan vanuit het model van de wederkerige rechtsbetrekking tussen overheid en burger worden getypeerd.⁶¹¹ Vanuit het perspectief van de burger is het soms verwarrend dat prestaties van de overheid, aan de totstandkoming waarvan hij actief medewerking verleent, niet als 'goederen' en/of 'diensten' worden aangemerkt. Het beeld van de overheid als boven burgers geplaatste instanties wordt in vele gevallen niet zo beleefd. Als voorbeeld van overheidshandelingen die dicht tegen de materie van artikel 7 Awgb aanleunen, zouden subsidies (inclusief subsidieverplichtingen en de subsidieovereenkomst ex artikel 4:36 Awb) kunnen gelden. Verder zou men kunnen denken aan uitkeringen, AOW-pensioen, wettelijke toeslagen en verscheidene vergunningtypen in dit opzicht, zoals de bouwvergunning, de marktstandplaatsvergunning of de terrasvergunning. Bij de milieuvergunning en de verblijfsvergunning is evident minder sprake van horizontaal bestuur, van wederkerigheid. Het gewicht van het algemeen belang is hier overwegend groot; het maakt deze overheidshandelingen minder geschikt onder 'goederen en diensten' te rangschikken. Ook beslissingen waarbij acuut optreden van de overheid wordt mogelijk gemaakt lijken zich minder makkelijk te lenen voor ordening onder artikel 7 Awgb. Denk hier aan ordehandhavingssaken, de oplegging van bestuurlijke sancties, de vaststelling van noodverordeningen of het bevel tot huiszoeking. Het belang dat is gemoeid met snel optreden verzet zich daartegen.

5.2.4 *Feitelijk, burgers benadelend overheidshandelen*

Zo net hebben we aangevoerd dat in bepaalde situaties vanwege het overwegende gewicht van het algemeen belang bepaalde beslissingen over overheidsoptreden, zoals inzake ordehandhaving of rampbestrijding, niet onder de rechtsmacht van de Cgb thuishoren. Dat betekent niet dat de feitelijke uitvoering van dit soort beslissingen

⁶⁰⁷ Hirsch Ballin 1991, p. 130. Zie evenwel art. 2, vierde lid, Awgb, dat gezien het wettelijk systeem als een uitzondering is geconstrueerd.

⁶⁰⁸ Zie de uitzonderingen ter zake in art. 2, eerste lid, 5, tweede lid, en 7, tweede lid, Awgb.

⁶⁰⁹ Zie de uitzonderingen ter zake in art. 2, eerste tot en met derde lid, Awgb.

⁶¹⁰ Zie de uitzonderingen ter zake in art. 2, eerste lid, 5, tweede lid, en 7, tweede lid, Awgb.

⁶¹¹ Instructief zijn de overwegingen in de MvT bij de eerste tranche van de Awb over de wederkerige rechtsbetrekking in het bestuursrecht. Zie *De parlementaire geschiedenis van de Algemene wet bestuursrecht, eerste tranche* (PGAwb I), samengesteld door E.J. Daalder en G.R.J. de Groot, Alphen aan den Rijn 1993, p. 39 e.v.

niet onder de bevoegdheid van de Cgb zou kunnen worden gebracht. Dat zou dan in een aparte wetsbepaling moeten worden opgenomen, omdat de context van artikel 7 zich daarvoor eigenlijk niet leent. In paragraaf 5.1 is aangegeven dat ten aanzien van al het overheidshandelen verruiming op selectieve basis van de rechtsmacht van het Cgb dient plaats te vinden. Tegelijkertijd werd daarbij overwogen dat ten aanzien van onder meer het feitelijk overheidshandelen minder substantiële beperkingen gelden dan bij wetten in formele zin of a.v.v.

5.2.5 Beleidsterreinen

In de Awgb is vanaf de aanvang overheidshandelen onder de toetsingbevoegdheid van de Cgb gebracht, zij het dat deze beperkt bleef tot een bepaald beleidsterrein zoals het ambtenarenrecht van artikel 5. Met de komst van artikel 7a zijn er voor het overheidshandelen nieuwe beleidsterreinen bijgekomen. Er wordt dus al langer gewerkt met de methode om de selectieve uitbreiding van de rechtsmacht van de Cgb via de aanduiding van specifieke beleidsterreinen vorm te geven. Dit lijkt ons ook voor de toekomst een werkbare wijze. Nu aangelegenheden van sociale bescherming, sociale zekerheid en sociale voordelen onder de grond van ras zijn gebracht, lijkt het ons een uitdaging te bezien of deze aangelegenheden ook niet aan alle, of op zijn minst ook andere gronden kunnen worden gekoppeld. Nu reeds (bij artikel 7 Awgb) vooral kwesties van toegang voor leerlingen tot het bijzonder onderwijs worden bestreken, ligt het voor de hand hierbij voor de toekomst ook andere vraagstukken die (mede) de toegang tot het openbaar onderwijs betreffen, te betrekken. Men denke aan gevallen van onderscheid ten aanzien van voor het speciaal onderwijs geïndiceerde leerlingen bij de toegang tot de gewone, reguliere school. Men denke aan gevallen van verwijdering van school van leerlingen met handicaps of gedragsproblemen.

Hoofdstuk 6

Uitgebreide rechtsmacht en de afstemming met de Awb

6.1 Inleiding: het perspectief van de rechtzoekende

Voor de toekomstige klager zal de eventuele verruiming van de rechtsmacht van de Cgb kunnen leiden tot samenloop met de tevens door hem of haar ingezette rechtsgang van bezwaar en/of beroep ingevolge de Awb. Hoewel dat alleen bij de krachtens hoofdstuk 8 van de Awb appellabele besluiten speelt⁶¹² moet deze categorie groot genoeg worden geacht om de problemen die deze samenloop met zich kan brengen nader te verkennen. Dit hoofdstuk beperkt zich tot de situatie dat er complicaties optreden in de afstemming tussen de verschillende rechtsgangen. Het is daarbij onmogelijk om alle procesrechtelijke voetangels en klemmen te voorzien of te behandelen. In plaats daarvan wordt beoogd om richting te geven aan de problematiek, wat niet uitsluit dat voor het volgen van die richting nog nader onderzoek noodzakelijk is.

Typerend voor de bestuursrechtelijke rechtsbescherming is dat er een relatief korte termijn (6 weken, zie artikel 6:7 Awb) geldt, binnen welke bezwaar moet zijn gemaakt of beroep ingesteld.⁶¹³ Het overschrijden van deze termijn leidt, mits onverschoonbaar (artikel 6:11 Awb), tot niet-ontvankelijkheid van het bezwaar- of beroepschrift. Voor het indienen van een verzoek bij de Cgb bestaat geen vaste, fatale termijn. Wel bepaalt artikel 14, eerste lid, onder c, Awgb dat de Commissie geen onderzoek instelt indien 'sinds het in artikel 12 bedoelde onderscheid een zodanige termijn is verstreken dat in redelijkheid geen onderzoek meer kan plaatsvinden'.

Vanuit het oogpunt van de rechtzoekende leidt een verzoek bij de Cgb inzake een appellabel Awb-besluit, indien hij tevens zijn krachtens de Awb gegeven recht op bezwaar en beroep wil veiligstellen, tot gecompliceerde situaties. Hetzelfde besluit ligt dan bij twee verschillende instanties, die er vanuit verschillende invalshoeken tegenaan kijken en dus tot verschillende conclusies kunnen komen. Anders dan bij een oordeel van de Cgb, dat ingevolge artikel 13 Awgb bindende kracht mist, is een besluit op bezwaar bindend.⁶¹⁴ Tevens geldt dat voor een uitspraak van de bestuursrechter. De vraag ligt voor de hand: wat is de meerwaarde, dat de Cgb ook kan oordelen over appellabele Awb-besluiten? Valt in voorkomende gevallen een verschil in resultaat van toetsing van hetzelfde besluit door de Cgb enerzijds en het bestuursorgaan of de bestuursrechter anderzijds, aan de rechtzoekende uit te leggen?

In het algemeen moet algemene toegang tot de Cgb, ook inzake overheidshandelen zoals besluiten, positief worden beoordeeld. Het gaat hier om een instantie met inhoudelijke deskundigheid op het terrein van gelijke behandeling en anti-discriminatie, die een laagdrempelige voorziening biedt. Als het gaat om de vraag naar de meerwaarde, betreft deze de evidente betekenis van de Awgb-rechtsgang in relatie tot de Awb-rechtsgang. Is toegang tot de Cgb zo belangrijk dat de complica-

⁶¹² Zie artikelen 8:1 tot en met 8:5 Awb.

⁶¹³ In sommige gevallen, zoals in het vreemdelingenrecht (art. 69 Vreemdelingenwet 2000) en bij het beroep tegen beslissingen van de examencommissie in het hoger onderwijs (art. 7.61, derde lid, Wet op het hoger onderwijs en wetenschappelijk onderzoek) geldt er een kortere termijn van vier weken.

⁶¹⁴ Tenzij in een bijzondere wet anders bepaald, brengt het indienen van bezwaar of het instellen van beroep geen schorsende werking met zich van het besluit; vgl. Van Wijk 2005, p. 590.

ties die daarbij optreden door samenloop met de Awb-procedure op de koop toe moeten worden genomen? In dit hoofdstuk gaan wij na of de problemen van samenloop beheersbaar of oplosbaar zijn. Hierbij worden twee alternatieven van afstemming tussen de twee rechtsgangen ten tonele gevoerd. In de eerste plaats het model dat de ene rechtsgang onderdeel gaat uitmaken van de andere, het zogenaamde *integratiemodel*. Zie paragraaf 6.2. In de tweede plaats het model dat wat bij de ene rechtsgang thuishoort wordt uitgesloten voor de andere rechtsgang. Dit zouden we het *coördinatiemodel* kunnen noemen. Zie daarover paragraaf 6.3.

6.2 Het integratiemodel

6.2.1 Complicaties bij samenloop

In de bestuursrechtelijke rechtsgang tegen besluiten vindt toetsing plaats aan rechtmatigheid en doelmatigheid in het kader van de bestuurlijke heroverweging in de fase van bezwaar (art. 7:11 Awb) of administratief beroep (art. 7:25 Awb). Daaropvolgend vindt door de rechter alleen rechtmatigheidstoetsing plaats.⁶¹⁵ In beginsel is het bereik van normen waaraan kan worden getoetst, onbepaald. Theoretisch kan worden getoetst aan het geschreven recht (verdragen, primair en secundair Europees recht, Grondwet, a.v.v.) of de ongeschreven a.b.b.b. die de voorbereiding, inrichting en inhoud van het besluit kunnen betreffen.⁶¹⁶ De Awb-wetgever stelt evenwel grenzen aan de omvang van het geschil door te bepalen dat de heroverweging in bezwaar of de rechterlijke uitspraak op beroep plaats moet vinden *op de grondslag van* het bezwaarschrift (art. 7:11 Awb), respectievelijk het beroepschrift (art. 8:69 Awb). Daarnaast is in beroep – behoudens de hier niet ter zake doende uitzondering van art. 7:1, eerste lid, onder d, Awb – voorwerp van geschil het besluit op bezwaar (art. 7:1 Awb), niet het primaire besluit.⁶¹⁷ De Cgb bezit bij voorbaat slechts een beperkt aantal toetsingsnormen, namelijk die die in art. 12, eerste lid, Awgb zijn genoemd.⁶¹⁸ In vergelijking met de bestuursrechtelijke rechtsgang bestrijkt de toetsingspraktijk van de Cgb slechts bepaalde aspecten van besluitvorming, voor zover daarbij verboden onderscheid wordt gemaakt. Het verdient voor alle volledigheid vermelding, en dat is wat de rechtspraak betreft ook al uitgebreid aangegeven in de paragrafen 4.2.2 en 4.2.3, dat in de bestuursrechtelijke rechtsgang evenzeer aan de door de bevoegdheid van de Cgb bestreken aspecten kan worden getoetst. Hoewel dus de Awb-rechtsgang zich qua doel en opzet duidelijk onderscheidt van de verzoekprocedure bij de Cgb, is er ook sprake van inhoudelijke overlapping.

Is het gelijktijdig naast elkaar aanhangig zijn van de Awgb- en Awb-rechtsgang tegen hetzelfde besluit te vermijden? Gezien de relatief korte termijn van artikel 6:7 Awb, is het uitgesloten dat men na de bekendmaking van het besluit met het indienen van bezwaar of het instellen van beroep kan wachten totdat de Cgb hierover heeft geoordeeld. Het omgekeerde is wellicht wel mogelijk, in zoverre men zich pas met een verzoek tot de Cgb richt nadat in bezwaar en/of beroep is beslist. Er is geen regel in de Awgb die de bevoegdheid van de Cgb uitsluit als over het voorwerp van verzoek reeds in andere instantie is beslist. Er is ook geen regel die in dat geval de Cgb de

⁶¹⁵ Van Wijk 2005, p. 503.

⁶¹⁶ Zie het fraaie overzicht van de a.b.b.b. volgens deze indeling in Van Wijk 2005, p. 286–337.

⁶¹⁷ Bestuursrecht (2) 2002, p. 205.

⁶¹⁸ Onderscheid als bedoeld in de Awgb, de Wgb-m/v of art. 7:646 BW.

mogelijkheid biedt om geen onderzoek in te stellen, tenzij artikel 14, eerste lid, onder b, Awgb als zodanig moet worden gelezen. Daarin is bepaald dat de Commissie geen onderzoek instelt indien ‘het belang van de verzoeker of het gewicht van de gedraging kennelijk onvoldoende is’. Men kan evenwel moeilijk volhouden dat zelfs wanneer over een besluit in de Awb-rechtsgang onherroepelijk uitspraak is gedaan, daarna per definitie geen belang meer aanwezig is om ter zake een verzoek om een oordeel tot de Cgb te richten. De aanwezigheid van een belang moet in principe per geval worden beoordeeld. Er zou bijvoorbeeld van een belang kunnen worden gesproken als in de Awb-rechtsgang het aspect van verboden onderscheid helemaal niet aan de orde is geweest, om wat voor reden dan ook. Toch kan men zich afvragen of zo’n rol achteraf van de Cgb de meest ideale keuze zou zijn om gelijktijdigheid van procedures te vermijden. Het belangrijkste bezwaar hiertegen is toch wel dat de instanties in de Awb-rechtsgang – het bestuursorgaan, de bestuursrechter – niet kunnen profiteren van de specialistische, ‘deskundige’ oordelen die de Cgb naar aanleiding van verzoeken om onderzoek naar verboden onderscheid produceert. Juist in dit opzicht zou de rol van de Cgb vanuit het perspectief van de rechtzoekende een toegevoegde waarde kunnen hebben.

Gesteld dat men dan op (nagenoeg) hetzelfde moment Awb-bezwaar indient en de Cgb benadert met een verzoek, is het ook niet vanzelfsprekend dat in de beslissing op bezwaar kan worden gewacht op het oordeel van de Cgb. De gemiddelde doorlooptijd van de standaardprocedure bij de Cgb, welke in de meeste gevallen wordt gevolgd,⁶¹⁹ was bij de laatst verrichte meting over 2002 en 2003 ongeveer negen maanden.⁶²⁰ In een beperkt aantal gevallen volgt de Cgb een spoedprocedure die binnen acht weken na binnenkomst van het verzoek tot een oordeel leidt.⁶²¹ De termijn voor een beslissing op bezwaar is krachtens art. 7:10 Awb bepaald op zes weken of, indien een adviescommissie voor bezwaar (art. 7:13 Awb) is ingesteld, tien weken na ontvangst van het bezwaarschrift. De beslistermijn kan nog eens met maximaal vier weken worden verlengd; verder uitstel van de beslissing is alleen mogelijk als de indiener van het bezwaarschrift ermee instemt en derden niet in hun belang worden geschaad (art. 7:10, derde en vierde lid, Awb). In de praktijk blijken bij de meeste bestuursorganen regelmatig overschrijdingen van de beslistermijn op bezwaar plaats te vinden.⁶²²

De enig mogelijke optie om de geschetste complicaties van samenloop te vermijden en te bereiken dat de rechtzoekende meerwaarde kan ontleen aan de procedure bij de Cgb, is dat de laatste wordt geïntegreerd in de Awb-rechtsgang. Met integratie wordt hier bedoeld dat in de tijd genomen, alvorens tot een beslissing op Awb-bezwaar te komen, de Cgb afkomt met een oordeel waarmee door het bestuursorgaan in bezwaar rekening kan worden gehouden. De vraag is waarom integratie alleen met betrekking tot de fase van bezwaar zin kan hebben en hoe de problemen in verband met de relatief lange, onderling afwijkende doorlooptijd kunnen worden bestreden.

⁶¹⁹ In 2003 in 76% van de gevallen gevolgd, vgl. Jaarverslag Cgb 2003, Utrecht 2004, p. 41. In 2004 bedroeg dat percentage zelfs 82%; vgl. Jaarverslag Cgb 2004, Utrecht 2005, p. 78.

⁶²⁰ Jaarverslag Cgb 2003, a.w., p. 13.

⁶²¹ Idem.

⁶²² Bestuursrecht (2) 2002, p. 175.

6.2.2 *Oordeel, bezwaar en beroep*

Uitgangspunt zou moeten zijn dat – zoals net gesteld – de eventuele integratie van de Awgb-procedure alleen in de fase van bezwaar plaatsvindt. Bij de volledige heroverweging in bezwaar kan het bestuursorgaan optimaal rekening houden met het oordeel van de Cgb, dat in dat geval de status van een advies heeft (art. 3:5 e.v. Awb). Het ligt in de rede dat dan ook in vele gevallen beroep op de bestuursrechter kan worden voorkomen. Indien na bezwaar niettemin beroep wordt ingesteld bij de bestuursrechter, kan deze op de grondslag van het beroepschrift en uitgaand van de beslissing op bezwaar het oordeel van de Cgb meewegen in relatie tot wat het bestuursorgaan ermee gedaan heeft. Indien echter zou worden overwogen dat eerst (of ook) in de fase van beroep op de rechter naar de Cgb kan worden gestapt, is het maar de vraag of de rechter met het oordeel van de Cgb rekening kan houden. Dat is afhankelijk van de inhoud en reikwijdte van het beroepschrift: indien daarin geen argumenten voorkomen die verband houden met verboden onderscheid bij het nemen van het besluit, moet de rechter ook het latere oordeel van de Cgb hieromtrent naast zich neerleggen. Om complicaties op dit vlak te voorkomen zou kunnen worden overwogen dat alleen in de fase van beroep met vrucht naar de Cgb kan worden gegaan, als de rechter heeft aangegeven dit in het licht van het geschil zinvol te achten. Dit komt wellicht neer op een verlofsysteem. Immers, de Cgb zou bij een verzoek, dat eerst in de fase van beroep is ingediend, kunnen eisen dat er zo'n rechterlijke verklaring wordt overgelegd om het belang van de klager te kunnen vaststellen (art. 14, eerste lid, onder b, Awgb).

Voor integratie van de Awgb-procedure in de bezwaarfase is het noodzakelijk dat de Cgb met feitelijk kortere beslistermijnen werkt dan welke worden gehanteerd in de standaardprocedure. De duur en de opzet van de door haar ontwikkelde spoedprocedure – gemiddeld acht weken – zouden hier uitgangspunt moeten zijn. Men zou bij integratie voor de beslistermijn op bezwaar maximaal tien weken kunnen aanhouden, omdat hier een extern advies wordt ingewacht. De verlenging van deze termijn met nog eens vier weken zou voor uitzonderlijke situaties moeten worden gereserveerd, omdat de Cgb meer tijd gebruikt voor haar oordeel of omdat het advies van de Cgb het bestuursorgaan voor bijzondere problemen stelt.

Het hier uiteengezette integratiemodel is van een aantal vooral feitelijke voorwaarden afhankelijk. Het is de vraag of er in alle gevallen op adequate wijze aan kan worden voldaan. Bovendien is er een sterke relatie bij dit model met het uitgangspunt dat de meerwaarde van toetsing door de Cgb voor de rechtzoekende kan zijn gelegen in de bijdrage die daardoor wordt geleverd aan de rechtsbescherming in de Awb-rechtsgang. Daarbij treedt nog een complicatie op, die vermelding verdient. De veronderstelde bijdrage van de Cgb vereist dat er eenduidigheid van opvatting bestaat bij de Cgb, het bestuursorgaan en de bestuursrechter over de kwestie dat men met een appellabel besluit van doen heeft. Daarover kan men in grensgevallen nogal eens van mening verschillen. Zoal niet hiermee de moeilijkheden worden opgezocht, moet de conclusie bij het integratiemodel luiden dat complicaties lastig zijn te vermijden. Wij zijn daarbij nog niet ingegaan op het vraagstuk dat het parallel naast elkaar 'lopen' van twee verschillende rechtsgangen kan uitnodigen tot ondoelmatig gebruik of misbruik van procedures door rechtzoekenden. Deze stand van zaken dwingt ons min of meer ook naar een alternatieve manier van afstemming om te zien, waarbij primair wordt

vermeden dat de twee procedures in elkaars vaarwater terechtkomen. Hierover gaat het in de volgende paragraaf te bespreken coördinatiemodel.

6.3 *Het coördinatiemodel*

Om de in paragraaf 6.2 beschreven complicaties van samenloop te vermijden zijn er op verschillende plaatsen in het recht taakverdelingsregels geformuleerd. Zo pleegt de burgerlijke rechter vorderingen inzake geschillen waarvoor een voldoende rechtsbescherming biedende bestuursrechtelijke rechtsgang openstaat of heeft opengestaan, niet-ontvankelijk te verklaren.⁶²³ Van de andere kant heeft de afbakening van de bevoegdheid van de bestuursrechter ten opzichte van de burgerlijke rechter vooral gestalte gekregen via het exclusieve karakter van het besluitbegrip, dat zich onder meer onderscheidt van privaatrechtelijke rechtshandeling en feitelijke handeling (art. 1:3 Awb). Men zou langs deze weg de ‘bevoegdheid’ van de Cgb kunnen beperken tot die overheidshandelingen die niet onder de competentie van de bestuursrechter vallen. Zij dient dan nog nader te worden ingeperkt – zoals betoogd in hoofdstuk 4 – door ook wetten in formele zin en andere a.v.v. daarvan uit te sluiten.

Een aardige, instructieve wettelijke uitwerking van een en ander biedt de regeling van de positie van de (Nationale) ombudsman ten opzichte van de bestuursrecht-spraak. De (Nationale) ombudsman is een klachteninstantie die, net als de Cgb, op verzoek van een rechtsvrager onderzoek verricht en dit onderzoek doet uitmonden in openbare en niet-bindende conclusies, rapporten genaamd. De (Nationale) ombudsman is bevoegd onderzoek te doen ‘naar de wijze waarop een bestuursorgaan zich in een bepaalde aangelegenheid jegens een natuurlijke persoon of rechtspersoon heeft gedragen’ (art. 9:1 Awb). Bij het onderzoek staan ‘gedragingen’ van bestuursorganen centraal. Het begrip ‘bestuursorgaan’ is rechtstreeks ontleend aan artikel 1:1, eerste lid, Awb.⁶²⁴ Het begrip ‘gedraging’ omvat alle mogelijke handelingen, maar het speelveld daarvan is nader omljnd in artikel 9:22 Awb:

De ombudsman is niet bevoegd een onderzoek in te stellen of voort te zetten indien het verzoek betrekking heeft op:

- a. een aangelegenheid die behoort tot het algemeen regeringsbeleid, daaronder begrepen het algemeen beleid ter handhaving van de rechtsorde, of tot het algemeen beleid van het betrokken bestuursorgaan;
- b. een algemeen verbindend voorschrift;
- c. een gedraging waartegen beklag kan worden gedaan of beroep kan worden ingesteld, tenzij die gedraging bestaat uit het niet tijdig nemen van een besluit, of waartegen een beklag- of beroepsprocedure aanhangig is;
- d. een gedraging ten aanzien waarvan door een administratieve rechter uitspraak is gedaan;
- e. een gedraging ten aanzien waarvan een procedure bij een andere rechterlijke instantie dan een administratieve rechter aanhangig is, dan wel beroep openstaat tegen een uitspraak die in een zodanige procedure is gedaan;
- f. een gedraging waarop de rechterlijke macht toeziet.

Wat opvalt is dat in art. 9:22 Awb primair een afstemmingsprobleem wordt geregeld. In principe kunnen met uitzondering van de a.v.v. alle soorten overheidshandelingen

⁶²³ Zie het overzicht in Van Wijk 2005, p. 665 e.v.

⁶²⁴ Van Wijk 2005, p. 767.

onderwerp van onderzoek zijn, zij het dat naar een afbakening is gestreefd van de rechtsgangen ten opzichte van elkaar op basis van respect voor de eigen, exclusieve verantwoordelijkheid van andere klachtenbehandelende of geschillenbeslechtende instanties. Voor de afstemming van de bevoegdheid van de Cgb ten opzichte van de bestuursrechtspraak biedt art. 9:22 Awb al met al een praktisch, helder kader dat serieuze overweging verdient.

6.3.1 *Conclusies*

Zoals al in de inleiding is aangegeven, gaat het in dit hoofdstuk om een schets van de problematiek van samenloop van de Awgb-procedure en de Awb-rechtsgang in het geval er sprake is van een appellabel besluit dat tot vermeend verboden onderscheid leidt. De schets blijft noodzakelijkerwijs globaal, nu het heel lastig is om alle relevante procesrechtelijke voetangels en klemmen te voorzien. Niettemin is gepoogd de probleempunten van samenloop aan te wijzen en een richting aan te geven waarin de oplossing zou kunnen worden gezocht.

Twee modellen worden nader besproken: het integratie- en het coördinatiemodel. Allereerst het *integratiemodel*. Om de meerwaarde van het Cgb-oordeel te bereiken zou de Awgb-procedure moeten worden geïntegreerd in de Awb-rechtsgang. Met integratie wordt hier bedoeld dat in de tijd genomen, alvorens tot een beslissing op Awb-bezwaar te komen, de Cgb afkomt met een oordeel waarmee door het bestuursorgaan in bezwaar rekening kan worden gehouden. Beperking tot de fase van bezwaar is aangewezen, opdat het bestuursorgaan bij de volledige heroverweging in bezwaar rekening kan houden met het oordeel van de Cgb, dat in dat geval de status van een advies heeft (art. 3:5 e.v. Awb). Het ligt in de rede dat dan ook in vele gevallen beroep op de bestuursrechter kan worden voorkomen. In verband met het voorgaande moet worden voorkomen dat in de fase van beroep met vrucht naar de Cgb kan worden gegaan, tenzij de rechter heeft aangegeven dit in het licht van het geschil zinvol te achten. Voor integratie van de Awgb-procedure in de bezwaarfase is het noodzakelijk dat de Cgb met feitelijk kortere beslistermijnen werkt dan welke worden gehanteerd in de standaardprocedure. De duur en de opzet van de door haar ontwikkelde spoedprocedure – gemiddeld acht weken – zouden hier uitgangspunt moeten zijn.

Bij het coördinatiemodel staat voorop dat wordt voorkomen dat de twee procedures in elkaars vaarwater belanden. Een praktische benadering biedt de uitwerking in art. 9:22 Awb met betrekking tot de afstemming van de bevoegdheid van de (Nationale) ombudsman ten opzichte van die van het bestuursorgaan en de bestuursrechter in de Awb-rechtsgang. De (Nationale) ombudsman is bevoegd tot onderzoek naar ‘gedragingen’ van bestuursorganen jegens natuurlijke personen of rechtspersonen. In principe kunnen met uitzondering van de a.v.v. alle soorten overheidshandelingen onderwerp van onderzoek zijn, zij het dat naar een afbakening is gestreefd van de rechtsgangen ten opzichte van elkaar op basis van respect voor de eigen, exclusieve verantwoordelijkheid van andere klachtenbehandelende of geschillenbeslechtende instanties.

Hoofdstuk 7

Samenvatting en conclusies

7.1 Inleiding: omlijning van het probleem

In dit onderdeel staat centraal de *tweede algemene onderzoeksvraag*:

‘IS EEN UITBREIDING VAN DE WERKINGSSFEER VAN DE GELIJKEBEHANDELINGSWETGEVING EN DE BEVOEGDHEID VAN DE CGB NAAR EENZIJDIG OVERHEIDSHANDELEN NOODZAKELIJK EN HAALBAAR? IS ER VOLDOENDE BESCHERMING IN DE AWB EN ART. 1 GRONDWET, OF MOETEN PROBLEMEN IN VERTICALE RELATIES (OOK) IN DE AWGB WORDEN OPGELOST?’

De Awgb sluit de toetsing aan ‘eenzijdig overheidshandelen’ niet volledig uit. Bij de domeinen en gronden voor onderscheid welke worden bestreken door de artikelen 5 en 7a Awgb zijn zonder voorbehoud ook het feitelijke en publiekrechtelijke overheidshandelen omsloten. Artikel 6 Awgb, inzake het vrije beroep, heeft er naar de aard geen betrekking op. Derhalve moet de problematiek van het eenzijdig overheidshandelen beperkt worden geacht tot het ‘leveren van goederen en diensten’, als bedoeld in artikel 7 Awgb. De uitsluiting van eenzijdig overheidshandelen van de werking van artikel 7 Awgb kent geen uitdrukkelijke basis in de wet, maar berust op vaste jurisprudentie van de Cgb. De Cgb beroept zich hiervoor op het standpunt van de regering bij de mondelinge behandeling in februari 1993 van de Awgb in de Tweede Kamer.

De regering meende dat het overheidshandelen reeds werd bestreken door artikel 1 Grondwet en dat er discrepantie bestaat tussen de toetsing aan artikel 1 Grondwet enerzijds en aan de verboden van de Awgb anderzijds. Zij uitte de vrees dat bij de toetsing van overheidshandelen aan het stelsel van de Awgb ook onderscheid dat objectief gerechtvaardigd is zou worden verboden. In de argumentatie van de regering lijkt niet zozeer te worden aangehaakt bij het vermeend eenzijdig karakter van het overheidshandelen, maar bij de materiële notie dat het om een instantie gaat – de overheid – die krachtens haar publieke taak altijd specifieke belangenafwegingen moet verrichten. De term ‘eenzijdig’ moet dus worden gerelativeerd.

In de loop der tijd is er in de argumentatie tegen uitbreiding van de werkingssfeer met overheidshandelen een ander element bijgekomen. Dat is dat de Awb en de beginselen van behoorlijk bestuur reeds rechtsbescherming tegen besluiten bieden. Een en ander vormt het uitgangspunt voor het verdere onderzoek. Op basis van de bevindingen van hoofdstuk 2, welke hierboven kort zijn samengevat, kan de officieel geformuleerde algemene onderzoeksvraag nu als volgt, met behulp van deelvragen, gepreciseerd en geherformuleerd worden:

Is uitbreiding van het geldingsbereik van artikel 7, eerste lid, Awgb, en van de daarmee verbonden bevoegdheid van de Cgb, naar feitelijke overheidshandelingen en publiekrechtelijke rechtshandelingen wenselijk en haalbaar? Is daarbij de veronderstelling juist dat de overheid er bij haar afwegingen in het kader van het publiek belang door wordt beperkt en levert dat een onwenselijke beperking op? Is de rechtzoekende per saldo gebaat bij de uitbreiding van de rechtsmacht van de Cgb?

7.2 *Nadere afbakening van het overheidshandelen*

7.2.1 *Twee vragen en het Awb-begrip bestuursorgaan*

Welk overheidshandelen komt in aanmerking voor beoordeling door de Cgb? Deze vraag is op twee manieren nader uitgewerkt. Dat is in de eerste plaats de vraag of er *op voorhand* al overheidshandelen kan worden aangewezen dat van de bevoegdheid van de Cgb moet worden uitgesloten. Deze vraag is behandeld in hoofdstuk 3. Verder kan de vraag worden gesteld of een uitbreiding van de rechtsmacht van de Cgb ten aanzien van (de resterende categorieën van) overheidshandelen in algemene zin in de rede ligt, dan wel selectief dient te geschieden. Hierover gaan hoofdstukken 4 en 5.

Een prealabele kwestie ten opzichte van het voorafgaande is hoe de Cgb kan bepalen wie of wat overheid is. Dit blijkt getuige de jurisprudentie van de Cgb geen vanzelfsprekendheid, in zoverre de daarbij gehanteerde criteria niet duidelijk zijn. Voor de omlijning van wie of wat overheid is, zijn verschillende criteria denkbaar zoals die ook in het ambtenarenrecht en onderdelen van het Europese recht worden toegepast. Er dient evenwel bij voorkeur te worden aangesloten bij de criteria die de Awb daarvoor biedt. Centraal staat daarbij het begrip bestuursorgaan van artikel 1:1, eerste lid, Awb.

7.2.2 *Beperkingen op voorhand voor wetten en a.v.v.*

De democratische legitimatie van met publiekrechtelijke regelgevende bevoegdheid uitgeruste instanties moet in ons huidige staatsbestel als een belangrijke reden worden gezien om de beoordeling van wetten in formele zin en (andere) a.v.v. door andere overheidsinstanties en staatsmachten zo beperkt mogelijk vorm te geven. De algemene uitbreiding van de rechtsmacht van de Cgb ten aanzien van de inhoudelijke toetsing van wetten in formele zin in de gevallen die onder het toetsingsverbod van artikel 120 Grondwet vallen, moet daarom vooralsnog worden uitgesloten. Dat geldt ook als het initiatief-Halsema zal hebben geleid tot aanpassing van artikel 120 Grondwet. Met eventuele uitbreiding dienaangaande moet met andere woorden zeer selectief en terughoudend worden omgegaan.

De toetsing door de Cgb aan a.v.v. moet worden afgewezen, behoudens in die gevallen dat deze is geboden om bij wijze van prealabele vraag de rechtmatigheid of verbindendheid van de grondslag van de haar ter beoordeling voorgelegde uitvoeringshandeling vast te stellen. Inzake deze materie is het van belang dat de Awgb volgend is ten aanzien van de Awb, in het bijzonder de discussie ten aanzien van artikel 8:2 Awb.

Op het algemene verbod van toetsing van wetten en a.v.v. zijn reeds in het verleden uitzonderingen in de Awgb toegestaan, en het is de vraag of er criteria zijn te bedenken die uitzonderingen voor de toekomst rechtvaardigen. Artikel 7a Awgb is hiervan een voorbeeld. Deze bepaling, die de basis biedt voor de Cgb om (ook) wetten in formele zin op het terrein van sociale bescherming, sociale zekerheid en sociale voordelen inhoudelijk te toetsen op verboden onderscheid naar ras, moet in dit verband vooral worden beschouwd als een uitzondering die is afgedwongen door het Europese recht. Daarbij kan de vraag worden gesteld of de grond van ras niet zo principieel en zwaar is dat zij reeds daarom een directe toetsingsbevoegdheid van de Cgb aan wetten zou moeten rechtvaardigen, of dat er nog andere non-discriminatiegronden

zijn, die rechtstreekse toetsing aan ook wetten zouden kunnen rechtvaardigen. Hiervoor zal dan wel een expliciete uitspraak van de wetgever noodzakelijk zijn.

7.2.3 *Feitelijk overheidshandelen*

Er is geen doorslaggevende reden om bij de categorie van feitelijk overheidshandelen een uitsluiting van de bevoegdheid van de Cgb *op voorhand* aan te nemen. Daarvoor kan in ieder geval een tweetal argumenten worden aangevoerd. In de eerste plaats is het belang van effectieve controle van dit overheidshandelen, dat burgers rechtstreeks en ingrijpend kan raken, groot. Verder is het principe van democratische legitimatie bij feitelijk overheidshandelen niet zo dominant dat dit in aanleg de inmenging van de Cgb als toetsende instantie zou kunnen verhinderen. Voor sommige vormen van feitelijk overheidshandelen zou dit wellicht op het eerste gezicht anders kunnen liggen. Ten aanzien van het optreden van de burgemeester en de onder zijn gezag staande politie in het kader van de openbare ordehandhaving is bijvoorbeeld een vorm van democratisch gefundeerde legitimatie en controle door de gemeenteraad geregeld in de Gemeentewet. Toch moet in dit geval het belang van de mogelijk aanvullende rol van de Cgb niet te snel terzijde worden geschoven. Als kan worden erkend dat door democratische controle niet het concrete optreden ten opzichte van individuen volledig kan worden gedekt, is een toetsende rol van de Cgb niet op voorhand ondenkbaar. Dat hoeft natuurlijk niet te betekenen dat die er dan ook moet komen. Zulks vereist evenwel een vooral bestuurlijke en politieke afweging. Het feitelijk overheidshandelen zou tot de bevoegdheid van de Cgb moeten worden gerekend, tenzij dit bij wet specifiek is uitgesloten. Dit principe kan nochtans pas van kracht worden als het adequaat in de Awgb is geïmplementeerd, in het bijzonder door een categorie van uitzonderingen daarop in de wet op te nemen. Ten aanzien van dit handelen geldt het uitgangspunt van selectieve uitbreiding op grond van de in de volgende paragraaf opgesomde argumenten.

7.2.4 *Uitgangspunt van selectieve uitbreiding*

Met de Awgb is oorspronkelijk een voorziening gecreëerd, die een wettelijke uitwerking biedt van de eis van gelijke behandeling en het discriminatieverbod op een bepaald aantal ‘gevoelige’ maatschappelijke terreinen. Het is verdedigbaar dat in de opzet van de Awgb ervoor is gekozen om het discriminatieverbod slechts voor de overheid uit te werken, in zover zij zich qua maatschappelijke verschijningsvorm niet wezenlijk onderscheidt van particulieren. Er is verder vooral de nadruk gelegd op de betekenis van de wet voor de horizontale rechtsverhoudingen tussen burgers en maatschappelijke organisaties onderling. Tot eigen woorden herleid: de Awgb heeft tot doel een uitwerking te bieden van het grondwettelijke beginsel van gelijke behandeling en discriminatieverbod op een aantal welomschreven maatschappelijke terreinen, *waar een individuele burger in een relatie van afhankelijkheid terecht kan komen ten opzichte van een wederpartij die feitelijke macht over hem of haar uitoefent*.

Dat in deze formulering mede publieke verhoudingen zijn begrepen is uit het oogpunt van de individuele burger bezien niet doorslaggevend. Voorop staat een zekere mate van afhankelijkheid in op zichzelf als wederkerig te typeren relaties die hij heeft met maatschappelijke organisaties. In dit verband is het oogmerk relevant om door consequente toepassing van de wettelijke normen gedragsverandering te stimuleren. Aan een paar belangrijke eisen zullen de wettelijke normen dan bij voorkeur moeten

voldoen: dat ze voorschrijvend zijn, dat ze aan betrokkenen helderheid geven over in acht te nemen grenzen en dat ze het bewustzijn in de samenleving stimuleren omtrent wat mag en niet mag. Bij een publiekrechtelijk model van eenzijdig overheids-handelen zijn ook door de rechter (of algemener: een toetsende instantie) aan te geven normen als heldere, in acht te nemen grenzen relevant. Het voorschrijven van normen, alsmede het daarbij stimuleren van het normatief bewustzijn in de samenleving valt evenwel bij uitstek onder het politiek primaat.

Uiteraard kan het wenselijk worden geoordeeld om de Awgb aan te passen aan de eisen van de tijd. Toch moet men daarbij voorzichtig zijn. Als men nu zou besluiten om alle publiekrechtelijke rechtshandelingen *in algemene zin* onder het bereik van de Awgb te brengen, is de opzet van de wet rechtstreeks in het geding. De Awgb krijgt dan een andere structuur en doelstelling. Het zou kunnen betekenen dat in het kader van een en dezelfde wet een gesloten en open toetsing systeem van toetsing moet worden gecombineerd en geïntegreerd. Afgezien van de vraag of dat werkbaar is, dient het ook niet de duidelijkheid ten aanzien van burgers. Reeds hierom zou het eventuele besluit om publiekrechtelijke rechtshandelingen en feitelijke overheidshandelingen *in algemene zin* onder het bereik van de Awgb te brengen, als onwenselijk moeten worden beoordeeld. Dit uitgangspunt leidt ertoe om toekomstige verruimingen van de rechtsmacht van de Cgb ten aanzien van publiekrechtelijke rechtshandelingen en feitelijke rechtshandelingen als selectieve operaties te beschouwen. Uiteraard zijn de beperkingen voor selectie voor de restcategorie minder stringent dan ten aanzien van wetten in formele zin en a.v.v., maar

7.2.5 Criteria voor selectieve uitbreiding

Het uitgangspunt van selectie vraagt om mogelijke criteria voor uitbreiding van de bevoegdheid van de Cgb ten aanzien van overheidshandelen. De toepassing van de criteria dient te berusten op politiek-bestuurlijke consensus over wat men als relevante ontwikkelingen ziet. Daarbij is het verstandig om rekening te houden met waar de Cgb tegenaan loopt en wat zij feitelijk qua bezetting en ondersteuning aankan. Er kunnen er vier worden genoemd.

Zwaarwegende non-discriminatiegronden

In het voorgaande is de vraag al aan de orde geweest of de grond van ras in artikel 7a Awgb niet zo principieel en zwaarwiegend is dat zij reeds daarom een directe, algemene toetsingsbevoegdheid van de Cgb aan wetten (inclusief a.v.v.) – en andere overheidshandelingen – rechtvaardigt. Hierbij zou wellicht ook buiten het thans geregelde beleidsterrein van sociale bescherming, waaronder begrepen sociale zekerheid en sociale voordelen, kunnen worden getreden. Gedacht zou kunnen worden aan de reeds in de Awgb verankerde gronden van godsdienst, geslacht en seksuele voorkeur.

Verruiming ‘goederen’ en ‘diensten’ ex artikel 7

Een andere invalshoek voor verruiming is het hanteren van een ruimer begrip van ‘goederen en diensten’ in de zin van artikel 7 Awgb. Vanuit het perspectief van de burger is het soms verwarrend dat prestaties van de overheid, aan de totstandkoming waarvan hij actief medewerking verleent, niet als ‘goederen’ en/of ‘diensten’ worden aangemerkt. Het beeld van de overheid als boven burgers geplaatste instanties wordt in vele gevallen niet zo beleefd. Als voorbeeld van overheidshandelingen die dicht

tegen de materie van artikel 7 Awgb aanleunen, zouden subsidies kunnen gelden. Verder zou men kunnen denken aan uitkeringen en verscheidene vergunningtypen, zoals de bouwvergunning, de marktstandplaatsvergunning of de terrasvergunning.

Feitelijk, burgers benadelend overheidshandelen

In bepaalde situaties kunnen vanwege het overwegende gewicht van het algemeen belang bepaalde beslissingen over overheidsoptreden, zoals inzake ordehandhaving of rampbestrijding, niet onder de rechtsmacht van de Cgb thuishoren. Dat betekent niet dat de *feitelijke uitvoering* van dit soort beslissingen niet onder de bevoegdheid van de Cgb zou kunnen worden gebracht. Dat zou dan in een aparte wetsbepaling moeten worden opgenomen, omdat de context van artikel 7 zich daarvoor eigenlijk niet leent.

Beleidssterreinen

In de Awgb is vanaf de aanvang overheidshandelen onder de toetsingbevoegdheid van de Cgb gebracht, zij het dat deze beperkt bleef tot een bepaald beleidsterrein zoals het ambtenarenrecht van artikel 5. Met de komst van artikel 7a zijn er voor het overheidshandelen nieuwe beleidsterreinen bijgekomen. Er wordt dus al langer gewerkt met de methode om de selectieve uitbreiding van de rechtsmacht van de Cgb via de aanduiding van specifieke beleidsterreinen vorm te geven. Dit lijkt ook voor de toekomst een werkbare wijze.

7.3 *Voorwaarden voor uitbreiding met overheidshandelen*

7.3.1 *Algemeen*

Een centrale overweging in het standpunt van de regering, die uitbreiding van de werkingssfeer van art. 7 Awgb tot overheidshandelen in de weg zou staan, is het vermeende verschil in toetsing van overheidshandelen aan artikel 1 Grondwet en de a.b.b.b. enerzijds en aan de verbodsgronden van de Awgb anderzijds. Is daarbij de vrees terecht, dat de toetsing aan de Awgb-normen met zich mee kan brengen dat uit feitelijk en publiekrechtelijk overheidshandelen volgend onderscheid verboden wordt, terwijl het objectief wel gerechtvaardigd is? Om dit te onderzoeken is de rechtspraak van gewone rechter en bestuursrechter op het terrein van gelijke behandeling en het verbod van discriminatie nader onderzocht.

7.3.2 *Toetsing aan gelijke behandeling*

De rechterlijke toetsing van overheidshandelen aan het *beginsel van gelijke behandeling* is toetsing aan ‘achterliggende afwegingen vanuit algemene gezichtspunten’, aan het beleid. De rechter stelt zich de voorvraag of het beroep op gelijke behandeling een gelijk geval betreft. In de meeste situaties stuit het ingestelde beroep hierop af: de rechter vindt al vrij snel dat de aan het beleid (of de regelgeving) ten grondslag liggende algemene afwegingen – die tot het aannemen van onderscheid tussen gevallen nopen – door de beugel kunnen. Als er evenwel geen beleid is kan de overheid zich niet beroepen op algemene afwegingen. Er is dan met andere woorden geen rechtvaardiging mogelijk van de bekritiseerde handeling, bejegening of gedraging.

Voorbeelden waarin krachtens het beginsel van gelijke behandeling de aan het beleid (of de regelgeving) ten grondslag liggende algemene afwegingen inhoudelijk onder de maat worden bevonden zijn schaars. Het is verder vaste jurisprudentie dat de overheid door het beginsel van gelijke behandeling niet kan worden genoodzaakt een eenmaal verrichte handeling te herhalen als die berust op een kennelijke vergissing, in strijd is met de wet of inmiddels is ‘overruled’ door nieuw, gewijzigd beleid.

7.3.3 *Toetsing aan het discriminatieverbod*

Discriminatie is het maken van onderscheid op bij voorbaat verdachte gronden. Hierbij vindt in beginsel ingrijpender rechterlijke toetsing van beleid en beleidstoepassing plaats dan bij het beginsel van gelijke behandeling. Er geldt de algemene lijn in de rechtspraak dat directe of indirecte discriminatie onrechtmatigheid oplevert, tenzij er een objectieve rechtvaardigingsgrond voor kan worden aangewezen. Daarbij wordt beoordeeld of het onderscheid is gericht op een redelijk doel en of het onderscheid in een evenredige verhouding staat, proportioneel is, tot dat doel. Het maakt uiteraard verschil of er sprake is van directe of indirecte discriminatie, maar daar worden geen principiële, hoogstens graduele consequenties aan verbonden.

Naar blijkt worden in de rechtspraak meer gronden onder het discriminatieverbod gebracht dan die welke expliciet in artikel 1 Grondwet of andere, algemene juridische basisteksten zijn vermeld. Ook worden aan de verschillende gronden uiteenlopende werking of toegevoegde waarde toegekend. Het discriminatieverbod lijkt in die zin absoluut dat de overheid nooit met het beroep op algemene afwegingen die ten grondslag liggen aan een regeling of het beleid kan volstaan. Deze algemene afwegingen, alsmede de concretisering ervan, staan zelf ter discussie. Een en ander wordt aangelegd tegen de maatstaf van het betreffende discriminatieverbod.

7.3.4 *Open systeem van toetsing bij overheidshandelen*

Getuige het overzicht gaat de rechtspraak uit van een open systeem van toetsing van overheidshandelen aan het beginsel van gelijke behandeling en het discriminatieverbod. Onderscheid gemaakt door de overheid is onrechtmatig, tenzij daarvoor een rechtvaardigingsgrond bestaat. Het verschil tussen beginsel van gelijke behandeling en discriminatieverbod betreft de marge bij de beoordeling door de overheid van het te maken onderscheid. Omdat daarbij vooral wordt ingezoomd op de gebezigde afweging van belangen ‘vanuit algemene gezichtspunten’, is er een structurele verwantschap tussen de rechterlijke toetsing van overheidshandelen aan artikel 1 Grondwet en aan het willekeurverbod.

Het open systeem van toetsing door de rechtspraak levert een belangrijke afwijking op van de opzet van de Awgb, maar moet als principieel worden beschouwd. Zij hangt samen met de bijzondere positie van de overheid. Publieke taakvervulling door de overheid berust op belangenafwegingen vanuit algemene gezichtspunten. Dit betekent onder meer dat gelijkheid niet het enige belang kan zijn, ook de tegemoetkoming aan andere belangen zoals andere grondrechten (bijvoorbeeld godsdienstvrijheid) dient in de afweging te worden betrokken. Daarbij past niet dat de rechter op de stoel van de bestuurlijke overheid gaat zitten, maar integendeel respect toont voor, terughoudendheid betracht tegenover de ‘vrijheid’ van de bestuurlijke overheid om beleid te voeren. In zo’n verhouding moet door de rechter van geval tot geval kunnen worden bepaald of inzake het optreden van die overheid sprake is van een

ongerechtvaardigd onderscheid, ‘zonder gehinderd te worden door vooraf vastgelegde normen daaromtrent’. Als het wenselijk wordt geoordeeld om publiekrechtelijke rechtshandelingen en andere overheidshandelingen in algemene zin onder het bereik van de Awgb te brengen, zou daarom het gesloten systeem van toetsing krachtens de Awgb dienen te worden heroverwogen.

7.4 *Uitgebreide rechtsmacht en de afstemming met de Awb*

Bij verruiming van de bevoegdheid van de Cgb kunnen op onderdelen afstemmingsproblemen ontstaan met de Awb. In het geval er sprake is van een appellabel besluit dat tot vermeend verboden onderscheid leidt kan er sprake zijn van samenloop van de Awgb-procedure en de Awb-rechtsgang. Het is van belang op bepaalde probleempunten in dit verband te wijzen en richting aan te geven waarin de oplossing zou kunnen worden gezocht.

Twee modellen worden nader besproken: het integratie- en het coördinatiemodel. Allereerst het *integratiemodel*. Om de meerwaarde van het Cgb-oordeel te bereiken zou de Awgb-procedure moeten worden geïntegreerd in de Awb-rechtsgang. Met integratie wordt hier bedoeld dat in de tijd genomen, alvorens tot een beslissing op Awb-bezwaar te komen, de Cgb afkomt met een oordeel waarmee door het bestuursorgaan in bezwaar rekening kan worden gehouden. Beperking tot de fase van bezwaar is aangewezen, opdat het bestuursorgaan bij de volledige heroverweging in bezwaar rekening kan houden met het oordeel van de Cgb, dat in dat geval de status van een advies heeft (art. 3:5 e.v. Awb). Het ligt in de rede dat dan ook in vele gevallen beroep op de bestuursrechter kan worden voorkomen. In verband met het voorgaande moet worden voorkomen dat in de fase van beroep met vrucht naar de Cgb kan worden gegaan, tenzij de rechter heeft aangegeven dit in het licht van het geschil zinvol te achten. Voor integratie van de Awgb-procedure in de bezwaarfase is het noodzakelijk dat de Cgb met feitelijk kortere beslistermijnen werkt dan welke worden gehanteerd in de standaardprocedure. De duur en de opzet van de door haar ontwikkelde spoedprocedure – gemiddeld acht weken – zouden hier uitgangspunt moeten zijn.

Het integratiemodel is van een aantal vooral feitelijke voorwaarden afhankelijk. Het is de vraag of er in alle gevallen op adequate wijze aan kan worden voldaan. Zoal er niet moeilijkheden mee worden opgezocht, moet de conclusie hier luiden dat complicaties lastig zijn te vermijden. Deze stand van zaken dwingt ons min of meer ook naar een alternatieve manier van afstemming om te zien, waarbij primair wordt vermeden dat de twee procedures in elkaars vaarwater terechtkomen. Hierover gaat het coördinatiemodel.

Een praktische benadering van het coördinatiemodel biedt de uitwerking in art. 9:22 Awb met betrekking tot de afstemming van de bevoegdheid van de (Nationale) ombudsman ten opzichte van die van het bestuursorgaan en de bestuursrechter in de Awb-rechtsgang. De (Nationale) ombudsman is bevoegd tot onderzoek naar ‘gedragingen’ van bestuursorganen jegens natuurlijke personen of rechtspersonen. In principe kunnen met uitzondering van de a.v.v. alle soorten overheidshandelingen onderwerp van onderzoek zijn, zij het dat naar een afbakening is gestreefd van de rechtsgangen ten opzichte van elkaar op basis van respect voor de eigen, exclusieve verantwoordelijkheid van andere klachtenbehandelende of geschillenbeslechtende instanties.

7.5 *Beantwoording van de onderzoeksvraag*

Op de algemene onderzoeksvraag of uitbreiding van de werkingssfeer van de gelijke-behandelingswetgeving en de bevoegdheid van de Cgb naar eenzijdig overheidshandelen noodzakelijk en haalbaar is en of er voldoende bescherming is in de Awb en art. 1 Grondwet, kan het volgende worden geantwoord:

- Over noodzaak van uitbreiding kan geen uitspraak kan worden gedaan, hooguit over wenselijkheid;
- De wenselijkheid en haalbaarheid zijn uiteindelijk een kwestie van bestuurlijk-politieke afweging, omdat bij uitbreiding met het overheidshandelen geen gesloten systeem van toetsing in de Awgb kan worden gehandhaafd en daardoor uiteindelijk de oorspronkelijke doelstelling van de Awgb in het gedrang kan komen;
- Verruiming van de bevoegdheid van de Cgb tot overheidshandelen kan alleen op selectieve basis plaatsvinden, op voorhand geldt daarbij dat uitbreiding ten aanzien van wetten in formele zin en a.v.v. niet dan bij hoge uitzondering, bijvoorbeeld omdat het uit een EG-richtlijn volgt, moet worden vormgegeven;
- Er zijn geen bijzondere problemen aanwezig bij de bescherming tegen overheidshandelen krachtens Awb en artikel 1 Grondwet.

GELIJKHEID, VERENIGINGSVRIJHEID EN PRIVACY

DEEL I

ONDERDEEL 3

P.J.J. ZOONTJENS

Hoofdstuk 1

Inleiding

1.1 Onderwerp en aanleiding

In dit onderdeel staat centraal de *derde algemene onderzoeksvraag*:

WAAR ZITTEN DE KNELPUNTEN IN DE REIKWIJDTE EN TOEPASSING VAN DE GELIJKEBEHANDELINGSWETGEVING TEN OPZICHTE VAN DE VERENIGINGSVRIJHEID EN HET RECHT OP EERBIEDIGING VAN DE PERSOONLIJKE LEVENSSFEER? IS DE WETGEVING OP DIT PUNT IN OVEREENSTEMMING MET DE VERPLICHTINGEN VOORTVLOEIEND UIT DE GRONDWET, HET EVRM EN PROTOCOLLEN EN DE EU-REGELGEVING TEN AANZIEN VAN HET VERBOD VAN DISCRIMINATIE, DE VERENIGINGSVRIJHEID EN HET RECHT OP EERBIEDIGING VAN DE PERSOONLIJKE LEVENSSFEER?

In de vraagstelling zijn twee kwesties aan de orde, de verenigingsvrijheid en het recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer. In relatie tot de Awgb gaat het om naar de aard van de problematiek te onderscheiden zaken. Deze zullen achtereenvolgens aan de orde worden gesteld.

1.2 Gelijke behandeling en verenigingsvrijheid

In haar evaluatieverslag uit 2004 besteedt de Cgb expliciet aandacht aan de relatie tussen de verenigingsvrijheid en het recht op gelijkheid. De Cgb schetst daarbij de grenzen die zij gezien het kader van de wet meent in acht te moeten nemen. Zij wijst erop dat er in het algemeen, getuige de wetsgeschiedenis, binding van verenigingen aan de Awgb is beoogd voor zover deze deelnemen 'aan het maatschappelijk verkeer'. Van toetsing zijn uitgesloten handelingen die samenhangen met het 'interne verenigingsrecht'. Deze principes heeft de Cgb in haar jurisprudentie uitgewerkt. Daarop zal hieronder in paragraaf 2.2 nader worden ingegaan. Er rijst bij de Cgb in dit verband de vraag

“of het gewenst is dat het verenigen vrij staat mensen ongelijk te behandelen, bijvoorbeeld op grond van hun geslacht of ras, zonder hierover verantwoording te hoeven afleggen. Lidmaatschap van en deelname aan verenigingen is voor leden van achtergestelde groepen vaak een opstap naar maatschappelijke participatie. Met name twee zaken roepen vragen op over de reikwijdte van de AWGB: de weigering van de SGP vrouwen toe te laten tot het partijlidmaatschap⁶²⁵ en de watersportvereniging die buitenlandse leden weigert.⁶²⁶ In beide gevallen moest de CGB op grond van het interne verenigingsrecht concluderen dat er geen sprake was van onderscheid. Beide zaken nopen er volgens de CGB toe nader te onderzoeken of het mogelijk is als wettelijk uitgangspunt in te voeren dat verenigingen ook geen verboden onderscheid mogen maken bij zuiver interne verenigingsaanleggen, zoals de statuten. Het gaat dan vooral om het uitsluiten van lidmaatschap of om de interne organisatie van de vereniging. (..) Nu staat de AWGB alleen identiteitsgebonden, arbeidsgerelateerde verenigingen toe onderscheid te maken, voor zover deze eisen stellen die nodig zijn om de grondslag van de vere-

⁶²⁵ Zie Oordeel 2001-150.

⁶²⁶ Zie Oordeel 2002-155.

niging te verwezenlijken en deze eisen er niet toe leiden dat iemand ongelijk wordt behandeld vanwege één van de gronden uit de AWGB. Deze benadering vindt de Commissie vanuit grondrechtelijk perspectief juist dan de onbeperkte vrijheid die niet-arbeidsgerelateerde verenigingen krachtens de AWGB hebben om uitsluitingscriteria te hanteren.”⁶²⁷

Vervolgens doet de Cgb concrete suggesties voor de richting van het onderzoek. Zij vraagt zich af of het wenselijk is artikel 6a van de Awgb uit te breiden – bijvoorbeeld met het oog op de verplichtingen die voortvloeien uit het VN-Vrouwenverdrag – dan wel een algemeen uitgangspunt te formuleren dat bij de toegang tot het lidmaatschap en de interne organisatie van de vereniging geen sprake mag zijn van strijd met de gelijkebehandelingswetgeving.

“De eerste optie verdient wellicht de voorkeur vanwege de duidelijkheid: de wet geeft dan immers precies aan welke verenigingen en welke gronden onder haar bereik vallen, waarbij zonodig gedifferentieerd kan worden naar grond. Zo zou de uitsluiting van een student door een studentenvereniging op grond van zijn ras onder de wet moeten vallen. Voor de regeling van een vereniging van mannen of vrouwen biedt de nieuwe richtlijn aanknopingspunten. Uiteraard moet het bereik bij beide benaderingen beperkt blijven tot statutaire bepalingen inzake het (bestuurs)lidmaatschap.”⁶²⁸

1.3 *Gelijke behandeling en recht op privacy*

In art. 3, eerste lid, onder a, van de Rasrichtlijn en de Kaderrichtlijn wordt het daarbij gestelde verbod van directe en indirecte discriminatie zowel voor de overheidssector als de particuliere sector toepasselijk verklaard wat betreft ‘de voorwaarden voor toegang tot arbeid in loondienst of als zelfstandige en tot het beroep, met inbegrip van de selectie- en aanstellingscriteria, ongeacht de tak van activiteit en op alle niveaus van de beroepshierarchie, met inbegrip van bevorderingskansen’. In dezelfde bepaling, onder c, is het verbod van beide richtlijnen ook van toepassing wat betreft ‘werkgelegenheid en arbeidsvoorwaarden, met inbegrip van ontslag en beloning’. De normen zijn bijzonder ruim en bevatten bijvoorbeeld geen uitzondering voor arbeid dat in de privé-sfeer wordt verricht. Ook bevatten de preambules van de beide richtlijnen met betrekking tot de toegang van arbeid en beroep geen voorbehoud ten aanzien van de bescherming van het privé-leven. Zulks is wel in de preambule van de Rasrichtlijn ten aanzien van de toegang tot en het aanbod van goederen opgenomen.⁶²⁹ Zie hieronder.

In art. 4, tweede en derde lid, van de Kaderrichtlijn is een uitzondering toegestaan voor bestaande nationale praktijken ten aanzien van arbeid in kerken en andere publieke of particuliere organisaties op godsdienstige of levensbeschouwelijke grondslag, waarbij een onderscheid in behandeling op grond van godsdienst of levensovertuiging plaatsvindt, mits voor dit onderscheid een wettelijke grondslag bestaat.

⁶²⁷ Cgb 2005, p. 57-58.

⁶²⁸ Idem, p. 58.

⁶²⁹ Ook in Richtlijn 2004/113/EG van de Raad van 13 december 2004 houdende toepassing van het beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen bij de toegang tot en het aanbod van goederen en diensten, komt in preambule, nr. 3, een voorbehoud tot eerbiediging van het privé- en gezinsleven voor.

Voor het overige rijst de vraag hoe de normen van de beide richtlijnen zich verhouden ten opzichte van artikel 5, derde lid, Awgb waarin is vastgelegd dat het verbod van onderscheid bij het aanbieden van een betrekking niet van toepassing is op eisen, die, gelet op het privé-karakter van de werkverhouding in redelijkheid aan een werkverhouding kunnen worden gesteld.

Art. 3, eerste lid, onder h, van de Rasrichtlijn verklaart het daarbij gestelde verbod van discriminatie toepasselijk voor zowel de overheidssector als de particuliere sector wat betreft 'de toegang tot en het aanbod van goederen en diensten die publiekelijk beschikbaar zijn, met inbegrip van huisvesting'. Er is ook hierbij geen uitzondering geregeld voor de privé-sfeer. Wat precies met 'publiekelijk' wordt bedoeld is niet nader aangegeven. In de preambule, nr 4 van de Rasrichtlijn wordt evenwel opgemerkt dat het in het kader van de toegang tot en het aanbod van goederen belangrijk is 'de bescherming van privé-leven, familie- en gezinsleven en de in dat kader verrichte transacties te eerbiedigen'.

Het is de vraag hoe deze norm zich verhoudt ten opzichte van artikel 7, derde lid, Awgb, waarin is bepaald dat het verbod van onderscheid bij het aanbieden van goederen en diensten, voor zover dat in de uitoefening van beroep en bedrijf geschiedt of wanneer daarbij sprake is van aanbod in het openbaar door natuurlijke personen, niet van toepassing is 'op eisen die gelet op het privé-karakter van de omstandigheden waarop de rechtsverhouding ziet in redelijkheid kunnen worden gesteld'.

De uitzonderingen van art. 5, derde lid, en art. 7, derde lid, Awgb worden gezien als een consequentie van de grondrechtelijk geboden eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer. Volgens de regering in de memorie van toelichting bij de Awgb doet een dergelijke situatie zich bijvoorbeeld voor als een alleenstaande vrouw in een advertentie een kamer in haar huis aanbiedt en daarbij te kennen geeft dat alleen vrouwen in aanmerking komen. 'Voor de verhuurster vormt in deze situatie de woning een belangrijk onderdeel van haar persoonlijke levenssfeer'.⁶³⁰

Op grond van het bovenstaande kan concluderend de vraag worden gesteld of het toelaatbaar is dat de toepasselijkheid van het verbod van onderscheid op de verschillende gronden, zoals geregeld in de Awgb, kan worden begrensd door een algemene, wettelijke uitzonderingsbepaling die uitdrukking is van de eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer.

1.4 *Plan van behandeling*

Gegeven het verschil in achtergrond van de problematiek inzake verenigingsvrijheid en recht op privacy bevat de hierboven weergegeven algemene onderzoeksvraag eigenlijk twee onderscheiden vragen. Als zodanig zullen die ook aan de orde worden gesteld. In het volgende hoofdstuk wordt aandacht besteed aan de verenigingsvrijheid. Daarbij zal, na inkadering van het probleem door een analyse van de wet en de parlementaire behandeling, aandacht worden besteed aan de jurisprudentie van de Cgb (§ 2.2), een overzicht van de jurisprudentie van de burgerlijke rechter (§ 2.3) en een korte weergave van kritiek op de benadering door Cgb mede in het licht van het voorafgaande (§ 2.4). In § 2.5, resp. 2.6 vindt een bespreking en analyse plaats van het fundamentele recht op vereniging, zoals beschermd in de Grondwet en het EVRM. In § 2.7 wordt aandacht besteed aan de confrontatie tussen gelijkheid en

⁶³⁰ Kamerstukken II 1990/91, 22 014, nr. 3, p. 8.

vrijheid van vereniging. Met name zal bij het Vrouwenverdrag worden stil gestaan. In § 2.8 ten slotte, worden algemene conclusies inzake de toepassing van de Awgb en de verenigingsvrijheid getrokken.

In hoofdstuk 3 volgen een bespreking en analyse van de bescherming van het recht tot eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer. Na inkadering van het probleem (§ 3.1 en 3.2), volgt een bespreking van het recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer, zoals beschermd in de Grondwet (§ 3.3), het EVRM (§ 3.4) en het Europese recht (§ 3.5). Daarna zal aandacht worden besteed aan de confrontatie tussen gelijkheid en privacy (§ 3.6). Tenslotte volgen algemene conclusies (§ 3.7).

Hoofdstuk 2

Verenigingsvrijheid

2.1 Inkadering van het probleem

2.1.1 Het wettelijke kader

Het algemene uitgangspunt dat de toepasselijkheid van de Awgb ten aanzien van het interne verenigingsrecht is uitgesloten steunt niet op een wettelijke bepaling, maar op standpunten ingenomen door de regering tijdens de parlementaire behandeling van de Awgb en de interpretaties daaromtrent in de Oordelen van de Cgb. Daarop wordt in de volgende paragrafen ingegaan. Het begrip vereniging wordt overigens vanuit constitutioneel oogpunt in ruime zin opgevat. Aldus staat het voor de rechtspersoon, mede omvattend de stichting of de BV en NV. Dat is althans de interpretatie op basis van art. 8 Grondwet. Zie ook § 2.5.2. Art. 11 EVRM wordt van toepassing geacht op 'privaatrechtelijke organisaties', een categorie die in ieder geval meer dan verenigingen omvat. Zie ook § 2.6.

De Awgb laat zich op onderdelen over verenigingen of verenigingsrecht uit. In artikel 3 Awgb is een specifieke uitzondering geregeld voor rechtsverhoudingen binnen kerkgenootschappen. Naar aanleiding van de vierde algemene onderzoeksvraag wordt hierop in een apart onderdeel van dit evaluatieonderzoek ingegaan. In artikel 5 Awgb, behelzende het verbod van onderscheid bij het aanbieden van een betrekking en de behandeling bij de vervulling van een openstaande betrekking, bevat het tweede lid uitzonderingen op dit verbod in het belang van de vrijheid van instellingen op godsdienstige of levensbeschouwelijke grondslag en op politieke grondslag, en in het belang van de vrijheid van instellingen op het terrein van het bijzonder onderwijs. In artikel 7 Awgb ten slotte, dat het verbod van onderscheid bij het aanbieden en verlenen van goederen en diensten regelt, bevat het tweede lid een uitzondering voor instellingen van bijzonder onderwijs, welke qua structuur gelijkenis vertoont met die in het tweede lid van artikel 5.

Met 'instellingen' wordt bedoeld op organisatorische verbanden, die in de samenleving als een eenheid optreden en die niet kunnen worden geacht een beroep of bedrijf uit te oefenen.⁶³¹ In ieder geval moeten daaronder zowel verenigingen als stichtingen worden begrepen. Als daarom in het vervolg binnen het kader van de Awgb wordt gesproken over verenigingen zijn daarmee ook stichtingen bedoeld.

Op basis van artikelen 2, j^o 3, eerste lid, onder d, van de Rasrichtlijn en de Kaderrichtlijn is in 2004 artikel 6a ingevoegd.⁶³² Dit artikel luidt:

1. Onderscheid is verboden bij het lidmaatschap van of de betrokkenheid bij een werkgevers- of werknemersorganisatie of een vereniging van beroepsgenoten, alsmede bij de voordelen die uit dat lidmaatschap of uit die betrokkenheid voortvloeien.
2. Het eerste lid laat onverlet:
 - a. de vrijheid van een op godsdienstige of levensbeschouwelijke grondslag gebaseerde organisatie of vereniging om eisen te stellen, die gelet op haar doel, nodig zijn voor de verwezenlijking van haar grondslag, waarbij deze

⁶³¹ Kamerstukken II 1990/91, 22 014, nr. 3, p. 21.

⁶³² Wet van 21 februari 2004, Stb. 2004, 120.

eisen niet mogen leiden tot onderscheid op grond van het enkele feit van politieke gezindheid, ras, geslacht, nationaliteit, hetero- of homoseksuele gerichtheid of burgerlijke staat en

- b. de vrijheid van een op politieke grondslag gebaseerde organisatie of vereniging om eisen te stellen, die gelet op haar doel, nodig zijn voor de verwezenlijking van haar grondslag, waarbij deze eisen niet mogen leiden tot onderscheid op grond van het enkele feit van ras, geslacht, nationaliteit, hetero- of homoseksuele gerichtheid of burgerlijke staat.

Artikel 6a beperkt zich tot de aspecten van lidmaatschap van of betrokkenheid bij een werkgevers- of werknemersorganisatie – die veelal de rechtsvorm van een vereniging heeft – danwel een vereniging van beroepsgenoten. De strekking van het artikel is dat met betrekking tot deze beperkte groep van verenigingen, ten aanzien van de genoemde aspecten van de verenigingsvrijheid, het recht op gelijke behandeling, ongeacht ras, geslacht en zo meer, zwaarder weegt. Over de verhouding tot de verenigingsvrijheid bevatten overweging 4 van de Rasrichtlijn en overweging 5 van de Kaderrichtlijn expliciete passages. In de laatste is het volgende neergelegd:

‘Deze richtlijn doet geen afbreuk aan de vrijheid van vereniging, met inbegrip van het recht met anderen vakverenigingen op te richten en zich bij vakverenigingen aan te sluiten voor de bescherming van zijn belangen.’

In de ogen van de regering sluit de formulering van artikel 6a Awgb daar naadloos op aan. Op de genoemde richtlijnen zal overigens in § 2.7 nader worden ingegaan. De regering merkt op:

‘Het verbod van onderscheid ziet niet op de vrijheid om een vereniging op te richten die een bepaald doel nastreeft of de belangen van een bepaalde doelgroep behartigt, maar uitsluitend op (de toegang tot) het lidmaatschap en de voordelen die voortvloeien uit een lidmaatschap.’⁶³³

Het tweede lid van artikel 6a beoogt de oprichtings- en inrichtingsvrijheid veilig te stellen.

‘Zou de wetgever deze voorzieningen niet treffen, dan zouden bijvoorbeeld christelijke werkgeversverenigingen, islamitische winkeliersorganisaties, communistische vakbonden of sociaal-liberale bestuurdersverenigingen niet meer van hun leden kunnen verlangen dat deze de grondslag onderschrijven.’⁶³⁴

Wellicht ten overvloede wordt door de regering nog opgemerkt dat zij met de totstandkoming van artikel 6a geen uitspraak heeft gedaan ‘over de mogelijkheid of wenselijkheid om die reikwijdte verder uit te breiden tot andere soorten verenigingen.’ De regering heeft dan ook geen concrete voornemens het Nederlandse verenigingsleven op dit punt te reguleren.⁶³⁵

⁶³³ Memorie van toelichting bij voorstel EG-implementatiewet Awgb, Kamerstukken II 2002/03, 28 770, nr. 3, p. 12.

⁶³⁴ Idem.

⁶³⁵ A.w., p. 13.

2.1.2 *De parlementaire behandeling*

Waarom worden verenigingen ten principale ontzien? In de memorie van antwoord bij het wetsvoorstel Awgb zegt de regering dat zij geen wettelijke bepaling voorstaat die de toelating tot het (bestuurs)lidmaatschap van verenigingen regelt. Hiervoor heeft zij welbeschouwd drie argumenten:⁶³⁶

- a. Bepaalde gevallen van verboden onderscheid die de problematiek van toelating bestrijken zullen ook zonder specifieke wettelijke basis onder de Awgb kunnen vallen. De regering noemt het voorbeeld van een vereniging die goederen en diensten aanbiedt als bedoeld in artikel 7 Awgb. Daarvan is eveneens sprake als de vereniging een open en zakelijk karakter heeft en het lidmaatschap in feite niet meer inhoudt dan dat aan de leden een goed of dienst wordt aangeboden. Een ander voorbeeld is dat de voorwaarden voor, de toegang tot en de mogelijkheden tot uitoefening en ontplooiing binnen het vrije beroep, als bedoeld in art. 6 Awgb, samenhangen met het lidmaatschap van een vereniging. In dat geval is de Awgb van belang, indien dan ten aanzien van het lidmaatschap onderscheid wordt gemaakt op een van de gronden van de wet. Elders wijst de regering er nog op dat krachtens art. 5 Awgb de rechtsverhouding tussen de vereniging en bezoldigde bestuursleden rechtstreeks onder de Awgb valt.⁶³⁷
- b. De algemene toepasselijkheid van de Awgb op verenigingen zou conflicteren met de vrijheid zich op gemeenschappelijke grondslag voor een ideëel, niet-commercieel doel te organiseren, een wezenlijk aspect van de in art. 8 Grondwet, 11 EVRM en 22 IVBPR beschermde verenigingsvrijheid. Gronden van verboden onderscheid in de Awgb, zoals godsdienst, levensbeschouwing, politieke gezindheid of geslacht kunnen voor verenigingen juist de inhoudelijke basis zijn voor een gemeenschappelijke grondslag. Denk aan politieke partijen, verenigingen met een religieus of levensbeschouwelijk doel, verenigingen voor gescheiden mannen of vrouwen, vrouwen- of mannenkoren of sportverenigingen. Zoals de regering elders aangeeft,⁶³⁸ brengt een en ander onder meer met zich dat handelingen die samenhangen met het interne verenigingsrecht buiten de reikwijdte van de wet vallen. Men denke daarbij naast de toelating van leden aan het opstellen en wijzigen van statuten en het benoemen van bestuursleden.
- c. Verenigingen die door hun grondslag onderscheid maken, vormen geen ernstige belemmering voor daarbij uitgesloten groepen personen om aan het maatschappelijk leven deel te nemen. Het belang van een pluriform karakter van het Nederlandse verenigingsleven moet doorslaggevend worden geacht.

2.2 *Benadering door de Cgb: algemeen*

De problematiek van het verenigingsrecht heeft in de jurisprudentie van de Cgb zonder uitzondering betrekking op de vraag of er sprake is van verboden onderscheid bij het aanbieden van of verlenen van toegang tot goederen of diensten door instellingen die werkzaam zijn op het gebied van welzijn, als bedoeld in art. 7, eerste lid, aanhef en onder c, Awgb. Onder welzijn worden ook sport⁶³⁹ en vrijetijdsbesteding

⁶³⁶ Kamerstukken II 1991/92, 22 014, nr. 5, p. 19.

⁶³⁷ Kamerstukken II 1991/92, 22 014, nr. 10, p. 10.

⁶³⁸ Idem, p. 10 en 31.

⁶³⁹ Voor sport geldt in het gelijkebehandelingsrecht een bijzondere regel. Art. 1, sub g, van het Besluit gelijke behandeling bepaalt: 'Als gevallen waarin het geslacht bepalend kan zijn, mogen beschouwd

begrepen.⁶⁴⁰ Dit zijn de meest voorkomende terreinen waarover de Cgb heeft te oordelen.

Een schuttersvereniging te Obbicht (L) laat vrouwen niet voor de A- en B-klasse in aanmerking komen, waardoor deze niet als schutter aan het federatiefeest en het Oud Limburgs Schuttersfeest kunnen deelnemen. Volgens de Cgb is een schuttersvereniging, die zich statutair ten doel stelt het houden of doen houden van onder andere schietwedstrijden op bondsniveau, verantwoordelijk voor de voorwaarden waaronder de individuele leden van (onder haar ressorterende) schietverenigingen aan deze wedstrijden kunnen deelnemen. Het organiseren van schietwedstrijden valt onder het 'aanbieden van diensten' in de zin van art. 7 Awgb. Daarom slaagt een beroep op het interne verenigingsrecht niet. Ook het verweer van de vereniging dat zij de reglementen van het federatiebestuur op dit punt volgt, slaagt niet. De vereniging heeft een zelfstandige verplichting de Awgb na te leven, zij mag geen reglementen volgen die strijdig zijn met de Awgb.⁶⁴¹

Het juist weergegeven oordeel, dat in de beginperiode van de Cgb werd gegeven, is in zijn beknoptheid enig in zijn soort. In latere oordelen stelt de Cgb vaak, daarbij letterlijk aan het regeringsstandpunt refererend, dat van het aanbieden van goederen en diensten sprake is, als de vereniging 'een open en zakelijk karakter heeft en het lidmaatschap feitelijk niet meer inhoudt dan dat aan die leden een goed of dienst wordt aangeboden.'⁶⁴² De overkoepelende Nederlandse vereniging van acupuncturisten bezit een open en zakelijk karakter, en biedt mitsdien goederen en diensten aan in de zin van art. 7 Awgb, nu het lidmaatschap daarvan met zich brengt dat bepaalde zorgverzekeraars tot vergoeding van de behandeling over zullen gaan.⁶⁴³ Een vereniging voor HIV-geïnfecteerden die een Welkomcafé exploiteert, dat ook toegankelijk is voor niet-leden, heeft wat betreft die activiteit een open en zakelijk karakter; voor het overige – in het bijzonder de wijze waarop bepalingen ten aanzien van de ledenvergadering worden uitgevoerd – gaat het evenwel om 'intern verenigingsrecht'.⁶⁴⁴ Bij (opnieuw) een schuttersvereniging, waarvan het lidmaatschap voorwaarde is om in aanmerking te komen voor een bondskaart en voor deelname aan nationale en internationale competitiewedstrijden wordt een open en zakelijk karakter aanwezig geacht, nu het lidmaatschap een vereiste is om 'op een belangrijk onderdeel van het maatschappelijk leven te kunnen participeren'.⁶⁴⁵ De stichting die de Vierdaagse van Nijmegen organiseert en daarbij aan deelnemers die de reglementaire afstand succesvol afleggen een officiële beloning toekent in de vorm van het Vierdaagsekruis, heeft een open en zakelijk karakter en biedt goederen en diensten aan. Afgezien van de vraag of de stichting een beroep zou kunnen doen op de verenigingsrechtelijke exceptie, is in het onderhavige geval dan ook geen sprake van een intern verenigings-

worden die gevallen waarbij de deelname aan activiteiten op het terrein van spel en of sport, voor zover een relevant verschil bestaat tussen de gemiddelde prestaties van mannen en vrouwen, dan wel voor zover het de toelating tot voor mannen en vrouwen gescheiden activiteiten in internationaal verband betreft en in internationaal verband afspraken zijn gemaakt of regels gelden die meebrengen dat eisen worden gesteld aan het geslacht van de deelnemers.'

⁶⁴⁰ Zie ook Kamerstukken II 1990/91, 22 014, nr. 3, p. 21.

⁶⁴¹ Oordeel 1997-36.

⁶⁴² Zie bijvoorbeeld Oordelen 1998-20, 2001-150, 2002-155, 2004-6, 2005-51, 2005-52, 2006-32.

⁶⁴³ Oordeel 2002-72.

⁶⁴⁴ Oordelen 2003-57, 2004-7.

⁶⁴⁵ Oordeel 2001-27. Zie voor deze grond ook Oordelen 2002-155, 2005-52, 2006-32.

rechtelijke kwestie.⁶⁴⁶ Tenslotte wordt een landelijke ouderenorganisatie die aan collectieve en individuele belangenbehartiging doet, die op lokaal niveau algemeen toegankelijke gezelligheidsactiviteiten organiseert en die de leden in het openbaar werft, eveneens een open en zakelijk karakter toegedicht.⁶⁴⁷

Van het aanbod van diensten en goederen in de zin van de wet is geen sprake als de betreffende vereniging rechtspersoonlijkheid mist en daardoor op formele gronden niet kan worden aangemerkt als ‘instelling’ in de zin van art. 7 van de wet. Zulks was aan de orde bij een badmintonclub die louter activiteiten voor intern vermaak organiseerde en die niet meer was dan een groepje mensen die tegen elkaar wilden spelen.⁶⁴⁸

Van het aanbod van diensten en goederen is geen sprake als het gaat om ‘intern verenigingsleven’ of ‘intern verenigingsrecht’.⁶⁴⁹ Toch komt het voor dat een vereniging tegelijk een open en zakelijk karakter heeft – en in de zin van de Awgb diensten en goederen aanbiedt – en een interne sfeer van verenigingsrecht heeft, waarin de Cgb niet wil treden. Zie het hierboven genoemde geval van het Welkomcafé.⁶⁵⁰ Bij een voetbalvereniging die statutair de leden die handbal speelden van het stemrecht uitsloot, hetgeen in casu uitsluitend vrouwen betrof, werd overwogen dat de uitoefening van het stemrecht met zich kan brengen ‘dat wordt gestemd over zaken die betrekking hebben op dienstverlening aan de leden’, maar dat ‘het stemrecht zélf’ niet als een goed of dienst is aan te merken.⁶⁵¹

In één geval werd het intern verenigingsleven expliciet als grond geformuleerd om toepasselijkheid van de Awgb uit te sluiten. Het betrof een beslissing van een voetbalvereniging om een meisje in een bepaald team in te delen, waarbij geen negatieve gevolgen optraden voor de maatschappelijke participatie, zoals deelname in een gemengd team en deelname aan de KNVB-competitie.⁶⁵²

In de meerderheid van de oordelen worden specifieke zaken van intern verenigingsrecht benoemd. De Commissie neemt met de regering tot uitgangspunt dat de rechtsverhouding tussen een vereniging en een (kandidaat-)lid bij de toelating tot het lidmaatschap in beginsel niet onder de Awgb valt. De Awgb is niet van toepassing op de in de statuten neergelegde eisen voor lidmaatschap,⁶⁵³ op de statutaire stemrechtregeling⁶⁵⁴ of op de wijze waarop de bepalingen ten aanzien van de ledenvergadering worden uitgevoerd.⁶⁵⁵ Ook kan de Cgb zich niet uitlaten over de gehoudenheid van een lid aan contributiebetaling.⁶⁵⁶ Toch moet in reactie op het laatste worden vastgesteld dat de gehoudenheid aan contributiebetaling voor de reeds hierboven genoemde landelijke ouderenorganisatie weer juist niet als een zaak van intern verenigingsrecht wordt beschouwd.⁶⁵⁷

⁶⁴⁶ Oordeel 2004-6.

⁶⁴⁷ Oordeel 2002-70.

⁶⁴⁸ Oordeel 2001-54.

⁶⁴⁹ Zie expliciet over deze tegenstelling de Oordelen 1997-36, 2002-70, 2005-52.

⁶⁵⁰ Oordeel 2004-7.

⁶⁵¹ Oordeel 1997-33.

⁶⁵² Oordeel 2005-52.

⁶⁵³ Zie onder meer Oordelen 1998-20, 2001-150, 2002-155, 2005-52, 2006-32.

⁶⁵⁴ Oordeel 1997-33.

⁶⁵⁵ Oordeel 2004-7.

⁶⁵⁶ Oordelen 1997-33, 2005-51.

⁶⁵⁷ Oordeel 2002-70.

De Cgb heeft verder een aantal keren uitgemaakt dat de activiteiten die een vereniging uitsluitend voor de eigen leden organiseert, evenzeer buiten het bereik van de Awgb vallen.⁶⁵⁸ Eén zaak betrof de watersportvereniging die op basis van een langdurige huurovereenkomst met de gemeente Bergen op Zoom een jachthaven met clubhuis exploiteert en die leden in aanmerking brengt voor het huren van een vaste ligplaats in de haven. Deze watersportvereniging heeft in de statuten onder meer bepaald dat leden in het bezit moeten zijn van de Nederlandse nationaliteit. Daarom werd een Schot, die in Bergen op Zoom woonachtig is, het lidmaatschap geweigerd. De Cgb is van oordeel dat de in de statuten neergelegde nationaliteitseis voor het lidmaatschap en voor het kunnen deelnemen aan activiteiten die deze vereniging specifiek voor haar eigen leden organiseert, niet kan worden aangemerkt als (verboden) onderscheid bij het aanbod van een dienst als bedoeld in art. 7 Awgb.⁶⁵⁹ Het was onder meer deze zaak die aanleiding was voor de Cgb om zich af te vragen of de reikwijdte van de Awgb ten opzichte van het verenigingsrecht niet diende te worden aangescherpt.⁶⁶⁰ Zie ook paragraaf 1.2.

2.3 *Benadering door de burgerlijke rechter*

In een in 2006 te verschijnen publicatie van De Kluiver wordt kritiek uitgeoefend op deze jurisprudentie van de Cgb.⁶⁶¹ Daarop zal in de volgende paragraaf nader worden ingegaan. De Kluiver wijst erop dat in civielrechtelijke geschillen de interne verhoudingen in de vereniging niet immuun zijn voor externe toetsing. In art. 2:8, eerste lid, BW is het uitgangspunt neergelegd dat de rechtspersoon en degenen die krachtens de wet en de statuten bij zijn organisatie zijn betrokken, zich als zodanig jegens elkander moeten gedragen naar wat door redelijkheid en billijkheid wordt gevorderd. Volgens het tweede lid van art. 2:8 BW zijn wet, statuten, reglementen en besluiten van de rechtspersoon niet van toepassing, voor zover dit in de gegeven omstandigheden naar redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn.

Het BW verschaft de basis om intern verenigingsrecht te toetsen en de rechtspraak maakt er ook gebruik van. De rechters leggen hierbij geen bijzondere terughoudendheid aan de dag. Volgens De Kluiver kunnen de maatstaven voor toetsing zo worden samengevat dat in verenigingsrechtelijke zaken weliswaar een zekere mate van beleidsvrijheid geldt, maar dat in rechte ‘volop wordt getoets’ of in redelijkheid tot bepaalde besluiten of een bepaald handelen kon worden gekomen. Die toetsing

⁶⁵⁸ Oordelen 1998-20, 2002-155, 2003-81, 2005-51, 2006-32.

⁶⁵⁹ Oordeel 2002-155.

⁶⁶⁰ Het voert te ver om volledig op de merites van deze zaak in te gaan, maar bij kennisneming laten zich aanstonds een paar vragen stellen. Is hier wel sprake van een activiteit voor de eigen leden, is het niet zo dat het lidmaatschap veeleer een voorwaarde is om van een publieke voorziening, de haven en daarop aansluitend het openbaar vaarwater, gebruik te maken? Speelt het feit dat het gemeentebestuur in het verleden de beheersbevoegdheid over de haven heeft ‘geprivatiseerd’ naar een vereniging hier geen enkele rol? Is er voor betrokkene een redelijk, gelijkwaardig alternatief voorhanden om uit te wateren op de rivier en de zee? Over het interne karakter van de betreffende verenigingsactiviteit kan men twisten. Er is met andere woorden ruimte voor de stelling dat de zaak binnen de huidige reikwijdte van de Awgb naar bevrediging opgelost had kunnen worden.

⁶⁶¹ De Kluiver 2006. Omdat verwijzing naar paginanummers van deze nog te verschijnen publicatie niet zoveel zin heeft, zal in plaats daarvan naar paragraafnummers worden verwezen.

kan ook betrekking hebben op de wijze waarop vergaderingen zijn bijeengeroepen of intern verlopen.⁶⁶²

Een geval waarbij toetsing van verenigingshandelen aan het beginsel van gelijke behandeling en het discriminatieverbod van artikel 1 Grondwet en artikel 26 IVBPR plaatsvond was een arrest van het Hof Amsterdam uit 2000.⁶⁶³ Het ging hier om de vraag of de door de KNVB voor (assistent-)scheidsrechters in het betaald voetbal gehanteerde algemene leeftijdsgrens van 47 jaar, met beperkte mogelijkheid tot dispensatie, toelaatbaar is. Het Hof liet uitdrukkelijk in het midden wat de kwalificatie zou moeten zijn van de overeenkomst die door de KNVB met de scheidsrechters was afgesloten, en waarin de leeftijdsgrens was neergelegd, alsmede of het ‘Vademecum Scheidsrechterszaken Betaald Voetbal’ – dat de basis van de norm bevatte – wel bindende kracht bezat. Het Hof ging er niettemin van uit dat het hier om een door de vereniging gestelde, interne regel ging en oordeelde dat het hanteren van de leeftijdsgrens

‘in de gegeven omstandigheden disproportioneel is, nu voorsnog aannemelijk is dat de KNVB beschikt over (en ook daadwerkelijk gebruik maakt van) een uitgebreid aantal adequate meetinstrumenten ter toetsing van de geschiktheid van individuele scheidsrechters voor het leiden van wedstrijden betaald voetbal. Anders dan de president acht het hof het dus voorshands aannemelijk dat voor het jegens (appellanten gezamenlijk) gehanteerde leeftjidsonderscheid geen objectieve rechtvaardiging bestaat.’

De rechterlijke toetsing omvat – zoals De Kluiver laat zien – ook de weigering tot toelating van leden tot de vereniging. Een bekend voorbeeld, waarbij de rechter overigens wegens ontvankelijkheidskwesties niet tot inhoudelijke beoordeling kwam, is uiteraard de zaak tegen de SGP.⁶⁶⁴ Daarbij werd geklaagd dat de statutaire uitsluiting van vrouwen voor het lidmaatschap van deze politieke partij discriminatie naar geslacht oplevert. De Kluiver vermeldt daarnaast het voorbeeld van een weigering om een chiropractor toe te laten tot een beroepsvereniging. De President van de rechtbank Amsterdam overwoog dat een vereniging aan de hand van door haar te stellen eisen in statuut en huishoudelijk reglement vrij is een toelatingsbeleid te voeren. Deze eisen moeten wel redelijk zijn en kunnen niet naar willekeur worden toegepast. Dat geldt eens te meer als van het lidmaatschap uitgesloten personen door toedoen van de vereniging hun beroep niet kunnen uitoefenen of misbruik wordt gemaakt van een machtspositie.⁶⁶⁵ In een kort overzicht dat De Kluiver geeft van de civielrechtelijke jurisprudentie, komt naar voren dat het vaak om sportverenigingen gaat. De situatie is hier dus niet afwijkend van datgene waarover de Cgb heeft te oordelen. Om een indruk te geven van de gevallen waarmee de burgerlijke rechter in dit opzicht zoal te maken heeft, volgt hier een letterlijke weergave van de relevante passages uit de bijdrage van De Kluiver:

⁶⁶² De Kluiver 2006, paragraaf 3. De schrijver noemt als voorbeeld Pres.Rb. Zutphen 6 augustus 2003, NJF 2003, 5: een beperking van de mogelijkheid van leden om het woord te voeren in de algemene vergadering is in strijd met de goede vergaderorde.

⁶⁶³ Hof Amsterdam 13 januari 2000, LJN: AA4264, NJ 2000, 466.

⁶⁶⁴ Rb. Den Haag 7 september 2005, NJ 2005, 474.

⁶⁶⁵ Pres.Rb. Amsterdam 22 april 1992, KG 1992, 186. De passages zijn ontleend aan de weergave van De Kluiver 2006, paragraaf 3.

‘Het te beoordelen handelen omvat juist in die sector nagenoeg alle aspecten van het verenigingsleven inclusief de beoordeling van een vordering van een lid om weer speelgerechtigd te worden, geschillen over het spelschema (en het bepalen van speeldata) van de voetbalcompetitie, de toetsing van beslissingen van scheidsrechters, de schorsing van spelers, of het ontnemen van een bepaalde status c.q. de vordering van sporters om te worden aangemeld voor deelname aan de Olympische Spelen of deel te mogen nemen aan een kampioenschap, het (ongedaan maken van een) besluit om een team te degraderen, het opeisen van een plaats in de nacompetitie, het toetsen van een beslissing van een Commissie van Beroep.’⁶⁶⁶

2.4 *Benadering door de Cgb: kritiek*

De Kluiver meent, mede op grond van de rechtspraak, dat de Cgb een onjuiste benadering kiest bij verenigingen.⁶⁶⁷ Het belangrijkste probleem acht hij gelegen in de manier waarop de Cgb het argument van ‘intern verenigingsrecht’ gebruikt om de omvang van haar toetsing nader te bepalen. De Cgb toetst volop het ‘intern verenigingsrecht’ van de statuten en de reglementen, en beslissingen op basis daarvan, bij verenigingen die als open en zakelijk worden gekwalificeerd; het begrip is daardoor niet onderscheidend. De rechtspraak leert verder dat de activiteiten en het handelen van de vereniging noodzakelijkerwijs mede bepaald worden door haar statutaire structuur en daarvan nooit geheel los te zien zijn. Dus zelfs wanneer door de Cgb wordt betoogd dat zij geen intern verenigingsrecht toetst, doet zij dat soms wel.⁶⁶⁸ Zijns inziens is een volledige toetsing geïndiceerd wanneer een vereniging wordt gekwalificeerd als een instelling in de zin van artikel 7 Awgb, het onderscheid naar ‘intern verenigingsrecht’ is dan gekunsteld en niet houdbaar. Het criterium ‘intern verenigingsrecht’ is met andere woorden onvoldoende onderscheidend om de verenigingen met een open en zakelijk karakter te onderscheiden van die met een besloten karakter.

‘Waar het om gaat is of een vereniging wel of niet onder het bereik van de Awgb valt. Is dat het geval dan is een uitzondering voor ‘intern verenigingsrecht’ inconsistent. Is een vereniging zodanig besloten dat zij niet onder het bereik van de Awgb valt, dan komt men aan deze kwestie uiteraard helemaal niet toe.’⁶⁶⁹

(..)

Als de Cgb zich bevoegd acht om te oordelen over het handelen van verenigingen acht ik zowel rechtens aangewezen als onontkoombaar daarbij het ‘interne verenigingsrecht’ in de beschouwing te betrekken.’⁶⁷⁰

De Kluiver stelt als alternatief een tweestapstoets voor.

‘Stap 1 betreft de analyse of sprake is van een, kort gezegd, besloten vereniging of van een vereniging met een open en zakelijk karakter die publiekelijk diensten

⁶⁶⁶ De Kluiver 2006, paragraaf 3, alwaar ook verwijzingen naar de betreffende jurisprudentie plaatsvindt.

⁶⁶⁷ De Kluiver 2006, paragraaf 5.

⁶⁶⁸ Een duidelijk voorbeeld is het geval van de schuttersvereniging te Obbicht, die zich volgens de Cgb niet mag verschuilen achter de reglementen van het federatiebestuur. Het gevolg is dan dat het ‘intern verenigingsrecht’ van het federatiebestuur wordt beoordeeld! Zie Oordeel 1997-36.

⁶⁶⁹ De Kluiver 2006, paragraaf 5.3.

⁶⁷⁰ Idem, paragraaf 6.

aanbiedt. Is het eerste het geval dan verklaart de Cgb zich onbevoegd. Is het tweede het geval dan volgt stap 2.

Stap 2 houdt in dat de vraag wordt beantwoord of sprake is van (i) een aanbod van goederen en diensten dat niet direct verbonden is met statutaire bepalingen of (ii) een aanbod dat wel direct verbonden is met statutaire bepalingen. Is het eerste aan de orde (vgl. het eerder vermelde oordeel inzake de vereniging die een “Welkomcafé” exploiteerde) dan is er geen reden voor toetsing van statutaire bepalingen aan de Awgb.

Geldt het tweede (een aanbod van goederen of diensten is direct verbonden met statutaire bepalingen) dan is een volledige toetsing van de relevante statutaire bepalingen aangewezen.⁶⁷¹

Het voorstel inzake de tweestapstoets van De Kluiver kan zo worden begrepen dat, inzake de voorvraag of (het samenstel van activiteiten van) een vereniging een besloten karakter heeft, in wezen wordt beoordeeld of de Awgb gezien haar doel en karakter op de betreffende vereniging(sactiviteiten) van toepassing is. Indien niet aanstonds een negatieve beantwoording op zijn plaats is, kan vervolgens een toets plaatsvinden volgens de methode die hierboven is beschreven. De winst van het voorstel van De Kluiver is dat expliciet wordt gemaakt dat het open of besloten karakter van een vereniging via een afweging moet worden vastgesteld. Een eerste stap is vast te stellen of zij gezien de aard van de activiteiten een op het eerste gezicht zakelijk en open, of een besloten karakter heeft. Bij een prima facie niet-besloten vereniging is het vervolgens de vraag of er een handelen aan de orde is dat relatie heeft met de statuten of niet. Alleen in het geval er een relatie is met de statuten vindt dan toetsing door de Cgb aan de statuten plaats.

2.5 *De vrijheid van vereniging in de Grondwet*

2.5.1 *Inleiding*

Artikel 7, eerste lid, Awgb gaat uit van ‘instellingen’ die goederen en diensten aanbieden. In de jurisprudentie van de Cgb met betrekking tot verenigingen staat centraal, zoals we al hebben gezien, de afstemming van de gelijkheidsnorm tot de (collectieve) vrijheid tot functioneren van de vereniging. Is er een collectieve vrijheid, die als een eigen grondrecht van de vereniging/rechtspersoon kan worden beschouwd? Dit is een principiële vraag. Art. 19, derde lid, van het Duitse Grundgesetz luidt: ‘Die Grundrechte gelten auch für inländische juristische Personen, soweit die ihrem Wesen nach auf diese anwendbar sind’. Zo’n bepaling ontbreekt in onze Grondwet. De vraag is of er in het Nederlandse recht grondrechten voor rechtspersonen, in het bijzonder verenigingen gelden en tot hoever hun bescherming in dat geval zou kunnen strekken. We weten inmiddels dat de Nederlandse rechter in aanleg een vrije interne ruimte, de beleidsvrijheid van de rechtspersoon respecteert. Deze kan aan redelijkheid en billijkheid als bedoeld in art. 2:8 BW worden getoetst. Het is interessant na te gaan hoe dit constitutioneel kan worden gegrond. In het onderstaande wordt daarop ingegaan door de bespreking van de nationale en internationale grond- en mensenrechten op dit punt.

⁶⁷¹ Idem, paragraaf 7.

2.5.2 *De Grondwet*

In artikel 8 Grondwet is de vrijheid van vereniging vastgelegd:

‘Het recht tot vereniging wordt erkend. Bij de wet kan dit recht worden beperkt in het belang van de openbare orde.’

De kern van de verenigingsvrijheid is door Löwensteyn omschreven als ‘de vrijheid tot het stichten van een organisatie gericht op het duurzaam samengaan van personen’.⁶⁷² Deze vrijheid komt in de eerste plaats aan individuen toe. Het grondwettelijke begrip vereniging is ruim, ruimer bijvoorbeeld dan het gelijkkluidende begrip van art. 2:26 BW. Het betreft een breed scala van organisatietypen, dat zowel rechtspersonen in algemene zin (stichting, vereniging, NV of BV) als geen rechtspersoonlijkheid bezittende samenwerkingsverbanden omvat. Een organisatie die louter is opgericht om geld of goederen samen te brengen moet krachtens de gegeven definitie worden geacht *niet* onder de verenigingsvrijheid te vallen. Bij verenigingen, die met name een beroep doen op de grondwetsbepaling denke men aan politieke partijen, vakverenigingen, sportclubs, gezelligheidsverenigingen en wat al niet.⁶⁷³

Vanwege het duurzame karakter van samengaan onderscheidt de verenigingsvrijheid zich van het recht op vergadering en betoging en is het in een aparte grondwetsbepaling met een onderscheiden beperkingsclausule neergelegd. De verenigingsvrijheid kan slechts bij wet in formele zin worden beperkt, en dan nog alleen in het belang van de openbare orde. Het recht tot vergadering en betoging is neergelegd in artikel 9 Grondwet. Dit laatste wordt erkend, behoudens ieders verantwoordelijkheid volgens de wet. Verder kunnen zonodig bij gedelegeerde regelgeving beperkingen worden gesteld ter bescherming van de gezondheid, in het belang van het verkeer en ter bestrijding of voorkoming van wanordelijkheden.⁶⁷⁴ In art. 11 EVRM en 15 VRK is de vrijheid van vereniging tezamen met de vrijheid van vergadering in één bepaling vastgelegd.

De mogelijkheid tot het stellen van beperkingen aan de verenigingsvrijheid is, zo lijkt het, nauwkeurig omljnd. Toch is vooral van belang hoe men daarbij de grond van ‘openbare orde’ waardeert. Doorgaans kent men aan ‘openbare orde’ een dermate ruime betekenis toe, dat er weinig houvast aan kan worden ontleend. Volgens Löwensteyn moet ‘openbare orde’ hier worden opgevat in de zin van een uiterste limiet, de uiteindelijke begrenzing die elke vrijheid in zich draagt. ‘Aldus laat men de inhoud van het recht van vereniging niet bepalen door het begrip ‘openbare orde’, maar het begrip ‘openbare orde’ door (zin en strekking van) het recht van vereniging’.⁶⁷⁵

De benadering van de beperkingsgrond van openbare orde als ‘uiterste limiet’ lijkt gemeengoed. Deze beperkingsgrond wordt vooral opgevat als een grond om bestaande rechtspersonen te verbieden of te ontbinden. In de literatuur⁶⁷⁶ wordt voor de betekenis van openbare orde verwezen naar de opvatting die de regering hierover formuleerde bij de wijziging van het Burgerlijk Wetboek met betrekking tot bepa-

⁶⁷² Löwensteyn 1982, p. 196.

⁶⁷³ Akkermans/Bax/Verhey 2005, p. 76.

⁶⁷⁴ A.w., p. 77.

⁶⁷⁵ Löwensteyn 1982, p. 197.

⁶⁷⁶ Akkermans/Bax/Verhey 2005, p. 79 e.v. Zie ook Van der Meulen 2000, p. 139 e.v.

lingen inzake de verboden rechtspersoon (art. 2:20 e.v. BW). De regering acht ‘openbare orde’ als grond tot het verbieden van rechtspersonen beperkter dan strijd met de wet en beperkter dan aantasting van andermans rechten.

‘Slechts handelingen die inbreuk maken op de algemeen aanvaarde grondvesten van ons rechtsstelsel, kunnen het verbod van een vereniging of andere rechtspersoon rechtvaardigen: ongerechtvaardigde aantasting van de vrijheid van anderen of van de menselijke waardigheid.’⁶⁷⁷

Meer in het bijzonder worden door de regering voor de nadere omlijning van ‘openbare orde’ als verbodsgrond de volgende situaties onderscheiden: gebruik van geweld of bedreiging daarmee (tegen het openbaar gezag of tegen andere personen); rassendiscriminatie en andere verboden discriminatie; het heulen met een mogendheid waarvan valt te verwachten dat zij een geboden kans om ons volk te onderdrukken zou grijpen; het weerstreven van onherroepelijke rechterlijke uitspraken; onrechtmatige benadeling van anderen als middel om het bestaan van de rechtspersoon te rekken; bepaalde uitlatingen, zoals het aanzetten tot haat en uitingen die verboden discriminatie inhouden of mensonterend streven (bijvoorbeeld het pleidooi om het doden van bepaalde bevolkingsgroepen straffeloos te maken) of het stelselmatig niet afdragen van premies en frauderen.⁶⁷⁸

Artikel 2:20, eerste lid, BW bepaalt dat een rechtspersoon waarvan de werkzaamheid in strijd is met de openbare orde, door de rechtbank op verzoek van het openbaar ministerie verboden wordt verklaard en ontbonden. Het tweede lid bepaalt dat een rechtspersoon waarvan het doel in strijd is met de openbare orde, door de rechtbank op verzoek van het openbaar ministerie wordt ontbonden. Alvorens de ontbinding uit te spreken kan de rechtbank de rechtspersoon in de gelegenheid stellen binnen een door haar te bepalen termijn zijn doel zodanig te wijzigen dat het niet meer in strijd is met de openbare orde.

In de parlementaire stukken ter voorbereiding van de grondwettelijke bepaling, alsmede in de commentaren daarop wordt vrijwel louter aandacht aan het aspect dat de oprichting van een vereniging in beginsel vrij is en dat beperkingen op die vrijheid uitsluitend in de sfeer van het repressieve toezicht, de verbodenverklaring en/of de ontbinding worden gezien. Men zou hieruit kunnen afleiden dat de vrijheid die de vereniging tussen de oprichting en de eventuele ontbinding bezit, een vanzelfsprekend goed vormt. Uiteraard heeft de vrijheid tot oprichting weinig zin als die niet zou leiden tot een in vrijheid, naar eigen inzicht van de leden en de bestuurders te bepalen *functioneren* van de vereniging. Anders dan de Duitse grondwetgever in art. 19 Grundgesetz heeft de Nederlandse zich er niet principieel over uitgelaten dat de vereniging eigen rechten bezit. Dat wil nog niet zeggen dat ze die niet heeft. Van der Meulen meent dat wettelijke voorschriften die bepaalde vormen van samenwerking normeren, *maar niet als zodanig de samenwerking van bepaalde personen of met bepaalde doelen aan banden leggen*, (onze cursivering) niet per se als inbreuken op art. 8 Grondwet gezien hoeven te worden. Zij vallen buiten de beperkingssystematiek. ‘Te denken valt aan regels met betrekking tot organisatie, structuur e.d. waaraan organisaties dienen te voldoen om aanspraak te maken op bepaalde rechtsgevolgen.

⁶⁷⁷ Kamerstukken II 1984/85, 17 476, nr. 5, p. 2-3.

⁶⁷⁸ A.w., p. 3. De opsomming is rechtstreeks ontleend aan Akkermans/Bax/Verhey 2005, p. 80.

Zo vormen de bepalingen van Boek 2 BW betreffende rechtspersonen, behoudens art. 2:20, niet een inbreuk op het verenigingsrecht'.⁶⁷⁹ Als het gaat om de organisatorische regels van de onderwijswet ten aanzien van de inrichting van rechtspersonen die scholen voor bijzonder onderwijs in stand houden, kan een inbreuk op de vrijheid van vereniging vaak wel worden aangenomen, al 'lost' de vraag naar de gerechtigdheid ervan zich vaak 'op' in toetsing aan de specifieke vrijheid van (in)richting van artikel 23, vijfde lid, Grondwet.⁶⁸⁰ De vrijheid van richting is de vrijheid van het bijzonder onderwijs om zich te verenigen in een rechtspersoon zonder winst oogmerk⁶⁸¹ rond het doel een eigen godsdienstige of levensbeschouwelijke visie op mens en samenleving in het onderwijs tot uitdrukking te brengen.⁶⁸² De vrijheid van inrichting hangt daar deels mee samen. Zij is de vrijheid om de inhoud en de organisatie van het onderwijs, van de school en van de rechtspersoon waarvan de school uitgaat, te bepalen.⁶⁸³ Als er wettelijke regels zijn die een inbreuk vormen op de vrijheid van richting mag tevens een inbreuk op de verenigingsvrijheid worden aangenomen, omdat dan – in de zojuist weergegeven terminologie van Van der Meulen – ook de aard of het doel van de samenwerking in het geding zal zijn.⁶⁸⁴ De verenigingsvrijheid is in aanleg bestemd voor de verticale verhouding tussen overheid en burger. Het overzicht van de jurisprudentie van de burgerlijke rechter laat zien dat die vrijheid in aanleg ook bestaat in horizontale verhoudingen, nu in dat geval uitgangspunt is het respect voor de beleidsvrijheid van de organen in de vereniging. Wel wordt er door de rechter ruimte genomen om die vrijheid van de vereniging af te wegen ten opzichte van andere vrijheden en fundamentele belangen. Naar blijkt wordt er in voorkomende gevallen via de band van redelijkheid en billijkheid –

⁶⁷⁹ Van der Meulen 2000, p. 140.

⁶⁸⁰ Met het Liberaal Manifest, het beginselprogramma van mei 2005 van de VVD, lijkt bijvoorbeeld de poort naar ontoelaatbare inbreuken wijd te worden opengezet. Daarin wordt op pagina's 66 en 67 een zodanige herformulering van artikel 23 van de Grondwet bepleit dat het 'bestaande christelijke, algemeen bijzonder en overig bijzonder onderwijs (...) in beginsel gehandhaafd' kan blijven, 'terwijl aan levensbeschouwingen die strijdig zijn met letter en geest van de (Grond-)wet de vrijheid van richting en inrichting van onderwijs niet wordt gegund'. Zie <http://vvd.infonet.nl>.

⁶⁸¹ Daarbij is slechts de vorm van een vereniging of stichting toegestaan. Zie art. 55 Wet op het primair onderwijs. Zie verder art. 55 Wet op de expertisecentra, art. 49 Wet op het voortgezet onderwijs, 9.1.1 Wet educatie en beroepsonderwijs en 9.51 resp. 10.8 Wet op het hoger onderwijs en wetenschappelijk onderzoek.

⁶⁸² Vgl. B.P. Vermeulen, *Constitutioneel onderwijsrecht*, Den Haag 1999, p. 39.

⁶⁸³ B.P. Vermeulen, t.a.p.

⁶⁸⁴ Zo merkt de Onderwijsraad in zijn studie: *Vaste grond onder de voeten. Een verkenning inzake artikel 23 Grondwet*, advies nr. 20020284/674, Den Haag, juli 2002, p. 71, het volgende op: 'De onderwijswetgever heeft met het oog op de vrijheid van onderwijs de vaststelling van de bevoegdheidsverdeling binnen het schoolbestuur altijd gezien als een materie die niet tot zijn competentie behoort, en dus overgelaten dient te worden aan de regeling in de statuten. In vele gevallen is in de statutaire regeling voorzien in een stevige inbreng van ouders. In andere gevallen heeft dat mogelijk een bestuursstructuur opgeleverd die niet altijd voldoet aan de democratische idealen van deze tijd, maar dat neemt niet weg dat ook deze tot op heden gezien worden als aanvaardbare organisatorische invullingen van de onderwijsvrijheid. Om zonder zwaarwegende redenen, ontleend aan fundamenteel gewijzigde omstandigheden, over te gaan tot het dwingend opleggen van een ingrijpende aanpassing van zulke organisatorische invullingen acht de raad dan ook niet alleen onverenigbaar met de vrijheid van onderwijs, maar ook met de in artikel 8 Grondwet – de vrijheid van vereniging – neergelegde organisatievrijheid (...)'.

het willekeurverbod in het rechtspersonenrecht – een rechterlijke afweging verricht tussen het recht op gelijkheid van het individu en de vrijheid van vereniging van het collectief. Het respect voor de beleidsvrijheid van de organen in de vereniging en de toetsing via de band van redelijkheid en billijkheid maken dat er sprake is van een afstandelijke rechterlijke toetsing van de (uitoefening van de) verenigingsvrijheid in horizontale verhoudingen.

2.6 De vrijheid van vereniging in het EVRM

Artikel 11 EVRM luidt:

- ‘1. Een ieder heeft recht op vrijheid van vreedzame vergadering en op vrijheid van vereniging, met inbegrip van het recht met anderen vakverenigingen op te richten en zich bij vakverenigingen aan te sluiten voor de bescherming van zijn belangen.
2. De uitoefening van deze rechten mag aan geen andere beperkingen worden onderworpen dan die, die bij de wet zijn voorzien en die in een democratische samenleving noodzakelijk zijn in het belang van de nationale veiligheid, de openbare veiligheid, het voorkomen van wanordelijkheden en strafbare feiten, voor de bescherming van de gezondheid of de goede zeden of de bescherming van de rechten en vrijheden van anderen. Dit artikel verbiedt niet dat rechtmatige beperkingen worden gesteld aan de uitoefening van deze rechten door leden van de krijgsmacht, van de politie of van het ambtelijk apparaat van de staat.’

Wat betreft de verenigingsvrijheid is art. 22 IVBPR vrijwel gelijklopend. Ook art. 15 VRK is duidelijk verwant. Het verdient tenslotte nog vermelding dat in art. 8 IVESCR en art. 5 ESH de vakbondsvrijheid wordt beschermd. Vanwege de bindende uitleg die het Europese Hof voor de Rechten van de mens (EHRM) erover geeft en de invloed die daarvan uitgaat naar de interpretatie van de bepalingen van andere verdragen, beperken we ons tot artikel 11 EVRM.

Art. 11 erkent het recht een organisatorisch samenwerkingsverband met anderen aan te gaan. Van Dijk en Van Hoof definiëren aan de hand van de rechtspraak van Commissie en Hof een vereniging als: ‘iedere vrijwillige aaneensluiting door meerdere natuurlijke en/of rechtspersonen voor langere tijd, met een zekere institutionele structuur en voor gemeenschappelijke doeleinden’.⁶⁸⁵ Het is duidelijk dat hier ook andere (rechts)vormen dan de strikte vereniging onder vallen. Volgens sommigen volstaat een informele, doch stabiele en doelgerichte groep van personen, terwijl volgens anderen een organisatiestructuur is vereist.⁶⁸⁶ In ieder geval moet er meer dan één persoon bij betrokken zijn. Een organisatie die louter goederen, maar geen personen samenbrengt valt niet onder de bescherming van art. 11.⁶⁸⁷

Het verdragsartikel is geformuleerd als een individueel recht. Het bevat het recht *wel* (positieve vrijheid) of *niet* (negatieve vrijheid) zich met anderen in een verband aan te sluiten, zoals politieke partijen, vakverenigingen, vrijmetselaarsloges of jachtclubs.⁶⁸⁸ Uit de bewoordingen is niet af te leiden of en in hoeverre organisaties of

⁶⁸⁵ Geciteerd bij Eva Brems en Yves Haeck, Artikel 11. Vrijheid van vreedzame vergadering en vrijheid van vereniging, in: Van De Lanotte/Haeck (2,2) 2004, p. 17.

⁶⁸⁶ Idem.

⁶⁸⁷ A.w., p. 18/19.

⁶⁸⁸ Jacobs & White 2002, p. 291/292.

rechtspersonen er zelfstandige rechten aan kunnen ontleen. Een uitzondering gold reeds lang voor vakorganisaties die in een reeks van ILO-verdragen eigen rechten zijn toegekend, maar aanvankelijk was die benadering in de jurisprudentie van de EHRM niet voor rechtspersonen als zodanig weggelegd.⁶⁸⁹ Per 1 november 1998 werd evenwel het bij Protocol 11⁶⁹⁰ gewijzigde artikel 34 van het EVRM van kracht dat een individueel recht bevat tot het indienen van een verzoekschrift bij het EHRM. Dit recht geldt voor 'natuurlijke personen, iedere niet-gouvernementele organisatie of iedere groep personen die beweert slachtoffer te zijn van een schending door een van de Hoge Verdragsluitende Partijen van de rechten die in het Verdrag of de Protocolen daarbij zijn vervat.' In de literatuur wordt geconstateerd dat krachtens dit artikel sindsdien verzoekschriften van allerlei instanties en rechtspersonen ontvankelijk zijn verklaard: bedrijven, vakorganisaties, kerken, politieke partijen, enzovoorts. Daarbij wordt aangetekend dat een rechtspersoon enige maar niet alle individuele rechten die het verdrag garandeert geniet: wel het recht op een eerlijk proces ingevolge art. 6 EVRM, het recht op bescherming van correspondentie ingevolge art. 8 EVRM en het recht op eigendom ingevolge artikel 1 van het Eerste Protocol bij het EVRM, maar bijvoorbeeld niet het recht op onderwijs.⁶⁹¹

Publiekrechtelijke organisaties zijn geen vereniging in de zin van art. 11 EVRM. De vraag of een organisatie al of niet publiekrechtelijk is wordt niet aan de nationale overheid overgelaten, het Hof doet dat zelf. Factoren die bij het bepalen van het publiekrechtelijke karakter in aanmerking worden genomen zijn: het feit dat een organisatie gecreëerd wordt door de wet en dat er overheidstoezicht op wordt uitgeoefend, het feit dat de organisatie administratieve, regelgevende of tuchtrechtelijke bevoegdheden heeft, en het feit dat ze de bestuurlijke procedures van een overheidsorgaan gebruikt.⁶⁹² Door de staat opgerichte beroepsorganisaties of andere organisaties, die worden beheerst door het publiekrecht vallen in aanleg buiten de bescherming van artikel 11. Het eerst kwam dit aan de orde bij de Belgische *Ordre des Médecins*, welke was opgericht door de staat ten behoeve van de medische beroepsgroep.⁶⁹³ Daarentegen werd een vertegenwoordigend lichaam van taxichauffeurs in IJsland, waarvan het handelen tot op zekere hoogte door overheidsregels werd 'gestuurd', door het Hof aangemerkt als een vereniging binnen de termen van artikel 11. Beslissend was hier dat het was opgericht naar privaatrecht en dat het de volledige autonomie had bij de bepaling van zijn eigen organisatie, middelen en doeleinden, welke mede omvatten de bescherming van de beroepsbelangen van zijn leden.⁶⁹⁴ Kamers van Koophandel zijn geen verenigingen, ook een socialezekerheidsinstelling of een ondernemingsraad is geen vereniging.⁶⁹⁵

⁶⁸⁹ Leon E. Irish and Karla W. Simon, Freedom of association. Recent developments regarding the "neglected right", *International Journal of Not for Profit Law*, Volume 3, Issue 2 – December 2000. Ontleend aan: www.icln.org/JOURNAL/.

⁶⁹⁰ Protocol nr. 11 bij het Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden betreffende herstructurering van het bij dat Verdrag ingestelde controlemechanisme, met Bijlage; Straatsburg, 11 mei 1994, Trb. 1994, 141.

⁶⁹¹ Jacobs & White 2002, p. 405.

⁶⁹² Eva Brems en Yves Haeck, a.w., p. 19

⁶⁹³ EHRM 23 juni 1981, Series A, No. 43 (*Le Compte, Van Leuven, en de De Meyere tegen België*).

⁶⁹⁴ EHRM 30 juni 1993, Series A no. 264-A (*Sigurdur A Sigurjónsson tegen IJsland*).

⁶⁹⁵ Eva Brems en Yves Haeck, a.w., p. 20.

In de zaak van de Verenigde Communistische Partij van Turkije en anderen tegen Turkije werd voor het eerst duidelijk dat politieke partijen onder de bescherming van artikel 11 vallen, zelfs al zijn ze naar nationaal recht verboden.⁶⁹⁶ Het Hof meende dat Turkije de communistische partij niet kon ontbinden op de enkele grond dat zij ondermijnend was voor de constitutionele orde van de staat. Er was ook niet gebleken dat de partij was betrokken bij illegale activiteiten. Het arrest is voor ons doel van groot belang, omdat hier in een algemene overweging de principiële reikwijdte van de vrijheid van vereniging van artikel 11 wordt belicht:

‘(T)he Convention is intended to guarantee rights that are not theoretical or illusory, but practical and effective (...). The right guaranteed by Article 11 would be largely theoretical and illusory if it were limited to the founding of an association, since the national authorities could immediately disband the association without having to comply with the Convention. It follows that the protection afforded by Article 11 lasts for an association’s entire life and that dissolution of an association by a country’s authorities must accordingly satisfy the requirements of paragraph 2 of that provision.’

Kan een systeem van preventieve toetsing het recht om verenigingen op te richten inperken? In de zaak Sidiropoulos en anderen tegen Griekenland werd Griekenland voorgehouden dat zij de wettelijke registratie (erkenning) van een culturele vereniging, niet zijnde een politieke partij, welke de naam droeg ‘het Huis van de Macedonische cultuur’, niet kon weigeren. Daarbij geeft het Hof interessante overwegingen ten beste over wat als de inhoudelijke kern moet worden gezien van de (algemene) verenigingsvrijheid.

‘The right to form an association is an inherent part of the right set forth in Article 11, even if that Article only makes express reference to the right to form trade unions. That citizens should be able to form a legal entity in order to act collectively in a field of mutual interest is one of the most important aspects of the right to freedom of association, without which that right would be deprived of any meaning (...). Certainly, States have a right to satisfy themselves that an association’s aims and activities are in conformity with the rules laid down in legislation, but they must do so in a manner compatible with their obligations under the Convention and subject to review of by the Convention institutions.’⁶⁹⁷

De vrijheid van vereniging staat niet op zichzelf. Zij kan mede als een uitdrukking van de vrijheid van expressie en meningsuiting worden beschouwd. In de zaak met betrekking tot de islamitische Refah Partisi (Welzijnspartij) en anderen tegen Turkije⁶⁹⁸ werd opgekomen tegen het arrest van het Turkse constitutionele hof van 16 januari 1998, waarbij de Welzijnspartij werd ontbonden omdat zij een centrum zou

⁶⁹⁶ EHRM 30 Januari 1998, appl. nr. 133/1996/752/951.

⁶⁹⁷ EHRM 10 Juli 1998, appl. nr. 57/1997/841/1047. In EHRM 20 december 2001 (Gorzelik e.a. tegen Polen) werd de weigering van registratie van een vereniging, genaamd *Unie van mensen van Silezische nationaliteit* evenwel aanvaard door het Hof. De erkenning van een dergelijke vereniging zou indirect kunnen leiden tot de erkenning van deze groep als nationale minderheid, vooral omdat de Poolse Kieswet aan organisaties van nationale minderheden bepaalde voorrechten toekent. Het Hof stelde vast dat de verzoekers gemakkelijk hadden kunnen tegemoetkomen aan dit voor de Poolse overheid gevoelige punt. Zie ook Eva Brems en Yves Haecq, a.w., p. 22/23.

⁶⁹⁸ EHRM 31 Juli 2001, appl. nrs. 41340/98, 41343/98 en 41344/98.

zijn geworden ‘of activities contrary to the principle of secularism’. Het Hof oordeelde dat het binnen de nauwe ‘margin of appreciation’ waarover de lidstaten terzake beschikken, een staat is toegestaan dat zij maatregelen neemt om de invoering van een politiek programma dat onverenigbaar is met de bepalingen en de geest van het verdrag te verhinderen ‘before it was given effect through specific acts that might jeopardize civil peace and the country’s democratic regime’. Een overweging uit hetzelfde arrest die niet louter beperkt blijft tot politieke partijen maar de vrijheid van rechtspersonen als zodanig lijkt aan te gaan, is de volgende:

‘The Court further reiterates that, notwithstanding its autonomous role and particular sphere of application, Article 11 must also be considered in the light of Article 10. The protection of opinions and the freedom to express them is one of the objectives of the freedoms of assembly and association as enshrined in Article 11. That applies all the more in relation to political parties in view of their essential role in ensuring pluralism and the proper functioning of democracy’.

De werking van art. 11 EVRM in horizontale verhoudingen komt in de jurisprudentie van het EHRM vooral aan de orde bij de negatieve verenigingsvrijheid, in het bijzonder met betrekking tot het ‘closed shop’ systeem dat door vakverenigingen in sommige landen wordt gehanteerd. In de zaak *Young, James en Webster* tegen het Verenigd Koninkrijk klaagden de eisers dat zij hun baan verloren hadden, omdat zij hadden geweigerd als lid toe te treden tot een van de vakverenigingen binnen het tussen de sociale partners gesloten ‘closed shop akkoord’ en dat dit in strijd was met art. 11. Dit akkoord was overigens gesloten nadat de eisers reeds hun werk bij British Rail hadden aangevangen. De centrale vraag luidt hier of de overheid via een op haar rustende positieve verplichting ingevolge het verdragsartikel mechanismen in het leven moet roepen om te verhinderen dat individuen zich tegen hun zin bij een bepaalde vakvereniging moeten aansluiten, om ingrijpende sociale en economische nadelen te ontlopen. In de betreffende zaak ging het Hof niet in op de vraag of artikel 11 het recht omvat om van externe dwang om toe te treden tot een vereniging verstoken te blijven. Ook in latere jurisprudentie wordt een algemeen antwoord hierop vermeden.⁶⁹⁹ Het Hof oordeelde niettemin dat

‘a threat of dismissal involving loss of livelihood is a most serious form of compulsion and, in the present instance, it was directed against persons engaged by British Rail before the introduction of any obligations to join a particular trade union. In the Court’s opinion, such a form of compulsion, in the circumstances of the case, strikes at the very substance of the freedom guaranteed by Article 11. For this reason alone, there has been an interference with that freedom as regards each of the three applicants.’⁷⁰⁰

Inherent aan de beperkingssystematiek van art.11 EVRM is dat er steeds per concreet geval een afweging plaatsvindt tussen het belang van de verenigingsvrijheid – waarbinnen de hierboven door het Hof geïdentificeerde beginselen een bepalende rol vervullen – en het belang van een inbreuk daarop. Vereist voor een rechtmatige in-

⁶⁹⁹ Jacobs & White 2002, p. 296.

⁷⁰⁰ EHRM 31 augustus 1981, Series A, no 44, appl. nrs. 7601/76; 7806/77 (*Young, James en Webster* tegen VK).

breuk is dat zij is voorgeschreven bij wet, geschiedt met een doel dat kan worden gerekend tot een of meer van de in het tweede lid van art. 11 EVRM opgesomde belangen, en noodzakelijk is in een democratische samenleving. Het noodzakelijkheidsvereiste culmineert in een toetsing aan de hand van de vraag of de betreffende maatregel waarmee inbreuk plaatsvindt, proportioneel is aan het doel ervan.⁷⁰¹

2.7 Gelijkeid versus vrijheid van vereniging

De betekenis van de verenigingsvrijheid wordt in horizontale verhoudingen in belangrijke mate bepaald door de confrontatie of afstemming met de gelijkheidsnorm. Nu we in § 2.1.1 nader zijn ingegaan op het nationale wettelijke kader terzake besteden we hier kort aandacht aan de eisen vanuit het Europese en het internationale recht.

Bij de bespreking in § 2.1.1 van de Ras- en Kaderrichtlijn kwam de norm van art. 2, j° 3, eerste lid, onder d, aan de orde die ten grondslag ligt aan artikel 6a Awgb. Daarbij is er op gewezen dat zowel in de ogen van de Europese regelgever als onze regering een en ander geen afbreuk doet aan de algemene vrijheid van vereniging. Inderdaad kan niet in algemene zin worden vastgesteld dat de anti-discriminatie-normen van de betreffende richtlijnen de vrijheid van vereniging (verder) beperken. Dat wil niet zeggen dat met name de Rasrichtlijn voor het overige irrelevant zou zijn voor de verenigingsvrijheid. Art. 3 van de Rasrichtlijn bepaalt, voor zover van belang, het volgende:

‘Binnen de grenzen van de aan de Gemeenschap verleende bevoegdheden, is deze richtlijn zowel in de overheidssector als in de particuliere sector, met inbegrip van overheidsinstanties, op alle personen van toepassing met betrekking tot:

(..)

- e) sociale bescherming met inbegrip van sociale zekerheid en gezondheidszorg;
- f) sociale voordelen;
- g) onderwijs;
- h) de toegang tot en het aanbod van goederen en diensten die publiekelijk beschikbaar zijn, met inbegrip van huisvesting.’

Deze richtlijnbeveling mag geacht worden te zijn vervat in art. 7a Awgb, wat betreft onderdelen e en f, in art. 5 en 7 Awgb, wat betreft onderdeel g, en in art. 7 Awgb, wat betreft onderdeel h. Dit betekent dat de bepalingen van de Awgb ook van toepassing zijn op privaatrechtelijke rechtspersonen of andere samenwerkingsverbanden. Daarbij is het hen binnen de genoemde sectoren en met betrekking tot de aangegeven activiteiten verboden direct of indirect onderscheid te maken op grond van ras of etnische afstamming. Het geciteerde gedeelte van art. 3 Rasrichtlijn ontbreekt overigens in de Kaderrichtlijn.

Uitgebreidere aandacht verdient het VN-Vrouwenverdrag. Art. 7 van dit Verdrag bepaalt, voor zover relevant:

‘Participatie in het politieke en openbare leven

De Staten die partij zijn bij dit Verdrag, nemen alle passende maatregelen om discriminatie van vrouwen in het politieke en openbare leven van het land uit

⁷⁰¹ Zie over deze systematiek Van De Lanotte/Haeck (1) 2004, p. 85-174.

te bannen, en verzekeren vrouwen in het bijzonder het recht om op gelijke voet met mannen:

- a. hun stem uit te brengen bij alle verkiezingen en volksstemmingen, en verkiezbaar te zijn in alle openbare lichamen;
- b. (..)
- c. deel te nemen aan niet-overheidsorganisaties en verenigingen op het gebied van het openbare en politieke leven van het land.'

In de toelichting bij de goedkeuringswet heeft de regering aangegeven dat art. 7, sub c, mede omvat politieke partijen, andere openbare instellingen op politiek terrein, organisaties op sociaal-economisch terrein zoals vakverenigingen, beroepsorganisaties, ondernemersorganisaties en consumentenorganisaties, maar ook organisaties of verenigingen op cultureel gebied.⁷⁰²

In art. 2, aanhef j^o sub e, van het Vrouwenverdrag wordt bepaald dat de staten, die partij zijn bij het verdrag, zich verbinden om alle passende maatregelen te nemen tot uitbanning van discriminatie van vrouwen door personen, organisaties of ondernemingen. Het verdrag verplicht daarmee het discriminatieverbod waar mogelijk horizontale werking te verlenen.⁷⁰³ Tijdens de parlementaire behandeling van de goedkeuringswet voor dit verdrag is over horizontale werking een discussie ontstaan. Daarbij ging het om de vraag of en in hoeverre het gelijkheidsbeginsel in botsing zou kunnen komen met grondrechten als de vrijheid van godsdienst en onderwijs, de vrijheid van vereniging en vergadering en de eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer.⁷⁰⁴ Op de stelling van de kleine confessionele partijen dat particuliere organisaties, politieke partijen inbegrepen, zelf verantwoordelijk zijn voor hun interne beleid en dat wie het daarmee niet eens is voor een andere organisatie, een andere partij kan kiezen, antwoordde staatssecretaris Ter Veld dat deze redenering iets te gemakkelijk was. Het argument dat toch niemand gedwongen wordt lid te zijn van een politieke partij vond zij te veel afdoen 'aan het feit dat het uitsluiten van een categorie personen van het lidmaatschap van of een functie binnen een partij op grond van het geslacht toch als een niet te rechtvaardigen onderscheid zou moeten worden aangemerkt'. Dat er geen sprake zou zijn van een publiek belang bestreed zij: 'omdat politieke partijen bij uitstek hun grond vinden in de beïnvloeding van het maatschappelijk gebeuren in het politiek en democratisch stelsel'.⁷⁰⁵ De uitkomst van de discussie is geweest dat men bij de behandeling van de goedkeuringswet heeft aanvaard dat de overheid moet verzekeren dat individuele vrouwen toegang hebben tot (onder meer) de politieke partij van hun keuze, maar dat de overheid beleidsvrijheid heeft bij het vormgeven van deze verdragsverplichting.⁷⁰⁶

⁷⁰² Kamerstukken II (.), 18 950, nr. 3, p. 17.

⁷⁰³ Vgl. J.C. Hes en C.E. van Vleuten, m.m.v. C. Flinterman, E. Franssen, E. Lijnzaad, W. Meertens, W.C. Monster, J. van Stigt en L. Willems, *Het Vrouwenverdrag in de Nederlandse rechtsorde*, Vuga/SZW, Den Haag, augustus 1996, p. 86.

⁷⁰⁴ Idem.

⁷⁰⁵ A.w., p. 87/88.

⁷⁰⁶ L.S. Groenman, C.E. van Vleuten, R. Holtmaat, T.E. van Dijk, J.H.J. de Wildt, m.m.v. L.Th.M. Willems en A.M. Mulder, *Het Vrouwenverdrag in Nederland anno 1997, verslag van de commissie voor de eerste nationale rapportage over de implementatie in Nederland van het Internationaal Verdrag tegen Discriminatie van Vrouwen*, z.p., februari 1997, p. 58.

De meest in het oog springende casus, en dat al gedurende geruime tijd, is zonder twijfel het selectiebeleid van de SGP, waarbij vrouwen zijn uitgesloten van het partijlidmaatschap.⁷⁰⁷ Bij de totstandkoming van de Awgb kwam deze kwestie al aan de orde. Tijdens de plenaire behandeling in de Tweede Kamer werd vanuit het parlement gesteld dat de overheid ervoor dient te zorgen dat elke vrouw onbelemmerd toegang kan krijgen tot de politieke partij van haar keuze. De regering ging daar evenwel niet op in, erop wijzend dat het probleem op dat moment niet actueel was en dat zij zich niet geroepen achtte dit toegangsrecht conform art. 7, aanhef, onder c, Vrouwenverdrag in de Awgb op te nemen. Dit standpunt is de directe grond waarop de Cgb zich onbevoegd moest verklaren toen een vrouwelijk buitengewoon lid van de SGP zich later tot haar wendde met de stelling dat de SGP in strijd handelt met de Awgb.⁷⁰⁸ De regering meende tijdens de parlementaire behandeling van de Awgb dat de rechter zich diende uit te spreken als er zich een geval van formele uitsluiting zou voordoen.⁷⁰⁹

Uiteindelijk heeft de rechter zich uitgesproken. In een procedure die het proefprocesfonds Clara Wichmann e.a. tegen de Staat hadden aangespannen, werd door hen gesteld dat de Staat in strijd met het Vrouwenverdrag en andere internationale verdragen handelt omdat hij niets heeft ondernomen tegen de SGP die vrouwen (sinds de statutenwijziging in 1997) uitsluit van het gewoon partijlidmaatschap. Het gevolg hiervan is dat (SGP-) vrouwen niet gekozen kunnen worden in gemeenteraden, provinciale staten en de Staten-Generaal en deze vrouwen zo uitgesloten worden van het passieve kiesrecht. Gevorderd werd dat voor recht wordt verklaard dat de Staat aldus onrechtmatig handelt, alsmede dat de Staat bevolen wordt maatregelen te nemen om deze situatie op te heffen. In het verweer werd door de Staat onder meer aangevoerd dat er op grond van verdragen geen verplichting voor hem bestaat om in te grijpen, mede gezien het recht van vrijheid van vereniging en vrijheid van godsdienst. De rechtbank oordeelde uiteindelijk dat de Staat op grond van het Vrouwenverdrag verplicht is om passende maatregelen te nemen om discriminatie van vrouwen in het politieke en openbare leven uit te bannen. De Staat is zijn verplichtingen uit dit verdrag niet nagekomen, aldus de rechtbank, omdat hij niet alleen niets heeft ondernomen om aan de discriminatie van vrouwen door de SGP een einde te maken, maar zelfs de SGP ondersteunt door middel van het verlenen van subsidie. De rechtbank heeft daarom voor recht verklaard dat de Staat handelt in strijd met artikel 7 sub a en sub c Vrouwenverdrag. Zij heeft de Staat opgedragen geen subsidie meer aan de SGP toe te kennen, zolang deze partij vrouwen niet op gelijke voet met mannen toelaat tot het lidmaatschap van de partij.⁷¹⁰

Het vonnis van de rechtbank heeft als boodschap dat de overheid zich meer dan gemiddeld dient in te spannen tot het nemen van maatregelen die discriminatie van

⁷⁰⁷ Het is hier niet de plaats om alle feiten en facetten omtrent de SGP-problematiek na te gaan of weer te geven. Zie daarover o.m.: C. Flinterman en M. Shuteriqi, *De SGP, vrouwen en het recht*, NJCM-Bulletin 2002, p. 336-343, en G.J. Leenknecht, *Het gelijkheidsbeginsel en de scheppingsorde: een staatsrechtelijke botsproef*, *Ars Aequi* 54 (2005), nr. 9, p. 659-662.

⁷⁰⁸ Oordeel 2002-155.

⁷⁰⁹ Vgl. *Handelingen II*, 10 februari 1993, p. 3507-3508, 3523-3524 en 3599-3601. Zie ook Groenman e.a., a.w., p. 60.

⁷¹⁰ Rb. Den Haag 7 september 2005, NJ 2005, 473, AB 2005, 398, m.n. M.J. Kanne en R. Nehmelman; Rb. Den Haag 7 september 2005, NJ 2005, 474. Zie ook de volgende noot.

vrouwen door politieke partijen tegengaan. Opmerkelijk is dat de rechtbank ten aanzien van het stilzitten van de Staat ook strijd constateert met de in art. 7, aanhef en onder a, van het Vrouwenverdrag gegarandeerde gelijke toegang tot het kiesrecht. Men zou zich hierover met De Blois kunnen afvragen of deze vaststelling van de rechtbank wel juist is. Dat vrouwen via de SGP geen gebruik kunnen maken van het passieve kiesrecht, verhindert hen uiteraard niet dat via een andere partij na te streven of daarom zelf een politieke partij op te richten. De SGP sluit daarmee vrouwen nog niet uit van het kiesrecht, schending van de betreffende verdragsbepaling is niet aan de orde.⁷¹¹ Toch klinkt het argument van Loenen, die het ter zake wel eens is met de Rechtbank, niet minder overtuigend: het Vrouwenverdrag eist ‘nu eenmaal niet zozeer dat staten verzekeren dat vrouwen deel kunnen nemen aan het politieke leven (dat zou ook gegarandeerd kunnen zijn doordat zij bijvoorbeeld via andere politieke partijen dan de SGP hun passieve kiesrecht kunnen realiseren), maar dat zij dat *op gelijke voet met mannen* kunnen doen’.⁷¹² Loenen wijst er met de rechtbank op, dat men zich getuige de travaux préparatoires van het Vrouwenverdrag expliciet heeft uitgelaten over de mogelijke botsing tussen het verbod van discriminatie op grond van geslacht en de verenigingsvrijheid. Om die reden heeft men het discriminatieverbod alleen laten prevaleren ten aanzien van deelname aan verenigingen op het politieke en openbare terrein.⁷¹³

Het aspect van een openbare vereniging refereert aan de problematiek die we hiervoor in §§ 2.2 tot en met 2.4 aan de orde hebben gesteld. Of er sprake is van een niet-besloten of openbare vereniging, betoogden we daar, is steeds afhankelijk van een afweging in het concrete geval, waarbij het van belang is die afweging op een goede wijze te structureren.

Veel duidelijker lijkt het gesteld met de politieke vereniging, de politieke partij. Daarbij is geen tot nauwelijks ruimte voor afweging aanwezig. Men zou op deze grond kunnen bepleiten om een algemene regel te stellen, die de onbelemmerde toegang van vrouwen tot politieke partijen verzekert. Die zou kunnen voorzien in een leemte. Een laagdrempelige voorziening van rechtsbescherming bij bijvoorbeeld de Cgb is voor vrouwen in deze situatie van groot belang. Hun positie in de horizontale relatie is kwetsbaar, zeker nu de politieke partij in dit geval een bevolkingsgroep vertegenwoordigt waarvan zij in meer dan alleen politiek opzicht deel uitmaken. De positie van vrouwen binnen de eigen groep krijgt terecht meer aandacht in onze huidige multiculturele samenleving, wat ook een duidelijk verschil markeert met het tijdvak waarin de Awgb tot stand kwam.⁷¹⁴ Ten slotte staat formeel ook nog niet vast

⁷¹¹ De SGP en de uitsluiting van vrouwen, met noten van Matthijs de Blois en Titia Loenen, NJCM-Bulletin, jrg. 30 (2005), nr. 8, p. 1091-1123, in het bijzonder p. 1113.

⁷¹² A.w., p. 1121.

⁷¹³ A.w., p. 1120.

⁷¹⁴ Vgl. Rb Den Haag, in de procedure tegen de Staat, r.o. 3.6: ‘Het gaat (..) niet om het belang van de SGP-vrouw om lid te kunnen worden van de SGP, maar om het belang van een ieder, in het bijzonder van vrouwen, om in een democratische maatschappij te leven waarin discriminatie op grond van geslacht – met als gevolg uitsluiting van het passieve kiesrecht – niet getolereerd wordt en waarin door de Staat handhavend opgetreden wordt. Dit belang krijgt een zwaardere lading als men bedenkt dat het niet denkbeeldig is dat in de (nabije) toekomst ook andere partijen opstaan die vrouwen – op godsdienstige motieven – een andere politieke en/of maatschappelijke rol toebeden dan mannen, waardoor het gevaar van discriminatie wederom op de loer ligt. De Staat kan hierin een sturende rol spelen.’

of art. 7 van het Vrouwenverdrag ook rechtstreeks en volledig in horizontale verhoudingen toepasbaar is. In de laatste door proefprocessenfonds Clara Wichmann e.a. aangespannen procedure tegen de SGP, werd de eis niet ontvankelijk verklaard.⁷¹⁵

Toch is het voor het stadium van regelgeving nog te vroeg. Het oordeel van de rechter staat nog niet definitief vast. Tegen het vonnis van de Rechtbank inzake de procedure tegen de Staat is hoger beroep ingesteld, cassatie moet daarna niet uitgesloten worden geacht. Zolang de procedure loopt, is het niet opportuun aan de betekenis van het Vrouwenverdrag algemene consequenties te verbinden. Het vonnis van de Rechtbank heeft getuige de reacties vele inhoudelijke strijdpunten opgeworpen, die om uitsluitel vragen. Het gaat hier ook om fundamentele vragen omtrent mensenrechten en ons politiek bestel, waarbij het in het belang van een zorgvuldige afweging geboden is de uitkomst van de strijd voor de rechter af te wachten.

2.8 Conclusies

2.8.1 De verenigingsvrijheid

Zowel uit artikel 8 Grondwet als art. 11 EVRM kan worden afgeleid, dat de vereniging een eigen rechtssfeer bezit waarin niet lichtvaardig van externe zijde kan worden getreden. Op basis van artikel 8 Grondwet moet deze eigen rechtssfeer worden gezien als een rechtstreeks uitvloeisel van het principieel toegekende recht aan individuen om samen te werken op een gemeenschappelijke grondslag met een gemeenschappelijk doel. De waarborg van dit recht is met name gelegen in de omstandigheid dat de beperkingsgrond van openbare orde als een (in art. 2:20 BW en – in lijn daarmee – art. 140 WvSr uitgewerkte) verbodsgrond wordt gezien, die alleen in de uiterste situatie dat inbreuk wordt gemaakt op de algemeen aanvaarde grondvesten van ons rechtstelsel van toepassing is.

De verenigingsvrijheid bestaat in afgezwakte vorm ook in horizontale verhoudingen, nu in dat geval uitgangspunt is het respect voor de beleidsvrijheid van de organen in de vereniging. Naar blijkt wordt er in voorkomende gevallen via de band van redelijkheid en billijkheid een rechterlijke afweging verricht tussen het recht op gelijkheid van het individu en de vrijheid van de vereniging van het collectief. Dit impliceert een afstandelijke, marginale rechterlijke toetsing van de (uitoefening van de) verenigingsvrijheid in horizontale verhoudingen.

Artikel 11 EVRM erkent het recht een organisatorisch samenwerkingsverband met anderen aan te gaan. Het is duidelijk dat het verdragsartikel ook andere (rechts)vormen dan de strikte vereniging omvat. Volgens sommigen volstaat een informele, doch stabiele en doelgerichte groep van personen, terwijl volgens anderen een organisatiestructuur is vereist. In ieder geval moet er meer dan één persoon bij betrokken zijn. Een organisatie die louter goederen, maar geen personen samenbrengt valt niet onder de bescherming van art. 11.

Het Hof heeft verschillende principiële arresten gewezen die aangeven dat, waarom en tot hoever verenigingen of rechtspersonen een eigen rechtssfeer behoeven. De verenigingsvrijheid komt alleen toe aan privaatrechtelijke organisaties. Publiekrechtelijke organisaties zijn geen vereniging in de zin van art. 11 EVRM. De vraag of een organisatie al of niet publiekrechtelijk is wordt niet aan de nationale overheid overgelaten, het Hof doet dat zelf. Factoren die bij het bepalen van het publiekrechtelijke

⁷¹⁵ Rb. Den Haag 7 september 2005, NJ 2005, 474.

karakter in aanmerking worden genomen zijn: het feit dat een organisatie gecreëerd wordt door de wet en dat er overheidstoezicht op wordt uitgeoefend, het feit dat de organisatie administratieve, regelgevende of tuchtrechtelijke bevoegdheden heeft, en het feit dat ze de bestuurlijke procedures van een overheidsorgaan gebruikt. Volgens het Hof is de betekenis van de vrijheid tot oprichting van een rechtspersoon gelegen in het principe dat ‘citizens should be able to form a legal entity in order to act collectively in a field of mutual interest’. Deze vrijheid om collectief op te treden is nauw verbonden met de vrijheid van meningsuiting en expressie: ‘(t)he protection of opinions and the freedom to express them is one of the objectives of the freedom of assembly and association as enshrined in Article 11.’ Deze materiële componenten van de verenigingsvrijheid maken het vervolgens noodzakelijk en inzichtelijk dat ook een grond- of mensenrechtelijke bescherming van het functioneren van rechtspersonen is geboden. ‘The right guaranteed by Article 11 would be largely theoretical and illusory if it were limited to the founding of an association, since the national authorities could immediately disband the association without having to comply with the Convention. It follows that the protection afforded by Article 11 lasts for an association’s entire life (..)’.

De werking van art. 11 EVRM in horizontale verhoudingen komt vooral aan de orde bij de negatieve verenigingsvrijheid, in het bijzonder met betrekking tot het ‘closed shop’ systeem dat door vakverenigingen in sommige landen wordt gehanteerd. De negatieve verenigingsvrijheid is de vrijheid om zich niet aan te sluiten bij of zich te onttrekken aan een bepaalde vereniging. Het Hof gaat niet in op de vraag of artikel 11 bij de closed shop problematiek mede de negatieve verenigingsvrijheid omvat. Onder specifieke omstandigheden, zo oordeelt het Hof niettemin, kan de feitelijk op een persoon uitgeoefende dwang om lid te worden van een vakbond in strijd komen met de wezenskenmerken van de verenigingsvrijheid.

Inherent aan de beperkingssystematiek van artikel 11 EVRM is dat er steeds per concreet geval een afweging plaatsvindt tussen het belang van de verenigingsvrijheid – waarbinnen de hierboven door het Hof geïdentificeerde beginselen een bepalende rol vervullen – en het belang van een inbreuk daarop. Indien aan zekere formele voorwaarden daarvoor wordt voldoen, culmineert dat uiteindelijk in een toetsing aan de hand van de vraag of de betreffende maatregel waarmee inbreuk plaatsvindt, evenredig is aan het doel ervan.

2.8.2 *Vrijheid versus gelijkheid*

De Rasrichtlijn bevat in art. 3, sub e tot en met h, normen die direct of indirect onderscheid op een aantal terreinen en met betrekking tot een aantal activiteiten verbieden. Voor de implementatie van deze normen is een wijziging van de Awgb niet noodzakelijk. Zij maken reeds deel uit van de wet. Van belang is wel dat zij richtlijnconform worden toegepast.

Uitgebreidere aandacht verdient het VN-Vrouwenverdrag. Wat betreft de betekenis van art. 2, aanhef j° sub e, in combinatie met art. 7 van dit verdrag is door regering en parlement het uitgangspunt aanvaard dat de overheid moet verzekeren dat individuele vrouwen toegang hebben tot (onder meer) de politieke partij van hun keuze, maar dat de overheid beleidsvrijheid heeft bij het vormgeven van deze verdragsverplichting. Mede als gevolg van de SGP-zaak staat deze norm sterk ter discussie. In september 2005 oordeelde de Rechtbank Den Haag dat de Staat zijn verplichtingen uit het

verdrag niet is nagekomen. De rechtbank heeft daarbij voor recht verklaard dat de Staat handelt in strijd met artikel 7 sub a en sub c Vrouwenverdrag. Zij heeft de Staat opgedragen geen subsidie meer aan de SGP toe te kennen, zolang deze partij vrouwen niet op gelijke voet met mannen toelaat tot het lidmaatschap van de partij. Het vonnis van de rechtbank heeft als boodschap dat de overheid zich meer dan gemiddeld dient in te spannen tot het nemen van maatregelen die discriminatie van vrouwen door politieke partijen tegengaan. Men zou ervoor kunnen pleiten om als uitvloeisel van deze jurisprudentie een algemene wettelijke regel te stellen, die de onbelemmerde toegang van vrouwen tot politieke partijen verzekert. Zo'n regel zou om meer dan een reden kunnen voorzien in een leemte. Toch is het voor het stadium van regelgeving nog te vroeg. Het oordeel van de rechter staat nog niet definitief vast. Zolang de procedure loopt, is het niet opportuun aan de betekenis van het Vrouwenverdrag algemene consequenties te verbinden.

2.8.3 *Beantwoording van de onderzoeksvraag*

Uitgaand van de algemene onderzoeksvraag aan het begin van dit deel, kan in het algemeen worden gesteld dat de Awgb wat betreft de afstemming tussen de gelijkheidsnorm en de verenigingsvrijheid geen strijd laat zien met EU-regelgeving of internationale verdragen.

Bij de toepassing van de Awgb op het verenigingsrecht dient in het algemeen een afweging plaats te vinden tussen het fundamentele belang van gelijkheid (gelijke behandeling, anti-discriminatie) enerzijds en de vrijheid van vereniging anderzijds. Gelijkheid staat niet vanzelfsprekend boven vrijheid. De verenigingsvrijheid is bedoeld om groepsvorming mogelijk te maken en zich te verenigen rond een activiteit, overtuiging of een mening. Daarmee is de maatschappelijke pluriformiteit en sociale, politieke diversiteit gediend. Dit betekent dat het eventuele voorstel om ten aanzien van verenigingen in het algemeen alleen onderscheid toe te staan, voor zover deze eisen stellen die nodig zijn om de eigen grondslag te verwezenlijken en deze eisen er niet toe leiden dat iemand ongelijk wordt behandeld vanwege één van de gronden van de Awgb⁷¹⁶ niet in overeenstemming is met het nationale en internationale recht.

Zo'n voorstel zou de kern miskennen van waar het hier om gaat. De (omvang van de) vrijheid van vereniging mag niet in het algemeen het resultaat zijn van het 'goedvinden' door een overheidsorgaan, zoals de Cgb is.⁷¹⁷ Bij de verenigingsvrijheid moet men ook tot op bepaalde hoogte ongestoord mogen discrimineren. Voor zover de uitoefening van deze vrijheid 'botst' of zou kunnen botsen met de rechten van anderen die buiten het verenigingsverband staan, is pas toetsing mogelijk, ten minste voorzover dat ook beantwoordt aan het doel van de Awgb. Behoudens wellicht hetgeen is opgemerkt over art. 7 Vrouwenverdrag, zijn er in het licht van het nationale en internationale recht in het algemeen geen scherpe criteria mogelijk bij de toetsing van de verenigingsvrijheid. De evenredigheidstoets in het kader van het EVRM en de marginale toetsing door de burgerlijke rechter aan redelijkheid en billijkheid zijn beide uitdrukkingen van het uitgangspunt dat de reikwijdte van de verenigingsvrij-

⁷¹⁶ Cgb 2005, p. 57-58.

⁷¹⁷ Vergelijk ook hetgeen de regering in de MvA heeft opgemerkt, Kamerstukken II 1991/92, 22 014, nr. 5, p. 36: "Wij merken voorts op dat bedacht dient te worden dat dit wetsvoorstel gelijke behandeling op belangrijke terreinen van het maatschappelijk leven beoogt te waarborgen en niet beoogt een algemeen afwegingskader voor grondrechten te bieden".

heid zich eerst in concreto laat omlijnen. Daarbij wordt uitgegaan van respect voor de interne beleidsvrijheid welke alleen marginale toetsing verdraagt (burgerlijke rechter), respectievelijk van de verdragsrechtelijke bescherming van de verenigingsvrijheid “that lasts for a association’s entire life”, dat mede de vrijheid van meningsuiting in een samenwerkingsverband omvat, en in de kern waarvan niet kan worden getreden (EHRM).

Het lijkt ons aangewezen om bij de toetsing van verenigingshandelen in ieder geval de voorvraag te stellen of de vereniging een besloten danwel open karakter heeft. Bij deze voorvraag wordt in wezen beoordeeld of de Awgb gezien haar doel en karakter op de betreffende vereniging(sactiviteiten) van toepassing is. Bij de kwalificatie van het karakter van de vereniging als niet-besloten, kunnen ook de statutaire bepalingen worden getoetst als het bekritiseerde verenigingshandelen in relatie staat tot de statutaire uitgangspunten.

Hoofdstuk 3

Recht op eerbiediging persoonlijke levenssfeer

3.1 Vooraf

In § 1.3 hebben we ons de vraag gesteld hoe in het licht van de Rasrichtlijn en Kaderrichtlijn de uitzonderingsbepalingen van het derde lid van art. 5 en 7 Awgb begrepen moeten worden. Deze bepalingen vormen de uitdrukking van de grondrechtelijk geboden eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer. Men mag ervan uitgaan dat de richtlijnen, die op zowel de overheidssector als particuliere sector toepasbaar zijn en waarbij slechts beperkte uitzonderingen zijn geregeld, geen algemene ontsnappingsclausules op nationaal niveau verdragen. De vraag in dit verband is evenwel of het derde lid van art. 5 en 7 Awgb als zodanig moet worden gelezen. Op de beide richtlijnen wordt nader in § 3.6 ingegaan.

Voor het vervolg staan de volgende twee vragen centraal: biedt het wettelijke kader van de Awgb voldoende houvast in het licht van het nationale en internationale recht inzake privacybescherming en sluit het aan op de eisen die door de Rasrichtlijn en de Kaderrichtlijn worden gesteld? Zo niet, wat moet er dan gebeuren? Op deze tweeledige vraag wordt bij de conclusies in paragraaf 3.7 terug gekomen. Eerst besteden wij aandacht aan het wettelijke kader (§ 3.2), de grond- en mensenrechtelijke bescherming van dit recht (§ 3.3 tot en met 3.5) en aan de confrontatie tussen gelijkheid en privacy (§ 3.6).

3.2 Het wettelijk kader

In de Awgb ontbreekt een algemene bepaling inzake eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer. In de eerdere redactie van een wetsvoorstel, dat tussentijds door de regering was ingetrokken, was er een bepaling waarbij ‘onderscheid in de privé-sfeer’ buiten het verbod van onderscheid werd gehouden. De koerswijziging ontlokte discussie aan verschillende fracties in de Tweede Kamer. Waarom de oorspronkelijke bepaling niet gehandhaafd?⁷¹⁸ Volgens de regering voegt een dergelijke wettelijke bepaling aan de bescherming die art. 10 Grondwet nu reeds biedt, niets toe. Van persoonlijke levenssfeer bestaat geen welomschreven definitie, omdat datgene wat als privé en openbaar wordt beoordeeld niet bij voorbaat vaststaat. De regering noemt het voorbeeld van de leraar maatschappijleer aan de bijzondere school, ‘van wie in redelijkheid verwacht wordt dat hij in het onderwijs aandacht besteedt aan maatschappelijke verschijnselen als het huwelijk vanuit de principes van de school’. Onder omstandigheden zal zo’n leraar, aldus de regering, niet kunnen voldoen aan de door de school gestelde eisen, wanneer hij van die principes openlijk in woord of gedrag afstand neemt, ook als dit buiten de werksfeer gebeurt. De persoonlijke levenssfeer kan niet worden gezien als een strikt af te bakenen sfeer waarin niet getreden mag worden.

‘In essentie gaat het bij de eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer om de erkenning van het onvervreemdbaar recht van iedere individuele mens zijn eigen identiteit overeenkomstig zijn gaven en inzichten te beleven en te ontplooiën.

⁷¹⁸ Zie Kamerstukken II 1991/92, 22 014, nr. 5, p. 40–42.

Naarmate gedragingen meer het openbare leven raken zal minder van een afbakening sprake kunnen zijn waarbinnen niet getreden zou mogen worden.⁷¹⁹

Deze opvatting van de regering, die sterk wijst in de richting van vaststelling van het begrip persoonlijke levenssfeer via (uiteindelijk) rechterlijke afweging per geval, wordt niet strijdig geoordeeld met de in de artikelen 5, derde lid en 7, derde lid neergelegde norm dat het verbod van onderscheid niet van toepassing is op eisen 'die gelet op het privé-karakter' waarop de betreffende werk- of rechtsverhouding ziet 'in redelijkheid kunnen worden gesteld'. Zij meent dat de uitzonderingsbepaling van het derde lid van art. 5 en 7 Awgb onvoldoende dwingend of duidelijk is om afweging per geval overbodig te maken. Zij beperkt zich overigens tot de problematiek van artikel 7, derde lid, en neemt de casus van de verhuurder (§ 1.3) tot uitgangspunt.

'In het derde lid van artikel 7 is rekening gehouden met de eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer en is in algemene bewoordingen aangegeven onder welke omstandigheden het in dit artikel geformuleerde discriminatieverbod niet van toepassing is. Het is niet mogelijk in het algemeen aan te geven hoever de privé-sfeer van de verhuurder c.q. de persoonlijke levenssfeer van de huurder reikt in geval van verhuur van woonruimte in de eigen woning van de verhuurder. Deze vraag kan slechts beantwoord worden aan de hand van de concrete omstandigheden van het geval. Zo kan bij voorbeeld de verhuur van een kamer die deel uitmaakt van de eigen woning van de verhuurder niet op één lijn worden gesteld met de verhuur van appartementen met een eigen toegang in een herenhuis, waarvan de eigenaar een appartement bewoont en de andere woningen verhuurt. In het laatste geval ligt het niet in de rede om de verhuur van een appartement als een rechtsverhouding met een privé-karakter aan te merken. De verhuur van een kamer in de eigen woning van de verhuurder verliest evenwel niet zijn privé-karakter indien de verhuur een duidelijke en constante bron van inkomsten is.

De door de leden van de VVD-fractie genoemde uitzondering op grond van geslacht zal naar redelijkerwijs mag worden aangenomen zich in de praktijk regelmatig voordoen bij de verhuur van woonruimte in de eigen woning. Dit behoeft echter niet de enige redelijke uitzondering te zijn. Denkbaar is ook dat op andere gronden bij deze verhuur van woonruimte onderscheid wordt gemaakt, afhankelijk van de subjectieve voorkeur van de aanbieder, zoals bij voorbeeld op grond van godsdienst.⁷²⁰

3.3 *Het privacyrecht in de Grondwet*

Art. 10 Grondwet luidt:

1. Ieder heeft, behoudens bij of krachtens de wet te stellen beperkingen, recht op eerbiediging van zijn persoonlijke levenssfeer.
2. De wet stelt regels ter bescherming van de persoonlijke levenssfeer in verband met het vastleggen en verstrekken van persoonsgegevens.
3. De wet stelt regels inzake de aanspraken van personen op kennisneming van over hen vastgelegde gegevens en van het gebruik dat daarvan wordt gemaakt, alsmede op verbetering van zodanige gegevens.

Artikel 10 is bij de algehele grondwetsherziening van 1983 in de Grondwet opgenomen. Pas vanaf 1988 is het in werking getreden. Als privacynorm is het niet het

⁷¹⁹ A.w., p. 41.

⁷²⁰ A.w., p. 89-90.

enige in zijn soort. Ook de artikelen 11 (lichamelijke integriteit), 12 (huisrecht) en 13 Grondwet (brief-, telefoon- en telegraafgeheim) bestrijken aspecten van de persoonlijke levenssfeer. Het eerste lid van artikel 10 bevat het algemene recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer. Deze norm is overkoepelend en in een aantal gevallen aanvullend ten opzichte van de in de andere leden en bepalingen beschermde aspecten van privacy.⁷²¹ Het is deze norm die we voor het doel van dit onderzoek nader zullen onderzoeken. De leden twee en drie van artikel 10 hebben in het bijzonder betrekking op persoonsgegevens, de *informatieele privacy*.⁷²² Dit aspect blijft hier als zodanig verder buiten beschouwing. We zullen ons concentreren op de *relatieve privacy*, omschreven als ‘het recht om met rust gelaten te worden’⁷²³ of ‘het recht op persoonlijke vrijheid en individuele autonomie, zowel in relatie tot de overheid – in de afbakening van de privé-sfeer tot de publieke sfeer – als in relatie tot de rechten en vrijheden van anderen’.⁷²⁴

De omschrijvingen zijn nogal vaag, wat tot op heden ook het probleem in de rechtspraktijk weerspiegelt om aan het recht op privacy heldere inhoud te geven. Is het dan wel een klassiek, direct werkend grondrecht te noemen? De regering meende van wel bij de parlementaire behandeling van het wetsvoorstel ter zake. Volgens haar is het een direct werkend recht. Er kan weliswaar slechts een globale benadering van worden gegeven, maar er is ‘in voldoende mate een vaste kern om als basis voor een direct werkend grondrecht te dienen. Daaraan doet niet af, dat het begrip op vele gebieden in uiteenlopende verschijningsvormen te voorschijn kan komen en dat er een marge is waarbinnen het begrip nog moet groeien en gestalte moet krijgen. Dit laatste is een taak ten dele voor de regelgevende en ten dele voor de rechtsprekende organen’.⁷²⁵ Bij de grondwetsherziening is ook aangegeven wat in elk geval tot de privé-sfeer behoort: de woning, bepaalde vormen van communicatie (zoals het telefoongesprek en de briefwisseling), het buiten de woning gevoerde vertrouwelijke gesprek, sommige gewoonten-gedragingen-contacten-abonnementen-lidmaatschappen – enz, bepaalde aspecten van het gezinsleven, de fysieke integriteit, de geestelijke integriteit, de registratie van persoonsgegevens.⁷²⁶ Reeds uit deze opsomming blijkt dat de persoonlijke levenssfeer geen ruimtelijke begrenzing kent, wat ook nog eens herhaaldelijk in de jurisprudentie is bevestigd.⁷²⁷ De beperking van het recht kan geschieden bij wet in formele zin of lagere regeling, die berust op een wet in formele zin. Men denke hierbij aan de Wet bescherming persoonsgegevens, de Wet op de politieregisters, de Wet gemeentelijke basisadministratie persoonsgegevens en daarop gebaseerde uitvoeringsregelingen. In de jurisprudentie heeft het ontbreken van een wettelijke grondslag van de beperking verscheidene malen geleid tot het uitspreken van strijd van een regeling of maatregel met artikel 10, eerste lid, Grondwet.⁷²⁸ De eis

⁷²¹ Overkleef-Verburg 2000, p. 159-160.

⁷²² Akkermans/Bax/Verhey 2005, p. 103.

⁷²³ Idem.

⁷²⁴ Overkleef-Verburg 2000, p. 156.

⁷²⁵ Memorie van antwoord, Algehele grondwetsherziening, eerste lezing, deel 1a Grondrechten, 's-Gravenhage 1979, p. 202.

⁷²⁶ Zie Akkermans/Bax/Verhey 2005, p. 103.

⁷²⁷ Zie het overzicht in Akkermans/Bax/Verhey 2005, p. 104-105.

⁷²⁸ HR 9 januari 1987, AB 1987, 231; VzARRS 30 juni 1988, AB 1989, 438; ABRS 28 augustus 1995, AB 1996, 204; zie recent inzake de toepassing van art. 174a Gemeentewet en de strijd met art. 10 Grondwet: Rb. Leeuwarden 3 januari 2005, LJN: AR8583.

van een wettelijke grondslag is tegelijkertijd de meest eenduidige regel die aan art. 10 Grondwet kan worden verbonden. Voor het overige wordt de inhoud van het recht in concreto vooral – zoals reeds uit het voorgaande kan worden afgeleid – door een afweging bepaald.

Het grondrecht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer leent zich voor toepassing in horizontale verhoudingen.⁷²⁹ Een voorbeeld is het arrest Edamse bijstandsmoeder.⁷³⁰ Een greep uit recente jurisprudentie laat zien dat de betekenis van het recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer in horizontale relaties steeds via een afweging in concreto wordt bepaald. De vrijheid van godsdienst die met het luiden van de kerkklok is gemoeid, dient te worden afgewogen tegen de beperking van het recht van eiser op respect voor zijn woning en zijn privé- en familielevens zoals neergelegd in artikel 10 Grondwet en artikel 8 EVRM. Alles afgewende komt de rechtbank tot de conclusie dat de hinder die eiser ondervindt niet onrechtmatig jegens hem is.⁷³¹ Een winkelier meende dat het voor iedereen zichtbaar ophangen van een foto van een vrouw – de wederpartij – met daarbij de tekst “deze vrouw heeft hier gestolen” gerechtvaardigd was, nu reeds getroffen kostbare maatregelen tegen winkeldiefstal niet meer aangevuld konden worden en het belang van bescherming van zijn eigendom en dat van andere winkeliers zwaarder heeft te wegen dan het belang van privacy van de wederpartij. Deze stelling werd evenwel door de kortgeding-rechter afgewezen, nu deze maatregel van ‘naming and shaming’ neerkomt op een straf, en eigenrichting in het wettelijke systeem niet is toegestaan.⁷³²

In de privaatrechtelijke jurisprudentie is er een ongeschreven algemeen persoonlijkheidsrecht geïntroduceerd, dat ten grondslag ligt aan uiteenlopende in de Grondwet gepositieerde grondrechten, waaronder het recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer.⁷³³ Maatgevend is daarbij het Valkenhorstarrest.⁷³⁴ In de zaak Valkenhorst werd uit dit recht een recht op kennis van de eigen afstamming afgeleid. Enkele deelaspecten van het recht op persoonlijkheid die door de burgerlijke rechter zijn beoordeeld, zijn onder meer inperking van het recht op het verzamelen, het vastleggen en het openbaren van gegevens en het recht om niet lastig te worden gevallen door medeburgers.⁷³⁵ Men kan zich intussen afvragen of het recht op persoonlijkheid niet veeleer een beginsel in plaats van een recht behelst.⁷³⁶ Of het in de toekomst als een echt grondrecht gaat gelden moet nog worden afgewacht.⁷³⁷

⁷²⁹ Kortmann 2005, p. 450–451.

⁷³⁰ HR 9 januari 1987, AB 1987, 231.

⁷³¹ Rb. Dordrecht 16 november 2004, LJN: AR5750.

⁷³² Rb. Amsterdam 26 augustus 2004, LJN: AQ7877.

⁷³³ Zie daarover R. Nehmelman, Het algemeen persoonlijkheidsrecht. Een rechtsvergelijkende studie naar het algemeen persoonlijkheidsrecht in Duitsland en Nederland, diss. Utrecht, Deventer 2002 en Janssen 2003.

⁷³⁴ HR 15 april 1994, NJ 1994, 608.

⁷³⁵ Janssen 2003, p. 65.

⁷³⁶ Janssen 2003, p. 64.

⁷³⁷ Kortmann 2005, p. 386.

3.4 *Het privacyrecht in het EVRM*

Artikel 8 EVRM luidt:

1. Een ieder heeft recht op respect voor zijn privé leven, zijn familie- en gezinsleven, zijn woning en zijn correspondentie.
2. Geen inmenging van enig openbaar gezag is toegestaan in de uitoefening van dit recht, dan voor zover bij de wet is voorzien en in een democratische samenleving noodzakelijk is in het belang van de nationale veiligheid, de openbare veiligheid of het economisch welzijn van het land, het voorkomen van wanordelijkheden en strafbare feiten, de bescherming van de gezondheid of de goede zeden of voor de bescherming van de rechten en vrijheden van anderen.

Het recht op respect voor het privé leven is tevens beschermd in art. 17 IVBPR en de daaraan gelijklopende bepaling van art. 16 VRK. Art. 8 EVRM beschermt een breed scala aan privacy-aspecten. Wat in de Grondwet in vier afzonderlijke bepalingen is neergelegd is hier tot een algemeen beginsel teruggebracht. Voor de betekenis is men sterk afhankelijk van de uitleg die het EHRM daaraan geeft. Het EHRM hanteert geen uitputtende definitie van het recht van art. 8. Er zijn door de Commissie en het Hof evenwel elementen aangereikt, die art. 8 EVRM nader kunnen invullen. Een omschrijving luidt als volgt: '(t)he right to respect for private life is of such a scope as to secure to the individual a sphere within which he can freely pursue the development and fulfilment of his personality'.⁷³⁸

De Hofjurisprudentie is casuïstisch en bijzonder uitgebreid en gevarieerd. Met het recht op respect voor het privé leven zijn onder meer in verband gebracht: het recht op het voeren van een familienaam, het recht op eer en goede naam, de bescherming van de individuele vrijheid tegen justitiële opsporingsmaatregelen, het recht op vrije correspondentie, het recht op lichamelijke en geestelijke integriteit met inbegrip van zijn/haar seksualiteit, het recht op gezinsleven, de bescherming tegen zware milieuvervuiling, het recht op informatieprivacy en een restcategorie van beschermingswaardige belangen.⁷³⁹ Er lijkt hier sprake van een zeer extensieve interpretatie, maar de grens ligt toch wel daar waar men op grond van art. 8 EVRM 'te onbepaalde' aanspraken op positieve maatregelen, te nemen door de Staat, zou stelen.⁷⁴⁰ Evenzeer lijkt de bescherming van art. 8 EVRM niet zover te gaan dat zij ook op relaties met niet-menselijke wezens kan worden toegepast.⁷⁴¹ Daarentegen kunnen professionele activiteiten van het individu weer wel binnen het begrip privé leven vallen. Het Hof gaat evenwel nog niet zo ver te stellen dat rechtspersonen in het algemeen bescherming onder art. 8 verkrijgen.⁷⁴²

Naast de Hofjurisprudentie is er ook uitgebreide nationale rechtspraak inzake art. 8 EVRM. Het verdragsartikel speelt daarbij zelfs een belangrijker rol dan art. 10 Grondwet. Een reden daarvoor zou kunnen zijn dat bij art. 8 EVRM het toetsingsverbod van art. 120 Grondwet niet speelt.⁷⁴³ Overkleef-Verburg wijst er overigens

⁷³⁸ Geciteerd bij Janssen 2003, p. 59.

⁷³⁹ Vgl. Overkleef-Verburg 2000, p. 163-166. Zie de aldaar aangegeven jurisprudentie.

⁷⁴⁰ Janssen 2003, p. 363, verwijst hier naar het Botta-arrest, EHRM 24 februari 1998, JB 1998, 70.

⁷⁴¹ Paul De Hert, Artikel 8, Recht op privacy, in: Van De Lanotte/Haack (2,1) 2004, p. 724.

⁷⁴² Janssen 2003, p. 373-374.

⁷⁴³ Kortmann 2005, p. 451.

op dat vele geschillen niet primair over de band van de grondrechten maar in de confrontatie met algemene of bijzondere wetten worden beslecht.⁷⁴⁴

Inzake de beperkingssystematiek van art. 8 EVRM kan gezien de nauwe verwantschap met die van art. 11 EVRM worden verwezen naar hetgeen hierover aan het eind van § 2.6 is opgemerkt.

3.5 *Het privacyrecht in het Europese recht*

Voor het bestaan van grondrechten in de EU-rechtsorde is art. 6, tweede lid, EU-Verdrag van belang. Grondrechten uit het EVRM, alsmede grondrechten die voortvloeien uit de gemeenschappelijke tradities van de lidstaten maken als algemene rechtsbeginselen van Gemeenschapsrecht deel uit van de EU-rechtsorde. Het recht op privacy is niet gecodificeerd in de verdragen. Het is evenwel aanvaard als beginsel van Gemeenschapsrecht.⁷⁴⁵ Het Hof heeft uitgesproken dat bij de uitleg van EG-verdragsregels rekening dient te worden gehouden met de beperkingsclausules die zijn neergelegd in de leden 2 van de artikelen 8 tot en met 11 van het EVRM. Inzake het recht op privé leven blijkt het EVRM een bron van inspiratie voor het HvJEG. Het Luxemburgse Hof accepteert totnogtoe evenwel niet dat rechtspersonen een aanspraak zouden kunnen doen op art. 8 EVRM.⁷⁴⁶ Zoals we zagen houdt het Straatsburgse Hof ter zake de deur op een kier.

In het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie dat op 7 december 2000 als Verklaring bij het Verdrag van Nice is aangenomen, en als zodanig geen bindende kracht heeft, is in art. 7 het recht van eenieder op eerbiediging van zijn privé leven, zijn familie- en gezinsleven, zijn woning en zijn communicatie vastgelegd. Nu de werking van de Europese Grondwet is opgeschort, blijft het Handvest het enige schriftelijke referentiekader voor een ‘eigen’ catalogus van grondrechten in de EU. Overkleeft-Verburg constateert dat het Handvest geleidelijk aan een zichtbare plaats krijgt in de jurisprudentie van het Hof en in de Europese wet- en regelgeving. De doorwerking blijft evenwel indirect. Sinds 2004 hebben zich voor het Hof zaken voorgedaan waarbij door de Commissie of de Raad met een beroep op het Handvest is opgeroepen tot erkenning van een grondrechtelijk beginsel of tot extensieve interpretatie van een richtlijn. Het Hof hanteert niettemin als uitgangspunt niet te refereren aan de grondrechten in het Handvest.⁷⁴⁷ In de afgelopen jaren heeft de Commissie ingezet op doorwerking van het Handvest in wet- en regelgeving via een verplichte grondrechtentoets in de voorbereidingsprocedure en, indien relevant, de opneming van specifieke overwegingen in de considerans van verordeningen, richtlijnen, kaderbesluiten en uitvoeringsregels.⁷⁴⁸ Overkleeft-Verburg verwacht dat het Hof van Justitie in toenemende mate zal worden geconfronteerd in procedures met argumenten welke aan dit type clausules zijn ontleend. Het Hof zal dan zijn huidige beleid van het ‘verzwijgen’ van het Handvest wellicht moeten loslaten.⁷⁴⁹

⁷⁴⁴ Overkleeft-Verburg 2000, p. 167.

⁷⁴⁵ Janssen 2003, p. 55. Schrijfster verwijst naar HvJEG, zaak 136/791 (1980), Jur. P. 2033 (1980), Panasonic tegen de Commissie.

⁷⁴⁶ Janssen 2003, p. 56/57.

⁷⁴⁷ Overkleeft-Verburg 2005, p. 173.

⁷⁴⁸ Idem.

⁷⁴⁹ Overkleeft-Verburg 2005, p. 186.

3.6 *Privacy versus gelijkheid*

3.6.1 *Algemeen*

Wat gaat voor: het recht op privacy of het gelijkheidsbeginsel? Bij de totstandkoming van Protocol 12 bij het EVRM⁷⁵⁰ is aandacht besteed aan de vraag of het bij dat Protocol in artikel 1 geïntroduceerde algemene discriminatieverbod doorwerkt in horizontale verhoudingen.

Artikel 1 van Protocol 12 bij het EVRM luidt:

- '1. Het genot van elk in de wet neergelegd recht moet worden verzekerd zonder enige discriminatie op welke grond dan ook, zoals geslacht, ras, kleur, taal, godsdienst, politieke of andere mening, nationale of maatschappelijke afkomst, het behoren tot een nationale minderheid, vermogen, geboorte of andere status.
2. Niemand mag worden gediscrimineerd door enig openbaar gezag op, met name, een van de in het eerste lid vermelde gronden'.

Uit het tweede lid, vooral gezien de term 'openbaar gezag', zou kunnen worden afgeleid dat het discriminatieverbod niet doorwerkt in horizontale, privé verhoudingen. In de Nota van Toelichting bij het Protocol, welke onder gezag van de gezamenlijke verdragspartijen is totstandgekomen, wordt het volgende opgemerkt:

"On the one hand, Article 1 protects against discrimination by public authorities. The Article is not intended to impose a general positive obligation on the Parties to take measures to prevent or remedy all instances of discrimination in relations between private persons. (..)

On the other hand, it cannot be totally excluded that the duty to "secure" under the first paragraph of Article 1 might entail positive obligations. For example, this question could arise if there is a clear lacuna in domestic law protection from discrimination. Regarding more specifically relations between private persons, a failure to provide protection from discrimination in such relations might be so clear-cut and grave that it might engage clearly the responsibility of the State and then Article 1 of the Protocol could come into play'.⁷⁵¹

De Nederlandse regering verwacht overigens niet dat het verdragsartikel verandering brengt in de huidige situatie van bescherming tegen ongelijke behandeling en discriminatie.

'Zoals al meerdere malen vermeld, is Nederland reeds gehouden aan de gelijke behandelingsnorm van artikel 26 van het IVBPR, welke in artikel 1 van de Grondwet is vastgelegd. Deze bepaling is verder uitgewerkt in de Algemene wet gelijke behandeling (Stb. 1994, 230). Het Twaalfde Protocol verandert derhalve niets aan de nationale wetgeving noch aan hetgeen waartoe de overheid nu reeds is verplicht.⁷⁵²

Op grond van een en ander mag men er van uitgaan dat er zowel in het kader van het EVRM als bij onze regering het uitgangspunt wordt onderschreven dat gelijke

⁷⁵⁰ Trb. 2001, 18.

⁷⁵¹ Protocol No. 12 to the Convention etc., Explanatory Report, ETS No. 177, nrs. 25 en 26. Zie <http://conventions.coe.int/Treaty/en/Reports/Html/177.htm>.

⁷⁵² Kamerstukken I/II 2002/03, 28 100 (R 1705), nr. 1, p. 5.

behandeling en discriminatieverbod zich in aanleg niet uitstrekken tot privé verhoudingen. Privacy prevaleert derhalve ten opzichte van gelijkheid. Dat is slechts anders in het geval de bescherming tegen discriminatie in (ook) privé verhoudingen tekortschiet, en de gevolgen daarvan dermate duidelijk en ernstig zijn dat er een verantwoordelijkheid moet worden aangenomen van de Staat om maatregelen te nemen. In het onderstaande zullen wij nagaan of deze lijn ook in het Europese recht, in het bijzonder de Ras- en Kaderrichtlijn en de jurisprudentie van het HvJEG is terug te vinden.

3.6.2 *De Ras- en Kaderrichtlijn*

In § 1.3 is er reeds op gewezen dat het in de Rasrichtlijn gestelde verbod van directe of indirecte discriminatie op zowel de overheidssector als de particuliere sector toepasselijk is verklaard voor de toegang tot arbeid, en de toegang tot en het aanbod van goederen en diensten. Daarbij is in de preambule, wat betreft goederen en diensten, het uitgangspunt vastgelegd dat de bescherming van privé leven, familie- en gezinsleven geëerbiedigd moet worden. Ook Richtlijn 2004/113/EG inzake gelijke behandeling van mannen en vrouwen bij de toegang tot en het aanbod van goederen en diensten bevat een dergelijk voorbehoud in de preambule. Bij de Rasrichtlijn voor zover die betrekking heeft op de toegang tot beroep en bedrijf, en de Kaderrichtlijn, die alleen maar betrekking heeft op de toegang tot beroep en bedrijf, ontbreekt een dergelijk voorbehoud.

Met Smits kan worden geoordeeld dat er bij de Rasrichtlijn (en Richtlijn 2004/113/EG) ten aanzien van goederen en diensten geen wezenlijke verandering optreedt in de uitsluiting van de privé sfeer van het gelijkheidsbeginsel.⁷⁵³ Discriminatie in de privé-sfeer is in aanleg toegestaan. Zij vindt evenwel haar grens bij de toegang tot en het aanbod van goederen en diensten die ‘publiekelijk’ beschikbaar zijn, met inbegrip van huisvesting. Welnu, voor zover in art. 7, eerste lid, onder d, j^o 7, derde lid, Awgb is verwoord dat van het verbod tot het maken van onderscheid (door natuurlijke personen, niet handelend in de uitoefening van beroep en bedrijf en voor zover het aanbod van goederen of diensten in het openbaar geschiedt), moeten worden uitgezonderd ‘eisen die gelet op het privé-karakter van de omstandigheden waarop de rechtsverhouding ziet in redelijkheid kunnen worden gesteld’, is er geen sprake van strijd met de Rasrichtlijn. ‘Publiekelijk beschikbaar’ in de zin van de Richtlijn is niet identiek aan ‘aanbod in het openbaar’, als bedoeld in art 7, eerste lid, onder d, Awgb. Bij de verhuur van een kamer in de eigen woning prevaleert de privacy ten opzichte van het gelijkheidsbeginsel, ook als die voor iedereen zichtbaar wordt aangeboden.⁷⁵⁴ Dat kan evenwel anders worden als de verhuur van de kamer bedrijfsmatig geschiedt of via een tussenpersoon wordt aangeboden.⁷⁵⁵

⁷⁵³ Smits 2003, p. 72.

⁷⁵⁴ Smits 2003, p. 77. Zie ook Kamerstukken II 1991/92, 22 014, nr. 5, p. 89-90: het privé-karakter verandert niet als de verhuur een ‘duidelijke en constante bron van inkomsten’ is.

⁷⁵⁵ Kamerstukken II 1991/92, 22 014, nr. 5, p. 89-90. Zie in het bijzonder Rb. Utrecht 8 februari 1994, RR 1995, 341. Een Barneveldse vrouw weigerde haar huis te verkopen aan een Turk, omdat hij Turk was. De makelaar van de verkoper die dat meldde aan de koper werd veroordeeld wegens discriminatie in de uitoefening van beroep of bedrijf, art. 429quater Sr. De koopster werd schuldig bevonden aan uitlokking van dit strafbaar feit.

Moet bij art. 5, eerste lid, j^o derde lid, Awgb strijd worden aangenomen met de qua materie corresponderende bepalingen van de Ras- en Kaderrichtlijn, nu met betrekking tot de laatste bij de toegang tot arbeid in beroep of bedrijf géén algemeen voorbehoud in de preambule is gemaakt van eerbiediging van het recht op privacy? Dit is niet vanzelfsprekend. We hebben reeds aangegeven dat krachtens art. 6, tweede lid, EU-Verdrag de rechten van het EVRM onderdeel uitmaken van het constitutionele kader van de EU-rechtsorde. Het recht op privacy is bovendien aanvaard als beginsel van Gemeenschapsrecht. Het HvJEG heeft daarbij tevens uitgesproken – zo merkten we op – dat bij de uitleg van EG-verdragsregels rekening dient te worden gehouden met de beperkingsclausules die zijn neergelegd in de leden 2 van de artikelen 8 tot en met 11 van het EVRM. Gegeven deze situatie mag ook voor het terrein van toegang tot arbeid in bedrijf of beroep het uitgangspunt gelden dat de privacy prevaleert ten opzichte van gelijkheid, tenzij zich een uitdrukkelijke uitzonderingsgrond of een duidelijk uitzonderingsgeval voordoet. Ook bij arbeidsverhoudingen is de horizontale werking van het gelijkheidsbeginsel in de privé-sfeer derhalve principieel uitgesloten.⁷⁵⁶

Natuurlijk rijst dan snel de vraag waar de privé-sfeer begint en eindigt. Hier ligt de daadwerkelijke ruimte voor afweging in het concrete geval, want wat privé is en wat openbaar is verschuift naar tijd en plaats en laat zich moeilijk in algemene zin vaststellen.⁷⁵⁷ De grens wordt in het algemeen bepaald door de aard van de activiteiten en de plaats waar deze moeten worden verricht.⁷⁵⁸ Juist bij arbeidsverhoudingen hangt veel van de plaats van de arbeid af. Het is evident dat bij het aantrekken van een babysitter, een tuinman of een nanny de privé-sfeer prevaleert. Het is daarentegen ook duidelijk dat door een winkelier, de eigenaar van een discotheek of een restauranthouder, voor zover die in de uitoefening van een beroep of bedrijf handelen, niet mag worden gediscrimineerd.⁷⁵⁹ De conclusie moet luiden dat noch de Kaderrichtlijn, noch de Rasrichtlijn noodzaken de nationale wetgeving zodanig aan te passen dat de gelijkheidsnorm ook toepasselijk wordt in de privé-sfeer. In België en Duitsland heeft men dan ook bij de implementatie van de richtlijn daarvan afgezien. In het Verenigd Koninkrijk heeft men daarentegen, maar dat ten onrechte, aanleiding gezien Section 4, tweede lid, van de Race Relations Act 1976 uit te breiden naar arbeidsrelaties in de privé-sfeer.⁷⁶⁰

3.6.3 *Opvatting van het HvJEG*

In 1983 heeft het Hof van Justitie een arrest gewezen in een zaak, aangespannen door de Europese Commissie tegen het Verenigd Koninkrijk.⁷⁶¹ Daarbij werd het Verenigd Koninkrijk door de Commissie verweten de Richtlijn inzake gelijke behande-

⁷⁵⁶ In dezelfde zin Smits 2003, p. 76.

⁷⁵⁷ Zie ook reeds de memorie van toelichting bij het wetsvoorstel tot opnemng van art. 10 in de Grondwet, Algehele grondwetsherziening, eerste lezing, deel 1a Grondrechten, Den Haag 1979, p. 40-41.

⁷⁵⁸ Smits 2003, p. 77.

⁷⁵⁹ Idem.

⁷⁶⁰ Vgl. Smits 2003, p. 80-92.

⁷⁶¹ HvJEG 8 november 1983, zaak nr. 165/82 (Commissie tegen Verenigd Koninkrijk).

ling van mannen en vrouwen in de arbeid⁷⁶² niet volledig binnen de gestelde termijn in de nationale rechtsorde te hebben geïmplementeerd. Een van de grieven van de Commissie luidde dat het in de richtlijn neergelegde discriminatieverbod volgens Britse wetgeving niet geldt voor de tewerkstelling in particuliere huishoudens, noch wanneer een werkgever niet meer dan vijf werknemers in dienst heeft. Dit is volgens de Commissie in strijd met de richtlijn.

Het verweer van het Verenigd Koninkrijk was dat deze uitzondering op het discriminatieverbod wordt gerechtvaardigd door hetgeen in artikel 2, tweede lid, van de richtlijn zelf is bepaald: 'Deze richtlijn vormt geen belemmering voor de bevoegdheid van de lidstaten om beroepsactiviteiten van de toepassing hiervan uit te sluiten en, in voorkomend geval, de hiervoor noodzakelijke opleidingen, waarvoor vanwege hun aard of de voorwaarden voor de uitoefening ervan, het geslacht een bepalende factor is'.

Het Hof erkende dat de Britse wet, voor zover zij betrekking had op dienstbetrekkingen in particuliere huishoudens, een evenwicht beoogde tot stand te brengen tussen het beginsel van gelijke behandeling en het al even fundamentele beginsel van bescherming van het privé leven. Een dergelijk evenwicht, aldus het Hof, is een van de factoren die in aanmerking moet worden genomen bij het afbakenen van de strekking van de in artikel 2, tweede lid, van de richtlijn neergelegde uitzondering. En het Hof vervolgde:

'Het is stellig juist dat deze overweging beslissend kan zijn voor bepaalde soorten dienstbetrekkingen in particuliere huishoudens, maar zij gaat zeker niet in alle gevallen op.

Wat de kleine bedrijven met niet meer dan vijf werknemers betreft, heeft het Verenigd Koninkrijk geen enkel argument aangevoerd waaruit zou blijken, dat in alle bedrijven van die omvang het geslacht van de werknemer een bepalende factor is wegens de aard van de werkzaamheden of de omstandigheden waaronder zij worden verricht.

Wegens haar algemene strekking gaat de uitzondering die in de bestreden bepaling van de wet van 1975 is neergelegd, dus verder dan wat in het kader van artikel 2, lid 2, van de richtlijn nog als legitiem kan worden beschouwd'.⁷⁶³

Het arrest is voor de kwestie waar het in dit hoofdstuk om gaat, niet zonder betekenis. Het Hof spreekt over een wenselijke balans tussen het beginsel van gelijke behandeling en het al even fundamentele beginsel van bescherming van het privé-leven, waarmee wordt aangegeven dat vaak pas in concreto kan worden uitgemaakt of de gelijkheidsnorm (op ontoelaatbare wijze) in de privé-sfeer treedt. Het Hof stelt daarbij, dat de grond waarop het Verenigd Koninkrijk een algemene, wettelijke uitzondering heeft geconstrueerd 'zeker niet in alle gevallen' opgaat. Het arrest kan zo worden begrepen dat in het kader van het Europese recht algemene uitzonderingen van privacy op het discriminatieverbod niet makkelijk zullen worden geaccepteerd.

⁷⁶² Richtlijn nr. 76/207/EEG van de Raad van 9 februari 1976 betreffende de tenuitvoerlegging van het beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen ten aanzien van de toegang tot het arbeidsproces, de beroepsopleiding en de promotiekansen en ten aanzien van de arbeidsvoorwaarden, Pb L39 van 1976, p. 40.

⁷⁶³ Overwegingen 14 tot en met 16.

Deze opvatting van het Hof ligt zeer wel in de lijn van de (veronderstelde) betekenis van de beide richtlijnen: aan het beginsel dat privacy prevaleert ten opzichte van gelijkheid wordt niet afgedaan, maar in concreto zal toch steeds moeten worden uitgemakt hoe en tot waar de precieze grens van de privé-sfeer moet worden getrokken.

3.7 *Conclusies*

3.7.1 *De reikwijdte van het recht op privacy, mede in relatie tot gelijkheid*

Het recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer is ruim en heeft een open karakter. Het is – zeer algemeen – het recht op persoonlijke vrijheid en individuele autonomie, zowel in relatie tot de overheid als in relatie tot de rechten en vrijheden van anderen. Het bestrijkt een veelheid van gevallen die zich alleen in een zeer algemene formule laten vangen. Het recht is beschreven in de Grondwet, het EVRM en geldt als een algemeen beginsel van Gemeenschapsrecht in de EU-rechtsorde. Zowel in de jurisprudentie omtrent art. 10 Grondwet als inzake art. 8 EVRM, alsmede in de jurisprudentie van het HvJEG laat zich de betekenis van het recht in concreto slechts via een rechterlijke afweging kennen. Het recht ontmoet grenzen. In de jurisprudentie van de Nederlandse rechter omtrent art. 10 Grondwet is de eis van een wettelijke grondslag van de beperking op het recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer de meest eenduidige norm die kan worden aangetroffen. In de jurisprudentie van het EHRM is uitgemakt dat op het recht niet te onbepaalde aanspraken op positieve maatregelen van de overheid kunnen worden gebaseerd. Verder is het recht niet van toepassing op relaties met niet-mensen. Het Straatsburgse Hof heeft weer wel de deur op een kier gezet om het recht op privacy van rechtspersonen te erkennen. Van het laatste neemt evenwel het HvJEG uitdrukkelijk afstand totnogtoe. Het recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer leent zich voor toepassing in horizontale verhoudingen.

De Ras- en Kaderrichtlijn bevatten geen nadere beperkingen ten aanzien van de toegang tot goederen of diensten en de toegang tot arbeid in beroep of bedrijf in de privé-sfeer. De uitzonderingsbepalingen van art. 5 en 7 Awgb inzake eisen die gelet op het privé-karakter van de rechtsverhouding in redelijkheid kunnen worden gesteld, behoeven geen aanpassing. Voor het EU-recht mag ervan worden uitgegaan dat het in lijn met het EVRM uitgaat van het beginsel van respect voor het privé- en gezins- en familieleven, waarbij in beginsel het privacyrecht prevaleert ten opzichte van het gelijkheidsbeginsel.

In een arrest uit 1983 heeft het HvJEG zich uitgesproken over een casus waarbij de bij een richtlijn gestelde norm van gelijke behandeling van mannen en vrouwen in de arbeid volgens Britse wetgeving niet van toepassing was op de tewerkstelling in particuliere huishoudens en op situaties dat een werkgever niet meer dan vijf werknemers heeft. Het Hof stelde dat de Britse wet een evenwicht tot stand probeerde te brengen tussen het beginsel van gelijke behandeling en het al even fundamentele beginsel van bescherming van het privé leven. Maar het Hof vond de wettelijke uitzondering te algemeen, in die zin dat er voor bepaalde gevallen een andere afweging kan zijn vereist. Het arrest kan zo worden begrepen dat in het kader van het Europese recht algemene uitzonderingen van privacy op het discriminatieverbod niet makkelijk zullen worden geaccepteerd. Deze opvatting van het Hof ligt zeer wel in de lijn van de (veronderstelde) betekenis van de beide richtlijnen: aan het beginsel dat

privacy prevaleert ten opzichte van gelijkheid wordt niet afgedaan, maar in concreto zal toch steeds moeten worden uitgemaakt hoe en tot waar de precieze grens van de privé-sfeer moet worden getrokken.

3.7.2 Beantwoording van de onderzoeksvraag

De uitzonderingsbepalingen van het derde lid van de artikelen 5 en 7 Awgb zijn niet in strijd met het nationale, internationale of Europese recht. De wettelijke bepalingen zijn open bepalingen die volop ruimte bieden voor afweging in concreto. Het derde lid verleent immers opdracht aan de Cgb en de rechter om uit te maken of er sprake is van (a) een privé-karakter van de werk- of rechtsverhouding dat (b) in concreto overweegt ten opzichte van het belang van toepassing van de wet. Met name element b verzekert de mogelijkheid om de norm op het concrete geval af te stemmen. Er is geen sprake van een norm die algemeen en uniform de aard van de uitzonderingen vooraf bepaalt. Er is geen strijd met de Ras- en Kaderrichtlijn, noch met het grondrecht in de Grondwet en het EVRM. De opzet van de wettelijke bepalingen sluiten aan bij het gegeven – zoals de wetgever het getuige de parlementaire stukken al geschetst heeft – dat het privacyrecht een sterk beginselkarakter heeft. Zij sluit ook aan bij het aan mensenrechten en het Europese recht ten grondslag liggende, en het door het Europese Hof uitgesproken, inzicht dat een uitzondering op het verbod van onderscheid voor particuliere huishoudens of kleine bedrijven niet een regelkarakter mag hebben, die of te uniform uitwerkt danwel voorbijgaat aan de realiteit van de arbeidsverhoudingen.

KERKGENOOTSCHAP EN GEESTELIJK AMBT

DEEL 1

ONDERDEEL 4

B.P. VERMEULEN

Hoofdstuk 1

Inleiding

1.1 Onderwerp en aanleiding

In dit onderdeel staat centraal de *vierde algemene onderzoeksvraag*:

‘WAAR ZITTEN KNELPUNTEN IN DE REIKWIJDTE EN TOEPASSING VAN DE GELIJKEBEHANDELINGSWETGEVING TEN OPZICHTE VAN RECHTSVERHOUDINGEN BINNEN KERKGENOOTSCHAPPEN EN HET GEESTELIJK AMBT? WORDEN BOTSINGEN BEVREDIGEND OPGELOST BINNEN HET KADER VAN ARTIKEL 3 AWGB? IS DE AWGB OP DIT PUNT IN OVEREENSTEMMING MET DE VERPLICHTINGEN VOORTVLOEIEND UIT DE GRONDWET, HET EVRM EN PROTOCOLLEN EN DE EU-REGELGEVING TEN AANZIEN VAN HET DISCRIMINATIEVERBOD EN DE GODSDIENSTVRIJHEID?’

Deze vraag doelt op de spanningsverhouding tussen enerzijds de verplichting tot naleving van nationale en internationale gelijkebehandelingsnormen en anderzijds de aanzienlijke ruimte die de wetgever – ook in de Awgb – laat aan kerken en andere genootschappen op geestelijke grondslag om met het oog op de vrijheid van godsdienst en levensovertuiging eigen criteria en maatstaven te stellen. Deze spanningsverhouding tussen de fundamentele principes van gelijkheid en vrijheid is onvermijdelijk. Enerzijds is er het streven de gelijkebehandelingsnormen zo ver mogelijk te doen uitstrekken. Anderzijds is er het besef dat kerken en daarmee vergelijkbare organisaties een grote autonomie dienen te hebben in het reguleren van hun interne verhoudingen, en in zekere mate ook in hun extern-maatschappelijke optreden, en daarbij dus eigen normen moeten kunnen formuleren.

1.2 Een eerste afbakening van de onderzoeksvraag

Bij de beantwoording van deze onderzoeksvraag bespreken we de *gelijkheidsnormen* enkel voor zover deze raken aan de rechtsverhoudingen binnen kerkgenootschappen en hun zelfstandige onderdelen & lichamen⁷⁶⁴, alsmede het geestelijk ambt. Evenzo bespreken we de *vrijheid van godsdienst* niet in het algemeen, maar enkel voorzover zij relevant is voor kerkgenootschappen, alsmede voor het geestelijk ambt.

Wij noemen hierna korthedshalve – behoudens een enkele uitzondering – niet expliciet de *andere* genootschappen op geestelijke grondslag en de daaraan verbonden ambten. De hier ontwikkelde analyses ten aanzien van kerkgenootschappen gaan overigens (uiteeraard) ook op voor die andere genootschappen. Dat spreekt van zelf, nu verschil in behandeling van deze genootschappen ten opzichte kerkgenootschappen in strijd zou zijn met de eisen van gelijke behandeling van godsdienst en levensovertuiging, zoals onder meer voortvloeiend uit artikelen 1 en 6 Grondwet en artikelen 9 en 14 alsmede het Twaalfde Protocol bij het EVRM. Ook artikel 3 Awgb stelt de betreffende genootschappen op één lijn. Bovendien hebben godsdienst en levensovertuiging, en dus ook genootschappen godsdienstige resp. levensbeschouwelijke grondslag over de gehele breedte van de Awgb eenzelfde positie.

Centraal staat dus de vraag of de Awgb – en daarbinnen met name artikel 3 Awgb – een aanvaardbaar evenwicht realiseert tussen enerzijds gelijkheidsnormen en ander-

⁷⁶⁴ Hierna spreken we korthedshalve alleen van kerk(genootschapp)en, tenzij aparte bespreking van de begrippen ‘zelfstandige onderdelen en lichamen’ aangewezen is.

zijds de vrijheid van godsdienst. Vergelijkbare bepalingen in andere wetten (Wet gelijke behandeling van mannen en vrouwen; artikel 7:648 BW) komen bij de beantwoording van deze vraag voornamelijk aan bod voorzover ze licht op de betekenis van artikel 3 Awgb doen schijnen. Voorondersteld mag worden, dat een analyse van deze bepalingen tot dezelfde uitkomsten leidt als de uitkomsten ten aanzien van artikel 3 Awgb.

Wat betreft de centrale vraag zijn deelvragen te onderscheiden. Enerzijds is hierbij aan de orde in hoeverre met de uitzondering die artikel 3 Awgb maakt op de gelijkheidsnormen in de Awgb voldoende recht gedaan wordt aan de gelijkheidsnormen van hogere orde (Grondwet, verdragen, Gemeenschapsrecht) die de Awgb beoogt te implementeren; met andere woorden, maakt artikel 3 Awgb in het licht van die normen niet een te vergaande uitzonderingspositie voor kerkgenootschappen en het geestelijk ambt mogelijk? Anderzijds is hierbij aan de orde in hoeverre de Awgb – met de uitzondering die artikel 3 Awgb biedt – gezien in het licht van de vrijheid van godsdienst voldoende ruimte laat aan de eigen normering binnen kerkgenootschappen en het geestelijk ambt; met andere woorden, verleent artikel 3 Awgb daarvoor niet een te beperkte uitzonderingspositie? Of biedt artikel 3 Awgb een goed compromis tussen beide waarden? Kortom, doet artikel 3 Awgb afbreuk aan de gelijkheidsnormen ten gunste van de godsdienstvrijheid; doet de Awgb in weerwil van artikel 3 Awgb afbreuk aan de godsdienstvrijheid door een te vergaande strekking en werking aan de gelijkheidsnormen te verlenen; of realiseert artikel 3 Awgb een adequaat evenwicht tussen beide principes?

Hoofdstuk 2

De betekenis van artikel 3 Awgb

2.1 Tekst en wetsgeschiedenis

De gelijkheidsnormen in de Awgb gelden niet onverkort. Onder meer om recht te doen aan fundamentele vrijheden bevat de Awgb enige uitzonderingen, die vooral aan op godsdienstige grondslag gebaseerde instituten en organisaties ten goede komen. Daarbij geldt, dat aan kerkgenootschappen op bepaalde punten verdergaande autonomie toegekend wordt dan aan andere organisaties zoals confessionele scholen en welzijnsinstellingen. In artikel 3 Awgb wordt immers bepaald:

'Deze wet is niet van toepassing op:

- a. rechtsverhoudingen binnen kerkgenootschappen alsmede hun zelfstandige onderdelen en lichamen waarin zij zijn verenigd, alsmede binnen andere genootschappen op geestelijke grondslag;
- b. het geestelijk ambt.'

Dit respect voor de vrijheid van godsdienst, *in casu* uitgewerkt in de vorm van een ruimhartige erkenning van de kerkelijke autonomie, vormt vast onderdeel van de Nederlandse wetgeving. Deze autonomie vindt algemene erkenning in artikel 2:2 lid 2 BW, en krijgt een specifieke uitdrukking in artikel 2 lid 1 sub c BBA 1945, dat personen die een geestelijk ambt bekleden uitsluit van het ontslagvergunningseisete.⁷⁶⁵ Zij is ook terug te vinden in de vrijstelling ten aanzien van het geestelijk ambt zoals neergelegd in de Wet gelijke behandeling van mannen en vrouwen.⁷⁶⁶ Deze wet verbiedt onder meer onderscheid tussen mannen en vrouwen op de terreinen van arbeid en beroepsonderwijs. Ingevolge artikel 5 leden 2 en 3 van de Wet gelijke behandeling van mannen en vrouwen worden geestelijke ambten evenwel van deze verbodsnorm uitgezonderd. Deze leden luiden, in zoverre zij voor de onderhavige materie relevant zijn, als volgt:

2. Voor zover het betreft de toegang tot beroepsactiviteiten of de hiervoor noodzakelijke opleidingen mag van het in de artikelen 1a, 2, 3 en 4 bepaalde worden afgeweken in gevallen waarin vanwege de aard of de voorwaarden voor de uitoefening van de betreffende beroepsactiviteit het geslacht bepalend is.
3. Als beroepsactiviteiten en hiervoor noodzakelijke opleidingen waarvoor vanwege hun aard of de voorwaarden voor de uitoefening ervan het geslacht bepalend kan zijn, worden slechts beschouwd die welke behoren tot respectievelijk opleiden voor een of meer van de volgende categorieën: a. geestelijke ambten [...].'

Het Burgerlijk Wetboek ten slotte verbiedt in artikel 7:646, eerste lid het maken van onderscheid tussen mannen en vrouwen in het kader van de arbeidsverhouding en het verstrekken van onderricht in dat verband. Artikel 5, derde lid van de Wet gelijke

⁷⁶⁵ Aldus HR 30 mei 1986, NJ 1986, 702, r.o. 3.2: 'Aangenomen moet worden, dat [...] de grond voor het opnemen van de uitzonderingsbepaling van art. 2 lid 1 sub c in het bijzonder daarin is gelegen dat de besluitwetgever, geleid op de in de Grondwet neergelegde vrijheid van godsdienst, overheidsbemoeiing als vervat in het BBA met de arbeidsverhouding van de in die bepaling bedoelde geestelijke ambtsdragers heeft willen vermijden'.

⁷⁶⁶ Wet van 1 maart 1980, Staatsblad 1980, 86.

behandeling van mannen en vrouwen wordt in artikel 7:646, tweede lid BW van overeenkomstige toepassing verklaard.

Artikel 3 Awgb, dat zoals gezegd de werking van de Awgb uitsluit ter zake van de rechtsverhoudingen binnen kerkgenootschappen en vergelijkbare organisaties (sub a) en ter zake van het geestelijk ambt (sub b), is blijkens de wetsgeschiedenis opgenomen met het oog op de eerbiediging van de vrijheid van godsdienst en levensovertuiging en het beginsel van scheiding van kerk en staat. De betreffende genootschappen moeten de vrijheid hebben om zich naar de principes van de eigen overtuiging in te richten en de verhoudingen binnen het genootschap dienovereenkomstig te regelen.⁷⁶⁷ De in de wet genoemde aangelegenheden houden immers, aldus de regering in de Memorie van Toelichting, rechtstreeks verband met de belijdenis van de religieus-levensbeschouwelijke overtuiging. Terughoudendheid is vereist met betrekking tot de innerlijke overtuiging en de directe uitdrukking daarvan in het genootschappelijk verband.⁷⁶⁸

Van belang is dat artikel 3 *onder a* Awgb spreekt over rechtsverhoudingen *binnen* het genootschap. Niet iedere verhouding 'met' een genootschap is tevens een relatie 'binnen' een genootschap. Zo zal het van de concrete omstandigheden afhangen of de rechtsverhouding tussen een kerkgenootschap en een werknemer kan worden aangemerkt als een rechtsverhouding 'binnen' het genootschap.⁷⁶⁹ In de toelichtende stukken stelde de regering zich op het standpunt dat de functies van schoonmaker, tuinman en glazenwasser vallen buiten de kring van het genootschap, en de functies van koster, organist en zendingswerker er binnen.⁷⁷⁰ In dezelfde lijn ligt de opvatting, dat bedrijfsmatige verhuur van een kerkelijke ruimte buiten de interne verhoudingen en dus niet onder de reikwijdte van deze bepaling valt.⁷⁷¹

Ten aanzien van artikel 3 *onder b* Awgb⁷⁷² – het geestelijk ambt – merkte de regering op dat genoemde vrijheidsrechten en de scheiding van kerk en staat onder meer meebrengen dat de wetgever niet mag treden in (intern)kerkelijke aangelegenheden, waaronder de kwalificaties voor de vervulling van ambten. Of de pastoraal werker een 'geestelijk ambt' uitoefent werd niet duidelijk.⁷⁷³ Meer in het algemeen moet geconstateerd worden, dat wat exact onder 'geestelijk ambt' begrepen moet worden,

⁷⁶⁷ Zie in dit verband ook artikel 2 van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek (waaraan de terminologie van artikel 3 onder a Awgb is ontleend), luidend:

1. Kerkgenootschappen alsmede hun zelfstandige onderdelen en lichamen waarin zij zijn verenigd, bezitten rechtspersoonlijkheid.
2. Zij worden geregeerd door hun eigen statuut, voorzover dit niet in strijd is met de wet. Met uitzondering van artikel 5 gelden de volgende artikelen niet voor hen; overeenkomstige toepassing daarvan is geoorloofd, voor zover deze is te verenigen met hun statuut en met de aard der onderlinge verhoudingen.'

Zie nader over de organisatorische vrijheid van kerkgenootschappen Vermeulen/Kanne 2004.

⁷⁶⁸ Kamerstukken II 1990/91, 22 014, nr. 3, p. 15.

⁷⁶⁹ Kamerstukken II 1991/92, 22 014, nr. 5, p. 76.

⁷⁷⁰ Kamerstukken II 1991/92, 22 014, nr. 5, p. 76; Handelingen II 1992-1993, p. 3519; Kamerstukken I 1992/93, 22 014, nr. 212c, p. 14.

⁷⁷¹ Kamerstukken II 1991/92, 22 014, nr. 5, p. 77.

⁷⁷² Deze uitzondering komt overeen met een soortgelijke uitzondering in de Wet gelijke behandeling mannen en vrouwen (artikel 5 lid 3 onder a van die wet); jurisprudentie ter zake van die bepaling werpt dus tevens licht op de betekenis van artikel 3 Awgb, en zal verderop aan de orde komen.

⁷⁷³ Kamerstukken II 1991/92, 22 014, nr. 10, p. 30. Meijers is van oordeel, dat de pastoraal werker valt onder het begrip 'geestelijk ambt', (Meijers 1994, p. 713).

niet nader verhelderd werd. Ook de wetsgeschiedenis van het equivalent van deze bepaling uit de Wet gelijke behandeling van mannen en vrouwen (artikel 5, derde lid, onder a van die wet), dat model heeft gestaan voor artikel 3 onder b Awgb, biedt weinig nadere opheldering. De Memorie van toelichting ter zake vermeldt slechts, dat 'een geestelijk ambt bekleden die personen, die binnen een kerkgenootschap of een ander genootschap op geestelijke grondslag zijn aangewezen om voor te gaan in de eredienst dan wel op andere wijze aan het geestesgoed van het genootschap uiting te geven'.⁷⁷⁴

De uitzondering van artikel 3 onder b Awgb geldt evenzeer voor de aangelegenheden die de *opleiding* voor en de *aanstelling* van dragers van een geestelijk ambt betreffen.⁷⁷⁵ Deze bepaling geldt derhalve ook voor opleidingen voor het geestelijk ambt aan een bijzondere school of universiteit die *niet* onder de rechtspersoonlijkheid van een kerkgenootschap valt. Voorwaarde is hierbij dat het gaat om opleidingen voor zuiver godsdienstige functies (dominee, priester etc.).⁷⁷⁶

Het voorgaande komt er op neer, dat de Awgb niet van toepassing is op *intern* kerkelijke aangelegenheden, waaronder mede begrepen de kwalificaties en opleidingen voor, en aanstelling in (kerkelijke) ambten. Maar in *externe* verhoudingen, waar een kerkgenootschap of ambtsdrager op gelijke voet met anderen aan het maatschappelijk verkeer deelneemt, geldt de Awgb wel.⁷⁷⁷

2.2 *Jurisprudentie en oordelen*

Het aantal Commissie-oordelen en rechterlijke uitspraken over artikel 3 Awgb en soortgelijke bepalingen is zeer gering.

De beantwoording van de vraag of de functie van studentenpastor valt onder het begrip 'geestelijk ambt' als bedoeld in artikel 3 onder b Awgb en artikel 5 lid 3 sub a Wet gelijke behandeling van mannen en vrouwen bij de arbeid heeft de Commissie tot nu toe achterwege gelaten.⁷⁷⁸ De Hoge Raad heeft - in het voetspoor van de Commissie gelijke behandeling van mannen en vrouwen⁷⁷⁹ - geoordeeld dat de functie van diaken in de Rooms-Katholieke Kerk als geestelijk ambt in de zin van artikel 5 lid 3 sub a Wgb m/v (en dus in de zin van artikel 3 onder b Awgb) is aan te merken, zodat de diakenopleiding niet hoeft open te staan voor vrouwen.⁷⁸⁰

⁷⁷⁴ Kamerstukken II 1986/87, 19 908, nr. 3, p. 21.

⁷⁷⁵ Kamerstukken II 1990/91, 22 014, nr. 3, p. 7.

⁷⁷⁶ Kamerstukken II 1991/92, 22 014, nr. 5, p. 77; Kamerstukken II 1991/92, 22 014, nr. 10, p. 30.

⁷⁷⁷ Kamerstukken II 1990/91, 22 014, nr. 3, p. 7: 'De vrijheid van godsdienst en levensovertuiging en het beginsel van scheiding van kerk en staat hebben geleid tot opnemning van de uitzonderingen als bedoeld in artikel 3, onderdelen a en b. Dit brengt mee dat de (gelijke behandelings)wetgever niet mag treden in (intern)kerkelijke aangelegenheden, waaronder de kwalificaties voor de vervulling van ambten. Dit geldt evenzeer voor aangelegenheden die de opleiding voor en de aanstelling van dragers van een geestelijk ambt betreffen. Het wetsvoorstel is evenwel onverkort van toepassing wanneer een genootschap of een geestelijk ambtsdrager op gelijke voet met anderen aan het maatschappelijk verkeer deelneemt'. Evenzo Kamerstukken II 1991/92, 22 014, nr. 5, p. 76; Kamerstukken I 1992/93, 22 014, nr. 212c, p. 14.

⁷⁷⁸ Cgb 9 augustus 2001, Oordeel 2001-85. In de verderop besproken oordelen inzake het door de bisschoppenconferentie ingestelde pensioenfonds voor pastores (waaronder pastoraal werkers) bleef deze kwestie onaangeroerd.

⁷⁷⁹ Cgb m/v 2 juli 1992, Oordeel 399-92-38.

⁷⁸⁰ Hoge Raad 20 oktober 1995, Nederlandse Jurisprudentie 1996, 330.

Soms is evident dat sprake is van *interne* verhoudingen. De Commissie gelijke behandeling (hierna ook: CGB, Commissie) oordeelde bijvoorbeeld dat een verzoeker die als lid van een geloofsgemeente was geroyeerd en de toegang tot de zondagochtend-diensten was geweigerd geen beroep op de Awgb kan doen. De toelating tot deze diensten betreft een aangelegenheid die rechtstreeks verband houdt met de belijdenis van de religieuze overtuiging, en vormt dus een louter intern-kerkelijke kwestie die krachtens artikel 3 onder a Awgb niet onder de Awgb valt.⁷⁸¹ Meer in het algemeen kan gesteld worden dat bezinningsbijeenkomsten,⁷⁸² diensten, vieringen e.d. van kerkgenootschappen en andere genootschappen op geestelijke grondslag onder genoemde bepaling vallen.

In het algemeen zijn veel lastiger de zaken waarin de Commissie zich moet uitspreken over de vraag, of sprake is van verhoudingen *binnen* een kerkgenootschap of ander genootschap op geestelijke grondslag waar het instellingen betreft die zich (in zekere mate) in het maatschappelijk verkeer begeven. Soms is de zaak helder, bijvoorbeeld in het geval waarin de Commissie had te oordelen over het beleid van de Katholieke Theologische Universiteit Utrecht ten aanzien van homodisputen. De universiteit had zelf immers benadrukt geen zelfstandig onderdeel van de Rooms-Katholieke Kerk te zijn; bovendien had de Kerk geen invloed op het dagelijks bestuur van de universiteit. Dat (ook) de Commissie artikel 3 Awgb niet van toepassing achtte lag voor de hand.⁷⁸³

Al ingewikkelder lag de vraag of de stichting School voor Praktische Filosofie en Spiritualiteit, en de Schoolleider Internationaal van deze stichting, jegens verzoeker in strijd met de Awgb hadden gehandeld vanwege diens seksuele gerichtheid⁷⁸⁴ (het betrof blijkbaar een ontheffing van verzoeker uit zijn functie als mentor bij de school vanwege zijn homoseksualiteit). Stichting en schoolleider beriepen zich op artikel 3 Awgb. De school welke van de stichting uitging bood een onderwijsprogramma aan waarin spirituele onderwijzing, de praktische beoefening daarvan, onderzoek en meditatie plaatsvonden. De school stond onder leiding van de Schoolleider Nederland, welke weer ressorteerde onder een Schoolleider Internationaal, desgevraagd spirituele richtlijnen gaf waarbij hij zich liet inspireren door een Indiase goeroe ('Zijne Heiligheid'). De Commissie kwam tot de slotsom dat met de school en haar samenstel aan activiteiten uitdrukking wordt gegeven aan een levensbeschouwing, en concludeerde dat de school een genootschap op geestelijke grondslag was. Nu het verzoek betrekking had op de vereiste kwalificaties als mentor, en het derhalve een rechtsverhouding binnen een genootschap op geestelijke grondslag betrof, was zij ingevolge artikel 3 onder a Awgb niet bevoegd te beoordelen of de stichting en de schoolleider in strijd met de Awgb hadden gehandeld.

In een andere zaak waarin de toepasselijkheid van artikel 3 onder a Awgb aan de orde is gaat het om de vraag of de Stichting tot Exploitatie van Seviceflats Huize Het Oosten verboden onderscheid maakt op grond van geslacht door inschrijving van verzoeker en zijn mannelijke partner te weigeren.⁷⁸⁵ Deze stichting heeft als doel het

⁷⁸¹ Cgb 24 juli 1995, Oordeel 1995-26.

⁷⁸² Cgb 12 februari 1998, Oordeel 1998-10.

⁷⁸³ Cgb 19 december 1997, Oordeel 1997-135.

⁷⁸⁴ Cgb 27 maart 2003 (2x), Oordeel 2003-42 en Oordeel 2003-43.

⁷⁸⁵ Cgb 12 februari 1998, Oordeel 1998-10.

verzorgen van huisvesting voor de oudere leden van de Orde van Vrijmetselaren en hun partners. Zij stelt zich op het standpunt dat zij moet worden aangemerkt als een genootschap op geestelijke grondslag, gelet op het feit dat zij is opgericht en gefinancierd door enkele leden van de Orde van Vrijmetselaren en bovendien het samenlevingsverband binnen Huize Het Oosten onlosmakelijk verbonden is met de interne beginselen van de Vrijmetselarij. Het toelatingsbeleid valt dan ook onder de noemer van een ‘rechtsverhouding binnen een genootschap op geestelijke grondslag’, zodat hierop artikel 3 onder a Awgb van toepassing is.

De Commissie verwerpt dit verweer. De wetgever heeft met artikel 3 Awgb bedoeld op aangelegenheden die rechtstreeks verband houden met de belijdenis van de religieus-levensbeschouwelijke overtuiging. Instellingen die vanuit de kring van een genootschap zijn opgericht om een bepaalde [maatschappelijke?] functie te vervullen of werkzaamheid uit te oefenen zullen derhalve in zijn algemeenheid niet snel als genootschap op geestelijke grondslag kunnen worden beschouwd dan wel tot het genootschap kunnen worden gerekend. Vaststaat dat de Orde van Vrijmetselaren een genootschap op geestelijke grondslag is. De *stichting* is dat evenwel niet. Zij heeft als centrale doelstelling het bevorderen van de huisvesting van oudere vrijmetselaren en hun partners en het bieden van zorg, te realiseren in samenhang met de bezinning op hun levensovertuiging. Deze nauwe relatie met de vrijmetselarij en de bezinningsmogelijkheden die binnen Huize Het Oosten worden geboden zijn evenwel onvoldoende om het pakket van dienstverlening aan te merken als activiteit van het genootschap (de Orde) waarmee de stichting zich verbonden voelt, of te concluderen dat zij daardoor zelf een genootschap op geestelijke grondslag is. De stichting is bovendien een van de Orde van Vrijmetselaren los staande rechtspersoon, waarop het hoofdbestuur van de Orde geen enkele bestuurlijke invloed heeft. Derhalve is de stichting geen genootschap op geestelijke grondslag, en is bij de toepassing van de toelatingsvoorwaarden dus geen sprake van een rechtsverhouding binnen zulk een genootschap.

In een zestal oordelen wordt de vraag aan de orde gesteld, of het met de Awgb te verenigen is dat de Instelling Pensioenfonds van de Nederlandse Bisdommen ongehuwde partners van pastores (priesters, diakens, pastoraal werkers⁷⁸⁶) van een nabestaandenpensioen uitsluit.⁷⁸⁷ In dit verband maakt de Commissie in vier zaken onderscheid tussen twee categorieën: (a) die welke betrekking hebben op de Rooms-Katholieke Bisschoppenconferentie⁷⁸⁸ en (b) die welke betrekking hebben op het voornoemde, door de bisschoppenconferentie opgerichte pensioenfonds.⁷⁸⁹ In deze vier zaken beroept de verweerder zich op de uitzonderingsgrond van artikel 3 Awgb. De andere twee zaken die uitmonden in niet-ontvankelijkverklaringen van de Commissie Mensenrechten in de kerk van de Acht Mei Beweging⁷⁹⁰, laten we onbesproken.

⁷⁸⁶ Deze casus betreft voornamelijk pastoraal werkers. Priesters en diakens kunnen ingevolge de voorschriften van de Rooms-Katholieke Kerk niet gehuwd zijn, tenzij zij dat reeds voor hun wijding zijn.

⁷⁸⁷ CGB 13 augustus 2002, Oordelen 2002-110 t/m 2002-115.

⁷⁸⁸ Oordelen 2002-110 en 2002-112.

⁷⁸⁹ Oordelen 2002-111 en 2002-113.

⁷⁹⁰ Oordelen 2002-114 en 2002-115.

- (a) Allereerst komt aan bod de vraag of sprake is van een kerkgenootschap of een zelfstandig onderdeel of lichaam (artikel 3 onder a Awgb). Dat de Commissie – in het voetspoor van de Memorie van toelichting bij de Awgb⁷⁹¹ – de Rooms-Katholieke Kerkprovincie als een kerkgenootschap kwalificeert en de bisschoppenconferentie als een zelfstandig onderdeel van dit kerkgenootschap aanmerkt zal niet verbazen. Vervolgens oordeelt de Commissie dat het gewraakte onderscheid, voorzover gemaakt door de bisschoppenconferentie, valt onder de uitzonderingsgrond: ‘regelingen betreffende de arbeidsvoorwaarden, waaronder die betreffende de pensioenvoorziening van de priesters, diakens en pastoraal werkers, zijn dan ook te beschouwen als rechtsverhoudingen binnen een kerkgenootschap, waarop de AWGB niet van toepassing is ingevolge artikel 3, aanhef en onderdeel a, AWGB’.⁷⁹²
- (b) De vraag rijst vervolgens of de kwalificatie door de bisschoppenconferentie van het door haar opgerichte pensioenfonds als een zelfstandig onderdeel van het kerkgenootschap aanvaard dient te worden. De Commissie meent van niet. Weliswaar is het uitsluitend aan het kerkgenootschap om te bepalen of een instelling als (zelfstandig) onderdeel van dat kerkgenootschap aangemerkt kan worden: de uit de vrijheid van godsdienst voortvloeiende organisatorische autonomie brengt met zich dat een kerkgenootschap niet tegen zijn wil met een zelfstandig onderdeel kan worden 'opgescheept'; een instelling is geen zelfstandig onderdeel van een kerkgenootschap als dat genootschap het niet als zodanig aanmerkt.⁷⁹³ Maar de Commissie meent dat het omgekeerde – een instelling is *per definitie* wel een zelfstandig onderdeel als het kerkgenootschap het als zodanig aanmerkt – hier niet uit voortvloeit.⁷⁹⁴ Derhalve dient nader bepaald te worden of het pensioenfonds een religieus karakter heeft, en dat is volgens de Commissie niet het geval. Het doel van het pensioenfonds is louter het voor de deelnemers en hun rechtverkrijgenden verzekeren van pensioenuitkeringen, terwijl uit de doelomschrijving van het fonds en het nader gestelde niet blijkt dat zijn activiteiten een religieus karakter hebben. Derhalve valt het fonds niet onder artikel 3 sub a Awgb.⁷⁹⁵ Tenslotte resteert de vraag of het pensioenfonds zich kan beroepen op de uitzondering van artikel 3 sub b Awgb: het geestelijk ambt. De Commissie doet het beroep hierop kort af. Blijkens de Memorie van Toelichting ziet deze bepaling volgens haar op het kunnen stellen van kwalificaties ten aanzien van de vervulling van het geestelijk ambt, waar in casu geen sprake van is; deze bepaling is volgens de Commissie dus evenmin van toepassing.

⁷⁹¹ Kamerstukken II 1991/92, 22 014, nr. 5, p. 76.

⁷⁹² Oordelen 2002-110 en 2002-112.

⁷⁹³ Hoge Raad 30 oktober 1987, Nederlandse Jurisprudentie 1988, 392.

⁷⁹⁴ Zie de noot van Maeijer bij voornoemd arrest.

⁷⁹⁵ Oordelen 2002-111 en 2002-113.

Hoofdstuk 3

Verenigbaarheid met Grondwet, EVRM en de EU-recht

Na de hiervoor gegeven beschrijving van de strekking van artikel 3 Awgb aan de hand van wetsgeschiedenis en jurisprudentie komen we thans toe aan de vraag of deze bepaling in overeenstemming is met de discriminatieverboden die besloten liggen in de Grondwet, het EVRM en EU-regelgeving.⁷⁹⁶ De suggestie in deze vraagstelling is, dat deze bepaling mogelijk een te grote immuniteit verschafft aan (kerk)genootschappen, waardoor genoemde discriminatieverboden ten onrechte buiten toepassing verklaard worden.

Het is dienstig in dit verband te onderscheiden tussen twee typen normen, te weten enerzijds de globale, open discriminatieverboden in Grondwet en EVRM, en anderzijds EU-regelgeving.⁷⁹⁷

3.1 Grondwet en EVRM

De eerste categorie omvat artikel 1 Grondwet, artikel 14 EVRM en het Twaalfde Protocol bij het EVRM. Deze bepalingen verbieden discriminatie op een aantal specifieke gronden, alsmede discriminatie ‘op welke grond dan ook’ (artikel 1 Grondwet), resp. op grond van (elke) ‘andere status’. Zij zijn aldus ‘open’ in termen van verboden discriminatiegronden, maar ook ‘open’ in de zin dat zij slechts ongelijke behandeling verbieden waarvoor geen voldoende rechtvaardiging bestaat.

Ons inziens is er geen reden om te oordelen dat artikel 3 Awgb niet in overeenstemming zou zijn met deze discriminatieverboden. Allereerst dient er op gewezen te worden dat deze bepalingen primair gericht zijn tot de overheid – verticale werking hebben – en slechts in zekere mate ook werken in de verhouding tussen burgers onderling: hooguit is sprake van indirecte horizontale werking, waarbij de discriminatieverboden bij de invulling van open civielrechtelijke normen een rol spelen. Bij rechtsverhoudingen binnen (kerk)genootschappen en bij juridische vraagstukken ten aanzien van het geestelijk ambt gaat het om horizontale relaties.

Tegengeworpen zou kunnen worden, dat in genoemde verboden ook een opdracht tot wetgeving besloten ligt, namelijk een opdracht tot het tot stand brengen van regelingen die discriminatie ook in het horizontale verkeer verbieden, en dat de wetgever middels de ‘vrijstelling’ van artikel 3 Awgb die opdracht niet genoegzaam heeft vervuld. Hier dient dan wederom tegen ingebracht te worden, dat de te implementeren discriminatieverboden in horizontale relaties een minder sterke werking hebben. Bovendien is de omvang van de opdracht tot nadere uitwerking in wetgeving van de discriminatieverboden in horizontale relaties niet scherp omljnd, en aan beperkingen onderworpen.

Illustratief is de terughoudende opstelling ter zake in het toelichtende rapport bij het Twaalfde Protocol bij het EVRM.⁷⁹⁸ Daarin wordt onder meer overwogen:

“24. The wording of Article 1 [van het Twaalfde Protocol] reflects a balanced approach to possible positive obligations of the Parties under this provision. This

⁷⁹⁶ Voor een uitgebreide bespreking van deze verboden zij verwezen naar Deel 1 van ons rapport.

⁷⁹⁷ Zie voor een zelfde indeling Hoofdstuk 3 uit Deel 1 van dit rapport.

⁷⁹⁸ Council of Europe, Explanatory Report on Protocol no. 12 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (ETS No. 177).

concerns the question to what extent Article 1 obliges the Parties to take measures to prevent discrimination, even where discrimination occurs in relations between private persons (so-called “indirect horizontal effects”). The same question arises as regards measures to remedy instances of discrimination. While such positive obligations cannot be excluded altogether, the prime objective of Article 1 is to embody a negative obligation for the Parties: the obligation not to discriminate against individuals.

25. On the one hand, Article 1 protects against discrimination by public authorities. The Article is not intended to impose a general positive obligation on the Parties to take measures to prevent or remedy all instances of discrimination in relations between private persons. [...]

26. On the other hand, it cannot be totally excluded that the duty to “secure” under the first paragraph of Article 1 might entail positive obligations. For example, this question could arise if there is a clear lacuna in domestic law protection from discrimination. [...]

27. Nonetheless, the extent of any positive obligations flowing from Article 1 is likely to be limited. It should be borne in mind that the first paragraph is circumscribed by the reference to the “enjoyment of any right set forth by law” and that the second paragraph prohibits discrimination “by any public authority”. It should be noted that, in addition, Article 1 of the Convention sets a general limit on state responsibility which is particularly relevant in cases of discrimination between private persons.

28. These considerations indicate that any positive obligation in the area of relations between private persons would concern, at the most, relations in the public sphere normally regulated by law, for which the state has a certain responsibility (for example, arbitrary denial of access to work, access to restaurants, or to services which private persons may make available to the public such as medical care or utilities such as water and electricity, etc.). The precise form of the response which the state should take will vary according to the circumstances. It is understood that purely private matters would not be affected. Regulation of such matters would also be likely to interfere with the individual’s right to respect for his private and family life, his home and his correspondence, as guaranteed by Article 8 of the Convention’.

De laatste geciteerde zin bevat reeds een aanwijzing voor een belangrijke reden waarom terughoudendheid betracht moet worden met het toekennen van directe horizontale werking van de discriminatieverboden, en bij de uitwerking van die verboden voor horizontale relaties middels wetgeving. De discriminatieverboden en de wetgeving welke beoogt deze uit te werken moeten in harmonie zijn met het algemene ongeschreven uitgangspunt dat men in zijn private relaties vergaand vrij dient te zijn, en moeten in overeenstemming zijn met de vrijheidsrechten in Grondwet en mensenrechtenverdragen.

Hierbij geldt ten eerste dat er geen sprake is van een voorgegeven rangorde in die zin, dat de discriminatieverboden per definitie of in principe voorrang hebben op de vrijheidsrechten. Zo merkte de regering in het kader van de grondwetsherziening van 1983 op, dat aan de volgorde van de artikelen in de Grondwet geen juridische consequenties verbonden diende te worden.⁷⁹⁹ In lijn hiermee stelde de regering in de Memorie van toelichting bij de Awgb: ‘Uitgangspunt daarbij is geweest het standpunt van de grondwetgever dat uit de volgorde, formulering of ouderdom geen on-

⁷⁹⁹ Kamerstukken II 1975/76, 13 872, nr. 3, p. 8.

derlinge rangorde van grondrechten is af te leiden'.⁸⁰⁰ Artikel 1 Grondwet heeft dus geen automatische voorrang omdat het toevallig op nummer 1 staat. Ten tweede geldt hierbij 'dat bij wetgeving ter uitwerking van artikel 1 Grondwet de beperkingsclausules van de artikelen 6, 8 en 23 alsmede van de relevante verdragsbepalingen in acht moeten worden genomen'.⁸⁰¹

Wij achten deze twee uitgangspunten ook van toepassing voor het EVRM, hetgeen inhoudt dat de discriminatieverboden in dit verdrag (artikel 14, Twaalfde Protocol) geen superieure rang hebben ten opzichte van de vrijheidsrechten in het EVRM, en dat – zoals ook besloten ligt in het zojuist gegeven citaat uit de Awgb-wetsgeschiedenis – wetgeving ter uitwerking van die verboden de beperkingsclausules bij die vrijheidsrechten in acht moet nemen.

De relevante vrijheidsrechten zijn in dit kader de vrijheid van godsdienst en levensovertuiging (artikel 6 Grondwet, artikel 9 EVRM) en de vrijheid van vereniging⁸⁰² (artikel 8 Grondwet, artikel 11 EVRM). Onder deze vrijheden valt onder meer het recht tot eigen inrichting van kerken en andere organisaties op levensbeschouwelijke grondslag waarbinnen de belijdenis gestalte kan krijgen. Zo overweegt het Europese Hof voor de Rechten van de Mens, dat 'the believers' right to freedom of religion encompasses the expectation that the community will be allowed to function peacefully, free from arbitrary State intervention. Indeed, the autonomous existence of religious communities is indispensable for pluralism in a democratic society and is thus an issue at the very heart of the protection that Article 9 affords'.⁸⁰³

Een fundamenteel onderdeel van deze organisatievrijheid is de bevoegdheid van de organisatie om naar eigen – religieus-theologisch gefundeerd – inzicht haar voorgangers, leraren en ander personeel aan te stellen, alsmede haar 'cliëntenbestand' te bepalen. Van de betreffende werknemer of cliënt mag dan ook, afhankelijk van zijn meer of minder centrale positie, een meer of minder vergaande instemming met en loyaliteit aan de grondslag van de organisatie gevergd worden. Zijn vrijheid omvat in dit verband in principe enkel de vrijheid om tot zo een genootschap toe te treden (en er uit te stappen⁸⁰⁴): door toetreding doet hij ten opzichte van de organisatie van zijn vrijheid afstand, verplicht hij zich aan haar doelstellingen en haar (interpretatie van de) grondslag te onderwerpen. Ergo, in deze interne sfeer is de organisatie,

⁸⁰⁰ Kamerstukken II 1990/91, 22 014, nr. 3, p. 6. Evenzo Kamerstukken II 1991/92, 22 014, nr. 5, p. 35-36; Kamerstukken II 2003/04, 29 614, nr. 2, p. 10 (Nota Grondrechten in een pluriforme samenleving).

⁸⁰¹ Kamerstukken II 1990/91, 22 014, nr. 3, p. 3; aldus ook p. 6 aldaar.

⁸⁰² Opgemerkt zij, dat de vrijheid van vereniging in Grondwet en EVRM niet enkel ziet op de vereniging naar burgerlijk recht, maar in principe op elke private organisatie, daaronder begrepen ook kerkgenootschappen en andere organisaties op levensbeschouwelijke grondslag. Zie EHRM 26 oktober 2000, AB 2001, 183 (Hasan en Chaush), waarin niet alleen artikel 9 EVRM maar ook artikel 11 EVRM voor religieuze organisaties van toepassing geacht werd. Voor artikel 8 Grondwet zie Van der Meulen 2000, p. 138.

⁸⁰³ EHRM 26 oktober 2000, AB 2001, 183 (Hasan en Chaush); zo ook EHRM 13 december 2001 (Metropolitan Church of Bessarabia and Others). Zie nader M.J. Kanne, Respect voor pseudo-religieuzen? in N.F. van Manen (red.), De multiculturele samenleving en het recht, Nijmegen 2002, p. 299-308; Vermeulen/Kanne 2004, p. 84-87; B.P. Vermeulen, 'Commentary on Article 9', in P. van Dijk, G.J.H. van Hoof (eds.), Theory and Practice of the European Convention on Human Rights, Antwerpen 2006, p. 774-776.

⁸⁰⁴ HR 23 juli 1946, NJ 1947, 1; ECRM 8 maart 1976, D&R 5, 157; ECRM 8 maart 1985, D&R 42, 247.

gerepresenteerd door de kerkelijke leiding, krachtens de vrijheid van godsdienst en vereniging bevoegd de belijdenis te organiseren en zonodig door toelatingseisen en disciplinaire maatregelen conformiteit met de grondslag af te dwingen.

Voor de staat betekent dit, dat hij zich omwille van de vrijheid van godsdienst en vereniging in principe afzijdig moet houden van het personeels- en cliëntenbeleid en andere intern-kerkgenootschappelijke aangelegenheden.⁸⁰⁵ Uiteraard kunnen deze vrijheidsrechten – binnen de marges van de clausuleringen – door de wetgever beperkt worden. Wettelijke discriminatieverboden waardoor de vrijheid ter zake van de benoeming van ambtsdragers en ter zake van intern-kerkgenootschappelijke verhoudingen wezenlijk beperkt wordt zouden in het licht van artikel 6 Grondwet op grond van de clausulering van het eerste lid (behoudens ieders verantwoordelijkheid volgens de wet) dan ook mogelijk zijn. Maar het is de vraag of tevens voldaan wordt aan de eis in artikel 8 Grondwet dat de beperking nodig is in het belang van de openbare orde. En nog meer valt te betwijfelen of dergelijke beperkingen wel voldoen aan de clausulering van artikel 9 lid 2 EVRM. Het betreft hier een kernaspect van de (organisatorische) godsdienstvrijheid, dat bovendien veelal nauw verbonden is met de vrijheid bepaalde theologische dogma's te huldigen en aan de interne organisatie ten grondslag te leggen. Deze vrijheid is onontbeerlijk voor het pluralisme dat de democratische samenleving kenmerkt. Beperkingen op dit terrein worden door het Europese Hof voor de Rechten van de Mens dan ook stringent getoetst, meestal geacht niet noodzakelijk te zijn in de zin van artikel 9 lid 2 EVRM, en dus niet aanvaardbaar te zijn.⁸⁰⁶

Al met al komen wij tot de conclusie dat artikel 3 Awgb, welke het geestelijk ambt en de intern-kerkelijke verhoudingen buiten de reikwijdte van de Awgb plaatst, niet in strijd is met artikel 1 Grondwet, artikel 14 EVRM en het Twaalfde Protocol bij het EVRM. Genoemde grondwets- en verdragsbepalingen, gelezen in het licht van de vrijheid van godsdienst en vereniging, laten het onder meer toe, dat kerkgenootschappen ter zake van het geestelijk ambt en intern-kerkgenootschappelijke verhoudingen allerlei vormen van direct en indirect onderscheid maken. Zo oordeelde de Hoge Raad, dat het uitsluiten van vrouwen van de diaken-opleiding binnen de Rooms-Katholieke Kerk met deze bepalingen verenigbaar is, onder meer overwegend: 'Het Hof heeft terecht aan de door Van Asseldonk ingeroepen wets- en verdragsbepalingen [artikel 1 Grondwet, en artikel 26 IVBPR (dat artikel 14 EVRM overlapt)] niet de door haar verdedigende verstrekkende betekenis toegekend en geoordeeld dat de vrijheid van godsdienst, gelet op meerbedoeld art. 5 lid 3, aanhef en onder a, WGB [equivalent van artikel 3 onder b Awgb], meebrengt dat voor de bekleding van geestelijke ambten en de opleiding daartoe onderscheid tussen mannen en vrouwen mag worden gemaakt, waaraan ook geen geschreven of ongeschreven rechtsregel aan in de weg staat'.⁸⁰⁷

⁸⁰⁵ Het is juist met het oog hierop dat artikel 3 Awgb is opgenomen.

⁸⁰⁶ EHRM 14 december 1999, AB 2000, 73 (Serif); EHRM 26 oktober 2000, AB 2001, 183 (Hasan en Chaush); EHRM 13 december 2001 (Metropolitan Church of Bessarabia and Others); EHRM 17 oktober 2002 (Agga v. Greece); EHRM 16 december 2004 (Supreme Holy Council of the Muslim Community).

⁸⁰⁷ HR 20 oktober 1995, NJ 1996, 330 (Van Asseldonk).

3.2 EU-regelgeving

Een andere vraag is of artikel 3 Awgb in overeenstemming is met EU-discriminatieverboden. Relevant zijn in dit verband een aantal bepalingen uit verschillende richtlijnen.

3.2.1 Overzicht richtlijnen

Allereerst bepaalt artikel 2 lid 1 van *Richtlijn 76/207/EEG* betreffende de tenuitvoerlegging van het beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen ten aanzien van de toegang tot het arbeidsproces, de beroepsopleiding en de promotiekansen en ten aanzien van de arbeidsvoorwaarden⁸⁰⁸:

‘Het beginsel van gelijke behandeling in de zin van de hierna volgende bepalingen houdt in dat iedere vorm van discriminatie is uitgesloten op grond van geslacht, hetzij direct, hetzij indirect door verwijzing naar met name de echtelijke staat of de gezinssituatie’.

Artikel 2 lid 2 van *Richtlijn 76/207/EEG* maakte hierop echter de volgende uitzondering:

‘Deze richtlijn vormt geen belemmering voor de bevoegdheid van de Lid-Staten om beroepsactiviteiten van de toepassing hiervan uit te sluiten en, in voorkomend geval, de hiervoor noodzakelijke opleidingen, waarvoor vanwege hun aard of de voorwaarden voor de uitoefening ervan, het geslacht een bepalende factor is’.

Richtlijn 76/207/EEG is gewijzigd bij *Richtlijn 2002/73/EG*.⁸⁰⁹ Voor het oude artikel 2 lid 2 is in de plaats gekomen een nieuw artikel 2 lid 6, luidend:

‘De lidstaten kunnen ten aanzien van de toegang tot het arbeidsproces, inclusief de opleiding die daartoe leidt, bepalen dat een verschil in behandeling dat gebaseerd is op een kenmerk dat verband houdt met het geslacht, geen discriminatie vormt, indien een dergelijk kenmerk wegens de aard van de betrokken specifieke beroepsactiviteiten of de context waarin deze worden uitgevoerd, een wezenlijk en bepalend beroepsvereiste vormt, mits het doel legitiem en het vereiste evenredig aan dat doel is’.

Een andere relevante richtlijn is de *Rasrichtlijn*.⁸¹⁰ Deze richtlijn verbiedt discriminatie op grond van ras of etnische afstamming in de sfeer van arbeid, beroep, opleiding e.d. In artikel 4 wordt de mogelijkheid geopend om uitzonderingen te maken, welke bepaling in vergaande mate vergelijkbaar is met het hierboven geciteerde artikel 2 lid 6 (zoals ingevoegd bij *Richtlijn 2002/73/EG*):

‘Niettegenstaande artikel 2, leden 1 en 2, kunnen de lidstaten bepalen dat een verschil in behandeling dat op een kenmerk in verband met ras of etnische afstamming berust, geen discriminatie vormt, indien een dergelijk kenmerk vanwege de aard van de betrokken specifieke beroepsactiviteiten of de context waarin deze worden uitgevoerd, een wezenlijk en bepalend beroepsvereiste vormt, mits het doel legitiem en het vereiste evenredig aan dat doel is’.

⁸⁰⁸ PbEG 1976 L 039/40.

⁸⁰⁹ PbEG 2002 L 269/15.

⁸¹⁰ Zie voor *Rasrichtlijn* en *Kaderrichtlijn*: lijst van verkort geciteerde literatuur.

Ten slotte moet genoemd worden *de Kaderrichtlijn*. Deze richtlijn – de *kaderrichtlijn* – verbiedt discriminatie in arbeid en beroep op grond van godsdienst of overtuiging, handicap, leeftijd of seksuele geaardheid. De richtlijn biedt in artikel 4 lid 1 ruimte voor een uitzondering analoog aan die in de andere richtlijnen:

- ‘1. Niettegenstaande artikel 2, leden 1 en 2, kunnen de lidstaten bepalen dat een verschil in behandeling dat op een kenmerk in verband met een van de in artikel 1 genoemde gronden berust, geen discriminatie vormt, indien een dergelijk kenmerk, vanwege de aard van de betrokken specifieke beroepsactiviteiten of de context waarin deze worden uitgevoerd, een wezenlijk en bepalend beroepsvereiste vormt, mits het doel legitiem en het vereiste evenredig aan dat doel is’.

3.2.2. *Beoordeling exceptie geestelijk ambt*

Daarnaast bevat artikel 4 in het tweede lid nog een tweede uitzonderingsmogelijkheid:

- ‘2. De lidstaten kunnen op het moment van vaststelling van deze richtlijn bestaande nationale wetgeving handhaven of voorzien in toekomstige wetgeving waarin op de datum van vaststelling van deze richtlijn bestaande nationale praktijken worden opgenomen, die bepaalt, dat in het geval van kerken en andere publieke of particuliere organisaties, waarvan de grondslag op godsdienst of overtuiging is gebaseerd, voor wat betreft de beroepsactiviteiten van deze organisaties een verschil in behandeling gebaseerd op godsdienst of overtuiging van een persoon geen discriminatie vormt indien vanwege de aard van de activiteiten of de context waarin deze worden uitgeoefend de godsdienst of de overtuiging een wezenlijk, legitiem en gerechtvaardigd beroepsvereiste vormt gezien de grondslag van de organisatie. Dit verschil in behandeling wordt toegepast met inachtneming van de grondwettelijke bepalingen en beginselen van de lidstaten en van de algemene bepalingen van het Gemeenschapsrecht, en mag geen op een andere grond gebaseerde discriminatie rechtvaardigen. Mits de bepalingen van deze richtlijn voor het overige worden geëerbiedigd, laat deze richtlijn derhalve het recht van kerken en andere publieke of particuliere organisaties waarvan de grondslag op godsdienst of overtuiging is gebaseerd, onverlet om, handelend in overeenstemming met de nationale grondwettelijke en wettelijke bepalingen, van personen die voor hen werkzaam zijn, een houding van goede trouw en loyaliteit aan de grondslag van de organisatie te verlangen.’

De eerste vraag die we beantwoorden is, of de in artikel 3 Awgb gemaakte exceptie ter zake van het geestelijk ambt (waaronder mede begrepen dient te worden de opleiding voor het geestelijk ambt) en ter zake van overige functies binnen kerkgenootschappen (de koster, zendingswerker e.d.) verenigbaar is met de hiervoor genoemde richtlijnen. Bepalend is, of de genoemde door de richtlijnen geformuleerde uitzonderingsbepalingen voldoende ruimte bieden voor artikel 3 Awgb.

Richtlijn 76/207/EEG is in 1980 geïmplementeerd door middel van de Wet gelijke behandeling van mannen en vrouwen.⁸¹¹ Deze wet verbiedt onder meer het maken van onderscheid tussen mannen en vrouwen op de terreinen van arbeid en beroeps- onderwijs. Ingevolge artikel 5 leden 2 en 3 van de Wet gelijke behandeling van

⁸¹¹ Wet van 1 maart 1980, Staatsblad 1980, 86.

mannen en vrouwen worden geestelijke ambten evenwel van deze verbodsnorm uitgezonderd. Deze leden luiden, in zoverre zij hier relevant zijn, als volgt:

‘2. Voor zover het betreft de toegang tot beroepsactiviteiten of de hiervoor noodzakelijke opleidingen mag van het in de artikelen 1a, 2, 3 en 4 bepaalde worden afgeweken in gevallen waarin vanwege de aard of de voorwaarden voor de uitoefening van de betreffende beroepsactiviteit *het geslacht bepalend is* [curs. van de schrijvers].

3. Als beroepsactiviteiten en hiervoor noodzakelijke opleidingen waarvoor vanwege hun aard of de voorwaarden voor de uitoefening ervan het geslacht bepalend kan zijn, worden slechts beschouwd die welke behoren tot respectievelijk opleiden voor een of meer van de volgende categorieën: a. geestelijke ambten [...]’.

In dezelfde zin verbiedt het Burgerlijk Wetboek in artikel 7:646, eerste lid het maken van onderscheid tussen mannen en vrouwen op het terrein van de arbeidsverhouding en het verstrekken van onderricht in het kader daarvan. Artikel 5, derde lid van de Wet gelijke behandeling van mannen en vrouwen wordt in artikel 7:646, tweede lid BW van overeenkomstige toepassing verklaard.

In de toelichting bij artikel 5 lid 3 onder a Wet gelijke behandeling mannen en vrouwen merkte de regering onder uitdrukkelijke verwijzing naar artikel 2 lid 2 van Richtlijn 76/202/EEG op: ‘De uitzondering in onderdeel a, “geestelijk ambt”, vloeit voort uit de eerbiediging van de vrijheid van godsdienst en levensovertuiging. Een geestelijk ambt bekleden die personen, die binnen een kerkgenootschap of een ander genootschap op geestelijke grondslag zijn aangewezen om voor te gaan in de eredienst dan wel op andere wijze aan het geestesgoed van het genootschap uiting geven.’⁸¹²

In de toelichtende stukken op artikel 3 Awgb wordt niet expliciet verwezen naar de uitzondering van artikel 2 lid 2 van de Richtlijn. Voorzover artikel 3 Awgb ter zake van het geestelijk ambt en andere intern-kerkelijke functies ruimte biedt voor onderscheid tussen mannen en vrouwen bij arbeid en opleiding, mag evenwel aangenomen worden dat daartoe eveneens gebruik gemaakt is van de uitzondering in artikel 2 lid 2 van Richtlijn 76/207/EG. De Memorie van toelichting bij de Awgb wijst er immers op dat artikel 3 onder b Awgb overeenkomt met artikel 5 lid 3 onder a Wet gelijke behandeling mannen en vrouwen (dat zoals gezegd op artikel 2 lid 2 van de Richtlijn is gegrond).⁸¹³ Richtlijn 76/202/EEG is gewijzigd bij *Richtlijn 2002/73/EG*. Op grond daarvan bevat thans artikel 2 lid 6 een relevante uitzonderingsbepaling. We gaan er van uit dat het nieuwe artikel 2 lid 6 geacht wordt de huidige grondslag voor artikel 3 Awgb (en de andere wettelijke bepalingen⁸¹⁴) te bieden.

⁸¹² Kamerstukken II 1986/87, 19 908, nr. 3, p. 21.

⁸¹³ Kamerstukken II 1990/91, 22 014, nr. 3, p. 15.

⁸¹⁴ Met het oog op implementatie van Richtlijn 2002/73/EG zullen de leden 2 en 3 van artikel 5 Wgb m/v voorzover relevant gaan luiden (Kamerstukken II 2004/05, 30 237, nr. 2):

‘2. Voor zover het betreft de toegang tot beroepsactiviteiten of de hiervoor noodzakelijke opleidingen mag van de artikelen 1b, 2, 3 en 4 worden afgeweken indien het gemaakte onderscheid is gebaseerd op een kenmerk dat verband houdt met het geslacht en dat kenmerk wegens de aard van de betrokken specifieke beroepsactiviteiten of de context waarin deze worden uitgevoerd, een wezenlijk en bepalend beroepsvereiste is, mits het doel legitiem is en het vereiste evenredig aan dat doel is.

De vraag is dus of in het kader van het geestelijk ambt en andere interne functies sprake is van beroepsactiviteiten ‘waarvoor vanwege hun aard of de voorwaarden voor de uitoefening ervan, het geslacht een bepalende factor is’ (artikel 2 lid 2 (oud)) resp. het geslacht ‘wegens de aard van de betrokken specifieke beroepsactiviteiten of de context waarin deze worden uitgevoerd, een wezenlijk en bepalend [legitiem en evenredig] beroepsvereiste vormt’ (artikel 2 lid 6 (nieuw)). Ons inziens is dat het geval.⁸¹⁵ Richtlijnen zoals de onderhavige moeten mede geïnterpreteerd worden in het licht van de fundamentele principes en rechten van de mens – gewaarborgd in het EVRM en gemeenschappelijke constitutionele tradities – als algemene beginselen van Gemeenschapsrecht.⁸¹⁶ Onder dergelijke beginselen vallen onder meer de godsdienstvrijheid en (als complement daarvan) de scheiding van kerk en staat. Deze vrijheid en dit staatkundig beginsel brengen met zich dat de overheid de grootste terughoudendheid heeft te betrachten bij het ingrijpen in de interne organisatie van kerkgenootschappen. Die terughoudendheid geldt a fortiori waar het betreft de ‘dragende functies’ – die ingebed zijn in bepaalde theologische principes en religieuze dogma’s – zoals het geestelijk ambt. Het is dan ook aan het genootschap om te bepalen welke criteria het hanteert bij de benoeming van personen in dergelijke functies. Of die criteria noodzakelijk zijn, bepalend voor de functie gegeven de religieuze of levensbeschouwelijke grondslag van het genootschap, is aan het genootschap om zelf te bepalen. Zou de overheid pretenderen dat zij daarover kan oordelen, dan zou zij in strijd komen met de vrijheid van godsdienst (zie par. 3.1.) en de scheiding van kerk en staat. Zoals de Hoge Raad al in 1957 stelde: vanwege de vrijheid van godsdienst mag de rechter ‘geen partij kiezen in [...] geschillen omtrent geloof en belijdenis en met name ook niet [...] zijn uitspraak omtrent enig rechtspunt afhankelijk mag stellen van zijn oordeel met betrekking tot theologische leerstellingen, omtrent welker juistheid, onjuistheid of gewicht verdeeldheid bestaat’.⁸¹⁷ Dit uitgangspunt geldt

3. Als beroepsactiviteiten en hiervoor noodzakelijke opleidingen waarvoor een kenmerk als bedoeld in het tweede lid, een wezenlijk en bepalend beroepsvereiste is, worden slechts beschouwd die welke behoren tot respectievelijk opleiden voor een of meer van de volgende categorieën: a. geestelijke ambten [...].

Artikel 7:646 lid 2 BW zal in dezelfde lijn gewijzigd worden. De wetgever gaat er klaarblijkelijk van uit dat de uitzondering voor het geestelijk ambt en de daarnaar toelidende opleidingen door artikel 2 lid 6 (nieuw) van de richtlijn gedekt wordt (Kamerstukken II 2004/05, 30 237, nr. 3, p. 5).

⁸¹⁵ Ook het Hof oordeelde aldus in de Van Asseldonk-zaak. De Hoge Raad liet deze vraag min of meer onbeantwoord: ‘Voorzover het middel tevens klaagt over strijd met het bepaalde in art. 2 lid 2 van voormelde Richtlijn, stuit het hierop af dat het wettelijk voorschrift van art. 5 lid 3, aanhef en onder a, WGB niet anders kan worden begrepen dan hiervoor weergegeven, zodat het de rechter – ook al zou moeten worden aangenomen dat deze uitleg niet geheel overeenstemt met de strekking van die richtlijnbevestiging – niet vrijstaat het voorschrift terzijde te stellen op grond van zijn verplichting de nationale wet zoveel mogelijk richtlijnconform uit te leggen’ (HR 20 oktober 1995, NJ 1996, 330, r.o. 3.5).

⁸¹⁶ Zoals artikel 6 lid 2 EU-Verdrag het stelt, maar reeds veel eerder in de jurisprudentie van het Hof van Justitie van de EG erkend werd. Zie bijvoorbeeld – inzake Richtlijn 76/207/EEG: HvJEG 8 november 1983 (zaak 165/82), Jur. 1983, p. 3431–; en het beroep op dit arrest door de regering in het kader van de Wgb m/v: Kamerstukken II 1986/87, 19 908, nr. 3, p. 46–47.

⁸¹⁷ HR 15 februari 1957, NJ 1957, 201. In dezelfde zin Kamerstukken II 1987/88, 19 427, nr. 8, p. 9. Vgl. EHRM 13 februari 2003 (Refah): de staat moet zich neutraal opstellen; en EHRM 26 sep-

uiteraard niet alleen voor de rechter, maar ook voor andere overheidsorganen zoals de Commissie gelijke behandeling.⁸¹⁸

Als deze uitleg van artikel 2 lid 2 (oud) resp. 2 lid 6 (nieuw) Richtlijn 76/202 EEG juist is, is daarmee ook de kritische aantekening van de Raad van State bij de ontwerp-wet ter implementatie van Richtlijn 2000/43/EG (de Rasrichtlijn) en Richtlijn 2000/78/EG (de kaderrichtlijn) weerlegd. De Raad van State merkt ten aanzien van artikel 3 Awgb op:

- ‘- de kaderrichtlijn geeft kerkgenootschappen de ruimte [in artikel 4 lid 2] om onder bepaalde voorwaarden onderscheid te maken op grond van godsdienst of overtuiging, maar dat laat onverlet dat het handelen van kerkgenootschappen aan die voorwaarden getoetst moet worden. Categorisch uitsluiten is niet toegestaan. Voor het geestelijk ambt geldt hetzelfde;
- artikel 3 Awgb heeft betrekking op alle vormen van onderscheid en dus ook op onderscheid op grond van ras. De Rasrichtlijn kent echter niet de openbare orde-uitzondering⁸¹⁹ zoals die in de kaderrichtlijn staat. De uitzondering in verband met wezenlijke beroepsvereisten [artikel 4] is in de Rasrichtlijn niet nader uitgewerkt voor kerkgenootschappen, zodat kerkgenootschappen bij onderscheid op grond van ras geen bijzondere positie innemen.

De conclusie is dat artikel 3 Awgb beter dient te worden afgestemd op artikel 4, tweede lid, van de kaderrichtlijn, en dat het artikel geen betrekking dient te hebben op onderscheid op grond van ras.⁸²⁰

De regering stelt in antwoord hierop dat artikel 3 Awgb uitdrukking geeft aan de artikel 4 lid 1 van de kaderrichtlijn en artikel 4 van de Rasrichtlijn toegekende bevoegdheid om ten aanzien van het geestelijk ambt en andere functies binnen een kerkgenootschap wezenlijke en bepalende beroepsvereisten te mogen stellen. Dat de Rasrichtlijn geen bepaling bevat welke equivalent is aan artikel 4 lid 2 van de kaderrichtlijn (de bevoegdheid van godsdienstige en levensbeschouwelijke organisaties om van hun werknemers loyaliteit met de grondslag te mogen vragen), doet niet af aan

tember 1996 (Manoussakis): de staat moet zich onthouden van een oordeel of religieuze opvattingen legitiem zijn of niet.

⁸¹⁸ CGB m/v 2 juli 1992, Oordeel 399-92-38: ‘Het oordeel over de juiste uitleg van de geloofsleer van enige godsdienstige gezindte komt de Commissie niet toe; zij kan dan ook niet treden in de beoordeling van de geloofsvragen die verzoekster en wederpartij ten aanzien van de diakenopleiding en wijding verdeeld houden’. Dit is ook de constante lijn van de CGB, zie bijvoorbeeld CGB 21 december 2004, Oordeel 2004-168: ‘Het is, conform de vaste oordelenlijn van de Commissie en in navolging van de Hoge Raad, niet aan de Commissie om te treden in meningsverschillen over theologische leerstellingen (HR 5 februari 1957, NJ 1957, 201)’.

⁸¹⁹ De Raad van State doelt met deze wat ongelukkige term op artikel 2 lid 5 van de Kaderrichtlijn, luidend: ‘Deze richtlijn laat de nationale wettelijke bepalingen onverlet die in een democratische samenleving noodzakelijk zijn voor de openbare veiligheid, de handhaving van de openbare orde en het voorkomen van strafbare feiten, de bescherming van de volksgezondheid en de bescherming van de rechten en vrijheden van derden’. Daarover merkte de regering in de Implementatienotitie op: ‘Voorts valt te wijzen op de “vangnetbepaling” van artikel 2 lid 5 kaderrichtlijn, waarbij de vrijheid van godsdienst en levensovertuiging van kerkgenootschappen en andere genootschappen op geestelijke grondslag onder de rechten en vrijheden van derden begrepen moeten worden’ (Kamerstukken II 2001/02, 28 187, nr. 1, p. 13).

⁸²⁰ Kamerstukken II 2002/03, 28 770, A, p. 9.

die bevoegdheid. Artikel 4 lid 2 van de kaderrichtlijn is louter een verduidelijking, een explicitering van de in artikel 4 lid 1 van die richtlijn neergelegde vrijheid om wezenlijke en bepalende beroepsvereisten te kunnen stellen. Derhalve is de vrijstelling voor het geestelijk ambt en andere functies binnen een genootschap (artikel 3 Awgb) ook toelaatbaar onder (artikel 4 van) de Rasrichtlijn, gelezen in het licht van het gemeenschapsrechtelijke beginsel van de op artikel 9 EVRM geïnspireerde vrijheid van godsdienst. Een dergelijke uitleg van deze richtlijnbevestiging in het licht van de godsdienstvrijheid wordt gestipuleerd door artikel 6 lid 2 van het EU-Verdrag; daartoe is een nadere bepaling als artikel 2 lid 5 van de kaderrichtlijn, waarvan een equivalent in de Rasrichtlijn ontbreekt, niet nodig.⁸²¹

Daarnaast voert de regering aan dat geen sprake is van een generieke, categorische uitzondering voor kerkgenootschappen.⁸²² Slechts ten aanzien van specifieke functies (het geestelijk ambt, functies binnen het kerkgenootschap) verleent artikel 3 Awgb een vrijstelling, welke gezien artikel 4 van beide richtlijnen aanvaardbaar is. Rechtsverhoudingen met een kerkgenootschap welke het interne karakter ontberen – niet binnen het kerkgenootschap te plaatsen zijn – vallen niet onder de vrijstelling.⁸²³

De argumentatie van de regering achten wij *grosso modo* overtuigend. Van de algemene gelijkheidsnormen afwijkende eigen (religieus gefundeerde) criteria, die specifiek zien op het geestelijk ambt en andere functies *binnen* een kerkgenootschap, zijn zozeer verbonden met de grondslag en het functioneren van dat genootschap dat ze – mede bezien vanuit de vrijheid van godsdienst en de uit de scheiding van kerk en staat voortvloeiende eis van overheidsneutraliteit – aangemerkt dienen te worden als wezenlijke beroepsvereisten. Het is uitsluitend aan het kerkgenootschap om te bepalen of de gestelde criteria gezien zijn grondslag noodzakelijk zijn om de betreffende functie te kunnen uitoefenen. Zouden staatsorganen, al was het maar marginaal, een eigen noodzakelijkheidstoetsing aanleggen, dan zou dat de vrijheid van godsdienst te zeer beperken, en overheidsinmenging in theologische interpretatievraagstukken met zich brengen.

Bovendien: zou het voorgaande niet voor artikel 4 van de Rasrichtlijn en artikel 4 lid 1 van de kaderrichtlijn gelden, dan zou dat logischerwijs ook niet opgaan voor het vergelijkbare artikel 2 lid 6 (nieuw) van Richtlijn 76/207/EG. Laatstgenoemde bepaling en haar voorganger (artikel 2 lid 2 (oud) Richtlijn 76/207/EG) zijn door de Nederlandse wetgever de afgelopen dertig jaar altijd gezien als adequate grondslag om het geestelijk ambt buiten de sfeer van de gelijkbehandelingswetgeving te plaatsen. Aldus zijn bijvoorbeeld de tot op heden (binnen talrijke kerkgenootschappen en stromingen zoals de Rooms-Katholieke Kerk, bepaalde protestantse richtingen, de Islam, het jodendom) aanvaarde religieuze geboden gesauveerd, op grond waarvan alleen mannen voor het geestelijk ambt in aanmerking komen. Zou de door de regering – en ook door ons – voorgestane uitleg van de verschillende richtlijnbevestigingen niet juist zijn, dan zou dat impliceren dat Richtlijn 76/207/EEG de lidstaten

⁸²¹ Kamerstukken II 2002/03, 28 770, A, p. 11-12.

⁸²² Zie HvJEG 8 november 1983 (zaak 165/82), Jur. 1983, p. 3431-: een generieke, categorische uitsluiting van toepassing van Richtlijn 76/207/EEG op privé-huishoudens en kleine ondernemingen is niet met een beroep op het grondrecht(s)beginsel van respect voor het privé-leven te rechtvaardigen.

⁸²³ Kamerstukken II 2002/03, 28 770, A, p. 11; Kamerstukken II 2002/03, 28 770, nr. 5, p. 11.

dwingend opdraagt aan deze eeuwenoude godsdienstige tradities⁸²⁴ een eind te maken. Hoe kritisch men ook tegen deze tradities moge staan, dat rechtvaardigt nog niet een zo ingrijpende beperking van de godsdienstvrijheid.⁸²⁵

De consequentie van deze uitleg is onder meer, dat de Rasrichtlijn op grond van artikel 4 van die richtlijn niet van toepassing is op de toelating tot het geestelijk ambt en evenmin op intern-geenootschappelijke rechtsverhoudingen. Men zou dat kunnen zien als een te vergaande inperking van het bereik van de gelijkheidsnormen, juist nu daardoor het zo problematische onderscheid naar etnische afstamming/ras 'gedekt' wordt. Toch achten wij deze uitzondering, gezien de vrijheid van godsdienst, aanvaardbaar. Zo is het zeer wel voorstelbaar en acceptabel, dat bijvoorbeeld een migrantenkerk een voorganger wenst welke afkomstig is uit de etnische groep (stam, clan) die de diensten van deze kerk frequenteert. Lang niet altijd zal men daarbij uit kunnen komen met een onderscheid naar nationaliteit (waar de Rasrichtlijn blijkens artikel 3 lid 2 geen betrekking op heeft); denk bijvoorbeeld aan religieuze bijeenkomsten die met name door leden van een specifieke Somalische of Ghanese stam/clan bezocht worden. Bovendien is de vrijheid van een kerkgenootschap om op etnische criteria te selecteren ondanks artikel 3 Awgb niet onbegrensd. Vindt selectie plaats uit racistische motieven, dan is dat ons inziens grond voor ontbinding van het kerkgenootschap (wij achten artikel 2:20 BW ook van toepassing op kerkgenootschappen⁸²⁶). Bovendien komt aan betrokkene dan mogelijk een beroep op het gelijkheidsbeginsel toe.⁸²⁷ Maar ook los daarvan zal de rechter, weliswaar terughoudend, het handelen van het kerkgenootschap aan een willekeurtoets kunnen onderwerpen.⁸²⁸ En tenslotte: vindt daarbij intimidatie plaats, dan is dat (wel) in strijd met de richtlijn (zie hierna).

3.2.3. Concluderend

We concluderen derhalve, dat artikel 3 Awgb in principe de marges van de bepalingen in de drie richtlijnen die uitzondering op de gelijkebehandelingsnormen mogelijk maken niet te buiten gaat. We ronden af met een drietal detailkwesities, waar mogelijk toch sprake kan zijn van te ruime door artikel 3 Awgb verleende uitzonderingen.

Naar de letter rechtvaardigen de Rasrichtlijn (artikel 4) en de kaderrichtlijn (artikel 4 lid 1) alleen uitzonderingen in de vorm van wezenlijke *beroepsvereisten*. Artikel 3 Awgb zondert blijkens de wetsgeschiedenis evenwel niet alleen het geestelijk ambt, maar ook de *opleiding* voor het geestelijk ambt van de werkingssfeer van de Awgb

⁸²⁴ Aldus bijvoorbeeld verweerder (de Bisschop van 's-Hertogenbosch) in CGB m/v 2 juli 1992, Oordeel 399-92-38: 'De beperking tot mannen voor wat betreft de opleiding en wijding berust op theologische uitgangspunten en is een gegeven van de inrichting van de Rooms-Katholieke kerk. Aan deze artikelen van de Codex ligt binnen de Rooms-Katholieke kerk een eeuwenlange en vaste traditie ten grondslag.'

⁸²⁵ Vgl. Santing-Wubs 2002, p. 215: 'Hoezeer men ook over dergelijke opvattingen van kerkgenootschappen van mening kan verschillen, naar mijn idee zou daarmee de vrijheid van godsdienst en de daaruit voortvloeiende organisatievrijheid van kerkgenootschappen niet worden gerespecteerd'.

⁸²⁶ In deze in ook Santing-Wubs 2002, p. 53-56.

⁸²⁷ Aldus ook Meijers 1994, p. 714.

⁸²⁸ HR 15 maart 1985, NJ 1986, 191; B.P. Vermeulen, Commentaar op artikel 6 Grondwet, in A.K. Koekkoek (red.), De Grondwet, Zwolle 2000, p. 102-103; Santing-Wubs 2002, p. 213-216.

uit.⁸²⁹ Dat lijkt nogal voor de hand te liggen. Als men een persoon uit een geestelijk ambt mag weren, dan mag men deze ook weren uit de specifieke opleiding die naar dit ambt toeleidt: dat is een vanzelfsprekende, impliciete bevoegdheid. Wij zijn dan ook van mening, dat het begrip beroepsvereiste in zoverre ruim genomen moet worden, dat daaronder ook de met het ambt samenhangende toelatingsvoorwaarden voor de ambtsopleiding begrepen moeten worden. Daarvoor pleit tevens, dat artikel 2 lid 2 (oud) van Richtlijn 76/207/EEG, alsmede artikel 2 lid 6 (nieuw) van Richtlijn 76/207/EEG zoals luidend ingevolge Richtlijn 2002/73/EG, expliciet ook de toeleidende opleiding uitzondert.⁸³⁰

Zoals gezegd, de richtlijnen laten alleen uitzonderingen toe in de vorm van wezenlijke beroepsvereisten ter zake van het geestelijk ambt en aanverwante, genootschapsinterne functies (en, in onze interpretatie, dus ook in de vorm van toelatingsvoorwaarden voor opleidingen gericht op het geestelijk ambt). Artikel 3 sub a Awgb zondert echter ook interne rechtsverhoudingen van de werkingssfeer van de wet uit die geen betrekking hebben op het geestelijk ambt en aanverwante functies. Dat lijkt ons in principe toch geen probleem op te leveren, nu dergelijke rechtsverhoudingen in het algemeen de publieke dimensie van een openbaar aanbod ontberen welke voorwaarde is om onder de reikwijdte van de richtlijnen te vallen. Zo zal een kerkdienst of andere religieuze bijeenkomst vanwege de interne 'aard' niet alleen buiten de werkingssfeer van de Awgb⁸³¹, maar ook buiten de werkingssfeer van de richtlijnen vallen.

De richtlijnen laten het, ook in het geval dat 'afwijkende' wezenlijke beroepsvereisten door de beugel kunnen, niet toe dat het *verbod op intimidatie* dan niet (meer) geldt (artikel 2 leden 1-3 jo. artikel 4 Richtlijn 2000/43/EG; artikel 2 leden 1-3 jo. artikel 4 lid 1 Richtlijn 2000/78/EG; artikel 2 leden 2 en 3 jo. lid 6 Richtlijn 2002/73/EG). De Raad van State heeft hier terecht op gewezen, en dienovereenkomstig heeft de wetgever het intimidatieverbod zo geformuleerd - zie artikel 1a, derde lid, Awgb - dat het blijft gelden, ook als zich een uitzondering voordoet op het verbod om onderscheid te maken.⁸³² Daarbij heeft de wetgever evenwel nagelaten om in artikel 1a, derde lid, Awgb ook de uitzondering van artikel 3 Awgb te noemen, hetgeen betekent dat als artikel 3 Awgb van toepassing is, het intimidatieverbod niet geldt. Dat is in strijd met de richtlijnen. Op dit punt zal de Awgb derhalve aangepast moeten worden, in de zin dat artikel 3 Awgb in de opsomming van artikel 1a, derde lid Awgb toegevoegd moet worden.

⁸²⁹ Kamerstukken II 1990/991, 22 014, nr. 3, p. 7; Kamerstukken II 1991/92, 22 014, nr. 5, p. 77; Kamerstukken II 1991/92, 22 014, nr. 10, p. 30.

⁸³⁰ Artikel 5 lid 2 Wgb m/v zoals dit zal luiden na implementatie van Richtlijn 2002/73/EG zondert in gelijke zin de toeleidende beroepsopleiding uit (Kamerstukken II 2004/05, 30 237, nr. 2).

⁸³¹ CGB 24 juli 1995, Oordeel 1995-26; CGB 12 februari 1998, Oordeel 1998-10.

⁸³² Kamerstukken II 2002/03, 28 770, A, p. 12-14.

Hoofdstuk 4

Verenigbaarheid Awgb met vrijheid van godsdienst

In dit hoofdstuk beantwoorden wij ten slotte de vraag of de Awgb bezien in het licht van de vrijheid van godsdienst voldoende ruimte laat aan de eigen normering binnen kerkgenootschappen en het geestelijk ambt. Met andere woorden, verleent artikel 3 Awgb daarvoor niet een te beperkte uitzonderingspositie? doet de Awgb in weerwil van artikel 3 Awgb afbreuk aan de godsdienstvrijheid door een te vergaande strekking en werking aan de gelijkheidsnormen te verlenen?

Bij de beantwoording van deze vraag beperken wij ons zoals gezegd tot kerkgenootschappen en het geestelijk ambt. We behandelen dus *niet* de vraag, of de Awgb voorzover zij op *andere* organisaties en functies betrekking heeft met de vrijheid van godsdienst in overeenstemming is.

De beantwoording van deze vraag hangt met name af van de interpretatie die aan de artikelen 3, 5 en 7 Awgb gegeven wordt. Naarmate deze uitzonderingen op de gelijkbehandelingsnormen ruimer uitgelegd worden, zal strijd met de vrijheid van godsdienst zich minder snel voordoen.

In de verhouding tussen genoemde bepalingen vormt artikel 3 Awgb een *lex specialis*: is deze bepaling van toepassing, dan komt toetsing aan de andere bepalingen niet meer aan de orde, omdat de Awgb dan immers niet van toepassing is. Blijkt een bepaalde handelwijze van een kerkgenootschap niet binnen de termen van artikel 3 Awgb te vallen, dan zal voorzover het een arbeidsverhouding betreft getoetst moeten worden aan artikel 5 leden 1 en 2 Awgb, en voorzover het het aanbieden van goederen of diensten betreft als bedoeld in artikel 7 lid 1 Awgb getoetst moeten worden aan artikel 7 lid 1 en lid 3 dan wel – voorzover het bijzonder onderwijs betreft – aan artikel 7 lid 2 Awgb.

We bespreken dit vraagstuk uitsluitend vanuit het perspectief van de vrijheid van godsdienst in de zin van de bevoegdheid van *kerkgenootschappen* om naar eigen – religieus-theologisch gefundeerd – inzicht hun voorgangers, leraren en ander personeel aan te stellen, alsmede hun 'cliëntenbestand' te bepalen (zie uitgebreider paragraaf 3.1). De staat dient zich omwille van (dit aspect van) de vrijheid van godsdienst in principe afzijdig te houden van het personeels- en cliëntenbeleid en andere intern-kerkgenootschappelijke aangelegenheden.⁸³³ Dat betekent dus dat we het vraagstuk van de toepasselijkheid van de vrijheid van godsdienst uitsluitend vanuit het perspectief van de *organisatie* beoordelen. De vraag of aan de *individuele werknemer of diënt* ten opzichte van het kerkgenootschap een beroep op de godsdienstvrijheid toekomt beantwoorden wij negatief. De vrijheid van het individu omvat in dit verband in principe enkel de vrijheid om tot zo een genootschap toe te treden (en er uit te stappen⁸³⁴): door toetreding doet hij ten opzichte van de organisatie van zijn vrijheid afstand, verplicht hij zich aan haar doelstellingen en haar (interpretatie van de) grondslag te onderwerpen.

Aan de orde komt de vrijheid van godsdienst zoals gewaarborgd door artikel 6 Grondwet en artikel 9 EVRM. Weliswaar is deze vrijheid ook aan te merken als een

⁸³³ Het is juist met het oog hierop dat artikel 3 Awgb is opgenomen.

⁸³⁴ HR 23 juli 1946, NJ 1947, 1; ECRM 8 maart 1976, D&R 5, 157; ECRM 8 maart 1985, D&R 42, 247.

der algemene beginselen van Gemeenschapsrecht. Maar we veronderstellen dat dit beginsel niet verder strekt dan artikel 9 EVRM (dat overigens de voornaamste ‘voedingsbodemp’ van dit beginsel vormt).

De in paragraaf 2.2 weergegeven uitspraken waarin een beroep op artikel 3 Awgb is geslaagd laten we hier onbesproken. Uiteraard roepen deze uitspraken geen spanning met de godsdienstvrijheid op, nu daarin via de band van artikel 3 Awgb een beroep op deze vrijheid juist is gehonoreerd.

Er zijn voorzover wij kunnen zien door de Commissie tot nu toe in slechts twee (clusters van) zaken oordelen geveld inzake de reikwijdte van artikel 3 sub a Awgb die mogelijk op gespannen voet zouden kunnen staan met de aan kerkgenootschappen en andere genootschappen op levensbeschouwelijke grondslag toekomende vrijheid van godsdienst en levensovertuiging. De eerste zaak betrof de vraag, of de Stichting tot Exploitatie van Seviceflats Huize Het Oosten in de zin van artikel 7 lid 1 sub c Awgb verboden onderscheid maakte op grond van geslacht door inschrijving van verzoeker en zijn mannelijke partner te weigeren; dan wel of dat toelaatbaar was omdat sprake was van een rechtsverhouding binnen een genootschap als bedoeld in artikel 3 sub a Awgb, vanwege de verwevenheid van de Stichting met de Orde van Vrijmetselaren (waarvan in confesso was dat deze een met een kerkgenootschap vergelijkbaar genootschap op geestelijke grondslag was). De Commissie verwierp het beroep op artikel 3 sub a Awgb, nu sprake was van een instelling welke een bepaalde [maatschappelijke?] functie vervulde, welke ressorteerde onder een rechtspersoon die volledig los stond van de Orde van Vrijmetselaren en waarop de Orde geen enkele bestuurlijke invloed had. Derhalve was de Stichting geen genootschap op geestelijke grondslag, en was bij de toepassing van de toelatingsvoorwaarden dus geen sprake van een rechtsverhouding binnen zulk een genootschap.⁸³⁵

Dit oordeel lijkt ons niet problematisch, in zoverre er in geconcludeerd is dat de band met het genootschap op geestelijke grondslag (de Orde) te zwak was om op grond daarvan te concluderen dat de Stichting aan te merken was als (een zelfstandig onderdeel van) een genootschap op geestelijke grondslag. Daaruit vloeit vervolgens noodzakelijkerwijs voort dat artikel 3 sub a Awgb niet van toepassing is. Is geen sprake van (een zelfstandig onderdeel van) een kerkgenootschap of ander genootschap op geestelijke grondslag, dan kan uiteraard ook geen sprake zijn van een rechtsverhouding binnen zo een genootschap.

Problematisch is wel de uitkomst van de oordelen die de Commissie geeft inzake de vraag of het met de Awgb te verenigen is dat de Instelling Pensioenfondsen van de Nederlandse Bisdommen ongehuwde partners van pastores van een nabestaandenpensioen uitsluit.⁸³⁶ Daarin komt primair aan bod de vraag of sprake is van een kerkgenootschap of een zelfstandig onderdeel van zo een genootschap (artikel 3 onder a Awgb). Dat de Commissie – in het voetspoor van de Memorie van toelichting bij de Awgb⁸³⁷ – de Rooms-Katholieke Kerkprovincie als een kerkgenootschap kwalificeert, en de *bisschoppenconferentie* als een zelfstandig onderdeel van dit kerkgenootschap aanmerkt, zal niet verbazen. Vervolgens oordeelt de Commissie dat het

⁸³⁵ CGB 12 februari 1998, Oordeel 1998-10.

⁸³⁶ CGB 13 augustus 2002, Oordelen 2002-110 t/m 2002-113.

⁸³⁷ Kamerstukken II 1991/92, 22 014, nr. 5, p. 76.

gewraakte onderscheid, voorzover gemaakt door de bisschoppenconferentie, valt onder de uitzonderingsgrond: 'regelingen betreffende de arbeidsvoorwaarden, waaronder die betreffende de pensioenvoorziening van de priesters, diakens en pastoraal werkers, zijn dan ook te beschouwen als rechtsverhoudingen binnen een kerkgenootschap, waarop de AWGB niet van toepassing is ingevolge artikel 3, aanhef en onderdeel a, AWGB'.⁸³⁸

De vraag rijst dan, of de kwalificatie door de bisschoppenconferentie van het door haar opgerichte *pensioenfonds* als een zelfstandig onderdeel van het kerkgenootschap aanvaard dient te worden. De Commissie meent van niet. Weliswaar is het uitsluitend aan het kerkgenootschap om te bepalen of een instelling als (zelfstandig) onderdeel van dat kerkgenootschap aangemerkt kan worden. De uit de vrijheid van godsdienst voortvloeiende organisatorische autonomie brengt met zich dat een kerkgenootschap niet tegen zijn wil met een zelfstandig onderdeel kan worden 'opgescheept'; een instelling is geen zelfstandig onderdeel van een kerkgenootschap als dat genootschap het niet als zodanig aanmerkt.⁸³⁹ Maar de Commissie meent dat het omgekeerde – een instelling is *per definitie* wel een zelfstandig onderdeel als het kerkgenootschap het als zodanig aanmerkt – hier niet uit voortvloeit.⁸⁴⁰ Derhalve dient nader bepaald te worden of het pensioenfonds een religieus karakter heeft, en dat is volgens de Commissie niet het geval. Het doel van het pensioenfonds is louter het voor de deelnemers en hun rechtverkrigenden verzekeren van pensioenuitkeringen, terwijl uit de doelomschrijving van het fonds en het nader gestelde niet blijkt dat zijn activiteiten een religieus karakter hebben. Derhalve valt het fonds niet onder artikel 3 sub a Awgb, en maakt het (dus) verboden onderscheid in de zin van artikel 5 lid 1 onder d Awgb.⁸⁴¹

Het Commissie-oordeel heeft een zekere parallel met een uitspraak van de Afdeling Rechtspraak van de Raad van State. Daarin besliste de Afdeling dat het Leger des Heils krachtens de Wet op de ondernemingsraden verplicht was een ondernemingsraad in te stellen, nu duidelijk onderscheid gemaakt kon worden tussen de arbeidsorganisaties (waar de bevoegdheid van de ondernemingsraad betrekking op had) en de kerkelijke organisatie (waar die bevoegdheid geen betrekking op had).⁸⁴² In casu legt de Commissie blijkbaar een zelfde soort scheiding aan. Enerzijds is er de directe intern-kerkgenootschappelijke relatie tussen betrokkenen en de bisschoppen, waar de Awgb ingevolge artikel 3 sub a Awgb geen betrekking op heeft; anderzijds is er de pensioenverhouding met een externe, buiten het kerkgenootschap staande organisatie (het pensioenfonds), waarop de Awgb inclusief artikel 5 lid 1 onder d Awgb wel van toepassing is.

Overtuigd door het betoog van Meijers⁸⁴³ menen wij niettemin dat het oordeel van de Commissie onjuist is. De opvatting dat het pensioenfonds een zelfstandig onderdeel van een kerkgenootschap is ligt meer voor de hand. De Rooms-Katholieke

⁸³⁸ Oordelen 2002-110 en 2002-112.

⁸³⁹ Hoge Raad 30 oktober 1987, Nederlandse Jurisprudentie 1988, 392.

⁸⁴⁰ Zie de noot van Macijer bij voornoemd arrest.

⁸⁴¹ Oordelen 2002-111 en 2002-113.

⁸⁴² Afdeling Rechtspraak van de Raad van State 26 mei 1978, Administratiefrechtelijke Beslissingen 1978, 430.

⁸⁴³ Meijers 2003.

Kerkprovincie is immers (ook volgens de Commissie) een kerkgenootschap; de bisschoppenconferentie dient (ook volgens de Commissie) als een zelfstandig onderdeel van dit kerkgenootschap aangemerkt dient te worden; door de bisschoppenconferentie is het pensioenfonds uitdrukkelijk als publieke kerkelijke rechtspersoon⁸⁴⁴ opgericht; blijkens de statuten heeft het fonds als doelstelling te voldoen aan de uit het kerkelijk recht voortvloeiende zorgplichten. Natuurlijk, de juridische beslisser – Commissie, rechter – dient niet klakkeloos de door een kerkelijke instantie gegeven kwalificatie te aanvaarden. De terughoudendheid die de rechter (en ook een instantie als de Commissie) in dit verband vanwege de vrijheid van godsdienst en de scheiding van kerk en staat heeft te betrachten, sluit niet de bevoegdheid uit om te onderzoeken of een zich als dusdanig presenterende organisatie ook werkelijk een zelfstandig onderdeel van een kerkgenootschap is.⁸⁴⁵ Maar wel vormt de kwalificatie van een organisatie als zelfstandig onderdeel door een (zelfstandig onderdeel van een) kerkgenootschap blijkens de parlementaire geschiedenis inzake artikel 2 Boek 2 BW⁸⁴⁶ een belangrijke aanwijzing, dat het inderdaad om een zelfstandig onderdeel van het kerkgenootschap gaat.⁸⁴⁷ En in dit geval zijn er – naast die kwalificatie – ook objectieve aspecten aan te wijzen. De uitsluiting van ongehuwde pastores van een partnerpensioen vloeit immers rechtstreeks voort uit de kerkelijke voorschriften, die voor het duurzaam samenleven eisen dat men (kerkelijk) gehuwd is. Dat het pensioenfonds niet rechtstreeks bij de godsdienstuitoefening is betrokken – de doelstelling en de activiteiten van het pensioenfonds hebben op zich beschouwd geen religieus karakter – staat ons inziens dan ook niet aan de kwalificatie als zelfstandig onderdeel van het kerkgenootschap niet in de weg.⁸⁴⁸ We wijzen er op, dat de rechtspraak⁸⁴⁹ en doctrine⁸⁵⁰ slechts vereisen, dat een (zelfstandig onderdeel van een) kerkgenootschap de organisatie *redelijkerwijs* als een zelfstandig onderdeel moet kunnen beschouwen, waartoe in het algemeen wel zeggenschap van de ambtsdragers van het kerkgenoot-

⁸⁴⁴ In de zin van Canon 116 van het Wetboek van Canoniek Recht. Daarvan luidt § 1 voor zover hier relevant: 'Publieke rechtspersonen zijn gehelen van personen of zaken, die door de bevoegde kerkelijke overheid opgericht worden om binnen voor hen te voren vastgestelde grenzen namens de Kerk, volgens de voorschriften van het recht, de hun eigen, met het oog op het openbaar welzijn toevertrouwde taak te vervullen'.

⁸⁴⁵ President Rechtbank Amsterdam 21 maart 1985, Kort Geding 1985, 104 en Hoge Raad 31 oktober 1986, Nederlandse Jurisprudentie 1987, 173; noch de Kerk van Satan, noch de zich als zelfstandig onderdeel van deze 'kerk', genaamd de Kloosterorde der Zusters van Sint Walburga, presenterende sexclub werden aangemerkt als rechtspersonen in de zin van artikel 2:2 BW.

⁸⁴⁶ Parlementaire Geschiedenis Invoering Boek 2 BW, Deventer 1977, p. 1065; Parlementaire Geschiedenis Aanpassing BW (Invoering Boeken 3, 5 en 6), Deventer 1991, p. 118. Aldus ook Santing-Wubs 2002, p. 25-31.

⁸⁴⁷ Hierin onderscheidt deze casus zich van de eerder besproken uitspraak CGB 12 februari 1998, Oordeel 1998-10 (Huize het Oosten). Daar was geen sprake was van een dergelijke erkenning en 'greep' van het genootschap op de betreffende stichting.

⁸⁴⁸ Asser-Van der Grinten-Maeijer 1997, nr. 213.

⁸⁴⁹ Zo bijvoorbeeld Rb. Maastricht 19 september 1991, NJ 1992, 490: 'Partijen zijn het erover eens, dat het Armbestuur kan worden beschouwd als een zelfstandig onderdeel van een kerkgenootschap, derhalve als een rechtspersoon sui generis. De rechtbank onderschrijft deze opvatting van partijen, met name gelet op de aard en de statuten van het Armbestuur, de zeggenschap van de bisschop als kerkelijke ambtsdrager daarin en de religieus-charitatieve doelstelling'.

⁸⁵⁰ F.T. Oldenhuis, Kerkgenootschappen en zelfstandige onderdelen, WPNR 5865 (1988), p. 156; Asser-Van der Grinten-Maeijer 1997, nr. 213; Santing-Wubs 2002, p. 29.

schap en uitdrukking van door de godsdienstige principes geïnspireerd doel in statuten e.d. vereist is, maar niet dat het zelfstandig onderdeel rechtstreeks bij de godsdienstuitoefening is betrokken.

Het standpunt van de Commissie komt er enerzijds op neer, dat wanneer een kerkgenootschap of een traditioneel als zelfstandig onderdeel van zo een kerkgenootschap aangemerkte instantie *zelf* de pensioenvoorziening van pastores voor zijn rekening neemt sprake is van intern-kerkelijke verhoudingen als bedoeld in artikel 3 sub a Awgb.⁸⁵¹ Anderzijds houdt dit standpunt in, dat het karakter van zelfstandig onderdeel per definitie verloren gaat als het zorgdragen voor die pensioenvoorziening overgedragen wordt aan een andere instantie, ook als deze laatste door (een zelfstandig onderdeel van) het kerkgenootschap als zelfstandig onderdeel aangemerkt wordt. Ons inziens is dat inconsistent⁸⁵², en niet verenigbaar met het uit de godsdienstvrijheid voortvloeiende recht op zelf-organisatie en zelf-interpretatie dat aan kerkgenootschappen. Wij zullen dat verderop nader toelichten.

Vervolgens komt de vraag op of het pensioenfonds zich niettemin kan beroepen op de uitzondering van artikel 3 sub b AWGB: het *geestelijk ambt*. De Commissie doet het beroep hierop wel heel erg kort af. Blijkens de Memorie van Toelichting ziet deze bepaling volgens haar (uitsluitend?) op het kunnen stellen van kwalificaties ten aanzien van de vervulling van het geestelijk ambt, waar in casu geen sprake van is; deze bepaling is volgens de Commissie dus niet van toepassing. Vermoedelijk doelt de Commissie op de volgende passage: 'De vrijheid van godsdienst en levensovertuiging en het beginsel van scheiding van kerk en staat hebben geleid tot opnemings van de uitzonderingen als bedoeld in artikel 3, onderdelen a en b. Dit brengt mee dat de (gelijke behandelings)wetgever niet mag treden in (intern)-kerkelijke aangelegenheden, waaronder de kwalificaties voor de vervulling van ambten. Dit geldt evenzeer voor aangelegenheden die de opleiding voor en de aanstelling van dragers van een geestelijk ambt betreffen.'⁸⁵³ Maar vloeit de uitsluiting van ongehuwde pastores van een partnerpensioen niet rechtstreeks voort uit de in kerkelijke voorschriften neergelegde eis, dat men ingeval van duurzaam samenleven (kerkelijk) gehuwd dient te zijn?

De (te) restrictieve uitleg die de Commissie hier geeft van artikel 3 Awgb kan niet gecompenseerd worden door de uitzonderingsbepalingen in artikelen 5 en 7 Awgb. Artikel 5 Awgb verbiedt het maken van onderscheid in de sfeer van arbeid en arbeidsvoorwaarden (lid 1), behoudens – voorzover hier relevant – 'de vrijheid van een instelling op godsdienstige of levensbeschouwelijke grondslag om eisen te stellen, die gelet op het doel van de instelling, nodig zijn voor de vervulling van een functie, waarbij deze eisen niet mogen leiden tot onderscheid op grond van het enkele feit van politieke gezindheid, ras, geslacht, nationaliteit, hetero- of homoseksuele

⁸⁵¹ Het onderscheid, voorzover gemaakt door de bisschoppenconferentie, valt zoals gezegd volgens de Commissie onder genoemde uitzonderingsgrond: 'regelingen betreffende de arbeidsvoorwaarden, waaronder die betreffende de pensioenvoorziening van de priesters, diakens en pastoraal werkers, zijn dan ook te beschouwen als rechtsverhoudingen binnen een kerkgenootschap, waarop de AWGB niet van toepassing is ingevolge artikel 3, aanhef en onderdeel a, AWGB', Oordelen 2002-110 en 2002-112.

⁸⁵² Meijers 2003, p. 592.

⁸⁵³ Kamerstukken II 1990/91, 22 014, nr. 3, p. 7; zie ook aldaar p. 15.

gerichtheid of burgerlijke staat' (lid 2 sub a). Het onverkorte verbod op onderscheid wegens 'het enkele feit' van met name geslacht, hetero- of homoseksuele gerichtheid en burgerlijke staat verbiedt het bijvoorbeeld categorisch om als voorwaarde voor een functie te stellen dat deze vervuld wordt door een priester – immers altijd een man – of door personen die als zij samenwonen kerkelijk gehuwd zijn (hetgeen ongehuwd samenwonenden uitsluit).

Nog minder ruimte biedt artikel 7 Awgb. Deze bepaling verbiedt categorisch het maken van onderscheid bij het aanbieden van of verlenen van toegang tot goederen of diensten door onder meer instellingen op het gebied van volkshuisvesting, welzijn, gezondheidszorg, cultuur of onderwijs (artikel 7 lid 1 sub c Awgb). Dat impliceert bijvoorbeeld dat het instandhouden van een bejaardentehuis exclusief voor mannelijke dan wel vrouwelijke religieuzen veelal met deze bepaling in strijd is, immers verboden onderscheid naar geslacht maakt. Het impliceert zelfs dat het weigeren van personen die de religieuze grondslag van een dergelijke instelling niet onderschrijven of zelfs maar respecteren met deze bepaling in strijd is.

Vermoedelijk gaan deze consequenties niet op als de instelling rechtstreeks onder een kerkgenootschap ressorteert (te denken valt aan kloosters); dan zal waarschijnlijk sprake zijn van rechtsverhoudingen binnen een kerkgenootschap als bedoeld in artikel 3 onder a Awgb.⁸⁵⁴ Maar zodra de instelling op afstand geplaatst wordt en komt te ressorteren onder een eigenstandige kerkelijke of civielrechtelijke rechtspersoon zullen – in lijn met de zojuist besproken Commissie-oordelen inzake het pensioenfonds – de verbodsnormen van artikelen 5 en 7 Awgb onverkort van toepassing zijn.

Ons inziens gaat dat te ver, althans ten aanzien van die instellingen die (ook al zijn zij op afstand geplaatst) onder toezicht staan van de kerkelijke hiërarchie, en ten doel hebben om voorzieningen te treffen ten behoeve van personen die het geestelijk ambt bekleden en zij wier functie daar in sterke mate mee te vergelijken zijn.⁸⁵⁵ Weliswaar zijn genoemde consequenties niet in strijd met artikel 6 Grondwet, nu het daarin gewaarborgde recht op godsdienstvrijheid bij formele wet – en dus door de Awgb – beperkt kan worden.⁸⁵⁶ Maar zij zijn niet verenigbaar met het noodzakelijkheidsvereiste van artikel 9 EVRM, vormen immers een onevenredige beperking van het *daarin* vervatte recht op godsdienstvrijheid. Het is disproportioneel, om de vrijheid van een kerkgenootschap weg te nemen om ten behoeve van zijn 'kernfunctionarissen' voorzieningen te treffen die hen slechts toekomt onder de voorwaarde dat zij de religieuze voorschriften die voor hun functie gelden in acht nemen (zie paragraaf 3.1). Het zou bovendien moeilijk te rijmen zijn met het gegeven, dat (veelal door de overheid bekostigde) bijzondere onderwijsinstellingen op confessionele grondslag alsdan een ruimere beleidsmarge zouden hebben dan een

⁸⁵⁴ Kamerstukken II 1991/92, 22 014, nr. 10, p. 37: 'Wij gaan ervan uit dat een kerk doorgaans niet als zo'n instelling [in de zin van artikel 7 lid 1 onder c Awgb] kan worden aangemerkt'.

⁸⁵⁵ In de toelichtende stukken stelde de regering zich op het standpunt dat de functies van schoonmaker, tuinman en glazenwasser buiten de kring van het genootschap vallen, en de functies van kosten, organist en zendingswerker er binnen: Kamerstukken II 1991/92, 22 014, nr. 5, p. 76; Handelingen II 1992-1993, p. 3519; Kamerstukken I 1992/93, 22 014, nr. 212c, p. 14.

⁸⁵⁶ Vgl. ARRVS 24 april 1986, AB 1987, 154.

kerkgenootschap (artikel 5 lid 2c en artikel 7 lid 2 Awgb). Logischer is het, om juist het kerkgenootschap een grotere marge te gunnen.

Het voorgaande brengt *niet* mee, dat wij pleiten voor aanpassing van artikel 3 Awgb. Ons inziens laat deze bepaling, gezien de lijn in de civielrechtelijke jurisprudentie en doctrine, een ruimere uitleg toe, welke kerkgenootschappen in het licht van de in artikel 9 EVRM gewaarborgde godsdienstvrijheid voldoende marges biedt. Die ruimere uitleg houdt in, dat – sneller dan de Commissie deed – aanvaard wordt dat sprake is van een zelfstandig onderdeel van een kerkgenootschap. Criteria daarbij zijn of het kerkgenootschap voldoende zeggenschap in de betreffende organisatie heeft, in statuten e.d. uitdrukking geeft aan de religieuze fundering van de organisatie, en (meer in het algemeen) in redelijkheid deze organisatie als zelfstandig onderdeel heeft kunnen aanmerken. Vervolgens houdt deze uitleg in, dat sprake is van rechtsverhoudingen binnen (dit zelfstandig onderdeel van) het kerkgenootschap als het voorzieningen betreft ten behoeve van het ‘kern’personeel, de bekleeders van het geestelijk ambt en de functionarissen die daarmee in sterke mate te vergelijken zijn. Wij verwachten, dat eventuele jurisprudentie een dergelijke lijn, die voldoende ruimte biedt aan de vrijheid van godsdienst zonder de gelijkebehandelingsnormen uit te hollen, zal volgen.

Hoofdstuk 5

Conclusies

Centraal staat in dit onderdeel de vraag of de Awgb – en daarbinnen met name artikel 3 Awgb – een aanvaardbaar evenwicht bewerkstelt tussen enerzijds gelijkheidsnormen en anderzijds de vrijheid van godsdienst. Wat betreft deze centrale vraag zijn twee deelvragen te onderscheiden. Enerzijds is hierbij aan de orde in hoeverre met de uitzondering die artikel 3 Awgb maakt op de gelijkheidsnormen in de Awgb voldoende recht gedaan wordt aan de gelijkheidsnormen van hogere orde die de Awgb beoogt te implementeren; met andere woorden, maakt artikel 3 Awgb in het licht van die normen niet een te vergaande uitzonderingspositie voor kerkgenootschappen en het geestelijk ambt mogelijk? Anderzijds is hierbij aan de orde in hoeverre de Awgb gezien in het licht van de vrijheid van godsdienst – met de uitzondering die artikel 3 Awgb biedt – voldoende ruimte laat aan de eigen ‘kerkgenootschappelijke’ normering interne verhoudingen en ten aanzien van het geestelijk ambt. Met andere woorden, verleent artikel 3 Awgb daarvoor niet een te beperkte uitzonderingspositie? Of biedt artikel 3 Awgb een goed compromis tussen beide waarden? Kortom, (1) doet artikel 3 Awgb afbreuk aan de gelijkheidsnormen ten gunste van de godsdienstvrijheid; of (2) doet de Awgb in weerwil van artikel 3 Awgb afbreuk aan de godsdienstvrijheid door een te vergaande strekking en werking aan de gelijkheidsnormen te verlenen?

Aandacht is besteed aan de betekenis en herkomst van artikel 3 Awgb en aan de verhouding van dit artikel tot nationale, internationale en Europese verplichtingen ten aanzien van het discriminatieverbod.

We concluderen dat artikel 3 Awgb ten aanzien van kerkgenootschappen en het geestelijk ambt een aanvaardbaar compromis biedt tussen enerzijds het gelijkheidsbeginsel en anderzijds de vrijheid van godsdienst.

Artikel 3 Awgb gaat in principe de grenzen van de ‘open’ gelijkheidsnormen in artikel 1 Grondwet en de mensenrechtenverdragen niet te buiten. De in artikel 6 Grondwet en artikel 9 EVRM gewaarborgde vrijheid van godsdienst vormt daartoe een voldoende rechtvaardiging.

Hetzelfde geldt in zijn algemeenheid voor de ter zake relevante EU-richtlijnen – uitgelegd in het licht van de vrijheid van godsdienst en de scheiding van kerk en staat als algemene beginselen van Gemeenschapsrecht. Ingegaan wordt op een drietal detailkwesties, waar mogelijk toch sprake zou kunnen zijn van te ruime door artikel 3 Awgb verleende uitzonderingen.

Naar de letter rechtvaardigt het toepasselijke Europese recht alleen uitzonderingen in de vorm van wezenlijke beroepsvereisten. Artikel 3 Awgb zondert evenwel niet alleen het geestelijk ambt, maar ook de *opleiding* voor een geestelijk ambt van de werkingssfeer van de Awgb uit. Wij zijn van mening, dat het begrip beroepsvereiste in zoverre ruim genomen moet worden, dat daaronder ook vergelijkbare toelatingsvoorwaarden voor de ambtsopleiding begrepen moeten worden. Ter zake moet een impliciete bevoegdheid voorondersteld worden.

Zoals gezegd, het toepasselijke Europese recht laat alleen uitzonderingen toe in de vorm van wezenlijke beroepsvereisten ten aanzien van het geestelijk ambt en aanverwante, genootschapsinterne functies. Artikel 3 sub a Awgb zondert echter ook interne rechtsverhoudingen van de werkingssfeer van de wet uit die geen betrekking

hebben op het geestelijk ambt en aanverwante functies. Dat lijkt ons in principe toch geen probleem op te leveren, nu dergelijke rechtsverhoudingen in het algemeen de publieke dimensie van een openbaar aanbod ontberen, welke voorwaarde is om onder de reikwijdte van de richtlijnen te vallen.

Het toepasselijke Europese recht laat het, ook in het geval dat ‘afwijkende’ wezenlijke beroepsvereisten door de beugel kunnen, niet toe dat het verbod op intimidatie dan niet (meer) geldt. Dienovereenkomstig heeft de wetgever het intimidatieverbod zo geformuleerd – zie artikel 1a, derde lid, Awgb – dat het blijft gelden, ook als zich een uitzondering voordoet op het verbod om onderscheid te maken. Daarbij heeft de wetgever evenwel nagelaten om artikel 3 Awgb hierbij te betrekken, wat betekent dat als artikel 3 Awgb van toepassing is, het intimidatieverbod niet geldt. Dat is in strijd met het Europese recht. Artikel 1a Awgb zal op dit punt dan ook aangepast moeten worden.

De uitzondering die artikel 3 Awgb ten behoeve van kerkgenootschappen maakt is in het licht van de vrijheid van godsdienst niet te beperkt. Voorwaarde is daarbij dan wel, dat de begrippen ‘(kwalificaties voor) het geestelijk ambt’ en ‘zelfstandig onderdeel van een kerkgenootschap’ die in deze bepaling figureren niet te beperkt uitgelegd worden. Een te restrictieve uitleg van deze begrippen brengt mee, dat ook rechtsverhoudingen ten aanzien waarvan de overheid vanwege de vrijheid van godsdienst vergaande terughoudendheid heeft te betrachten, moeten voldoen aan het stringente regime van artikelen 5 en 7 Awgb. Dat is in strijd met de vrijheid van godsdienst.

Als sprake is van een organisatie welke door het kerkgenootschap zelf als zelfstandig onderdeel aangemerkt wordt, waarbinnen het kerkgenootschap bepalende zeggenschap heeft en uit de statuten de religieuze achtergrond en binding met het kerkgenootschap blijkt, dient deze kwalificatie in principe door juridische beslissers (Commissie, rechter) aanvaard te worden. De arbeidsrelatie met het ‘kernpersoneel’ dat in zo een organisatie werkzaam is dient in de zin van artikel 3 Awgb als een rechtsverhouding binnen een kerkgenootschap aangemerkt te worden. Aldus uitgelegd biedt artikel 3 Awgb in intern-genootschappelijke relaties voldoende ruimte voor de vrijheid van godsdienst.

**KENBAARHEID, TOEGANKELIJKHEID, BRUIKBAARHEID
EN EFFECTIVITEIT VAN DE AWGB**

DEEL II

M.L.M. HERTOOGH E.A.

Hoofdstuk 1

Opzet van het rechtssociologisch onderzoek

1.1 Inleiding

De Algemene wet gelijke behandeling (AWGB) vormt sinds 1 september 1994 het hart van de gelijke behandelingswetgeving en bestaat inmiddels ruim tien jaar. De bedoeling van de AWGB is, 'maatschappelijke achterstelling en uitsluiting te bestrijden met een verbod op discriminatie op grond van onder meer geslacht, godsdienst, levensovertuiging, politieke gezindheid, ras en nationaliteit. De gelijkebehandelingswetgeving moet de weg naar de arbeidsmarkt, het onderwijs en andere belangrijke onderdelen van het maatschappelijk leven openen en openhouden voor de groepen die bescherming verdienen.'⁸⁵⁷

De Algemene wet gelijke behandeling schrijft een vijfjaarlijkse verplichte evaluatie voor. De Commissie gelijke behandeling (Cgb) dient de Awgb, de Wet Gelijke Behandeling mannen en vrouwen bij de arbeid (Wgb m/v) en de artikelen 7:646 en 7:647 BW te evalueren (art. 20 lid 2 en 33 AWGB). Hierna zal steeds worden gesproken over 'de AWGB' of 'de gelijkebehandelingswetgeving', waarmee de AWGB, de Wgb m/v en de relevante artikelen uit het BW worden geduid.

De eerste evaluatie vond in 1999 plaats en besloeg de eerste vijf jaren. Het kabinet heeft bij de eerste evaluatie van de AWGB eerst een extern onderzoek laten uitvoeren naar de uitvoerbaarheid, handhaafbaarheid, afstemming op andere regelingen en toegankelijkheid van de AWGB. Dit werd gevolgd door een eigen evaluatie door de Cgb.

In 2004 werd een tweede periode afgesloten en daaropvolgend diende de tweede evaluatie plaats te vinden. Bij de tweede evaluatie is eerst een evaluatieonderzoek uitgevoerd door de Cgb zelf. In vervolg hierop wilde het kabinet de Awgb ook extern laten evalueren. De tweede evaluatie van de Awgb geschiedde als gevolg hiervan in twee fases. De *eerste fase* werd gevormd door het rapport van de Cgb, waarin verslag wordt gedaan van de eigen bevindingen.⁸⁵⁸ Hierin zijn de feitelijke ervaringen van de Cgb met de toepassing van de wet beschreven en beoordeeld in het licht van het doel van de wet. De Cgb heeft op een aantal punten ook extern onderzoek laten verrichten. Vervolgens heeft het kabinet wetenschappelijk onderzoek laten uitvoeren door een gezamenlijk team van de Universiteit van Tilburg en de Rijksuniversiteit Groningen. Dit externe onderzoek vormt de *tweede fase* van de evaluatie.

Dit rapport doet verslag van het rechtssociologische deelonderzoek van deze evaluatie en heeft betrekking op de periode 1999–2004. Voor de casestudies is bovendien gebruik gemaakt van enkele zaken die in 2005 door de Cgb zijn behandeld.

In dit hoofdstuk zullen hierna eerst de resultaten van eerder evaluatieonderzoek van de gelijke-behandelingswetgeving worden besproken (1.2). Daarna zal het analysekader van dit onderzoek worden toegelicht, hierin staat zowel de sociale werking als de symboolwerking van wetgeving centraal (1.3). Vervolgens zullen de onderzoeksvragen nader worden uitgewerkt (1.4) en zullen de twee deelonderzoeken kort worden toegelicht (1.5). Daarna zal worden stilgestaan bij de wijze waarop dit (tweede fase)

⁸⁵⁷ Cgb 2005, p. 1.

⁸⁵⁸ Cgb 2005.

onderzoek is afgestemd op het onderzoek uit de eerste fase van deze evaluatie (1.6). Tenslotte zullen een aantal methodologische kanttekeningen worden geplaatst bij de vergelijking tussen het huidige evaluatieonderzoek en de eerste Awgb-evaluatie uit 1999 (1.7).

1.2 Eerder onderzoek naar functioneren gelijke-behandelingswetgeving

Hieronder worden achtereenvolgens de belangrijkste uitkomsten weergegeven van empirisch onderzoek naar de Wet gelijke behandeling m/v (WGB m/v) en eerdere Commissies gelijke behandeling (Cgb's m/v), en van recent onderzoek naar de Algemene wet gelijke behandeling (Awgb) en de huidige Commissie gelijke behandeling (Cgb).

Onderzoek naar de Wet gelijke behandeling m/v

Er zijn verschillende studies verricht naar de werking van de WGB m/v. Uit het onderzoek dat Blom ruim 10 jaar geleden heeft gedaan in zo'n 20 ondernemingen en instellingen binnen de machine-industrie, het verzekeringswezen, de gezondheidszorg en het onderwijs, komt naar voren dat de WGB m/v aldaar weinig effectief is geweest.⁸⁵⁹ Om te beginnen blijkt de parate kennis over de inhoud van de gelijke-behandelingsnorm gering te zijn. Zo is het merendeel van de geïnterviewden onbekend met het onderscheid tussen directe en indirecte discriminatie. Bij de term 'ongelijke behandeling' denkt men over het algemeen enkel aan opzettelijk gemaakt direct onderscheid. Aangezien algemeen wordt aangenomen dat discriminatie in deze beperkte zin nauwelijks meer voorkomt, bestaat er ook weinig bereidheid zich verder in de gelijke-behandelingswetgeving te verdiepen. Blom omschrijft de ontstane patstelling als volgt: '[O]mdat men weinig problemen ziet, kent men de regeling niet, en omdat men de regeling niet kent, ziet men weinig problemen.'⁸⁶⁰

Voorts is men weinig bekend met het door de wet aangereikte handhavinginstrumentarium en is de geneigdheid om hierop een beroep te doen, niet erg groot. De meerderheid van de respondenten was niet op de hoogte van het bestaan van de Cgb m/v of had een onjuist of onvolledig idee van de taken hiervan. In geval van een conflict schrikken individuele werknemers ervoor terug welke juridische instantie dan ook in te schakelen uit angst hun baan te verliezen of de werksfeer te verstoren. Gerezen meningsverschillen worden zoveel mogelijk intern opgelost. Alleen wanneer het om een principiële zaak gaat, is men bereid juridische stappen te ondernemen. Ten slotte geeft Blom aan dat de wet een zeer beperkte rol speelt bij het besluitvormingsproces. In een concreet conflict met een werknemer oriënteren werkgevers zich primair op hun eigen rechtvaardigheidsopvattingen, waarvan overigens een algemeen (maar beperkt) idee van gelijkheid deel uitmaakt. Bedrijfsinterne regelingen en CAO's leggen, bij de beoordeling of een bepaalde handeling in strijd is met de gelijkebehandelingsnorm, meer gewicht in de schaal dan de wet. Toch is Bloms eindoordeel niet geheel negatief: hoewel veel indirect onderscheid tussen mannen en vrouwen niet opgemerkt wordt, heeft de wet ertoe bijgedragen dat het maken van direct onderscheid niet langer meer wordt geaccepteerd: 'Dat gelijke behandeling zo vanzelfsprekend wordt gevonden, zal waarschijnlijk (...) gestimuleerd zijn door het

⁸⁵⁹ Blom 1995.

⁸⁶⁰ Blom 1995, p. 24.

bestaan van gelijke-behandelingswetgeving en de soms geruchtmakende rechtszaken die op basis van deze wetgeving zijn gevoerd.⁸⁶¹ Er heeft zich een zekere mentaliteitsverandering voltrokken, die ook geleid heeft tot wijzigingen in het gedrag, ook al nemen mannen en vrouwen nog steeds een ongelijke positie op de arbeidsmarkt in. Op basis van twee gevalstudies uit dezelfde periode, uitgevoerd bij een commercieel bedrijf en een ministerie, komt Veldman tot een vergelijkbare conclusie.⁸⁶² In het bedrijf in kwestie heeft de gelijke-behandelingswetgeving een beduidend lagere status dan de interne organisatieregels. Er is wel een gelijke-kansenprogramma opgesteld, maar daarvan wordt in de praktijk nauwelijks gebruik gemaakt. Doordat intern het beeld bestaat van een 'open organisatie, waarin eenieder recht wordt gedaan,' heeft het programma een lage prioriteit. Het lijkt vooral een symbolische werking te hebben: de indruk wordt gewekt dat de gelijke behandeling van mannen en vrouwen actief wordt bevorderd. Een positief maatschappelijk imago is voor de organisatie van groot belang en daaraan kan de suggestie van wetsconformiteit een bijdrage leveren. Ook op het onderzochte ministerie heeft het op papier bestaande positieve-actieprogramma weinig uitvoering gekregen. Dit is echter niet zozeer te wijten aan het zelfbeeld van de organisatie, zoals in geval van het bedrijf, als wel aan het ontbreken van geëigende instrumenten ter implementatie van het programma. Het huidige personeelsbeleid is te casuïstisch om daadwerkelijk gelijke kansen te kunnen creëren. Over het algemeen blijkt de kennis van de wet onder de geïnterviewde ambtenaren groter te zijn dan onder medewerkers van het bedrijf, en heeft deze ook een groter gezag. Daartegenover staat dat er evenmin veel begrip is van en voor het verbod van indirect onderscheid zoals neergelegd in de Wet gelijke behandeling m/v. Vanwege dit gebrek aan kennis heeft de indirecte-discriminatie-norm in beide arbeidsorganisaties volgens Veldman weliswaar geen averechtse werking gehad maar toch een 'nagenoeg nuleffect'.⁸⁶³

Onderzoek naar de Commissie gelijke behandeling m/v

Naar het functioneren van de eerste Cgb m/v, die alleen de private sector bestreek, is uitgebreid kwantitatief onderzoek gedaan door Jaspers en Van Kleinwee.⁸⁶⁴ Tussen 1975 en 1982 zijn gemiddeld slechts 34 aanvragen per jaar behandeld, terwijl de huidige Cgb jaarlijks vaak meer dan het tienvoudige aantal verzoeken krijgt. Bestaande misstanden worden niet aan de kaak gesteld omdat te weinig vrouwen, met name uit de lagere beroepsklassen, op de hoogte zijn van de norminhoud, laat staan bekend zijn met de mogelijkheid de Commissie in te schakelen. Voorts blijkt dat in de meerderheid van de gevallen werkgevers een voor de klager positief advies niet navolgen. In gelijke-loonzaken is de situatie het slechtst: in 23 van de 35 gevallen wordt het advies van de Commissie feitelijk genegeerd. Als negatief neveneffect valt bovendien te melden dat een deel van de klagers wordt ontslagen, zelf ontslag neemt of ziek wordt als gevolg van een verslechterde werksfeer. Ook in andere zaken over gelijke behandeling weigert de werkgever meestal in te gaan op het advies van de Commissie, maar genoemde 'bijwerkingen' doen zich daarbij in veel mindere mate voor. Wanneer vervolgens de rechter wordt ingeschakeld, levert dat veelal niets op: 11 van 13

⁸⁶¹ Blom 1995, p. 58.

⁸⁶² Veldman 1995.

⁸⁶³ Veldman 1995, p. 369.

⁸⁶⁴ Jaspers en Van Kleinwee 1985.

klagers die in een loonzaak in het gelijk zijn gesteld, hebben bij de rechter nul op het rekest gekregen, terwijl de enige rechtszaak die in de onderzochte periode over gelijke behandeling is gevoerd naar aanleiding van een positief advies van de Commissie, evenmin succesvol was.

Vanwege teleurstellende ervaringen met de twee eerdere Commissies besluit de Cgb m/v, die medio 1989 aantreedt en zowel de private als de overheidssector onder haar hoede krijgt, het roer om te gooien: hoogste prioriteit heeft niet langer conflict-oplossing in het concrete geval, maar de systematische uitwerking van de gelijkebehandelingsnorm. Met de verbetering van de (juridische) kwaliteit van de commissie-oordelen hoopt men het gezag van de Commissie onder zowel partijen als rechters en parlementariërs te vergroten.⁸⁶⁵

Uit de omgevingsanalyse van Jaspers, Konijn en De Vries, waarin een indruk wordt gegeven van de heersende denkbeelden over de Cgb m/v in het maatschappelijke veld waarin zij heeft geopereerd, blijkt dat deze Commissie een veel gunstiger receptie ten deel is gevallen dan haar beide voorgangers.⁸⁶⁶ In de rechtswetenschap bestaat over het algemeen grote waardering voor de kwaliteit van haar oordelen, maar wel wordt het bezwaar gehoord dat er te weinig ontwikkeling in zit. Belangenorganisaties zien de werkzaamheden van de Commissie als een belangrijke ondersteuning van hun eigen activiteiten. De FNV staat positief tegenover de wijze waarop de Commissie invulling geeft aan de zichzelf opgelegde pseudo-rechterlijke taak, maar tekent aan dat hierdoor partijen steeds meer worden gedwongen zich te laten bijstaan door een advocaat. Vertegenwoordigers van werkgeversorganisaties laten zich een stuk kritischer uit. Voor hen had noch de WGB noch de Cgb m/v er hoeven komen, aangezien het aan de sociale partners overgelaten had moeten worden om arbeidsvoorwaarden vast te stellen. Daar staat tegenover dat individuele werkgevers vaak een veel minder afwijzende houding aannemen tegenover gelijke behandeling in het algemeen en de Commissie in het bijzonder dan de organisaties die hen vertegenwoordigen, zeker in vergelijking met tien jaar ervoor. Ondernemers zijn in beginsel bereid de commissieoordelen op te volgen voor het concrete geval, maar deinzen ervoor terug structurele maatregelen te nemen. Alleen laat de bekendheid van de wet onder hen sterk te wensen over.

Leidt de statusverhoging van de Cgb m/v ook tot een betere naleving van haar oordelen? Afgaande op de reacties die bij de Commissie zelf zijn binnengekomen, ontstaat de indruk dat het merendeel van de partijen zich neerlegt bij het commissieoordeel: in de periode van 1989 tot 1994 heeft in 140 van de 239 gevallen de wederpartij aangegeven maatregelen te treffen.⁸⁶⁷ In veel gevallen is echter niet bekend of die maatregelen ook daadwerkelijk zijn getroffen en hoe deze er precies uitzien. Dorsman geeft aan dat werkgevers over het algemeen de door de Commissie geconstateerde ongelijke behandeling voor het concrete geval ongedaan maken, maar niet tot structurele aanpassingen overgaan.⁸⁶⁸

Aan de hand van tien gevallen die in de periode eind 1994 t/m begin 1995 bij de Cgb m/v voorkwamen, heeft Van Klink onderzocht welke gevolgen inschakeling van de Commissie heeft gehad voor de verzoeker, de wederpartij en eventuele ande-

⁸⁶⁵ Vgl. Carien Evenhuis, 'In essentie', in: Van Vleuten 1994, p. 235-249.

⁸⁶⁶ Jaspers, Konijn en De Vries 1995.

⁸⁶⁷ Zie de jaarverslagen van de CGB m/v uit die periode.

⁸⁶⁸ Willy Dorsman, 'Naleving door partijen', in: Van Vleuten 1994, p. 223-228, p. 225.

re betrokkenen.⁸⁶⁹ Uit deze analyse komt naar voren dat inschakeling van de Commissie in verreweg de meeste gevallen niet zonder resultaat is gebleven. In drie van de vier zaken waarin een individueel verzoek werd ingediend (onder meer om parttime te mogen werken), werd dit verzoek conform het commissieoordeel gehonoreerd. In vijf van de zeven zaken die (mede) structurele maatregelen tot inzet hadden, werden deze ook gerealiseerd: de bestreden algemene regeling werd in overeenstemming met het oordeel van de Commissie gebracht. Inschakeling van de Cgb m/v blijkt, behalve op het materiële vlak van het handelen (er worden individuele en/of structurele maatregelen genomen), ook op het immateriële vlak van de betekenisverlening en communicatie effect te sorteren. In zeven van de tien zaken zijn zgn. positieve symbolische effecten (zie hieronder) te melden: het gelijkheidsideaal wordt bevestigd, de wettelijke terminologie verspreidt zich, de gevoeligheid voor kwesties rond gelijke behandeling neemt toe en de onderhandelingspositie van betrokken partijen wordt versterkt. Voor de door de wetgever nagestreefde mentaliteitsverandering zijn laatstgenoemde effecten van wezenlijk belang, omdat traditionele denk- en waardepatronen en daarmee verbonden gedragingen niet gewijzigd kunnen worden zonder dat men het over het belang van gelijkheid (ten minste in algemene zin) eens wordt, er een gemeenschappelijke taal is gecreëerd en de bewustwording rond deze problematiek toeneemt. Er deden zich in verschillende gevallen ook zgn. negatieve symbolische effecten (zie hieronder) voor: er ontstond frictie tussen of binnen de partijen; de procedure werd als een bezoedeling van de eigen waarden opgevat; en in één geval symboliseerde het commissieoordeel zelfs de ondergang van de Nederlandse rechtsorde. Op twee gevallen na hebben deze laatste nevengevolgen echter geen tastbare consequenties gehad voor de individuele verzoeksters.

Onderzoek naar de Algemene wet gelijke behandeling en de Commissie gelijke behandeling

Met de invoering van de AWGB in 1994 treedt er een nieuwe Commissie gelijke behandeling aan, waarvan de jurisdictie aanzienlijk is uitgebreid: niet alleen oordeelt zij over kwesties rond gelijke behandeling van mannen en vrouwen bij de arbeid, maar ook andere discriminatiegronden (waaronder ras en homoseksuele gerichtheid) op andere terreinen van het maatschappelijk leven (waaronder onderwijs en huisvesting) vallen onder haar competentie. Tot ingrijpende koerswijzigingen leidt de wisseling van de wacht in eerste instantie niet. Rechtsvorming heeft aanvankelijk nog steeds de voorkeur boven individuele geschilbeslechting of handhaving van de gelijkbehandelingsnorm.⁸⁷⁰

In het kader van de eerste evaluatie is in 1999 rechtssociologisch onderzoek uitgevoerd naar de sociale werking van de AWGB en verwante wetgeving en naar de doorwerking van de oordelen van de huidige Cgb.⁸⁷¹ Uit dit onderzoek, uitgevoerd onder leiding van Groenendijk, komt naar voren dat de algemene sociale werking van de gelijke-behandelingswetgeving zich beperkt tot een minderheid van de onderzochte arbeidsorganisaties. Het maatschappelijk draagvlak voor gelijke behandeling is nog steeds groot, maar bij de concretisering van de norm doen zich verschillen van mening voor. De bekendheid met en de kennis over de gelijke-behandelings-

⁸⁶⁹ Van Klink 1998, hoofdstuk 8. Zie ook Van Klink 2000.

⁸⁷⁰ KUN 1999, p. 534.

⁸⁷¹ KUN 1999, deel II. De verwijzing vindt voortaan in de tekst plaats.

wetgeving, de Commissie gelijke behandeling en haar oordelen is in het algemeen gering en globaal van aard. De meeste conflicten over gelijke behandeling blijken binnen de meeste arbeidsorganisaties zelf te worden opgelost. Als de Commissie gelijke behandeling wordt ingeschakeld, wordt in ten minste een derde van de gevallen waar de Commissie strijd met de wet constateert haar oordeel opgevolgd. Wanneer de wederpartij het oordeel opvolgt, neemt deze in bijna alle gevallen structurele maatregelen: interne regels of procedures worden aangepast. Ook blijkt dat veel individuele verzoekers zelf geen (materieel) voordeel hebben van het oordeel. De meeste verzoekers zijn primair uit op erkenning van hun standpunt en krijgen die ook. Andere symbolische effecten zijn onder meer versterking van de onderhandelingspositie van partijen en toename van de bewustwording, maar dergelijke effecten zijn in dit onderzoek niet systematisch onderzocht. Uit dossieronderzoek blijkt dat rechters lang niet altijd het oordeel van de Commissie volgen.

In reactie op deze eerste evaluatie besluit de Cgb het oordelen niet langer exclusieve prioriteit te geven, maar meer gebruik te maken van andere taken en bevoegdheden.⁸⁷² Het follow up-beleid, waarbij de Commissie nagaat of en hoe de partijen de oordelen opvolgen, wordt nader uitgewerkt, er wordt meer aandacht besteed aan onderzoeken uit eigen beweging en de adviestaak inzake (internationale) wet- en regelgeving op het gebied van gelijke behandeling wordt versterkt. Verder heeft de Cgb de afgelopen jaren meer gedaan aan algemene en doelgroepspecifieke voorlichting en educatie, mede om de bekendheid van de wet en de Commissie te vergroten. Op grond van haar eigen evaluatie stelt de Commissie dat deze koerswijziging – algemeen genomen – haar vruchten heeft afgeworpen.⁸⁷³ De bekendheid van de Cgb is toegenomen, vooral bij instellingen en organisaties. 79% van de respondenten geeft aan wel eens van de Commissie te hebben gehoord of erover te hebben gelezen. Evenwel weet meer dan de helft van deze groep (53%) niet wat de Cgb doet. Het opvolgingspercentage van de commissie-oordelen is tussen 2001 en 2004 gestegen: van 60% in 2001 naar 76% in de eerste helft van 2004 (exclusief schikkingen).

Het merendeel van de geïnterviewde verzoekers en wederpartijen zegt positief te staan tegenover de zorgvuldige manier waarop de Cgb verzoeken behandelt. De helft van de verzoekers en/of hun vertegenwoordigers is echter van mening dat het commissie-oordeel hen niet dichterbij een oplossing hebben gebracht. Minder dan de helft van de verweerders en/of hun vertegenwoordigers (43%) zegt dat het oordeel geen aanknopingspunten biedt om de bestreden handelwijze of het onderhavige beleid te veranderen. Hoewel dit resultaat gunstiger is dan vijf jaar geleden – 45% acht het commissie-oordeel wel bruikbaar –, is de Commissie niet tevreden; het blijft een ‘punt van zorg’. De rechter blijkt steeds vaker het commissie-oordeel te volgen. In 81% van de zaken heeft hij het oordeel van de Commissie expliciet meegewogen bij zijn uitspraak; in 61% volgt hij het oordeel zelfs geheel. De lagere rechter is dus niet langer geneigd het oordeel van de Cgb naast zich neer te leggen, zoals bij de eerste evaluatie werd geconstateerd. Volgens de Commissie heeft het uitbrengen van beleidsadviezen aan andere instanties dan de wetgever, zoals maatschappelijke organisaties, een ‘positieve impact’. Om die reden wil ze zich in de toekomst meer gaan toeleggen op de adviseringstaak. Ook is ze van plan meer onderzoek uit eigen bewe-

⁸⁷² Cgb 2005, p. 69.

⁸⁷³ Zie vorige voetnoot.

ging uit te voeren. Tot slot roept de Commissie de rijksoverheid op, ter verbetering van de werkzaamheid van de gelijke-behandelingswetgeving, meer voorlichting over deze wetgeving en over klachtmogelijkheden te geven, en belangenorganisaties voor slachtoffers van discriminatie financieel te blijven ondersteunen.

1.3 *De sociale werking en symboolwerking van wetgeving*

Mede op basis van de uitkomsten van dit eerder evaluatieonderzoek, hebben wij voor de onderhavige evaluatie van de gelijke behandelingswetgeving een eigen benadering van effectiviteit ontwikkeld.

Samengevat staat binnen onze visie op effectiviteit de sociale werking van wetgeving centraal.

Hierbij kijken we naar de directe en de indirecte effecten van de gelijke behandelingswetgeving.

Daarnaast zullen we ook nadrukkelijk aandacht besteden aan mogelijke symbolische effecten van deze wetgeving.

Klassieke benadering

Wanneer mag een wet effectief heten? In het gangbare denken valt de vraag naar de effectiviteit van wetgeving meestal samen met de vraag naar de mate waarin de wetgever zijn doelstellingen heeft kunnen realiseren. Een effectieve wet is een wet die datgene bewerkstelligt wat de makers ervan voor ogen stond. Er wordt een causaal verband gelegd tussen enerzijds de uitvoering en handhaving van de wet en anderzijds een bepaalde toestand in de werkelijkheid. Het recht wordt opgevat als een neutraal werktuig waarmee ontwikkelingen in de samenleving beheerst kunnen worden vanuit een standpunt boven of buiten die samenleving. Deze benadering kent echter een aantal belangrijke beperkingen, die vooral in de rechtssociologie en de rechtstheorie verder zijn uitgewerkt. Zo blijkt het vaak moeilijk om ‘het’ doel van een wet eenduidig vast te stellen en staat de wetgever niet buiten of boven, maar midden in de samenleving.

Sociale werking

Er is daarom een alternatieve opvatting van effectiviteit uitgewerkt, die wordt aangeduid als de *sociale werking* van wetgeving.⁸⁷⁴ In deze benadering staat de vraag centraal, niet zozeer of en in hoeverre de bedoelingen van de wetgever zijn gerealiseerd, als wel: ‘welk verschil maakt een gegeven wet uit in het maatschappelijk verkeer?’ Met deze vraag wordt het onderzoeksperspectief verbreed van de geïntendeerde effectiviteit naar de sociale werking van wetgeving. Volgens deze benadering kan een rechtsregel twee soorten van effecten teweeg brengen: directe en indirecte effecten.

Elke rechtsregel bevat een norm die aangeeft welk gedrag geboden, toegestaan, vrijgesteld of verboden is. Zo bepaalt art. 21 sub a van het Reglement verkeersregels en verkeerstekens dat motorvoertuigen op autosnelwegen maximaal 120 km per uur

⁸⁷⁴ Griffiths 2005.

behoren te rijden. Wanneer het feitelijke (rij-)gedrag correspondeert met de norm én wanneer de norm tevens de oorzaak is van deze correspondentie, is er sprake van een *direct effect*. De sociale, economische of andere gevolgen van een direct effect heten *indirecte effecten*. Dat wil zeggen: doordat een bepaalde norm wordt geëerbiedigd, wordt indirect een bepaald resultaat van een meer algemene aard bereikt. In geval van art. 21 sub a van het Reglement verkeersregels en verkeerstekens is dat vooral de verkeersveiligheid.⁸⁷⁵

Binnen deze benadering krijgt de notie van effectiviteit een veel ruimere invulling dan in de klassieke benadering. Dit heeft twee grote voordelen:

- a. Hierdoor krijgt men (mede) oog voor gevolgen van wetgeving die niets te maken hebben met de ‘letter van de wet’ of de hieraan ten grondslag liggende doelstelling en die ook niet geïntendeerd hoeven te zijn. Dergelijke onafhankelijke en onbedoelde effecten blijven in de klassieke benadering buiten beschouwing.
- b. Onze benadering houdt, behalve een verbreding, ook een verschuiving van het perspectief in. We bekijken de effecten van de wet niet van bovenaf, maar van onderop. We verleggen op deze manier de aandacht van de mate waarin de wet wordt gehandhaafd naar de wijze waarop de wet al of niet een rol speelt binnen de dagelijkse praktijk van de actoren op de maatschappelijke ‘werkvloer’ (en de sociale velden waarvan zij deel uitmaken). In dit onderzoek zijn deze actoren zowel burgers als professionals.

We maken een onderscheid in de *algemene* en de *specifieke* werking van de gelijke behandelingswetgeving.⁸⁷⁶ Onder algemene sociale werking verstaan we de werking in de alledaagse praktijk, zonder dat er sprake is van een juridisch conflict. Onder specifieke sociale werking verstaan we de werking van de wetgeving in individuele conflictsituaties waarin expliciet een beroep op de wetgeving wordt gedaan en de wetgeving wordt toegepast door in de wet aangewezen instanties, bijvoorbeeld door de Commissie gelijke behandeling of een rechter.

Symbolwerking

In eerder onderzoek naar de gelijke behandelingswetgeving is ons gebleken dat het verstandig is om aan deze bestaande benadering van de sociale werking nog één element toe te voegen. Dit noemen wij *symbolische effecten*. Hieronder verstaan wij: onafhankelijke effecten van een wet die betrekking hebben op processen van betekenisverlening en communicatie rond die wet en die bijdragen aan de directe en indirecte werkzaamheid ervan. Hierbij kan onder meer gedacht worden aan verspreiding van het wettelijk vocabulaire, bevestiging van een fundamentele waarde of verandering van een met de wet strijdige mentaliteit. Deze categorie is juist op het

⁸⁷⁵ Griffiths onderscheidt daarnaast ook nog ‘onafhankelijke’ en ‘onbedoelde’ effecten. Onafhankelijke effecten zijn effecten die niet afhankelijk zijn van welk normconform gedrag (ofwel direct effect) dan ook. Men spreekt in dit verband ook wel van ‘nevengevolgen’. Tot slot zijn er de onbedoelde effecten. Het betreft hier eigenlijk geen afzonderlijke categorie, maar een mogelijke uitbreiding ten opzichte van de bovenstaande categorieën: de directe, indirecte of onafhankelijke effecten kunnen al dan niet beoogd zijn door de wetgever.

⁸⁷⁶ Vgl. T.Havinga et al., ‘De sociale werking van gelijke behandelingswetgeving,’ *Recht der Werkelijkheid* 2000/2, p. 2.

terrein van de gelijke behandelingswetgeving van grote betekenis, omdat de wetgever met deze wetgeving ook een mentaliteitsverandering wil bewerkstelligen. Deze aanvullende visie op de effecten van wetgeving wordt aangeduid als: de symboolwerking van wetgeving.⁸⁷⁷ Deze benadering veronderstelt dat effectiviteit van wetgeving een steeds voortgaand proces van communicatie is tussen de leden van de interpretatiegemeenschap die de wet in het leven roept (bestaande uit onder anderen rechters, bestuurders en wetenschappers) enerzijds en de normadressaten en leden van de doelgroep anderzijds. Aan dit communicatieproces ontleent de wet haar werking: de wettelijke terminologie verspreidt zich en de hiermee verbonden waarden vinden ingang in (delen van) de rechtsgemeenschap. Deze positief-symbolische effecten op het denken en het spreken van burgers moeten, op termijn, leiden tot daadwerkelijke veranderingen in hun gedrag. Daarnaast kunnen vaak ook negatief-symbolische effecten worden onderscheiden. Deze kunnen de (directe en indirecte) werkzaamheid van de wet tegenwerken.

1.4 Uitwerking van de onderzoeksvragen

Hoofdvraag

In het rechtssociologisch onderzoek staat de volgende vraag centraal:

Hoofdvraag rechtssociologisch onderzoek:

IS DE AWGB VOLDOENDE KENBAAR, TOEGANKELIJK EN EFFECTIEF?

Uitwerking empirische onderzoeksvragen

Deze vraag is in de startnotitie door de opdrachtgever reeds in een aantal meer concrete onderzoeksvragen uitgewerkt. Voor het rechtssociologisch onderzoek zijn vooral die vragen van belang die betrekking hebben op de toepassing van de gelijke behandelingswetgeving. Voor de daadwerkelijke uitvoering van het empirisch onderzoek is het noodzakelijk om deze vragen enigszins te herformuleren (uiteraard met behoud van de oorspronkelijke inhoud). Het is onder meer belangrijk om per onderdeel een aparte onderzoeksvraag te formuleren en om de huidige gesloten vragen te veranderen in open vragen.

De onderzoeksvragen zullen worden verdeeld in twee clusters:

- De eerste cluster is gericht op de kenbaarheid en toegankelijkheid van de gelijke behandelingswetgeving voor burgers.
- De tweede cluster is gericht op de bruikbaarheid en effectiviteit van de gelijke behandelingswetgeving vanuit het perspectief van de professionele gebruikers van deze wetgeving.

De onderzoeksvragen zullen hieronder verder worden geoperationaliseerd.

⁸⁷⁷ Van Klink 1998; B. van Klink, Effectiviteit van gelijke behandelingswetgeving: van sociale werking naar symboolwerking, in: Holtmaat 2000, p. 215-230; Witteveen 2000, 179-192.

Burgers

De eerste onderzoeksvraag heeft betrekking op de kenbaarheid en toegankelijkheid van de wetgeving voor de burger:

Vraag 1.

IN HOEVERRE BIJDT DE GELIJKE BEHANDELINGSWETGEVING VOOR DE BURGER VOLDOENDE HOUVAST VOOR HET VERNEMEN EN HET REALISEREN VAN ZIJN RECHTEN EN PLICHTEN?

In het empirisch onderzoek zal in het kader deze vraag onder meer aandacht worden besteed aan de volgende onderwerpen:

- (actieve en passieve) bekendheid met de wet (bekend zijn met het bestaan van de wet, de inhoud van de wet, bekendheid met de discriminatiegronden, bekendheid met het onderscheid in direct en indirect onderscheid, praktische situaties herkennen waarvoor de wet is bedoeld, enz.).
- invloed op gedrag, invloed op wijze waarop over gelijkheid wordt gedacht en gepraat.
- het belang dat wordt gehecht aan het ideaal van gelijkheid en het bestaan van een wet gelijke behandeling.
- het belang dat de burger hecht aan de toegankelijkheid van de wet.

De tweede onderzoeksvraag is gericht op de verbetering van de kenbaarheid van de gelijke behandelingswetgeving:

Vraag 2.

OP WELKE WIJZE KAN DE KENBAARHEID VAN DE GELIJKE BEHANDELINGSWETGEVING BIJ DE BURGER (DOOR ONDER MEER WETSWIJZIGINGEN) WORDEN VERBETERD?

In het empirisch onderzoek zal in het kader deze vraag onder meer aandacht worden besteed aan de volgende onderwerpen:

- factoren en omstandigheden die kenbaarheid van de gelijke behandelingswetgeving beïnvloeden
- interne factoren, waaronder het taalgebruik en de systematiek van de gelijke behandelingswetgeving
- externe factoren, waaronder de achtergrondkenmerken van de burgers en de rol van de media
- mogelijke suggesties die burgers zelf aandragen voor het verbeteren van de kenbaarheid

Professionele gebruikers

De derde onderzoeksvraag heeft betrekking op de bruikbaarheid van de wetgeving voor de professionele gebruikers :

Vraag 3.

IN HOEVERRE BIEDT DE GELIJKE BEHANDELINGSWETGEVING VOOR PROFESSIONALS VOLDOENDE HOUVAST VOOR EEN EFFECTIEVE UITVOERING EN HANDHAVING VAN DE WET?

In het empirisch onderzoek zal in het kader deze vraag onder meer aandacht worden besteed aan de volgende onderwerpen:

- duidelijkheid van de wettelijke normen
- duidelijkheid van de wettelijke procedures
- de toepassing van (wettelijke) maatregelen om ongelijke behandeling tegen te gaan
- de adequaatheid van deze (wettelijke) maatregelen

De vierde en laatste onderzoeksvraag ziet toe op de bestrijding van ongelijke behandeling in de praktijk:

Vraag 4.

IN WELKE MATE, EN OP WELKE WIJZE, TREDEN PROFESSIONALS IN DE PRAKTIJK OP TEGEN GEVALLEN VAN ONGELIJKE BEHANDELING; EN WAT IS HIERBIJ DE ROL VAN DE GELIJKE BEHANDELINGSWETGEVING?

In het empirisch onderzoek zal in het kader deze vraag onder meer aandacht worden besteed aan de volgende onderwerpen:

- ingrijpen en maatregelen door professionals in gevallen van ongelijke behandeling
- effecten van deze maatregelen
- mate waarin, en wijze waarop, hierbij gebruik wordt gemaakt van de gelijke behandelingswetgeving
- factoren en omstandigheden die het gebruik van de gelijke behandelingswetgeving door professionals beïnvloeden

1.5 Deelonderzoeken

Het rechtssociologisch onderzoek is onderverdeeld in twee deelonderzoeken:

- Onderzoek naar de kenbaarheid en toegankelijkheid van de AWGB onder burgers; en
- Onderzoek naar de bruikbaarheid en effectiviteit van de AWGB voor professionele gebruikers.

Onderzoek onder burgers

Voor de beantwoording van de onderzoeksvraag naar de kenbaarheid en toegankelijkheid van de gelijke behandelingswetgeving voor de burger hebben wij gebruik gemaakt van een combinatie van *kwantitatieve* en *kwalitatieve* onderzoeksmethoden (zie bijlage i). Er is allereerst een enquête afgenomen onder een representatieve afspiegeling van de Nederlandse bevolking. Om de (kwantitatieve) resultaten van de enquête beter te kunnen duiden en om ze te voorzien van een bredere context, zijn vervolgens ook zes kwalitatieve casestudies verricht. Hiervoor is een selectie worden gemaakt uit de dossiers bij de Cgb uit 2005. Bij elk dossier zijn met de betrokken

partijen semi-gestructureerde interviews gehouden en relevante documenten bestudeerd.

Onderzoek onder professionals

Voor de beantwoording van de onderzoeksvraag of de gelijke behandelingswetgeving voldoende aanknopng biedt voor een effectieve uitvoering en handhaving door professionele gebruikers is eveneens gebruik gemaakt van zowel *kwantitatieve* als *kwantitatieve* gegevens (zie bijlage i). Er zijn allereerst telefonische interviews afgenomen met verschillende professionele gebruikers, waaronder medewerkers van antidiscriminatiebureaus en vergelijkbare instellingen, advocaten, P&O-medewerkers, medewerkers van vakbonden, medewerkers van belangenorganisaties en rechters. Om de (deels kwantitatieve) resultaten van de telefonische interviews beter te kunnen duiden en om ze te voorzien van een bredere context, zijn bovendien vijf kwalitatieve casestudies verricht. Hiervoor is een selectie gemaakt uit recente discriminatiezaken waarmee deze professionals in het afgelopen jaar (januari 2004-januari 2005) te maken hebben gehad. Bij elke discriminatiezaak zijn met de betrokken partijen semi-gestructureerde interviews gehouden en relevante documenten bestudeerd.

1.6 Afstemming met het onderzoek uit de eerste fase

Het Cgb-onderzoek uit de eerste fase van deze wetsevaluatie heeft reeds een groot aantal empirische gegevens opgeleverd.⁸⁷⁸ Dit onderzoek kende verschillende onderdelen:

- Een algemeen onderzoek onder de Nederlandse bevolking naar de ‘penetratiegraad’ van het indienen van klachten bij de Cgb. Hierin ging het onder meer om de vraag hoeveel mensen zelf wel eens een vorm van discriminatie hebben ervaren. Hierbij is ook de bekendheid en toegankelijkheid van de Cgb onderzocht onder een representatieve groep van bijna 2200 personen enerzijds en slachtoffers van discriminatie en enige tientallen intermediairs en belangenorganisaties anderzijds;
- Een onderzoek onder zowel burgers als professionals naar de achtergronden van het achterblijven van verzoeken aan de Cgb, specifiek voor wat betreft de gronden ras en handicap;
- Een onderzoek naar de effecten van de oordelen van de Cgb (inclusief de adviezen en onderzoeken uit eigen beweging). In hoeverre worden de oordelen en aanbevelingen opgevolgd en nageleefd door partijen en hoe gaat de rechter om met een oordeel van de Cgb in procedures waarin de wetgeving gelijke behandeling een rol speelt?; en
- Een ‘waarderingsonderzoek’ onder alle verzoekers en verweerdere (c.q. hun gemachtigde) die betrokken waren bij zaken die tot een oordeel hebben geleid tussen 1 januari 2003 tot en met januari 2005.

De eerste en tweede fase van deze evaluatie zijn twee zelfstandige onderzoeken. Het empirisch onderzoek voor de tweede fase is echter wel zorgvuldig afgestemd op de reeds beschikbare gegevens uit de eerste fase. Dat betekent dat de meeste onderwer-

⁸⁷⁸ Cgb 2005.

pen die reeds in de eerste fase zijn onderzocht in dit onderzoek niet nog een keer zijn herhaald en dat – waar mogelijk – de kwantitatieve gegevens uit de eerste fase zijn aangevuld met kwalitatieve gegevens uit de interviews en de case-studies. Bij de afstemming tussen beide onderzoeken spelen bovendien de volgende overwegingen een rol:

- a. De vraagstelling die door de opdrachtgever is gekozen voor het onderzoek in de tweede fase is niet gelijk aan de vraagstelling van het onderzoek in de eerste fase. Tussen beide onderzoeken bestaat weliswaar enige overlap, maar in het algemeen kent het onderzoek in de tweede fase een beperktere opzet dan het onderzoek in de eerste fase.
- b. Het onderhavige (tweede fase) onderzoek is uitsluitend gericht op de eerder (in paragraaf 1.4) geformuleerde onderzoeksvragen. Samengevat staan hierin de kenbaarheid en toegankelijkheid van de gelijke behandelingswetgeving voor burgers centraal, alsmede de bruikbaarheid en effectiviteit van deze wetgeving voor professionals. De conclusies in dit rapport hebben uitsluitend betrekking op deze specifieke onderzoeksvragen.
- c. Voor zover er sprake is van overlap tussen het onderhavige (tweede fase) onderzoek en het eerste fase-onderzoek, zal in dit rapport ook worden verwezen naar de meest relevante uitkomsten van dit onderzoek. Uitkomsten van het eerste fase-onderzoek die niet direct betrekking hebben op de genoemde onderzoeksvragen worden in dit rapport niet apart vermeld.
- d. In dit rapport zal met name gebruik worden gemaakt van de belangrijkste conclusies uit het eerste fase-onderzoek die betrekking hebben op: de mate waarin discriminatie voorkomt onder de Nederlandse bevolking; de bekendheid met de Cgb; de waardering voor de Cgb en de Awgb onder burgers en professionals; en de effecten van de oordelen van de Cgb.

Alle uitkomsten van het eerste fase-onderzoek kunnen worden geraadpleegd in het eindrapport (inclusief de bijlagen) dat na afloop van dit onderzoek is verschenen.⁸⁷⁹

1.7 *Vergelijking met de Awgb-evaluatie uit 1999*

Om uitspraken te kunnen doen over mogelijke ontwikkelingen in de maatschappelijke betekenis van de gelijke behandelingswetgeving, zullen in dit rapport de resultaten van deze (tweede) evaluatie worden afgezet tegen de resultaten van de eerste Awgb-evaluatie uit 1999. Hierbij moeten vooraf wel enkele methodologische kanttekeningen worden geplaatst. Beide evaluatieonderzoeken zijn namelijk om een aantal redenen moeilijk met elkaar te vergelijken. In de eerste plaats kende het onderzoek uit 1999 een andere, bredere, opzet dan het onderhavige onderzoek. Ten tweede is in 1999 de (algemene) sociale werking van de gelijke behandelingswetgeving alleen onderzocht onder (verschillende typen) arbeidsorganisaties. In het onderhavige onderzoek is daarentegen een algemeen bevolkingsonderzoek gehouden en juist geen specifiek onderzoek verricht binnen organisaties. Ten slotte is in beide onderzoeken niet altijd dezelfde vraagstelling gebruikt.

⁸⁷⁹ Cgb 2005. Het rapport en de bijlagen zijn ook te downloaden via www.cgb.nl.

Deze verschillen tussen beide studies zijn tot op zekere hoogte onvermijdelijk en niet ongebruikelijk in sociaal-wetenschappelijk onderzoek. Ze zijn grotendeels te verklaren door het tijdsverloop tussen beide evaluaties, door verschillen in het kader waarbinnen de opdracht voor beide onderzoeken is verleend, en door het feit dat beide studies zijn uitgevoerd door verschillende onderzoeksteams, met ieder hun eigen deskundigheid en hun eigen theoretische en methodologische voorkeuren. De genoemde verschillen hebben een negatief effect op de betrouwbaarheid van de vergelijkende conclusies. Maar omdat er behalve het onderzoek uit 1999 geen goede alternatieve gegevens beschikbaar zijn, en een officiële ‘nulmeting’ uit 1994 (toen de wet werd ingevoerd) ontbreekt, is er in dit rapport desondanks voor gekozen om op een aantal plaatsen te verwijzen naar de uitkomsten van de eerste evaluatie. Gelet op de belangrijke verschillen tussen beide onderzoeken, moet er bij algemene uitspraken die terugkijken naar 1999 wel de nodige voorzichtigheid in acht worden genomen. Ondanks deze kanttekening heeft de vergelijking met de eerste Awgb-evaluatie, naar onze mening, wel verschillende waardevolle inzichten opgeleverd. Aan het eind van dit rapport (hoofdstuk 5) zullen bovendien een aantal suggesties worden gedaan om een vergelijkbare situatie bij toekomstige evaluatiestudies zoveel mogelijk te voorkomen.

1.8 De inhoud van dit rapport

Zowel de opzet als de resultaten van de deelonderzoeken onder burgers (hoofdstuk 2) en professionals (hoofdstuk 3) zullen hierna uitgebreid worden toegelicht. Daarna zullen op basis van deze gegevens de directe, indirecte en symbolische effecten van de Awgb in de onderzochte periode worden geanalyseerd (hoofdstuk 4). Ten slotte zullen de algemene conclusies van dit rechtssociologisch deelonderzoek en een aantal aanbevelingen worden gepresenteerd (hoofdstuk 5).

In de verschillende bijlagen bij dit rapport wordt verslag gedaan van respectievelijk: de achtergronden bij de gebruikte onderzoeksmethoden (bijlage i); de vragenlijsten die in het onderzoek zijn gebruikt (bijlage ii); de uitkomsten van de burgerenquête (bijlage iii), de case-studies onder burgers (bijlage iv), en de case-studies onder professionals (bijlage v).

Hoofdstuk 2

Kenbaarheid en toegankelijkheid van de Awgb voor burgers

2.1 Inleiding

Om de kenbaarheid en toegankelijkheid van de Algemene wet gelijke behandeling (Awgb) onder burgers te onderzoeken, is door middel van een Internetpanel een enquête afgenomen (zie bijlage i). In totaal zijn 1420 vragenlijsten uitgezet, waarvan er 1054 ingevuld zijn terug gestuurd (respons 74,2%). De uitkomsten van de enquête zijn representatief voor de Nederlandse bevolking. In de maatschappelijke discussie over gelijke behandeling komen de laatste jaren ook steeds vaker onderwerpen aan bod die betrekking hebben op discriminatie op grond van ras, nationaliteit en godsdienst (Cgb 2005, p. 4-5). Wij hebben er daarom voor gekozen om onze enquête zodanig in te richten, dat wij ook representatieve conclusies kunnen trekken over de ervaringen en opvattingen van allochtone Nederlanders (voor een toelichting, zie bijlage i). Daar waar de uitkomsten van de enquête leidde tot significante verschillen tussen autochtone en allochtone Nederlanders, wordt dat in de tekst expliciet vermeld.

Daarnaast zijn zes kwalitatieve case-studies uitgevoerd, waarin de achtergronden zijn onderzocht van een aantal zaken die afgelopen jaar (2004-2005) zijn behandeld door de Commissie Gelijke Behandeling (zie bijlage iii).

2.2 Ervaringen met ongelijke behandeling

Uit de burgerenquête blijkt dat één vijfde (22%) van alle ondervraagden zelf wel eens een geval van ongelijke behandeling heeft meegemaakt. Dit is iets meer dan uit het onderzoek in de eerste fase van deze evaluatie naar voren kwam (15%) (waarbij overigens de vraag beperkt was tot de periode medio 2003 - medio 2004) (Cgb 2005, p. 71). Van alle ondervraagde allochtonen zegt bijna de helft (45%) zelf wel eens een geval van discriminatie te hebben meegemaakt. Dat geldt ook voor ruim een derde (38%) van de ondervraagde homoseksuelen. Allochtonen ervaren, met andere woorden, twee keer zo vaak een vorm van ongelijke behandeling dan autochtonen. homoseksuelen ervaren bovendien vaker ongelijke behandeling dan heteroseksuelen (Tabel 2.1). Uit het onderzoek in de eerste fase van deze evaluatie bleek al eerder dat vrouwen vaker discriminatie ervaren dan mannen en jongeren vaker dan ouderen. Er zijn geen opvallende verschillen in opleidingsniveau aangetroffen (Cgb 2005, p. 71).

Tabel 2.1 **Hebt u zelf wel eens een situatie meegemaakt waarbij u werd geconfronteerd met een ongelijke behandeling (discriminatie)², naar etniciteit en naar seksuele gerichtheid (%)**

	etniciteit		seksuele gerichtheid		Totaal
	autochtoon	allochtoon	hetero	homo	
Ja	20	45	20	38	22
Nee	80	55	80	62	78
Totaal (n= 1.054)	100	100	100	100	100

Al deze vragen geven antwoord op de vraag wat burgers zelf al of niet al ongelijke behandeling hebben ervaren. De definitie van ongelijke behandeling is, met andere

woorden, niet beperkt tot die situaties waarin volgens de wettelijke definitie van de Awgb sprake was van ongelijke behandeling.

2.3 Kennis over de Awgb

Ongeveer drie kwart van de respondenten (76%) heeft voorafgaand aan ons onderzoek wel eens iets gehoord of gelezen over de Awgb. Ouderen (van 45 jaar en ouder) hebben vaker wel eens iets over de wet gehoord dan jongeren (tot 45 jaar) (Tabel 2.2).

Tabel 2.2 Had u voorafgaand aan dit onderzoek wel eens iets gehoord of gelezen over de Algemene wet gelijke behandeling (Awgb)? (%)

	<35	35-44	45-59	60+	Totaal
Ja	69	73	81	80	76
Nee	31	27	19	20	24
Totaal	100	100	100	100	100

Dit cijfer is aanzienlijk lager dan de uitkomst van de vorige evaluatie in 1999. Hierin was 91% van de ondervraagden bekend met de Awgb (6% was 'vaag' op de hoogte van het bestaan van de wet en 3% was niet bekend met de Awgb) (KUN 1999, p. 347). Dit valt waarschijnlijk mede te verklaren door het feit dat de resultaten van de eerste evaluatie niet afkomstig zijn uit een algemene bevolkingsenquête, maar uit een telefonische enquête onder (een steekproef van) alle arbeidsorganisaties in Nederland met tien of meer werknemers (zie paragraaf 1.7). Het onderzoek werd uitgevoerd met behulp van telefonische interviews met de functionarissen binnen de organisaties belast met personeelszaken. Deze geïnterviewde medewerkers komen door hun werk waarschijnlijk vaker in aanraking met de gelijke behandelingswetgeving dan de gemiddelde burger.

Verreweg de meeste burgers ontleen hun kennis van de Awgb aan de media (Tabel 2.3). De televisie (52%) wordt het meest genoemd, maar ook de krant (39%) en de radio (16%). Daarnaast zijn familie, vrienden en bekenden een belangrijke informatiebron (13%). Voorlichtingsmateriaal van de overheid (7%) en een studie of cursus (7%) worden minder vaak genoemd. De grote rol van de media komt ook tot uitdrukking in de meeste case-studies. Deze resultaten komen grotendeels overeen met de resultaten uit de eerste evaluatie. Uit de meeste recente cijfers blijkt bovendien de snelle opkomst van het internet als informatiebron. In 1999 werd het Internet nog niet expliciet genoemd, maar in 2005 is voor veel mensen het internet (6%) bijna net zo'n belangrijke informatiebron als school en studie (7%) en voorlichtingsmateriaal van de overheid (7%) (KUN 1999, p. 347). Uit het onderzoek in de eerste fase van deze evaluatie komt een vergelijkbaar beeld naar voren. Voor de kennis over de Cgb heeft het internet (9%) zelfs familie en bekenden (8%) en school (2%) als informatiebron ingehaald (Cgb 2005, p. 75). Onder verzoekers is het internet (21%) zelfs de belangrijkste bron van kennis over de Cgb (Cgb 2005, p. 86).

Tabel 2.3 **Wat zijn voor uw kennis van de Algemene wet gelijke behandeling (Awgb) de belangrijkste informatiebronnen?***(maximaal drie antwoorden mogelijk)*

	aantal	in %
voorlichtingsfolder overheid	71	7
Televisie	553	52
Krant	407	39
Radio	171	16
Werk	113	11
Internet	59	6
familie/vrienden/bekenden	135	13
school/studie/cursus	73	7
anders, namelijk	11	1
weet niet	37	4
n=	1.054	100

De helft van alle ondervraagden (48%) vindt het (heel) belangrijk om de inhoud van de Awgb te kennen; 10% vindt het (helemaal) niet belangrijk (Tabel 2.4). Onder allochtonen vindt 17% dat juist heel belangrijk (tegenover 4% autochtonen) en 53% het belangrijk (tegenover 42%). In één van de onderzochte cases vertelt bijvoorbeeld de medewerker van een sportzaak, die vanwege zijn rastafari-haardracht niet in aanmerking kwam voor een promotie, dat hij zowel het Meldpunt Discriminatie als de Awgb kent van de televisie (casus b4). ‘Kwestbare’ groepen letten daar, volgens hem, ook meer op dan anderen. ‘Als je als minderheidsgroepering bezig bent met je positie in de maatschappij dan “zap” je niet zo snel door als de autochtone Nederlander die in een klein dorp woont.’

Tabel 2.4 **Vindt u het belangrijk om de inhoud van de Awgb te kennen?**

	aantal	in %
Ja, heel belangrijk	40	5
Ja, belangrijk	343	43
Neutraal	329	41
Nee, niet belangrijk	70	9
Nee, helemaal niet belangrijk	10	1
Weet niet\geen mening	5	1
Totaal	797	100

Wat weten burgers nu over de inhoud van de Awgb? Van alle respondenten geeft ruim de helft (58%) zelf aan dat men matig of slecht op de hoogte is van de Awgb. Ongeveer een derde (34%) zegt redelijk goed op de hoogte te zijn en 8% goed of uitstekend. De respondenten is allereerst gevraagd welke discriminatiegronden, volgens hen, in de wet zijn opgenomen. Hierbij moet worden aangetekend dat alleen de zgn. passieve bekendheid is onderzocht. Dat wil zeggen dat aan alle respondenten een lijst met mogelijke gronden is voorgelegd en dat ze hieruit zelf een aantal gronden

konden kiezen. De resultaten vallen uiteen in drie categorieën (Tabel 2.5). De eerste categorie wordt door een groot aantal mensen genoemd. De meest genoemde discriminatiegronden zijn ‘ras’ en ‘geslacht’. Andere veel genoemde gronden zijn: ‘hetero- of homoseksuele gerichtheid’, ‘godsdienst/levensovertuiging’ en ‘nationaliteit’. Uit een nadere analyse van de cijfers blijkt overigens dat onder jongeren (onder de 34 jaar) de discriminatiegrond ‘ras’ het meest wordt genoemd, gevolgd door ‘geslacht’. Bij alle andere leeftijdscategorieën (met uitzondering van de categorie 60+) is dit precies omgekeerd en wordt ‘geslacht’ het meest genoemd, direct gevolgd door ‘ras.’

De tweede categorie bestaat uit discriminatiegronden die minder vaak worden genoemd. Dit zijn de gronden ‘politieke gezindheid’ (44%) en ‘burgerlijke staat’ (39%). Om deze percentages op waarde te kunnen schatten, wordt hierbij nogmaals aangekend dat het hier alleen de passieve bekendheid met deze gronden betreft. Het valt bovendien op dat deze twee gronden bijna net zo vaak worden genoemd als twee gronden die niet in de gelijke behandelingswetgeving zijn opgenomen, zoals de gronden ‘uiterlijk’ (33%) en ‘strafblad’ (24%). De derde en laatste categorie bestaat uit discriminatiegronden die wel in aparte gelijke behandelingswetten worden genoemd, maar niet in de Awgb. Meer dan de helft van alle burgers (her)kent inmiddels deze gronden, maar denkt dat deze ook in de Awgb staan. Dit geldt vooral voor ‘leeftijd’ (59%) en ‘handicap/chronische ziekte’ (51%) en in mindere mate voor ‘tijdelijk/vast arbeidscontract’ (12%).

Deze drie categorieën komen grotendeels overeen met de uitkomsten uit de eerste evaluatie, hoewel de uitkomsten door een afwijkende vraagstelling moeilijk rechtstreeks met elkaar kunnen worden vergeleken. ‘Ras’ en ‘geslacht’ waren ook in 1999 het meest en ‘politieke gezindheid’ en ‘burgerlijke staat’ het minst bekend. ‘Leeftijd’ en vooral ‘handicap/chronische ziekte’ worden in 2005 vaker genoemd dan in 1999 (KUN 1999, p. 349). Hierbij speelt mogelijk een rol dat de specifieke wetgeving die het maken van onderscheid op deze gronden verbiedt pas na 1999 in werking is getreden.⁸⁸⁰

⁸⁸⁰ Wet gelijke behandeling op grond van leeftijd bij de arbeid (Wgbl) (van kracht sinds 1 mei 2004) en Wet gelijke behandeling op grond van handicap of chronische ziekte (WGBH/CZ) (van kracht sinds 1 december 2003).

Tabel 2.5 **Welke van de volgende discriminatiegronden zijn volgens u in de Awgb opgenomen?**

	aantal	in %
Ras	762	72
Geslacht	759	72
Hetero- of homoseksuele gerichtheid	727	69
Godsdienst/levensovertuiging	699	66
Nationaliteit	669	63
Leeftijd	622	59
Handicap/chronische ziekte	542	51
Politieke gezindheid	461	44
Burgerlijke staat (gehuwd, ongetrouwd, (duurzaam) samenwoning)	416	39
Uiterlijk	345	33
Strafblad	250	24
Opleidingsniveau	196	19
Werkervaring	137	13
Tijdelijk/vast arbeidscontract	122	12
Beroep	119	11
Betaalde baan/geen (betaalde) baan	109	10
Woonplaats/regio	94	9
Intelligentie	85	8
Activiteiten buiten werktijd	73	7
Weet niet	152	14

De Awgb is vooral van toepassing op arbeidsverhoudingen (aannemen, ontslaan en promotie van werknemers) en op het verlenen van goederen en diensten. De wet kent echter ook een aantal expliciete uitzonderingen en geldt bijvoorbeeld niet (of niet volledig) voor: gevallen van eenzijdig overheids-handelen (zoals het verlenen van een bouwvergunning of het verdelen van gemeentelijke woonruimte), voor interne aangelegenheden bij verenigingen (zoals de toelating van nieuwe leden en het benoemen van bestuursleden); voor instellingen op politieke grondslag; en voor de rechtsverhoudingen binnen kerkgenootschappen. De meeste respondenten weten niet precies op welke terreinen de wet nu wel en niet van toepassing is (Tabel 2.6). Slechts een klein aantal mensen (10%) weet dat de wet van toepassing is wanneer bijvoorbeeld een computerfirma één van zijn medewerkers ontslaat. Ongeveer de helft van alle ondervraagden meent dat de Awgb ook van toepassing is op verenigingen (47%) en op politieke partijen (49%).⁸⁸¹ Er zijn maar weinig mensen die menen dat de wet ook van toepassing is op het personeelsbeleid van een kerkgenootschap (8%) en op een gemeente die weigert om een bouwvergunning af te geven (8%). Er is, tenslotte, ook een categorie respondenten die meent dat de Awgb op alle genoemde voorbeelden van toepassing is (22%).

⁸⁸¹ Uit het juridische deel van dit evaluatieonderzoek blijkt overigens dat de mate waarin de Awgb van toepassing is op verenigingen en politieke partijen onder meer afhankelijk is van de mate waarin de vereniging een open en zakelijk karakter heeft. Zie in het bijzonder deel I, deelrapport 3, paragraaf 2.1.2.

Tabel 2.6 **Bij welke van onderstaande voorbeelden is volgens u de Algemene wet gelijke behandeling (Awgb) van toepassing?**

	aantal	in %
De gemeente weigert om een bouwvergunning af te geven.	86	8
Een computerfirma ontslaat een medewerker.	101	10
Een sportvereniging weigert iemand in te schrijven als nieuw lid.	493	47
Een landelijke politieke partij weigert iemand in te schrijven als nieuw lid	512	49
Een kerkgenootschap ontslaat een dominee.	85	8
De wet is op alle voorbeelden van toepassing	235	22
Weet niet/geen mening	185	18
	n=	1054
		100

De Awgb brengt een scheiding aan tussen direct en indirect onderscheid. Bijna drie kwart van alle respondenten (72%) zegt dat ze (ongeveer) weten wat hiermee wordt bedoeld. Dit is aanzienlijk hoger dan in de eerste evaluatie. In 1999 gaf in de enquête onder arbeidsorganisaties het overgrote deel van de respondenten (90%) nog aan dat men *niet* (of nauwelijks) bekend was met het onderscheid in direct en indirect onderscheid (KUN 1999, p. 351). Hierbij moet wel worden aangetekend dat beide evaluaties zijn gebaseerd op een andere onderzoeksopzet. Het blijkt echter voor veel mensen moeilijk om de categorie 'indirect onderscheid' op een juiste wijze toe te passen. In één van de casus begrijpt een werkgever bijvoorbeeld niet goed waarom zwangerschap kan leiden tot indirect onderscheid op basis van geslacht:

'Bij onderscheid mannen en vrouwen denk je niet gelijk aan zwangerschap. Je behandelt vrouwen ongelijk als je iemand niet aanneemt omdat die zwanger is? Maar mannen kunnen toch niet zwanger worden? Dat is een lastige...'. (casus b1)

Om de kennis van de respondenten over direct en indirect onderscheid nader te onderzoeken, zijn aan hen twee fictieve personeelsadvertenties voorgelegd (zie bijlage ii). Vervolgens zijn over onderdelen van de advertentietekst een aantal gerichte vragen gesteld. Van alle respondenten die aangaven dat ze 'goed' of 'ongeveer' wel wisten wat er met 'direct' of 'indirect' onderscheid wordt bedoeld, kon slechts een klein aantal aangeven wanneer er daadwerkelijk sprake was van ongeoorloofd indirect onderscheid (resp. 25% en 17%).

De Awgb maakt positieve actie (of: positieve discriminatie) onder een aantal nader omschreven voorwaarden mogelijk. Een kwart van alle ondervraagden (25%) meent echter dat positieve discriminatie nooit wettelijk is toegestaan. Jongere mensen zijn beter op de hoogte van de bepalingen rond positieve discriminatie dan ouderen.

Twee derde van alle ondervraagden (65%) heeft géén behoefte aan meer informatie over de Awgb. Echter, van alle ondervraagde alloctonen wil ongeveer de helft (53%) juist wél meer informatie over de Awgb (tegenover 33% onder autoctonen)(Tabel 2.7).

Tabel 2.7 **Hebt u behoefte aan meer informatie over de Awgb?, naar etniciteit**

	Autochtoon	Allochtoon	Totaal
Ja	33	53	35
Nee	67	47	65
	100	100	100

Onder die respondenten die wel meer informatie willen, vindt het merendeel dat de informatievoorziening over de Awgb het beste kan worden verbeterd door overheidsvoorlichting (68%) en door meer informatie over de wet in de media (64%). Ongeveer een derde van alle ondervraagden vindt dat de wetgeving minder ingewikkeld moet worden gemaakt (38%) en dat er ook op school meer aandacht moet worden besteed aan gelijke behandeling (35%).

2.4 *Kennis over de Commissie gelijke behandeling*

Ruim de helft van alle respondenten (57%) had voorafgaand aan dit onderzoek wel eens iets gehoord of gelezen over de Cgb. Bij de wat jongere respondenten (onder de 35 en tussen 35 en 45 jaar) waren dit er iets minder (resp. 51% en 54%) en bij oudere respondenten (> 45 jaar) wat meer (62%). Dit is lager dan de uitkomst van het bekendheidsonderzoek in de eerste fase van deze evaluatie. Hierin gaf 79% van de respondenten aan dat men wel eens van de Cgb had gehoord (Cgb 2005, p. 74). Hierbij werd echter wel aangetekend dat hier ging om een zogenoemde geholpen vraag, en dat men verwacht dat de bekendheid in werkelijkheid kleiner is. Deze veronderstelling wordt in ons onderzoek bevestigd. Omdat in de eerste evaluatie in 1999 de bekendheid alleen is onderzocht bij arbeidsorganisaties en niet onder de hele Nederlandse bevolking, kan niet worden vastgesteld hoe de algemene bekendheid zich sindsdien heeft ontwikkeld.

Uit de eerste evaluatie bleek dat – bij de onderzochte arbeidsorganisaties – ongeveer de helft bekend was met de Cgb (KUN 1999, p. 541). Een in 2003 gehouden vergelijkbaar onderzoek in opdracht van het ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid laat zien dat de bekendheid bij met name instellingen en organisaties sindsdien is toegenomen. Bij 85% van de onderzochte grote bedrijven was de bekendheid bijvoorbeeld (redelijk) groot en dat gold ook voor 61% van de kleinere bedrijven (Cgb 2005, p. 75).

Weinig mensen blijken op de hoogte van de taken en bevoegdheden van de Cgb. Van bijvoorbeeld iedereen die aangaf eerder wel eens over de Cgb te hebben gehoord of gelezen, weet bijna drie kwart (70%) niet wat de belangrijkste taken van de Cgb zijn (Tabel 2.8). Ook in drie van de zes onderzochte burgercasus (b1, b4, b6) zijn de betrokkenen niet zelf op het idee gekomen om naar de Cgb te stappen. Zij werden op dat idee gebracht door respectievelijk het bureau Rechtshulp en (twee keer) het Meldpunt Discriminatie. In het onderzoek in de eerste fase van deze evaluatie gaf meer dan de helft (53%) ook al aan niet te weten wat de Cgb doet (Cgb 2005, p. 76). In de eerste evaluatie is niet gevraagd of men op de hoogte was van de taken van de Cgb (KUN 1999, p. 352).

Tabel 2.8 **Weet u wat de belangrijkste taken van de Cgb zijn?**

	aantal	in %
Ja	180	30
Nee	419	70
Totaal	599	100

Vraag is alleen beantwoord door personen die bij aangaven voorafgaand aan het onderzoek wel eens iets gehoord of gelezen te hebben over de Cgb (n= 599).

De Cgb heeft niet dezelfde bevoegdheden als een rechter. Ongeveer een derde van alle ondervraagden (27%) weet dat niet (Tabel 2.9). Bovendien meent ook ongeveer een derde van alle respondenten (31%), ten onrechte, dat de oordelen van de Cgb juridisch bindend zijn (Tabel 2.10). Ongeveer hetzelfde aantal geeft aan dat men dat niet weet (29%). Hier geldt overigens dat oudere respondenten beter op de hoogte zijn dan jonge respondenten .

Tabel 2.9 **Is dit volgens u juist of onjuist: de Cgb heeft dezelfde bevoegdheden als de rechter**

	aantal	in %
Juist	70	7
Onjuist	702	67
Weet niet	283	27
Totaal	1054	100

Tabel 2.10 **Is dit volgens u juist of onjuist: Het oordeel van de Cgb is juridisch bindend, d.w.z. iedereen is verplicht om het oordeel op te volgen**

	aantal	in %
Juist	330	31
Onjuist	417	40
Weet niet	308	29
Totaal	1.054	100

De overgrote meerderheid van alle ondervraagden (85%) weet niet hoe ze bij de Cgb een klacht kunnen indienen. Minder dan één procent heeft zelf daadwerkelijk wel eens bij de Cgb een klacht ingediend.

2.5 Toegankelijkheid

Onder autochtonen vindt minder dan de helft (46%) het (heel) belangrijk om te weten hoe ze bij de Cgb een klacht kunnen indienen. Onder allochtonen ligt dit aantal aanzienlijk hoger. Hier vindt bijna driekwart (74%) van de ondervraagden dit (heel) belangrijk (Tabel 2.11).

Tabel 2.11 **Vindt u het belangrijk om te weten hoe u een klacht kunt indienen bij de Cgb?, naar etniciteit** (in %)

	Autochtoon	Allochtoon	Totaal
Ja, heel belangrijk	9	28	11
Ja, belangrijk	37	46	38
Neutraal	37	17	35
Nee, niet belangrijk	10	3	10
Nee, helemaal niet belangrijk	2	2	2
Weet niet\geen mening	4	5	4
Totaal (n= 1.054)	100	100	100

Dit komt ook terug in de antwoorden op de vraag of men behoefte heeft aan meer informatie over de wijze waarop men bij de Cgb een klacht kan indienen (Tabel 2.12). Twee derde van alle ondervraagde autochtonen (65%) geeft aan dat zij hier geen behoefte aan hebben. Maar 58% van alle allochtonen willen hierover juist wél meer informatie.

Tabel 2.12 **Hebt u behoefte aan meer informatie over de wijze waarop u bij de Cgb een klacht kunt indienen?, naar etniciteit** (in %)

	Autochtoon	Allochtoon	Totaal
Ja	35	58	37
Nee	65	42	63
Totaal (n= 1.054)	100	100	100

2.6 Samenvatting

1. Eén vijfde van alle ondervraagde burgers zelf wel eens een geval van ongelijke behandeling meegemaakt. Dit is iets meer dan uit het onderzoek in de eerste fase van deze evaluatie naar voren kwam (waarbij overigens de vraag beperkt was tot de periode medio 2003 - medio 2004). Allochtonen ervaren twee keer zo vaak een vorm van ongelijke behandeling dan autochtonen. Homoseksuelen ervaren bovendien vaker ongelijke behandeling dan heteroseksuelen

2. Drie kwart van de ondervraagden heeft wel eens iets gehoord of gelezen over de Awgb. Dit cijfer is aanzienlijk lager dan de uitkomst van de vorige evaluatie in 1999. Dit valt waarschijnlijk mede te verklaren door het feit dat de resultaten van de eerste evaluatie niet afkomstig zijn uit een algemene bevolkingsenquête, maar uit een telefonische enquête onder (een steekproef van) alle arbeidsorganisaties in Nederland met tien of meer werknemers. De geïnterviewde medewerkers van deze arbeidsorganisaties komen door hun werk waarschijnlijk vaker in aanraking met de gelijke behandelingswetgeving dan de gemiddelde burger.

3. De media zijn voor de meeste burgers de belangrijkste informatiebron voor kennis over de Awgb.

4. Uit de case-studies blijkt dat de bekendheid van de Awgb binnen organisaties groter is dan onder individuele burgers.

5. De helft van alle ondervraagden vindt het (heel) belangrijk om de inhoud van de Awgb te kennen. Allochtonen vinden dit belangrijker dan autochtonen.

6. De discriminatiegronden ‘ras’ en ‘geslacht’ zijn het meest bekend, gevolgd door ‘hetero- of homoseksuele gerichtheid’, ‘godsdienst/levensovertuiging’ en ‘nationaliteit’. De gronden ‘politieke gezindheid’ en ‘burgerlijke staat’ zijn veel minder bekend.
7. Hoewel niet opgenomen in de Awgb, is de bekendheid met de discriminatiegronden ‘leeftijd’ en vooral ‘handicap/chronische ziekte’ ten opzichte van de vorige evaluatie in 1999 toegenomen. Hierbij speelt mogelijk een rol dat de specifieke wetgeving die het maken van onderscheid op deze gronden verbiedt pas na 1999 in werking is getreden. Bij deze conclusie is bovendien enige voorzichtigheid op z’n plaats omdat beide evaluaties zijn gebaseerd op een andere onderzoeksopzet.
8. Veel burgers weten niet op welke terreinen de Awgb van toepassing is.
9. De bekendheid van de begrippen ‘indirect’ en ‘direct’ onderscheid is, in vergelijking met de vorige evaluatie in 1999, toegenomen. Bij deze conclusie is echter enige voorzichtigheid op z’n plaats omdat beide evaluaties zijn gebaseerd op een andere onderzoeksopzet. Veel burgers hebben moeite om het begrip ‘indirect onderscheid’ toe te passen.
10. Twee derde van alle ondervraagden heeft geen behoefte aan meer informatie over de Awgb. Meer dan de helft van alle ondervraagde allochtonen wil juist wél meer informatie over de wet.
11. Ruim de helft van alle respondenten heeft wel eens iets gehoord of gelezen over de Cgb. Dit is lager dan de uitkomst van het bekendheidsonderzoek in de eerste fase van deze evaluatie. Hierbij ging het echter om een zogenoemde geholpen vraag. Omdat in de eerste evaluatie in 1999 de bekendheid alleen is onderzocht bij arbeidsorganisaties en niet onder de hele Nederlandse bevolking, kan niet worden vastgesteld hoe de algemene bekendheid met de Cgb zich sindsdien heeft ontwikkeld.
12. Op basis van een vergelijkbaar onderzoek uit 2003 lijkt de bekendheid met de Cgb onder met name instellingen en organisaties, ten opzichte van de vorige evaluatie in 1999, te zijn toegenomen.
13. Drie kwart van de ondervraagde burgers die wel eens iets over de Cgb heeft gehoord of gelezen, weet niet wat de belangrijkste taken van de Cgb zijn.
14. De overgrote meerderheid van alle ondervraagden weet niet hoe ze bij de Cgb een klacht kunnen indienen. Minder dan één procent heeft zelf daadwerkelijk wel eens bij de Cgb een klacht ingediend.
15. Onder autochtonen vindt minder dan de helft het (heel) belangrijk om te weten hoe ze bij de Cgb een klacht kunnen indienen. Onder allochtonen ligt dit aantal aanzienlijk hoger. Hier vindt bijna driekwart van de ondervraagden dit (heel) belangrijk.
16. Terwijl de meeste autochtonen geen behoefte hebben aan meer informatie over hoe ze bij de Cgb een klacht kunnen indienen, wil meer dan de helft van de allochtonen hier juist wél meer informatie over krijgen.
17. De informatievoorziening over de Awgb kan volgens de ondervraagden het beste worden verbeterd door: overheidsvoorlichting en door meer aandacht voor gelijke behandeling in de media.

Hoofdstuk 3

Bruikbaarheid en effectiviteit Awgb voor professionals

3.1 Inleiding

Verskillende professionals houden zich in hun dagelijks werk regelmatig bezig met vragen van gelijke behandeling. Voor de beoordeling van de effectiviteit van de gelijke behandelingswetgeving is het daarom van belang om ook te weten hoe zij deze wetgeving ervaren en waarderen. Hiervoor is gebruik gemaakt van telefonische interviews en case-studyonderzoek. Er zijn in totaal achtentwintig semi-gestructureerde telefonische interviews afgenomen met de volgende professionele gebruikers van de AWGB (zie bijlage i):

- medewerkers van anti-discriminatie bureaus (ADB's) en vergelijkbare instellingen;
- advocaten (voornamelijk gespecialiseerd in het arbeidsrecht);
- P&O-medewerkers;
- medewerkers van verschillende vakbonden;
- medewerkers van belangenorganisaties; en
- rechters

Daarnaast zijn er vijf kwalitatieve casestudies uitgevoerd, waarin het werk van een aantal van deze professionals centraal staat (zie bijlage vi).

3.2 Kennis over de Awgb

Onderstaande tabellen 3.1 en 3.2 geven, op basis van de telefonische interviews, een eerste indruk van de rol die de Awgb en de Cgb speelt in het dagelijks werk van de professionals. Bij deze twee tabellen (maar ook bij alle andere tabellen in dit hoofdstuk) moet vooraf wel een kanttekening worden gemaakt. De gepresenteerde percentages hebben uitsluitend betrekking op de personen die deel uitmaakten van het onderzoek. Dat betekent dat voor het trekken van algemene conclusies op basis van deze percentages enige voorzichtigheid op z'n plaats is. Wanneer echter uit de interviews met verschillende professionals een duidelijk patroon naar voren komt, is de kans groot dat er sprake is van een algemeen patroon binnen de gehele groep van professionele gebruikers van de gelijke behandelingswetgeving.

Tabel 3.1. “Hoe vaak heeft u in uw dagelijkse werkzaamheden te maken met de Algemene wet gelijke behandeling?”

	aantal	%
(Heel) vaak	14	50
Soms	5	18
(Bijna) nooit	9	32
Totaal	28	100

Tabel 3.2 “Hoe vaak heeft u in uw dagelijkse werkzaamheden te maken met de Commissie gelijke behandeling?”

	aantal	%
(Heel) vaak	6	22
Soms	9	32
(Bijna) nooit	13	46
Totaal	28	100

De helft van de geïnterviewde professionals geeft aan dat zij in hun werk (heel) vaak te maken hebben met de Awgb. Voor de Commissie gelijke behandeling is dat minder dan een kwart.

De geïnterviewde professionals blijken in het algemeen redelijk op de hoogte van de inhoud van de Awgb. Hoewel de meeste uit zichzelf niet alle discriminatiegronden kunnen opnoemen (actieve bekendheid), geven ze in een vooraf opgesteld lijstje doorgaans wel de meeste gronden aan (passieve bekendheid). De grond ‘politieke gezindheid’ is echter bij de meeste professionals niet of nauwelijks bekend. Het valt bovendien op dat de meeste geïnterviewden menen dat ook de gronden ‘leeftijd’ en ‘handicap/chronische ziekte’ in de Awgb zijn opgenomen. Mogelijk speelt hierbij een rol dat de gelijke behandelingswetgeving op deze twee terreinen tijdens de evaluatieperiode van kracht is geworden.⁸⁸² Deze resultaten komen in grote lijnen overeen met de uitkomsten van de eerste evaluatie, waarin met name de kennis van de wet onder personeelsfunctionarissen werd onderzocht (KUN 1999, p. 524).

De meeste professionals zijn bekend met de belangrijkste kenmerken van de Cgb. Dat geldt echter niet voor de geïnterviewde P&O-medewerkers. Hoewel zij zelf wél denken dat zij goed geïnformeerd zijn, blijken zij minder goed op de hoogte van de taken en bevoegdheden van de Cgb dan de andere professionals. Géén van de geïnterviewde medewerkers weet hoe zij zelf een klacht bij de Cgb zouden kunnen indienen (wellicht omdat zij juridisch gezien ook niet bevoegd zijn om namens hun bedrijf een zaak aanhangig te maken). Ook dit komt overeen met de resultaten van de eerste evaluatie. De bekendheid met de Cgb onder personeelsfunctionarissen was ook in 1999 ‘zeer gering’ (KUN 1999, p. 524).

Overigens heeft geen van de geïnterviewde professionals behoefte aan extra informatie over de Awgb, vooral omdat men vindt dat nu ook al beschikt over voldoende informatie of hiertoe gemakkelijk toegang kan krijgen (via bijvoorbeeld de vakliteratuur, media of Internet).

3.3 Bruikbaarheid wetgeving

Om te kunnen beoordelen in hoeverre de professionele gebruikers van de Awgb met deze wet uit de voeten kunnen, is hen allereerst een aantal vragen voorgelegd die betrekking hebben op de duidelijkheid van de gelijke behandelingswetgeving.

⁸⁸² Wet gelijke behandeling op grond van leeftijd bij de arbeid (WGBL) (van kracht sinds 1 mei 2004) en Wet gelijke behandeling op grond van handicap of chronische ziekte (WGBH/CZ) (van kracht sinds 1 december 2003).

Tabel 3.3 **Stelling: “De normen uit de Awgb zijn voldoende duidelijk om in de praktijk toe te passen”**

	aantal	%
(Zeer) mee eens	14	50
Niet eens, niet oneens	7	25
(Zeer) mee oneens	4	14
Weet niet/geen mening	3	11
Totaal	28	100

In de eerste evaluatie in 1999 vonden de meeste doelgroepenorganisaties de Awgb een bruikbaar instrument bij het aanpakken van discriminatie (KUN 1999, p. 478). Tabel 3.3 laat zien dat in het onderhavige onderzoek de helft van de geïnterviewde professionals (die deels afkomstig zijn uit andere organisaties dan in 1999) vindt dat de normen uit de Awgb voldoende duidelijk zijn om in de praktijk te gebruiken. Dit zijn enkele typerende reacties:

*‘Het is een handzame wet met veel mogelijkheden.’
(medewerker a.04)*

‘In vergelijking met veel andere wetgeving is dit een relatief duidelijke, eenvoudige wet.’ (advocaat.02)

*‘Ik vind dat daar niets mis mee is.’
(medewerker vakbond.02)*

‘De wet zit eenvoudig in elkaar.’ (advocaat.01)

Daarnaast is er ook kritiek op de bruikbaarheid van de gelijke behandelingswetgeving. Daarbij gaat het soms om hele kleine en praktische punten. Zo mist één van de geïnterviewde advocaten bijvoorbeeld het adres van de Commissie Gelijke Behandeling in de wet en verbaast hij zich erover dat hij het adres ook niet kon vinden in zijn “Juridische Agenda”. Meer substantiële kritiek komt onder meer van de zijde van rechters. De rechters met wie in het kader van het casestudyonderzoek is gesproken, vinden de gelijke-behandelingswetgeving helemaal niet zo eenvoudig, met name als gevolg van de verwevenheid met Europese regelgeving. Tijdens de telefonische interviews wordt door één van de rechters nog een andere reden naar voren gebracht waarom het werken met de Awgb in de praktijk niet altijd gemakkelijk is:

‘Er is geen oplossing voor de rangorde tussen discriminatiegronden. Het ene kan het andere bijten. Bij conflicterende belangen geeft de wet geen oplossing.’ (rechter.03)

Uit de eerste evaluatie bleek dat, zelfs onder personeelsfunctionarissen, slechts één op de tien respondenten bekend was met de tweedeling tussen direct en indirect onderscheid in de Awgb, en dat ook die kennis meestal niet verder reikte dan de terminologie (KUN 1999, p. 367). Daarom is hier ook in ons onderzoek een aparte stelling aan gewijd.

Tabel 3.4 **Stelling: “De tweedeling in direct en indirect onderscheid is in de praktijk niet goed werkbaar”**

	aantal	%
(Zeer) mee eens	12	43
Niet eens, niet oneens	6	21
(Zeer) mee oneens	7	25
Weet niet/geen mening	3	11
Totaal	28	100

Uit Tabel 3.4 blijkt dat veel van de geïnterviewde professionele gebruikers van de AWGB vinden dat de tweedeling in direct en indirect onderscheid in de praktijk niet goed werkbaar is. Professionals die het met deze stelling eens waren, gaven hiervoor onder andere de volgende motivering:

‘De begrippen zijn te vaag.’ (medewerker P&O.05)

‘Het verschil is voor leken abracadabra. Hoe moet iemand nu zien of wat direct en wat indirect onderscheid is? En de ene keer is volgens de Cgb weer wel indirect onderscheid en de andere keer weer niet.’

(medewerker vakbond.03)

‘Het onderscheid is lastig; het “indirecte” schept een hoop veronderstellingen. Maar het onderscheid moet er ook niet uit.’ (rechter.03)

‘Het begrip “objectieve rechtvaardiging” [dat bij de beoordeling van indirect onderscheid van belang is] is erg onduidelijk. Ook de wetsgeschiedenis en rechtspraak bieden niet méér houvast, dan dat het erg casuïstisch is. Het is moeilijk om hier een vaste lijn in te ontdekken. Wanneer een werkgever naar me toe komt met een kwestie waar eventueel onderscheid kan spelen, kan ik hem daar niet zo maar een duidelijk advies over geven.’ (advocaat.05)

Er zijn daarnaast ook professionals die geen moeite hebben met dit onderdeel van de wet. Zij geven hiervoor de volgende redenen:

‘Soms moet je nadenken welk onderscheid het is, maar de jurisprudentie helpt goed.’ (medewerker anti-discriminatie bureau.02)

‘Het lijkt mij duidelijk genoeg. Een creatieve rechter kan hier wel wat mee. Je gaat aan de hand van de feiten redeneren.’ (rechter.04)

‘Het is juist wel goed dat deze twee begrippen worden gehanteerd. Het geeft aan dat natuurlijk het maken van puur onderscheid niet wenselijk is. Door ook indirect onderscheid te hanteren, kunnen ook bedrijven die wellicht goede bedoelingen hebben aangepakt worden en er op worden gewezen dat onderscheid maken, op wat voor manier dan ook, niet wenselijk is.’ (advocaat.02)

3.4 Bruikbaarheid oordelen Cgb

De bruikbaarheid van de gelijke behandelingwetgeving wordt niet alleen bepaald door de kenmerken van die wetgeving zelf, maar ook door de bruikbaarheid van de oordelen van de Commissie Gelijke Behandeling. Ook hierover is aan de professionals een stelling voorgelegd.

Tabel 3.5 **Stelling: “De oordelen van de Commissie Gelijke Behandeling zijn meestal helder en deskundig”**

	aantal	%
(Zeer) mee eens	17	60
Niet eens, niet oneens	7	25
(Zeer) mee oneens	1	4
Weet niet/geen mening	3	11
Totaal	28	100

Een meerderheid van de geïnterviewde professionele gebruikers van de gelijke behandelingswetgeving zegt dat men de oordelen van de Commissie Gelijke Behandeling meestal helder en deskundig vindt, zo blijkt uit Tabel 3.5. De onderzoeksgegevens zijn op dit punt echter niet eenduidig. Tijdens de interviews blijkt namelijk ook dat een aantal professionals uitgesproken kritiek heeft op de Commissie. Sommigen van hen plaatsen voorzichtige kanttekeningen bij de deskundigheid van de Commissie. Dit komt bijvoorbeeld tot uitdrukking in de kritische opmerkingen van de advocaat van de verweerder, in de casus over een werknemster van een vervoersbedrijf (casus p5). Een ander voorbeeld is één van de geïnterviewde vakbondmedewerkers, die vindt dat er te weinig specifieke expertise op het terrein van het arbeidsrecht aanwezig is:

‘Het blijkt maar al te vaak dat de commissieleden te weinig kennis hebben van CAO’s en ze te weinig affiniteit en kennis hebben op het gebied van het arbeidsrecht. Laatst heb ik de nieuwe samenstelling van de Cgb gezien en daar werd ik toch niet echt blij van. Laat er ook eens een paar arbeidsrechtdeskundigen in plaats nemen, die weten hoe de dagelijkse praktijk van het sociale recht in elkaar steekt.’ (medewerker vakbond.05)

De meeste geïnterviewde professionals hebben in meer algemene zin kritiek op: de helderheid van het oordeel van de Cgb; het casuïstisch karakter van hun oordelen; en het toetsingskader van de Cgb dat als te beperkt wordt gezien. De professionals in ons onderzoek lijken daarmee wat kritischer dan in de eerste evaluatie. De respondenten van doelgroepenorganisaties die in dat onderzoek aan het woord kwamen, waardeerden in het algemeen de oordelen van de Cgb als grondig, gedetailleerd, zorgvuldig, ruimhartig en juridisch onderbouwd (KUN 1999, p. 486).

De professionals die in 1999 zijn geïnterviewd waren overigens deels afkomstig uit andere organisaties dan in onze evaluatie.

Helderheid

In veel van de telefonische interviews maken de professionals een duidelijk onderscheid tussen de tekst van de Awgb, die zij in het algemeen duidelijk vinden, en de interpretatie van de wet door de Cgb, waar zij (soms) meer moeite mee hebben. Dit zijn een aantal typerende citaten:

‘De Awgb is op zichzelf duidelijk genoeg, maar de uitleg ervan is niet altijd even helder.’ (medewerker vakbond.05)

‘Uitspraken op het gebied van seksuele geaardheid zijn niet duidelijk.’ (medewerker belangenorganisatie.02)

'De wettelijke normen zijn duidelijk, in de wet zelf wordt namelijk ook onderscheid in ernst van discriminatie en grond gemaakt. Het is juist de Cgb die deze verschillen onscherp of onzuiver maakt en minder toepasbaar in de praktijk.' (medewerker vakbond.01)

'Het zijn onleesbare stukken. Dat is ook de reden dat er zoveel sneuvelen voor de kantonrechter.' (advocaat.05)

Ook in het casestudyonderzoek geeft een aantal gesprekspartners aan moeite te hebben met de interpretatie van de wet door de Cgb. Dit is duidelijk het geval bij een van de casus over de rol van vakbond (casus p2). Hierin oordeelt de Commissie dat een in samenwerking met de vakbond opgesteld sociaal plan, in het geval van verzoekster, leidt tot ongeoorloofd onderscheid. De geïnterviewde medewerkerster van het CNV vindt het onbegrijpelijk dat de Commissie tot dit oordeel is gekomen. Naar haar mening is er op grond van de wet in het desbetreffende geval sprake van een objectieve rechtvaardigingsgrond voor het gemaakte onderscheid in leeftijd.⁸⁸³ Ze wijt het in haar visie onwenselijke oordeel dan ook niet aan de wet, maar aan de wijze van toetsing van de Commissie: 'Je kunt te wet ook op een andere manier toetsen.'

Casuïstisch

De Commissie Gelijke Behandeling treedt voornamelijk op in het kader van individuele klachtenbehandeling. Dat betekent dat het oordeel van de Cgb strikt genomen alleen betrekking heeft op het concrete geval. Verschillende professionals vinden het daarom moeilijk om die oordelen vervolgens toe te passen in hun werk.

'De Cgb geeft een uitspraak ten aanzien van één bedrijf en niet ten aanzien van de andere bedrijven. Als werkgever moet je dan maar wachten op wetgeving waarin "nee" staat, maar dat krijg je dan niet.' (medewerker P&O.03)

'De Cgb denkt soms teveel mee met de reële situatie, in plaats van het doen van een abstracte uitspraak. Hierdoor is het mogelijk dat de Cgb een totaal andere uitspraak doet in een zaak, dan in een vergelijkbare zaak van drie jaar daarvoor.' (medewerker anti-discriminatie bureau.04)

Dat het voor de Commissie lastig is om een beleidslijn uit te zetten, komt in de ogen van enkele respondenten ook doordat de Commissie slechts in beperkte mate over algemeen beleid mag oordelen (behalve bij een verzoek eigen handelen). Dit komt bijvoorbeeld tot uitdrukking in de casus over de Wet Arbeidsongeschiktheidsverzekering Zelfstandigen (casus p3). Deze casus handelt over discriminatie door verzekeringsmaatschappijen die pas twee jaar nadat de verzekering is afgesloten overgaan tot uitkering in geval van zwangerschap. De Commissie heeft in individuele gevallen ge-

⁸⁸³ Onderscheid op basis van leeftijd (WGBL) maakt als zodanig geen deel uit van deze Awgb-evaluatie. In de praktijk blijkt echter dat respondenten bij hun oordeel over de Cgb geen onderscheid maken tussen de verschillende onderdelen van de gelijke behandelingswetgeving. Hun oordeel over het Cgb-optreden in Awgb-zaken wordt, met andere woorden, ook beïnvloed door het optreden in op het terrein van de WGBL en andere wetten. Er wordt in deze evaluatie daarom ook op beperkte schaal aandacht besteed aan leeftijdsdiscriminatie.

oordeeld dat hiermee sprake is van verboden onderscheid op grond van geslacht. De FNV, die deze praktijk door verzekeraars in meer algemene zin aan de kaak wil stellen, zou graag zien dat de Commissie een algemeen oordeel zou vellen over dit beleid door verzekeraars. Maar de wet staat dit niet toe. Hierdoor ziet de FNV zich genoodzaakt uit te wijken naar de (Europese) rechter.

Toetsingskader

De Cgb gebruikt als toetsingskader de Awgb en andere gelijke behandelingswetgeving plus een aantal relevante internationale verdragen. Verschillende professionals geven aan dat door het beperkte toetsingskader de uitspraken van de Cgb minder bruikbaar worden. Uit onderstaande representatieve citaten blijkt welke redenen ze hiervoor aanvoeren:

'De uitspraken die ik soms lees, zijn nogal puristisch; heel erg vanuit de wet bekeken. Er moet ook rekening gehouden worden met de maatschappelijke haalbaarheid; hoe het oordeel uitwerkt.' (medewerker P&O.02)

'Wat ik persoonlijk nadelig vind, is dat ... het toetsingskader van de Cgb nogal beperkt is. De Cgb kijkt strikt naar de vraag of er sprake is van verboden onderscheid, niet naar andere omstandigheden van het geval of de uitwerking ervan in de praktijk. In Ierland is dat beter geregeld, daar is er een zogenaamd Equality Court en zij ... neemt alle omstandigheden van het geval mee in de toets.' (medewerker vakbond.02)

'Ik vind ze wel vaak eenzijdig. Ze gaat alleen in op gelijke behandeling, er is weinig oog voor de dagelijkse praktijk van bedrijven... Er zou eens meer aandacht voor werkgevers moeten komen, de nadruk ligt nu wel erg op het slachtoffer.' (medewerker vakbond.03)

'Je loopt nu het gevaar dat men [de rechterlijke macht] denkt dat de Commissie bevooroordeeld is. In een twijfelgeval kun je ervan uitgaan dat de Commissie het voordeel geeft aan de gelijkheid. Deze vooronderstelling moet je wegnemen, bijvoorbeeld door je niet alleen op gelijkheid te richten. De indruk moet niet bestaan dat ze met een eenzijdige blik werkt.' (rechter.01)

In casus p2 vindt de geïnterviewde medewerkster van het CNV dat door het beperkte toetsingskader niet alleen de oordelen van de Cgb minder bruikbaar worden, maar zelfs dat de Cgbals gevolg hiervan voorbij gaat aan de maatschappelijke werkelijkheid. Bij de beoordeling of er in sprake is van leeftijdsdiscriminatie toetst de Cgb volgens het CNV wel heel sec aan de WGBL. De Commissie houdt daarbij – in hun ogen – geen rekening met het (maatschappelijk) belang van collectieve afspraken tussen werkgevers en werknemers. Het CNV heeft de Cgb hier op aan gesproken, maar de Commissie zegt gebonden te zijn aan het toetsingskader dat haar bij wet is toegekend. De WGBL maakt, zoals eerder opgemerkt, als zodanig geen deel uit van deze Awgb-evaluatie. In de praktijk blijkt echter dat respondenten bij hun oordeel over de Cgb geen onderscheid maken tussen de verschillende onderdelen van de gelijke behandelingswetgeving. Hun oordeel over het Cgb-optreden in Awgb-zaken wordt, met andere woorden, ook beïnvloed door het optreden in op het terrein van de WGBL en andere wetten. Er wordt in deze evaluatie daarom op beperkte schaal ook aandacht besteed aan leeftijdsdiscriminatie.

De casus over de rol van de rechter (casus p4) laat zien dat er ook een positieve kant aan de eenzijdige toetsing van de gelijke-behandelingswetgeving verbonden is. Eén van de geïnterviewde rechters brengt naar voren dat dit de emancipatoire rol van de Commissie vergroot. Door niet alle belangen te hoeven wegen, maar sec te oordelen over discriminatie, kan de Commissie een sterk en helder signaal afgeven over een ongewenste situatie.

Ook in een andere zaak (casus p1) worden kanttekeningen geplaatst bij het beperkte toetsingskader, of beter gezegd, de enge interpretatie van de Awgb. De Cgb heeft over het stellen van grenzen aan het toelaten van het percentage NT-2 leerlingen (leerlingen wiens eerste taal niet het Nederlands is) op een Christelijke basisschool geoordeeld dat hier sprake is van indirect onderscheid op grond van ras. Het Landelijk Bureau ter bestrijding van Rassendiscriminatie (LBR) is van mening dat dit in het voorliggende geval terecht is. Maar het oordeel van de Commissie zet volgens het LBR wel aan het denken. Zo wordt er op een aantal plaatsen in Nederland actief spreidingsbeleid gevoerd om ‘verzwaring’ van scholen tegen te gaan. Als een school leerlingen op grond hiervan weigert, zullen de ouders van deze leerling zeer sterk staan bij de Commissie. Maar tegelijkertijd is het spreidingsbeleid er op gericht om gelijke behandeling te bevorderen.

De geïnterviewde medewerker van het bureau voor burgerraadsliden is om dezelfde reden kritisch over het oordeel van de Cgb, waarin is bepaald dat aan cliënten die komen voor een intakegesprek niet mag worden gevraagd om hun gezichtsbedekkende sluier af te doen (casus b5). Terugkijkend op het hele verloop van de zaak stelt verzoeker over de gelijkebehandelingswetgeving dat je er wel erg veel kanten mee op kunt. Hij is van mening dat de Cgb de wet ‘heel goed kent en die ook heel letterlijk interpreteert, maar absoluut geen flauwe notie heeft van wat er in de samenleving aan de hand is’. Hij vindt dat de commissie zo het risico loopt zich ‘buiten de maatschappelijke context te plaatsen’, en merkt op dat zijn raadsliden (waarover verzoeker stelt dat ze ‘elke dag met veel liefde allochtone mensen helpen’, ‘mensen die je nou net niet van discriminatie kunt betichten’) ‘flipten’ toen ze de uitspraak hoorden. Het werd als een ‘belediging’ gezien. Collega’s uit andere steden deden wat ‘lacherig’ over de uitspraak, aldus verzoeker.

3.5 Rechters en het oordeel van de Cgb

Rechters zijn een bijzondere categorie professionele gebruikers van de gelijke behandelingswetgeving. Dit betreft allereerst hun bijzondere, zelfstandige staatsrechtelijke positie. Anders dan bijvoorbeeld de medewerkers van een belangenorganisatie of de medewerkers van een vakbond, moeten zij zelf ook een oordeel uitspreken over gevallen van gelijke behandeling. Daarnaast is er nog niet veel onderzoek beschikbaar waarin rechters, los van een concrete zaak, hun persoonlijke en professionele oordeel geven over de gelijke behandelingswetgeving. In de eerste evaluatie is slechts één rechter geïnterviewd (KUN 1999, p. 560).

Hoewel we in eerste instantie hebben geprobeerd om zoveel mogelijk rechters te benaderen die zelf ervaring hebben met de toepassing van de Awgb en de oordelen van de Cgb, is dat uiteindelijk maar gedeeltelijk gelukt. De meeste telefonisch geïnterviewde rechters hebben zelf geen (recente) zaken behandeld waarin de Awgb een rol speelde en geven daarom hun algemene opvatting over de gelijke behandelingswet-

geving. In het casestudyonderzoek is wel gesproken met een rechter die een concreet besluit van de Commissie (in hoger beroep) voorgelegd kreeg.

In de eerste fase van deze evaluatie werd geconstateerd dat in de ruim tien jaar dat de Cgb bestaat, nog geen enkele rechterlijke instantie (op grond van artikel 12 lid 2 aanhef en onderdeel c Awgb) bij de Cgb een verzoek heeft ingediend om zich te buigen over een specifieke rechtsvraag. De geïnterviewde rechters in het onderhavige onderzoek geven hiervoor twee verschillende verklaringen. Door een oordeel van de Cgb te vragen, committeer je je hier tot op zekere hoogte aan, aldus één rechter. Je hebt, in haar ogen, dan minder vrijheid of tot een afwijkend oordeel te komen. Een andere rechter is van mening dat als partijen voor de rechter staan, het onnodig tijdrovend is om ook er ook nog het oordeel van de Cgb bij te betrekken (zie casus p4).

In de eerste fase van deze evaluatie is ook een kwantitatieve analyse van een aantal relevante rechterlijke uitspraken uitgevoerd om te onderzoeken op welke wijze de rechter omgaat met Cgb-oordelen. Er zijn in totaal 31 zaken nader geanalyseerd. Het blijkt dat de rechter in 81% (25 van de 31 zaken) expliciet het oordeel van de Cgb heeft meegewogen bij zijn uitspraak, terwijl deze in 61% (19 van de 31 zaken) het Cgb-oordeel heeft gevolgd. Het blijkt bovendien dat de rechter steeds vaker het oordeel van de Cgb volgt, met uitzondering van 2001 (Cgb 2005, p. 95). 'Hoewel sprake is van kleine aantallen blijkt uit de kwantitatieve analyse dat de rechter steeds meer gewicht toekent aan het Cgb-oordeel,' aldus het onderzoeksverslag (Cgb 2005, p. 99). In aansluiting hierop is in de interviews met een aantal rechters in het onderhavige onderzoek ook aandacht besteed aan dit onderwerp. Aan rechters werd onder meer gevraagd hoe groot, in hun ogen, de invloed is van Cgb-oordelen op de rechtspraak en of zij menen dat de invloed van de Cgb op de rechtspraak in de afgelopen vijf jaar is veranderd. Onder de geïnterviewde rechters blijken de meningen hierover verdeeld; hun antwoorden zijn niet eenduidig. Van de vijf rechters menen er drie dat de invloed van het Cgb-oordeel op de rechtspraak klein is, één rechter meent juist dat die invloed groot is, en één rechter weet het niet. In antwoord op de tweede vraag meent één rechter dat de invloed in de afgelopen vijf jaar is toegenomen, één rechter meent dat de invloed hetzelfde is gebleven en drie rechters weten het niet. De conclusies uit de kwantitatieve analyse van de jurisprudentie worden, met andere woorden, vooralsnog niet bevestigd in de kwalitatieve interviews met de rechters. Hierbij moet overigens wel worden aangetekend dat dit beeld is gebaseerd op de persoonlijke indrukken van de geïnterviewde rechters en dat het hier niet gaat om een representatieve afspiegeling van de rechterlijke macht.

Alle geïnterviewde rechters benadrukken dat zij de oordelen van de Cgb wel belangrijk vinden, maar dat ze uiteindelijk hun eigen afweging maken. Sommige rechters geven daarbij ook aan dat ze dit dan wel uitgebreid zullen motiveren. Belangrijk verschil tussen de rechter en de Cgb is het ruimere wettelijke toetsingskader van de rechter. Daar waar de Commissie uitsluitend kijkt naar de vraag of is gehandeld in overeenstemming met de gelijke-behandelingswetgeving, betrekken rechters ook andere factoren dan gelijke behandeling bij hun afweging.. Overigens moet het verschil volgens een geïnterviewde advocaat-generaal van de Hoge Raad niet overdreven worden. Net als de rechter laat de Cgb zich leiden door nationale en internationale jurisprudentie, zoals het Hof van Justitie (zie casus p4). Het valt op dat de meeste rechters de Cgb vooral zien als 'deskundigen' (en dus niet als een – quasi - rechterlijk

college). De volgende fragmenten uit de interviews met de rechters zijn hiervan een goede illustratie:

'Het is een gezaghebbende instantie, maar je hoeft de Cgb niet perse te volgen... Je moet de beoordeling van de Cgb toch zelf helemaal overdoen.' (rechter.02)

'Het [oordeel van de Cgb] is qua waarde vergelijkbaar met een deskundigenoordeel. Men moet met goede argumenten komen om de rechter van het oordeel af te laten wijken. Echter, het is soms ook vrij lastig in hoeverre je betekenis moet hechten aan haar oordeel. Het gaat toch om een concrete afweging van verschillende belangen. De afweging van de Commissie kan anders zijn dan de afweging die je als rechter zou maken. Over het algemeen zal de Commissie waarschijnlijk een groter belang hechten aan gelijkheid.' (rechter.01)

'Het blijft natuurlijk wel een interessante opinie van deskundigen, maar ik zou het ook wel naast me neer leggen indien ik het er niet mee eens was. Ik zou de afwijking dan wel goed proberen te motiveren.' (rechter.03)

De rechter die in het kader van het casestudyonderzoek is gesproken, vindt echter dat de vergelijking van het oordeel van de Commissie met een deskundigenoordeel niet helemaal op gaat. Dat wil niet zeggen dat zij vindt dat de Cgb ondeskundig is, maar deskundigen worden naar de mening van één bepaald, vaak technisch, aspect van een zaak gevraagd. De Cgb oordeelt evenwel niet over een onderdeel van het conflict, maar over het gehele conflict.

Tussen de regels door geven de geïnterviewde rechters ook hun mening over, wat zij zien als, de meest wenselijke rol van de Cgb. Twee rechters vatten de mening van de meeste van hun collega-rechters als volgt samen:

'De Commissie is een diffuse figuur. Ik vind dat het vooral bij signaleren moet blijven. Rechters zijn er om recht te spreken, niet de Commissie.' (rechter.03)

'Ik vind dat de Cgb eigenlijk alleen belast moet zijn als ambassadeur van gelijke behandeling en oordelen zou moeten overlaten aan de rechter.' (rechter.05)

De rechter die betrokken was bij het casestudyonderzoek vindt dat het voor het gezag van de Cgb goed zou zijn als de Commissie zich zou beperken tot de 'echte discriminatiezaken'. De zaak waarbij deze rechter te maken kreeg met een oordeel van de Commissie ging over de vraag of mannelijke postbodes al dan niet een korte broek mogen dragen (casus p4). Dit soort vraagstukken is volgens de desbetreffende rechter niet de reden waarom het Cgb in het leven is geroepen; het heeft te weinig cachet.

3.6 Optreden tegen gevallen van ongelijke behandeling

Aan de professionele gebruikers van de gelijke behandelingswetgeving is ook gevraagd, in hoeverre zij de Awgb kunnen gebruiken om in hun werk concreet actie te ondernemen tegen gevallen van discriminatie.

Tabel 3.6 **Stelling: “De Algemene wet gelijke behandeling is een belangrijk instrument om effectief te kunnen optreden tegen gevallen van ongelijke behandeling”**

	Aantal	%
(Zeer) mee eens	18	64
Niet eens, niet oneens	6	22
(Zeer) mee oneens	4	14
Weet niet/geen mening	0	0
Totaal	28	100

Tabel 3.6 laat zien dat de meeste geïnterviewde professionals de Awgb als een belangrijk instrument beschouwen. Hieronder zal overigens blijken dat dit nog niet wil zeggen dat men dit instrument ook daadwerkelijk gebruikt. Ongeveer één derde van de geïnterviewden twijfelt aan de bruikbaarheid van de wet of vindt het juist geen effectief instrument.

Wel of niet naar de Cgb

Aan alle geïnterviewde professionals is gevraagd of zij in de afgelopen twee jaar concreet actie hebben ondernomen tegen een geval van ongelijke behandeling, bijvoorbeeld door zelf een klacht in te dienen bij de Cgb.

Gelet op de aard van hun werkzaamheden, is de verwachting dat de geïnterviewde P&O-medewerkers, vakbondsmedewerkers en rechters niet of nauwelijks direct betrokken zullen zijn bij individuele klachtenbehandeling (rechters kunnen immers niet zelf een klacht bij de Cgb indienen). Voor advocaten, medewerkers van een belangenorganisatie en medewerkers van anti-discriminatiebureaus geldt het omgekeerde. In hun werk speelt individuele klachtenbehandeling wel een centrale rol. Deze verwachting wordt in de telefonische interviews grotendeels bevestigd. P&O-medewerkers, vakbondmedewerkers en rechters geven aan dat zij zelf geen klacht bij de Cgb hebben ingediend, maar voor de meeste advocaten, medewerkers van belangenorganisaties en medewerkers van anti-discriminatie bureaus is dat wel zo. Vaak is dan wel voorafgaand al naar andere mogelijkheden gekeken om het conflict op te lossen. Zo proberen antidiscriminatiebureaus vaak eerst te bemiddelen voordat zij naar de Commissie stappen (zie casus p1).

Enkele professionals die aangeven dat zij zelf recentelijk geen concrete actie hebben ondernomen tegen een geval van ongelijke behandeling, door bijvoorbeeld een klacht in te dienen bij de Cgb, geven hierbij de volgende toelichting:

‘Het is nooit tot de Cgb gekomen omdat het al eerder is opgelost. Wij vervullen een adviesfunctie en worden geraadpleegd. En dan is het probleem al opgelost.’ (medewerker P&O.03)

‘We hebben binnen deze organisatie vertrouwenspersonen die alles zelf oplossen, bijvoorbeeld wanneer vrouwen zich ongelijk behandeld voelen. Daarnaast hebben we een ombudsman voor klachten van studenten; die worden daar ook zelf behandeld. Tenslotte hebben we een direct lijntje met de klachten die bij het college van bestuur binnenkomen en daar voeren we dan een gesprek met die personen...’ (medewerker P&O.05)

'Er zijn nog heel veel belemmeringen, waardoor het niet tot een concrete melding [van discriminatie] komt. Mensen willen niet altijd de hele heisa erom heen aangaan. Bijvoorbeeld omdat ze dan geen kans meer hebben op een bepaalde baan.' (medewerker anti-discriminatie bureau.03)

Sommige professionals die zelf niet betrokken waren bij individuele klachtenbehandeling, geven overigens wel aan dat zij soms een 'verzoek eigen handelen' aan de Cgb hebben voorgelegd. Zo wordt de Commissie ten tijde van dit onderzoek bijvoorbeeld om een oordeel gevraagd over het akkoord dat de Stichting Verbond Sectorwerkgevers Overheid (VSO) en de Samenwerkende Centrales voor Overheidspersoneel (SCO) hebben gesloten over een nieuw pensioenstelsel dat voor ongeveer een miljoen overheidsmedewerkers moet gaan gelden. Beide partijen willen met name van de Commissie weten of het akkoord conform de WGBL is. In het akkoord wordt namelijk een onderscheid gemaakt tussen medewerkers die ouder en medewerkers die jonger zijn dan 56 jaar (zie casus p2) . Het aantal verzoeken om een oordeel omtrent het eigen handelen bij de Cgb is de afgelopen jaren toegenomen. In 2001 ging het om 1% van het totale aantal verzoeken, in 2002 om 2%, in 2003 om 8% en in de eerste helft van 2004 om 10% (Cgb 2005, p. 80).

Oordeel over behandeling Cgb

Uit het onderzoek in de eerste fase van deze evaluatie blijkt dat in de periode 1994-2004, 35% van de individuele verzoekers (juridische) bijstand heeft gehad. Van hen deed 13% een beroep op een anti-discriminatiebureau, 12% een beroep op een advocaat en 10% op een ander. Zowel verzoekers als verweerders schakelen vooral bij arbeidszaken (geslacht, godsdienst en ras/nationaliteit) rechtshulp in. Bij (vermeende) discriminatie wegens geslacht wordt vooral gebruik gemaakt van advocaten; terwijl bij raszaken verzoekers de hulp inroepen van anti-discriminatie bureaus. De hulpverlening door de antidiscriminatiebureaus is in de loop van de jaren sterk gegroeid (Cgb 2005, p. 28). Ook in ons onderzoek hebben een groot aantal van de geïnterviewde medewerkers van anti-discriminatie bureaus en van belangenorganisaties, alsmede enkele advocaten, in de afgelopen twee jaar wel eens klacht ingediend bij de Cgb.

In de eerste evaluatie hadden de geïnterviewde doelgroepenorganisaties in het algemeen waardering voor de Cgb; zowel wat betreft hun deskundigheid als de wijze waarop zij hun werk doen (KUN 1999, p. 484). Dit wordt opnieuw bevestigd door het onderzoek in de eerste fase van dit onderzoek (Cgb 2005, p. 88). Van verzoekers vindt bijvoorbeeld 71% dat er voldoende gelegenheid is om tijdens de zitting het eigen standpunt toe te lichten. Onder verweerders is dit 84%. De professioneel-betrokkenen zijn hierover nog positiever (89%). Iets minder dan tweederde (62%) van alle ondervraagden oordeelt bovendien positief over de objectiviteit van de Cgb tijdens de zitting. Een van de punten waarop soms ook kritiek klinkt, is de klacht dat 'de sympathie van de Cgb bij voorbaat bij de verzoeker lag' (Cgb 2005, p. 88). De conclusie van de eerste fase van deze evaluatie is echter dat een vermoeden van subjectiviteit niet direct voor de hand ligt, maar dat dit uiteraard wel een punt van aandacht blijft (blz. 89).

Het beeld dat in ons onderzoek naar voren komt is eveneens redelijk gevarieerd. Sommige professionals zijn ronduit positief over de behandeling van hun zaak door de Cgb, met hooguit een kleine kanttekening:

'Ik had hier weinig op aan te merken. De procedure is laagdrempelig en de behandeling door de Cgb is helder en goed.' (advocaat.04)

'De procedure is op zich netjes verlopen, alleen was de uitkomst wel onbevredigend omdat de Cgb geen bindende uitspraken doet.'
(medewerker anti-discriminatie bureau.01)

'De enige, kleine, kanttekening die ik nog wil maken, is dat tijdens de mondelinge behandeling de Commissie wellicht iets te uitvoerig op bepaalde punten in ging. Ik werd er een beetje ongeduldig van.' (advocaat.04)

Andere professionals zijn juist uitgesproken kritisch over hun ervaringen met de Cgb:

'De medewerkers van de Commissie hebben heel laks gehandeld. Mijn vragen bleven onbeantwoord.' (medewerker belangenorganisatie.03)

'Mijn klacht is dat de CGB teveel "zoekt". Een werknemer kan een klacht indienen over ongelijke behandeling. Dan merk ik dat de werknemer, zelfs als hij met een advocaat komt, nauwelijks in staat is om zijn klacht enigszins te motiveren. Bij de kantonrechter zou je dan binnen tien minuten weer buiten staan. De CGB gaat dan echter maar zelf op onderzoek uit. "We zijn nu toch gezellig bij elkaar, laten we er dan maar een mooi middagprogramma van maken." De CGB vraagt dan flink door bij de werkgever, die vaak geen idee heeft om welke reden ze het vragen. Hij antwoordt dan naar waarheid en daaruit valt altijd wel ergens een link met de Awgb te leggen. Op deze manier schep je alleen maar meer discriminatie.'
(advocaat.05)

Op basis van de interviews kan het volgende worden geconstateerd. De meeste geïnterviewde professionals die achteraf positief oordelen over de Cgb, zijn door de Cgb in het gelijk gesteld. De geïnterviewde professionals die negatief op de Commissie terugkijken, zijn door de Commissie niet ontvankelijk verklaard of hebben één of meer zaken verloren. Binnen het kader van dit onderzoek kan niet worden vastgesteld of dit alleen geldt voor de door ons geïnterviewde professionals of dat hier sprake is van een algemeen verschijnsel. Alle geïnterviewde professionele gebruikers van de Awgb, die zelf bij de Cgb een klacht hebben ingediend, zeggen overigens wel dat zij het volgende keer weer zouden doen.

3.7 *Het gebruik van de Awgb in de praktijk*

Veel professionals, zo bleek hiervoor, vinden de normen uit de Awgb in het algemeen duidelijk en bruikbaar in de praktijk. Toch blijkt ook dat de Awgb, en de mogelijkheid om bij de Cgb een klacht in te dienen, niet door alle professionals in dezelfde mate wordt gebruikt. Anders gezegd, de bruikbaarheid van de gelijke behandelingswetgeving wordt voor de geïnterviewde professionals niet alleen bepaald door de kenmerken van de wet. Op basis van de telefonische interviews blijkt dat bij veel professionals het gebruik van de Awgb ook wordt bepaald door de volgende vijf factoren:

- a. eigen doelstellingen van de professionele gebruikers;
- b. beschikbaarheid van alternatieve wet- en regelgeving;
- c. bewijslast bij de Cgb;
- d. snelheid van behandeling bij de Cgb; en

e. het verwachtte effect.

a. Eigen doelstellingen: sociaal beleid

De vraag of professionals zich in hun dagelijks werk laten leiden door de Awgb, of in een concreet geval naar de Cgb stappen, wordt allereerst bepaald door de doelstellingen van de professionele gebruikers zelf. Wat beogen zij met hun werk te bewerkstelligen en in hoeverre zijn zij ervan overtuigd dat een beroep op de gelijke behandelingswetgeving hen hierbij zal helpen? Het is opvallend dat alle geïnterviewde vakbondsmedewerkers aangeven dat door de Awgb en de oordelen van de Cgb het moeilijk is geworden om nog een eigen sociaal beleid uit te voeren. Veel van de andere professionals vallen hen hierin bij. Deze kritiek heeft deels betrekking op het voeren van een positieve actie beleid in algemene zin. Eén van de geïnterviewde advocaten vertelt hierover bijvoorbeeld:

'Met name op het gebied van positieve discriminatie zou de Awgb veel milder kunnen zijn. Nu is de wet heel stringent en dus ook vormen van positieve discriminatie met een breed draagvlak worden erdoor verboden. Dat zou anders moeten.' (advocaat.05)

De meest uitgesproken kritiek betreft echter de (on)mogelijkheid voor het ontwikkelen van sociaal beleid op het gebied van leeftijd (waaronder de zgn. seniorendagen). Het blijkt dat het algemene oordeel van met name de geïnterviewde vakbondsmedewerkers over de Awgb en de Cgb in sterke mate wordt beïnvloed door hun opvattingen over een aantal recente Cgb-zaken over leeftijdsdiscriminatie. Hoewel de WGBL strikt genomen geen deel uitmaakt van deze evaluatie, wordt er daarom in dit rapport op beperkte schaal toch aandacht aan besteed. De kritiek van de professionals op dit terrein komt in veel telefonische interviews prominent naar voren:

'Neem nu leeftijd. Door deze discriminatiegrond zijn pensioenregelingen haast niet meer mogelijk, terwijl zulke regelingen in de praktijk zeer redelijk zijn.' (medewerker vakbond.03)

'De Cgb zou zich eens nader moeten beraden over de relatie met sociaal beleid. Haar oordelen vormen nu toch echt te weinig aanknopingspunten om deugdelijk sociaal beleid te ontwikkelen op het gebied van leeftijd.' (medewerker vakbond.01)

'Het merendeel van de uitspraken [van de Cgb] is makkelijk uit te voeren, maar bij het uitvoeren van sociaal beleid zijn er wel eens wat hiaten. Dit geldt vooral bij de rechten die oude werknemers verworven hebben en die niet gelden voor jonge werknemers. De Cgb heeft zich erg star getoond en van discriminatie gesproken. Terwijl dit natuurlijk echt een probleemgebied is; die oudere werknemers hebben die rechten met de jaren verworven, die kun je toch niet ineens afpakken?' (medewerker vakbond.04)

'De wet schept soms problemen die er niet zijn. Het is soms te rigide. Bijvoorbeeld leeftijdsafhankelijke dagen: niemand heeft daar een probleem mee en het is algemeen geaccepteerd, maar onder de Awgb mag het niet meer.' (medewerker P&O.03)

'De [vakbond] bestuurders zijn vaak met handen gebonden door de starre houding van de Cgb. Fatsoenlijke, menselijke afspraken kunnen niet meer worden gemaakt.' (medewerker vakbond.05)

Van de zijde van het CNV wordt, zo blijkt uit het casestudyonderzoek, met name betreurd dat de uitspraken van de Commissie over leeftijdsdiscriminatie het lastig ma-

ken om in de toekomst goede collectieve regelingen te treffen. ‘We kunnen niet doen alsof de Commissie niet bestaat’, aldus de geïnterviewde beleidsmedewerker van het CNV. Maar tegelijkertijd wil deze organisatie voor het collectief goede afspraken maken. Beide belangen blijken in de praktijk te botsen.

Overigens wordt de discriminatiegrond ‘leeftijd’ door het CNV ervaren als een minder fundamentele discriminatiegrond dan ras of geslacht (zie casus p2).

b. Beschikbaarheid alternatieve wet- en regelgeving

Een aantal professionals geeft aan dat zij in hun dagelijks werk pas een beroep doen op de Awgb en de Cgb, als er geen andere mogelijkheden meer voor handen zijn. Zij beschouwen, met andere woorden, de Awgb niet als het centrale kader voor hun handelen, maar als één van de mogelijkheden om een individuele zaak op te lossen:

‘Het is in veel gevallen slechts een hulpmiddel. Wanneer dat mogelijk is, kunnen beter andere wetten en regelingen als basis voor een vordering worden gebruikt.’ (advocaat.03)

*‘Het is een aardige handleiding voor ons werk.’
(medewerker anti-discriminatie bureau.02)*

‘In veel individuele gevallen volstaat een beroep op andere regelgeving. In het arbeidsrecht zijn de CAO’s daarvoor van groot belang. Vooral omdat daarmee, door de functie-indelingen, makkelijker is aan te tonen wanneer er sprake is van gelijke situaties, die eventueel ongelijk worden behandeld.’ (advocaat.03)

Uit het casestudyonderzoek blijkt dat de norm van ‘goed werkgeverschap’ vaak in aanvulling op gelijke-behandelingswetgeving wordt gebruikt wanneer er sprake is van discriminatie in de relatie werkgever – werknemer. Althans, wanneer een zaak uiteindelijk voor de rechter belandt. Want de Cgb mag deze norm niet meewegen. Dit is volgens één van de geïnterviewde advocaten ‘nu net het probleem’. Volgens deze persoon mag de Cgb deze norm niet in beschouwing nemen, doet zij dit ook niet in haar overwegingen, maar kleurt het wel het oordeel van de Commissie (zie casus p5) Overigens wordt bij de rechter het ruimere toetsingskader en de mogelijkheid om gebruik te maken van alternatieve wet- en regelgeving niet altijd goed gebruikt. Zo geeft de geïnterviewde rechter aan dat in de ‘bermuda-zaak’ appelante ten onrechte geen gewag maakte van de norm ‘goed werkgeverschap’ en zich alleen beriep op de gelijke behandelingswetgeving. Als dit wel was gebeurd, was de uitspraak mogelijk wel in het voordeel van appelante uitgevallen (zie casus p4).

c. Bewijslast

Een derde factor die een belangrijke rol speelt bij de afweging om wel of niet een beroep te doen op de Cgb, en die in de interviews en de case-studies regelmatig wordt genoemd, is de bewijslast bij de Cgb. Terwijl sommige professionals het vooral moeilijk vinden om (voor verzoekers) te bewijzen dat er sprake is van gelijke behandeling, benadrukken anderen juist dat het (voor verweerders) moeilijk is om aan te tonen dat er van ongelijke behandeling geen sprake is. De suggestie in de eerste evaluatie, dat het bewijs alleen een probleem is voor degenen die stellen discriminatie te ondervinden en niet voor de tegenpartij (KUN 1999, p. 481), wordt in ons onderzoek niet bevestigd. Enkele verzoekers en verweerders onderbouwen hun kritiek op de bewijslast als volgt:

'Het is praktisch erg lastig om je stellingen over gelijke behandeling te bewijzen. Er zijn altijd wel smoezen te bedenken.' (advocaat.02)

(over een recente zaak)

'Hoewel de cliënt in eerste instantie bij mij kwam omdat hij meende dat hij ongelijk werd behandeld, heb ik dat niet als uitgangspunt genomen. Het is gewoon ontzettend lastig om aan te tonen dat er sprake is van gelijke situaties die ongelijk worden behandeld. Daarom richt ik mij op het individuele geval zelf: krijgt mijn cliënt wel datgene waar hij recht op heeft? In zo'n geval heb je meer houvast aan bijvoorbeeld een CAO.' (advocaat.01)

'Ik vind dat de Cgb de lat vaak te hoog legt. Kijk nu bijvoorbeeld naar het EHRM. Het EHRM stelt minder zware eisen aan de bewijsvoering als de Cgb. En dient het niet uiteindelijk in overeenstemming te zijn met Europees recht?' (medewerker vakbond.01)

'De bewijslast is in de praktijk niet realistisch. Voor individuen is het toch vaak moeilijk om de ongelijke behandeling aan te tonen. Voor de tegenpartij, indien het een kleine organisatie betreft, is het ondoenlijk om tegenbewijs te leveren. Zij dienen met ingewikkelde berekeningen aan te komen om aan te geven dat het onderscheid gerechtvaardigd is. Dit is vaak niet aan te tonen.' (medewerker vakbond.01)

Ook in de eerste evaluatie kwam al naar voren dat veel belangenorganisaties die ervaring hebben met klachten over rassendiscriminatie de bewijsvoering als een groot obstakel zien voor een effectief gebruik van de Awgb en de Cgb (KUN 1999, p. 494). Dat het de ene keer lastig is voor een werknemer om discriminatie te bewijzen en de andere keer lastig is voor de werkgever om het tegenovergestelde te bewijzen, hangt onder meer samen met de vraag of er bij de desbetreffende discriminatiegrond al dan niet sprake is van een zgn. verschuiving van de bewijslast. Zo geldt de verschoven bewijslast bijvoorbeeld voor parttime werken niet en voor geslacht wel.

In de casus over de rol van de advocaat wordt een zaak besproken waar er volgens verzoekster sprake is van discriminatie zowel op grond van parttime werk als op grond van geslacht (casus p5). De Commissie oordeelt dat discriminatie op grond van parttime werken niet is bewezen, maar discriminatie op grond van geslacht wel. Om tot dit laatste oordeel te komen, betreft de Commissie echter wel dat in het bedrijf veel meer vrouwen dan mannen in parttime dienstverband werken en dat er daarom een vermoeden is dat indirect onderscheid wordt gemaakt op grond van geslacht bij arbeidsvoorwaarden. Met andere woorden, de Commissie komt tot haar oordeel dat er sprake is van onderscheid op grond van geslacht via het criterium 'deeltijdwerk' maar stelt tegelijkertijd dat er geen bewijs is geleverd dat er onderscheid is gemaakt op grond van arbeidsduur.

d. Snelheid Cgb

Een andere belangrijke overweging om in een concreet geval wel of niet een beroep te doen op de Awgb en op de Cgb, blijkt de vraag hoe snel een zaak kan worden opgelost. Veel professionals benadrukken het belang van een snelle procedure, omdat anders misschien de onderliggende situatie zodanig is gewijzigd dat een oordeel van de Cgb geen zin meer heeft. Uit het onderzoek in de eerste fase van deze evaluatie bleek al dat ruim een derde (37%) van alle respondenten vindt dat procedure bij de Cgb te lang duurt (onder verzoekers: 45%). Ongeveer de helft van alle respondenten vindt de huidige duur van de procedure 'redelijk' (onder verzoekers: 36%) (Cgb 2005, p. 87). In het onderhavige onderzoek is er een aantal professionals dat zich po-

sitief uitlaat over het huidige tempo van de Commissie. Eén van de hen vindt bijvoorbeeld dat de Commissie steeds vaker uitspraak doet binnen acht weken. Daarnaast zijn veel andere professionele gebruikers van de wet hier juist kritisch over. In een aantal telefonische interviews verwoordt men dit als volgt:

‘Een knelpunt van de Cgb in het algemeen betreft arbeidszaken. Het aantal spoedprocedures is erg laag in deze categorie. Dit kan een belemmering zijn om de Cgb in te schakelen, omdat je toch geen toestemming tot spoedprocedure krijgt. Verder kan de Cgb ook besluiten plotseling van een beloofde spoedprocedure af te stappen en er een gewone procedure van te maken.’ (medewerker anti-discriminatie bureau.04)

‘Het is op zich wel een goede procedure, maar een heel groot minpunt is dat de procedure erg lang duurt. Dat is zeer vervelend voor diënten.’ (medewerker anti-discriminatie bureau.05)

‘Ik werd steeds van het kastje naar de muur gestuurd, het duurde heel lang. Omdat er geen vooruitgang in zat, heeft de benadeelde mevrouw besloten ernee te stoppen. Bovendien had ze een andere baan gevonden.’ (medewerker belangenorganisatie.03)

‘De druk neemt toe op de Cgb en dit bevordert de snelheid niet echt... Ik vind het juist een voordeel dat het een snelle procedure is. Indien dit weg zou vallen, zou dat erg jammer zijn. Dan is een gewone rechter net zo effectief.’ (medewerker vakbond.04)

Overigens laten in de verschillende case-studies ook burgers zich kritisch uit over de snelheid van een procedure bij de Cgb. De verzoeker in één casus vond het vooral vervelend dat de procedure lang duurde, omdat in de tussentijd het beleid dat men nu juist wilde laten toetsen werd voortgezet (casus b2). Ook in de zaak van de medewerker van een sportzaak (casus b4) vond de verzoeker dat de procedure bij de Cgb wel erg lang duurde. Hoewel hij zich kan voorstellen dat de Commissie zorgvuldig moet werken, zou iemand in erbarmelijke omstandigheden naar zijn idee al lang overspannen thuis zitten tegen de tijd van de uitspraak. Omdat hij sterk in zijn schoenen stond en hij voor zijn zaak stond, heeft hij het volgehouden, zo vertelde hij.

In de eerste evaluatie in 1999 vonden vrijwel alle respondenten van doelgroepenorganisaties dat de procedure bij de Cgb (soms) te lang duurt (KUN 1999, p. 489). Er lagen toen gemiddeld 9 maanden tussen het indienen van een klacht en het uitspreken van het oordeel door de Cgb. Een derde van de verzoekers (en de helft van de wederpartijen) vond dit langer dan noodzakelijk (KUN 1999, p. 436). Hierbij moet wel worden aangetekend dat beide evaluaties zijn gebaseerd op een andere onderzoeksoptzet (en dat de geïnterviewde professionals in beide onderzoeken niet allemaal afkomstig waren uit dezelfde organisaties).

e. *Verwachte effect*

De laatste factor die volgens veel van de geïnterviewde professionals van belang is bij hun afweging of, en op welke wijze, ze in de praktijk een beroep doen op de Awgb en de Cgb, is – uiteraard – het resultaat dat zij hiermee denken te kunnen behalen. Het valt hierbij op dat professionals die de wet vooral gebruiken bij individuele klachtenbehandeling, moeite hebben met het feit dat oordeel van de Cgb niet-bindend is. Dit komt onder meer naar voren in de zaak rond het toelatingsbeleid van een christelijke basisschool (casus p1). Ondanks het feit dat de Cgb in zijn eindoor-

deel dit beleid als discriminerend aanmerkt, blijft een belangrijk deel van het beleid ongewijzigd. Hoewel de betrokken medewerker van het LBR tevreden is met het oordeel van de Cgb, ziet hij het feit dat deze uitspraak niet bindend is als een tekortkoming. Zo kan de Cgb bijvoorbeeld ook geen boete opleggen of een eis tot schadevergoeding inwilligen. Tijdens verschillende interviews wordt de kritiek op dit aspect van de Cgb op de volgende manier verwoord:

'Degene die het oordeel over zich heen krijgt, kan er onderuit omdat het oordeel niet bindend is.' (medewerker anti-discriminatie bureau.03)

'Het is allemaal te vrijblijvend. Probeer zo'n zaak als het deurbeleid van een discotheek maar eens rond te brennen met de gemeente. Dat lukt bijna niet.' (medewerker anti-discriminatie bureau.05)

'Om het [discriminatie] effectief aan te kunnen pakken, zijn echte sancties nodig, zoals bijvoorbeeld de bestuurlijke boete. Bij vergelijkbare instanties is vaak wel sprake van dergelijke bevoegdheden.' (advocaat.04)

Dit kwam ook naar voren tijdens de eerste evaluatie. Verschillende respondenten van doelgroepenorganisaties gaven toen aan dat men de Awgb maar 'een vreemde wet' vond, omdat er wel iets wordt verboden maar dat er geen straf aan verbonden is (KUN 1999, p. 480).

3.8 Gelijke behandeling en eenzijdig overheidsoptreden

De Awgb wordt in de praktijk niet toegepast bij gevallen van eenzijdig overheidsoptreden. Dat betekent dat er bij de Cgb geen klachten over ongelijke behandeling kunnen worden ingediend, die bijvoorbeeld betrekking hebben op de gemeentelijke woonruimteverdeling of het vertrekken van subsidies.

Bijna alle geïnterviewde professionals hebben uitgesproken kritiek op deze uitzondering. Hoewel niet iedereen aangeeft dat hij hierdoor in zijn dagelijkse werkzaamheden direct wordt belemmerd, pleit men in het algemeen wel voor het schrappen van deze uitzondering. Hiervoor worden verschillende argumenten genoemd:

'In de praktijk merk ik dat er op dit gebied soms wel onderscheid wordt gemaakt. Het is dan lastig dat er geen beroep op de Awgb kan worden gedaan.' (advocaat.03)

'De overheid zelf zou een voorbeeld-functie moeten hebben. Het is niet uit te leggen dat particulieren zich wel aan de uitwerkingswetgeving van artikel 1 Grondwet moeten houden en de overheid zelf zich daar niet toe verplicht.' (medewerker belangenorganisatie.01)

'Dit vind ik belachelijk! Ik zie geen reden waarom overheidshandelingen zich zouden onderscheiden van private partijen, zoals werkgevers of ondervindinstellingen. Het gelijkheidsbeginsel staat in artikel 1 van de Grondwet, dus waarom de overheid daar niet gebonden zijn?' (advocaat.04)

'Eenzijdig overheidshandelen is niet nader gedefinieerd in de Awgb. Het zou fijn zijn als men bij de evaluatie van de wet het bekende lijstje van Groenman zou willen geven. Het zou makkelijker zijn als eenzijdig overheidshandelen onder de wet valt.' (medewerker anti-discriminatie bureau.04)

Ook een aantal van de geïnterviewde rechters is kritisch over deze uitzonderingsbepaling, terwijl één rechter het probleem juist nuanceert:

‘Je ziet hier dat de overheid twee petten op heeft (wetgever en werkgever, bijvoorbeeld). Ze moet zelf de wetten maken en zal er ook zelf aan gebonden zijn. Daarom heeft de overheid zichzelf naar mijn indruk ingedekt. Het is erg jammer dat daardoor de Commissie hier geen rol kan spelen.’ (rechter.01)

‘Ik heb er zelf niet mee te maken, maar wetstechnisch vind ik het wel een rare regeling.’ (rechter.03)

‘We hebben altijd nog artikel 1 Grondwet. Valt het niet onder Awgb dan hebben we de kaders uit de Grondwet en de verdragen nog.’ (rechter.02)

De Awgb is ook niet van toepassing op het interne verenigingsrecht en op de rechtsverhoudingen binnen kerkgenootschappen en ten aanzien van het geestelijk ambt. Volgens de meeste geïnterviewde professionals geven deze beperkingen in de praktijk echter geen aanleiding tot veel problemen.

3.9 Samenvatting

1. De meeste geïnterviewde professionals zijn redelijk op de hoogte van de inhoud van de Awgb (discriminatiegronden en bevoegdheden Cgb). De discriminatiegrond ‘politieke gezindheid’ is echter niet of nauwelijks bekend.
2. ‘Leeftijd’ wordt door een aantal professionals als een minder fundamentele discriminatiegrond gezien dan ‘ras’ en ‘geslacht’.
3. De helft van de geïnterviewde professionals vindt de normen uit de Awgb in het algemeen voldoende duidelijk om in de praktijk toe te passen.
4. Veel geïnterviewde professionals hebben moeite om de tweedeling direct en indirect onderscheid toe te passen.
5. De geïnterviewde P&O-medewerkers zijn nauwelijks bekend met de taken en bevoegdheden van de Cgb. Geen van de ondervraagde P&O-medewerkers weet hoe ze zelf bij de Cgb een klacht kunnen indienen (wellicht omdat zij juridisch gezien ook niet bevoegd zijn om namens hun bedrijf een zaak aanhangig te maken). Deze situatie is, ten opzichte van de eerste evaluatie in 1999, niet verbeterd.
6. De oordelen van de Cgb worden in het algemeen als helder en deskundig ervaren. Het bestaansrecht van de Commissie staat bij de meeste professionals niet ter discussie.
7. Er leeft bij de meeste geïnterviewde professionals echter ook kritiek op de Cgb. Deze kritiek betreft vooral: de (soms) onduidelijke formuleringen van hun oordelen, het casuïstische karakter van hun oordelen (waardoor er moeilijke algemene lijnen uit zijn af te leiden); en het beperkte beoordelingskader van de Cgb. De professionals in dit onderzoek lijken wat kritischer over de Cgb dan de geïnterviewde professionals in de eerste evaluatie in 1999. Hierbij moet wel worden aangetekend dat beide evaluaties zijn gebaseerd op een andere onderzoeksopzet (en dat de geïnterviewde professionals in beide onderzoeken niet allemaal afkomstig waren uit dezelfde organisaties).
8. Een groot aantal van de geïnterviewde medewerkers van belangenorganisaties en van anti-discriminatie bureaus, maar ook een aantal advocaten, hebben in de afgelopen twee jaar zelf wel eens een of meer klachten ingediend bij de Cgb. Hun oordeel over de procedure lijkt sterk samen te hangen met de uitkomst.

9. De meeste geïnterviewde rechters beschouwen het oordeel van de Cgb als een deskundigenoordeel, waar ze wel kennis van nemen maar zich niet rechtstreeks aan gebonden achten.

10. De conclusie uit de kwantitatieve jurisprudentieanalyse in de eerste fase van deze evaluatie, dat de rechter steeds meer gewicht toekent aan het Cgb-oordeel, wordt in de kwalitatieve interviews met rechters vooralsnog niet bevestigd. Over de invloed van de oordelen van de Cgb op de rechtspraak zijn de geïnterviewde rechters onderling verdeeld. Hierbij moet wel worden aangetekend dat dit beeld is gebaseerd op de persoonlijke indrukken van de geïnterviewde rechters en dat het hier niet gaat om een representatieve afspiegeling van de rechterlijke macht.

11. Of de geïnterviewde professionals in de praktijk een beroep doen op de Awgb en/of de Cgb, wordt niet alleen bepaald door de helderheid van de wet, maar ook door een of meer van de volgende vijf factoren: a) hun eigen doelstellingen; b) de beschikbaarheid van alternatieve wet- en regelgeving; c) de bewijslast bij de Cgb; d) de snelheid van de Cgb; en e) het verwachte effect.

12. De suggestie in de eerste evaluatie, dat de bewijslast bij de CGB alleen een probleem is voor verzoekers maar niet voor verweerders, wordt in dit onderzoek niet bevestigd.

13. Evenals in de eerste evaluatie in 1999, zijn veel professionals kritisch over de snelheid van een procedure bij de Cgb.

14. Het wordt soms door professionals ervaren dat de Cgb actief op zoek gaat naar discriminatie en meer openstaat voor de argumenten van verzoekers dan verweerders. Hun indruk is dat dit wordt versterkt door het (in hun ogen) beperkte toetsingskader van de Commissie.

15. Het blijkt dat het algemene oordeel van de geïnterviewde vakbondsmedewerkers over de Awgb en de Cgb in sterke mate wordt beïnvloed door hun opvattingen over een aantal recente Cgb-zaken over leeftijdsdiscriminatie. Hoewel de WGBL als zodanig geen deel uitmaakt van deze evaluatie, wordt er daarom in dit rapport toch op beperkte schaal aandacht aan besteed. Alle geïnterviewde vakbondsmedewerkers zijn van oordeel dat het optreden van de Cgb inzake leeftijdsdiscriminatie het ontwikkelen van een eigen sociaal beleid aanzienlijk bemoeilijkt.

16. De meeste geïnterviewde professionals zijn uitgesproken kritisch over het feit dat eenzijdig overheidsoptreden in de Awgb is uitgesloten. Hoewel niet iedereen aangeeft dat deze beperking hen direct belemmert in hun dagelijkse werkzaamheden, is bijna iedereen voor het schrappen van deze bepaling.

17. Het wordt door veel van de geïnterviewde professionals als een tekortkoming ervaren dat het oordeel van de Commissie niet bindend is. Omdat de Commissie bovendien over individuele gevallen en slechts in beperkte mate over algemeen beleid oordeelt, wordt de Cgb (soms) ervaren als een te beperkt instrument om discriminatie tegen te gaan.

18. Ondanks het beperkte toetsingskader van de Commissie, pleit slechts een enkeling ervoor de bevoegdheden van de Cgb te vergroten. Het pleidooi is eerder dat de Cgb zich dient te beperken tot de 'echte' discriminatiezaken.

Hoofdstuk 4

Directe, indirecte en symbolische effecten

4.1 *Effectiviteit*

In de eerste fase van dit evaluatieonderzoek werd al opgemerkt dat het meten van de effectiviteit van de Awgb haast een laboratoriumsituatie veronderstelt, waarbij de invloed van deze wetgeving wordt geïsoleerd van de invloed van andere factoren en omstandigheden (Cgb 2005, p. 9). In de praktijk kan de gelijke behandelingswetgeving echter onmogelijk volledig worden geïsoleerd van haar maatschappelijke omgeving. Dat geldt ook voor het werk van de Cgb. Bovendien zijn de factoren en omstandigheden waarop deze wetgeving van toepassing is voortdurend in ontwikkeling. Ten slotte ontbreekt het aan een zogenoemde nulmeting uit 1994 (toen de wet werd ingevoerd), waarmee de huidige stand van zaken kan worden vergeleken met de beginsituatie. Dat maakt het lastig om de effectiviteit van de Awgb eenduidig vast te stellen. Om deze redenen hebben wij in deze evaluatie gekozen voor een alternatieve benadering, waarin de nadruk ligt op de sociale werking en de symboolwerking van de gelijke behandelingswetgeving (zie hoofdstuk 1). Deze benadering onderzoekt de betekenis van de Awgb in de alledaagse praktijk. Hierbij wordt een onderscheid gemaakt in: directe, indirecte en symbolische effecten. Waar mogelijk zal hierbij bovendien worden verwezen naar de uitkomsten van de eerste evaluatie uit 1999 (als ‘vertraagde’ nulmeting).

4.2 *Directe effecten*

Bij directe effecten van de Awgb gaat het om de directe naleving en/of andere rechtstreekse gevolgen van (bepalingen uit) de wet.

Wetgeving

Zoals reeds in hoofdstuk 2 is besproken, blijkt uit de burgerenquête dat één vijfde (22%) van alle ondervraagden zelf wel eens een geval van ongelijke behandeling heeft meegemaakt. Allochtonen ervaren twee keer zo vaak een vorm van ongelijke behandeling dan autochtonen. Homoseksuelen ervaren bovendien vaker ongelijke behandeling dan heteroseksuelen. Het lijkt er, met andere woorden, op dat de Awgb minder directe effecten heeft voor allochtonen en homoseksuelen dan voor de rest van de bevolking. Terwijl de Awgb er juist op gericht is om deze en andere minderheidsgroepen zoveel mogelijk tegen ongelijke behandeling te beschermen. Hierbij moeten wel een aantal kanttekeningen worden gemaakt. Allereerst gaat het hierbij om alle gevallen waarin volgens betrokkenen zelf sprake is van ongelijke behandeling en niet alleen om gevallen die vallen binnen de reikwijdte van de Awgb. Daarnaast ontbreken gegevens over de situatie voordat de Awgb van kracht werd, zodat niet met zekerheid is vast te stellen dat de bestaande situatie het gevolg is van de gelijke behandelingswetgeving. Tenslotte is tijdens de eerste evaluatie van de Awgb in 1999 geen burgerenquête gehouden, zodat de uitkomsten ook hier niet mee kunnen worden vergeleken.

Een andere indicatie voor de directe effecten van de wet is het oordeel van de burgers (Tabel 4.1). De helft van de ondervraagde burgers (51%) meent dat er door de Awgb minder mensen ongelijk worden behandeld. Hiermee is 10% van alle onder-

vraagden het (zeer) oneens. Veel mensen antwoorden echter op deze vraag ‘neutraal’ (40%) of geven aan ze het niet weten (21%).

Tabel 4.1 **Directe effecten van de Awgb** (in %)

	n=	Ze er mee eens	Mee eens	Ne utraal	Mee on- eens	Ze er mee oneens	We et niet, geen me- ning
De Awgb heeft ertoe geleid dat er minder mensen ongelijk worden behandeld.	831	2	49	40	9	1	21

De mate waarin de Awgb leidt tot directe effecten hangt onder meer samen met de mate waarin de wet onder burgers en professionals bekend is. Uit hoofdstuk 2 bleek dat driekwart (76%) van alle ondervraagden in de burgerenquête voorafgaand aan ons onderzoek wel eens iets heeft gehoord of gelezen over de Awgb. Dit is aanzienlijk lager dan de uitkomst uit het eerste evaluatieonderzoek, waarin maar liefst 91% bekend was met de Awgb (KUN 1999, p. 347). Hierbij moet wel worden aangetekend dat deze gegevens niet afkomstig zijn uit een enquête onder de Nederlandse bevolking, maar uit een enquête onder medewerkers van een groot aantal arbeidsorganisaties.

Cgb

Ook het oordeel van de Cgb kan leiden tot directe effecten. Er is sprake van een direct effect wanneer het oordeel in een concreet geval wordt opgevolgd.

De opvolging van Cgb-oordelen is reeds in de eerste fase van deze evaluatie uitgebreid onderzocht door middel van een kwantitatieve analyse (Cgb 2005, p. 77 e.v.). In het onderhavige onderzoek is er daarom voor gekozen om bij deze opvolgingscijfers aanvullende gegevens te verzamelen. De burgerenquête biedt zicht op de wijze waarop de Nederlandse bevolking de directe effecten van de Cgb beoordeelt. De kwalitatieve case-studies en de interviews met partijen geven bovendien een indruk van de achtergronden en de motieven bij de eerder verzamelde opvolgingspercentages.

In de enquête is onder meer aan burgers gevraagd hoe zij de effectiviteit van de Cgb inschatten. Ongeveer vier op de tien (44%) van alle ondervraagden meent dat het optreden van de Cgb ertoe heeft geleid dat er minder mensen ongelijk worden behandeld; 10% is het hier (zeer) mee oneens en een grote groep antwoordt ‘neutraal’ (45%) of weet het niet (25%). De ondervraagden menen, met andere woorden, dat de Cgb wat minder effectief is in het terugdringen van ongelijke behandeling dan de Awgb (die, zoals gezegd, 51% als effectief beoordeelde).

Tabel 4.2 **Directe effecten van de Cgb** (in %)

	n=	Zeer mee eens	Mee eens	Neu- traal	Mee on- eens	Zeer mee on eens	Weet niet, geen me- ning
Het werk van de Cgb heeft ertoe geleid dat er minder mensen ongelijk worden behandeld	792	2	42	45	9	1	25

Ook uit een aantal case-studies in dit onderzoek blijkt dat niet alle oordelen van Cgb leiden tot directe effecten.

In casus b1 wordt bijvoorbeeld een vrouwelijke uitzendkracht die werkzaam is als lasser bij een vrachtwagenfabriek geen vaste dienstbetrekking aangeboden vanwege haar zwangerschap. De Cgb oordeelt dat er sprake is van onderscheid op grond van geslacht. De vrouw heeft met deze zaak haar baan echter niet terug gekregen. Naar aanleiding van deze uitspraak heeft de werkgever weliswaar een baan aangeboden, maar omdat dit een baan was onder haar niveau, heeft de vrouw dit aanbod geweigerd (zie bijlage iv). In casus b4 wordt een medewerker van een sportwinkel niet bevorderd van verkoper tot assistent-bedrijfsleider, omdat zijn werkgever vindt dat hij door zijn dreadlocks geen representatief uiterlijk heeft. De Cgb oordeelt dat het rastafari-geloof kan worden beschouwd als een godsdienst. Het beleid van de sportwinkel maakt daarom indirect onderscheid op grond van godsdienst. Dit heeft er echter niet toe geleid dat de bevordering van de betrokken medewerkers alsnog doorgaat. De bedrijfskleding van assistent-bedrijfsleider is hem inmiddels afgenomen en hij draagt weer de kleding van verkoper (zie bijlage iv).

In de eerste fase van deze evaluatie is het gemiddelde opvolgingspercentage van Cgb-oordelen in kaart gebracht. Hierbij zijn alleen die oordelen betrokken waarin volgens de Cgb sprake was van (verboden) onderscheid of strijd met de wet en oordelen waarin de Cgb anderszins een aanbeveling heeft gedaan. Uit dit onderzoek blijkt dat het gemiddelde opvolgingspercentage van Cgb-oordelen in de afgelopen periode is gestegen van 60% in 2001 naar 76% in de eerste helft van 2004 (Cgb 2005, p. 78). Wanneer ook schikkingen worden meegeteld als positieve opvolging, zien de cijfers er iets anders uit. Dan is het percentage opgelopen van 66% (2001) naar 84% (eerste helft 2004). In 2003 was er sprake van een lichte daling. Het blijkt dat het opvolgingspercentage verschilt per discriminatiegrond. Bij geslacht is het percentage het laagst (45%) en bij ras het hoogst (86%) (Cgb 2005, p. 82).

Het is moeilijk om deze opvolgingspercentages rechtstreeks te vergelijken met de uitkomsten van de Awgb-evaluatie van 1999. Uit deze evaluatie zijn namelijk alleen

gegevens bekend uit een dossieronderzoek naar de follow-up in 90 oordelen uit 1997 (KUN 1999, p. 445).

In de eerste fase van de onderhavige evaluatie concludeert men op basis van (een nadere bewerking van) deze gegevens dat het gemiddelde opvolgingspercentage van Cgb-oordelen in het peiljaar 1997 kan worden vastgesteld op 50% (Cgb 2005, p. 81, voetnoot 22). Het gemiddelde opvolgingspercentage van de onderhavige onderzoeksperiode (2001–eerste helft 2004) bedraagt 63% (inclusief schikkingen 69%). De conclusie van het onderzoek uit de eerste fase van deze evaluatie luidt daarom dat het gemiddelde opvolgingspercentage is gestegen van 50% (in 1997) naar 69% (2001–2004).

Gelet op de verschillen in de gehanteerde onderzoeksopzet van beide studies, benadrukken de onderzoekers in de eerste fase van deze evaluatie terecht dat de mogelijkheden om de uitkomsten van beide evaluaties met elkaar te vergelijken op dit punt beperkt zijn (Cgb 2005, p. 81). Bij het trekken van algemene conclusies is daarom enige voorzichtigheid op z'n plaats. Hier kan nog aan worden toegevoegd dat de beschikbare onderzoeksgegevens ook aanwijzingen bevatten die suggereren dat in de vorige evaluatieperiode het gemiddelde opvolgingspercentage wellicht nog iets hoger is geweest dan de genoemde 50% (en dat daarom wellicht ook het verschil met de huidige cijfers minder groot is). Allereerst kan worden aangetekend dat in het peiljaar 1997 in 25% van de gevallen de verweerder zich nog aan het beraden was of nog eerst het oordeel van de rechter wilde afwachten. Na 1997 zal er daarom waarschijnlijk ook nog in een aantal van deze zaken sprake zijn geweest van individuele opvolging. Daarnaast is er tijdens de eerste Awgb-evaluatie ook een enquête gehouden onder de verzoekers en wederpartijen van Cgb-zaken. Aan verzoekers is in 1999 gevraagd, of zij denken dat het (voor hen positieve) oordeel van de Cgb invloed heeft gehad op het gedrag van werkgevers. Vier op de tien (40%) kende toen een grote invloed toe aan de uitspraken van de Cgb, ruim een derde (37%) enige invloed, terwijl bijna een kwart (23%) van mening was dat de Cgb geen invloed heeft (KUN 1999, p. 416). Onder de wederpartijen kende 65% veel invloed, 28% enige invloed, en 7% geen invloed toe aan het oordeel van de Cgb (KUN 1999, p. 418). Ook deze cijfers suggereren dat, over de gehele evaluatieperiode, het opvolgingspercentage wellicht wat hoger was dan 50%. Bij gebrek aan ander cijfermateriaal kan deze veronderstelling in dit rapport echter niet verder worden onderzocht.

4.3 Indirecte effecten

Wetgeving

Indirecte effecten hebben niet primair te maken met de naleving van een concrete regel uit de Awgb, maar met de maatschappelijke gevolgen hiervan. Er is bijvoorbeeld sprake van een indirect effect wanneer een organisatie, onder invloed van de gelijke behandelingswetgeving (en niet in reactie op een individueel Cgb-oordeel), zijn werkwijze of zijn interne regelgeving aanpast.

Zoals gezegd, stonden in dit onderzoek vooral de kenbaarheid en de bruikbaarheid van de Awgb centraal. Een systematisch onderzoek naar de indirecte effecten van de gelijke behandelingswetgeving bij bedrijven en arbeidsorganisaties maakte, in tegenstelling tot de evaluatie in 1999, géén onderdeel uit van de onderzoeksopdracht voor

deze studie. Op basis van het beschikbare onderzoeksmateriaal kan daarom alleen worden geïllustreerd op welke wijze de Awgb al of niet leidt tot indirecte effecten. In dit rapport kunnen hierover echter geen algemene conclusies worden getrokken.

Uit het onderzoek onder professionele gebruikers van de Awgb blijkt bijvoorbeeld dat de gelijke behandelingswetgeving, in ieder geval op een aantal plaatsen, z'n weg heeft gevonden in verschillende interne informatiekkanalen. Een aantal professionals vertelt in de telefonische interviews bijvoorbeeld dat zij, bij de toepassing van de AWGB, onder meer een beroep doen op de vakliteratuur (waaronder JAR en de Kluwer Praktijkids) en op gespecialiseerde internet-sites (zoals www.pwnet.nl), waarin de wetsbepalingen van commentaar worden voorzien.

Daarnaast zijn er in dit onderzoek ook aanwijzingen gevonden die de mogelijke indirecte effecten van de Awgb juist nuanceren. Veel professionals, zo blijkt, beschouwen de uitgangspunten van de Awgb als iets 'vanzelfsprekends'. Dat betekent echter ook dat men al snel aanneemt dat men goed op de hoogte is van de inhoud van de wet, terwijl het onderzoek ook laat zien dat lang niet altijd het geval is (zie hoofdstuk 3). Dat bleek het meest duidelijk ten aanzien van de geïnterviewde P&O-medewerkers. Daarnaast lijkt de 'vanzelfsprekendheid' van de Awgb er soms toe te leiden, dat weinig professionals er aanleiding in zien om hun eigen regelgeving of procedures aan te passen.

In de eerste evaluatie werd onder meer gesuggereerd dat de Awgb in een aantal gevallen, via CAO-onderhandelingen, ertoe heeft geleid dat er structurele veranderingen zijn doorgevoerd voor bijvoorbeeld de bescherming van zwangere werknemers en deeltijdwerkers (KUN 1999, p. 483). In hoeverre dat ook nu geval is, kan met het onderhavige onderzoek niet worden vastgesteld. Het valt echter wel op dat veel van de geïnterviewde vakbonds-medewerkers uitgesproken kritisch zijn. Wanneer een CAO op gespannen voet staat met de Awgb, dan geeft de gelijke behandelingswetgeving niet altijd de doorslag. Een vakbondsmedewerker formuleert het als volgt:

'In theorie vinden we het [gelijke behandeling] allemaal zeer belangrijk, maar de realiteit is soms anders. Dit geldt met name voor de bondsbestuurders. Als er CAO's afgesloten moeten worden, dienen er belangen afgewogen te worden... Vaak dienen er ook concessies gedaan te worden..., en zo is het wel eens voorgekomen dat een CAO in strijd was met de gelijke behandelingswetgeving. Dit komt tegenwoordig trouwens zelden voor.' (vakbond.01)

De eerste Awgb-evaluatie in 1999 concludeerde: 'er zijn maar weinig arbeidsorganisaties die op basis van de gelijke behandelingswetgeving bestaande procedures of werkwijzen hebben aangepast.' (KUN 1999, p. 367) Zonder aanvullend empirisch onderzoek kan in dit rapport niet worden vastgesteld of deze situatie inmiddels is gewijzigd. Dat wil nadrukkelijk niet zeggen dat deze indirecte effecten er in de praktijk niet zijn, maar dat deze effecten binnen het kader van deze evaluatie niet nader zijn onderzocht.

Cgb

Het oordeel van de Cgb leidt tot indirecte effecten, wanneer de wederpartij, in reactie op het oordeel, structurele maatregelen neemt voor volgende vergelijkbare gevallen. Er is bijvoorbeeld sprake van een indirect effect wanneer een organisatie, onder invloed van het oordeel van de Cgb, zijn werkwijze of zijn interne regelgeving aanpast.

Dit type indirecte effecten van de Cgb zijn reeds in de eerste fase van deze evaluatie uitgebreid onderzocht en worden daar omschreven als een vorm van 'structurele opvolging'. In het onderhavige onderzoek is er daarom voor gekozen om hierover slechts aanvullende informatie te verzamelen, voornamelijk in de vorm van de casestudies. Uit het onderzoek van de eerste fase van deze evaluatie blijkt dat in 53% van de gevallen een structurele maatregel is getroffen, al dan niet in combinatie met een individuele maatregel (Cgb 2005, p. 79). Hoewel beide onderzoeken op dit terrein niet direct met elkaar kunnen vergeleken (en daarom ook hier enige voorzichtigheid op z'n plaats is), lijkt het erop dat – ten opzichte van de vorige evaluatie in 1999 – het aantal Cgb-oordelen dat aanleiding geeft tot indirecte effecten is gestegen. In de eerste evaluatie zei namelijk 27% van de geïnterviewde verzoekers dat de wederpartij 'maatregelen' heeft genomen in reactie op oordeel Cgb, maar zei slechts 7% dat er sprake was van 'gedeeltelijke aanpassingen van het beleid'. Voor 61% van de wederpartijen van de verzoekers was de klacht geen reden om een maatregel te nemen. Dezelfde vraag is ook aan de wederpartijen zelf voorgelegd. Bij degenen bij wie de klacht van de verzoeker gegrond is verklaard, zei het merendeel een 'maatregel' te hebben genomen (of dat van plan te zijn). Of dit alleen individuele maatregelen zijn of ook beleidsaanpassingen is niet duidelijk (KUN 1999, p. 422). Overigens blijkt ook uit zowel de eerste Awgb-evaluatie in 1999 (KUN 1999, p. 471) als uit het onderzoek in de eerste fase van deze evaluatie (Cgb 2005, p. 79) dat de Cgb-oordelen in het algemeen vaker structureel dan individueel worden opgevolgd.

Een aantal van de bestudeerde cases illustreren op welke wijze het oordeel van de Cgb al of niet aanleiding geeft tot indirecte effecten. In casus b2 wil een bedrijf een regeling invoeren waarin wordt voorzien in een zgn. aanwezigheidsbonus. De Cgb oordeelt dat deze regeling sprake is van indirect onderscheid op basis van geslacht, omdat er geen recht op een bonus bestaat in geval van afwezigheid wegens zwangerschap. De regeling wordt aangepast aan het oordeel van de Cgb. In casus b5 hanteert een organisatie als gedragsregel dat cliënten die een gezichtsbedekkende sluier dragen wordt gevraagd om deze sluier af te doen. Wanneer hier niet aan wordt voldaan, wordt de hulpverlening stopgezet. De Cgb oordeelt dat hier sprake is van indirect onderscheid op basis van geloofsovertuiging. Dit oordeel heeft voorsnog niet geleid tot een andere gedragsregel. De betrokken organisatie stelde aanvankelijk voor om de regel zodanig aan te passen, dat de cliënten in het beschreven geval geholpen zou worden door een vrouwelijke medewerker. Maar de Cgb heeft inmiddels verklaard dat, naar haar oordeel, ook deze regeling indirect onderscheid oplevert. In casus p1 maakt een Christelijke basisschool volgens de Cgb indirect onderscheid op grond van ras door zijn toelatingsbeleid voor NT2-leerlingen en direct onderscheid op grond van ras door zijn toelatingsbeleid voor leerlingen uit de Sinti- en Romagemeenschap. In reactie op het oordeel van de Cgb heeft de school zijn toelatingsbeleid voor Sinti- en Roma-leerlingen aangepast. Volgens het Anti-Discriminatiebureau is daarentegen het toelatingsbeleid voor NT2-leerlingen niet aangepast. De betrokken school meent echter dat het beleid wel is gewijzigd. Volgens de directeur beperkt de school niet langer het aantal NT2-leerlingen, maar hanteert het sinds enige tijd een normering van het aantal 'zorgleerlingen'. Echter, op de vraag of dit niet een parafrasering is van NT2-leerlingen, wordt bevestigend geantwoord.

4.4 *Positief-symbolische effecten (geschreven door B.M.J. van Klink)*

Bij symbolische effecten gaat om effecten die wetgeving sorteert op het gebied van betekenisverlening en communicatie. Hierbij maken we een onderscheid tussen positief- en negatief-symbolische effecten. Positief-symbolische effecten kunnen de (directe en indirecte) werkzaamheid van de wet bevorderen, terwijl negatief-symbolische effecten de werkzaamheid hiervan juist kunnen tegenwerken.

In de eerste evaluatie van de Awgb werd er op gewezen dat zowel de wetgeving als de oordelen van de Cgb, maar ook de publiciteit, ertoe kunnen bijdragen 'dat de norm van gelijke behandeling en de gedachte dat discriminatie onacceptabel is, in toenemende mate vanzelfsprekend worden...' (KUN 1999, p. 496). Er werd bovendien geconstateerd dat 'effecten op het niveau van de gedachtevorming' in de praktijk lastig 'stuurbaar' zijn. Deze en andere mogelijke symbolische effecten zijn in de eerste evaluatie echter niet nader onderzocht.

De uitkomsten van de enquête, de telefonische interviews en de case-studies wijzen in de richting van twee positief-symbolische effecten van de wet, die de werking van de Awgb gunstig kunnen beïnvloeden: a) draagvlak voor het ideaal van gelijke behandeling; en b) draagvlak voor de Awgb en de Cgb.

a. draagvlak voor het ideaal van gelijke behandeling

De eerste evaluatie concludeerde dat 'globaal gezien' het maatschappelijk draagvlak voor gelijke behandeling groot is (KUN 1999, p. 501). In het onderhavige onderzoek zijn over dit onderwerp ook een aantal stellingen in de bevolkingsenquête opgenomen (Tabel 4.3). De helft (50%) van de ondervraagden beschouwt gelijke behandeling als de kern van onze democratische rechtsstaat, een kwart (26%) meent dat ongelijke behandeling soms ook is gerechtvaardigd en iets minder dan een kwart (20%) vindt gelijke behandeling in de praktijk moeilijk uitvoerbaar. Van alle ondervraagden vindt 2% gelijke behandeling niet meer dan deze tijd.

Tabel 4.3 **Wat vindt u van gelijke behandeling?**

	aantal	in %
Gelijke behandeling is de kern van onze democratische rechtsstaat	5	50
Gelijke behandeling is belangrijk, maar ongelijke behandeling is soms ook gerechtvaardigd	271	26
Gelijke behandeling is in de praktijk moeilijk uitvoerbaar	208	20
Gelijke behandeling is niet meer van deze tijd	16	2
Weet niet\geen mening	35	3
n=	1.054	100

Ruim de helft (57%) van alle ondervraagden zegt dat de mensen in hun directe omgeving gelijke behandeling (best of zeer) belangrijk vinden. Bij autochtonen (54%) ligt dit percentage overigens opvallend lager dan bij allochtonen (82%) (Tabel 4.4).

Tabel 4.4 **In welke mate vinden uw vrienden en kennissen gelijke behandeling belangrijk?** (in %)

	autochtoon	allochtoon	Totaal
Zeer belangrijk	9	34	12
Best belangrijk	45	49	45
Neutraal	25	9	24
Niet zo belangrijk	3	1	3
Helemaal niet belangrijk	1		1
Weet niet\geen mening	17	7	16
Totaal (n = 1.054)	100	100	100

Er zijn meer mensen die gelijke behandeling van mannen en vrouwen (89%) en hetero- en homoseksuelen (86%) (zeer) belangrijk vinden, dan de gelijke behandeling van moslims en niet-moslims (69%). Ongeveer drie kwart van de ondervraagden (72%) meent bovendien dat gelijke behandeling de emancipatie van minderheden bevordert (Tabel 4.5).

Tabel 4.5 **Stellingen over gelijke behandeling** (in %)

	n	Ze er mee eens	Mee eens	Neu- traal	Mee oneens	Ze er mee oneens	Weet niet, geen mening
Gelijke behandeling van mannen en vrouwen is belangrijk.	1.037	35	54	9	1	0	2
Gelijke behandeling van hetero- en homoseksuelen is belangrijk.	1.032	32	54	11	2	1	2
Gelijke behandeling van moslims en niet-moslims is belangrijk.	1.023	18	51	21	8	2	3
Gelijke behandeling bevordert de emancipatie van minderheden.	998	12	60	22	6	1	5

b. Draagvlak voor de Awgb en de Cgb

Wat zegt het draagvlak voor gelijke behandeling nu over het draagvlak voor de Awgb? De eerste evaluatie merkte hierover op: '[A]lgemene instemming met de idee van gelijke behandeling betekent nog niet dat ook overeenstemming bestaat over de precieze inhoud van die norm.'(KUN 1999, p. 502) Daarom moet ook nadrukkelijk

worden gekeken naar het draagvlak voor de gelijke behandelingswetgeving en de Cgb.

In de eerste evaluatie konden de respondenten in de enquête onder arbeidsorganisaties meerdere antwoorden invullen bij een vraag naar hun mening over de Awgb. Van alle ondervraagden vond 94% het 'terecht' dat de Awgb bestaat (87% vond het 'noodzakelijk' en 17% 'lastig') (KUN 1999, p. 364). Hierbij merkten de onderzoekers overigens wel op dat de enquête is afgenomen onder medewerkers die betrokken zijn bij personele zaken in de desbetreffende organisatie en dat bij andere medewerkers de steun voor de Awgb wellicht kleiner is (KUN 1999, p. 368). In de burgerenquête van het onderhavige onderzoek vindt 26% van alle ondervraagden het 'zeer belangrijk' en 50% 'best belangrijk' dat de Awgb bestaat. Het blijkt bovendien dat allochtonen (88%) de Awgb belangrijker vinden dan autochtonen (75%) (Tabel 4.6).

Tabel 4.6 Wat vindt u ervan dat er met de Awgb een wet bestaat die toeziet op gelijke behandeling?, naar etniciteit (in %)

	autochtoon	allochtoon	Totaal
Ik vind dat zeer belangrijk	23	54	26
Ik vind dat best belangrijk	52	34	50
Daar sta ik neutraal tegenover	19	7	18
Ik vind dat niet zo belangrijk	4	2	4
Ik vind dat helemaal niet belangrijk	0		0
Weet niet\geen mening	2	4	2
Totaal	100	100	100

Het maatschappelijk draagvlak voor de Awgb is met 76% nog steeds groot. Maar het lijkt er op dat het draagvlak voor de Awgb, vergeleken bij de vorige evaluatie in 1999, kleiner is geworden. De uitkomsten van beide onderzoeken zijn door het verschil in vraagstelling echter moeilijk met elkaar te vergelijken. Dat betekent dat voor het trekken van algemene conclusies enige voorzichtigheid op z'n plaats is.

Bij de eerste evaluatie is ook het draagvlak voor de Cgb onderzocht. Van alle ondervraagden in de enquête onder arbeidsorganisaties vond 91% het 'terecht' dat de Cgb bestaat (80% vond het 'noodzakelijk' en 13% 'lastig'). In de burgerenquête van het onderhavige onderzoek vindt 17% van alle ondervraagden het bestaan van de Cgb 'zeer belangrijk' en 49% vindt het 'best belangrijk'. Allochtonen (82%) vinden het bestaan van de Cgb belangrijker dan autochtonen (65%).

Tabel 4.7 **Welk belang hecht u eraan dat er met de Cgb een aparte instantie bestaat die toeziet op gelijke behandeling?** (in %)

	autochtoon	allochtoon	Totaal
Heel belangrijk	16	26	17
Belangrijk	49	56	49
Neutraal	24	8	23
Niet belangrijk	3	1	3
Helemaal niet belangrijk	1		1
Weet niet\geen mening	6	8	6
Totaal	100	100	100

Ook het maatschappelijk draagvlak voor de Cgb is met 66% nog steeds redelijk groot. Maar ook hier lijkt het erop dat het draagvlak voor de Cgb, vergeleken bij de vorige evaluatie in 1999, kleiner is geworden. Door het verschil in vraagstelling is hierbij echter opnieuw enige voorzichtigheid op z'n plaats.

Het is op basis van dit onderzoek moeilijk vast te stellen hoe de maatschappelijke opvattingen over gelijke behandeling en de Awgb zich tot elkaar verhouden. In hoeverre heeft de Awgb bijvoorbeeld geleid tot meer of minder draagvlak voor het ideaal van gelijke behandeling? Eén mogelijke indicatie zijn de opvattingen hierover van burgers zelf.

Tabel 4.8 **Stellingen over het denken over gelijke behandeling** (in %)

	n=	Ze er mee eens	Mee eens	Neu- traal	Mee on- eens	Ze er mee oneens	Weet niet, geen me-
Mijn opvattingen over gelijkheid zijn de afgelopen jaren niet veranderd.	1.020	11	51	20	17	1	3
Ik ben onder invloed van de Awgb anders gaan denken over (on)gelijke behandeling.	920	1	12	51	30	6	13

Ongeveer één op de tien respondenten (13%) zegt dat hij of zij onder invloed van de Awgb anders is gaan denken over (on)gelijke behandeling. Een ruime meerderheid (62%) zegt echter dat hun opvattingen over gelijkheid de afgelopen jaren onveranderd zijn gebleven. Dit komt ook tot uitdrukking in de telefonische interviews met professionals. Zij wijzen erop dat de Awgb aanleiding kan geven tot een mentaliteitsverandering, die in meer of mindere mate effectief is:

‘Door de Awgb is er zeker meer bewustzijn op dit gebied gekweekt bij de werkgevers. Het leeft in ieder geval, dus wat dat betreft heeft het preventief effect. Dat kan er echter ook toe leiden dat ze het meer verhullen.’ (advocaat.05)

‘Het besef dat er een Algemene wet gelijke behandeling is, dringt wel door. Maar er is nog geen sprake van algehele bewustwording. Dat geldt temeer voor het midden- en kleinbedrijf. Als daar al enige bekendheid is met de regelgeving, is het voor hen vooral moeilijk om een inschatting te maken van of iets nu kan of niet kan. En ze hebben vaak het idee dat er zoveel regelgeving is dat ze door de bomen het bos niet meer zien; ze doen maar wat.’ (vakbond.04)

‘Mensen raken zich bewust van de kreet “gelijke behandeling”, maar die bewustheid resulteert nu niet in een grote hoeveelheid klachten. De Awgb is niet bijzonder effectief.’ (vakbond.05)

Het inschakelen van de Cgb leidt in meer of minder mate tot de volgende positief-symbolische effecten: c) de verspreiding van het wettelijk vocabulaire; d) bevestiging van het gelijkheidsideaal; e) het ter discussie stellen van een met de wet strijdige mentaliteit; en f) erkenning van de eigen positie.

c. verspreiding van het wettelijk vocabulaire

De meeste partijen in de bestudeerde casus die bij een procedure bij de Cgb betrokken zijn geweest, geven aan dat zij, voorafgaand aan de procedure, niet of nauwelijks op de hoogte waren van de Cgb en/of de Awgb. Als gevolg van de procedure gaan zij zich, over het algemeen, meer in het wettelijk normenstelsel en de oordelen van de Cgb verdiepen. In de zaak over de lasser, wier contract, mogelijk vanwege zwangerschap, niet werd verlengd (casus b1), geeft de verzoekster aan dat zij, na de procedure, veel meer berichtgeving opmerkt over kwesties rond gelijke behandeling, zoals bijvoorbeeld een recente zaak over hoofddoekjes. De verzoeker in de zaak over de Nazireeër (casus b6) meldt dat hij eerder al op de hoogte was van de gelijke-behandelingswetgeving, maar dat de zaak voor hem aanleiding was om zich er meer in te verdiepen. Met de toename van de kennis verspreidt zich ook de wettelijke vocabulaire: in het taalgebruik waarmee partijen over hun zaak praten, keren geregeld termen uit de wet terug (zoals het begrippenpaar direct/indirect onderscheid en het begrip ‘objectieve rechtvaardiging’).

Niet in alle gevallen leidt overigens een procedure bij de Cgb tot verdieping van de kennis van de wet en verspreiding van het daarin neergelegde vocabulaire. In de zaak over de lasser, wier contract, mogelijk vanwege zwangerschap, niet werd verlengd (casus b1), gaf de verweerster er weinig blijk van op de hoogte te zijn van de gelijke-behandelingswetgeving. Ook het oordeel van de Cgb leek zij nauwelijks te hebben bestudeerd. De verzoeker in de zaak over de aanwezigheidsbonus-regeling (casus b2) had moeite het oordeel te begrijpen vanwege het formele en juridische taalgebruik. (Veel moeite leek hij daarvoor ook niet te hebben gedaan, getuige de ‘maagdelijk witte blaadjes’ van zijn dossier.)

d. bevestiging van het gelijkheidsideaal

Tijdens de eerste fase van dit evaluatieonderzoek bleek dat ongeveer een derde (27%) van alle partijen het oordeel de Cgb niet overtuigend vond (Cgb 2005, p. 90). Partijen en blijven dan hun eigen positie verdedigen, zo blijkt uit de bestudeerde cases in ons

onderzoek. Dit doen zij echter niet door afstand te nemen van het gelijkheidsideaal in het algemeen of de Awgb in het bijzonder, maar door de specifieke interpretatie die de Cgb hieraan geeft, te bekritisieren. De eigen positie wordt verdedigd in termen van gelijkheid, maar hieraan wordt een andere, van de Cgb afwijkende, invulling gegeven. Niemand wil toegeven dat hij of zij discrimineert. In de zaak over de aanwezigheidsbonus-regeling (casus b2), stelt de verzoeker:

'Ik heb helemaal niet het oogmerk om chronisch zieken, jongeren, ouderen, vrouw of man of wat dan ook te discrimineren. Ik zeg gewoon van als je evenveel wilt doen met minder mensen, krijg je daar gewoon een extra dag voor.'

De verweerder in de zaak over de Ethiopiër die een winkerverbod kreeg opgelegd (casus b3), geeft aan er niet tegen te kunnen om ten onrechte te worden beschuldigd van discriminatie. Vanuit zijn rechtvaardigheidsgevoel wenst hij andere mensen niet te discrimineren. In de wachtruimte van de organisatie die betrokken was in de zaak over de gezichtsbedekkende sluier (casus b5), hangt een duidelijk zichtbare poster waarin wordt opgeroepen tot het melden van discriminatie. De organisatie, die hulp biedt bij vragen op het gebied van huursubsidies, uitkeringen, studiekosten, belastingen en schulden, schrok van de aanklacht die door een vrouw met een sluier tegen haar was ingediend, mede omdat ze bang was voor imago-schade: de organisatie wil geen 'besmet' bedrijf zijn, dat binnen de islamitische gemeenschap bekend staat om haar discriminatoire praktijken. Discriminatie of ongelijke behandeling wordt als iets onwenselijks en afkeurenswaardigs gezien. Over de uitleg en uitwerking van het ideaal van gelijkheid lopen de meningen echter uiteen.

e. mentaliteitsverandering

Hoewel de in het ongelijk gestelde partijen niet altijd overtuigd worden door het oordeel van de Cgb, kan het oordeel ze wel aan het denken zetten. De partijen voelen zich ter verantwoording geroepen en gaan op zoek naar argumenten om zich te verdedigen. Hierdoor kan ook de bewustwording over gelijke behandeling worden bevorderd.

In de bermuda-zaak (casus p4) geeft zowel de rechter in kwestie als een advocaat-generaal van de Hoge Raad aan dat de Cgb, juist doordat ze zich uitsluitend richt op gelijke behandeling en aan andere belangen voorbij kan gaan, bestaande stereotype opvattingen of gedragingen op dit terrein kan door doorbreken. Daarvan zijn enkele voorbeelden te vinden in de door ons onderzochte burgercases. De verweerster in de zaak over de lasser, wier contract, mogelijk vanwege zwangerschap, niet werd verlengd (casus b1), suggereert dat zij naar aanleiding van deze zaak meer oog heeft gekregen voor de manier waarop met vrouwen wordt omgegaan. Ze is zich ervan bewust geworden dat het bedrijf in kwestie een echt 'mannenbedrijf' is. Ze keurt het bijvoorbeeld af dat een collega van haar zei dat er 'wel erg veel moedertjes' op zijn afdeling waren, toen hij hoorde dat een vrouwelijke medewerker zwanger was. Een bepaalde, met de gelijke-behandelingswetgeving op gespannen voet staande mentaliteit, wordt hierdoor ter discussie gesteld. In de zaak over de aanwezigheidsbonus-regeling (casus b2) blijkt de verzoeker, onder invloed van deze zaak, ook andere kwesties die spelen in het bedrijf – in concreto, de discussie over seniorendagen – in verband te brengen met de gelijkheidsproblematiek. De bewustwording dat hier mogelijk een probleem speelt in termen van gelijkheid, is toegenomen. Een medewer-

ker van het LBR, die de ouderraad van een openbare school bijstond in de zaak over de door de school gevoerde toelatingsbeleid (casus p1), is van mening dat de dialoog die door de Cgb tot stand wordt gebracht, bijdraagt aan een kritische reflectie op het eigen handelen. Volgens hem hebben verweerders vaak de houding: ‘Als we iets fout gedaan hebben, dan horen we dat graag.’

f. erkenning van de eigen positie

Uit de eerste evaluatie bleek dat de meeste verzoekers bij de Cgb vooral erkenning willen van het eigen gelijk (KUN 1999, p. 435). Het gaat hen dus niet primair om de materiële uitkomst (opheffing van de ongelijke behandeling), maar ook en vooral om de symbolische erkenning voor de eigen positie. Officieel wordt bevestigd dat het niet zomaar om een privé-mening van iemand gaat, maar dat het een van overheidswege ondersteunde opvatting is. In de zaak over de lasser, wier contract, mogelijk vanwege zwangerschap, niet werd verlengd (casus b1), geeft de verzoekster aan dat voor haar het belangrijkste was dat zij het gelijk kreeg waarvan zij overtuigd was. Ze heeft besloten niet de rechter te stappen, want de uitspraak van de Cgb was voor haar voldoende. De verzoeker in casus b3, een Ethiopiër die in een supermarkt een winkelverbod kreeg opgelegd, zegt dankbaar te zijn voor het oordeel van de Cgb. Hij weet nu dat er in Nederland wat tegen discriminatie wordt gedaan. De Cgb heeft hem een ‘soort garantie’ gegeven dat hij net als elke andere Nederlander naar de supermarkt mag gaan.

4.5 Negatief-symbolische effecten(geschreven door B.M.J. van Klink)

Het onderhavige onderzoek laat ook zien dat er op een aantal terreinen negatief-symbolische effecten voordoen, die de werking van de Awgb negatief kunnen beïnvloeden. Opmerkelijk is bijvoorbeeld de beperkte kennis van en interesse voor de Awgb.

a. beperkte kennis en interesse

Zoals hierboven weergegeven, komt uit de enquête naar voren dat de kennis van de Awgb onder burgers beperkt is. Drie kwart van de respondenten zegt wel ‘iets’ over de wet gehoord of gelezen te hebben, terwijl ruim de helft aangeeft dat men deze matig of slecht kent. Voor veel mensen is het moeilijk om het begrip ‘indirect onderscheid’ toe te passen. Ruim de helft van de respondenten kent de Cgb van naam, maar weinig mensen weten wat haar taken en bevoegdheden zijn. De geïnterviewde professionals zijn over het algemeen beter op de hoogte van de gelijke-behandelingswetgeving en de kenmerken van de Cgb. Echter, de meeste van hen hebben ook moeite om in concrete situaties de tweedeling tussen direct en indirect onderscheid toe te passen en vinden het begrip ‘objectieve rechtvaardiging’ onduidelijk. De geringe bekendheid van de wet onder met name burgers draagt niet bij aan een positieve symboolwerking: wil het wettelijk vocabulaire zich verspreiden, moet men eerst op de hoogte van de wet zijn.

Het valt bovendien op dat er betrekkelijk weinig interesse bestaat voor de Awgb. Twee derde van de ondervraagde burgers, die over het algemeen nauwelijks met de wet bekend zijn, zegt geen behoefte te hebben aan meer informatie hierover. Wat opvalt, is dat de status van de wet onder allochtonen groter is dan onder autochtonen. De helft van de allochtonen wenst hierover meer informatie te ontvangen tegenover

een derde van de autochtonen, en bovendien hechten allochtonen meer waarde aan de Cgb dan autochtonen. De meeste geïnterviewde professionals beschouwen de Awgb weliswaar als een belangrijk instrument, maar een derde twijfelt aan de bruikbaarheid van de wet of vindt deze geen effectief instrument. Voor een aantal professionals is de Awgb niet het centrale kader voor hun handelen, maar enkel één van de mogelijkheden om een individuele zaak op te lossen: een ‘aardige handleiding voor ons werk’. Daarnaast geven de geïnterviewde professionals aan geen behoefte te hebben aan meer informatie over de Awgb.

In concurrentie met andere belangen delft gelijke behandeling nogal eens het onderspit. Volgens de beleidsmedewerker, geïnterviewd in de zaak over een arbeidsongeschiktheidsverzekering (casus p3), hechtte de Minister van SZW bij de discussie over de afschaffing van de WAZ meer belang aan privatisering. Voor de medewerker van de LBR, die een ouderraad van een school bijstond in de zaak over het door de school gevoerde toelatingsbeleid (casus p1) is integratie soms belangrijker dan strikte gelijke behandeling. Hij wijst het bijvoorbeeld niet af dat sommige scholen in Utrecht hebben afgesproken om een 30%-norm te hanteren bij allochtone leerlingen; het zou hierbij gaan om ‘discriminatie uit goede wil’.

Ook het inschakelen van de Cgb kan aanleiding geven tot negatief-symbolische effecten. Deze effecten kunnen als volgt worden gerubriceerd: b) ‘imago-schade’ voor de Cgb; c) polarisering van het conflict; en d) partijen graven zich in in hun eigen positie.

b. ‘imago-schade’ voor de Cgb

Ook al geven de in het ongelijk gestelde partijen aan de Cgb niet altijd even serieus te nemen, ze vinden het vaak toch vervelend om door de Cgb teruggefloten te worden. In de zaak over de gezichtsbedekkende sluier (casus b5), geeft de verzoeker aan dat zijn raadslieden ‘flipten’ toen ze het Cgb-oordeel vernamen en het een ‘belediging’ ervoeren. Hij is van mening dat je deze raadsleden niet van discriminatie kunt beschuldigen, omdat ze ‘elke dag met veel liefde allochtone mensen helpen.’ In reactie op het hun onwelgevallige oordeel laten partijen zich geregeld nogal kritisch uit over de Cgb: ze zou niet snel genoeg werken (casus b2 en b5), ze zou bevoordeeld zijn (casus b5 en casus p5) of te ver af staan van de praktijk (casus b2, p2 en p4), ze zou zich met futiliteiten bezighouden (casus b3), haar oordeel zou te formeel en te juridisch zijn (casus b2), niet overtuigend (onder andere casus b1) of niet duidelijk zijn (casus b5). Enkele kenmerkende citaten:

‘De Cgb gelijke behandeling heeft geen flauwe notie van wat er in de samenleving aan de hand is. (...) De Cgb loopt het risico zich buiten de maatschappelijke context te plaatsen.’

‘Als mensen [het Cgb-oordeel] niet gaan toepassen, dan wordt de Cgb een soort polit-bureautje.’

‘Het oordeel van de Cgb is “waardeloos”.’

‘Ze houden elkaar daar [bij de Cgb] allemaal aan het eten.’

‘De behandeling van de Cgb is “heel formeel”. Het oordeel van de Cgb is “erg formeel en juridisch”.’

‘Ik had de indruk dat gezocht werd naar motieven om discriminatie aan te tonen.’

‘De formulering van het oordeel is “heel amateuristisch”.’

De in het ongelijk gestelde partijen in concrete zaken zijn overigens niet alleen maar negatief over de Cgb. De verzoeker in de zaak over de gezichtsbedekkende sluier (casus b5) vond de zittingen ‘heel zorgvuldig’. Verder stelt hij dat hij het ‘op zich’ wel goed vindt dat er een instituut is als de Cgb die zegt van ‘jongens, we houden ons hier wel aan de spelregels (...) anders wordt het zootje.’ Volgens de verzoeker in de zaak over de Nazirecëer (casus b6) is de procedure ‘vlekkeloos’ geweest en verdient deze ‘beslist applaus’. Opvallend is bij de bekritisering van de werkwijze en het oordeel van de Cgb, de gelijke-behandelingswetgeving zelf, die de juridische basis hiervoor vormt, goedgeels buiten schot blijft.

Onder de geïnterviewde burgers, die niet betrokken zijn geweest in een zaak bij de Cgb, heeft de Cgb een goed imago: twee derde van alle ondervraagden vindt het (heel) belangrijk dat er een aparte instantie bestaat die toeziet op gelijke behandeling. Een meerderheid van de geïnterviewde professionals is van mening dat de oordelen van de Cgb meestal helder en deskundig zijn. In de zaak over de arbeidsongeschiktheidsverzekering (casus p3), zegt de geïnterviewde medewerkster van de vakbond dat de oordelen van de Cgb over het hanteren van wachttijden door verzekeraars erg belangrijk zijn. Toch hebben professionals ook kritiek: de Cgb zou te weinig specifieke expertise hebben en een te beperkt toetsingskader hanteren, de oordelen zouden niet altijd helder zijn of te casuïstisch van aard zijn. In de zaak over het sociaal plan (casus p2) wijst de geïnterviewde medewerkster van de vakbond het oordeel af, omdat het aan de ‘collectieve werkelijkheid’ voorbijgaat. Desondanks blijft ze er wel rekening mee houden: ‘We kunnen niet doen alsof de Cgb niet bestaat.’ Onder de geïnterviewde rechters heeft de Cgb eerder de status van een deskundige dan van een quasi-rechterlijke college. De rechter in de bermuda-zaak (casus p4) bevestigt dat het Cgb-oordeel voor haar de betekenis van een deskundigenoordeel heeft.

c. polarisering van het conflict

De wederpartij in een procedure bij de Cgb vindt het meestal niet prettig om publiekelijk aan de ‘schandpaal’ te worden genageld. Het wordt snel ervaren als ‘de vuile was buiten hangen’. Zeker wanneer de verzoekende partij niet van tevoren de zaak intern heeft aangekaart, kan het conflict hierdoor verder verscherpen. Dit blijkt onder meer uit de zaak over de lasser, wier contract, mogelijk vanwege zwangerschap, niet werd verlengd (casus b1). De wederpartij spreekt in sterk emotioneel geladen taal over de procedure bij de Cgb en het uiteindelijke, ‘waardeloze’ oordeel. De Cgb zou een ‘te laagdrempelige’ instantie zijn, waarop partijen een beroep doen, voordat ze geprobeerd hebben het eerst zelf op te lossen. De verweerster geeft aan dat ze liever had gezien dat de verzoeker de zaak intern had besproken of met behulp van *mediation* had opgelost. Uit de uitlatingen van de verzoeker in de zaak over de aanwezigheidsbonus-regeling (casus b2) blijkt dat hij de procedure bij de Cgb opvat als het ‘een hak zetten’ door de Ondernemingsraad. Doordat de Cgb ‘zijn’ regeling heeft afgewezen, had de OR hem ‘tuk’. Om polarisatie binnen het bedrijf te voorkomen, was het – volgens de verzoeker – beter geweest als de Cgb niet was ingeschakeld. In voorkomende gevallen acht hij het daarom raadzaam om niet weer een

beroep op de Cgb te doen. Het zou het belang van het bedrijf schaden ‘als we elkaar op die manier vliegen gaan afvangen.’

d. ingraven in eigen positie

Niet alle partijen die door de Cgb in het ongelijk zijn gesteld, worden overtuigd door het oordeel van de Cgb. Een aantal van hen voelt zich miskend en verschanst zich, mede daardoor, in hun eigen gelijk. Dat betekent dat zij nog meer redenen gaan zoeken waarom zij gelijk hebben, en niet de Cgb. Dit is de keerzijde van het positief-symbolische effect van de officiële erkenning voor het eigen gelijk: wanneer deze uitblijft, voelen partijen zich van overheidswege berispt. Als hierboven aangegeven, werd het Cgb-oordeel door sommige betrokkenen bij de zaak over de gezichtsbedekkende sluier (casus b5) als een belediging ervaren. De verweerster in de zaak over de lasser, wier contract, mogelijk vanwege zwangerschap, niet werd verlengd (casus b1), blijft ervan overtuigd dat de aangevochten regeling niet discriminatoir is. Ook de verzoeker in de zaak over de Nazireeër (casus b6) blijft van mening dat de weigering om hem toe te laten tot een eetgelegenheid in strijd is met de gelijke-behandelingswetgeving, ook al oordeelde de Cgb anders. Volgens de Cgb is niet aangetoond dat er in casu sprake is van een godsdienst of een levensovertuiging, terwijl de verzoeker stelt dat zij daartoe onjuiste criteria hanteert. In de zaak over de gezichtsbedekkende sluier (casus b5) wijst de verzoeker de door de Cgb voorgestelde oplossing af dat vrouwen met een sluier voortaan te woord gestaan zouden moeten worden door een vrouwelijke medewerker van de organisatie. ‘Daarop kan ik geen beleid maken,’ aldus de verzoeker.

4.6 De maatschappelijke beleving van de Awgb

De vraag naar de effectiviteit van wetgeving valt meestal samen met de vraag naar de mate waarin de wetgever zijn doelstellingen heeft kunnen realiseren. In dit onderzoek is echter voor een andere benadering gekozen. Hierin staat zowel de sociale als de symboolwerking van wetgeving centraal. Deze benadering stelt in ons staat om, naast uitspraken over de *naleving* van de wet, ook voorzichtige conclusies te trekken over de maatschappelijke *beleving* van de gelijke behandelingswetgeving. Hiervoor moet zowel worden gekeken naar de kwantitatieve gegevens (afkomstig uit de burgerenquête en de telefonische interviews met professionals) als naar de kwalitatieve gegevens (uit de casestudies met burgers en professionals).

Voor de interpretatie van deze gegevens kan aansluiting worden gezocht bij het rechtssociologisch onderzoek dat zich bezig houdt met ‘legal consciousness’: ‘all the ideas about the nature, function and operation of law held by anyone in society at a given time.’⁸⁸⁴ Dit onderzoek kent zijn oorsprong in de jaren zeventig van de vorige eeuw en is in eerste instantie vooral in de Verenigde Staten verder ontwikkeld. De laatste jaren staat deze benadering ook in Europa volop in de belangstelling.⁸⁸⁵ De tot dusver meest uitgewerkte theoretische benadering van ‘legal consciousness’ is het werk van Ewick and Silbey.⁸⁸⁶ Zij interviewden meer dan 400 inwoners van New

⁸⁸⁴ Trubek 1984, p. 575.

⁸⁸⁵ Hertogh 2004.

⁸⁸⁶ Ewick & Silbey 1998.

Jersey over hun dagelijks leven en de rol die het recht hierin speelt. Op basis van dit materiaal onderscheiden zij drie ideaaltypen:⁸⁸⁷

- Sommige mensen zijn *before the law* en kijken op tegen het recht en zijn overtuigd van de juistheid ervan. Het recht wordt beschouwd als een objectief gegeven. Men erkent het recht en accepteert het zoals het is.
- De houding van anderen is, volgens hen, te karakteriseren als *with the law*. Men ziet het recht als een spel en men gebruikt het recht zoals het uitkomt om er zoveel mogelijk eigen voordeel uit te halen.
- Tenslotte is er ook een groep *against the law*. Men kan het recht maar moeilijk accepteren en ook niet naar zijn hand zetten. Men twijfelt over de legitimiteit van het recht en men gebruikt uiteenlopende manieren om tegen het recht weerstand te bieden. Deze houding kan in de praktijk verschillende vormen aannemen, bijvoorbeeld door procedures te vertragen of door informatie achter te houden. Maar bijvoorbeeld ook door de (kritische of cynische) manier waarop er over het recht wordt gepraat of juist door het tonen van onverschilligheid ten aanzien van het recht.

Deze benadering kan ook worden toegepast om de *aard* van de maatschappelijke beleving van de Awgb in ons land in kaart te brengen (Figuur 4.1). Op basis hiervan kunnen echter geen conclusies worden getrokken over de *omvang* van het maatschappelijk draagvlak voor de gelijke behandelingswetgeving. Dat betekent dat bijvoorbeeld de verschillende percentages die hieronder worden genoemd alleen zijn bedoeld om de verschillende houdingen ten opzichte van de gelijke behandelingswetgeving te illustreren. Hieruit kan niet rechtstreeks worden afgeleid hoeveel mensen *before*, *with* of *against the law* zijn.

Before the law

Uit de enquête blijkt dat de helft van de ondervraagden (50%) gelijke behandeling beschouwt als de kern van onze democratische rechtsstaat. Een kwart (26%) meent dat ongelijke behandeling soms ook is gerechtvaardigd. Ruim de helft van alle ondervraagden (57%) zegt bovendien dat mensen in hun directe omgeving gelijke behandeling belangrijk vinden. Bij allochtonen (82%) ligt dit percentage overigens opvallend hoger dan bij autochtonen (54%). Ook het maatschappelijk draagvlak voor de Awgb blijkt betrekkelijk groot. In de enquête vindt 26% het 'zeer belangrijk' en 50% het 'best belangrijk' dat de Awgb bestaat. Opnieuw blijkt dat allochtonen (84%) de Awgb belangrijker vinden dan autochtonen (76%). Het draagvlak voor de Cgb kan als volgt worden geïdentificeerd: 17% van alle ondervraagden vindt het bestaan van de Cgb 'zeer belangrijk' en 49% 'best belangrijk'. Onder allochtonen (82%) blijkt het draagvlak voor de Cgb groter dan onder autochtonen (65%).

In de vorige evaluatie kwam al naar voren dat de meeste verzoekers bij de Cgb vooral erkenning willen van hun eigen gelijk. Dit blijkt ook in het onderhavige onder-

⁸⁸⁷ Strikt genomen onderscheiden Ewick & Silbey niet drie verschillende groepen mensen, maar drie verschillende typen verhalen over het recht. Iemand kan daarom misschien op één terrein worden omschreven als 'before the law' (bijvoorbeeld t.a.v. het strafrecht), maar in een ander geval als 'against the law' (bijvoorbeeld t.a.v. het belastingrecht).

zoek. Dit zou men ‘princiële’ verzoekers kunnen noemen. Het gaat hen niet om de materiele uitkomst, maar om de symbolische erkenning voor hun eigen positie. Dit is voor hen de belangrijkste waarde van de Awgb. In de casus over de lasser (casus b1) is de verzoekster tevreden met het oordeel van de Cgb, ook al heeft ze hiermee nog niet haar baan terug. En in de zaak van de Ethiopiër (casus b3) is de verzoeker vooral blij dat met deze zaak duidelijk is dat er in Nederland wat tegen discriminatie wordt gedaan. Hetzelfde geldt voor de verzoeker in de Rastafari-zaak (casus b4).

De geïnterviewde professionals zijn in algemene termen positief over de Awgb en de Cgb. De helft van hen vindt dat de normen uit de Awgb voldoende duidelijk zijn om in de praktijk toe te passen en 60% van hen vindt de oordelen van de Cgb meestal helder en deskundig. De meeste algemene steun voor de Awgb leeft onder de zgn. ‘klacht-professionals’, waaronder vertegenwoordigers van belangenorganisaties, advocaten en medewerkers van anti-discriminatie bureaus.

With the law

Naast de ‘princiële’ verzoekers zijn er ook ‘pragmatische’ verzoekers bij de Cgb. Voor hen is een beroep op de Awgb geen principiële zaak, maar op dat moment gewoon de meest bruikbare optie. Dit is ook een veel gehoorde houding onder ‘klacht-professionals’. Zoals al eerder aangegeven, beschouwen professionals de Awgb vaak slechts als één van de mogelijkheden om in de praktijk tegen gevallen van ongelijke behandeling op te treden. Er wordt eerst geprobeerd om een zaak in onderling overleg te regelen, of met een beroep op de CAO. Pas als dat niet lukt, stapt men in een aantal gevallen naar de Cgb. Deze pragmatische houding bepaalt ook hun opstelling na afloop van een Cgb-zaak. Als het (niet-bindende) oordeel van de Cgb niet het gewenste resultaat oplevert, dan stappen bijvoorbeeld vertegenwoordigers van de vakbond naar de (Europese) rechter om zo alsnog hun gelijk te krijgen. De ‘klacht-professionals’ onderschrijven weliswaar in algemene zin de doelstellingen van de gelijke behandelingswetgeving, maar zijn niet zonder meer *before the law*. Zij zijn soms ook kritisch over de wet of over het optreden van de Cgb. Onder hen is een veelgehoorde klacht dat de Cgb zich in zijn oordeelsvorming te weinig aantrekt van alle omstandigheden van het geval. De medewerkers van de Burgerraadslieden (casus b5) proberen bijvoorbeeld in hun werk er alles aan te doen om de ideeën van de gelijke behandelingswetgeving in de praktijk te brengen. Maar ze hebben soms het gevoel dat ze door de Cgb onvoldoende worden begrepen en daardoor minder goed hun werk kunnen doen. Ter illustratie van de houding die hier wordt omschreven als *with the law* kan ook worden verwezen naar een aantal professionals die reeds in hoofdstuk 3 aan het woord kwamen. Een medewerker van een anti-discriminatiebureau beschrijft de Awgb bijvoorbeeld als ‘een aardige handleiding voor ons werk’ en een van de geïnterviewde advocaten vertelt over de gelijke behandelingswetgeving: ‘Het is in veel gevallen slechts een hulpmiddel. In veel individuele gevallen volstaat een beroep op andere regelgeving.’

Against the law

Uit de enquête blijkt dat 20% van alle ondervraagden gelijke behandeling in de praktijk moeilijk uitvoerbaar vindt; 2% vindt gelijke behandeling niet meer van deze tijd. Bijna nergens in het onderzoek onder burgers en professionals wordt echter het bestaansrecht van de Awgb of de Cgb serieus in twijfel getrokken. Toch zijn er ook een

aantal kritische geluiden te horen. Allereerst lijkt het er op dat het draagvlak voor zowel de Awgb en de Cgb sinds de vorige evaluatie in 1999 kleiner is geworden. In 1999 vond 94% het 'terecht' dat de Awgb bestaat; in 2005 vindt 76% het '(zeer of best) belangrijk'. In 1999 vond 91% het bovendien 'terecht' dat er een Cgb bestaat; en in 2005 vindt 65% het '(zeer of best) belangrijk'. Door een verschil in de vraagstelling zijn de uitkomsten van beide onderzoeken echter moeilijk met elkaar te vergelijken. Bij het trekken van algemene conclusies is daarom enige voorzichtigheid op z'n plaats.

Nergens wordt daadwerkelijk geprotesteerd tegen de Awgb of de Cgb, maar de kritiek komt wel op andere manieren tot uitdrukking. Bijvoorbeeld in een zekere mate van onverschilligheid of desinteresse. Deze onverschilligheid komt bijvoorbeeld tot uitdrukking in een aantal interviews met professionals en in de casestudies over burgers en professionals. Een andere indicatie is mogelijk het feit dat in de burgerenquête betrekkelijk veel mensen op belangrijke vragen de antwoordcategorie 'neutraal' aankruisen. Bij de vraag 'Vindt u het belangrijk om de inhoud van de Awgb te kennen?' is dat bijna de helft (44%); bij de vraag 'Welk belang hecht u aan het bestaan van de Cgb?' is dat een kwart (23%); en bij de vraag 'Vindt u het belangrijk om te weten hoe u bij de Cgb een klacht kunt indienen?' gaat het om een derde (35%) van alle ondervraagden. In een aantal interviews en verschillende casestudies komt ook een zekere mate van desinteresse voor de gelijke behandelingswetgeving tot uitdrukking. Deze desinteresse blijkt bijvoorbeeld ook uit het feit dat in de enquête minder dan de helft van alle ondervraagden (48%) het '(best of zeer) belangrijk' vindt om de inhoud van de Awgb te kennen en 10% '(helemaal) niet belangrijk'. Van alle ondervraagden zegt bovendien 58% dat men matig of slecht op de hoogte is van de Awgb. Toch zegt twee derde (65%) ook dat men géén behoefte heeft aan meer informatie over deze wet. Minder dan 1% van alle ondervraagden heeft bovendien ooit zelf wel eens een klacht ingediend bij de Cgb. Bij deze cijfers moet overigens worden aangetekend dat autochtone Nederlanders in het algemeen negatiever over de Awgb en de Cgb oordelen dan allochtone Nederlanders.

Onder de burgers en professionals die in de verschillende case-studies aan het woord kwamen, valt op dat er zeer verschillend over het optreden van de Cgb wordt geoordeeld. Een aantal van hen is uiterst kritisch over de Cgb. Volgens sommigen is de behandeling 'heel formeel', of is het oordeel 'amateuristisch' of zelfs 'waardeloos'. Anderen verwoorden hun kritiek in cynisme over de Cgb: 'Ze houden elkaar daar allemaal aan het eten.' Tenslotte blijkt dat de oordelen van de Cgb niet altijd volledig worden uitgevoerd of worden omgezet in beleidswijzigingen binnen bedrijven of instellingen.

Figuur 4.1 De maatschappelijke beleving van de Awgb

	Burgers	Professionals
<i>Before the law</i>	<ul style="list-style-type: none"> - draagvlak voor ideaal gelijkheid - draagvlak Awgb allochtonen - ‘princiële’ verzoekers bij Cgb 	<ul style="list-style-type: none"> - draagvlak voor ideaal gelijkheid onder ‘klacht-professionals
<i>With the law</i>	<ul style="list-style-type: none"> - ‘pragmatische’ verzoekers bij Cgb 	<ul style="list-style-type: none"> - Cgb voor professionals slechts één van de instrumenten
<i>Against the law</i>	<ul style="list-style-type: none"> - draagvlak voor Awgb en Cgb lijkt af te nemen - onverschilligheid 	<ul style="list-style-type: none"> - kritische reacties op het optreden van de Cgb - weinig beleidswijzigingen onder ‘implementatie-professionals’

4.6 *Samenvatting*

1. De helft van de ondervraagden meent dat door de Awgb minder mensen ongelijk worden behandeld. Ongeveer vier op de tien ondervraagden meent dat door het optreden van de Cgb minder mensen ongelijk worden behandeld.
2. Een systematische analyse van de directe effecten van Cgb-oordelen maakte geen onderdeel uit van deze studie. Uit het kwantitatief onderzoek in de eerste fase van deze evaluatie bleek dat het opvolgingspercentage van Cgb-oordelen, ten opzichte van de vorige evaluatie in 1999, is toegenomen. Bij deze conclusie is enige voorzichtigheid op z'n plaats omdat beide evaluaties zijn gebaseerd op een andere onderzoeksopzet.
3. Een systematische analyse van de indirecte effecten van Cgb-oordelen maakte geen onderdeel uit van deze studie. Het beschikbare onderzoeksmateriaal uit de eerste fase van deze evaluatie suggereert dat het aantal oordelen van de Cgb dat tot indirecte effecten leidt ten opzichte van de vorige evaluatie in 1999 is gestegen. Ook hier geldt dat bij deze conclusie enige voorzichtigheid op z'n plaats is omdat beide evaluaties zijn gebaseerd op een andere onderzoeksopzet.
4. Uit zowel de eerste Awgb-evaluatie in 1999 als uit het onderzoek in de eerste fase van deze evaluatie blijkt dat de Cgb-oordelen vaker structureel dan individueel worden opgevolgd.
5. Het maatschappelijk draagvlak voor de Awgb is nog steeds groot, maar het lijkt er op dat het vergeleken bij de vorige evaluatie kleiner is geworden. Door een verschil in de vraagstelling zijn de uitkomsten van beide onderzoeken echter moeilijk met elkaar te vergelijken. Bij het trekken van algemene conclusies is daarom enige voorzichtigheid op z'n plaats.
6. Ook het maatschappelijk draagvlak voor de Cgb is nog steeds redelijk groot. Echter, ook hier lijkt het erop dat het vergeleken bij de vorige evaluatie kleiner is geworden. Door een verschil in de vraagstelling zijn de uitkomsten van beide

onderzoeken echter moeilijk met elkaar te vergelijken. Bij het trekken van algemene conclusies is daarom enige voorzichtigheid op z'n plaats.

7. De meeste mensen vinden gelijke behandeling van mannen en vrouwen en van hetero- en homoseksuelen belangrijker, dan de gelijke behandeling van moslims en niet-moslims.

8. Er is meer maatschappelijk draagvlak voor de idee van gelijke behandeling, dan voor de Awgb.

9. Er bestaat onder allochtone Nederlanders aanzienlijk meer draagvlak voor de Awgb en de Cgb dan onder autochtone Nederlanders.

10. Ongeveer één op de tien ondervraagden is, naar eigen zeggen, onder invloed van de AWGB anders gaan denken over (on)gelijke behandeling. Een ruime meerderheid zegt echter dat hun opvattingen over gelijkheid de afgelopen jaren onveranderd zijn gebleven.

11. Uit de cases blijkt dat het inschakelen van de Cgb in meer of mindere mate kan leiden tot de volgende positief-symbolische effecten: verspreiding van het wettelijk vocabulaire, bevestiging van het gelijkheidsideaal, het ter discussie stellen van een met de Awgb strijdige mentaliteit en erkenning van de eigen positie.

12. Uit het cases blijkt dat het inschakelen van de Cgb ook in meer of mindere mate kan leiden tot de volgende negatief-symbolische effecten: imago-schade voor de Cgb, polarisering van het conflict; en het zich door verzoekers ingraven in hun eigen positie.

13. De *aard* van de maatschappelijke beleving van de Awgb in ons land kan in kaart worden gebracht met de volgende drie categorieën: burgers en professionals zijn *before the law*, *with the law*, en *against the law*. Op basis hiervan kunnen echter geen conclusies worden getrokken over de *omvang* van het maatschappelijk draagvlak voor de gelijke behandelingswetgeving.

Hoofdstuk 5

Conclusies en aanbevelingen

5.1 *Inleiding*

In dit hoofdstuk worden de resultaten besproken van het rechtssociologisch deelonderzoek, aan de hand van de in hoofdstuk 1 onderscheiden onderzoeksvragen. Vooraf zijn hierbij twee kanttekeningen op z'n plaats. Allereerst kent het rechtssociologisch deelonderzoek niet het karakter van een algemene evaluatie van de Awgb. In plaats daarvan is dit deelonderzoek noodzakelijkerwijs beperkt tot een aantal specifieke deelvragen (en zijn een aantal andere vragen in de eerste fase van dit onderzoek al aan de orde geweest). Bij elkaar opgeteld geven de antwoorden op deze deelvragen wel een goede indruk van de maatschappelijke betekenis van de gelijke behandelingswetgeving. De uitkomsten van dit onderzoek worden, ten tweede, op een aantal plaatsen vergeleken met de resultaten van de vorige evaluatie uit 1999. Gezien de betrekkelijk korte periode tussen beide evaluaties, is het niet waarschijnlijk dat er sinds het vorige onderzoek opvallende veranderingen zijn opgetreden. (Grote) veranderingen in de maatschappelijke betekenis van wetgeving manifesteren zich doorgaans pas na een wat langere tijd. Desalniettemin kunnen we door een vergelijking met de uitkomsten van de vorige evaluatie wel meer zicht krijgen op een aantal mogelijke (toekomstige) ontwikkelingen.

5.2 *Burgers*

De eerste twee onderzoeksvragen van dit deelonderzoek hebben betrekking op de positie van de burger. De resultaten van dit onderzoek werden besproken in hoofdstuk 2. Voor dit onderdeel is gebruik gemaakt van een Internet-enquête onder een representatieve afspiegeling van de Nederlandse bevolking en zes kwalitatieve casestudies naar aanleiding een aantal recente zaken bij de Cgb.

De eerste onderzoeksvraag luidt:

IN HOEVERRE BIEDT DE GELIJKE BEHANDELINGSWETGEVING VOOR DE BURGER VOLDOENDE HOUVAST VOOR HET VERNEMEN EN HET REALISEREN VAN ZIJN RECHTEN EN PLICHTEN?

Het blijkt dat ongeveer driekwart van de respondenten (76%) voorafgaand aan ons onderzoek wel eens iets heeft gehoord of gelezen over de Awgb. Er zijn meer ouderen (van 45 jaar en ouder) die wel eens iets over de wet hebben gehoord dan jongeren (< 45 jaar). Dit cijfer is aanzienlijk lager dan de uitkomst van de vorige evaluatie in 1999. Hierin was 91% van de ondervraagden bekend met de Awgb. Dit valt waarschijnlijk mede te verklaren door het feit dat de resultaten van de eerste evaluatie niet afkomstig zijn uit een algemene bevolkingsenquête, maar uit een telefonische enquête onder (een steekproef van) alle arbeidsorganisaties in Nederland met tien of meer werknemers (zie paragraaf 1.7). Het onderzoek werd uitgevoerd met behulp van telefonische enquêtes met de functionarissen binnen de organisaties belast met personeelszaken. Het blijkt dat het beeld uit 1999 om die reden waarschijnlijk wat te geflatteerd was en de Awgb bij de gemiddelde Nederlander minder bekend is dan bij de geënquêteerde functionarissen.

Naast de algemene(naams)bekendheid van de Awgb is ook de bekendheid met een aantal specifieke onderdelen van de gelijke behandelingswetgeving onderzocht. Dit leidt op minstens drie terreinen tot opvallende uitkomsten. Allereerst blijkt de kennis van de verschillende discriminatiegronden nogal uiteen te lopen. De gronden ‘ras’ en ‘geslacht’ worden verreweg het meest genoemd. Onder jongeren is ‘ras’ het meest bekend. Andere relatief bekende gronden zijn: ‘hetero- of homoseksuele gerichtheid’, ‘godsdienst/levensovertuiging’ en ‘nationaliteit’. Veel minder bekend onder de meeste Nederlanders zijn de gronden ‘politieke gezindheid’ en ‘burgerlijke staat’. Daarnaast valt op dat veel respondenten (ten onrechte) menen dat de gronden ‘leeftijd’ en ‘handicap/chronische ziekte’ ook in de Awgb zijn opgenomen. Ten tweede komt uit dit onderzoek naar voren dat veel mensen niet weten op welke gebieden en in welke concrete situaties de Awgb van toepassing is. Terwijl bijvoorbeeld in de literatuur en de jurisprudentie de gelijke behandeling in arbeidszaken als één van de belangrijkste toepassingsgebieden van de Awgb wordt gezien, blijkt dat in de praktijk slechts 1 op de 10 van de ondervraagde burgers weet dat de Awgb van toepassing is bij ontslag. Tenslotte blijkt uit het onderzoek dat de algemene bekendheid met het ‘indirecte discriminatie’ ten opzichte van de vorige evaluatie in 1999 is gegroeid. Bij deze conclusie is echter enige voorzichtigheid op z’n plaats omdat beide evaluaties zijn gebaseerd op een andere onderzoeksopzet. Veel mensen vinden het echter nog steeds moeilijk om de categorie ‘indirect onderscheid’ in concrete situaties correct toe te passen.

Op basis van het onderzoek kunnen ook conclusies worden getrokken over de mogelijkheden die burgers hebben om hun rechten en plichten op het terrein van de gelijke behandeling te realiseren. Ruim de helft van alle respondenten (57%) had voorafgaand aan ons onderzoek wel eens iets gehoord of gelezen over de Cgb. Opnieuw blijkt dat ouderen hierover beter op de hoogte zijn dan jongeren. Deze mate van bekendheid met de Cgb is overigens lager dan de uitkomst van het onderzoek in de eerste fase van het onderzoek. Hierin was 79% bekend met de Cgb, maar dit was mede het gevolg van een ‘geholpen’ vraagstelling. Ons onderzoek laat bovendien zien dat maar weinig mensen op de hoogte zijn van de taken en bevoegdheden van de Cgb. Veel mensen menen bovendien dat de positie van de Cgb vergelijkbaar is met die van de rechter. Het overgrote deel van alle ondervraagden (85%) weet niet hoe ze zelf een klacht kunnen indienen bij de Cgb. In de praktijk zullen overigens veel burgers bij het al of niet indienen van een klacht worden bijgestaan door een professional. Het is daarom ook van groot belang dat zij van de taken en de bevoegdheden van de Cgb op de hoogte zijn (zie hieronder).

Op basis van deze onderzoeksresultaten kan het volgende antwoord op de eerste onderzoeksvraag worden geformuleerd:

[onderzoeksvraag 1]

De gelijke behandelingswetgeving biedt voor de burger onvoldoende houvast voor het vernemen en het realiseren van zijn rechten en plichten.

De tweede onderzoeksvraag luidt:

OP WELKE WIJZE KAN DE KENBAARHEID VAN DE GELIJKE BEHANDELINGSWETGEVING BIJ DE BURGER (DOOR ONDER MEER WETSWIJZIGINGEN) WORDEN VERBETERD?

Volgens de ondervraagde burgers zelf kan de informatievoorziening over de Awgb het beste worden verbeterd door meer overheidsvoorlichting en door meer aandacht voor gelijke behandeling in de media. Ongeveer een derde vindt bovendien dat de wetgeving minder ingewikkeld zou moeten worden en dat er op school meer aandacht wordt besteed aan gelijke behandeling.

Het blijkt dat de burger zijn kennis over de Awgb vooral baseert op informatie via de media. Het Internet werd in de eerste evaluatie nog niet genoemd, maar blijkt in ons onderzoek een steeds belangrijker informatiebron. Er zijn bijna net zoveel mensen die hun kennis over de Awgb baseren op hun studie en op voorlichtingsmateriaal van overheid als op informatie via het Internet. De Cgb is op Internet reeds bijzonder actief en heeft onlangs bijvoorbeeld een geheel vernieuwde web-site geopend.⁸⁸⁸ Ongeveer de helft van alle ondervraagden noemt als zijn of haar belangrijkste informatiebron de televisie. De Cgb maakt tot dusver nog geen gebruik van televisie voor het geven van voorlichting. Dit lijkt daarom een interessante mogelijkheid om de kenbaarheid van de gelijke behandelingswetgeving te vergroten. In het pilot-onderzoek dat aan deze evaluatie vooraf ging, zijn hiervoor reeds verschillende interessante suggesties gedaan, variërend van Postbus 51-spotjes tot en met het 'sponsoren' van populaire soaps waarin één of meer afleveringen in het teken staan van gelijke behandeling. Het is voor het ontwikkelen van manieren waarop de kenbaarheid van de Awgb kan worden verbeterd belangrijk om rekening te houden met het feit dat jongeren in het algemeen minder goed op de hoogte zijn dan ouderen.

Het succes van deze en andere maatregelen om de kenbaarheid te vergroten hangt mede af van de publieke belangstelling voor gelijke behandelingswetgeving en de bereidheid om hierover meer informatie te ontvangen. Ruim de helft van alle ondervraagden is, naar eigen zeggen, slecht op de hoogte van de Awgb. Tegelijkertijd zegt echter niet meer dan de helft de inhoud van de wet belangrijk te vinden. Twee derde van alle ondervraagden heeft bovendien geen behoefte aan meer informatie over de Awgb. Hierbij moet overigens wel een onderscheid worden gemaakt tussen autochtone en allochtone Nederlanders. Het blijkt namelijk dat de meeste ondervraagde allochtonen juist wél behoefte hebben aan meer informatie over gelijke behandelingswetgeving.

Op basis van deze onderzoeksresultaten kan het volgende antwoord op de tweede onderzoeksvraag worden geformuleerd:

[onderzoeksvraag 2]

De kenbaarheid van de gelijke behandelingswetgeving bij de burger kan onder meer worden verbeterd door meer voorlichting op de televisie en door meer aandacht voor gelijke behandeling op scholen. Het succes van

⁸⁸⁸ www.cgb.nl

deze maatregelen hangt mede af van de publieke belangstelling voor gelijke behandelingswetgeving en de bereidheid om hierover meer informatie te ontvangen. Allochtone Nederlanders hebben in het algemeen meer behoefte aan informatie over de Awgb dan autochtone Nederlanders.

5.3 Professionals

De twee andere onderzoeksvragen van dit deelonderzoek hebben betrekking op de positie van de professionele gebruikers van de gelijke behandelingswetgeving. De resultaten van dit onderzoek werden besproken in hoofdstuk 3. Voor dit onderdeel is gebruik gemaakt van telefonische interviews met een groot aantal professionals en van vijf kwalitatieve case-studies naar aanleiding van een aantal recente zaken bij de Cgb.

De derde onderzoeksvraag luidt:

IN HOEVERRE BIJDT DE GELIJKE BEHANDELINGSWETGEVING VOOR PROFESSIONALS VOLDOENDE HOUVAST VOOR EEN EFFECTIEVE UITVOERING EN HANDHAVING VAN DE WET?

De meeste professionals blijken in het algemeen redelijk goed op de hoogte van de gelijke behandelingswetgeving. De helft van de geïnterviewde professionals vindt de normen uit de Awgb voldoende duidelijk om in de praktijk toe te passen. Daarnaast is er echter ook kritiek op de bruikbaarheid van de gelijke behandelingswetgeving. Bijna de helft van de gesproken professionals vindt de tweedeling in direct en indirect onderscheid in de praktijk niet goed werkbaar.

De professionele gebruikers van de gelijke behandelingswetgeving maken zelf een duidelijk onderscheid tussen de bruikbaarheid van de wet én de interpretatie van de wet door de Cgb. Terwijl men de tekst van de Awgb in het algemeen duidelijk genoeg vindt; leidt de interpretatie door de Cgb volgens hen soms tot problemen. De kritiek van de professionals spitst zich toe op: de formulering van de Cgb-oordelen (die volgens hen niet altijd helder is), het in hun ogen vaak te casuïstische karakter van de oordelen (waardoor men het moeilijk vindt om het oordeel toe te passen buiten het individuele geval); en, tenslotte, de beperkte wijze waarop de CGB invulling geeft aan zijn toetsingskader (waardoor te weinig rekening wordt gehouden met allerlei, in hun ogen, relevante omstandigheden).

Op basis van deze onderzoeksresultaten kan het volgende antwoord op de derde onderzoeksvraag worden geformuleerd:

[onderzoeksvraag 3]

De gelijke behandelingswetgeving biedt voor professionals een redelijk goede houvast voor een effectieve uitvoering en handhaving van de wet. Zij kunnen in de praktijk echter slecht uit de voeten met de toepassing van direct en indirect onderscheid. Professionals hebben meer moeite met de oordelen van de Cgb, dan met de wet zelf.

De vierde onderzoeksvraag luidt:

IN WELKE MATE, EN OP WELKE WIJZE, TREDEN PROFESSIONALS IN DE PRAKTIJK OP TEGEN GEVALLEN VAN ONGELIJKE BEHANDELING; EN WAT IS HIERBIJ DE ROL VAN DE GE-
LIJKE BEHANDELINGSWETGEVING?

De meeste professionals vinden de Awgb in het algemeen een belangrijk instrument om effectief op te kunnen treden tegen gevallen van ongelijke behandeling.

Er kan, in het kader van dit onderzoek, een onderscheid worden gemaakt in twee typen professionals: ‘klacht-professionals’ en ‘implementatie-professionals’. De eerste groep professionals is voornamelijk gericht op individuele klachtenbehandeling, bijvoorbeeld door middel van een beroep op de rechter of de Cgb. De ‘klacht-professionals’ in dit onderzoek zijn: medewerkers van anti-discriminatie bureaus (ADB’s) en vergelijkbare organisaties, advocaten, en medewerkers van belangenorganisaties. De tweede groep professionals is voornamelijk gericht op de uitvoering van de gelijke behandelingswetgeving (en de oordelen van de Cgb) in bijvoorbeeld het personeelsbeleid en in de rechtspraak. De ‘implementatie-professionals’ in dit onderzoek zijn: P&O-managers, vakbondsmedewerkers en rechters. Rechters vormen in zekere zin een tussencategorie. Zij behandelen natuurlijk ook individuele klachten, maar in de context van dit onderzoek is het vooral van belang hoe zij in hun werk omgaan met de oordelen van de Cgb. Rechters worden daarom hier beschouwd als (bijzondere) ‘implementatie-professionals’.

De ‘klacht-professionals’ besteden een belangrijk deel van hun tijd aan het optreden tegen gevallen van ongelijke behandeling. Het valt op dat de ADB’s hierbij een steeds belangrijkere rol vervullen. De ‘klacht-professionals’ vinden de Awgb in het algemeen voldoende duidelijk om in de praktijk mee te werken. Deze professionals richten zich in hun werk ook op de oordelen van de Cgb. Deze oordelen bieden hen in de praktijk niet altijd voldoende houvast om in een concreet geval te weten wat men kan verwachten.

Wanneer de ‘klacht-professionals’ optreden tegen ongelijke behandeling ligt in eerste instantie de nadruk op een informele benadering. Er wordt eerst geprobeerd om de betrokkenen dichterbij elkaar te brengen door middel van overleg en door bemiddeling. Hierbij wordt doorgaans niet meteen een beroep gedaan op de Awgb. Een aantal professionals geeft aan dat men de Awgb ziet als slechts één van de mogelijke instrumenten die men in de praktijk kan inzetten; en dat men soms liever eerst een beroep doet op andere regelingen, waaronder de CAO, of de norm van ‘goed werkgeverschap’.

De meeste geïnterviewde ‘klacht-professionals’ hebben in de evaluatieperiode wel eens een of meer zaken aangebracht bij de Cgb. Hun (positieve of negatieve) oordeel over de procedure lijkt samen te hangen met de (positieve of negatieve) uitkomst ervan. Binnen het kader van dit onderzoek kan echter niet worden vastgesteld of dit alleen geldt voor de door ons geïnterviewde professionals of dat hier sprake is van een algemeen verschijnsel. Deze professionals zijn in algemene zin tevreden met de wijze van behandeling door de Cgb. Daarnaast is er ook kritiek. Sommige professionals ervaren het bijvoorbeeld als een grote belemmering dat de oordelen van de Cgb niet-bindend zijn. Vaak kiest men daarom ook nog voor de gang naar de (Europese) rechter, om zo alsnog een juridisch afdwingbare uitspraak te krijgen. Er is ook kritiek op de snelheid van een procedure bij de Cgb. Veel ‘klacht-professionals’ vinden dat het te lang duurt voordat de Cgb tot een oordeel komt. Dit gaat, in hun ogen, ook wel

eens ten koste van de bruikbaarheid van het oordeel in een concreet geval. Ook in de eerste evaluatie in 1999 vonden veel professionals dat de procedure bij de Cgb (soms) te lang duurt. Hierbij moet wel worden aangetekend dat beide evaluaties zijn gebaseerd op een andere onderzoeksopzet (en dat de geïnterviewde professionals in beide onderzoeken niet allemaal afkomstig waren uit dezelfde organisaties). Tenslotte is de bewijslast bij de Cgb voor een aantal professionals een belangrijk struikelblok. Al deze factoren samen bepalen uiteindelijk of een 'klacht-professional' in een concreet geval besluit om een beroep te doen op de Awgb en om een zaak aan te kaarten bij de Cgb.

De 'implementatie-professionals' zijn in het algemeen redelijk goed op de hoogte van de inhoud van de Awgb en de taken en bevoegdheden van de Cgb. Dit geldt echter niet voor de P&O-managers in dit onderzoek. Zij blijken veel minder goed geïnformeerd over de gelijke behandelingswetgeving dan zij zelf denken. Het valt op dat de meeste van hen ten onrechte menen dat de positie van de Cgb overeenkomt met de positie van de rechter. Geen van de ondervraagde P&O-ers weet bovendien hoe zij zelf bij de Cgb een klacht kunnen indienen (wellicht omdat zij juridisch gezien ook niet bevoegd zijn om namens hun bedrijf een zaak aanhangig te maken). Deze situatie lijkt, ten opzichte van de vorige evaluatie in 1999, niet verbeterd.

Voor de meeste 'implementatie-professionals' staat het in een concreet geval optreden tegen ongelijke behandeling redelijk ver af van hun dagelijkse werkzaamheden. Zij houden zich vooral bezig met het verwerken van de gelijke behandelingswetgeving in het beleid. In een aantal gevallen wordt door deze professionals bij de Cgb wel een 'verzoek eigen handelen' ingediend. De betekenis van de Awgb wordt in de praktijk mede bepaald door de eigen doelstellingen van deze professionals en de organisatie waarin ze werkzaam zijn. Vooral de geïnterviewde vakbonds-medewerkers zijn bijvoorbeeld kritisch over de oordelen van de Cgb op het terrein van de leeftijdsdiscriminatie. In hun ogen belemmeren deze oordelen hun eigen mogelijkheden om goed sociaal beleid te maken en uit te voeren. De WGBL maakt weliswaar geen zelfstandig deel uit van deze Awgb-evaluatie, maar in de praktijk blijkt dat respondenten bij hun oordeel over de Cgb geen onderscheid maken tussen de verschillende onderdelen van de gelijke behandelingswetgeving. Er wordt daarom in deze evaluatie ook op beperkte schaal aandacht besteed aan onderscheid op grond van leeftijd. Veel 'implementatie-professionals' vinden het ook lastig om de Cgb-oordelen in één geval toe te passen op andere, vergelijkbare, gevallen. Zij vinden bovendien dat dit wordt belemmerd doordat de Cgb een te beperkt toetsingskader hanteert.

De rechters vormen een bijzondere groep professionele gebruikers van de gelijke behandelingswetgeving. In dit onderzoek kwamen voor het eerst een aantal rechters uitvoerig aan het woord over de Awgb. Aan deze rechters werd onder meer gevraagd hoe groot, in hun ogen, de invloed is van Cgb-oordelen op de rechtspraak en of zij menen dat de invloed van de Cgb op de rechtspraak in de afgelopen vijf jaar is veranderd. Onder de geïnterviewde rechters blijken de meningen hierover verdeeld, hun antwoorden zijn niet eenduidig. Dit betekent dat de conclusie van het (kwantitatieve) jurisprudentieonderzoek in de eerste fase, namelijk dat de rechter steeds meer gewicht toekent aan het oordeel van de Cgb, (vooralsnog) niet kan worden bevestigd met het (kwalitatieve) materiaal uit de interviews. De geïnterviewde rechters beschouwen het Cgb-oordeel als een deskundigen-oordeel, waar ze serieus naar moe-

ten kijken maar wel nog steeds een eigen afweging bij willen maken. Daarnaast klinkt op een aantal plaatsen ook voorzichtige kritiek op onderdelen van het Cgb-optreden.

Op basis van deze onderzoeksresultaten kunnen de volgende twee antwoorden op de vierde onderzoeksvraag worden geformuleerd:

[onderzoeksvraag 4a]

‘Klacht-professionals’ (zoals ADB’s, advocaten en medewerkers van belangenorganisaties) treden regelmatig op tegen gevallen van ongelijke behandeling; hierbij ligt de nadruk op een informele benadering. De gelijke behandelingswetgeving speelt hierbij wel een belangrijke, maar geen centrale rol.

[onderzoeksvraag 4b]

‘Implementatie-professionals’ (zoals P&O-managers en vakbondsmedewerkers) treden weinig of niet zelfstandig op tegen gevallen van ongelijke behandeling. De gelijke behandelingswetgeving speelt hierbij doorgaans een ondergeschikte rol.

5.4 Is de Awgb voldoende kenbaar, toegankelijk en effectief?

Aan het slot van dit hoofdstuk kan de balans worden opgemaakt. De centrale doelstelling van de Awgb blijkt onder meer uit de considerans van de wet, waarin wordt gesteld ‘dat het wenselijk is om, mede in verband met artikel 1 van de Grondwet, ter bevordering van de deelneming op gelijke voet aan het maatschappelijk leven bescherming te bieden tegen discriminatie op grond van godsdienst, levensovertuiging, politieke gezindheid, ras, geslacht, nationaliteit, hetero- of homoseksuele gerichtheid of burgerlijke staat [...]’. De Awgb is daarmee gericht op het tegengaan van maatschappelijke uitsluiting van mensen vanwege bepaalde persoonskenmerken door het bieden van bescherming tegen discriminatie. Door middel van dit rechtssociologisch deelonderzoek kan meer zicht worden verkregen op de vraag op welke wijze, en in welke mate, in de praktijk aan deze doelstelling wordt voldaan.

Sociale werking en symboolwerking

De algemene sociale werking van de Awgb, dat wil zeggen de werking in de alledaagse praktijk zonder dat er sprake is van een juridisch conflict, is gering. Veel mensen hebben weliswaar in algemene termen van de wet gehoord, maar de kennis over specifieke onderdelen van de wet (waaronder de taken en bevoegdheden van de Cgb) is beperkt. De algemene bekendheid lijkt bovendien lager dan bij de eerste evaluatie in 1999. Zoals gezegd waren deze resultaten echter niet gebaseerd op een algemene bevolkingsenquête, maar op een telefonische enquête onder (een steekproef van) arbeidsorganisaties. In onze enquête zegt de helft van de ondervraagden (51%) dat men denkt dat de Awgb ertoe heeft geleid dat er minder mensen ongelijk worden behandeld.

Onder specifieke sociale werking wordt verstaan de werking van de wetgeving in individuele conflictsituaties waarin expliciet een beroep op de wet wordt gedaan en de wet wordt toegepast door bijvoorbeeld de Cgb of de rechter. Uit de enquête blijkt dat ongeveer 4 op de 10 mensen meent dat door het optreden van de Cgb er minder

mensen ongelijk worden behandeld. Een systematische analyse van de directe effecten van Cgb-oordelen maakte geen onderdeel uit van deze studie. Uit het kwantitatief onderzoek in de eerste fase van deze evaluatie bleek dat het opvolgingspercentage van Cgb-oordelen, ten opzichte van de vorige evaluatie in 1999, is toegenomen. Bij deze conclusie is echter enige voorzichtigheid op z'n plaats omdat beide evaluaties zijn gebaseerd op een andere onderzoeksopzet. Daarnaast bleek ook dat ongeveer de helft van alle verzoekers vindt dat het oordeel van de Cgb hen uiteindelijk niet dichterbij een oplossing heeft gebracht.

Het onderzoek in de eerste fase van deze evaluatie laat zien dat in de helft van het aantal gevallen (53%) naar aanleiding van een oordeel van de Cgb een structurele maatregel is getroffen. Hiermee lijkt het aantal oordelen dat aanleiding geeft tot indirecte effecten te zijn gestegen, ten opzichte van de vorige evaluatie (toen was er in ongeveer 27% sprake van indirecte effecten). Omdat in beide onderzoeken een andere vraagstelling is gebruikt, moet ook bij het vergelijken van deze uitkomsten de nodige voorzichtigheid in acht worden genomen.

In dit onderzoek is voor het eerst ook aandacht besteed aan de symboolwerking van de gelijke behandelingswetgeving. Dit komt vooral tot uitdrukking in de case-studies onder burgers en professionals. Het oordeel van de Cgb blijkt onder meer te leiden tot de volgende positief-symbolische effecten: verspreiding van het wettelijk vocabulaire, bevestiging van het gelijkheidsideaal, het ter discussie stellen van een met de Awgb strijdige mentaliteit, en erkenning van de eigen positie van verzoekers. Er is daarnaast ook sprake van enkele negatief-symbolische effecten: imago-schade voor de Cgb, polarisering van het conflict, en het zich door verzoekers 'ingraven' in hun eigen positie. De *aard* van de maatschappelijke beleving van de Awgb in ons land kan, ten slotte, in kaart worden gebracht met de volgende drie categorieën: burgers en professionals zijn: *before, with* en *against the law*.

Wat is 'voldoende'?

Is de effectiviteit van Awgb nu 'voldoende', zoals de hoofdvraag van het rechtssociologisch deelonderzoek het formuleert? Hierop zijn verschillende antwoorden mogelijk. In *absolute* zin is natuurlijk elk geval van ongelijke behandeling er één teveel. Het feit dat één vijfde van alle Nederlanders wel eens een geval van discriminatie heeft meegemaakt, en onder allochtonen zelfs de helft, wil zeggen dat de Awgb in deze zin nog lang niet effectief genoeg is.

In *relatieve* zin is het vooral van belang wat de effecten van de gelijke behandelingswetgeving zijn, in vergelijking met de uitkomsten uit de eerste evaluatie uit 1999 (die dan fungeert als 'vertraagde nulmeting'). Zoals al een aantal keren is opgemerkt, wordt deze vergelijking bemoeilijkt door het feit dat in beide onderzoeken niet op alle onderdelen dezelfde vraagstelling is gebruikt. De bekendheid met belangrijke onderdelen van de AWGB is onder burgers niet erg groot. Het is onder meer opmerkelijk dat veel mensen niet weten op welke situaties de Awgb eigenlijk van toepassing is. De toegankelijkheid van de wet wordt onder meer bepaald door de bekendheid met de Cgb. Veel burgers zijn evenmin bekend met de taken en bevoegdheden van de Cgb. Maar liefst 85% weet niet hoe ze zelf een klacht kunnen indienen en minder dan 1% heeft dat dan ook zelf wel eens gedaan. Gelet op deze resultaten is vooral belangrijk dat professionals wél de nodige kennis over de gelijke behandelingswetgeving in huis hebben. De ADB's spelen hierbij een steeds belangrijke rol. In het algemeen

zijn de meeste professionals redelijk op de hoogte van de Awgb. Een uitzondering blijken echter de P&O-managers. Deze situatie is sinds de vorige evaluatie niet verbeterd. De effectiviteit van de Awgb kwam hierboven al uitgebreid aan de orde. Vergelijken bij de vorige evaluatie lijken zowel de directe als de indirecte effecten van het oordeel van de Cgb te zijn gestegen. Gelet op de verschillen tussen de onderzoeksopzet van beide evaluaties is bij deze constatering echter wel enige terughoudendheid op z'n plaats. De case-studies laten zien dat de gelijke behandelingswetgeving ook verschillende symbolische effecten kan hebben. Het maatschappelijk draagvlak voor zowel de Awgb als de Cgb lijkt in dit onderzoek minder groot dan in de vorige evaluatie. Maar opnieuw moet hierbij worden aangetekend dat het verschil in onderzoeksopzet van beide evaluaties een goede vergelijking moeilijk maakt. Eén op de tien ondervraagden is, ten slotte, naar eigen zeggen door de Awgb anders gaan denken over gelijke behandeling.

5.5 *Tot besluit: recht in context*

Het rechtssociologisch deelonderzoek laat op verschillende manieren zien dat het belangrijk is om het gelijke behandelingsrecht 'in context' te zien. Gelijke behandeling op papier krijgt pas echt betekenis door de toepassing ervan in een concrete situatie. De enquête onder burgers, de telefonische interviews met professionals en de verschillende case-studies maken duidelijk waarom gelijke behandeling zo belangrijk is op bijvoorbeeld de werkvloer, in het onderwijs en bij het verlenen van goederen en diensten. Tegelijkertijd laat dit onderzoek zien waarom effectief optreden tegen gevallen van ongelijke behandeling in de praktijk soms bijzonder lastig kan zijn. Burgers en professionals zijn allemaal een warme voorstander van gelijkheid 'in abstracto', maar bij de toepassing van de gelijke behandelingswetgeving in concrete situaties maakt iedereen zijn eigen afweging. Het maatschappelijk draagvlak voor het ideaal van gelijkheid is daarom groter dan het draagvlak voor de Awgb.

Het onderzoek maakt ook duidelijk dat in de context van de Awgb in de afgelopen jaren het nodige is veranderd. Terwijl in de beginjaren van de gelijke behandelingswetgeving nog de nadruk lag op de verhouding tussen man en vrouw, vragen tegenwoordig onderwerpen die samenhangen met de positie van culturele minderheden de meeste aandacht. De meeste zaken bij de Cgb handelen weliswaar nog steeds over geslacht, gevolgd door ras, maar het aantal oordelen over geslacht is in de afgelopen jaren afgenomen. Het blijkt bovendien dat de gronden ras en geslacht ongeveer dezelfde publieke bekendheid genieten, maar dat met name jongeren de Awgb in de eerste plaats associëren met onderscheid naar ras. Ook de meeste aandacht in de media gaat niet uit naar seksdiscriminatie, maar bijvoorbeeld naar het dragen van een hoofddoekje op het werk en op school of naar jonge Marokkanen die bij een discotheek worden geweigerd. Uit de enquête komt, ten slotte, naar voren dat onder allochtone Nederlanders een groter draagvlak bestaat voor de Awgb en Cgb dan onder autochtonen. Terwijl de meeste autochtonen niet geïnteresseerd zijn in meer informatie, geven allochtonen juist aan dat zij wél meer willen worden geïnformeerd over de gelijke behandelingswetgeving. De tegenstelling tussen onderscheid op grond van geslacht en onderscheid op grond van ras en godsdienst zal in de toekomst waarschijnlijk verder aan betekenis winnen. De politieke, institutionele en maatschappelijke context van beide onderwerpen zijn onderling zeer verschillend en

de oplossing van problemen op beide terreinen vergt daarom ook een hele eigen aanpak.

Tot slot is ook de meeste kritiek van burgers en professionals op de gelijke behandelingswetgeving en het optreden van de Cgb terug te voeren op het feit dat men soms de indruk heeft dat er in de huidige praktijk onvoldoende rekening wordt gehouden met de relevante context. De oordelen van de Cgb worden soms gezien als te 'puristisch' of te 'casuïstisch' omdat burgers en professionals vinden dat de norm van gelijke behandeling teveel geïsoleerd wordt bekeken, terwijl voor een goede afweging juist ook zou moeten worden gekeken naar de wijze waarop gelijkheid in een concrete situatie vorm krijgt. Hier kunnen waarschijnlijk ook concrete aanknopingspunten worden gevonden om de Awgb en de oordelen van de Cgb in de toekomst nog effectiever te maken.

5.6 *Aanbevelingen*

Op basis van het rechtssociologisch deelonderzoek kunnen de volgende aanbevelingen worden geformuleerd. Deze zijn gegroepeerd in drie clusters: één cluster waarin het vergroten van de bekendheid met de gelijke behandelingswetgeving centraal staat; één cluster met voorstellen die erop gericht zijn om de maatschappelijke context van de gelijke behandelingswetgeving meer te benadrukken; en één cluster over de inrichting van de toekomstige evaluatiestudies van de gelijke behandelingswetgeving.

I. Voorlichting

De bruikbaarheid en de effectiviteit van de gelijke behandelingswetgeving wordt vóór alles bepaald door mate van bekendheid van de Awgb en de Cgb. Hoewel de algemene (naams)bekendheid relatief groot is, verdient de geringe kennis van een aantal belangrijke specifieke onderdelen van de Awgb extra aandacht

I-1. Meer voorlichting over toepassingsgebieden Awgb en bevoegdheden Cgb

Uit ons onderzoek blijkt dat er vooral behoefte bestaat aan meer voorlichting over de toepassingsgebieden van de Awgb én over de taken en bevoegdheden van de Cgb. Het verdient bovendien aanbeveling om de voorlichting te richten op jongeren (die relatief minder goed geïnformeerd zijn dan ouderen) en op allochtonen (die zelf duidelijk aangeven dat ze behoefte hebben aan meer informatie). Zoals eerder aangegeven, lijken vooral de televisie en krant hiervoor de meest geschikte middelen.

I-2. Bevorder laagdrempelige informatie in dagbladen en op school

Om burgers op een laagdrempelige manier kennis te kunnen laten maken met het toepassingsgebied van de Awgb en met het werk van de Cgb kan worden overwogen om in een landelijk dagblad en/of regionale dagbladen regelmatig verslag te doen van een vereenvoudigde (en geanonimiseerde) Cgb-zaak. Zo heeft bijvoorbeeld de Nationale ombudsman al gedurende een aantal jaren een eigen rubriek in groot landelijk ochtendblad. Daarnaast kan de voorlichting over de gelijke behandelingswetgeving worden uitgebreid door in het onderwijs speciale aandacht te besteden aan het thema 'gelijke behandeling'. Mogelijk kan hierbij aansluiting worden gezocht bij de

suggestie van minister Pechtold om op scholen nadrukkelijker aandacht te besteden aan de Grondwet.⁸⁸⁹

I-3. Benadruk de verschillen tussen de Cgb en de rechter

Veel burgers (maar ook relatief veel professionals) blijken niet of nauwelijks bekend met de verschillen tussen de juridische bevoegdheden van de Cgb en die van de rechter. Het verdient daarom aanbeveling om in de voorlichting, anders dan nu soms het geval is⁸⁹⁰, niet de nadruk te leggen op de overeenkomsten maar juist op de verschillen tussen de Cgb en de rechter.

I-4. Besteed meer aandacht aan de voorlichting van professionals

Uit ons onderzoek blijkt dat niet alleen burgers, maar ook sommige professionals niet goed op de hoogte zijn van de gelijke behandelingswetgeving en de belangrijkste kenmerken van de Cgb. Een aantal van hen kan in de praktijk bovendien moeilijk uit de voeten met de toepassing van direct en indirect onderscheid. Het verdient daarom aanbeveling om de voorlichting ook nadrukkelijk te (blijven) richten aan verschillende groepen professionals, bijvoorbeeld via brancheorganisaties of via interne professionele opleidingen. Het is van belang dat hierbij zoveel mogelijk wordt aangesloten bij hun dagelijkse (professionele) praktijk.

II. Context

Het empirisch onderzoek laat zien dat het ideaal van gelijke behandeling voor veel mensen pas echt betekenis krijgt als het wordt toegepast in concrete situaties. De uitkomsten van ons onderzoek suggereren daarom dat het draagvlak (en daarmee ook de effectiviteit) van de gelijke behandelingswetgeving onder zowel burgers als professionals kan worden vergroot, wanneer er op een aantal terreinen explicieter aandacht wordt besteed aan de maatschappelijke context van de Awgb. Dit betreft vooral de positie en de werkwijze van de Cgb.

II-1. Stem personele samenstelling Cgb af op het werkterrein

Voor sommige professionals blijkt de overtuigingskracht van het Cgb-oordeel mede afhankelijk van (hun beeld van) de personele samenstelling van de Cgb. Dit aspect verdient daarom permanente aandacht. Het verdient allereerst aanbeveling dat de Cgb zelf regelmatig (bijvoorbeeld jaarlijks) nagaat in hoeverre haar belangrijkste werkterreinen zijn vertegenwoordigd in de verschillende specialismen binnen de Cgb; en indien nodig haar personele samenstelling op basis hiervan aanpast. Het is hierbij van belang dat niet alleen rekening wordt gehouden met specialistische kennis op het terrein van het gelijke behandelingsrecht, maar ook op een aantal toegepaste gebieden. Tijdens de interviews is bijvoorbeeld gesuggereerd om vaker leden op te nemen met bijzondere kennis van één of meer van de terreinen waarop de Awgb

⁸⁸⁹ Minister Pechtold, *Tijd voor een renaissance van de Grondwet* (Burgemeester Dales-lezing). Nijmegen, 27 januari 2006.

⁸⁹⁰ Op de (Engelse versie van de) Cgb-website wordt de Cgb bijvoorbeeld juist gepresenteerd als een instituut dat op een aantal punten vergelijkbaar is met de rechter. De tekst noemt daarnaast een aantal verschillen, maar meldt bijvoorbeeld niet dat het oordeel van de Cgb (anders dan dat van de rechter) juridisch niet-bindend is. Vgl. <http://www.cgb.nl/cgb16.php> (geraadpleegd op 29 mei 2006).

van toepassing is, zoals specialisten in het arbeidsrecht (waaronder de CAO-problematiek) of leden uit het bedrijfsleven. Het verdient daarnaast aanbeveling dat de Cgb (mede met het oog op de beeldvorming in het veld) in de voorlichting over de wet ook regelmatig de personele samenstelling van de Cgb toelicht.

II-2. Besteed bij de oordeelsvorming en de motivering meer aandacht aan contextuele factoren

Voor bijvoorbeeld een school of een bedrijf is een negatief oordeel van de Cgb extra moeilijk verteerbaar, als het zelf ervan overtuigd is dat het door zijn werkwijze ook al een substantiële bijdrage levert aan het terugdringen van ongelijke behandeling. Het verdient daarom aanbeveling om, voor deze en andere vergelijkbare gevallen, het juridisch mogelijk te maken dat de Cgb in de oordeelsvorming een groter gewicht toekent aan bijzondere contextuele factoren. Dit zou bovendien in de motivering van de oordelen van de Cgb nadrukkelijker tot uitdrukking moeten komen. Dit zal waarschijnlijk ook de effectiviteit van het oordeel vergroten

II-3. Werkwijze Cgb afstemmen op kenmerken van het concrete geval

Daarnaast valt te overwegen om de werkwijze van de Cgb, meer dan nu het geval is, af te stemmen op de specifieke eigenschappen van een concrete klacht. In de huidige situatie geldt tot op zekere hoogte: ‘one size fits all’; bij iedere zaak is de werkwijze van de Cgb nagenoeg dezelfde. Eén manier om dit te veranderen, is door (naast de mogelijkheid van een externe mediator, die bestaat sinds 1 januari 2005) een onderscheid aan te brengen in meer en minder ‘lichte’ zaken. De Nationale ombudsman maakt bijvoorbeeld al geruime tijd gebruik van de zgn. ‘interventiemethode’. Deze methode wordt inmiddels in het merendeel van de zaken toegepast. Het gaat daarbij om klachten die juridisch gezien niet complex zijn en waarvan in principe duidelijk is dat het probleem snel weggenomen kan worden. Een interventie wordt ook toegepast wanneer er voor de klager belang is bij een snelle tussenkomst van de Nationale ombudsman. De actie van de Nationale ombudsman bestaat dan uit het informeren van de betreffende instantie over de klacht met de vraag of uitzicht kan worden geboden op een oplossing. In de praktijk leidt de tussenkomst van de ombudsman op korte termijn tot een reactie, waarbij de overheid alsnog duidelijkheid geeft of actie aankondigt. Daarmee heeft de klager doorgaans gekregen wat hij wilde, en heeft hij zijn belang bij verder onderzoek verloren. Over het algemeen dient in een dergelijk geval het uitbrengen van een rapport ook anderszins geen redelijk doel, zodat de Nationale ombudsman het onderzoek dan tussentijds beëindigt, met de schriftelijke mededeling aan alle partijen als bedoeld in artikel 9:25 Awb. Te allen tijde kan de Nationale ombudsman echter, als hij daarvoor in een bepaalde zaak reden ziet, besluiten om alsnog terug te keren naar de hiervoor genoemde hoofdroute. In 2004 is in 54% van alle zaken die in behandeling zijn genomen het onderzoek tussentijds beëindigd nadat de Nationale ombudsman de zaak succesvol had behandeld via de interventiemethode.⁸⁹¹ Het verdient aanbeveling om deze werkwijze ook bij de Cgb in te voeren. In geval van een verzoekschrift ontstaan er dan de volgende drie mogelijkheden:

⁸⁹¹ Nationale ombudsman, *Jaarverslag 2004*, Kamerstukken II 2004/05, 30 030, nrs. 1-2, p. 112.

- a. de Cgb probeert eerst de ‘interventiemethode’ (indien succesvol dan wordt de zaak gesloten); en/of
- b. de Cgb verwijst een zaak door naar een externe mediator (indien succesvol dan wordt de zaak gesloten); en/of
- c. het volledig onderzoek door de Cgb.

Bijkomend voordeel van de introductie van de ‘interventiemethode’ is dat zaken waarschijnlijk veel sneller kunnen worden afgehandeld dan nu het geval is. Voor veel burgers en professionals is de (verwachte) snelheid van de procedure een belangrijke factor of men wel of niet een beroep doet op de Cgb.

II-4. Zoek actief de openbaarheid over actuele kwesties

Ten slotte biedt ook de mogelijkheid van de Cgb tot het verrichten van onderzoeken op eigen initiatief de gelegenheid om aandacht te besteden aan de (veranderende) maatschappelijke context van de gelijke behandelingswetgeving. Zo kan de Cgb in de toekomst ook vaker aandacht vragen voor, wat zij ziet als, belangrijke maatschappelijke thema’s die verband houden met gelijke behandeling. Dat kan, zoals nu reeds gebeurt, in relatie tot concrete beleidsmaatregelen en wetsvoorstellen, maar dan kan wellicht ook vaker zonder een concrete juridische of politieke aanleiding. Zo kunnen bijvoorbeeld ‘geluiden uit het veld’ of berichten in de media ook heel goed de aanleiding vormen om extra aandacht te vragen voor het ideaal van gelijkheid in het algemeen en de gelijke behandelingswetgeving in het bijzonder.

III. Toekomstige evaluatiestudies

De meerwaarde van evaluatiestudies is dat gegevens van verschillende periodes met elkaar kunnen worden vergeleken om zo belangrijke ontwikkelingen op het spoor gekomen. Tijdens deze tweede Awgb-evaluatie werd die vergelijking echter belemmerd door het feit dat de onderzoeksopdracht voor de eerste Awgb-evaluatie niet dezelfde was als die van het onderhavige onderzoek en dat mede daardoor beide studies anders zijn opgezet. Het is daarom voor toekomstige evaluatiestudies van de gelijke behandelingswetgeving belangrijk dat hier nadrukkelijker rekening mee wordt gehouden.

III-1. Sluit bij toekomstige evaluatiestudies zoveel mogelijk aan bij het ontwerp van deze evaluatie

Het verdient aanbeveling om bij (de formulering van de onderzoeksopdracht voor) toekomstige evaluatiestudies steeds nadrukkelijk aansluiting te zoeken bij eerder verrichte evaluaties. Voor de toekomstige evaluatie van de Awgb is het daarom aan te bevelen om zoveel mogelijk aan te sluiten bij de onderzoeksopzet van (zowel de eerste als de tweede fase van) deze evaluatie.

III-2. Eén brede evaluatiestudie na een wat langere periode verdient de voorkeur boven een aantal kleine evaluaties met korte tussenpozen

De huidige (wettelijk voorgeschreven) evaluatie van de gelijke behandelingswetgeving is steeds gericht op één of enkele specifieke wetten die iedere vijf jaar opnieuw worden onderzocht. Het blijkt echter dat deze verschillende wettelijke regelingen elkaar voortdurend beïnvloeden en dat de maatschappelijke effecten van deze regelin-

gen moeilijk van elkaar kunnen worden onderscheiden. Daarnaast blijkt in de praktijk dat binnen een periode van vijf jaar zich doorgaans nog geen grote veranderingen in de maatschappelijke effecten van deze wetgeving hebben kunnen voordoen. Het verdient daarom aanbeveling om in de toekomst niet langer evaluatieonderzoek uit te voeren naar één enkele wet, maar naar het totale complex van gelijke behandelingswetgeving. Daarnaast verdient het aanbeveling om in het vervolg deze alomvattende evaluatie niet langer iedere vijf jaar, maar iedere tien jaar te houden. Om in de tussenliggende periode toch de vinger aan de pols te kunnen houden, kan wellicht gebruik worden gemaakt van verschillende 'lichtere' evaluatiemethoden (bijvoorbeeld het regelmatig raadplegen van een vast panel van burgers en deskundigen).

SAMENVATTING,

CONCLUSIES

EN

VOORUITZICHTEN

M.L.M. HERTOIGH

R. HOLTMAAT

B.P. VERMEULEN

P.J.J. ZOONTJENS

Samenvatting, conclusies en vooruitzichten

1 Achtergrond en aanpak evaluatieonderzoek

1.1 Achtergrond

Dit is een samenvattend verslag van het externe wetenschappelijke onderzoek ten behoeve van de tweede evaluatie van de Algemene wet gelijke behandeling (Awgb). De wet schrijft een vijfjaarlijkse verplichte evaluatie voor. De eerste evaluatie vond in 1999 plaats en besloeg de eerste vijf jaren. In 2004 werd een tweede periode afgesloten. De tweede evaluatie van de Awgb is in twee fasen vormgegeven. Het rapport van de Cgb waarin verslag wordt gedaan van de eigen bevindingen vormt de eerste fase.⁸⁹² Hierin zijn de feitelijke ervaringen van de Cgb met de toepassing van de wet beschreven en beoordeeld in het licht van het doel van de wet. Ook heeft de Cgb op een aantal punten extern onderzoek laten verrichten.

Vervolgens is op basis van een aantal vragen extern wetenschappelijk onderzoek uitgevoerd op juridisch en rechtssociologisch terrein. Dit onderzoek vormt de tweede fase van de evaluatie. Algemeen uitgangspunt voor de tweede evaluatie is volgens het kabinet de vraag “of de Awgb voldoende effectief is in de bestrijding van discriminatie. Indien dit niet het geval is, wil het kabinet weten op welke wijze de effectiviteit en doeltreffendheid van de Awgb en Cgb zouden kunnen worden verbeterd.” Men heeft daaruit twee hoofdvragen afgeleid als vertrekpunt voor het externe onderzoek. Deze luiden als volgt:

1. Dienen verbeteringen te worden aangebracht in de normstelling en de reikwijdte van de Awgb?
2. Is de Awgb voldoende kenbaar, toegankelijk en effectief?

Een en ander is nader uitgewerkt in vier onderzoeksvragen voor een juridisch deel en vier onderzoeksvragen voor een rechtssociologisch deel van het onderzoek. Deze zijn nader aangegeven in de hierna volgende samenvatting per deel en onderdeel.

1.2 Werkwijze

Het juridisch deel van het onderzoek bestaat uit vier onderdelen die uitmonden in vier rapportages, elk gekoppeld aan een afzonderlijke onderzoeksvraag. Het juridisch onderzoek heeft plaatsgevonden aan de hand van analyse van parlementaire stukken, wetgeving, jurisprudentie, adviezen en wetenschappelijke literatuur die relevant zijn voor het onderwerp. Op onderdelen hebben ondersteunende gesprekken plaats gevonden met vertegenwoordigers uit praktijk en wetenschap, vooral om tot nadere bepaling van de problemen en knelpunten te komen.

Het rechtssociologisch onderzoek is onderverdeeld in twee deelonderzoeken inzake de kenbaarheid en toegankelijkheid van de Awgb onder burgers, respectievelijk inzake de bruikbaarheid en effectiviteit van de Awgb voor professionele gebruikers. Zowel bij het eerste als tweede deelonderzoek is gebruik gemaakt van een combinatie van *kwantitatieve* en *kwalitatieve* onderzoeksmethoden. Een nadere verantwoording

⁸⁹² CGB 2005.

van de werkwijze wordt gegeven in de samenvatting van het rechtssociologische deel.

1.3 *Onderzoeksgroep*

Voor het onderzoek is een groep van onderzoekers actief geweest. Hoewel er gezamenlijke verantwoordelijkheid bestaat voor het eindresultaat, heeft er binnen de groep een taakverdeling plaatsgevonden, die eruit ziet als volgt:

- prof. dr. M.L.M. Hertogh, hoogleraar rechtssociologie aan de Rijksuniversiteit Groningen, heeft leiding gegeven aan een team van onderzoekers dat het rechtssociologische onderzoek heeft uitgevoerd.⁸⁹³
- prof. mr. R. Holtmaat, hoogleraar Internationaal non-discriminatierecht aan de Universiteit Leiden⁸⁹⁴, heeft het eerste juridische deelonderzoek geschreven: “Discriminatie of onderscheid: het kleine verschil met grote gevolgen of het grote verschil met kleine gevolgen?”
- prof. mr.drs. B.P. Vermeulen, hoogleraar staats- en bestuursrecht aan de Vrije Universiteit, heeft het vierde juridische deelonderzoek geschreven: “De uitzondering in artikel 3 Awgb (kerkgenootschap en geestelijk ambt)”.
- prof. mr. P.J.J. Zoontjens, hoofddocent staats- en bestuursrecht en bijzonder hoogleraar onderwijsrecht aan de Universiteit van Tilburg, tevens projectleider, heeft het tweede en derde juridische deelonderzoek geschreven: “De uitzondering inzake ‘eenzijdig overheidshandelen’”, respectievelijk “Gelijkheid, verenigingsvrijheid en privacy”.

1.4 *Opzet van dit samenvattend rapport*

In dit samenvattend rapport wordt na een korte weergave van de belangrijkste conclusies van het onderzoek (hoofdstuk 2) per onderdeel uiteengezet wat de onderzoeksvraag behelsde en wat de belangrijkste bevindingen van de onderzoekers in de juridische en rechtssociologische deelrapporten zijn (hoofdstukken 3 en 4). Wij sluiten dit rapport af (hoofdstuk5) met de beantwoording van de twee hoofdvragen van dit onderzoek en met enkele observaties van het onderzoeksteam inzake de kwesties die naar hun mening in de toekomst nadere aandacht behoeven.

⁸⁹³ Het rechtssociologisch onderzoeksteam bestond uit: mw. mr. B.J. Dijksterhuis (UvT), dr. B.M.J. van Klink (UvT), dr. D.G. van Tol (RUG) en mw. ds. S. Verberk, onder leiding van prof.dr. M.L.M. Hertogh (RUG). Er is bovendien samengewerkt met IVA Beleidsonderzoek en Advies (Tilburg).

⁸⁹⁴ Het feitelijke onderzoek is grotendeels door haar in de eerste maanden van 2006 uitgevoerd in het kader van haar toenmalige hoofdwerkzaamheden als zelfstandig werkend onderzoeker en adviseur. Vanaf juni 2006 werkt prof. Holtmaat uitsluitend nog als hoogleraar in Leiden. In deze laatste hoedanigheid heeft zij de laatste hand gelegd aan het onderzoeksrapport.

2 Conclusies in het kort

2.1 *Juridisch deel*

Onderzoeksvraag 1

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

Antwoord:

De terminologie kan met het oog op de EG-regelgeving worden gehandhaafd omdat er een grote mate van inhoudelijke overeenkomst is tussen het Nederlandse verbod op onderscheid en het Europese discriminatieverbod. Dit betekent tegelijk dat er begripsmatig en wetsystematisch weinig bezwaar is tegen overname van de Europees-rechtelijke definitie van discriminatie in de Awgb. De betekenisverschillen tussen beide begrippen spitsen zich toe op een aantal factoren, zoals de gevoelslading van het begrip, de openheid of geslotenheid van het begrip en de koppeling van het begrip aan bepaalde gronden of aan bepaalde doelstellingen. De juridische betekenis blijkt in hoge mate af te hangen van de nadere definiëring en afbakening in juridische documenten en in jurisprudentie. Wat betreft de invloed op de uitzonderingen geldt eveneens dat dit afhankelijk is van de wijze waarop begrippen in het recht worden omschreven.

Op juridische gronden is geen eenduidig antwoord te formuleren op de vraag of de keuze voor een van beide begrippen geïndiceerd zou zijn. Voor een deel hangt dit af van nadere keuzes (bijvoorbeeld ten aanzien van het toepassingsbereik van de wetgeving of de gronden), voor een ander deel van nadere studie (bijvoorbeeld ten aanzien van de interne consistentie van het recht). Het voordeel van het blijven gebruiken van onderscheid is dat daarmee een veelheid van veelsoortige gronden in één wettelijk kader kan worden geregeld en dat er een duidelijke beperking tot bepaalde terreinen van het maatschappelijke leven mogelijk is. In een aantal opzichten is er ook iets te zeggen voor het gebruik van het woord discriminatie, maar dan gedefinieerd op de wijze zoals dat in de Europese richtlijnen is geschied. Daarmee blijft Nederland aansluiting houden bij de ontwikkelingen die het discriminatiebegrip in die context zal blijven doormaken en is tegelijk een zekere band mogelijk gemaakt met ontwikkelingen die zich in het internationale recht in dit opzicht voordoen.

Onderzoeksvraag 2

IS EEN UITBREIDING VAN DE WERKINGSSFEER VAN DE GELIJKEBEHANDELINGSWETGEVING EN DE BEVOEGDHEID VAN DE CGB NAAR EENZIJDIG OVERHEIDSHANDELEN NOODZAKELIJK EN HAALBAAR? B. IS ER VOLDOENDE BESCHERMING IN DE AWB EN ART. 1 GRONDWET, OF MOETEN PROBLEMEN IN VERTICALE RELATIES (OOK) IN DE AWGB WORDEN OPGELOST?

Antwoord:

- a. Alleen uitbreiding op selectieve basis is mogelijk, waarbij nog de volgende voorwaarden gelden:
 - wetten en a.v.v. zijn in beginsel van de werkingsfeer uitgesloten;
 - ten aanzien van overheidshandelen past een open systeem van toetsing;
 - er dient afstemming te worden geregeld met de Awb-rechtsgang, waarbij het coördinatiemodel het meest werkbaar is.
 - b. De eventuele meerwaarde van de Awgb-procedure ten opzichte van de Awb-rechtsgang veronderstelt dat de eerste wordt geïntegreerd in de tweede. Dit is evenwel praktisch niet makkelijk te verwezenlijken. Er zijn geen aanwijzingen dat de rechtspraak inzake art. 1 Grondwet onvoldoende bescherming biedt.
-

Onderzoeksvraag 3

WAAR ZITTEN DE KNELPUNTEN IN DE REIKWIJDTE EN TOEPASSING VAN DE GELIJKEBEHANDELINGSWETGEVING TEN OPZICHTE VAN DE VERENIGINGSVRIJHEID (A) EN RECHT OP EERBIEDIGING VAN DE PERSOONLIJKE LEVENSSFEER (B)? IS DE WETGEVING OP DIT PUNT IN OVEREENSTEMMING MET DE VERPLICHTINGEN VOORTVLOEIEND UIT DE GRONDWET, HET EVRM EN PROTOCOLLEN EN DE EU-REGELGEVING TEN AANZIEN VAN HET VERBOD VAN DISCRIMINATIE, DE VERENIGINGSVRIJHEID EN HET RECHT OP EERBIEDIGING VAN DE PERSOONLIJKE LEVENSSFEER?

Antwoord:

- A. **Verenigingsvrijheid:** In het algemeen kan worden gesteld dat de Awgb wat betreft de afstemming tussen de gelijkheidsnorm en de verenigingsvrijheid geen strijd laat zien met EU-regelgeving of internationale verdragen. Het eventuele voorstel om ten aanzien van verenigingen in het algemeen alleen onderscheid toe te staan, voor zover deze eisen stellen die nodig zijn om de eigen grondslag te verwezenlijken en deze eisen er niet toe leiden dat iemand ongelijk wordt behandeld vanwege één van de gronden van de Awgb is niet in overeenstemming met het nationale en internationale recht.
 - B. **Privacy:** De uitzonderingsbepalingen van het derde lid van de artikelen 5 en 7 Awgb zijn niet in strijd met het nationale of internationale recht. Evenmin kan strijd worden geconstateerd met de Europese Rasrichtlijn en Kaderrichtlijn. De wettelijke bepalingen zijn open en bieden volop ruimte voor afweging in concreto. Zij verlenen immers opdracht aan de Cgb en de rechter om uit te maken of er sprake is van (a) een privé-karakter van de werk- of rechtsverhouding dat (b) in concreto overweegt ten opzichte van het belang van toepassing van de wet. Met name element b verzekert de mogelijkheid om de norm op het concrete geval af te stemmen. Het Europees recht verbiedt een uitzonderingsbepaling terzake van privacy die algemeen en uniform de aard van de uitzonderingen vooraf bepaalt. Daarvan is hier geen sprake.
-

Onderzoeksvraag 4

WAAR ZITTEN KNELPUNTEN IN DE REIKWIJDTE EN TOEPASSING VAN DE GELIJKEBEHANDELINGSWETGEVING TEN OPZICHTE VAN RECHTSVERHOUDINGEN BINNEN KERK-

GENOOTSCHAPPEN EN HET GEESTELIJK AMBT? WORDEN BOTSINGEN BEVREDIGEND OPGELOST BINNEN HET KADER VAN ART. 3 AWGB (A)? IS DE AWGB OP DIT PUNT IN OVEREENSTEMMING MET DE VERPLICHTINGEN VOORTVLOEIEND UIT DE GRONDWET, HET EVRM EN PROTOCOLLEN EN DE EU-REGELGEVING TEN AANZIEN VAN HET DISCRIMINATIEVERBOD EN DE GODSDIENSTVRIJHEID (B)?

Antwoord:

- A. De norm van artikel 3 is een aanvaardbaar compromis tussen godsdienstvrijheid en gelijkheid in het licht van de Grondwet en de mensenrechtenverdragen. In zijn algemeenheid gaat dit ook op ten aanzien van de hier relevante EU-richtlijnen, zij het dat er op een enkel punt toch sprake zou kunnen zijn van te ruime door artikel 3 Awgb verleende uitzonderingen.
- B. Bij de formulering van het intimidatieverbod van artikel 1a, derde lid, Awgb heeft men nagelaten artikel 3 Awgb hierbij te betrekken. Dat is in strijd met het Europese recht. Artikel 1a Awgb zal op dit punt dan ook aangepast moeten worden.

2.2 Rechtssociologisch deel

In het rechtssociologisch onderzoek stond de algemene vraag centraal hoe de gelijke behandelingswetgeving door burgers en professionals wordt ervaren. De antwoorden op de onderzoeksvragen laten zien wat, in hun ogen, de betekenis van deze wetgeving is.

Onderzoeksvraag 1

IN HOEVERRE BIEDT DE GELIJKE BEHANDELINGSWETGEVING VOOR DE BURGER VOLDOENDE HOUVAST VOOR HET VERNEMEN EN HET REALISEREN VAN ZIJN RECHTEN EN PLICHTEN?

Antwoord:

De gelijke behandelingswetgeving biedt voor de burger onvoldoende houvast voor het vernemen en het realiseren van zijn rechten en plichten.

Onderzoeksvraag 2

OP WELKE WIJZE KAN DE KENBAARHEID VAN DE GELIJKE BEHANDELINGSWETGEVING BIJ DE BURGER WORDEN VERBETERD?

Antwoord:

De kenbaarheid van de gelijke behandelingswetgeving bij de burger kan onder meer worden verbeterd door meer voorlichting op de televisie en door meer aandacht voor gelijke behandeling op scholen. Het succes van deze maatregelen hangt mede af van de publieke belangstelling voor gelijke behandelingswetgeving en de bereidheid om hierover meer informatie te ontvangen. Allochtone Nederlanders hebben in het algemeen meer behoefte aan informatie over de Awgb dan autochtone Nederlanders.

Onderzoeksvraag 3

IN HOEVERRE BIEDT DE GELIJKE BEHANDELINGSWETGEVING VOOR PROFESSIONALS VOLDOENDE HOUVAST VOOR EEN EFFECTIEVE UITVOERING EN HANDHAVING VAN DE WET?

Antwoord:

De gelijke behandelingswetgeving biedt voor professionals een redelijk goede houvast voor een effectieve uitvoering en handhaving van de wet. Zij kunnen in de praktijk echter slecht uit de voeten met de toepassing van direct en indirect onderscheid. Professionals hebben meer moeite met de oordelen van de CGB, dan met de wet zelf.

Onderzoeksvraag 4

IN WELKE MATE, EN OP WELKE WIJZE, TREDEN PROFESSIONALS IN DE PRAKTIJK OP TEGEN GEVALLEN VAN ONGELIJKE BEHANDELING; EN WAT IS HIERBIJ DE ROL VAN DE GELIJKE BEHANDELINGSWETGEVING?

Antwoord:

- a. 'Klachtprofessionals' (zoals ADB's, advocaten en medewerkers van belangenorganisaties) treden regelmatig op tegen gevallen van ongelijke behandeling; hierbij ligt de nadruk op een informele benadering. De gelijke behandelingswetgeving speelt hierbij wel een belangrijke, maar geen centrale rol.
- b. 'Implementatieprofessionals' (zoals P&O-managers en vakbondsmedewerkers) treden weinig of niet zelfstandig op tegen gevallen van ongelijke behandeling. De gelijke behandelingswetgeving speelt hierbij doorgaans een ondergeschikte rol.

3 Samenvatting en conclusies juridisch deel

3.1 Deel 1: Discriminatie of onderscheid

3.1.1 Inleiding

De Awgb verbiedt het maken van ‘onderscheid’. Nederland wijkt hiermee af van internationaal gangbaar taalgebruik. De onderzoekers kregen ten aanzien van deze begripskeuze de volgende onderzoeksvragen mee:

Kan de terminologie onderscheid (versus discriminatie) met het oog op de huidige EG-regelgeving worden gehandhaafd? Wat zijn de verschillen en welke invloed gaat er uit van de terminologie op de uitzonderingen?

Na in de inleiding aandacht te hebben besteed aan het rechtstheoretische en (rechts)politieke kader van de vraagstelling, valt het feitelijke onderzoek uiteen in twee delen: eerst wordt beschreven en geanalyseerd wat de *taalkundige en juridische betekenis* is van beide begrippen, daarna wordt aandacht besteed aan *juridische aspecten die de begripskeuze zouden kunnen bepalen*. Bij wijze van intermezzo tussen beide onderdelen van het onderzoek is een beknopt rechtsvergelijkend onderzoek gedaan (§ 3.1.3). Wat betreft de *betekenis* is naast het woordenboek gekeken naar de invulling die beide begrippen hebben gekregen in het nationale, het Europese en het internationale recht (§ 3.1.2). Bij de behandeling van de *juridische aspecten* wordt de vraag gesteld naar de EU-conformiteit van de in Nederland gemaakte keuze, alsmede de vraag welke gevolgen voor de toetsingssystematiek zijn verbonden aan die keuze (§ 3.1.4). Daarnaast komen enkele andere juridische aspecten aan de orde zoals de aansluiting bij het internationale recht, de contextafhankelijkheid van juridische begrippen, de interne consistentie van het Nederlandse recht en de mogelijkheid of onmogelijkheid om begrippen sluitend te definiëren.

Volgens het *woordenboek* kan het woord onderscheid in een veelheid van situaties worden gebruikt. Dit blijkt zowel in een neutrale als pejoratieve betekenis voor te komen. Discriminatie heeft in onze taal alleen een negatieve betekenis. Het werkwoord discrimineren kan echter zowel in negatieve als neutrale zin worden gebruikt, in het laatste geval evenwel uitsluitend ten aanzien van voorwerpen.

In het *Nederlandse recht* komen ‘onderscheid’ en ‘discriminatie’ beide voor. Het begrip onderscheid uitsluitend in de teksten van de gelijkebehandelingswetgeving, discriminatie in de Grondwet en in het Wetboek van Strafrecht. Het woord discriminatie wordt echter ook intensief gebruikt in de (wetgevings)discussies over de inhoud en betekenis van het gelijkebehandelingsrecht.

Er kunnen de volgende conclusies worden getrokken ten aanzien van de vraag hoe beide begrippen in de context van het nationale recht worden gebruikt:

- a. Er is vrijwel geen discrepantie tussen het algemene taalgebruik en het juridische taalgebruik met betrekking tot het begrip discriminatie. In beide contexten heeft dit begrip een sterk pejoratieve lading. Een zelfde mate van overeenstemming tussen algemeen taalgebruik en juridische taalgebruik bestaat er ten aanzien van het begrip onderscheid.

- b. In de Awgb is onderscheid de wettelijke term. Tegelijk wordt in het discours over dit wettelijk verbod vaak over ongelijke behandeling en discriminatie gesproken. Deze termen zijn echter niet synoniem met onderscheid. Onderscheid wordt vrijwel nooit kaal gebruikt. Het wordt direct juridisch gekwalificeerd als ‘verboden onderscheid’ of ‘ongerechtvaardigd onderscheid’. In deze zin wordt geregeld gesteld dat onderscheid en discriminatie wel synoniem zouden zijn.
- c. Het gebruik van het begrip discriminatie in de context van Awgb, Grondwet en het strafrecht verschilt onderling. De grootste mate van inhoudelijke overeenstemming is er tussen de Awgb en het strafrecht. Het begrip discriminatie in de grondwettelijke context is aanzienlijk ruimer en vager.

Het beeld van wat discriminatie in *het internationale recht* betekent is te vaag en te divers om in een lijstje van kenmerken samen te vatten. Enkele elementen van dat begrip komen overeen met de nationale invulling daarvan, zoals het feit dat het moet gaan om een onderscheid, uitsluiting of beperking welke plaatsvindt op grond van bepaalde kenmerken of eigenschappen van mensen die als van fundamenteel belang worden beschouwd. Zeker voor zover het om het IVBPR en het EVRM gaat, is er duidelijk sprake van een open norm. De toets die daarbij wordt toegepast is of er een redelijke verhouding bestaat tussen het doel dat met de ongelijke behandeling wordt nagestreefd en het daarbij ingezette middel. Bij discriminatie op bepaalde ‘verdachte gronden’ past met name het EHRM daarbij een ‘very weighty reasons’ test toe, hetgeen wil zeggen dat de ongelijke behandeling vrijwel nooit gerechtvaardigd kan worden. Het discriminatieverbod uit het Vrouwenverdrag lijkt een wezenlijk andere strekking te hebben dan het Nederlandse en Europese recht, in die zin dat de vergelijking met niet-gediscrimineerden niet centraal staat, dat uitdrukkelijk een asymmetrische benadering is gekozen en dat er ook vormen van gedrag of bejegening onder vallen die met onderscheid als zodanig niet veel te maken hebben (zoals intimidatie en geweld tegen vrouwen). Voorts is er geen beperking in het bereik van het verbod: het strekt zich uit over alle terreinen van het leven.

De betekenis van discriminatie in *het Europese recht* steunt op een analyse van de relevante EG-richtlijnen.⁸⁹⁵ Bij het daarbij vastgelegde verbod op discriminatie kunnen de volgende elementen worden onderscheiden: (a) het moet gaan om een ongunstiger behandeling, (b) op bepaalde in de richtlijnen genoemde terreinen, (c) op bepaalde in de richtlijnen genoemde gronden, (d) in vergelijking tot bepaalde andere personen. Daarbij is er geen sprake van discriminatie wanneer het gaat om zaken die de richtlijn uitdrukkelijk uitzondert en/of wanneer er in het geval van indirecte discriminatie een objectieve rechtvaardigingsgrond bestaat. De nieuwe generatie van richtlijnen voegt aan de klassieke definitie van discriminatie als “in vergelijking ongunstigere behandeling” nieuwe vormen van verboden gedrag toe die niet op deze definitie gebaseerd zijn, te weten intimidatie en (in het geval van handicap) het nalaten van doeltreffende aanpassingen, tenzij onredelijk zou zijn om dit te vereisen.

Vergelijkt men het begrip discriminatie in het Europese recht met de inhoud die in het Nederlandse recht aan het begrip onderscheid wordt gegeven, dan is er een grote mate van overeenkomst. In beide gevallen wordt het begrip toegepast in een gesloten

⁸⁹⁵ Het onderdeel Europees recht in dit deelrapport is geschreven in nauwe samenwerking met prof. Christa Tobler, Universiteit van Basel en Europa Instituut Leiden.

systeem van rechtvaardigingsgronden. Aspecten die in het Nederlandse recht – althans expliciet – ontbreken zijn de ongunstiger behandeling en de vergelijking. Een verschil met de in Nederland gangbare betekenis van discriminatie is wel dat er een minder ‘mensenrechtelijke’ benadering in de definitie van discriminatie in de EG-richtlijnen lijkt besloten. Deze conclusie is echter alleen juist indien enkel naar de richtlijnbepalingen zelf wordt gekeken en niet (mede) naar bijvoorbeeld de preambules van deze richtlijnen en naar de verdragsrechtelijke bepalingen. Deze verdragsbepalingen dienen betrokken te worden bij de uitleg van de non-discriminatiebepalingen in de EG-richtlijnen.

Betekenis(verschillen) onderscheid, ongelijke behandeling, discriminatie

Alles overziend komen we tot de volgende conclusies ten aanzien van de betekenis van de begrippen onderscheid, ongelijke behandeling en discriminatie.

Onderscheid. Het lijkt er op dat het kale begrip onderscheid het meest ruim is. Het is een neutraal / inhoudsloos begrip dat aanduidt dat er een verschil is of wordt gemaakt. Het zegt niets over het *motief* of de *bedoeling* van het onderscheidend behandelen, noch over het *resultaat* of *gevolg* daarvan, noch over de *grond* voor het onderscheid (een criterium als leeftijd, geslacht of etnische herkomst). Het verbod van onderscheid is naar zijn aard geclausuleerd in de gelijke behandelingswetgeving. Dat wil zeggen dat het beperkt is tot onderscheid dat plaatsvindt op bepaalde terreinen, wordt gemaakt op bepaalde gronden en dat niet te rechtvaardigen valt. Andere beperkingen op het verbod op onderscheid, die wel te vinden zijn in met name de Europese richtlijnen, zoals de eis dat het om een *ongunstiger* behandeling moet gaan of de eis dat er een *vergelijking* moet worden gemaakt, zijn niet expliciet in de Nederlandse wetgeving te vinden, maar blijken impliciet wel deel uit te maken van de normstelling.

Ongelijke behandeling. Het begrip ongelijke behandeling is niet afzonderlijk onderzocht. Desondanks maken we er enkele opmerkingen over. Het klinkt, door de sterke semantische verbinding met het beginsel van gelijke behandeling, minder neutraal dan ‘onderscheid’. Hierdoor staat gelijke behandeling van meet af aan in het licht van een bepaald doel, te weten het bijdragen aan meer *de jure* en/of *de facto* gelijkheid. Ongelijke behandeling lijkt qua gronden een ruimer bereik dan discriminatie te hebben en heeft een minder pejoratieve klank. Een algemeen, ongeclausuleerd, verbod op ongelijke behandeling ligt niet voor de hand, net zo min als bij onderscheid. Dit betekent dat ook bij ‘ongelijke behandeling’ afbakeningen moeten worden aangebracht. De meeste elementen die bij de bespreking van het begrip onderscheid werden genoemd, spelen eveneens een rol bij een verbod op ongelijke behandeling.

Discriminatie. Het minst neutraal klinkt het begrip discriminatie. Dit begrip heeft doorgaans een sterk pejoratieve betekenis. Deze betekenis sluit aan bij het algemeen taalgebruik in Nederland. Discriminatie is in die visie een inbreuk op het gelijkheidsbeginsel. Discriminatie heeft juridisch verschillende betekenissen. Met uitzondering van het Europese recht bestaat er een aantal opvallende verschillen met het begrip onderscheid, zoals dat in de context van de Awgb wordt gebruikt:

- a. Wat betreft de *gronden* wordt bij discriminatie een veel restrictiever beleid gevolgd dan bij onderscheid. Er is een zekere mate van consensus dat discriminatieverboden niet lichtvaardig moeten worden ingesteld.

- b. Wat betreft het *bereik* wordt in het algemeen een veel ruimer beleid gevolgd dan bij het verbod op onderscheid. Discriminatie zou altijd en overal verboden moeten zijn, wat van ‘onderscheid’ juist niet gezegd kan worden.
- c. De *rechtvaardigingsgronden* of *uitzonderingen* worden in het algemeen niet nauwkeurig omschreven. Het maakt evenwel verschil of men te maken heeft met een grond als ras dan wel handicap of leeftijd. De laatste gevallen laten meer ruimte voor het aanvoeren van rechtvaardigingen voor ongelijke behandeling.
- d. De *benadelingseis* wordt bij discriminatie ruim omschreven. Het gaat om iedere vorm van achterstelling, uitsluiting, beperking of bevoordeling waar mensen de dupe van kunnen worden. Wel is er verband vereist met de aantasting van bepaalde, fundamentele rechten van mensen.
- e. Het maken van een *vergelijking* lijkt – met uitzondering van het discriminatiebegrip zoals dat in het EG recht geldt – aan de andere kant weer niet constitutief. ‘Discriminatie’ in het Europese recht is vervat in een gesloten systeem van rechtvaardigingsgronden. Dit is mogelijk omdat in de definitie nauw wordt aangesloten bij het begrip (on)gelijke behandeling en doordat de richtlijnen zelf nauwkeurig de uitzonderingen en rechtvaardigingsgronden beschrijven. Dat gebruik van het begrip discriminatie altijd automatisch en dwingend zou meebrengen dat het om intentioneel (doelbewust) handelen zou moeten gaan is niet uit jurisprudentie, literatuur of uit een taalkundige analyse van dit begrip af te leiden.

Aspecten van de begripskeuze

‘Onderscheid’ en ‘discriminatie’ liggen in het Nederlandse gelijke behandelingsrecht niet zo ver uit elkaar als lijkt. Er is met name een grote mate van inhoudelijk grote overeenkomst tussen het Nederlandse verbod op onderscheid en het Europeesrechtelijke verbod op discriminatie. Wat zijn de consequenties van een en ander voor de inhoudelijke afweging ten behoeve van een mogelijke begripskeuze?

In de Nederlandse wetgeving wordt feitelijk een sterk normatief gekleurd discriminatiebegrip uitgewerkt door middel van het neutraal klinkende begrip ‘onderscheid maken’. De wetgever beoogt met het verbod op onderscheid in de Awgb en de aanverwante wetten een normatief effect te bewerkstelligen, dat tenminste gelijk is aan het begrip discriminatie. Daarom zou de conclusie kunnen luiden dat er begripsmatig gezien weinig in de weg staat aan het gebruik van het woord discriminatie en dat dit ook de voorkeur zou verdienen.

Deze conclusie is echter iets te makkelijk. Buiten Awgb en het EU-recht wordt het discriminatiebegrip gekoppeld aan sterk normatief geladen noties als bescherming van de menselijke waardigheid. Dat leidt er toe dat er wat betreft het bereik geen enkele beperking geldt: discriminatie is altijd en overal verderfelijk, zowel als het om verticale als horizontale relaties gaat en op elk terrein van het menselijk leven.

Dit alles nu, is bij een verbod op onderscheid of ongelijke behandeling niet of althans niet automatisch aan de orde. Het bereik van dit verbod is in Nederland beperkt tot bepaalde sectoren van het sociaal en economisch leven, de aard van de schending van het belang wordt niet gespecificeerd en het verbod op onderscheid geldt niet uitsluitend als het gaat om ‘verdachte’ gronden. Om deze laatste redenen is het kwestieus of ‘onderscheid’ wel kan worden vervangen door ‘discriminatie’. In dat geval moeten immers ook gronden worden meegenomen die zeker niet algemeen als ‘verdacht’

gelden. Verder komt dan wellicht opnieuw in discussie of het legitiem is het verbod te beperken tot bepaalde sectoren van het sociaal en maatschappelijk leven.

3.1.2 *Intermezzo: een rechtsvergelijkend uitstapje*

In België, Frankrijk en het Verenigd Koninkrijk wordt in de gelijke behandelingswetgeving het begrip discriminatie gebruikt. In zowel Frankrijk als het VK is daarbij de juridische kwalificatie van de ongelijke behandeling als ‘discriminatie’ leidend. In België lijkt een meer open systeem te bestaan waarbij niet op voorhand vaststaat wat wel en niet doorgaat voor discriminatie. In Duitsland bestaat nog geen gelijke behandelingsrecht ter uitvoering van de EG-richtlijnen. In dat land blijkt een grote weerstand te bestaan tegen het gebruik van het begrip discriminatie. In plaats daarvan wordt voorgesteld om *benachteiligung* als kernbegrip in de verbodsbepaling op te nemen. Conclusies kunnen op dit stuk niet worden getrokken.

3.1.3 *Juridische argumenten voor keuze van het ene of andere begrip*

Het tweede hoofdonderdeel van dit deel van het evaluatieonderzoek betreft de vraag welke juridische aspecten vast zitten aan de vraag naar het meest geschikte begrip. Daarbij zijn de volgende deelvragen aan de orde gekomen:

- i. Wordt een bepaald begrip/bepaalde wijze van toetsen voorgeschreven door het **EU-recht**?
- j. Wat zijn de consequenties van een bepaalde begripskeuze voor het **toetsingskader** van de rechter? Daarmee samenhangend: wat zijn de consequenties van een bepaalde begripskeuze voor de **bewijslast(verdeling)**?
- k. Sluit een bepaalde keuze meer/beter aan bij **internationaal-rechtelijke normen** op dit terrein?
- l. Is een scherpe juridische **definitie** van deze begrippen noodzakelijk/mogelijk?
- m. Is de keuze van een van beide begrippen **contextafhankelijk** (dat wil zeggen afhankelijk van de vraag of ze een rol spelen in het strafrecht/het civiele recht/het bestuursrecht)?
- n. Is de keuze voor één van beide begrippen noodzakelijk vanwege de **interne consistentie** in het Nederlandse recht?
- o. Wat zijn de consequenties van een bepaalde begripskeuze voor het **bereik** van de wetgeving?
- p. Is de keuze afhankelijk van de **gronden** voor onderscheid of discriminatie die verboden moeten worden?

Bereik en gronden

Te beginnen met de laatste twee vragen kan worden gesteld dat het begrip onderscheid zich goed leent voor wetgeving met een beperkt bereik (beperkt tot bepaalde maatschappelijke of economische terreinen) en met een breed scala aan verschillende gelijke behandelingsgronden. Het begrip discriminatie, daarentegen, kan vanwege zijn pejoratieve lading beter worden ingezet in een wet waarvan het bereik (vrijwel) onbeperkt is, maar waarin de gronden limitatief zijn opgesomd en alle een relatie hebben met een kenmerk ‘dat mensen als persoon onvervreemdbaar eigen is’. Het voordeel van de keuze voor het begrip discriminatie kan dan zijn dat daarmee het bereik weer wel in die zin zou worden beperkt dat het geen betrekking heeft op als tri-

viaal ervaren zaken. Bestaat er echter het voornemen om alle bestaande gelijke behandelingswetten te integreren in één wet, dan zou wellicht beter kunnen worden vastgehouden aan het begrip onderscheid. Deze wetten bestrijken immers een beperkt aantal terreinen en kennen een grote diversiteit aan gronden, waarbij ook gronden voorkomen die naar algemeen gevoelen weinig tot niets te maken hebben met gevoelige persoonskenmerken. Verder komt in geval in deze wetgeving het begrip discriminatie zou worden opgenomen wellicht opnieuw ter discussie te staan of het wel legitiem is het verbod te beperken tot bepaalde sectoren van het sociaal en maatschappelijk leven.

EU-conformiteit

Het EU-recht verplicht niet tot gebruik van exact dezelfde bewoordingen als welke in de richtlijnen voorkomen. Onderdeel van de vraag naar de richtlijnconformiteit van het Nederlandse recht betreft de vraag of een gesloten systeem van toetsing, zoals de Awgb die kent, aanvaardbaar is. Op dit punt kan gezegd worden dat beide systemen even gesloten lijken te zijn.

Concluderend kan gesteld worden dat de besproken verschillen tussen het Nederlandse gelijke behandelingsrecht en de bepalingen in het EU-recht niet zodanig groot zijn dat tot aanpassing van de terminologie overgegaan zou moeten worden. Anderzijds zou dit ook aanleiding kunnen zijn om te overwegen dat er niets aan in de weg staat om het begrip discriminatie wel in te voeren. Een voordeel van het gebruik van het Europeesrechtelijke discriminatiebegrip is dat het Nederlandse recht automatisch mee evolueert met eventuele wijzigingen in de uitleg of toepassing van het Europeesrechtelijke discriminatieverbod. Een nadeel zou kunnen zijn dat daarmee een vrij neutrale, circulaire, definitie van discriminatie wordt binnengehaald, die duidelijk afwijkt van de definitie die in het Nederlandse strafrecht wordt gebruikt. Het is aan de Nederlandse wetgever om daarin een keus te maken.

Het toetsingssysteem en de bewijslastverdeling

Soms is het argument te horen dat discriminatie te ‘gesloten’ zou zijn; dat wil zeggen: geen enkele uitzondering of rechtvaardiging toe zou laten. Vaker is het argument te horen dat het begrip discriminatie te ‘open’ zou zijn. Dat zou het geval zijn wanneer discriminatie wordt gedefinieerd als ‘ongerechtvaardigd onderscheid’, wat in een aantal contexten inderdaad het geval is. Er zou nauw aansluiting kunnen worden gezocht bij de wijze waarop dit begrip is omschreven in de EG-richtlijnen. In die systematiek komt – evenals in het Nederlandse recht – de vraag naar de mogelijke rechtvaardiging pas aan de orde nadat is vastgesteld dat er onderscheid is gemaakt.

Voor de bewijslastverdeling maakt het geen verschil of het ene of andere begrip wordt gebruikt. Dit is alleen anders als een geheel ‘open’ discriminatiebegrip zou worden gebruikt. Repercussies voor de bewijslastverdeling zijn niet te verwachten wanneer de Nederlandse wetgever het begrip discriminatie op dezelfde wijze zou definiëren als in de EG-richtlijnen.

Aansluiting bij het internationale non-discriminatierecht

Geconstateerd moet worden dat de betekenis en uitleg (door nationale en internationale rechters) van het begrip discriminatie kan verschillen per verdragsbepaling. Globaal gesproken kan gesteld worden dat discriminatie in de context van de Grondwet,

het EVRM en het IVBPR ongeveer hetzelfde betekent: het gaat om ongerechtvaardigd onderscheid, waarbij de rechtvaardigingsvraag ingevuld wordt met een proportionaliteitstoets en waarbij – althans als overheidsoptreden ter discussie staat – een vrij ruime mate van discretionaire bevoegdheid wordt gerespecteerd. Alleen bij bepaalde verdachte gronden wordt een ‘very weighty reasons test’ toegepast die weinig beleidsruimte laat. Het discriminatieverbod van het VN-Vrouwenverdrag is daarentegen duidelijk meer toegespitst op de schending van mensenrechten van vrouwen, het is niet beperkt tot ongelijke behandeling en is uitdrukkelijk materieel en asymmetrisch van aard. Introductie van het begrip discriminatie in de Awgb (en aanverwante wetten) kan het bezwaar hebben dat deze (ruime) invulling van internationaal-rechtelijke discriminatiebegrippen ook invloed gaat krijgen op de interpretatie en toepassing van dit nationale recht. Nederland kan zich echter in een wereld van *multi-level jurisdictions* niet blijvend afsluiten voor invloeden vanuit andere (hogere) rechtsordes. Door het begrip discriminatie wel te gebruiken – eventueel in de beperkte EG-rechtelijke betekenis daarvan – is het mogelijk dat het Nederlandse recht mee evolueert met het (hogere) internationale recht op hetzelfde terrein.

Definieerbaarheid, contextafhankelijkheid en interne consistentie van het recht

Wanneer de Nederlandse wetgever over zou gaan tot het gebruik van het woord discriminatie levert dat in vergelijking met ‘onderscheid’ geen specifieke problemen op in het licht van de rechtszekerheid voor burgers. Het lijkt dat beide begrippen even ‘leeg’ zijn en dat in beide gevallen dezelfde nadere kwalificerende arbeid van de wetgever (en in laatste instantie de rechter) nodig is teneinde de gewenste rechtszekerheid te creëren.

Inzake de vraag of het gebruik van een van beide begrippen contextafhankelijk is en/of de interne consistentie van het recht zou eisen dat overal dezelfde begrippen worden gebruikt, kan (nog) niet tot een afgeronde conclusie worden gekomen. Bij eventuele invoering zal op dit onderdeel nadere studie moeten worden verricht.

Conclusies

Resumerend: Op juridische gronden is geen eenduidig antwoord te formuleren op de vraag of de keuze voor een van beide begrippen geïndiceerd zou zijn. Voor een deel hangt dit af van nadere keuzes (bijvoorbeeld ten aanzien van het toepassingsbereik van de wetgeving of de gronden), voor een ander deel van nadere studie (bijvoorbeeld ten aanzien van de interne consistentie van het recht). In een aantal opzichten is er iets te zeggen voor het gebruik van het woord discriminatie, maar dan gedefinieerd op de wijze zoals dat in de Europese richtlijnen is geschied. Daarmee blijft Nederland aansluiting houden bij de ontwikkelingen die het discriminatiebegrip in die context zal blijven doormaken en is tegelijk een zekere band mogelijk gemaakt met ontwikkelingen die zich in het internationale recht in dit opzicht voordoen.

3.1.4 Conclusies: antwoorden op de onderzoeksvragen

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

Ja, dat kan. Echter, het omgekeerde kan ook worden gesteld: de overeenkomst tussen het Nederlandse en het Europese gelijkebehandelingsrecht wat betreft de inhoud

van de begrippen, en systematiek van toetsing die met deze begrippen samenhangt, is zo groot dat –juridisch gezien– er eveneens niets in de weg lijkt te staan aan het gaan gebruiken van het Europeesrechtelijk gedefinieerde begrip discriminatie. Dat wil zeggen: als dit begrip wordt ingevoerd zal het aan de juridische systematiek van de Awgb als zodanig niets veranderen. Hooguit zullen de ‘uitzonderingen’ op het verbod op ongelijke behandeling, die nu als ‘rechtvaardigingen’ zijn geformuleerd, vorm gegeven moeten worden in de zinsconstructie dat bepaalde situaties niet vallen onder wat de wet onder discriminatie verstaat.

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

Grosso modo spitsen de verschillen zich toe op de volgende factoren:

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

Op het eerste gezicht lijkt een duidelijk verschil in betekenis te zijn gegeven, waarbij discriminatie bij het eerste en onderscheid bij het tweede genoemde kenmerk hoort. Het onderzoek heeft echter aangetoond dat deze vermeende verschillen voor een groot deel moeten worden gereduceerd. Onderscheid krijgt een sterk negatieve betekenis wanneer de wetgever dat begrip verbindt met bepaalde als verdacht aangemerkte gronden en stelt dat het moet gaan om ‘niet te rechtvaardigen’ onderscheid. Wat betreft de verbondenheid van het discriminatiebegrip met verdachte gronden of met bepaalde mensenrechtelijke doelstellingen: dit is lang niet bij alle discriminatieverboden het geval. Het voorbeeld bij uitstek van een veel ruimere toepassing van het discriminatiebegrip is het Europese recht dat dit begrip toepast op een breed scala van gronden en dat vooral economisch-instrumenteel van aard is. Voor het toepassingsbereik geldt iets dergelijks. Tenslotte kan zowel van discriminatie als van onderscheid gezegd worden dat het open of juist gesloten begrippen zijn.

De conclusie moet zijn dat de betekenis van de begrippen als zodanig niet dwingend leidt tot een bepaalde keuze in de context van het bestaande Nederlandse gelijkebehandelingsrecht.

Is er een relatie tussen de begripskeuze en de toetsingssystematiek?

Nee, er kan niet gesteld worden dat de keuze voor een van beide begrippen automatisch en dwingend zal leiden tot een bepaalde manier van toetsen of van een verboden regeling, (be)handeling of bejegening sprake is. Of, hoe en op welk moment in de beantwoording van deze rechtsvraag er ruimte is voor het aanvoeren van rechtvaardigingsgronden is afhankelijk van de wijze waarop de begrippen die centraal staan in de normstelling (het discriminatieverbod of het verbod op onderscheid) zijn gedefinieerd en van de vraag op welke wijze de wetgever deze normstelling nader heeft ‘dichtgetimmerd’. (Dat wil zeggen zelf heeft aangegeven wat wel of niet door de beugel kan.) Samenhangend met de toetsingssystematiek is de vraag aan de orde gesteld of de keuze voor een van beide begrippen gevolgen zal hebben voor de bewijslastverdeling, c.q. voor de zwaarte van de bewijslast voor slachtoffers van discriminatie. Ook

op deze vraag luidt het antwoord dat dit afhankelijk zal zijn van de wijze van definiëren van het centrale begrip in de wet.

Tenslotte is door de onderzoekers de eerste onderzoeksvraag als volgt verbreed:

Kan de terminologie (onderscheid) in zijn algemeenheid worden gehandhaafd?

In dat verband zijn een aantal andere juridische aspecten besproken en is (bij wijze van enkele inleidende opmerkingen) aandacht gegeven aan rechtstheoretische en rechtspolitieke aspecten van de begripskeuze. Eenduidige conclusies zijn op deze punten (nog) niet te trekken. De wetgever zal hierin zelf tot beargumenteerde keuzes moeten komen.

3.2 Deel 2: Uitzondering inzake ‘eenzijdig overheidshandelen’

3.2.1 Inleiding: omlijning van het probleem

In dit onderdeel staat centraal de *tweede algemene onderzoeksvraag*:

‘IS EEN UITBREIDING VAN DE WERKINGSSFEER VAN DE GELIJKEBEHANDELINGSWETGEVING EN DE BEVOEGDHEID VAN DE CGB NAAR EENZIJDIG OVERHEIDSHANDELEN NOODZAKELIJK EN HAALBAAR? IS ER VOLDOENDE BESCHERMING IN DE AWB EN ART. 1 GRONDWET, OF MOETEN PROBLEMEN IN VERTICALE RELATIES (OOK) IN DE AWGB WORDEN OPGELOST?’

De problematiek van het eenzijdig overheidshandelen moet beperkt worden geacht tot het ‘leveren van goederen en diensten’, als bedoeld in artikel 7 Awgb. De uitsluiting van eenzijdig overheidshandelen van de werking van artikel 7 Awgb kent geen uitdrukkelijke basis in de wet, maar berust op vaste jurisprudentie van de Cgb. De Cgb beroept zich hiervoor op het standpunt van de regering bij de mondelinge behandeling in februari 1993 van de Awgb in de Tweede Kamer. Op basis van de bevindingen van hoofdstuk 2, waarin het wettelijke systeem, de Cgb-jurisprudentie en het standpunt nader worden geanalyseerd, wordt de officieel geformuleerde algemene onderzoeksvraag gepreciseerd en geherformuleerd.

3.2.2 Nadere afbakening van het overheidshandelen

Twee vragen en het Awb-begrip bestuursorgaan

Welk overheidshandelen komt in aanmerking voor beoordeling door de Cgb? Deze vraag is op twee manieren nader uitgewerkt. Dat is in de eerste plaats de vraag of er *op voorhand* al overheidshandelen kan worden aangewezen dat van de bevoegdheid van de Cgb moet worden uitgesloten. Verder kan de vraag worden gesteld of een uitbreiding van de rechtsmacht van de Cgb ten aanzien van (de resterende categorieën van) overheidshandelen in algemene zin in de rede ligt, dan wel selectief dient te geschieden.

Een prealabele kwestie ten opzichte van het voorafgaande is hoe de Cgb kan bepalen wie of wat overheid is. Dit blijkt getuige de jurisprudentie van de Cgb geen vanzelfsprekendheid, in zoverre de daarbij gehanteerde criteria niet duidelijk zijn. Voor de omlijning van wie of wat overheid is, zijn verschillende criteria denkbaar zoals die ook in het ambtenarenrecht en onderdelen van het Europese recht worden toegepast.

Er dient evenwel bij voorkeur te worden aangesloten bij de criteria die de Algemene wet bestuursrecht (Awb) daarvoor biedt. Centraal staat daarbij het begrip bestuursorgaan van artikel 1:1, eerste lid, Awb.

Beperkingen op voorhand voor wetten en a.v.v.

De democratische legitimatie van regelgevende organen moet in ons huidige staatsbestel als een belangrijke reden worden gezien om de beoordeling van wetten in formele zin en (andere) algemeen verbindende voorschriften (a.v.v.) door andere overheidsorganen en staatsmachten zo beperkt mogelijk vorm te geven. De *algemene* uitbreiding van de rechtsmacht van de Cgb ten aanzien van de inhoudelijke toetsing van wetten in formele zin in de gevallen die onder het toetsingsverbod van artikel 120 Grondwet vallen, moet daarom vooralsnog worden uitgesloten. Dat geldt ook als het initiatief-Halsema zal hebben geleid tot aanpassing van artikel 120 Grondwet. De toetsing door de Cgb van a.v.v. moet worden afgewezen, behoudens in die gevallen dat deze is geboden om bij wijze van prelabelle vraag de rechtmatigheid of verbindendheid van de grondslag van de haar ter beoordeling voorgelegde uitvoeringshandeling vast te stellen. Inzake deze materie is het van belang dat de Awgb volgend is ten aanzien van de Awb, in het bijzonder de discussie ten aanzien van artikel 8:2 Awb.

Artikel 7a Awgb, dat de basis biedt voor de Cgb om (ook) wetten in formele zin op het terrein van sociale zekerheid inhoudelijk te toetsen op verboden onderscheid naar ras, moet in dit verband vooral worden beschouwd als een uitzondering, afgedwongen door het Europese recht. Elders (zie §3.2.4) wordt de vraag behandeld of deze verboden grond niet zodanig ernstig is dat een ruimere categorie van wetten aan toetsing zou moeten worden onderworpen, en of daarbij ook nog aan andere ernstige discriminatiegronden kan worden gedacht.

Feitelijk overheidshandelen

Anders dan wetten en a.v.v. is er geen doorslaggevende reden om bij feitelijk overheidshandelen een uitsluiting van de bevoegdheid van de Cgb *op voorhand* aan te nemen. Daarvoor kan in ieder geval een tweetal argumenten worden aangevoerd. In de eerste plaats is het belang van effectieve controle van dit overheidshandelen, dat burgers rechtstreeks en ingrijpend kan raken, groot. Verder is het principe van democratische legitimatie bij feitelijk overheidshandelen niet zo dominant dat dit in aanleg de inmenging van de Cgb als toetsende instantie zou kunnen verhinderen. Voor sommige vormen van feitelijk overheidshandelen zou dit wellicht weer op het eerste gezicht anders kunnen liggen.

Het feitelijk overheidshandelen zou tot de bevoegdheid van de Cgb moeten worden gerekend, tenzij dit bij wet specifiek is uitgesloten. Dit principe kan nochtans pas van kracht worden als het adequaat in de Awgb is geïmplementeerd, in het bijzonder door een categorie van uitzonderingen daarop in de wet op te nemen.

3.2.3 De rechtspraak inzake Grondwet en verdragen: open toetsing

Is de destijds geuite vrees van de regering terecht, dat de toetsing van overheidshandelen aan de Awgb-normen met zich mee kan brengen dat het verboden wordt, terwijl het objectief wel gerechtvaardigd is? Om dit te onderzoeken is de rechtspraak

van gewone rechter en bestuursrechter op het terrein van gelijke behandeling en het verbod van discriminatie nader onderzocht.

De rechtspraak inzake toetsing van overheidshandelingen aan de Grondwet en verdragen laat zien dat hierbij een open systeem van toetsing wordt gehanteerd. Per geval wordt bezien of voor bij overheidshandelen gemaakt onderscheid een rechtvaardigingsgrond bestaat. Respect voor de beleidsvrijheid van de overheid staat voorop. Dit open systeem van toetsing staat haaks op het gesloten stelsel van de Awgb. Het verschil tussen toetsing aan het beginsel van gelijke behandeling en het discriminatieverbod betreft de marge bij de beoordeling door de overheid van het te maken onderscheid. Omdat daarbij vooral wordt ingezoomd op de gebezigde afweging van belangen ‘vanuit algemene gezichtspunten’, is er een structurele verwantschap tussen de rechterlijke toetsing van overheidshandelen aan artikel 1 Grondwet en aan het willekeurverbod.

Het open systeem van toetsing in de rechtspraak hangt samen met de bijzondere positie van de overheid. Publieke taakvervulling door de overheid berust op belangenafwegingen vanuit algemene gezichtspunten. Dit betekent onder meer dat gelijkheid niet het enige belang kan zijn, ook de tegemoetkoming aan andere belangen zoals andere grondrechten (bijvoorbeeld godsdienstvrijheid) dient in de afweging te worden betrokken. In zo’n verhouding moet door de rechter van geval tot geval kunnen worden bepaald of inzake het optreden van die overheid sprake is van een onge-rechtvaardigd onderscheid, ‘zonder gehinderd te worden door vooraf vastgelegde normen daaromtrent’. Als het wenselijk wordt geoordeeld om publiekrechtelijke rechtshandelingen en andere overheidshandelingen in algemene zin onder het bereik van de Awgb te brengen, zou daarom het gesloten systeem van toetsing krachtens de Awgb dienen te worden heroverwogen.

3.2.4 *Uitgangspunt van selectieve uitbreiding*

Het wordt van belang geacht dat de wettelijke normen van de Awgb voorschrijvend zijn, aan betrokkenen helderheid geven over in acht te nemen grenzen en het bewustzijn in de samenleving stimuleren omtrent wat mag en niet mag. Deze huidige eigenschap van de Awgb-normen komt evenwel in het gedrang als in algemene zin overheidshandelen voorwerp van toetsing wordt: men mag de overheid weliswaar evengoed als burgers houden aan wat mag en niet mag, maar men kan de overheid daarbij niet op dezelfde wijze binden aan strakke normen. Zoals in 3.2.3 reeds bleek, moet in het belang van de samenleving, die een grote diversiteit van belangen kent waarvoor de overheid zorg heeft te dragen, een zekere mate van onbelemmerdheid bij de politieke wilsvorming, en van beleidsvrijheid van de overheid bij de uitvoering daarvan, worden gerespecteerd.

Als men nu zou besluiten om alle publiekrechtelijke rechtshandelingen *in algemene zin* onder het bereik van de Awgb te brengen, is de opzet van de wet rechtstreeks in het geding. De Awgb krijgt dan een andere structuur en doelstelling. Het zou kunnen betekenen dat in het kader van een en dezelfde wet een gesloten en open toetsing systeem van toetsing moet worden gecombineerd en geïntegreerd. Afgezien van de vraag of dat werkbaar is, dient het ook niet de duidelijkheid ten aanzien van burgers. Reeds hierom zou het eventuele besluit om publiekrechtelijke rechtshandelingen en feitelijke overheidshandelingen *in algemene zin* onder het bereik van de Awgb te brengen, als onwenselijk moeten worden beoordeeld. Dit uitgangspunt leidt ertoe

om toekomstige verruimingen van de rechtsmacht van de Cgb ten aanzien van publiekrechtelijke rechtshandelingen (niet zijnde wetten en a.v.v.) en feitelijke rechtshandelingen als selectieve operaties te beschouwen.

3.2.5 *Criteria voor selectieve uitbreiding*

Het uitgangspunt van selectie vraagt om mogelijke criteria voor uitbreiding van de bevoegdheid van de Cgb ten aanzien van overheidshandelen. Uitbreiding is evenwel principieel een zaak van politiek-bestuurlijke consensus en besluitvorming. Er kan daarvoor geen juridische noodzaak worden aangetoond. Daarbij is het verstandig om rekening te houden met waar de Cgb tegenaan loopt en wat zij feitelijk qua bezetting en ondersteuning aankan. Er kunnen er vier worden genoemd.

Zwaarwegende non-discriminatiegronden. In artikel 7a Awgb wordt de grond van ras zo principieel en zwaarwegend geacht dat zij toetsing aan sociale zekerheidswetten en andere overheidshandelingen op dat terrein rechtvaardigt. Dit roept de vraag op of voor deze grond niet een ruimere categorie van wetten, etc. dient open te staan. Verder roept het de vraag op ook niet andere zwaarwegende gronden, zoals inzake godsdienst, geslacht en seksuele voorkeur een ruimere toetsing in deze zin rechtvaardigen.

Verruiming 'goederen' en 'diensten' ex artikel 7. Meer verruiming is mogelijk door het hanteren van een ruimer begrip van 'goederen en diensten' in de zin van artikel 7 Awgb. Vanuit het perspectief van de burger is het soms verwarrend dat prestaties van de overheid, aan de totstandkoming waarvan hij actief medewerking verleent, niet als 'goederen' en/of 'diensten' worden aangemerkt. Het beeld van de overheid als boven burgers geplaatste instantie wordt in vele gevallen niet zo beleefd. Men kunnen denken aan subsidies, uitkeringen en bepaalde vergunningtypen.

Feitelijk, burgers benadelend overheidshandelen. In bepaalde situaties kunnen bepaalde beslissingen over overheidsoptreden, zoals inzake ordehandhaving of rampbestrijding, niet onder de rechtsmacht van de Cgb thuishoren. Dat betekent niet dat de feitelijke uitvoering van dit soort beslissingen niet onder de bevoegdheid van de Cgb zou kunnen worden gebracht.

Beleidssterreinen. Er wordt al langer gewerkt met de methode om de selectieve uitbreiding van de rechtsmacht van de Cgb via de aanduiding van specifieke beleidssterreinen vorm te geven. Dit lijkt ook voor de toekomst een werkbare wijze.

3.2.6 *Uitgebreide rechtsmacht en de afstemming met de Awb*

Bij verruiming van de bevoegdheid van de Cgb kunnen op onderdelen afstemmingsproblemen ontstaan met de Awb. In het geval er sprake is van een appellabel besluit dat tot vermeend verboden onderscheid leidt kan er sprake zijn van samenloop van de Awgb-procedure en de Awb-rechtsgang. Gepoogd wordt de richting aan te geven waarin de oplossing kan worden gezocht.

Het is van belang dat in de Awb-rechtsgang zou kunnen worden geprofiteerd van, of rekening kan worden gehouden met het specialistische, deskundige oordeel van de Cgb, dat immers ook voor de bestuursrechtelijke rechtsgang relevant kan zijn. Dan heeft de uitbreiding van de Awgb tot ook besluiten wellicht enige meerwaarde voor de rechtzoekende. Dan zou dus de Awgb-procedure moeten worden geïntegreerd in de Awb-rechtsgang. Met integratie wordt hier bedoeld dat in de tijd genomen, alvorens tot een beslissing op Awb-bezwaar te komen, de Cgb afkomt met een oordeel

waarmee door het bestuursorgaan in bezwaar rekening kan worden gehouden. Beperking tot de fase van bezwaar is aangewezen, opdat het bestuursorgaan bij de volledige heroverweging in bezwaar rekening kan houden met het oordeel van de Cgb, dat in dat geval de status van een advies heeft. Het ligt in de rede dat dan ook in vele gevallen beroep op de bestuursrechter kan worden voorkomen.

Voor integratie van de Awgb-procedure in de bezwaarfase is het noodzakelijk dat de Cgb met feitelijk kortere beslistermijnen werkt dan welke worden gehanteerd in de standaardprocedure. Juist in verband hiermee is het de vraag of dit *integratiemodel* realistisch en haalbaar is. Voor de burger zijn er op dit vlak te veel onzekerheden aanwezig. Deze stand van zaken dwingt ons min of meer ook naar een alternatieve manier van afstemming om te zien, waarbij primair wordt vermeden dat de twee procedures in elkaars vaarwater terechtkomen. Hierover gaat het *coördinatiemodel*.

Een praktische benadering van het coördinatiemodel biedt de uitwerking in art. 9:22 Awb met betrekking tot de afstemming van de bevoegdheid van de (Nationale) ombudsman ten opzichte van die van het bestuursorgaan en de bestuursrechter in de Awb-rechtsgang. De (Nationale) ombudsman is bevoegd tot onderzoek naar 'gedragingen' van bestuursorganen jegens natuurlijke personen of rechtspersonen. In principe kunnen met uitzondering van de a.v.v. (inclusief wetten) alle soorten overheidshandelingen onderwerp van onderzoek zijn, zij het dat naar een afbakening is gestreefd van de rechtsgangen ten opzichte van elkaar op basis van respect voor de eigen, exclusieve verantwoordelijkheid van andere klachtenbehandelende of geschillenbeslechtende instanties.

3.2.7 *Beantwoording van de onderzoeksvraag*

Op de algemene onderzoeksvraag of uitbreiding van de werkingssfeer van de gelijke-behandelingswetgeving en de bevoegdheid van de Cgb naar eenzijdig overheidshandelen noodzakelijk en haalbaar is en of er voldoende bescherming is in de Awb en art. 1 Grondwet, kan het volgende worden geantwoord:

- Over noodzaak van uitbreiding kan geen uitspraak kan worden gedaan, hooguit over wenselijkheid;
- De wenselijkheid en haalbaarheid zijn uiteindelijk een kwestie van bestuurlijk-politieke afweging, omdat in dat geval geen gesloten systeem van toetsing in de Awgb kan worden gehandhaafd, waardoor uiteindelijk de oorspronkelijke doelstelling van de Awgb in het gedrang kan komen;
- Verruiming van de bevoegdheid van de Cgb tot overheidshandelen kan alleen op selectieve basis plaatsvinden, op voorhand geldt daarbij dat uitbreiding ten aanzien van wetten in formele zin en a.v.v. niet dan bij hoge uitzondering, bijvoorbeeld omdat het uit een EG-richtlijn volgt, moet worden vormgegeven;
- Er zijn geen bijzondere problemen aanwezig bij de bescherming tegen overheids-handelen krachtens Awb en artikel 1 Grondwet.

3.3 Deel 3: Gelijkheid, verenigingsvrijheid en privacy

3.3.1 Inleiding

In dit onderdeel staat de *derde algemene onderzoeksvraag* centraal, welke als volgt luidt:

WAAR ZITTEN DE KNELPUNTEN IN DE REIKWIJDTE EN TOEPASSING VAN DE GELIJKEBEHANDELINGSWETGEVING TEN OPZICHTE VAN DE VERENIGINGSVRIJHEID EN RECHT OP EERBIEDIGING VAN DE PERSOONLIJKE LEVENSSFEER? IS DE WETGEVING OP DIT PUNT IN OVEREENSTEMMING MET DE VERPLICHTINGEN VOORTVLOEIEND UIT DE GRONDWET, HET EVRM EN PROTOCOLLEN EN DE EU-REGELGEVING TEN AANZIEN VAN HET VERBOD VAN DISCRIMINATIE, DE VERENIGINGSVRIJHEID EN HET RECHT OP EERBIEDIGING VAN DE PERSOONLIJKE LEVENSSFEER?

In het onderzoek is apart aandacht besteed aan de problematiek van verenigingsvrijheid en privacy.

3.3.2 *Verenigingsvrijheid: achtergrond en behandeling van het probleem*

In haar evaluatieverslag uit 2004 besteedt de Cgb expliciet aandacht aan de relatie tussen de verenigingsvrijheid en het recht op gelijkheid. De Cgb wijst erop dat er in het algemeen, getuige de wetsgeschiedenis, binding van verenigingen aan de Awgb is beoogd voor zover deze deelnemen 'aan het maatschappelijk verkeer'. Van toetsing zijn uitgesloten handelingen die samenhangen met het 'interne verenigingsrecht'. Deze principes heeft de Cgb in haar jurisprudentie uitgewerkt. Er rijst bij de Cgb in dit verband de vraag of het gewenst is dat het verenigingen vrij staat mensen ongelijk te behandelen, bijvoorbeeld op grond van hun geslacht of ras, zonder hierover verantwoording te hoeven afleggen. Met name twee zaken roepen vragen op over de reikwijdte van de Awgb: de weigering van de SGP vrouwen toe te laten tot het partijtjidmaatschap en de watersportvereniging die buitenlandse leden weigert. Beide zaken nopen er volgens de Cgb toe nader te onderzoeken of het mogelijk is als wettelijk uitgangspunt in te voeren dat verenigingen ook geen verboden onderscheid mogen maken bij zuiver interne verenigingsaangelegenheden, zoals de statuten. Het gaat dan vooral om het uitsluiten van lidmaatschap of om de interne organisatie van de vereniging.

Onderzocht is in de eerste plaats hoe in de civiele rechtspraak met toetsing aan het verenigingsrecht wordt omgegaan en hoe de toetsing die de Cgb dienaangaande verricht, zich daartoe verhoudt. Vervolgens is aandacht besteed aan de uitgangspunten van de verenigingsvrijheid op nationaal (Grondwet) en internationaal niveau (EVRM) en worden conclusies getrokken.

3.3.3 *Bevindingen en conclusies inzake verenigingsvrijheid*

Zowel uit artikel 8 Grondwet als art. 11 EVRM kan worden afgeleid, dat de vereniging een eigen rechtssfeer bezit waarin niet lichtvaardig van externe zijde kan worden getreden. De verenigingsvrijheid van art. 8 Grondwet bestaat in afgezwakte vorm ook in horizontale verhoudingen, nu in dat geval uitgangspunt is het respect voor de beleidsvrijheid van de organen in de vereniging. Deze eigen rechtssfeer moet worden gezien als een rechtstreeks uitvloeisel van het principieel toegekende recht aan individuen om samen te werken op een gemeenschappelijke grondslag met een gemeenschappelijk doel. De waarborg van dit recht is met name gelegen in de omstandig-

heid dat de beperkingsgrond van openbare orde alleen in de uiterste situatie dat inbreuk wordt gemaakt op de algemeen aanvaarde grondvesten van ons rechtstelsel van toepassing is.

Artikel 11 EVRM erkent het recht een organisatorisch samenwerkingsverband met anderen aan te gaan. Het is duidelijk dat het verdragsartikel ook andere (rechts)vormen dan de strikte vereniging omvat. Het Hof heeft verschillende principiële arresten gewezen die aangeven dat, waarom en tot hoever verenigingen of rechtspersonen een eigen rechtssfeer behoeven. De verenigingsvrijheid komt alleen toe aan privaatrechtelijke organisaties. Volgens het Hof is de betekenis van de vrijheid tot oprichting van een rechtspersoon gelegen in het principe dat ‘citizens should be able to form a legal entity in order to act collectively in a field of mutual interest’. Deze vrijheid om collectief op te treden is nauw verbonden met de vrijheid van meningsuiting en expressie. Uit de vrijheid tot oprichting volgt ook ‘that the protection afforded by Article 11 lasts for an association’s entire life (...)’.

De werking van art. 11 EVRM in horizontale verhoudingen komt vooral aan de orde bij ‘closed shop’ zaken. Het Hof gaat niet in op de vraag of artikel 11 bij de closed shop problematiek mede de negatieve verenigingsvrijheid omvat. Onder specifieke omstandigheden kan de feitelijk op een persoon uitgeoefende dwang om lid te worden van een vakbond niettemin in strijd komen met de wezenskenmerken van de verenigingsvrijheid.

De Rasrichtlijn bevat in art. 3, sub e tot en met h, normen die direct of indirect onderscheid op een aantal terreinen en met betrekking tot een aantal activiteiten verbieden. Voor de implementatie van deze normen is een wijziging van de Awgb niet noodzakelijk. Zij maken reeds deel uit van de wet. Van belang is wel dat zij richtlijnconform worden toegepast.

Wat betreft de betekenis van art. 2, aanhef j° sub e, in combinatie met art. 7 van het VN-Vrouwenverdrag is door regering en parlement het uitgangspunt aanvaard dat de overheid moet verzekeren dat individuele vrouwen toegang hebben tot (onder meer) de politieke partij van hun keuze, maar dat de overheid beleidsvrijheid heeft bij het vormgeven van deze verdragsverplichting. Mede als gevolg van de SGP-zaak staat deze norm sterk ter discussie. In september 2005 oordeelde de Rechtbank Den Haag dat de Staat zijn verplichtingen uit het verdrag niet is nagekomen. Het vonnis van de rechtbank heeft als boodschap dat de overheid zich meer dan gemiddeld dient in te spannen tot het nemen van maatregelen die discriminatie van vrouwen door politieke partijen tegengaan. Formeel staat nog steeds niet vast of art. 7 van het Vrouwenverdrag ook rechtstreeks en volledig in horizontale verhoudingen toepasbaar is. Een wettelijke regel zou om meer dan een reden kunnen voorzien in een leemte. Toch is het voor het stadium van regelgeving nog te vroeg. Het oordeel van de rechter is echter nog niet definitief. Er is hoger beroep ingesteld, en cassatie is nadien niet uitgesloten. Zolang de procedure loopt, is het niet opportuun aan de betekenis van het Vrouwenverdrag algemene consequenties te verbinden.

3.3.4 Beantwoording van de onderzoeksvraag inzake verenigingsvrijheid

Uitgaand van de specifieke onderzoeksvraag, kan worden gesteld dat de Awgb wat betreft de afstemming tussen de gelijkheidsnorm en de verenigingsvrijheid in het algemeen geen strijd laat zien met EU-regelgeving of internationale verdragen. Bij de toepassing van de Awgb op het verenigingsrecht dient in het algemeen een afweging

plaats te vinden tussen het fundamentele belang van gelijkheid (gelijke behandeling, anti-discriminatie) enerzijds en de vrijheid van vereniging anderzijds. Gelijkheid staat niet vanzelfsprekend boven vrijheid. De verenigingsvrijheid is bedoeld om groepsvorming mogelijk te maken en zich te verenigen rond een activiteit, overtuiging of een mening. Daarmee is de maatschappelijke pluriformiteit en sociale, politieke diversiteit gediend.

Dit betekent dat het eventuele voorstel om ten aanzien van verenigingen in het algemeen alleen onderscheid toe te staan, voor zover deze eisen stellen die nodig zijn om de eigen grondslag te verwezenlijken en deze eisen er niet toe leiden dat iemand ongelijk wordt behandeld vanwege één van de gronden van de Awgb niet in overeenstemming is met het nationale en internationale recht. Zo'n voorstel zou de kern miskennen van waar het hier om gaat. De (omvang van de) vrijheid van vereniging mag niet in het algemeen het resultaat zijn van het 'goedvinden' door een overheidsorgaan, zoals de Cgb is.

Constateerend dat over de betekenis van art. 7 Vrouwenverdrag nog geen definitief rechterlijk oordeel is uitgesproken, kan worden opgemerkt dat er in het licht van het nationale en internationale recht in het algemeen geen scherpe criteria mogelijk zijn bij de toetsing van de verenigingsvrijheid. De evenredigheidstoets in het kader van het EVRM en de marginale toetsing door de burgerlijke rechter aan redelijkheid en billijkheid zijn beide uitdrukkingen van het uitgangspunt dat de reikwijdte van de verenigingsvrijheid zich eerst in concreto laat omlijnen.

Het lijkt ons aangewezen om bij de toetsing van verenigingshandelen in ieder geval de voorvraag te stellen of de vereniging een besloten danwel open karakter heeft. Bij deze voorvraag wordt in wezen beoordeeld of de Awgb gezien haar doel en karakter op de betreffende vereniging(sactiviteiten) van toepassing is. Bij de kwalificatie van het karakter van de vereniging als niet-besloten, kunnen ook de statutaire bepalingen worden getoetst als het bekritiseerde verenigingshandelen in relatie staat tot de statutaire uitgangspunten.

3.3.5 Privacy: achtergrond en behandeling van het probleem

In de Rasrichtlijn en Kaderrichtlijn wordt het verbod van directe en indirecte discriminatie zowel voor de overheidssector als de particuliere sector toepasselijk verklaard wat betreft 'de voorwaarden voor toegang tot arbeid in loondienst of als zelfstandige en tot het beroep, met inbegrip van de selectie- en aanstellingscriteria, ongeacht de tak van activiteit en op alle niveaus van de beroepshiërarchie, met inbegrip van bevorderingskansen'. Tevens is daarbij bepaald dat het verbod geldt wat betreft 'werkgelegenheid en arbeidsvoorwaarden, met inbegrip van ontslag en beloning'. De normen zijn bijzonder ruim en bevatten bijvoorbeeld, behoudens voor kerken en andere publieke of particuliere organisaties op godsdienstige of levensbeschouwelijke grondslag, geen uitzondering voor arbeid dat in de privé-sfeer wordt verricht. Er rijst de vraag hoe de normen van de beide richtlijnen zich verhouden ten opzichte van artikel 5, derde lid, Awgb waarin is vastgelegd dat het verbod van onderscheid bij het aanbieden van een betrekking niet van toepassing is op eisen, die, gelet op het privé-karakter van de werkverhouding in redelijkheid aan een werkverhouding kunnen worden gesteld.

In de Rasrichtlijn is het verbod van discriminatie toepasselijk wat betreft 'de toegang tot en het aanbod van goederen en diensten die publiekelijk beschikbaar zijn, met in-

begrip van huisvesting'. Hierbij is geen uitzondering geregeld voor de privé-sfeer. De vraag rijst hoe deze norm zich verhoudt ten opzichte van artikel 7, derde lid, Awgb, waarin is bepaald dat het verbod van onderscheid bij het aanbieden van goederen en diensten, voor zover dat in de uitoefening van beroep en bedrijf geschiedt of wanneer daarbij sprake is van aanbod in het openbaar door natuurlijke personen, niet van toepassing is 'op eisen die gelet op het privé-karakter van de omstandigheden waarop de rechtsverhouding ziet in redelijkheid kunnen worden gesteld'.

3.3.6 *Bevindingen en conclusies inzake het privacy-recht*

Het recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer is ruim en heeft een open karakter. Het is – zeer algemeen – het recht op persoonlijke vrijheid en individuele autonomie, zowel in relatie tot de overheid als in relatie tot de rechten en vrijheden van anderen. Het bestrijkt een veelheid van gevallen die zich alleen in een zeer algemene formule laten vangen. Het recht is beschreven in de Grondwet, het EVRM en geldt als een algemeen beginsel van Gemeenschapsrecht in de EU-rechtsorde. Zowel in de jurisprudentie omtrent art. 10 Grondwet als inzake art. 8 EVRM, alsmede in de jurisprudentie van het HvJEG laat zich de betekenis van het recht in concreto slechts via een rechterlijke afweging kennen. Het recht ontmoet grenzen. In de jurisprudentie van de Nederlandse rechter omtrent art. 10 Grondwet is de eis van een wettelijke grondslag van de beperking op het recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer de meest eenduidige norm die kan worden aangetroffen. In de jurisprudentie van het EHRM is uitgemerkt dat op het recht niet te onbepaalde aanspraken op positieve maatregelen van de overheid kunnen worden gebaseerd. Verder is het recht niet van toepassing op relaties met niet-mensen. Het Straatsburgse Hof heeft weer wel de deur op een kier gezet om het recht op privacy van rechtspersonen te erkennen. Van het laatste neemt evenwel het HvJEG uitdrukkelijk afstand totnogtoe. Het recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer leent zich voor toepassing in horizontale verhoudingen.

De Ras- en Kaderrichtlijn bevatten geen nadere beperkingen ten aanzien van de toegang tot goederen of diensten en de toegang tot arbeid in beroep of bedrijf in de privé-sfeer. De uitzonderingsbepalingen van art. 5 en 7 Awgb inzake eisen die gelet op het privé-karakter van de rechtsverhouding in redelijkheid kunnen worden gesteld, behoeven geen aanpassing. Voor de toepassing van het EU-recht mag er in het algemeen van worden uitgegaan dat in lijn met het EVRM het privé- en gezins- en familieleven wordt gerespecteerd, waarbij in beginsel het privacyrecht prevaleert ten opzichte van het gelijkheidsbeginsel.

In een arrest uit 1983 heeft het HvJEG zich uitgesproken over een casus waarbij de bij een richtlijn gestelde norm van gelijke behandeling van mannen en vrouwen in de arbeid volgens Britse wetgeving niet van toepassing was op de tewerkstelling in particuliere huishoudens en op situaties dat een werkgever niet meer dan vijf werknemers heeft. Het Hof stelde dat de Britse wet een evenwicht tot stand probeerde te brengen tussen het beginsel van gelijke behandeling en het al even fundamentele beginsel van bescherming van het privé leven. Maar het Hof vond de wettelijke uitzondering te algemeen, in die zin dat er voor bepaalde gevallen een andere afweging kan zijn vereist. Deze opvatting van het Hof ligt zeer wel in de lijn van de (veronderstelde) betekenis van de beide richtlijnen: aan het beginsel dat privacy prevaleert ten opzichte van gelijkheid wordt niet afgedaan, maar in concreto zal toch steeds moeten

worden uitgemaakt hoe en tot waar de precieze grens van de privé-sfeer moet worden getrokken.

3.3.7 *Beantwoording onderzoeksvraag inzake privacy*

De uitzonderingsbepalingen van het derde lid van de artikelen 5 en 7 Awgb zijn niet in strijd met het nationale, internationale of Europese recht. De wettelijke bepalingen zijn open bepalingen die volop ruimte bieden voor afweging in concreto. Het derde lid verleent immers opdracht aan de Cgb en de rechter om uit te maken of er sprake is van (a) een privé-karakter van de werk- of rechtsverhouding dat (b) in concreto overweegt ten opzichte van het belang van toepassing van de wet. Met name element b verzekert de mogelijkheid om de norm op het concrete geval af te stemmen. Er is geen sprake van een norm die algemeen en uniform de aard van de uitzonderingen vooraf bepaalt. De opzet van de wettelijke bepalingen sluiten daarmee aan bij het gegeven – zoals de wetgever het getuige de parlementaire stukken al geschetst heeft – dat het privacyrecht een sterk beginselkarakter heeft. Zij sluit ook aan bij het door het Europese Hof uitgesproken inzicht dat een uitzondering op het verbod van onderscheid voor particuliere huishoudens of kleine bedrijven niet een regelkarakter mag hebben, die of te uniform uitwerkt danwel voorbijgaat aan de realiteit van de arbeidsverhoudingen.

3.4 Deel 4: Kerkgenootschap en geestelijk ambt

3.4.1 *Inleiding*

In dit onderdeel staat centraal de *vierde algemene onderzoeksvraag*. Deze luidt:

WAAR ZITTEN KNELPUNTEN IN DE REIKWIJDTE EN TOEPASSING VAN DE GELIJKEBEHANDELINGSWETGEVING TEN OPZICHTE VAN RECHTSVERHOUDINGEN BINNEN KERKGENOOTSCHAPPEN EN HET GEESTELIJK AMBT? WORDEN BOTSINGEN BEVREDIGEND OPGELOST BINNEN HET KADER VAN ART. 3 AWGB? IS DE AWGB OP DIT PUNT IN OVEREENSTEMMING MET DE VERPLICHTINGEN VOORTVLOEIEND UIT DE GRONDWET, HET EVRM EN PROTOCOLLEN EN DE EU-REGELGEVING TEN AANZIEN VAN HET DISCRIMATIEVERBOD EN DE GODSDIENSTVRIJHEID?

Deze vraag doelt op de spanningsverhouding tussen enerzijds de verplichting tot naleving van nationale en internationale gelijkebehandelingsnormen en anderzijds de aanzienlijke ruimte die de wetgever – ook in de Awgb – laat aan kerken en andere genootschappen op geestelijke grondslag om met het oog op de vrijheid van godsdienst en levensovertuiging eigen criteria en maatstaven te stellen.

3.4.2 *Precisering vraag, behandeling*

Centraal staat de vraag of de Awgb – en daarbinnen met name artikel 3 Awgb – een aanvaardbaar evenwicht bewerkstelligt tussen enerzijds gelijkheidsnormen en anderzijds de vrijheid van godsdienst. Wat betreft de centrale vraag zijn enkele deelvragen te onderscheiden. Enerzijds is hierbij aan de orde in hoeverre met de uitzondering die artikel 3 Awgb maakt op de gelijkheidsnormen in de Awgb voldoende recht gedaan wordt aan de gelijkheidsnormen van hogere orde die de Awgb beoogt te implementeren; met andere woorden, maakt artikel 3 Awgb in het licht van die normen niet een te vergaande uitzonderingspositie voor kerkgenootschappen en het

geestelijk ambt mogelijk? Anderzijds is hierbij aan de orde in hoeverre de Awgb – met de uitzondering die artikel 3 Awgb biedt – bezien in het licht van de vrijheid van godsdienst voldoende ruimte laat aan de eigen normering binnen kerkgenootschappen en het geestelijk ambt; met andere woorden, verleent artikel 3 Awgb daarvoor niet een te beperkte uitzonderingspositie? Of biedt artikel 3 Awgb een goed compromis tussen beide waarden? Kortom, (1) doet artikel 3 Awgb afbreuk aan de gelijkheidsnormen ten gunste van de godsdienstvrijheid; (2) doet de Awgb in weerwil van artikel 3 Awgb afbreuk aan de godsdienstvrijheid door een te vergaande strekking en werking aan de gelijkheidsnormen te verlenen; of (3) realiseert artikel 3 Awgb een adequaat evenwicht tussen beide principes?

Aandacht is besteed aan de betekenis en herkomst van artikel 3 Awgb en aan de verhouding van dit artikel tot nationale, internationale en Europese verplichtingen ten aanzien van het discriminatieverbod.

3.4.3 Achtergrond en behandeling van het probleem

Centraal staat in dit onderdeel de vraag of de Awgb – en daarbinnen met name artikel 3 Awgb – een aanvaardbaar evenwicht bewerkstelligt tussen enerzijds gelijkheidsnormen en anderzijds de vrijheid van godsdienst. Wat betreft deze centrale vraag zijn twee deelvragen te onderscheiden. Enerzijds is hierbij aan de orde in hoeverre met de uitzondering die artikel 3 Awgb maakt op de gelijkheidsnormen in de Awgb voldoende recht gedaan wordt aan de gelijkheidsnormen van hogere orde die de Awgb beoogt te implementeren; met andere woorden, maakt artikel 3 Awgb in het licht van die normen niet een te vergaande uitzonderingspositie voor kerkgenootschappen en het geestelijk ambt mogelijk? Anderzijds is hierbij aan de orde in hoeverre de Awgb bezien in het licht van de vrijheid van godsdienst – met de uitzondering die artikel 3 Awgb biedt – voldoende ruimte laat aan de eigen ‘kerkgenootschappelijke’ normering interne verhoudingen en ten aanzien van het geestelijk ambt. Met andere woorden, verleent artikel 3 Awgb daarvoor niet een te beperkte uitzonderingspositie? Of biedt artikel 3 Awgb een goed compromis tussen beide waarden? Kortom, (1) doet artikel 3 Awgb afbreuk aan de gelijkheidsnormen ten gunste van de godsdienstvrijheid; of (2) doet de Awgb in weerwil van artikel 3 Awgb afbreuk aan de godsdienstvrijheid door een te vergaande strekking en werking aan de gelijkheidsnormen te verlenen?

Aandacht is besteed aan de betekenis en herkomst van artikel 3 Awgb en aan de verhouding van dit artikel tot nationale, internationale en Europese verplichtingen ten aanzien van het discriminatieverbod.

3.4.4 Conclusies en beantwoording van de onderzoeksvraag

We concluderen dat artikel 3 Awgb ten aanzien van kerkgenootschappen en het geestelijk ambt een aanvaardbaar compromis biedt tussen enerzijds het gelijkheidsbeginsel en anderzijds de vrijheid van godsdienst.

Artikel 3 Awgb gaat in principe de grenzen van de ‘open’ gelijkheidsnormen in artikel 1 Grondwet en de mensenrechtenverdragen niet te buiten. De in artikel 6 Grondwet en artikel 9 EVRM gewaarborgde vrijheid van godsdienst vormt daartoe een voldoende rechtvaardiging.

Hetzelfde geldt in zijn algemeenheid voor de ter zake relevante EU-richtlijnen – uitgelegd in het licht van de vrijheid van godsdienst en de scheiding van kerk en staat als

algemene beginselen van Gemeenschapsrecht. Ingegaan wordt op een drietal detailkwesties, waar toch sprake zou kunnen zijn van te ruime door artikel 3 Awgb verleende uitzonderingen.

Naar de letter rechtvaardigt het toepasselijke Europese recht alleen uitzonderingen in de vorm van wezenlijke beroepsvereisten. Artikel 3 Awgb zondert evenwel niet alleen het geestelijk ambt, maar ook de *opleiding* voor een geestelijk ambt van de werkingssfeer van de Awgb uit. Wij zijn van mening, dat het begrip beroepsvereiste in zoverre ruim genomen moet worden, dat daaronder ook vergelijkbare toelatingsvoorwaarden voor de ambtsopleiding begrepen moeten worden. Ter zake moet een impliciete bevoegdheid voorondersteld worden.

Zoals gezegd, het toepasselijke Europese recht laat alleen uitzonderingen toe in de vorm van wezenlijke beroepsvereisten ten aanzien van het geestelijk ambt en aanverwante, genootschapsinterne functies. Artikel 3 sub a Awgb zondert echter ook interne rechtsverhoudingen van de werkingssfeer van de wet uit die geen betrekking hebben op het geestelijk ambt en aanverwante functies. Dat lijkt ons in principe toch geen probleem op te leveren, nu dergelijke rechtsverhoudingen in het algemeen de publieke dimensie van een openbaar aanbod ontberen, welke voorwaarde is om onder de reikwijdte van de richtlijnen te vallen.

Het toepasselijke Europese recht laat het, ook in het geval dat ‘afwijkende’ wezenlijke beroepsvereisten door de beugel kunnen, niet toe dat het verbod op intimidatie dan niet (meer) geldt. Dienovereenkomstig heeft de wetgever het intimidatieverbod zo geformuleerd – zie artikel 1a, derde lid, Awgb – dat het blijft gelden, ook als zich een uitzondering voordoet op het verbod om onderscheid te maken. Daarbij heeft de wetgever evenwel nagelaten om artikel 3 Awgb hierbij te betrekken, wat betekent dat als artikel 3 Awgb van toepassing is, het intimidatieverbod niet geldt. Dat is in strijd met het Europese recht. Artikel 1a Awgb zal op dit punt dan ook aangepast moeten worden.

De uitzondering die artikel 3 Awgb ten behoeve van kerkgenootschappen maakt is in het licht van de vrijheid van godsdienst niet te beperkt. Voorwaarde is daarbij dan wel, dat de begrippen ‘(kwalificaties voor) het geestelijk ambt’ en ‘zelfstandig onderdeel van een kerkgenootschap’ die in deze bepaling figureren niet te beperkt uitgelegd worden. Een te restrictieve uitleg van deze begrippen brengt mee, dat ook rechtsverhoudingen ten aanzien waarvan de overheid vanwege de vrijheid van godsdienst vergaande terughoudendheid heeft te betrachten, moeten voldoen aan het stringente regime van artikelen 5 en 7 Awgb. Dat is in strijd met de vrijheid van godsdienst.

Als sprake is van een organisatie welke door het kerkgenootschap zelf als zelfstandig onderdeel aangemerkt wordt, waarbinnen het kerkgenootschap bepalende zeggenschap heeft en uit de statuten de religieuze achtergrond en binding met het kerkgenootschap blijkt, dient deze kwalificatie in principe door juridische beslissers (Commissie, rechter) aanvaard te worden. De arbeidsrelatie met het ‘kernpersoneel’ dat in zo een organisatie werkzaam is dient in de zin van artikel 3 Awgb als een rechtsverhouding binnen een kerkgenootschap aangemerkt te worden. Aldus uitgelegd biedt artikel 3 Awgb in intern-genootschappelijke relaties voldoende ruimte voor de vrijheid van godsdienst.

4 Samenvatting en conclusies rechtssociologisch deel

4.1 Onderzoeksvragen

In het rechtssociologisch onderzoek van deze evaluatie stond de kenbaarheid, de toegankelijkheid en de effectiviteit van de gelijke behandelingswetgeving centraal. De volgende vier onderzoeksvragen waren richtinggevend voor het onderzoek:

1. In hoeverre biedt de gelijke behandelingswetgeving voor de burger voldoende houvast voor het vernemen en het realiseren van zijn rechten en plichten?
2. Op welke wijze kan de kenbaarheid van de gelijke behandelingswetgeving bij de burger worden verbeterd?
3. In hoeverre biedt de gelijke behandelingswetgeving voor professionals voldoende houvast voor een effectieve uitvoering en handhaving van de wet?
4. In welke mate, en op welke wijze, treden professionals in de praktijk op tegen gevallen van ongelijke behandeling; en wat is hierbij de rol van de gelijke behandelingswetgeving?

4.2 Methode van onderzoek

Wij hebben in deze evaluatie van de gelijke behandelingswetgeving gebruik gemaakt van een benadering die wordt aangeduid als de sociale werking van recht. Hierin staat niet de bedoeling van de wetgever centraal, maar de vraag in hoeverre een gegeven wet verschil uitmaakt in het maatschappelijk verkeer. We hebben bovendien aandacht besteed aan mogelijke symbolische effecten van deze wetgeving. Dit zijn effecten die betrekking hebben op processen van betekenisverlening en communicatie rond een wet. Het rechtssociologisch onderzoek is onderverdeeld in twee deelonderzoeken:

- Onderzoek naar de kenbaarheid en toegankelijkheid van de Awgb onder burgers; en
- Onderzoek naar de bruikbaarheid en effectiviteit van de Awgb voor professionele gebruikers.

Voor de beantwoording van de vragen naar de kenbaarheid en toegankelijkheid van de gelijke behandelingswetgeving voor de burger hebben wij gebruik gemaakt van een combinatie van *kwantitatieve* en *kwalitatieve* onderzoeksmethoden. Er is allereerst door middel van een Internet-panel een enquête afgenomen onder een representatieve afspiegeling van de Nederlandse bevolking. In totaal zijn 1.420 vragenlijsten uitgezet, waarvan er 1.054 zijn ingevuld (respons: 74,2%). Wij hebben er voor gekozen om onze enquête zodanig in te richten, dat wij ook representatieve conclusies kunnen trekken over de ervaringen en opvattingen van allochtone Nederlanders. Om de (kwantitatieve) resultaten van de enquête beter te kunnen duiden en om ze te voorzien van een bredere context, zijn vervolgens ook zes kwalitatieve casestudies verricht. Hiervoor is een selectie gemaakt uit de dossiers bij de Cgb uit 2005. Bij elk dossier zijn met de betrokken partijen semi-structureerde interviews gehouden en relevante documenten bestudeerd. Voor de beantwoording van de onderzoeksvragen over de mate waarin de gelijke behandelingswetgeving voldoende houvast biedt voor een effectieve uitvoering en handhaving door professionele gebruikers is eveneens

gebruik gemaakt van zowel *kwantitatieve* als *kwalitatieve* gegevens. Er zijn allereerst telefonische interviews afgenomen met verschillende professionele gebruikers, waaronder medewerkers van anti-discriminatiebureaus en vergelijkbare instellingen, advocaten, P&O-medewerkers, medewerkers van vakbonden, medewerkers van belangenorganisaties en rechters. Om de (deels kwantitatieve) resultaten van de telefonische interviews beter te kunnen duiden en om ze te voorzien van een bredere context, zijn bovendien vijf kwalitatieve casestudies verricht. Hiervoor is een selectie gemaakt uit recente discriminatiezaken waarmee deze professionals te maken hebben gehad. Bij elke discriminatiezaak zijn met de betrokken partijen semi-gestructureerde interviews gehouden en relevante documenten bestudeerd.

4.3 *Beperkingen van dit onderzoek*

Het meten van de effectiviteit van de Awgb veronderstelt haast een laboratoriumsituatie, waarbij de invloed van deze wetgeving wordt geïsoleerd van de invloed van andere factoren en omstandigheden. In de praktijk kan de gelijke behandelingswetgeving echter onmogelijk volledig worden geïsoleerd van haar maatschappelijke omgeving. Dat geldt ook voor het werk van de Cgb. Bovendien zijn de factoren en omstandigheden waarop deze wetgeving van toepassing is voortdurend in ontwikkeling. Ten slotte ontbreekt het aan een zogenoemde nulmeting uit 1994 (toen de wet werd ingevoerd), waarmee de huidige stand van zaken kan worden vergeleken met de beginsituatie. Dat maakt het lastig om de effectiviteit van de Awgb eenduidig vast te stellen. Om deze redenen hebben wij in deze evaluatie gekozen voor een alternatieve benadering, waarin de nadruk ligt op de sociale werking en de symboolwerking van de gelijke behandelingswetgeving.

In de eerste fase van deze evaluatie is op een aantal terreinen ook empirisch onderzoek verricht. Het onderzoek voor de tweede fase is daarom zorgvuldig afgestemd op deze reeds beschikbare gegevens. Dat betekent dat de meeste onderwerpen die al in de eerste fase zijn onderzocht in dit onderzoek niet nog een keer zijn herhaald en dat – waar mogelijk – de kwantitatieve gegevens uit de eerste fase zijn aangevuld met kwalitatieve gegevens uit de interviews en de case-studies. Om uitspraken te kunnen doen over mogelijke ontwikkelingen in de maatschappelijke betekenis van de gelijke behandelingswetgeving, worden in dit rapport de resultaten van deze (tweede) evaluatie afgezet tegen de resultaten van de eerste Awgb-evaluatie uit 1999. Hierbij moeten vooraf wel enkele methodologische kanttekeningen worden geplaatst. Beide evaluatieonderzoeken zijn namelijk om een aantal redenen moeilijk met elkaar te vergelijken. In de eerste plaats kende het onderzoek uit 1999 een andere, bredere, opzet dan het onderhavige onderzoek. Ten tweede is in 1999 de (algemene) sociale werking van de gelijke behandelingswetgeving alleen onderzocht onder (verschillende typen) arbeidsorganisaties. In het onderhavige onderzoek is daarentegen een algemeen bevolkingsonderzoek gehouden en juist geen specifiek onderzoek verricht binnen organisaties. Ten slotte is in beide onderzoeken niet altijd dezelfde vraagstelling gebruikt. De genoemde verschillen hebben een negatief effect op de betrouwbaarheid van de vergelijkende conclusies. Maar omdat er behalve het onderzoek uit 1999 geen goede alternatieve gegevens beschikbaar zijn, is er in dit rapport desondanks voor gekozen om op een aantal plaatsen te verwijzen naar de uitkomsten van de eerste evaluatie. Gelet op de belangrijke verschillen tussen beide onderzoeken,

moet er bij algemene uitspraken die terugkijken naar 1999 de nodige voorzichtigheid in acht worden genomen.

4.4 *Burgers*

Uit de burgerenquête blijkt dat één vijfde (22%) van alle ondervraagden zelf wel eens een geval van ongelijke behandeling heeft meegemaakt. Dit is iets meer dan uit het onderzoek in de eerste fase van deze evaluatie naar voren kwam (15%) (waarbij overigens de vraag beperkt was tot de periode medio 2003 – medio 2004) (Cgb, blz. 71). Van alle ondervraagde allochtonen zegt bijna de helft (45%) zelf wel eens een geval van discriminatie te hebben meegemaakt. Dat geldt ook voor ruim een derde (38%) van de ondervraagde homoseksuelen. Allochtonen ervaren, met andere woorden, twee keer zo vaak een vorm van ongelijke behandeling dan autochtonen. homoseksuelen ervaren bovendien vaker ongelijke behandeling dan heteroseksuelen. Driekwart van de respondenten (76%) had voorafgaand aan ons onderzoek wel eens iets gehoord of gelezen over de Awgb. Er zijn meer ouderen (van 45 jaar en ouder) die wel eens iets over de wet hebben gehoord dan jongeren (< 45 jaar). Dit cijfer is aanzienlijk lager dan de uitkomst van de vorige evaluatie in 1999. Hierin was 91% van de ondervraagden bekend met de AWGB. Dit valt waarschijnlijk mede te verklaren door het feit dat de resultaten van de eerste evaluatie niet afkomstig zijn uit een algemene bevolkingsenquête, maar uit een telefonische enquête onder (een steekproef van) alle arbeidsorganisaties in Nederland met tien of meer werknemers. Het onderzoek werd uitgevoerd met behulp van telefonische interviews met de functionarissen binnen de organisaties belast met personeelszaken. Deze geïnterviewde medewerkers komen door hun werk waarschijnlijk vaker in aanraking met de gelijke behandelingswetgeving dan de gemiddelde burger.

Naast de algemene (naams)bekendheid van de Awgb is ook de bekendheid met een aantal specifieke onderdelen van de gelijke behandelingswetgeving onderzocht. Dit leidt op minstens drie terreinen tot opvallende uitkomsten. Allereerst blijkt de kennis van de verschillende discriminatiegronden nogal uiteen te lopen. De gronden ‘ras’ en ‘geslacht’ worden verreweg het meest genoemd. Andere relatief bekende gronden zijn: ‘hetero- of homoseksuele gerichtheid’, ‘godsdienst/levensovertuiging’ en ‘nationaliteit’. Veel minder bekend onder de meeste Nederlanders zijn de gronden ‘politieke gezindheid’ en ‘burgerlijke staat’. Ten tweede komt uit dit onderzoek naar voren dat veel mensen niet weten op welke gebieden en in welke concrete situaties de Awgb van toepassing is. Slechts 1 op de 10 van de ondervraagde burgers weet bijvoorbeeld dat de Awgb van toepassing is bij ontslag. Tenslotte blijkt uit het onderzoek dat de algemene bekendheid met het ‘indirecte discriminatie’ ten opzichte van de vorige evaluatie in 1999 is gegroeid. Veel mensen vinden het echter nog steeds moeilijk om de categorie ‘indirect onderscheid’ in concrete situaties correct toe te passen.

Ruim de helft van alle respondenten (57%) had voorafgaand aan ons onderzoek wel eens iets gehoord of gelezen over de Cgb. Opnieuw blijkt dat ouderen hierover beter op de hoogte zijn dan jongeren. Deze mate van bekendheid met de Cgb is overigens lager dan de uitkomst van het onderzoek in de eerste fase van het onderzoek. Hierin was 79% bekend met de Cgb, maar dit was mede het gevolg van een ‘geholpen’ vraagstelling. Ons onderzoek laat bovendien zien dat maar weinig mensen op de hoogte zijn van de taken en bevoegdheden van de Cgb. Veel mensen menen (ten

onrechte) dat de positie van de Cgb vergelijkbaar is met die van de rechter. Het overgrote deel van alle ondervraagden (85%) weet niet hoe ze zelf een klacht kunnen indienen bij de Cgb.

Op basis van deze resultaten luidt het antwoord op de eerste onderzoeksvraag als volgt:

[onderzoeksvraag 1]

De gelijke behandelingswetgeving biedt voor de burger onvoldoende houvast voor het vernemen en het realiseren van zijn rechten en plichten.

Het blijkt dat de burger zijn kennis over de Awgb vooral baseert op informatie via de media. Het Internet werd in de eerste evaluatie nog niet genoemd, maar blijkt in ons onderzoek een steeds belangrijker informatiebron. Er zijn bijna net zoveel mensen die hun kennis over de Awgb baseren op hun studie en op voorlichtingsmateriaal van de overheid als op informatie via het Internet. Ongeveer de helft van alle ondervraagden noemt als zijn of haar belangrijkste informatiebron de televisie. Het is voor het ontwikkelen van manieren waarop de kenbaarheid van de Awgb kan worden verbeterd belangrijk om rekening te houden met het feit dat jongeren in het algemeen minder goed op de hoogte zijn dan ouderen. Het succes van deze en andere maatregelen om de kenbaarheid te vergroten hangt bovendien af van de publieke belangstelling voor gelijke behandelingswetgeving en de bereidheid om hierover meer informatie te ontvangen. Ruim de helft van alle ondervraagden is slecht op de hoogte van de Awgb. Tegelijkertijd zegt echter niet meer dan de helft de inhoud van de wet belangrijk te vinden. Twee derde van alle ondervraagden heeft bovendien geen behoefte aan meer informatie over de Awgb. Hierbij moet overigens wel een onderscheid worden gemaakt tussen autochtone en allochtone Nederlanders. Het blijkt namelijk dat de meeste ondervraagde allochtonen juist wél behoefte hebben aan meer informatie over gelijke behandelingswetgeving.

Op basis van deze resultaten luidt het antwoord op de tweede onderzoeksvraag als volgt:

[onderzoeksvraag 2]

De kenbaarheid van de gelijke behandelingswetgeving bij de burger kan onder meer worden verbeterd door meer voorlichting op de televisie en door meer aandacht voor gelijke behandeling op scholen. Het succes van deze maatregelen hangt mede af van de publieke belangstelling voor gelijke behandelingswetgeving en de bereidheid om hierover meer informatie te ontvangen. Allochtone Nederlanders hebben in het algemeen meer behoefte aan informatie over de Awgb dan autochtone Nederlanders.

4.5 Professionals

De meeste professionals blijken in het algemeen redelijk goed op de hoogte van de gelijke behandelingswetgeving. De helft van de geïnterviewde professionals vindt de normen uit de Awgb voldoende duidelijk om in de praktijk toe te passen. Daarnaast is er echter ook kritiek. Bijna de helft van de gesproken professionals vindt bijvoor-

beeld de tweedeling in direct en indirect onderscheid in de praktijk niet goed werkbaar. De professionele gebruikers van de gelijke behandelingswetgeving maken zelf een duidelijk onderscheid tussen de bruikbaarheid van de wet én de interpretatie van de wet door de Cgb. Terwijl men de tekst van de Awgb in het algemeen duidelijk genoeg vindt; leidt de interpretatie door de Cgb volgens hen soms tot problemen. De kritiek van de professionals spitst zich toe op: de formulering van de Cgb-oordelen (die volgens hen niet altijd helder is), het in hun ogen vaak te casuïstische karakter van de oordelen (waardoor men het moeilijk vindt om het oordeel toe te passen buiten het individuele geval); en, tenslotte, de beperkte wijze waarop de Cgb invulling geeft aan zijn toetsingskader (waardoor te weinig rekening wordt gehouden met allerlei, in hun ogen, relevante omstandigheden).

Op basis van deze resultaten luidt het antwoord op de derde onderzoeksvraag als volgt:

[onderzoeksvraag 3]

De gelijke behandelingswetgeving biedt voor professionals een redelijk goede houvast voor een effectieve uitvoering en handhaving van de wet. Zij kunnen in de praktijk echter slecht uit de voeten met de toepassing van direct en indirect onderscheid. Professionals hebben meer moeite met de oordelen van de Cgb, dan met de wet zelf.

Er kan, in het kader van dit onderzoek, een onderscheid worden gemaakt in twee typen professionals: ‘klachtprofessionals’ en ‘implementatieprofessionals’. De eerste groep professionals is voornamelijk gericht op individuele klachtenbehandeling, bijvoorbeeld door middel van een beroep op de rechter of de Cgb. De ‘klachtprofessionals’ in dit onderzoek zijn: medewerkers van anti-discriminatie bureaus (ADB’s) en vergelijkbare organisaties, advocaten, en medewerkers van belangenorganisaties. De tweede groep professionals is voornamelijk gericht op de uitvoering van de gelijke behandelingswetgeving (en de oordelen van de Cgb) in bijvoorbeeld het personeelsbeleid en in de rechtspraak. De ‘implementatieprofessionals’ in dit onderzoek zijn: P&O-managers, vakbondsmedewerkers en rechters. Rechters vormen in zekere zin een tussencategorie. Zij behandelen natuurlijk ook individuele klachten, maar in de context van dit onderzoek is het vooral van belang hoe zij in hun werk omgaan met de oordelen van de Cgb. Rechters worden daarom hier beschouwd als (bijzondere) ‘implementatieprofessionals’.

De ‘klachtprofessionals’ besteden een belangrijk deel van hun tijd aan het optreden tegen gevallen van ongelijke behandeling. Het valt op dat de ADB’s hierbij een steeds belangrijkere rol vervullen. De ‘klachtprofessionals’ vinden de Awgb in het algemeen voldoende duidelijk om in de praktijk mee te werken. Deze professionals richten zich in hun werk ook op de oordelen van de Cgb. Deze oordelen bieden hen in de praktijk echter niet altijd voldoende houvast om in een concreet geval te weten wat men kan verwachten. Wanneer de ‘klachtprofessionals’ optreden tegen ongelijke behandeling ligt in eerste instantie de nadruk op een informele benadering. Er wordt eerst geprobeerd om de betrokkenen dichterbij elkaar te brengen door middel van overleg en door bemiddeling. Hierbij wordt doorgaans niet meteen een beroep gedaan op de Awgb. Een aantal professionals geeft aan dat men de Awgb ziet als slechts

één van de mogelijke instrumenten die men in de praktijk kan inzetten; en dat men soms liever eerst een beroep doet op andere regelingen, waaronder de CAO, of de norm van ‘goed werkgeverschap’. De meeste geïnterviewde ‘klachtprofessionals’ hebben in de evaluatieperiode wel eens een of meer zaken aangebracht bij de Cgb. Deze professionals zijn in algemene zin tevreden met de wijze van behandeling door de Cgb. Er is echter ook kritiek. Sommige professionals ervaren het bijvoorbeeld als een grote belemmering dat de oordelen van de Cgb niet-bindend zijn. Vaak kiest men daarom ook nog voor de gang naar de (Europese) rechter, om zo alsnog een juridisch afdwingbare uitspraak te krijgen. Er is ook kritiek op de snelheid van een procedure bij de Cgb. Veel ‘klachtprofessionals’ vinden dat het te lang duurt voordat de Cgb tot een oordeel komt. Tenslotte is de bewijslast bij de Cgb voor een aantal professionals een struikelblok. Al deze factoren samen bepalen uiteindelijk of een ‘klachtprofessionals’ in een concreet geval besluit om een beroep te doen op de Awgb en om een zaak aan te kaarten bij de Cgb.

De ‘implementatieprofessionals’ zijn in het algemeen redelijk goed op de hoogte van de inhoud van de Awgb en de taken en bevoegdheden van de Cgb. Dit geldt echter niet voor de P&O-managers in dit onderzoek. Zij blijken veel minder goed geïnformeerd over de gelijke behandelingswetgeving dan zij zelf denken. Deze situatie lijkt, ten opzichte van de vorige evaluatie in 1999, niet verbeterd. Veel ‘implementatieprofessionals’ vinden het lastig om de Cgb-oordelen in één geval toe te passen op andere, vergelijkbare, gevallen. Zij vinden bovendien dat dit wordt belemmerd doordat de Cgb een te beperkt toetsingskader hanteert. De rechters vormen een bijzondere groep professionele gebruikers van de gelijke behandelingswetgeving. In dit onderzoek kwamen voor het eerst een aantal rechters aan het woord over de Awgb. Aan deze rechters werd onder meer gevraagd hoe groot, in hun ogen, de invloed is van Cgb-oordelen op de rechtspraak en of zij menen dat de invloed van de Cgb op de rechtspraak in de afgelopen vijf jaar is veranderd. Onder de geïnterviewde rechters blijken de meningen hierover verdeeld. De geïnterviewde rechters beschouwen het Cgb-oordeel als een deskundigenoordeel, waar ze serieus naar moeten kijken maar wel nog steeds een eigen afweging bij willen maken. Daarnaast klinkt op een aantal plaatsen ook voorzichtige kritiek op onderdelen van het Cgb-optreden.

Op basis van deze resultaten kunnen de volgende twee antwoorden op de vierde onderzoeksvraag worden geformuleerd:

[onderzoeksvraag 4a]

‘Klachtprofessionals’ (zoals ADB’s, advocaten en medewerkers van belangenorganisaties) treden regelmatig op tegen gevallen van ongelijke behandeling; hierbij ligt de nadruk op een informele benadering. De gelijke behandelingswetgeving speelt hierbij wel een belangrijke, maar geen centrale rol.

[onderzoeksvraag 4b]

‘Implementatieprofessionals’ (zoals P&O-managers en vakbondsmedewerkers) treden weinig of niet zelfstandig op tegen gevallen van ongelijke be-

handeling. De gelijke behandelingswetgeving speelt hierbij doorgaans een ondergeschikte rol.

4.6 De maatschappelijke betekenis van de gelijke behandelingswetgeving

De algemene sociale werking van de Awgb, dat wil zeggen de werking in de alledaagse praktijk zonder dat er sprake is van een juridisch conflict, is gering. Veel mensen hebben weliswaar in algemene termen van de wet gehoord, maar de kennis over specifieke onderdelen van de wet (waaronder de taken en bevoegdheden van de Cgb) is beperkt. In onze enquête zegt de helft van de ondervraagden (51%) dat men denkt dat de Awgb ertoe heeft geleid dat er minder mensen ongelijk worden behandeld. Onder specifieke sociale werking wordt verstaan de werking van de wetgeving in individuele conflictsituaties waarin expliciet een beroep op de wet wordt gedaan en de wet wordt toegepast door bijvoorbeeld de Cgb of de rechter. Uit de enquête blijkt dat ongeveer 4 op de 10 mensen meent dat door het optreden van de Cgb er minder mensen ongelijk worden behandeld. Een systematische analyse van de directe effecten van Cgb-oordelen maakte geen onderdeel uit van deze studie. Uit het kwantitatief onderzoek in de eerste fase van deze evaluatie bleek dat het opvolgingspercentage van Cgb-oordelen, ten opzichte van de vorige evaluatie in 1999, is toegenomen.

Het maatschappelijk draagvlak voor de Awgb is nog steeds groot, maar het lijkt er op dat het vergeleken bij de vorige evaluatie kleiner is geworden. Door een verschil in de vraagstelling zijn de uitkomsten van beide onderzoeken echter moeilijk met elkaar te vergelijken. Bij het trekken van algemene conclusies is daarom enige voorzichtigheid op z'n plaats. Ook het maatschappelijk draagvlak voor de Cgb is nog steeds redelijk groot. Echter, ook hier lijkt het erop dat het vergeleken bij de vorige evaluatie kleiner is geworden. Hier geldt overigens hetzelfde methodologische voorbehoud. De meeste mensen vinden gelijke behandeling van mannen en vrouwen en van hetero- en homoseksuelen belangrijker, dan de gelijke behandeling van moslims en niet-moslims. Er is bovendien meer maatschappelijk draagvlak voor de idee van gelijke behandeling, dan voor de Awgb. Er bestaat onder allochtone Nederlanders aanzienlijk meer draagvlak voor de Awgb en de Cgb dan onder autochtone Nederlanders. Ongeveer één op de tien ondervraagden is, naar eigen zeggen, onder invloed van de Awgb anders gaan denken over (on)gelijke behandeling. Een ruime meerderheid zegt echter dat hun opvattingen over gelijkheid de afgelopen jaren onveranderd zijn gebleven.

4.7 Recht in context

Het rechtssociologisch onderzoek laat op verschillende manieren zien dat het belangrijk is om het gelijke behandelingsrecht 'in context' te zien. Gelijke behandeling op papier krijgt pas echt betekenis door de toepassing ervan in een concrete situatie. Burgers en professionals zijn allemaal een warme voorstander van gelijkheid 'in abstracto', maar bij de toepassing van de gelijke behandelingswetgeving in concrete situaties maakt iedereen zijn eigen afweging. Het maatschappelijk draagvlak voor het ideaal van gelijkheid is daarom groter dan het draagvlak voor de Awgb.

Het onderzoek maakt ook duidelijk dat de context van de Awgb in de afgelopen jaren is veranderd. Terwijl in de beginjaren van de gelijke behandelingswetgeving nog de nadruk lag op de verhouding tussen man en vrouw, vragen tegenwoordig onder-

werpen die samenhangen met de positie van culturele minderheden de meeste aandacht. De meeste zaken bij de Cgb handelen weliswaar nog steeds over geslacht, gevolgd door ras⁸⁹⁶, maar het aantal oordelen over geslacht is in de afgelopen jaren afgenomen. Het blijkt bovendien dat de gronden ras en geslacht ongeveer dezelfde publieke bekendheid genieten, maar dat met name jongeren de Awgb in de eerste plaats associëren met onderscheid naar ras. Uit de enquête komt bovendien naar voren dat onder allochtone Nederlanders een groter draagvlak bestaat voor de Awgb en Cgb dan onder autochtonen. Terwijl de meeste autochtonen niet geïnteresseerd zijn in meer informatie, geven allochtonen juist aan dat zij wél meer willen worden geïnformeerd over de gelijke behandelingswetgeving. De tegenstelling tussen onderscheid op grond van geslacht en onderscheid op grond van ras en godsdienst zal in de toekomst waarschijnlijk verder aan betekenis winnen. De politieke, institutionele en maatschappelijke context van beide onderwerpen zijn onderling zeer verschillend en de oplossing van problemen op beide terreinen vergt daarom ook een hele eigen aanpak.

Tot slot is ook de meeste kritiek van burgers en professionals op de gelijke behandelingswetgeving en het optreden van de Cgb terug te voeren op het feit dat men soms de indruk heeft dat er in de huidige praktijk onvoldoende rekening wordt gehouden met de relevante context. De oordelen van de Cgb worden soms gezien als te ‘puristisch’ of te ‘casuïstisch’ omdat burgers en professionals vinden dat de norm van gelijke behandeling teveel geïsoleerd wordt bekeken, terwijl voor een goede afweging juist ook zou moeten worden gekeken naar de wijze waarop gelijkheid in een concrete situatie vorm krijgt.

4.8 Aanbevelingen

Op basis van het rechtssociologisch onderzoek zijn, ten slotte, enkele concrete aanbevelingen geformuleerd. Deze zijn gegroepeerd in drie clusters: één cluster waarin het vergroten van de bekendheid met de gelijke behandelingswetgeving centraal staat; één cluster met voorstellen die erop gericht zijn om de maatschappelijke context van de gelijke behandelingswetgeving meer te benadrukken; en één cluster over de inrichting van de toekomstige evaluatiestudies van de gelijke behandelingswetgeving.

⁸⁹⁶ Deze conclusie heeft betrekking op de onderzochte evaluatieperiode 1999–2004. Uit het meest recente jaarverslag van de Cgb (2005) blijkt dat recentelijk met name het aantal klachten over onderscheid op grond van leeftijd is gegroeid.

5 Gelijke behandeling revisited?

5.1 De beantwoording van de hoofdvragen en enkele observaties

In dit afsluitende hoofdstuk willen we stilstaan bij de beantwoording van de hoofdvragen van het onderzoek (§§ 5.2 en 5.3). Daarbij worden naar aanleiding van het onderzoek ook observaties gepresenteerd inzake kwesties die naar onze mening in de toekomst serieuze aandacht behoeven.

We komen kort terug op de twee hoofdvragen die ons werden meegegeven als vertrekpunt voor het externe onderzoek:

1. Dienen verbeteringen te worden aangebracht in de normstelling en de reikwijdte van de Awgb?
2. Is de Awgb voldoende kenbaar, toegankelijk en effectief?

Deze vragen zijn ingegeven door een algemene zorg van de regering met betrekking tot de effectiviteit van het gelijkebehandelingsrecht: is de Awgb voldoende effectief als het gaat om discriminatiebestrijding? Voor het navolgende wordt vraag 1 betrokken op onderdelen van het juridisch onderzoek, en vraag 2 op onderdelen van het rechtssociologisch onderzoek. In dit onderzoek worden geen definitieve antwoorden gepresenteerd. We hebben een selectie gemaakt van de onderwerpen die duidelijke dilemma's, keuzen en tendensen voor de toekomst verraden.

In het kader van de voorbereiding van de eerste evaluatie van de Awgb heeft de Cgb in 2000 een bundel artikelen laten samenstellen waarin een groot aantal dilemma's en knelpunten van het gelijkebehandelingsrecht zijn beschreven.⁸⁹⁷ De centrale vraag die daarin aan de orde kwam was in hoeverre de norm van gelijke behandeling of non-discriminatie voldoende is ingebed in het rechtssysteem. In een vervolg daarop is in 2004 door de Commissie – met het oog op de tweede evaluatie – een bundel artikelen gepubliceerd waarin meer specifiek ingegaan is op de vraag hoe de fundamentele norm van gelijkheid zich verhoudt tot andere grondrechten.⁸⁹⁸ Wij veronderstellen de inhoud van deze beide bundels hier bekend en zullen ons in het navolgende richten op enkele punten die ons zijn opgevallen tijdens het onderzoek dat wij voor deze externe evaluatie hebben verricht.

In de eerste Awgb-evaluatie in 1999 werd geconcludeerd dat 'globaal gezien' het maatschappelijk draagvlak voor gelijke behandeling groot is.⁸⁹⁹ Dat is nog steeds zo, hoewel er sindsdien een aantal kleine verschuivingen zijn opgetreden. Deze tweede Awgb-evaluatie laat ook zien dat het draagvlak voor gelijke behandeling geen vaststaand en vanzelfsprekend gegeven is, maar eerder een kwetsbare verworvenheid die permanent onderhoud vergt. Tijdens de eerste (ruim) tien jaar van de Awgb werd het draagvlak voor de gelijke behandelingswetgeving vooral gewaarborgd door een grote mate van responsiviteit van de wetgever voor nieuwe politieke en maatschappelijke wensen en ontwikkelingen. Tegen deze achtergrond is het gelijke behandelingscomplex in de afgelopen jaren voortdurend uitgebreid en aangepast aan nieuwe omstandigheden.

⁸⁹⁷ R. Holtmaat (red): *De toekomst van gelijkheid; de juridische en maatschappelijke inbedding van gelijke behandelingsnormen*. Kluwer, Deventer 2000.

⁸⁹⁸ Holtmaat 2004.

⁸⁹⁹ KUN1999, p. 501.

5.2 *Verbeteringen in normstelling en reikwijdte*

5.2.1 *Algemeen*

Wat betreft twee onderwerpen is in het juridisch deel op actieve wijze de ruimte verkend voor verandering van de wet. Dat is geschied bij de behandeling van de vraag of het begrip onderscheid in de gelijkebehandelingswetgeving aan vervanging toe is, en bij de vraag of de Awgb zich mede in algemene zin dient uit te strekken over eenzijdig overheidshandelen. De beantwoording van beide vragen is met een aantal voorwaarden omgeven.

5.2.2 *Onderscheid of discriminatie*

Voor zover het gaat om de keuze tussen de begrippen onderscheid of discriminatie kan niet worden gesteld dat op dat vlak – vanuit het oogpunt van verbetering van de effectiviteit – veranderingen of vernieuwingen noodzakelijk zouden zijn. Wel heeft het onderzoek aan het licht gebracht dat de vraag welke begrippen de wetgever gebruikt in de constructie van een bepaalde normstelling (verbodsbepaling) samenhangt met meer algemene vragen naar de doelen die ermee worden nagestreefd en de functies die de betreffende wetgeving zou moeten vervullen. Daarbij maakt het nogal wat uit of gelijkheid formeel of materieel wordt uitgelegd en of het betreffende verbod in een mensenrechtelijk of in een sociaal-economisch kader wordt geplaatst. Ook maakt het uit of gekozen wordt voor een punitatief model van bestraffing van onwenselijk gedrag of een communicatief model, waarin voorop staat dat burgers bekend moeten worden gemaakt met bepaalde, van essentieel belang geachte, waarden en normen of gedragspatronen. Vanuit het eerste model ligt het voor de hand om een begrip te kiezen dat over de afkeurenswaardigheid van het gedrag niets aan duidelijkheid over laat. Als men echter wil bereiken dat mensen hun gedrag veranderen kan dit wel eens averechte effecten hebben omdat een beschuldiging van discriminatie in veel gevallen de deur psychologisch dicht doet. Vanuit een communicatief model zou daarom iets voor het neutrale begrip onderscheid te zeggen kunnen zijn. De keuze tussen discriminatie en onderscheid is, met andere woorden, verbonden met belangrijke keuzes ten aanzien van welke invulling men aan het gelijkheidsbeginsel wenst te geven en wat voor type van wetgeving men effectief acht met het oog op het leveren van een bijdrage aan de realisatie van dit beginsel.

5.2.3 *Uitbreiding naar eenzijdig overheidshandelen*

Het onderzoek naar de mogelijkheden van uitbreiding van de Awgb naar ‘eenzijdig overheidshandelen’ is begonnen vanuit (onder meer) de vraag hoe aan burgers kan worden uitgelegd dat zij wél onder de wet vallen en de overheid níet. Juist omdat hier een kwestie van draagvlak speelt, is deze vraag terecht zo gesteld. Uit het onderzoek blijkt evenwel dat een algemene, dat wil zeggen ongeclausuleerde uitbreiding van de Awgb naar eenzijdig overheidshandelen op juridische gronden uitgesloten is, terwijl een eventuele uitbreiding met overheidshandelen aan voorwaarden is gebonden. Deze voorwaarden luiden dat dan in de Awgb een systeem van open toetsing ten aanzien van het overheidshandelen moet worden geregeld en dat een werkbare afstemming dient te worden bereikt met de Awb-rechtsgang tegen ‘besluiten’. Indien uitbreiding op de geschetste wijze plaatsvindt, kan de conclusie luiden dat de overheid toch niet gelijk wordt gesteld met de burger in de Awgb, waardoor het pro-

bleem in verband met het draagvlak waarschijnlijk niet of nauwelijks wordt opgelost. Als zowel voor handelingen van burgers als de overheid open toetsing zou worden ingevoerd, leidt dat weer tot het probleem in hoeverre daarmee de oorspronkelijke doelstelling van de Awgb, om een voorziening te bieden tegen ‘maatschappelijke’ ongelijkheid, nog kan worden gerealiseerd. Uiteindelijk is ook daarmee een vraagstuk van draagvlak gemoeid.

5.3 *Verbeteringen in kenbaarheid en toegankelijkheid*

5.3.1 *Algemeen*

De gelijkebehandelingswetgeving is inmiddels uitgebreid met tal van andere discriminatiegronden en andere toepassingsgebieden (het meest recent met een verbod van intimidatie en met het terrein van sociale bescherming en sociale zekerheid). Hoewel deze ontwikkeling ongetwijfeld heeft bijgedragen aan de bekendheid van de wetgeving en de Cgb, suggereren de uitkomsten van dit evaluatieonderzoek dat zich wat dit betreft ook langzaam aan een omslagpunt aandient. Uit dit onderzoek komt een tweetal spanningen of dilemma’s naar voren. Daarbij is het de vraag of een nog verdere uitbreiding van het wettelijke bereik van gelijke behandeling het maatschappelijk draagvlak opnieuw verder zal vergroten, of dit juist verder onder druk zal zetten. Deze dilemma’s maken wellicht een aantal nieuwe, scherpe keuzes noodzakelijk voor de ontwikkeling van de gelijke behandelingswetgeving in de toekomst.

5.3.2 *Verandering maatschappelijke context discriminatie*

De Awgb en de aanverwante gelijkebehandelingswetgeving is van toepassing op een groot aantal verschillende discriminatiegronden. Ons onderzoek laat zien dat achter een aantal van deze gronden vaak ook een sterk verschillende persoonlijke, maatschappelijke en institutionele context schuil gaat. In het licht van gelijke behandeling manifesteren de ondervraagde allochtonen zich bijvoorbeeld als een groep met eigen verwachtingen en een eigen problematiek en perceptie, die duidelijk kunnen worden onderscheiden van die van de ondervraagde autochtonen. Zo zijn allochtonen twee maal zo vaak slachtoffer van ongelijke behandeling als autochtonen. Onder jongeren (onder 34 jaar) is ‘ras’ de bekendste grond (gevolgd door ‘geslacht’ en ‘geloofsovertuiging’). Terwijl de meeste autochtonen niet geïnteresseerd zijn in meer informatie, geven veel allochtonen juist aan dat zij wél meer willen worden geïnformeerd over de gelijke behandelingswetgeving. Geconstateerd kan worden dat de maatschappelijke context waarin de Awgb functioneert veranderd is. De aandacht voor gelijke behandeling van mannen en vrouwen lijkt af te nemen ten gunste van onderwerpen die samenhangen met de positie van etnische minderheden. De vraag dringt zich op of de problematiek van onderscheid naar ras en geloofsovertuiging niet een zodanig eigen kwaliteit vertegenwoordigt dat moet worden vermeden deze op één uniforme manier met de andere discriminatiegronden te behandelen. Het gaat hier om een specifieke, politieke, institutionele en maatschappelijke context die een afzonderlijke aanpak lijkt te vereisen.

5.3.3 *Uniformiteit of maatwerk?*

Het maatschappelijk draagvlak voor het ideaal van gelijkheid is groter dan het draagvlak voor de Awgb. Burgers en professionals zijn allemaal een warme voorstander

van gelijkheid ‘in abstracto’, maar bij de toepassing van de gelijkebehandelingswetgeving in concrete situaties maakt iedereen zijn eigen afweging. Men kan hieruit afleiden dat er behoefte is aan maatwerk en aan het bij het toepassen van de Awgb rekening houden met de specifieke omstandigheden waarin de bekritiseerde afweging is gemaakt. De klacht inzake gebrek aan maatwerk slaat in de eerste plaats op het als te beperkt aangemerkte toetsingskader. Het belang van maatwerk vereist daarnaast dat de Cgb voldoende gespecialiseerd is en blijft om de verschillende domeinen waarop de wet van toepassing is, te kunnen overzien. Het proces van het voortdurend uitbreiden van de Awgb met gronden en domeinen staat haaks op dit belang. Men kan als Cgb niet pretenderen op ongeacht welk terrein thuis te zijn. Een aantal professionals zegt nu al dat zij de voor hun terrein vereiste deskundigheid onvoldoende terugzien in het werk van de Cgb. Daarnaast valt te overwegen om de werkwijze van de Cgb, meer dan nu het geval is, af te stemmen op de specifieke eigenschappen van een concrete klacht. In de huidige situatie geldt tot op zekere hoogte: ‘one size fits all’; bij iedere zaak is de werkwijze van de Cgb nagenoeg dezelfde. Eén manier om dit te veranderen, is door (naast de mogelijkheid van een externe mediator, die bestaat sinds 1 januari 2005) een onderscheid aan te brengen in meer en minder ‘lichte’ zaken. De Nationale ombudsman maakt bijvoorbeeld al geruime tijd gebruik van de zg. ‘interventiemethode’. Deze methode wordt inmiddels in het merendeel van de zaken toegepast. Het verdient overweging om te onderzoeken of het mogelijk is deze werkwijze ook bij de Cgb in te voeren. Bijkomend voordeel van de introductie van de ‘interventiemethode’ is dat zaken waarschijnlijk veel sneller kunnen worden afgehandeld dan nu het geval is. Voor veel burgers en professionals is de (verwachte) snelheid van de procedure een belangrijke factor of men wel of niet een beroep doet op de Cgb.

METHODOLOGISCHE VERANTWOORDING



In deze bijlage wordt verslag gedaan van de onderzoeksmethoden die zijn gebruikt voor het veldwerk in het rechtssociologische deelonderzoek.

Het rechtssociologisch onderzoek is verricht door:

Prof.dr. M.L.M. Hertogh (RUG), projectleider rechtssociologisch deelonderzoek

Mw. mr. B.J. Dijksterhuis (UvT)

Dr. B.M.J. van Klink (UvT)

Dr. D.G. van Tol (RUG)

Mw. drs. S. Verberk (zelfstandig onderzoeker)

IVA Beleidsonderzoek en Advies (Tilburg)

1. Pilot-studie

Bij het ontwerpen van het empirisch onderzoek is gebruik gemaakt van de uitkomsten van een kleinschalige pilot-studie.⁹⁰⁰ Deze gegevens zijn afkomstig uit een leeronderzoek, dat in het najaar van 2004 is uitgevoerd door tweedejaars Rechtenstudenten uit Tilburg. In het kader van dit leeronderzoek zijn 66 groepswerkstukken afgerond, waarbij – in totaal – aan ruim 900 respondenten een mondelinge enquête is voorgelegd en meer dan 100 diepte-interviews zijn afgenomen met onder andere professionele hulpverleners, ondernemers, en ambtenaren. De uitkomsten van dit leeronderzoek zijn gebruikt bij het ontwerp van het evaluatiekader voor dit onderzoek en bij het opstellen van de verschillende vragenlijsten.

2. Onderzoek onder burgers

Voor de beantwoording van de onderzoeksvraag naar de kenbaarheid en toegankelijkheid van de gelijke behandelingswetgeving voor de burger is gebruik gemaakt van een combinatie van *kwantitatieve* en *kwalitatieve* onderzoeksmethoden.

a. Enquête

Om de kennis en toegankelijkheid van de Algemene wet gelijke behandeling (Awgb) onder burgers te onderzoeken, is een vragenlijst opgesteld en afgenomen. IVA beleidsonderzoek en advies te Tilburg heeft in nauwe samenwerking met de Rijksuniversiteit Groningen de vragenlijst samengesteld. De analyses op de uitkomsten van de enquête zijn uitgevoerd door het IVA. Voor afname van de vragenlijst is gekozen voor het panel van TNS NIPO (TNS NIPObase). Dit is een *groot* internetpanel.

In de maatschappelijke discussie over gelijke behandeling komen de laatste jaren steeds vaker onderwerpen aan bod die betrekking hebben op discriminatie op grond van ras, nationaliteit en godsdienst.⁹⁰¹ Wij hebben er daarom voor gekozen om de enquête zodanig in te richten, dat wij ook representatieve conclusies kunnen trekken over de ervaringen en opvattingen van allochtone Nederlanders. Bij de respondenten die deel uitmaken van het TNS NIPO panel is ‘ras’ niet apart als achtergrondkenmerk vastgelegd. Wel is bekend welke respondenten vallen binnen de categorie niet-

⁹⁰⁰ M. Hertogh, “Geen gezeik, iedereen gelijk!” Tilburgse rechtenstudenten onderzoeken de maatschappelijke betekenis van de Algemene wet gelijke behandeling (AWGB), *NJB* 2005/30, blz. 1565-1566.

⁹⁰¹ Vgl. *Ceb* 2005, p. 4-5.

Westerse allochtonen (voornamelijk afkomstig uit Suriname, de Nederlandse Antillen, Turkije en Marokko). Om ervoor te zorgen dat we ook over deze groep representatieve uitspraken kunnen doen, is de steekproef gestratificeerd getrokken, met de eis dat er in ieder geval 100 niet-Westerse allochtonen in de responsgroep zitten.

Een tweede categorie waarover het onderzoek uitspraken moet kunnen doen betreft homoseksuelen. Seksuele gerichtheid is niet een van de standaard achtergrondkenmerken die van de respondenten uit het panel bekend zijn. Wel is seksuele gerichtheid bevraagd in een eerder onderzoek. Aan de responsgroep is de eis gesteld dat er minimaal 100 homoseksuelen in moeten zitten.

Voordat de vragenlijst werd uitgezet, is de lijst eerst door tien proefrespondenten getest op begrijpelijkheid, logische volgorde van de onderwerpen, correctheid van verwijzingen, uitsluitendheid van antwoorden, etc. Hun opmerkingen zijn in de vragenlijst verwerkt.

In totaal zijn 1.420 vragenlijsten uitgezet, waarvan er 1.054 zijn ingevuld. De respons komt hiermee op 74,2%. Dit is zeer goed te noemen. Vanwege de stratificatie naar etniciteit en seksuele gerichtheid zijn niet-westerse allochtonen en homoseksuelen binnen de responsgroep oververtegenwoordigd. Alle respondenten hebben een 'gewicht' meegekregen dat is berekend op basis van de zogenoemde 'Gouden Standaard' van het CBS. Dat betekent dat een antwoord van een Marokkaanse of homoseksuele respondent minder zwaar meetelt in de berekeningen voor de Nederlandse gemiddelden. Binnen de Gouden Standaard wordt rekening gehouden met een groot aantal achtergrondkenmerken, zoals leeftijd, geslacht, etniciteit, opleiding en regio. Door de antwoorden te wegen op deze Gouden Standaard zijn de uitkomsten van de enquête representatief voor de Nederlandse bevolking.

De vragenlijst die voor deze enquête werd gebruikt, is opgenomen in bijlage ii.

b. Casestudies burgers

Om de (kwantitatieve) resultaten van de enquête beter te kunnen duiden en om ze te voorzien van een bredere context zijn zes kwalitatieve case-studies uitgevoerd. Deze case-studies zijn uitgevoerd door dr. D.G. van Tol (RUG) en mw. mr. B.J. Dijksterhuis (UvT). Hiervoor is een selectie gemaakt uit de dossiers bij de Cgb uit 2005. Bij elk dossier zijn met de betrokken partijen semi-gestructureerde interviews gehouden en relevante documenten bestudeerd.

De volgende zaken zijn nader onderzocht:

- (casus b-1) Cgb 2005-126 (onderscheid op grond van geslacht)
- (casus b-2) Cgb 2005-77 (onderscheid op grond van geslacht)
- (casus b-3) Cgb 2005-143 (onderscheid op grond van ras)
- (casus b-4) Cgb 2005-162 (onderscheid op grond van geloofsovertuiging)
- (casus b-5) Cgb 2005-86 (onderscheid op grond van geloofsovertuiging)
- (casus b-6) Cgb 2005-28 (onderscheid op grond van geloofs-/ levensovertuiging)

Bij elke case is aandacht besteed aan de volgende onderwerpen:

- Waarom heeft men in deze zaak een beroep gedaan op de Algemene wet gelijke behandeling (of andere gelijke behandelingswetgeving) en de Commissie gelijke behandeling?
- Biedt deze wet voldoende houvast?
- Zijn de wettelijke bepalingen en procedures – vooraf – voldoende duidelijk?
- Hoe heeft men de procedure bij de CGB ervaren?
- Is de gelijke behandelingswetgeving en de procedure voor de CGB gemakkelijk toegankelijk?
- Welke veranderingen zou men in de gelijke behandelingswetgeving willen aanbrengen?
- Zou men bij een volgende, vergelijkbare, zaak weer opnieuw naar de CGB stappen, en waarom (niet)?

3. Onderzoek onder professionals

Voor de beantwoording van de onderzoeksvraag of de gelijke behandelingswetgeving voldoende aanknopng biedt voor een effectieve uitvoering en handhaving door professionele gebruikers is eveneens gebruik gemaakt van zowel *kwantitatieve* als *kwantitatieve* gegevens.

a. Telefonische interviews

Er zijn voor dit onderdeel semi-gestructureerde telefonische interviews afgenomen met professionele gebruikers van de Awgb. De telefonische interviews zijn uitgevoerd door Rechtenstudenten van de Universiteit van Tilburg met basiskennis van de gelijke behandelingswetgeving, die voorafgaand aan dit onderzoek een korte training hebben gevolgd onder leiding van een medewerker van IVA beleidsonderzoek en advies te Tilburg. De interviews zijn afgenomen door: mw. N. Leijtens, mw. C.R.A. Knapen, mw. N. Jit, mw. K. Provoost en J. Ponds.

Het doel van de telefonische interviews was om een goed beeld te krijgen van de wijze waarop verschillende professionals al of niet gebruik maken van de gelijke behandelingswetgeving. Het was, anders dan bij de burgerenquête, niet de bedoeling om de uitkomsten van deze interviews te generaliseren naar de hele populatie, om zo uitspraken te kunnen doen over alle professionals (zgn. *statistische* generalisatie). De respondenten zijn wel representatief voor het verschijnsel dat in deze studie centraal staat. Door middel van de ‘focused’ interviews en het theoretisch kader kan zo meer inzicht worden verkregen in het type problemen en dilemma’s waar veel professionals in hun dagelijkse werkzaamheden mee te maken krijgen (zgn. *theoretische* generalisatie).

De telefonische interviews vonden plaats volgens een vast stramien, aan de hand van een zogenoemde checklist. Dit bevordert de onderlinge vergelijkbaarheid van de gegeven antwoorden. Daarnaast is door de interviewers op een aantal onderdelen ook doorgevraagd. Na de eerste ronde gesprekken, zijn de meeste respondenten nog een keer benaderd voor een klein aantal aanvullende vragen. Voor de interviews met rechters is een aangepaste versie van de algemene checklist gebruikt.

Onze verwachting was dat door gericht te zoeken naar professionals 'met visie en kennis over de wet en de toepassing ervan in de praktijk' meningen duidelijker naar voren zouden komen dan bij een willekeurige (a-selecte) selectie. In dit onderzoek is

met name gekeken naar de volgende professionals: P&O-medewerkers, advocaten, medewerkers van Anti-Discriminatie Bureaus, vakbond-medewerkers, medewerkers van belangenorganisaties, en rechters. Er is geprobeerd om per categorie vijf gesprekken te houden. Bij de selectie van respondenten is onder meer rekening gehouden met variatie in de te benaderen organisaties en met voldoende geografische spreiding. Er zijn uiteindelijk 28 geslaagde interviews afgerond.

Er zijn interviews afgenomen met (medewerkers van):

- P&O afdeling, OVDB
- P&O afdeling, gemeente Tilburg
- P&O afdeling, KPMG
- P&O afdeling, TLN
- P&O afdeling, TU Delft

- Rouwet c.s. Advokatenkantoor, Lichtenvoorde
- Pellicaan Advocaten, 's Hertogenbosch
- Advocatencollectief, Tilburg
- Stafhouders Advocaten, Utrecht
- Kennedy Van der Laan Advocaten, Amsterdam

- Landelijk Bureau Racismebestrijding (LBR)
- Meldpunt Discriminatie Apeldoorn
- Meldpunt Anti-Discriminatie Noord-Limburg
- Landelijke Vereniging van Anti-Discriminatie Bureau's
- Basta! (Meldpunt Discriminatie Brabant-Noord)

- FNV Vrouwen
- CNV
- VNO-NCW
- Vakbond voor Defensiepersoneel
- FNV Bondgenoten

- COC Rotterdam
- Chronisch zieken en Gehandicapten Raad Nederland (CG-Raad)
- Nederlandse Moslim Raad

- Rechtbank 's-Gravenhage (2x)
- Gerechtshof Arnhem
- Rechtbank 's-Hertogenbosch
- Rechtbank Alkmaar

De beide checklisten die voor deze telefonische interviews werden gebruikt, zijn opgenomen in bijlage ii.

b. Casestudies professionals

Om de (deels kwantitatieve) resultaten van de telefonische interviews beter te kunnen duiden en om ze te voorzien van een bredere context, zijn vijf kwalitatieve case-studies verricht. Deze case-studies zijn uitgevoerd door mw.drs. S. Verberk (zelfstandig onderzoeker). Hiervoor is, mede op basis van de uitkomsten van de telefonische interviews met professionals, een selectie gemaakt uit recente discriminatie-zaken, die (hoofdzakelijk) in 2005 hebben geleid tot een oordeel van de Cgb. Bij elke zaak zijn met de betrokken professional semi-gestructureerde (telefonische) interviews gehouden en relevante documenten bestudeerd.

De volgende zaken zijn nader onderzocht:

- (casus p-1) Cgb 2005-68 (rol anti-discriminatie bureau)
- (casus p-2) Cgb 2005-129 (rol vakbond)
- (casus p-3) Cgb 2005-80 (rol vakbond)
- (casus p-4) Cgb 1999-56; CGB 2004-154 (rol rechter)
- (casus p-5) Cgb 2005-68 (rol advocaat)

Er zijn interviews afgenomen met (medewerkers van):

- LBR
- ADB Veenendaal
- ADB Ede
- Vereniging voor Christelijk Nationaal Onderwijs (CNS) Ede
- CNV
- Vakbond voor Defensiepersoneel
- Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid
- Rechtbank Den Haag
- Hoge Raad der Nederlanden
- mr. M.W. Pieters (advocaat)

Bij elke case is aandacht besteed aan de volgende onderwerpen:

- Hoe heeft deze professionele gebruiker dit geval van (vermeende) discriminatie aangepakt?
- Is in deze zaak een beroep gedaan op de Algemene wet gelijke behandeling (en andere gelijke behandelingswetgeving) en de Commissie gelijke behandeling?
- Zo ja, bieden – in de ogen van deze professional – de normen in de gelijke behandelingswetgeving voldoende aanknopingspunten voor een effectieve uitvoering en handhaving?
- Zo nee, op welke andere instanties in deze zaak een beroep gedaan en waarom?
- Welke verbeteringen zijn er – volgende deze professional – aan te brengen in het huidige systeem van gelijke behandelingswetgeving?
- Zal deze professional in een volgende, vergelijkbare, zaak weer op dezelfde manier handelen, en waarom (niet)?

|

BIJLAGE II |

VRAGENLIJSTEN |

|

I. Vragenlijst enquête

In Nederland is iedereen voor de wet gelijk. Om discriminatie in het dagelijks leven zo veel mogelijk tegen te gaan is in 1994 de Algemene wet gelijke behandeling (Awgb) in het leven geroepen. In opdracht van het kabinet vindt op dit moment onderzoek naar de Awgb plaats. De volgende vragen zijn een onderdeel van dit onderzoek.

I. Algemeen

1. Had u voorafgaand aan dit onderzoek wel eens iets gehoord of gelezen over de Algemene wet gelijke behandeling (Awgb)?

- a. ja
- b. nee (ga door naar vraag 4)

2. Wat zijn voor uw kennis van de Algemene wet gelijke behandeling (Awgb) de belangrijkste informatiebronnen? (maximaal drie antwoorden mogelijk)

- a. voorlichtingsfolder overheid
- b. televisie
- c. krant
- d. radio
- e. werk
- f. internet
- g. familie/vrienden/bekenden
- h. school/studie/cursus
- i. anders, namelijk

3. Hoe goed bent u op de hoogte van de Algemene wet gelijke behandeling (Awgb)?

- a. uitstekend
- b. goed
- c. redelijk
- d. matig
- e. slecht

II. Uw mening over gelijke behandeling

4. Wat vindt u van gelijke behandeling?

- a. Gelijke behandeling is de kern van onze democratische rechtsstaat
- b. Gelijke behandeling is belangrijk, maar ongelijke behandeling is soms ook gerechtvaardigd
- c. Gelijke behandeling is in de praktijk moeilijk uitvoerbaar
- d. Gelijke behandeling is niet meer van deze tijd
- e. weet niet/geen mening

5. In welke mate vinden uw vrienden en kennissen gelijke behandeling belangrijk?

- a. zeer belangrijk
- b. best belangrijk
- c. neutraal
- d. niet zo belangrijk
- e. helemaal niet belangrijk
- f. weet niet/geen mening

6. Wat vindt u ervan dat er met de Awgb een wet bestaat die toeziet op gelijke behandeling?

- a. ik vind dat zeer belangrijk
- b. ik vind dat best belangrijk
- c. daar sta ik neutraal tegenover
- d. ik vind dat niet zo belangrijk
- e. ik vind dat helemaal niet belangrijk
- f. weet niet/geen mening

7. Stelt u zich eens de volgende twee situaties voor:

*** Een vrouw wordt gepasseerd voor een nieuwe baan, omdat haar nieuwe werkgever onderscheid maakt tussen mannen en vrouwen.**

*** Een vrouw wordt gepasseerd voor een nieuwe baan, omdat haar nieuwe werkgever discrimineert tussen mannen en vrouwen**

Hoe beoordeelt u beide gevallen?

- a. beide gevallen beoordeel ik hetzelfde, er is voor mij geen verschil tussen onderscheid en discriminatie
- b. onderscheid vind ik ernstiger dan discriminatie
- c. discriminatie vind ik ernstiger dan onderscheid
- d. weet niet/geen mening

8a.

Hebt u zelf wel eens een situatie meegemaakt waarbij u werd geconfronteerd met een ongelijke behandeling (discriminatie)?

- a. ja
- b. nee (ga door naar vraag 9)

8b.

Kunt u aangeven waar en op welke grond de ongelijke behandeling plaats vond? (bijvoorbeeld op het werk op grond van mijn geslacht)(als u het vaker hebt meegemaakt, vul dan het voor u belangrijkste geval in)

Waar:

.....

Grond:

.....

III. De inhoud van de wet

9. Welke van de volgende discriminatiegronden zijn volgens u in de Algemene wet gelijke behandeling (Awgb) opgenomen? (meerdere antwoorden mogelijk)

- a. Geslacht
- b. Leeftijd
- c. Opleidingsniveau
- d. Intelligentie
- e. Woonplaats/regio
- f. Ras
- g. Nationaliteit
- h. Burgerlijke staat (gehuwd, ongehuwd, (duurzaam) samenwonend)
- i. Godsdienst/levensovertuiging
- j. Hetero- of homoseksuele gerichtheid
- k. Uiterlijk
- l. Handicap/chronische ziekte
- m. Betaalde baan/geen (betaalde) baan
- n. Beroep
- o. Tijdelijk/vast arbeidscontract
- p. Werkervaring
- q. Activiteiten buiten werktijd
- r. Politieke gezindheid
- s. Strafblad
- t. Weet niet

10. Wanneer is volgens u positieve discriminatie (of: voorkeursbeleid) wettelijk toegestaan?

- a. altijd
- b. alleen onder strikte voorwaarden
- c. nooit
- d. weet niet

11. Op basis van de Algemene wet gelijke behandeling (Awgb) is het verboden om “direct” en “indirect” onderscheid tussen personen te maken. Weet u wat met de begrippen “direct” en “indirect” wordt bedoeld?

- a. ja
- b. ja, ongeveer
- c. nee (ga door naar vraag 13)

12. Hoe beoordeelt u de onderstaande advertenties in het licht van de Algemene wet gelijke behandeling (Awgb)? U kunt per onderdeel van de advertentie aangeven of er sprake is van:

- a. geen verboden onderscheid
- b. verboden direct onderscheid
- c. verboden indirect onderscheid

d. verboden direct en indirect onderscheid

e. weet niet

Advertentie A.

“Gevraagd: vijf sterke jongens, met goede kennis van de Nederlandse taal, voor het wassen van vrachtauto’s.”

12A-1. Er worden alleen jongens gevraagd.

12A-2. Er worden alleen sterke jongens gevraagd.

12A-3. Er wordt goede kennis van de Nederlandse taal gevraagd.

Advertentie B.

“Voor secretariële ondersteuning zoeken wij drie meisjes zonder hoofddoekjes, met goede kennis van de Nederlandse taal.”

12B-1. Er worden alleen meisjes gevraagd.

12B-2. Er worden alleen meisjes zonder hoofddoekjes gevraagd.

12B-3. Er wordt goede kennis van de Nederlandse taal gevraagd.

13. Bij welke van onderstaande voorbeelden is volgens u de Algemene wet gelijke behandeling (Awgb) van toepassing? (meerdere antwoorden mogelijk)

a. De gemeente weigert om een bouwvergunning af te geven.

b. Een computerfirma ontslaat een medewerker.

c. Een sportvereniging weigert iemand in te schrijven als nieuw lid.

d. Een landelijke politieke partij weigert iemand in te schrijven als nieuw lid.

e. Een kerkgenootschap ontslaat een dominee.

f. De wet is op alle voorbeelden van toepassing

g. Weet niet/geen mening

IV. De Commissie gelijke behandeling (Cgb)

14. Had u voorafgaand aan dit onderzoek wel eens iets gehoord of gelezen over de Commissie Gelijke Behandeling (Cgb)?

- a. ja
- b. nee (**ga door naar vraag 16**)

15. Wat zijn volgens u de belangrijkste taken van de Commissie gelijke behandeling (Cgb)?

- a. taken:
- b. dat weet ik niet

16. Is dit volgens u juist of onjuist: de Commissie gelijke behandeling (Cgb) heeft dezelfde bevoegdheden als de rechter

- a. juist
- b. onjuist
- c. weet niet

17. Is dit volgens u juist of onjuist: Het oordeel van de Commissie gelijke behandeling (Cgb) is juridisch bindend, d.w.z. iedereen is verplicht om het oordeel op te volgen.

- a. juist
- b. onjuist
- c. weet niet

18. Welk belang hecht u eraan dat er met de Commissie gelijke behandeling (Cgb) een aparte instantie bestaat die toeziet op gelijke behandeling?

- a. heel belangrijk
- b. belangrijk
- c. neutraal
- d. niet belangrijk
- e. helemaal niet belangrijk
- f. weet niet/geen mening

19. Weet u hoe u zelf bij de Commissie gelijke behandeling (Cgb) een klacht kunt indienen?

- a. ja
- b. ja, ongeveer
- c. nee

20. Vindt u het belangrijk om te weten hoe u een klacht kunt indienen bij de Commissie gelijke behandeling (Cgb)?

- a. ja, heel belangrijk
- b. ja, belangrijk
- c. neutraal
- d. nee, niet belangrijk

- e. nee, helemaal niet belangrijk
- f. weet niet/geen mening

21. Hebt u behoefte aan meer informatie over de wijze waarop u bij de Commissie gelijke behandeling (Cgb) een klacht kunt indienen?

- a. ja
- b. nee

22a. Hebt u zelf wel eens een klacht ingediend bij de Commissie gelijke behandeling (Cgb)?

- a. ja
- b. nee (ga door naar vraag 23)

22b. Kunt u aangeven waar de klacht betrekking op had en wat de uitspraak van de commissie was?

Klacht:
Uitspraak:

23. Zou u zelf, indien u meent dat er sprake is van ongelijke behandeling, een klacht indienen bij de Commissie gelijke behandeling (Cgb)?

- a. ja, altijd
- b. ja, afhankelijk van de reden en ernst van de ongelijke behandeling
- c. nee
- d. weet niet

V Stellingen

Hieronder volgen enkele stellingen. Wij vragen u bij elke stelling aan te geven in welke mate u het eens bent met de stelling.

- a. zeer mee eens
- b. me e eens
- c. niet mee eens, maar ook niet mee oneens
- d. me e oneens
- e. zeer mee oneens
- f. weetniet/geen mening

24. Alle mensen zijn voor de wet gelijk en daar mag nooit van afgeweken worden.

25. De Algemene wet gelijke behandeling (Awgb) heeft ertoe geleid dat er minder mensen ongelijk worden behandeld.

26. Gelijke behandeling van mannen en vrouwen is belangrijk.

27. In deze tijd van extremisme en terrorisme is mijn tolerantie tegenover bepaalde leden van religieuze groeperingen minder geworden.

28. Dat Nederland internationaal gezien voorop loopt bij homo-emanipatie is geen goede zaak.

29. Positieve discriminatie (of: voorkeursbeleid) van allochtonen op de arbeidsmarkt is nog steeds nodig.

30. Het werk van de Commissie gelijke behandeling (Cgb) heeft ertoe geleid dat er minder mensen ongelijk worden behandeld.

31. Gelijke behandeling van hetero- en homoseksuelen is belangrijk.

32. Ik vind dat de overheid in de komende jaren meer aandacht moet besteden aan een gelijke behandeling voor iedereen.

33. Gelijke behandeling van moslims en niet-moslims is belangrijk.

34. Mijn opvattingen over gelijkheid zijn de afgelopen jaren niet veranderd.

35. Positieve discriminatie (of: voorkeursbeleid) van vrouwen op de arbeidsmarkt is niet meer nodig.

36. Gelijke behandeling bevordert de emancipatie van minderheden.

37. Dat het huwelijk in Nederland is opengesteld voor homoseksuelen is een goede zaak.

38. In vergelijking tot andere landen komt er in Nederland weinig discriminatie voor.

39. Ik ben onder invloed van de Algemene wet gelijke behandeling (Awgb) anders gaan denken over (on)gelijke behandeling.

VI. AFSLUITING

40. Vindt u het belangrijk om de inhoud van de Algemene wet gelijke behandeling te kennen (Awgb)?

- a. ja, heel belangrijk
- b. ja, belangrijk
- c. neutraal
- d. nee, niet belangrijk
- e. nee, helemaal niet belangrijk

f. weet niet/geen mening

41. Hebt u behoefte aan meer informatie over de Algemene wet gelijke behandeling (Awgb)?

- a. ja
- b. nee

42. Hoe zou volgens u de informatie over de Algemene wet gelijke behandeling (Awgb) het beste kunnen worden verbeterd? (maximaal drie antwoorden)

- a. door overheidsvoorlichting
- b. door aandacht voor gelijke behandeling in de media
- c. door aandacht voor gelijke behandeling op school
- d. door aandacht voor gelijke behandeling op het werk
- e. door de wetgeving minder ingewikkeld te maken
- f. anders, namelijk door
- g. weet niet/geen mening

43. Wilt u, naar aanleiding van bovenstaande vragen, zelf nog iets toevoegen over de Algemene wet gelijke behandeling (Awgb)?

- a. ja,
- b. nee

II. Checklist telefonische interviews professionals

In opdracht van het kabinet voert de Universiteit van Tilburg onafhankelijk onderzoek uit naar de werking van de Algemene wet gelijke behandeling (Awgb). Als onderdeel van het onderzoek worden telefonische interviews gehouden met vertegenwoordigers van verschillende professionele gebruikers van de wet, zoals advocaten, rechters, p&o-managers, etc.

Omdat u in uw werk met gelijke behandeling te maken heeft, willen we u graag een aantal vragen hierover stellen. Het interview duurt ongeveer 30 minuten. De resultaten zullen anoniem verwerkt worden in het evaluatierapport dat aan het eind van dit jaar aan de Tweede Kamer zal worden aangeboden.

De vragen hebben vooral betrekking op uw ervaringen met de Algemene wet gelijke behandeling. Soms zijn er ook vragen die misschien wat ‘tentamen-achtig’ aandoen. Deze vragen komen uit de burgerenquête die ook onderdeel uitmaakt van dit onderzoek. Om de mening van burgers en professionals met elkaar te kunnen vergelijken, willen we een paar vragen uit de burgerenquête ook aan u voorleggen. Het gaat ons echter met name om uw persoonlijke mening.

Intervieweraanwijzingen staan cursief bij de vragen vermeld.

I. Achtergrondkenmerken

1. Wat is uw functie?

- a. rechter
- b. advocaat
- c. medewerker Anti Discriminatie Bureau
- d. medewerker vakbond
- e. P&O-manager
- f. medewerker belangenorganisatie

2. Hoe lang bent u in deze functie werkzaam?

..... jaar

3. Kunt u een korte omschrijving geven van uw dagelijkse werkzaamheden?

4. Wat is uw leeftijd?

..... jaar

5. Geslacht?

(interviewer: niet vragen, zelf invullen)

- a. man
- b. vrouw

II. De Awgb

6a. Wat vindt u van gelijke behandeling?

(interviewer: antwoordmogelijkheden oplezen)

- a. Gelijke behandeling is de kern van onze democratische rechtsstaat
- b. Gelijke behandeling is belangrijk, maar ongelijke behandeling is soms ook gerechtvaardigd
- c. Gelijke behandeling is in de praktijk moeilijk uitvoerbaar
- d. Gelijke behandeling is niet meer van deze tijd
- e. weet niet/geen mening

6b. Toelichting op antwoord:

(interviewer: doorvragen, bijvoorbeeld: 'kunt u uw antwoord nog toelichten?')

Of: 'waarom vindt u dat' etc.)

7a. In welke mate vinden uw collega's gelijke behandeling belangrijk?

- a. zeer belangrijk
- b. best belangrijk
- c. neutraal
- d. niet zo belangrijk
- e. helemaal niet belangrijk
- f. weet niet/geen mening

7b. Ruimte voor toelichting:

(interviewer: doorvragen, Bijvoorbeeld: 'waaruit blijkt dat' 'kunt u daarvan een voorbeeld noemen' etc.)

8a. Wat vindt u ervan dat er met de Awgb een wet bestaat die toeziet op gelijke behandeling?

- a. ik vind dat zeer belangrijk
- b. ik vind dat best belangrijk
- c. daar sta ik neutraal tegenover
- d. ik vind dat niet zo belangrijk
- e. ik vind dat helemaal niet belangrijk
- f. weet niet/geen mening

8b. Toelichting op antwoord:

(interviewer: doorvragen. Bijvoorbeeld: 'waarom vindt u dat' 'wat is daarvan de reden' 'kunt u hierop nog een toelichting geven' 'kunt u hierover nog iets meer zeggen')

9. Hoe goed bent u op de hoogte van de Algemene wet gelijke behandeling (Awgb)?

- a. uitstekend
- b. goed
- c. redelijk
- d. matig
- a. slecht
- b. ik ken de wet niet (ga door naar vraag 13)

10. Hoe vaak heeft u in uw dagelijkse werkzaamheden te maken met de Algemene wet gelijke behandeling?

- a. heel vaak
- b. vaak
- c. soms
- d. bijna nooit
- e. nooit

11. Wat zijn voor uw kennis van de Algemene wet gelijke behandeling (Awgb) de belangrijkste informatiebronnen? (maximaal drie antwoorden mogelijk)

(interviewer: voorlezen als de respondent geen informatiebron kan noemen, anders proberen de antwoorden van de respondent in de onderstaande categorieën te plaatsen)

- a. voorlichtingsfolder overheid
- b. radio/televisie
- c. krant
- e. vakliteratuur
- f. internet
- i. studie/cursus
- i. anders, namelijk

12. Welk discriminatiegronden zijn volgens u in de Algemene wet gelijke behandeling (Awgb) opgenomen? (meerdere antwoorden mogelijk)

(interviewer: NIET oplezen, respondent spontaan laten antwoorden en antwoorden onderbrengen in a t/m t. Indien een antwoord gegeven wordt dat je niet kunt onderbrengen dan als antwoord 'u. overig' opnemen.)

- a. Geslacht
- b. Leeftijd
- c. Opleidingsniveau
- d. Intelligentie
- e. Woonplaats/regio
- f. Ras
- g. Nationaliteit
- h. Burgerlijke staat (gehuwd, ongehuwd, (duurzaam) samenwonend)
- i. Godsdienst/levensovertuiging
- j. Hetero- of homoseksuele gerichtheid
- k. Uiterlijk
- n. Handicap/chronische ziekte
- o. Betaalde baan/geen (betaalde) baan

- n. Beroep
- o. Tijdelijk/vast arbeidscontract
- p. Werkervaring
- q. Activiteiten buiten werktijd
- r. Politieke gezindheid
- u. Strafblad
- v. Weet niet
- w. Overig, namelijk

13a. Hebt u behoefte aan meer informatie over de Algemene wet gelijke behandeling (Awgb)?

- a. ja
- c. nee

13b. Ruimte voor toelichting:

(interviewer: doorvragen. Bijvoorbeeld: 'kunt u een reden noemen waarom u aan meer informatie behoefte heeft' OF 'kunt u een reden noemen waarom u GEEN behoefte heeft aan meer informatie'.

Na 1 reden, zou nog gevraagd kunnen worden of meer nog meer redenen kan noemen)

III. De Commissie Gelijke Behandeling (Cgb)

14a. Welk belang hecht u eraan dat er met de Commissie gelijke behandeling (Cgb) een aparte instantie bestaat die toeziet op gelijke behandeling?

- a. heel belangrijk
- b. belangrijk
- c. neutraal
- d. niet belangrijk
- g. helemaal niet belangrijk
- h. weet niet/geen mening

14b. Toelichting op antwoord:

(interviewer: doorvragen. Bijvoorbeeld: 'kunt u aangeven waarom u die mening bent toegeedaan?' 'kunt u op uw antwoord nog een toelichting geven')

15. Hoe vaak heeft u in uw dagelijkse werkzaamheden te maken met de Commissie gelijke behandeling (Cgb)?

- a. heel vaak
- b. vaak
- c. soms
- d. zelden of nooit

16. Weet u hoe u bij de Commissie gelijke behandeling (Cgb) een klacht kunt indienen?

- a. ja
- b. ja, ongeveer
- c. nee

17. Wat zijn volgens u de belangrijkste taken van de Commissie gelijke behandeling (Cgb)?

- a. taken:

- b. dat weet ik niet

18a. Is dit volgens u juist of onjuist: de Commissie gelijke behandeling (Cgb) heeft dezelfde bevoegdheden als de rechter

- a. juist
- b. onjuist
- c. weet niet

18b. Ruimte voor toelichting:

(interviewer: doorvragen. Bijvoorbeeld: 'waarom denkt u dat' 'waanuit blijkt dat volgens u' etc.)

19a. Is dit volgens u juist of onjuist: Het oordeel van de Commissie gelijke behandeling (Cgb) is juridisch bindend, d.w.z. iedereen is verplicht om het oordeel op te volgen.

- a. juist
- b. onjuist
- c. weet niet

19b. Ruimte voor toelichting:

(interviewer: doorvragen. Bijvoorbeeld: 'kunt u aangeven waarop u uw oordeel baseert' 'waaruit blijkt dat volgens u' 'waarom denkt u dat' etc.)

IV. Optreden tegen ongelijke behandeling

20a. Hoe vaak heeft u in uw dagelijkse werkzaamheden te maken met gevallen van ongelijke behandeling? (klachten, verzoeken, enz.)

- a. 1 x per week of vaker
- b. 1 x keer per maand
- c. 1 x per half jaar
- d. 1 x per jaar
- e. zelden of nooit

21. Heeft u in de afgelopen twee jaar concreet actie ondernomen tegen een vermeend geval van ongelijke behandeling?

- a. ja (ga door naar vraag 23)
- b. nee

22. Waarom heeft u geen actie ondernomen? (ga daarna door naar VI Stellingen)

23. Kunt u een korte omschrijving geven van de klacht/zaak? En kunt u hierbij aangeven of u hierbij een beroep heeft gedaan op de Cgbof een andere instantie?

(indien u meerdere gevallen heeft meegemaakt kunt u er 2 noemen, bijvoorbeeld het belangrijkste en het meest recente geval; indien u ooit een klacht bij de CGB (=Commissie gelijke Behandeling) heeft ingediend, dan deze zaak in ieder geval noemen)

<u>Omschrijving klacht/zaak 1</u>	<u>Jaar</u>	<u>Beroep op Awgb?</u>	<u>Beroep op andere wetgeving? Welke?</u>	<u>Beroep op Cgb?</u>	<u>Beroep op andere instantie? Welke?</u>	<u>Uitkomst procedure</u>

Knelpunten in wet/procedure aangaande deze zaak:

<u>Omschrijving klacht/zaak 2</u>	<u>Jaar</u>	<u>Beroep op Awgb?</u>	<u>Beroep op andere wetgeving? Welke?</u>	<u>Beroep op Cgb?</u>	<u>Beroep op andere instantie? Welke?</u>	<u>Uitkomst procedure</u>

Knelpunten in wet/procedure aangaande deze zaak:

24a. Boden de normen in de gelijke behandelingswetgeving voor u voldoende aanknopingspunten voor een effectieve uitvoering van de wet? (deze vraag alleen als volgens vraag 23 gebruik is gemaakt van de Awgb)

- a. ja
- b. nee

24b. Toelichting op het antwoord:

(interviewer: doorvragen. Bijvoorbeeld: 'kunt u uw antwoord toelichten?' 'waarom vindt u dat?' 'welke aanknopingspunten waren dat?')

25a. Als u terugkijkt op de procedure bij de Commissie gelijke behandeling, bent u dan tevreden? (deze vraag alleen als volgens vraag 23 gebruik is gemaakt van de Cgb)

- a. zeer tevreden
- b. tevreden
- c. neutraal
- d. niet tevreden
- e. helemaal niet tevreden

25b. Toelichting op het antwoord:

(Interviewer: doorvragen. Bijvoorbeeld 'kunt u uw mening toelichten?' 'waarom vindt u dat' 'kunt u daar nog iets meer over zeggen' etc.)

26a. Zou u in een volgende, vergelijkbare, zaak opnieuw gebruik maken van de Cgb? (deze vraag alleen als volgens vraag 23 gebruik is gemaakt van de Cgb)

- a. ja
- b. nee

26b. Toelichting op het antwoord:

(Interviewer: doorvragen. Bijvoorbeeld: 'wat is de voornaamste reden van uw antwoord?' 'kunt u uw antwoord toelichten? etc.)

VI. Stellingen

Nu volgen enkele stellingen. Wij vragen u bij elke stelling aan te geven in welke mate u het eens bent met de stelling.

- a. zeer mee eens
- b. mee eens
- c. niet mee eens, maar ook niet mee oneens
- d. mee oneens
- e. zeer mee oneens
- f. weet

niet/geen

mening

<u>Vraag</u>	<u>Antw.</u> <u>(a-f)</u>	<u>Toelichting</u>
<u>27. De Algemene wet gelijke behandeling (Awgb) heeft ertoe geleid dat er minder mensen ongelijk worden behandeld.</u>		
<u>28. De Algemene wet gelijke behandeling is een belangrijk instrument om effectief te kunnen optreden tegen gevallen van ongelijke behandeling.</u>		:
<u>29. De Awgb is op te veel verschillende discriminatiegronden van toepassing.</u>		
<u>30. De normen uit de Awgb zijn voldoende duidelijk om in de praktijk toe te passen.</u>		
<u>31. De Awgb biedt voldoende aanknopingspunten om verboden onderscheid aan te pakken.</u>		
<u>32. De tweedeling in “direct” en “indirect onderscheid” is in de praktijk niet goed werkbaar.</u>		
<u>33. De Awgb vormt een belemmering om effectief te kunnen optreden tegen ongelijke behandeling.</u>		
<u>34. Het werk van de Commissie gelijke behandeling (Cgb) heeft ertoe geleid dat er minder mensen ongelijk worden behandeld.</u>		
<u>35. De procedure voor de Cgb is gemakkelijk toegankelijk</u>		
<u>36. De oordelen van de Cgb zijn meestal helder en deskundig</u>		
<u>37. De oordelen van de Cgb zijn in de praktijk vaak moeilijk uitvoerbaar</u>		

VII. Afsluiting

38. Hoe duidelijk vindt u in het algemeen de Algemene wet gelijke behandeling?

- a. heel duidelijk
- b. duidelijk
- c. neutraal
- d. onduidelijk
- e. heel onduidelijk
- f. weet niet/geen mening

39. Tegen welke onduidelijkheden en hiaten in de Awgb loopt u in uw dagelijkse praktijk aan?

40. Zou u iets de huidige gelijke behandelingswetgeving willen veranderen of verbeteren? Zo ja, wat en hoe?

41. Ziet u andere (preventieve) mogelijkheden om ongelijke behandeling tegen te gaan of aan te pakken?

42. Wilt u, naar aanleiding van bovenstaande vragen, zelf nog iets toevoegen over de Algemene wet gelijke behandeling (Awgb) of de Commissie gelijke behandeling (Cgb)?

Hartelijk dan voor uw medewerking!

(Aanvullende vragen)

In vervolg op ons eerdere gesprek, wil ik u graag nog een paar aanvullende vragen voorleggen:

1. Stelt u zich eens de volgende twee situaties voor:

* Een vrouw wordt gepasseerd voor een nieuwe baan, omdat haar nieuwe werkgever onderscheid maakt tussen mannen en vrouwen.

* Een vrouw wordt gepasseerd voor een nieuwe baan, omdat haar nieuwe werkgever discrimineert tussen mannen en vrouwen

Hoe beoordeelt u beide gevallen?

a. beide gevallen beoordeel ik hetzelfde, er is voor mij geen verschil tussen onderscheid en discriminatie

b. onderscheid vind ik ernstiger dan discriminatie

c. discriminatie vind ik ernstiger dan onderscheid

d. weet niet/geen mening

2a. De Awgb is niet van toepassing op eenzijdig overheidshandelen

(bijvoorbeeld: het toewijzen van woningen door de gemeente, hier geldt de Awgb nu niet).

Ervaart u dit als een probleem? Wordt u door deze bepaling belemmerd in uw dagelijkse werkzaamheden?

(Waarom wel/niet; kunt u een voorbeeld geven?)

2b. Vindt u dat in de toekomst de Awgb ook van toepassing moet zijn op eenzijdig overheidshandelen?

(Waarom wel/niet; kunt u een voorbeeld geven van de voor-/nadelen?)

3a. De werking van de Awgb wordt op een aantal punten begrensd door de verenigingsvrijheid.

(Sommige verenigingen op politieke of godsdienstige grondslag mogen bijvoorbeeld onder omstandigheden nieuwe leden weigeren als ze niet goed passen bij de vereniging)

Ervaart u dit als een probleem? Wordt u door deze bepaling belemmerd in uw dagelijkse werkzaamheden?

(Waarom wel/niet; kunt u een voorbeeld geven?)

3b. Vindt u dat deze bepaling moet worden geschrapt?

(Waarom wel/niet; kunt u een voorbeeld geven van de voor-/nadelen?)

4a. De Awgb is niet van toepassing op rechtsverhoudingen binnen kerkgenootschappen en het geestelijk ambt .

(Denk bijvoorbeeld aan de katholieke kerk die geen homoseksuele pastoor wil aannemen. Hier is de Awgb niet van toepassing)).

Ervaart u dit als een probleem? Wordt u door deze bepaling belemmerd in uw dagelijkse werkzaamheden?

(Waarom wel/niet; kunt u een voorbeeld geven?)

4b. Vindt u dat deze bepaling moet worden geschrapt?

(Waarom wel/niet; kunt u een voorbeeld geven van de voor-/nadelen?)

III. Checklist telefonische interviews rechters

In opdracht van het kabinet voert de Universiteit van Tilburg onafhankelijk onderzoek uit naar de werking van de Algemene wet gelijke behandeling (Awgb). Als onderdeel van het onderzoek worden telefonische interviews gehouden met verschillende professionele gebruikers van de wet, zoals advocaten, medewerkers van belangenorganisaties, p&o-managers, etc.

In overleg met de Raad voor de Rechtspraak willen we ook graag een aantal rechters hierover interviewen. De Raad heeft ons hiervoor toestemming verleend.

Wij zouden u graag een aantal vragen willen stellen. Het interview duurt ongeveer 30 minuten. De resultaten zullen anoniem verwerkt worden in het evaluatierapport dat aan het eind van dit jaar aan de Tweede Kamer zal worden aangeboden.

Indien u hier prijs op stelt, zal het verslag van dit gesprek u vooraf ter goedkeuring worden voorgelegd.

De vragen hebben vooral betrekking op uw ervaringen met de Algemene wet gelijke behandeling. Soms zijn er ook vragen die misschien wat ‘tentamen-achtig’ aandoen. Deze vragen komen uit de burgerenquête die ook onderdeel uitmaakt van dit onderzoek. Om de mening van burgers en professionals met elkaar te kunnen vergelijken, willen we een paar vragen uit de burgerenquête ook aan u voorleggen. Het gaat ons echter met name om uw persoonlijke mening.

Intervieweraanwijzingen staan cursief bij de vragen vermeld.

I. Achtergrondkenmerken1. Wat is uw functie?

- g. rechter
- h. advocaat
- i. medewerker Anti Discriminatie Bureau
- j. medewerker vakbond
- k. P&O-manager
- l. medewerker belangenorganisatie

2. Hoe lang bent u in deze functie werkzaam?

..... jaar

3. Kunt u een korte omschrijving geven van uw dagelijkse werkzaamheden?4. Wat is uw leeftijd?

..... jaar

5. Geslacht?

(interviewer: niet vragen, zelf invullen)

- c. man
- d. vrouw

II. De Awgb

6a. Wat vindt u van gelijke behandeling?

(interviewer: antwoordmogelijkheden oplezen)

- a. Gelijke behandeling is de kern van onze democratische rechtsstaat
- b. Gelijke behandeling is belangrijk, maar ongelijke behandeling is soms ook gerechtvaardigd
- c. Gelijke behandeling is in de praktijk moeilijk uitvoerbaar
- d. Gelijke behandeling is niet meer van deze tijd
- e. weet niet/geen mening

6b. Toelichting op antwoord:

(interviewer: doorvragen, bijvoorbeeld: 'kunt u uw antwoord nog toelichten?')

Of: 'waarom vindt u dat' etc.)

7a. In welke mate vinden uw collega rechters gelijke behandeling belangrijk?

- a. zeer belangrijk
- b. best belangrijk
- c. neutraal
- d. niet zo belangrijk
- e. helemaal niet belangrijk
- f. weet niet/geen mening

7b. Ruimte voor toelichting:

(interviewer: doorvragen, Bijvoorbeeld: 'waaruit blijkt dat' 'kunt u daarvan een voorbeeld noemen' etc.)

8a. Wat vindt u ervan dat er met de Awgb een wet bestaat die toeziet op gelijke behandeling?

- a. ik vind dat zeer belangrijk
- b. ik vind dat best belangrijk
- c. daar sta ik neutraal tegenover
- d. ik vind dat niet zo belangrijk
- e. ik vind dat helemaal niet belangrijk
- f. weet niet/geen mening

8b. Toelichting op antwoord:

(interviewer: doorvragen. Bijvoorbeeld: 'waarom vindt u dat' 'wat is daarvan de reden' 'kunt u hierop nog een toelichting geven' 'kunt u hierover nog iets meer zeggen')

9. Hoe goed bent u op de hoogte van de Algemene wet gelijke behandeling (Awgb)?

- a. uitstekend
- b. goed
- c. redelijk
- d. matig
- d. slecht
- e. ik ken de wet niet (ga door naar vraag 13)

10. Hoe vaak heeft u in uw dagelijkse werkzaamheden te maken met de Algemene wet gelijke behandeling?

- a. heel vaak
- b. vaak
- c. soms
- d. bijna nooit
- f. nooit

11. Wat zijn voor uw kennis van de Algemene wet gelijke behandeling (Awgb) de belangrijkste informatiebronnen? (maximaal drie antwoorden mogelijk)

(interviewer: voorlezen als de respondent geen informatiebron kan noemen, anders proberen de antwoorden van de respondent in de onderstaande categorieën te plaatsen)

- a. voorlichtingsfolder overheid
- b. radio/televisie
- c. krant
- e. vakliteratuur
- f. internet
- j. studie/cursus
- i. anders, namelijk

12. Welk discriminatiegronden zijn volgens u in de Algemene wet gelijke behandeling (Awgb) opgenomen? (meerdere antwoorden mogelijk)

(interviewer: NIET oplezen, respondent spontaan laten antwoorden en antwoorden onderbrengen in a t/m t. Indien een antwoord gegeven wordt dat je niet kunt onderbrengen dan als antwoord 'u. overig' opnemen.)

- a. Geslacht
- b. Leeftijd
- c. Opleidingsniveau
- d. Intelligentie
- e. Woonplaats/regio
- f. Ras
- g. Nationaliteit
- h. Burgerlijke staat (gehuwd, ongehuwd, (duurzaam) samenwonend)

- i. Godsdienst/levensovertuiging
- j. Hetero- of homoseksuele gerichtheid
- k. Uiterlijk
- p. Handicap/chronische ziekte ← - - - - -
- q. Betaalde baan/geen (betaalde) baan
- n. Beroep
- o. Tijdelijk/vast arbeidscontract
- p. Werkervaring
- q. Activiteiten buiten werktijd
- r. Politieke gezindheid
- x. Strafblad ← - - - - -
- y. Weet niet
- z. Overig, namelijk.....

13a. Hebt u behoefte aan meer informatie over de Algemene wet gelijke behandeling (Awgb)?

- a. ja
- f. ncc ← - - - - -

13b. Ruimte voor toelichting:

(interviewer: doorvragen. Bijvoorbeeld: 'kunt u een reden noemen waarom u aan meer informatie behoefte heeft' OF 'kunt u een reden noemen waarom u GEEN behoefte heeft aan meer informatie'.

Na 1 reden, zou nog gevraagd kunnen worden of meer nog meer redenen kan noemen)

III. De Commissie gelijke behandeling (Cgb)

14a. Welk belang hecht u eraan dat er met de Commissie gelijke behandeling (Cgb) een aparte instantie bestaat die toeziet op gelijke behandeling?

- a. heel belangrijk
- b. belangrijk
- c. neutraal
- d. niet belangrijk
- i. helemaal niet belangrijk ← - - - - -
- j. weet niet/geen mening

14b. Toelichting op antwoord:

(interviewer: doorvragen. Bijvoorbeeld: 'kunt u aangeven waarom u die mening bent toegeedaan?' 'kunt u op uw antwoord nog een toelichting geven')

15. Hoe vaak heeft u in uw dagelijkse werkzaamheden te maken met de Commissie gelijke behandeling (Cgb)?

- a. heel vaak
- b. vaak

- c. soms
- d. zelden of nooit

16. Wat zijn volgens u de belangrijkste taken van de Commissie gelijke behandeling (Cgb)?

- b. taken:

- b. dat weet ik niet

17a. Hoeveel betekenis hecht u aan het oordeel van de Commissie gelijke behandeling (Cgb)?

- a. heel veel
- b. veel
- c. niet veel/niet weinig
- d. weinig
- e. heel weinig
- f. weet niet

17b. Toelichting op antwoord:

(interviewer: doorvragen, bijvoorbeeld: 'kunt u uw antwoord nog toelichten?'
Of: 'waarom vindt u dat' etc.)

18a. Hoe vaak verwijst u, in uw eigen uitspraken, naar oordelen van de Commissie gelijke behandeling (Cgb)?

- a. heel vaak
- b. vaak
- c. soms
- d. nooit
- e. weet niet

18b. Toelichting op antwoord:

(interviewer: doorvragen, bijvoorbeeld: 'kunt u uw antwoord nog toelichten?'
Of: 'waarom vindt u dat' etc.)

19a. Hoe groot is, in uw ogen, de invloed van het oordeel van de Commissie gelijke behandeling op de rechtspraak?

- a. heel groot
- b. groot
- c. niet groot/niet klein
- d. klein
- e. heel klein
- f. weet niet

19b. Toelichting op antwoord:

(interviewer: doorvragen, bijvoorbeeld: 'kunt u uw antwoord nog toelichten?')

Of: 'waarom vindt u dat' etc.)

20a. Denkt u dat de invloed van de Commissie gelijke behandeling (Cgb) op de rechtspraak is de afgelopen 5 jaar is veranderd?

- a. invloed is sterk toegenomen
- b. invloed is toegenomen
- c. invloed is hetzelfde gebleven
- d. invloed is verminderd
- e. invloed is sterk verminderd
- f. weet niet

20b. Toelichting op antwoord:

(interviewer: doorvragen, bijvoorbeeld: 'kunt u uw antwoord nog toelichten?')

Of: 'waarom vindt u dat' etc.)

21a. Hoe zou, in uw ogen, de Commissie gelijke behandeling (Cgb) zijn invloed op de rechtspraak kunnen vergroten?

(interviewer: doorvragen, bijvoorbeeld: 'kunt u uw antwoord nog toelichten?')

Of: 'waarom vindt u dat' etc.)

IV. Optreden tegen ongelijke behandeling

22. Hoe vaak heeft u in uw dagelijkse werkzaamheden te maken met gevallen van ongelijke behandeling? (klachten, verzoeken, enz.)

- f. 1 x per week of vaker
- g. 1 x keer per maand
- h. 1 x per half jaar
- i. 1 x per jaar
- j. zelden of nooit

23. Kunt u een korte omschrijving geven van de meest recente zaak waarin gelijke behandeling een rol speelde? En wat hierin uw beslissing was?

Toelichting op antwoord:

(interviewer: doorvragen, bijvoorbeeld: 'kunt u uw antwoord nog toelichten?')

Of: 'waarom vindt u dat' etc.)

24. Bent u tijdens deze zaak tegen knelpunten aangelopen in de gelijke behandelingswetgeving?

Toelichting op antwoord:

(interviewer: doorvragen, bijvoorbeeld: 'kunt u uw antwoord nog toelichten?')

Of: 'waarom vindt u dat' etc.)

25a. De Awgb is niet van toepassing op eenzijdig overheidshandelen

(bijvoorbeeld: het toewijzen van woningen door de gemeente, hier geldt de AWGB nu niet).

Ervaart u dit als een probleem? Wordt u door deze bepaling belemmerd in uw dagelijkse werkzaamheden?

(Waarom wel/niet; kunt u een voorbeeld geven?)

Toelichting op het antwoord:

25b. Vindt u dat in de toekomst de Awgb ook van toepassing moet zijn op eenzijdig overheidshandelen?

(Waarom wel/niet; kunt u een voorbeeld geven van de voor-/nadelen?)

Toelichting op het antwoord:

26a. De werking van de Awgb wordt op een aantal punten begrensd door de verenigingsvrijheid.

(Sommige verenigingen op politieke of godsdienstige grondslag mogen bijvoorbeeld onder omstandigheden nieuwe leden weigeren als ze niet goed passen bij de vereniging)

Ervaart u dit als een probleem? Wordt u door deze bepaling belemmerd in uw dagelijkse werkzaamheden?

(Waarom wel/niet; kunt u een voorbeeld geven?)

Toelichting op het antwoord:

26b. Vindt u dat deze bepaling moet worden geschrapt?

(Waarom wel/niet; kunt u een voorbeeld geven van de voor-/nadelen?)

Toelichting op het antwoord:

27a. De Awgb is niet van toepassing op rechtsverhoudingen binnen kerkgenootschappen en het geestelijk ambt .

(Denk bijvoorbeeld aan de katholieke kerk die geen homoseksuele pastoor wil aannemen. Hier is de AWGB niet van toepassing)).

Ervaart u dit als een probleem? Wordt u door deze bepaling belemmerd in uw dagelijkse werkzaamheden?

(Waarom wel/niet; kunt u een voorbeeld geven?)

Toelichting op het antwoord:

27b. Vindt u dat deze bepaling moet worden geschrapt?

(Waarom wel/niet; kunt u een voorbeeld geven van de voor-/nadelen?)

Toelichting op het antwoord:

VI. Stellingen

Nu volgen enkele stellingen. Wij vragen u bij elke stelling aan te geven in welke mate u het eens bent met de stelling.

- a. zeer mee eens
- b. me e eens
- c. niet mee eens, maar ook niet mee oneens
- d. me e oneens
- e. zeer mee oneens
- f. weet niet/geen mening

<u>Vraag</u>	<u>Antw.</u> <u>(a-f)</u>	<u>Toelichting</u>
<u>28. De Algemene wet gelijke behandeling (Awgb) heeft ertoe geleid dat er minder mensen ongelijk worden behandeld.</u>		
<u>29. De Algemene wet gelijke behandeling is een belangrijk instrument om effectief te kunnen optreden tegen gevallen van ongelijke behandeling.</u>		:
<u>30. De Awgb is op te veel verschillende discriminatiegronden van toepassing.</u>		
<u>31. De normen uit de Awgb zijn voldoende duidelijk om in de praktijk toe te passen.</u>		
<u>32. De Awgb biedt voldoende aanknopingspunten om verboden onderscheid aan te pakken.</u>		
<u>33. De tweedeling in “direct” en “indirect onderscheid” is in de praktijk niet goed werkbaar.</u>		
<u>34. De Awgb vormt een belemmering om effectief te kunnen optreden tegen ongelijke behandeling.</u>		
<u>35. Het werk van de Commissie gelijke behandeling (Cgb) heeft ertoe geleid dat er minder mensen ongelijk worden behandeld.</u>		
<u>36. De procedure voor de Cgb is gemakkelijk toegankelijk</u>		
<u>37. De oordelen van de Cgb zijn meestal helder en deskundig</u>		
<u>38. De oordelen van de Cgb zijn in de praktijk vaak moeilijk uitvoerbaar</u>		

VII. Afsluiting

39. Hoe duidelijk vindt u in het algemeen de Algemene wet gelijke behandeling?

- a. heel duidelijk
- b. duidelijk
- c. neutraal

d. onduidelijk

g. heel onduidelijk

h. weet niet/geen mening

40. Tegen welke onduidelijkheden en hiaten in de Awgb loopt u in uw dagelijkse praktijk aan?

41. Zou er, wat u betreft, iets in de huidige gelijke behandelingswetgeving moeten worden veranderd of verbeterd? Zo ja, wat en hoe?

41. Wilt u, naar aanleiding van bovenstaande vragen, zelf nog iets toevoegen over de Algemene wet gelijke behandeling (Awgb) of de Commissie gelijke behandeling (Cgb)?

Hartelijk dank voor uw medewerking!

BIJLAGE III |

TABELLEN ENQUÊTE |

|

I. Algemeen

(1) Had u voorafgaand aan dit onderzoek wel eens iets gehoord of gelezen over de Algemene wet gelijke behandeling (Awgb)?

	aantal	in %
<u>Ja</u>	<u>797</u>	<u>76</u>
<u>Nee</u>	<u>257</u>	<u>24</u>
<u>n=</u>	<u>1.054</u>	<u>100</u>

(1a) Had u voorafgaand aan dit onderzoek wel eens iets gehoord of gelezen over de Algemene wet gelijke behandeling (Awgb)?

	-34	35-44	45-59	60+	Totaal
<u>Ja</u>	<u>69</u>	<u>73</u>	<u>81</u>	<u>80</u>	<u>76</u>
<u>Nee</u>	<u>31</u>	<u>27</u>	<u>19</u>	<u>20</u>	<u>24</u>
<u>Totaal</u>	<u>100</u>	<u>100</u>	<u>100</u>	<u>100</u>	<u>100</u>

($\chi^2 = 15,97$; d.f. = 3; sign. = 0,001; Cramer's V = 0,12)

(2) Wat zijn voor uw kennis van de Algemene wet gelijke behandeling (Awgb) de belangrijkste informatiebronnen? (maximaal drie antwoorden mogelijk)

	aantal	in %
<u>voorlichtingsfolder overheid</u>	<u>71</u>	<u>7%</u>
<u>televisie</u>	<u>553</u>	<u>52%</u>
<u>krant</u>	<u>407</u>	<u>39%</u>
<u>radio</u>	<u>171</u>	<u>16%</u>
<u>werk</u>	<u>113</u>	<u>11%</u>
<u>internet</u>	<u>59</u>	<u>6%</u>
<u>familie/vrienden/bekenden</u>	<u>135</u>	<u>13%</u>
<u>school/studie/cursus</u>	<u>73</u>	<u>7%</u>
<u>anders, namelijk</u>	<u>11</u>	<u>1%</u>
<u>weet niet</u>	<u>37</u>	<u>4%</u>
<u>n=</u>	<u>1.054</u>	

Vraag (3) is alleen gesteld aan personen die van tevoren wel eens iets hadden gehoord van de Awgb.

(3) Hoe goed bent u op de hoogte van de Algemene wet gelijke behandeling (Awgb)?

	aantal	in %	cumulatief %
<u>Uitstekend</u>	<u>6</u>	<u>1</u>	<u>1</u>
<u>Goed</u>	<u>56</u>	<u>7</u>	<u>8</u>
<u>Redelijk</u>	<u>271</u>	<u>34</u>	<u>42</u>
<u>Matig</u>	<u>317</u>	<u>40</u>	<u>82</u>
<u>Slecht</u>	<u>147</u>	<u>18</u>	<u>100</u>
<u>n=</u>	<u>797</u>	<u>100</u>	

(3) Hoe goed bent u op de hoogte van de Awgb, naar leeftijd

leeftijd	n=	gemiddeld	Std. Deviation	Minimum	Maximum
<u>-34</u>	<u>213</u>	<u>3,67</u>	<u>0,90</u>	<u>1</u>	<u>5</u>
<u>35-44</u>	<u>160</u>	<u>3,81</u>	<u>0,88</u>	<u>1</u>	<u>5</u>
<u>45-59</u>	<u>227</u>	<u>3,71</u>	<u>0,84</u>	<u>2</u>	<u>5</u>
<u>60+</u>	<u>197</u>	<u>3,55</u>	<u>0,89</u>	<u>1</u>	<u>5</u>
<u>Totaal</u>	<u>797</u>	<u>3,68</u>	<u>0,88</u>	<u>1</u>	<u>5</u>

(1= uitstekend op de hoogte, 5 = slecht op de hoogte)

(3) Hoe goed bent u op de hoogte van de Awgb, naar leeftijd (in %)

	<u>-34</u>	<u>35-44</u>	<u>45-59</u>	<u>60+</u>	<u>Totaal</u>
<u>Uitstekend</u>	<u>1</u>	<u>2</u>		<u>1</u>	<u>1</u>
<u>Goed</u>	<u>8</u>	<u>2</u>	<u>7</u>	<u>11</u>	<u>7</u>
<u>Redelijk</u>	<u>34</u>	<u>33</u>	<u>33</u>	<u>35</u>	<u>34</u>
<u>Matig</u>	<u>38</u>	<u>39</u>	<u>42</u>	<u>39</u>	<u>40</u>
<u>Slecht</u>	<u>19</u>	<u>24</u>	<u>18</u>	<u>14</u>	<u>18</u>
<u>Totaal (n= 797)</u>	<u>100</u>	<u>100</u>	<u>100</u>	<u>100</u>	<u>100</u>

($\chi^2 = 17,01$; d.f. = 12; sign. = 0,149; Cramer's V = 0,08; NIET SIGNIFICANT)

(2) Wat zijn voor uw kennis van de Algemene wet gelijke behandeling (Awgb) de belangrijkste informatiebronnen? (maximaal drie antwoorden mogelijk)

	Wel geraadpleegd		Niet geraadpleegd	
	gemiddeld	n=	gemiddeld	n=
voorlichtingsfolder overheid	3,32	71	3,72	726
televisie	3,61	553	3,85	244
krant	3,57	407	3,80	390
radio	3,56	171	3,71	626
werk	3,37	113	3,73	683
internet	3,35	59	3,71	738
familie/vrienden/bekenden	3,48	135	3,72	662
school/studie/cursus	3,38	73	3,71	724
anders, namelijk	2,99	11	3,69	786

▪ De categorie 'weet niet' is uit deze tabel weggelaten

Vraag 40 is alleen gesteld aan personen die van tevoren wel eens iets hadden gehoord van de Awgb.

(40) Vindt u het belangrijk om de inhoud van de Awgb te kennen?

	aantal	in %
Ja, heel belangrijk	40	5
Ja, belangrijk	343	43
Neutraal	329	41
Nee, niet belangrijk	70	9
Nee, helemaal niet belangrijk	10	1
Weet niet\geen mening	5	1
Totaal	797	100

(40) Vindt u het belangrijk om de inhoud van de Awgb te kennen?, naar etniciteit

	Autochtoon	Allochtoon	Totaal
Ja, heel belangrijk	4	17	5
Ja, belangrijk	42	53	43
Neutraal	43	29	41
Nee, niet belangrijk	9	1	9
Nee, helemaal niet belangrijk	1	0	1
Weet niet\geen mening	1	0	1
Totaal (n= 797)	100	100	100

($\chi^2 = 34,11$; d.f. = 5; sign. = 0,000; Cramer's V = 0,21)

(40) Vindt u het belangrijk om de inhoud van de Awgb te kennen?, naar seksuele gerichtheid

	hetero	homo	Totaal
Ja, heel belangrijk	5	6	5
Ja, belangrijk	41	61	43
Neutraal	43	28	41
Nee, niet belangrijk	9	5	9
Nee, helemaal niet belangrijk	1		1
Weet niet\geen mening	1		1
Totaal	100	100	100

($\chi^2 = 14,89$; d.f. = 5; sign. = 0,011; Cramer's V = 0,14)

II. Uw mening over gelijke behandeling.

(4) Wat vindt u van gelijke behandeling?

	aantal	in %
Gelijke behandeling is de kern van onze democratische rechtsstaat	523	50
Gelijke behandeling is belangrijk, maar ongelijke behandeling	271	26
Gelijke behandeling is in de praktijk moeilijk uitvoerbaar	208	20
Gelijke behandeling is niet meer van deze tijd	16	2
Weet niet\geen mening	35	3
n=	1.054	100

(4) Wat vindt u van gelijke behandeling?, naar leeftijd (in %)

	-34	35-44	45-59	60+	Totaal
Gelijke behandeling is de kern van onze democratische rechtsstaat	44	37	57	60	5
Gelijke behandeling is belangrijk, maar ongelijke behandeling	25	36	23	21	2
Gelijke behandeling is in de praktijk moeilijk uitvoerbaar	24	24	16	16	2
Gelijke behandeling is niet meer van deze tijd	1	3	1	1	
Weet niet\geen mening	5	1	4	3	
Totaal (n= 1.054)	100	100	100	100	10

($\chi^2 = 45,79$; d.f. = 12; sign. = 0,000; Cramer's V = 0,12)

(5) In welke mate vinden uw vrienden en kennissen gelijke behandeling belangrijk?

	aantal	in %
<u>Zeer belangrijk</u>	<u>122</u>	<u>12</u>
<u>Best belangrijk</u>	<u>479</u>	<u>45</u>
<u>Neutraal</u>	<u>248</u>	<u>24</u>
<u>Niet zo belangrijk</u>	<u>32</u>	<u>3</u>
<u>Helemaal niet belangrijk</u>	<u>7</u>	<u>1</u>
<u>Weet niet\geen mening</u>	<u>165</u>	<u>16</u>
<u>n=</u>	<u>1.054</u>	<u>100</u>

(5) In welke mate vinden uw vrienden en kennissen gelijke behandeling belangrijk? (in %)

	autochtoon	allochtoon	Totaal
<u>Zeer belangrijk</u>	<u>9</u>	<u>34</u>	<u>12</u>
<u>Best belangrijk</u>	<u>45</u>	<u>49</u>	<u>45</u>
<u>Neutraal</u>	<u>25</u>	<u>9</u>	<u>24</u>
<u>Niet zo belangrijk</u>	<u>3</u>	<u>1</u>	<u>3</u>
<u>Helemaal niet belangrijk</u>	<u>1</u>		<u>1</u>
<u>Weet niet\geen mening</u>	<u>17</u>	<u>7</u>	<u>16</u>
<u>Totaal (n = 1.054)</u>	<u>100</u>	<u>100</u>	<u>100</u>

$(\chi^2 = 68,26; d.f. = 5; sign. = 0,000; Cramer's V = 0,25)$

(6) Wat vindt u ervan dat er met de Awgb een wet bestaat die toeziet op gelijke behandeling?

	aantal	in %
<u>Ik vind dat zeer belangrijk</u>	<u>272</u>	<u>26</u>
<u>Ik vind dat best belangrijk</u>	<u>527</u>	<u>50</u>
<u>Daar sta ik neutraal tegenover</u>	<u>186</u>	<u>18</u>
<u>Ik vind dat niet zo belangrijk</u>	<u>40</u>	<u>4</u>
<u>Ik vind dat helemaal niet belangrijk</u>	<u>4</u>	<u>0</u>
<u>Weet niet\geen mening</u>	<u>25</u>	<u>2</u>
<u>n=</u>	<u>1.054</u>	<u>100</u>

(6) Wat vindt u ervan dat er met de Awgb een wet bestaat die toeziet op gelijke behandeling?, naar etniciteit

	autochtoon	allochtoon	Totaal
Ik vind dat zeer belangrijk	23	54	26
Ik vind dat best belangrijk	52	34	50
Daar sta ik neutraal tegenover	19	7	18
Ik vind dat niet zo belangrijk	4	2	4
Ik vind dat helemaal niet belangrijk	0		0
Weet niet\geen mening	2	4	2
Totaal	100	100	100

($\chi^2 = 54,33$; d.f. = 5; sign. = 0,000; Cramer's V = 0,23)

Stelt u zich eens de volgende twee situaties voor:

* Een vrouw wordt gepasseerd voor een nieuwe baan, omdat haar nieuwe werkgever onderscheid maakt tussen mannen en vrouwen.

* Een vrouw wordt gepasseerd voor een nieuwe baan, omdat haar nieuwe werkgever discrimineert tussen mannen en vrouwen

(7) Hoe beoordeelt u beide gevallen?

	aantal	in %
Beide gevallen beoordeel ik hetzelfde, er is voor mij geen verschil	550	52
Onderscheid vind ik ernstiger dan discriminatie	36	3
Discriminatie vind ik ernstiger dan onderscheid	431	41
Weet niet\geen mening	37	4
n=	1.054	100

(8a) Hebt u zelf wel eens een situatie meegemaakt waarbij u werd geconfronteerd met een ongelijke behandeling (discriminatie)?

	aantal	in %
Ja	235	22
Nee	819	78
n=	1.054	100

(8a) Hebt u zelf wel eens een situatie meegemaakt waarbij u werd geconfronteerd met een ongelijke behandeling (discriminatie)?, naar leeftijd

	-34	35-44	45-59	60+	Totaal
Ja	26	24	23	16	22
Nee	74	76	78	84	78
Totaal (n= 1.054)	100	100	100	100	100

($\chi^2 = 8,41$; d.f. = 3; sign. = 0,038; Cramer's V = 0,09)

(8a) Hebt u zelf wel eens een situatie meegemaakt waarbij u werd geconfronteerd met een ongelijke behandeling (discriminatie)?, naar etniciteit en naar seksuele gerichtheid

	eticiteit		seksuele gerichtheid		Totaal
	autochtoon	allochtoon	hetero	homo	
Ja	20	45	20	38	22
Nee	80	55	80	62	78
Totaal (n= 1.054)	100	100	100	100	100

eticiteit : ($\chi^2 = 17,89$; d.f. = 1; sign. = 0,000; Cramer's V = 0,19)

seksuele gerichtheid: ($\chi^2 = 36,27$; d.f. = 1; sign. = 0,000; Cramer's V = 0,13)

(8b) Kunt u aangeven waar en op welke grond de ongelijke behandeling plaats vond? (bijvoorbeeld op het werk op grond van mijn geslacht)(meest genoemd, 235 respondenten)

waar	grond
<ul style="list-style-type: none"> ▪ op het werk ▪ bij sollicitaties 	<ul style="list-style-type: none"> ▪ afkomst, buitenlands uiterlijk ▪ geslacht ▪ leeftijd ▪ seksuele gerichtheid

Kruisen van vraag 8 met vraag 4

	Zelf geconfronteerd met ongelijke behandeling		Totaal
	Ja	Nee	
Gelijke behandeling is de kern van onze democratische rechtsstaat	49	50	99
Gelijke behandeling is belangrijk, maar ongelijke behandeling	24	26	50
Gelijke behandeling is in de praktijk moeilijk uitvoerbaar	24	18	42
Gelijke behandeling is niet meer van deze tijd	1	2	3
Weet niet\geen mening	2	4	6
Totaal	100	100	200

($\chi^2 = 6,08$; d.f. = 4; sign. = 0,194; Cramer's V = 0,08; NIET SIGNIFICANT)

Kruisen van vraag 8 met vraag 6

	<u>Zelf geconfronteerd met ongelijke behandeling</u>		
	<u>Ja</u>	<u>Nee</u>	<u>Totaal</u>
<u>Ik vind dat zeer belangrijk</u>	<u>40</u>	<u>22</u>	<u>26</u>
<u>Ik vind dat best belangrijk</u>	<u>44</u>	<u>51</u>	<u>50</u>
<u>Daar sta ik neutraal tegenover</u>	<u>11</u>	<u>20</u>	<u>18</u>
<u>Ik vind dat niet zo belangrijk</u>	<u>2</u>	<u>4</u>	<u>4</u>
<u>Ik vind dat helemaal niet belangrijk</u>	<u>1</u>	<u>0</u>	<u>0</u>
<u>Weet niet\geen mening</u>	<u>1</u>	<u>3</u>	<u>2</u>
<u>Totaal</u>	<u>100</u>	<u>100</u>	<u>100</u>

$(\chi^2 = 45,67; d.f. = 5; sign. = 0,000; Cramer's V = 0,21)$

III.De inhoud van de wet

(9a) Welke van de volgende discriminatiegronden zijn volgens u in de Awgb opgenomen?

	<u>aantal</u>	<u>in %</u>
<u>Ras</u>	<u>762</u>	<u>72</u>
<u>Geslacht</u>	<u>759</u>	<u>72</u>
<u>Hetero- of homoseksuele gerichtheid</u>	<u>727</u>	<u>69</u>
<u>Godsdienst/levensovertuiging</u>	<u>699</u>	<u>66</u>
<u>Nationaliteit</u>	<u>669</u>	<u>63</u>
<u>Leeftijd</u>	<u>622</u>	<u>59</u>
<u>Handicap/chronische ziekte</u>	<u>542</u>	<u>51</u>
<u>Politieke gezindheid</u>	<u>461</u>	<u>44</u>
<u>Burgerlijke staat (gehuwd, ongehuwd, (duurzaam) samenwonend)</u>	<u>416</u>	<u>39</u>
<u>Uiterlijk</u>	<u>345</u>	<u>33</u>
<u>Strafblad</u>	<u>250</u>	<u>24</u>
<u>Opleidingsniveau</u>	<u>196</u>	<u>19</u>
<u>Werkervaring</u>	<u>137</u>	<u>13</u>
<u>Tijdelijk/vast arbeidscontract</u>	<u>122</u>	<u>12</u>
<u>Beroep</u>	<u>119</u>	<u>11</u>
<u>Betaalde baan/geen (betaalde) baan</u>	<u>109</u>	<u>10</u>
<u>Woonplaats/regio</u>	<u>94</u>	<u>9</u>
<u>Intelligentie</u>	<u>85</u>	<u>8</u>
<u>Activiteiten buiten werktijd</u>	<u>73</u>	<u>7</u>
<u>Weet niet</u>	<u>152</u>	<u>14</u>

(9b) Welke van de volgende discriminatiegronden zijn volgens u in de Awgb opgenomen?, naar bekendheid met de wet (vraag 1) (in %)

	<u>Kende de AGGB al voor het onderzoek</u>	
	<u>Ja</u>	<u>Nee</u>
<u>Geslacht</u>	<u>77</u>	<u>56</u>
<u>Leeftijd</u>	<u>64</u>	<u>45</u>
<u>Opleidingsniveau</u>	<u>18</u>	<u>19</u>
<u>Intelligentie</u>	<u>8</u>	<u>10</u>
<u>Woonplaats/regio</u>	<u>9</u>	<u>9</u>
<u>Ras</u>	<u>77</u>	<u>60</u>
<u>Nationaliteit</u>	<u>66</u>	<u>56</u>
<u>Burgerlijke staat (gehuwd, ongehuwd, (duurzaam) samenwonend)</u>	<u>43</u>	<u>29</u>
<u>Godsdienst/levensovertuiging</u>	<u>71</u>	<u>52</u>
<u>Hetero- of homoseksuele gerichtheid</u>	<u>74</u>	<u>53</u>
<u>Uiterlijk</u>	<u>34</u>	<u>29</u>
<u>Handicap/chronische ziekte</u>	<u>55</u>	<u>42</u>
<u>Betaalde baan/geen (betaalde) baan</u>	<u>10</u>	<u>10</u>
<u>Beroep</u>	<u>11</u>	<u>12</u>
<u>Tijdelijk/vast arbeidscontract</u>	<u>11</u>	<u>13</u>
<u>Werkervaring</u>	<u>13</u>	<u>12</u>
<u>Activiteiten buiten werktijd</u>	<u>7</u>	<u>7</u>
<u>Politieke gezindheid</u>	<u>47</u>	<u>33</u>
<u>Strafblad</u>	<u>23</u>	<u>26</u>
<u>Weet niet</u>	<u>10</u>	<u>29</u>
<u>n=</u>	<u>797</u>	<u>257</u>

(9c) Welke van de volgende discriminatiegronden zijn volgens u in de Awgb opgenomen?, naar geslacht (in %)

	geslacht	
	Man	Vrouw
<u>Geslacht</u>	73	71
<u>Leeftijd</u>	60	58
<u>Opleidingsniveau</u>	18	19
<u>Intelligentie</u>	8	8
<u>Woonplaats/regio</u>	9	9
<u>Ras</u>	74	71
<u>Nationaliteit</u>	62	65
<u>Burgerlijke staat (gehuwd, ongehuwd, (duurzaam) samenwonend)</u>	40	40
<u>Godsdienst/levensovertuiging</u>	68	64
<u>Hetero- of homoseksuele gerichtheid</u>	71	67
<u>Uiterlijk</u>	36	30
<u>Handicap/chronische ziekte</u>	51	51
<u>Betaalde baan/geen (betaalde) baan</u>	10	11
<u>Beroep</u>	10	13
<u>Tijdelijk/vast arbeidscontract</u>	11	13
<u>Werkervaring</u>	11	15
<u>Activiteiten buiten werktijd</u>	6	8
<u>Politieke gezindheid</u>	45	43
<u>Strafblad</u>	24	23
<u>Weet niet</u>	13	16
<u>n=</u>	519	535

(9c) Welke van de volgende discriminatiegronden zijn volgens u in de Awgb opgenomen?, naar etniciteit (in %)

	eticiteit	
	<u>Autochtoon</u>	<u>Allochtoon</u>
<u>Geslacht</u>	<u>72</u>	<u>75</u>
<u>Leeftijd</u>	<u>59</u>	<u>58</u>
<u>Opleidingsniveau</u>	<u>19</u>	<u>17</u>
<u>Intelligentie</u>	<u>8</u>	<u>8</u>
<u>Woonplaats/regio</u>	<u>9</u>	<u>7</u>
<u>Ras</u>	<u>72</u>	<u>75</u>
<u>Nationaliteit</u>	<u>63</u>	<u>65</u>
<u>Burgerlijke staat (gehuwd, ongehuwd, (duurzaam) samenwonend)</u>	<u>41</u>	<u>30</u>
<u>Godsdienst/levensovertuiging</u>	<u>66</u>	<u>68</u>
<u>Hetero- of homoseksuele gerichtheid</u>	<u>69</u>	<u>72</u>
<u>Uiterlijk</u>	<u>32</u>	<u>40</u>
<u>Handicap/chronische ziekte</u>	<u>52</u>	<u>50</u>
<u>Betaalde baan/geen (betaalde) baan</u>	<u>11</u>	<u>8</u>
<u>Beroep</u>	<u>11</u>	<u>17</u>
<u>Tijdelijk/vast arbeidscontract</u>	<u>11</u>	<u>14</u>
<u>Werkervaring</u>	<u>13</u>	<u>10</u>
<u>Activiteiten buiten werktijd</u>	<u>7</u>	<u>3</u>
<u>Politieke gezindheid</u>	<u>44</u>	<u>45</u>
<u>Strafblad</u>	<u>24</u>	<u>21</u>
<u>Weet niet</u>	<u>15</u>	<u>13</u>
<u>n=</u>	<u>948</u>	<u>106</u>

(9c) Welke van de volgende discriminatiegronden zijn volgens u in de Awgb opgenomen?, naar seksuele gerichtheid (in %)

	Seksuele gerichtheid	
	hetero	homo
<u>Geslacht</u>	<u>71</u>	<u>83</u>
<u>Leeftijd</u>	<u>57</u>	<u>74</u>
<u>Opleidingsniveau</u>	<u>19</u>	<u>19</u>
<u>Intelligentie</u>	<u>8</u>	<u>10</u>
<u>Woonplaats/regio</u>	<u>9</u>	<u>7</u>
<u>Ras</u>	<u>72</u>	<u>80</u>
<u>Nationaliteit</u>	<u>63</u>	<u>69</u>
<u>Burgerlijke staat (gehuwd, ongehuwd, (duurzaam) samenwonend)</u>	<u>40</u>	<u>39</u>
<u>Godsdienst/levensovertuiging</u>	<u>65</u>	<u>77</u>
<u>Hetero- of homoseksuele gerichtheid</u>	<u>67</u>	<u>86</u>
<u>Uiterlijk</u>	<u>33</u>	<u>27</u>
<u>Handicap/chronische ziekte</u>	<u>50</u>	<u>60</u>
<u>Betaalde baan/geen (betaalde) baan</u>	<u>10</u>	<u>11</u>
<u>Beroep</u>	<u>12</u>	<u>9</u>
<u>Tijdelijk/vast arbeidscontract</u>	<u>12</u>	<u>12</u>
<u>Werkervaring</u>	<u>12</u>	<u>21</u>
<u>Activiteiten buiten werktijd</u>	<u>7</u>	<u>8</u>
<u>Politieke gezindheid</u>	<u>43</u>	<u>47</u>
<u>Strafblad</u>	<u>24</u>	<u>23</u>
<u>Weet niet</u>	<u>15</u>	<u>7</u>
<u>n=</u>	<u>944</u>	<u>110</u>

(9c) Welke van de volgende discriminatiegronden zijn volgens u in de Awgb opgenomen?, naar leeftijdsklasse (in %)

	leeftijdsklasse			
	-34	35-44	45-59	60+
<u>Geslacht</u>	74	74	75	64
<u>Leeftijd</u>	58	53	67	57
<u>Opleidingsniveau</u>	24	15	14	21
<u>Intelligentie</u>	14	6	7	5
<u>Woonplaats/regio</u>	13	8	6	8
<u>Ras</u>	76	73	74	64
<u>Nationaliteit</u>	69	67	61	58
<u>Burgerlijke staat</u>	37	34	42	44
<u>Godsdienst/levensovertuiging</u>	69	70	68	57
<u>Hetero- of homoseksuele gerichtheid</u>	71	72	72	61
<u>Uiterlijk</u>	35	36	33	28
<u>Handicap/chronische ziekte</u>	56	52	51	45
<u>Betaalde baan/geen (betaalde) baan</u>	13	9	8	12
<u>Beroep</u>	13	9	9	15
<u>Tijdelijk/vast arbeidscontract</u>	14	10	7	15
<u>Werkervaring</u>	16	12	10	13
<u>Activiteiten buiten werktijd</u>	8	6	6	8
<u>Politieke gezindheid</u>	45	44	49	36
<u>Strafblad</u>	22	21	25	27
<u>Weet niet</u>	15	14	12	17
<u>n=</u>	309	219	281	245

(10) Wanneer is volgens u positieve discriminatie (voorkeursbeleid) wettelijk toegestaan?

	aantal	In %
<u>Altijd</u>	<u>42</u>	<u>4</u>
<u>Alleen onder strikte voorwaarden</u>	<u>668</u>	<u>63</u>
<u>Nooit</u>	<u>255</u>	<u>24</u>
<u>Weet niet</u>	<u>89</u>	<u>8</u>
<u>n=</u>	<u>1054</u>	<u>100</u>

(10) Wanneer is volgens u positieve discriminatie (voorkeursbeleid) wettelijk toegestaan?, naar leeftijd

	-34	35-44	45-59	60+	Totaal
<u>Altijd</u>	<u>3</u>	<u>6</u>	<u>4</u>	<u>4</u>	<u>4</u>
<u>Alleen onder strikte voorwaarden</u>	<u>71</u>	<u>62</u>	<u>59</u>	<u>54</u>	<u>62</u>
<u>Nooit</u>	<u>17</u>	<u>21</u>	<u>27</u>	<u>34</u>	<u>25</u>
<u>Weet niet</u>	<u>8</u>	<u>11</u>	<u>10</u>	<u>7</u>	<u>9</u>
<u>Totaal (n= 1.054)</u>	<u>100</u>	<u>100</u>	<u>100</u>	<u>100</u>	<u>100</u>
<u>n=</u>	<u>309</u>	<u>219</u>	<u>281</u>	<u>245</u>	<u>309</u>

$(\chi^2 = 30,52; d.f. = 9; sign. = 0,000; Cramer's V = 0,10)$

(10) Wanneer is volgens u positieve discriminatie (voorkeursbeleid) wettelijk toegestaan?, naar etniciteit

	autochtoon	allochtoon	Totaal
<u>Altijd</u>	<u>4</u>	<u>9</u>	<u>4</u>
<u>Alleen onder strikte voorwaarden</u>	<u>63</u>	<u>56</u>	<u>62</u>
<u>Nooit</u>	<u>25</u>	<u>22</u>	<u>25</u>
<u>Weet niet</u>	<u>9</u>	<u>12</u>	<u>9</u>
<u>Totaal (n= 1.054)</u>	<u>100</u>	<u>100</u>	<u>100</u>

$(\chi^2 = 9,88; d.f. = 3; sign. = 0,020; Cramer's V = 0,10)$

(11) Weet u wat met de begrippen "direct" en "indirect" wordt bedoeld?

	aantal	in %
<u>Ja</u>	<u>199</u>	<u>19</u>
<u>Ja, ongeveer</u>	<u>559</u>	<u>53</u>
<u>Nee</u>	<u>295</u>	<u>28</u>
<u>n=</u>	<u>1.054</u>	<u>100</u>

(11) Weet u wat met de begrippen “direct” en “indirect” wordt bedoeld?, naar leeftijd

	<u>-34</u>	<u>35-44</u>	<u>45-59</u>	<u>60+</u>	<u>Totaal</u>
<u>Ja</u>	<u>25</u>	<u>17</u>	<u>14</u>	<u>18</u>	<u>19</u>
<u>Ja, ongeveer</u>	<u>44</u>	<u>55</u>	<u>60</u>	<u>56</u>	<u>53</u>
<u>Nee</u>	<u>31</u>	<u>29</u>	<u>25</u>	<u>27</u>	<u>28</u>
<u>Totaal (n= 1.054)</u>	<u>100</u>	<u>100</u>	<u>100</u>	<u>100</u>	<u>100</u>

$(\chi^2 = 20,97; d.f. = 6; \text{sign.} = 0,002; \text{Cramer's } V = 0,10)$

(11) Weet u wat met de begrippen “direct” en “indirect” wordt bedoeld?, naar seksuele gerichtheid

	<u>hetero</u>	<u>homo</u>	<u>Totaal</u>
<u>Ja</u>	<u>19</u>	<u>16</u>	<u>19</u>
<u>Ja, ongeveer</u>	<u>52</u>	<u>64</u>	<u>53</u>
<u>Nee</u>	<u>29</u>	<u>20</u>	<u>28</u>
<u>Totaal (n= 1.054)</u>	<u>100</u>	<u>100</u>	<u>100</u>

$(\chi^2 = 6,20; d.f. = 2; \text{sign.} = 0,045; \text{Cramer's } V = 0,08)$

Advertentie A. “Gevraagd: vijf sterke jongens, met goede kennis van de Nederlandse taal, voor het wassen van vrachtauto's.”**(12) Hoe beoordeelt u de onderstaande advertenties in het licht van de Awgb, advertentie A**

	<u>jongens</u>		<u>sterke jongens</u>		<u>goede kennis NL taal</u>	
	<u>aantal</u>	<u>in %</u>	<u>aantal</u>	<u>in %</u>	<u>aantal</u>	<u>in %</u>
<u>Geen verboden onderscheid</u>	<u>367</u>	<u>48</u>	<u>265</u>	<u>35</u>	<u>367</u>	<u>48</u>
<u>Verboden direct onderscheid</u>	<u>130</u>	<u>17</u>	<u>198</u>	<u>26</u>	<u>130</u>	<u>17</u>
<u>Verboden indirect onderscheid</u>	<u>189</u>	<u>25</u>	<u>172</u>	<u>23</u>	<u>189</u>	<u>25</u>
<u>Verboden direct en indirect onderscheid</u>	<u>46</u>	<u>6</u>	<u>86</u>	<u>11</u>	<u>46</u>	<u>6</u>
<u>Weet niet</u>	<u>27</u>	<u>4</u>	<u>37</u>	<u>5</u>	<u>27</u>	<u>4</u>
<u>Totaal</u>	<u>759</u>	<u>100</u>	<u>759</u>	<u>100</u>	<u>759</u>	<u>100</u>

Vraag 12 is alleen beantwoord door mensen die zeggen ‘ongeveer’ of ‘goed’ te weten wat met direct en indirect onderscheid wordt bedoeld! (n= 759).

(12) Hoe beoordeelt u de onderstaande advertenties in het licht van de Awgb, advertentie B

	meisjes		meisjes zonder hoofdhoek		goede kennis NL taal	
	aantal	in %	aantal	in %	aantal	in %
<u>Geen verboden onderscheid</u>	<u>179</u>	<u>48</u>	<u>179</u>	<u>24</u>	<u>519</u>	<u>68</u>
<u>Verboden direct onderscheid</u>	<u>357</u>	<u>17</u>	<u>357</u>	<u>47</u>	<u>68</u>	<u>9</u>
<u>Verboden indirect onderscheid</u>	<u>92</u>	<u>25</u>	<u>92</u>	<u>12</u>	<u>122</u>	<u>16</u>
<u>Verboden direct en indirect onderscheid</u>	<u>93</u>	<u>6</u>	<u>93</u>	<u>12</u>	<u>27</u>	<u>4</u>
<u>Weet niet</u>	<u>37</u>	<u>4</u>	<u>37</u>	<u>5</u>	<u>23</u>	<u>3</u>
<u>Totaal</u>	<u>759</u>	<u>100</u>	<u>759</u>	<u>100</u>	<u>759</u>	<u>100</u>

(13) Bij welke van onderstaande voorbeelden is volgens u de Algemene wet gelijke behandeling (Awgb) van toepassing?

	aantal	in %
<u>De gemeente weigert om een bouwvergunning af te geven.</u>	<u>86</u>	<u>8</u>
<u>Een computerfirma ontslaat een medewerker.</u>	<u>101</u>	<u>10</u>
<u>Een sportvereniging weigert iemand in te schrijven als nieuw lid.</u>	<u>493</u>	<u>47</u>
<u>Een landelijke politieke partij weigert iemand in te schrijven als nieuw lid</u>	<u>512</u>	<u>49</u>
<u>Een kerkgenootschap ontslaat een dominee.</u>	<u>85</u>	<u>8</u>
<u>De wet is op alle voorbeelden van toepassing</u>	<u>235</u>	<u>22</u>
<u>Weet niet/geen mening</u>	<u>185</u>	<u>18</u>
<u>n=</u>	<u>1054</u>	

IV. De commissie gelijke behandeling (Cgb)

(14) Had u voorafgaand aan dit onderzoek wel eens iets gehoord of gelezen over de CGB

	aantal	in %
<u>Ja</u>	<u>599</u>	<u>57</u>
<u>Nee</u>	<u>455</u>	<u>43</u>
<u>Totaal</u>	<u>1.054</u>	<u>100</u>

(14) Had u voorafgaand aan dit onderzoek wel eens iets gehoord of gelezen over de Cgb, naar leeftijd (in %)

	-34	35-44	45-59	60+	Totaal
<u>Ja</u>	<u>51</u>	<u>54</u>	<u>62</u>	<u>62</u>	<u>57</u>
<u>Nee</u>	<u>49</u>	<u>46</u>	<u>38</u>	<u>38</u>	<u>43</u>
<u>Totaal (n= 1.054)</u>	<u>100</u>	<u>100</u>	<u>100</u>	<u>100</u>	<u>100</u>

$(\chi^2 = 11,24; d.f. = 3; sign. = 0,011; \text{Cramer's } V = 0,10)$

Vraag 15 is alleen beantwoord door personen die bij vraag 14 aangaven voorafgaand aan het onderzoek wel eens iets gehoord of gelezen te hebben over de CGB (n= 599).

(15) Weet u wat de belangrijkste taken van de Cgb zijn?

	aantal	in %
<u>Ja</u>	<u>180</u>	<u>30</u>
<u>Nee</u>	<u>419</u>	<u>70</u>
<u>Totaal</u>	<u>599</u>	<u>100</u>

(16) Is dit volgens u juist of onjuist: de Cgb heeft dezelfde bevoegdheden als de rechter

	aantal	in %
<u>Juist</u>	<u>70</u>	<u>7</u>
<u>Onjuist</u>	<u>702</u>	<u>67</u>
<u>Weet niet</u>	<u>283</u>	<u>27</u>
<u>Totaal</u>	<u>1054</u>	<u>100</u>

(16) Is dit volgens u juist of onjuist: de Cgb heeft dezelfde bevoegdheden als de rechter, naar geslacht

	Man	Vrouw	Totaal
<u>Juist</u>	<u>8</u>	<u>5</u>	<u>7</u>
<u>Onjuist</u>	<u>69</u>	<u>64</u>	<u>67</u>
<u>Weet niet</u>	<u>24</u>	<u>30</u>	<u>27</u>
<u>Totaal</u>	<u>100</u>	<u>100</u>	<u>100</u>

$(\chi^2 = 7,09; d.f. = 2; sign. = 0,029; \text{Cramer's } V = 0,08)$

(17) Is dit volgens u juist of onjuist: Het oordeel van de Cgb is juridisch bindend, d.w.z. iedereen is verplicht om het oordeel op te volgen

	aantal	in %
<u>Juist</u>	<u>330</u>	<u>31</u>
<u>Onjuist</u>	<u>417</u>	<u>40</u>
<u>Weet niet</u>	<u>308</u>	<u>29</u>
<u>Totaal</u>	<u>1.054</u>	<u>100</u>

(17) Is dit volgens u juist of onjuist: Het oordeel van de Cgb is juridisch bindend, d.w.z. iedereen is verplicht om het oordeel op te volgen, naar leeftijd

	-34	35-44	45-59	60+	Totaal
Juist	<u>36</u>	<u>35</u>	<u>28</u>	<u>26</u>	<u>31</u>
Onjuist	<u>38</u>	<u>40</u>	<u>37</u>	<u>44</u>	<u>40</u>
Weet niet	<u>26</u>	<u>25</u>	<u>35</u>	<u>30</u>	<u>29</u>
Totaal (n= 1.054)	<u>100</u>	<u>100</u>	<u>100</u>	<u>100</u>	<u>100</u>

($\chi^2 = 14,97$; d.f. = 6; sign. = 0,021; Cramer's V = 0,08)

(17) Is dit volgens u juist of onjuist: Het oordeel van de Cgb is juridisch bindend, d.w.z. iedereen is verplicht om het oordeel op te volgen, naar geslacht

	Man	Vrouw	Totaal
Juist	<u>34</u>	<u>28</u>	<u>31</u>
Onjuist	<u>41</u>	<u>39</u>	<u>40</u>
Weet niet	<u>25</u>	<u>33</u>	<u>29</u>
Totaal	<u>100</u>	<u>100</u>	<u>100</u>

($\chi^2 = 9,06$; d.f. = 2; sign. = 0,011; Cramer's V = 0,09)

(17) Is dit volgens u juist of onjuist: Het oordeel van de Cgb is juridisch bindend, d.w.z. iedereen is verplicht om het oordeel op te volgen, naar seksuele geaardheid

	heterofiel	homofiel	Totaal
Juist	<u>30</u>	<u>42</u>	<u>31</u>
Onjuist	<u>40</u>	<u>35</u>	<u>40</u>
Weet niet	<u>30</u>	<u>23</u>	<u>29</u>
Totaal	<u>100</u>	<u>100</u>	<u>100</u>

($\chi^2 = 6,67$; d.f. = 2; sign. = 0,011; Cramer's V = 0,36)

(18) Welk belang hecht u eraan dat er met de Cgb een aparte instantie bestaat die toeziet op gelijke behandeling?

	aantal	in %
Heel belangrijk	<u>183</u>	<u>17</u>
Belangrijk	<u>519</u>	<u>49</u>
Neutraal	<u>238</u>	<u>23</u>
Niet belangrijk	<u>34</u>	<u>3</u>
Helemaal niet belangrijk	<u>13</u>	<u>1</u>
Weet niet\geen mening	<u>67</u>	<u>6</u>
Totaal	<u>1.054</u>	<u>100</u>

(18) Welk belang hecht u eraan dat er met de Cgb een aparte instantie bestaat die toeziet op gelijke behandeling?

	autochtoon	allochtoon	Totaal
Heel belangrijk	16	26	17
Belangrijk	49	56	49
Neutraal	24	8	23
Niet belangrijk	3	1	3
Helemaal niet belangrijk	1		1
Weet niet\geen mening	6	8	6
Totaal	100	100	100

($\chi^2 = 21,11$; d.f. = 5; sign. = 0,001; Cramer's V = 0,14)

(19) Weet u hoe u zelf bij de Cgb een klacht kunt indienen?

	aantal	in %
Ja	20	2
Ja, ongeveer	137	13
Nee	896	85
Total	1054	100

(19) Weet u hoe u zelf bij de Cgb een klacht kunt indienen?, naar seksuele gerichtheid

	hetero	homo	Totaal
Ja	2	4	2
Ja, ongeveer	12	19	13
Nee	86	77	85
Totaal (n= 1.054)	100	100	100

($\chi^2 = 6,04$; d.f. = 2; sign. = 0,049; Cramer's V = 0,08)

(20) Vindt u het belangrijk om te weten hoe u een klacht kunt indienen bij de Cgb?

	aantal	in %
Ja, heel belangrijk	114	11
Ja, belangrijk	398	38
Neutraal	372	35
Nee, niet belangrijk	102	10
Nee, helemaal niet belangrijk	24	2
Weet niet\geen mening	43	4
Total	1.054	100

(20) Vindt u het belangrijk om te weten hoe u een klacht kunt indienen bij de Cgb?, naar etniciteit

	<u>Autochtoon</u>	<u>Allochtoon</u>	<u>Totaal</u>
<u>Ja, heel belangrijk</u>	<u>9</u>	<u>28</u>	<u>11</u>
<u>Ja, belangrijk</u>	<u>37</u>	<u>46</u>	<u>38</u>
<u>Neutraal</u>	<u>37</u>	<u>17</u>	<u>35</u>
<u>Nee, niet belangrijk</u>	<u>10</u>	<u>3</u>	<u>10</u>
<u>Nee, helemaal niet belangrijk</u>	<u>2</u>	<u>2</u>	<u>2</u>
<u>Weet niet\geen mening</u>	<u>4</u>	<u>5</u>	<u>4</u>
<u>Totaal (n= 1.054)</u>	<u>100</u>	<u>100</u>	<u>100</u>

$(\chi^2 = 49,05; d.f. = 5; sign. = 0,000; Cramer's V = 0,22)$

(21) Hebt u behoefte aan meer informatie over de wijze waarop u bij de Cgb een klacht kunt indienen?

	<u>aantal</u>	<u>in %</u>
<u>Ja</u>	<u>389</u>	<u>37</u>
<u>Nee</u>	<u>665</u>	<u>63</u>
<u>n=</u>	<u>1.054</u>	<u>100</u>

(21) Hebt u behoefte aan meer informatie over de wijze waarop u bij de Cgb een klacht kunt indienen?, naar etniciteit

	<u>Autochtoon</u>	<u>Allochtoon</u>	<u>Totaal</u>
<u>Ja</u>	<u>35</u>	<u>58</u>	<u>37</u>
<u>Nee</u>	<u>65</u>	<u>42</u>	<u>63</u>
<u>Totaal (n= 1.054)</u>	<u>100</u>	<u>100</u>	<u>100</u>

$(\chi^2 = 21,56; d.f. = 1; sign. = 0,000; Cramer's V = 0,14)$

(22a) Hebt u zelf wel eens een klacht ingediend bij de Cgb?

	<u>aantal</u>	<u>in %</u>
<u>Ja</u>	<u>3</u>	<u>0</u>
<u>Nee</u>	<u>1.051</u>	<u>100</u>
<u>Total</u>	<u>1.054</u>	<u>100</u>

(22b) Kunt u aangeven waar de klacht betrekking op had en wat de uitspraak van de commissie was?

	<u>klacht</u>	<u>uitspraak</u>
1	<u>Berekening pensioenrechten na echtscheiding op basis van sterftetabel</u>	<u>Afgewezen</u>
2	<u>Gene</u>	<u>Gelijk</u>
3	<u>Ongelijke behandeling door werkgever</u>	<u>Geen uitspraak. Advies: los het zelf maar op of ga naar de rechter</u>

(23) Zou u zelf, indien u meent dat er sprake is van ongelijke behandeling, een klacht indienen bij de Cgb?

	<u>aantal</u>	<u>in %</u>
<u>Ja, altijd</u>	<u>75</u>	<u>7</u>
<u>Afhankelijk van de reden en ernst van de ongelijke behandeling</u>	<u>852</u>	<u>81</u>
<u>Nee, nooit</u>	<u>65</u>	<u>6</u>
<u>Weet niet</u>	<u>62</u>	<u>6</u>
<u>Totaal</u>	<u>1.054</u>	<u>100</u>

V. Stellingen

	<u>Gemiddeld</u>	<u>Standaard deviatie</u>
<u>A</u> <u>Alle mensen zijn voor de wet gelijk en daar mag nooit van afgeweken worden.</u>	<u>2,18</u>	<u>0,97</u>
<u>B</u> <u>De Awgb heeft ertoe geleid dat er minder mensen ongelijk worden behandeld.</u>	<u>2,58</u>	<u>0,72</u>
<u>C</u> <u>Gelijke behandeling van mannen en vrouwen is belangrijk.</u>	<u>1,78</u>	<u>0,68</u>
<u>D</u> <u>In deze tijd van extremisme en terrorisme is mijn tolerantie tegenover bepaalde leden van religieuze groeperingen minder geworden.</u>	<u>2,54</u>	<u>1,07</u>
<u>E</u> <u>Dat Nederland internationaal gezien voorop loopt bij homo-emancipatie is geen goede zaak.</u>	<u>3,40</u>	<u>1,23</u>
<u>F</u> <u>Positieve discriminatie (of: voorkeursbeleid) van allochtonen op de arbeidsmarkt is nog steeds nodig.</u>	<u>3,19</u>	<u>1,01</u>
<u>G</u> <u>Het werk van de Cgb heeft ertoe geleid dat er minder mensen ongelijk worden behandeld.</u>	<u>2,64</u>	<u>0,71</u>
<u>H</u> <u>Gelijke behandeling van hetero- en homoseksuelen is belangrijk.</u>	<u>1,86</u>	<u>0,77</u>
<u>I</u> <u>Ik vind dat de overheid in de komende jaren meer aandacht moet besteden aan een gelijke behandeling voor iedereen.</u>	<u>2,24</u>	<u>0,81</u>
<u>J</u> <u>Gelijke behandeling van moslims en niet-moslims</u>	<u>2,25</u>	<u>0,93</u>

GELIJKE BEHANDELING: PRINCIPES EN PRAKTIJEN

K	<u>is belangrijk.</u> <u>Mijn opvattingen over gelijkheid zijn de afgelopen jaren niet veranderd.</u>	2,48	0,94
L	<u>Positieve discriminatie van vrouwen op de arbeidsmarkt is niet meer nodig.</u>	2,73	0,94
M	<u>Gelijke behandeling bevordert de emancipatie van minderheden.</u>	2,25	0,77
N	<u>Dat het huwelijk in Nederland is opengesteld voor homoseksuelen is een goede zaak.</u>	2,35	1,13
O	<u>In vergelijking tot andere landen komt er in Nederland weinig discriminatie voor.</u>	3,34	0,85
P	<u>Ik ben onder invloed van de Awgb anders gaan denken over (on)gelijke behandeling.</u>	3,29	0,77
	■ <u>het antwoord weet niet/geen mening is buiten beschouwing gelaten</u>		

Stellingen (in %)

	n=	Ze er mee eens	M ee eens	Neu - traal	M ee on - eens	Ze er mee oneens	We et niet, ge en me - ning
A	<u>1.029</u>	<u>26</u>	<u>43</u>	<u>19</u>	<u>11</u>	<u>1</u>	<u>2</u>
B	<u>831</u>	<u>2</u>	<u>49</u>	<u>40</u>	<u>9</u>	<u>1</u>	<u>21</u>
C	<u>1.037</u>	<u>35</u>	<u>54</u>	<u>9</u>	<u>1</u>	<u>0</u>	<u>2</u>
D	<u>1.023</u>	<u>14</u>	<u>43</u>	<u>22</u>	<u>16</u>	<u>5</u>	<u>3</u>
E	<u>1.019</u>	<u>9</u>	<u>17</u>	<u>19</u>	<u>35</u>	<u>20</u>	<u>3</u>
F	<u>998</u>	<u>3</u>	<u>25</u>	<u>34</u>	<u>28</u>	<u>11</u>	<u>5</u>

	<u>markt is nog steeds nodig.</u>							
G	<u>Het werk van de Cgb heeft ertoe geleid dat er minder mensen ongelijk worden behandeld.</u>	<u>792</u>	<u>2</u>	<u>42</u>	<u>45</u>	<u>9</u>	<u>1</u>	<u>25</u>
H	<u>Gelijke behandeling van hetero- en homoseksuelen is belangrijk.</u>	<u>1.032</u>	<u>32</u>	<u>54</u>	<u>11</u>	<u>2</u>	<u>1</u>	<u>2</u>
I	<u>Ik vind dat de overheid in de komende jaren meer aandacht moet besteden aan een gelijke behandeling voor iedereen.</u>	<u>1.023</u>	<u>16</u>	<u>51</u>	<u>27</u>	<u>6</u>	<u>1</u>	<u>3</u>
J	<u>Gelijke behandeling van moslims en niet-moslims is belangrijk.</u>	<u>1.023</u>	<u>18</u>	<u>51</u>	<u>21</u>	<u>8</u>	<u>2</u>	<u>3</u>
K	<u>Mijn opvattingen over gelijkheid zijn de afgelopen jaren niet veranderd.</u>	<u>1.020</u>	<u>11</u>	<u>51</u>	<u>20</u>	<u>17</u>	<u>1</u>	<u>3</u>
L	<u>Positieve discriminatie van vrouwen op de arbeidsmarkt is niet meer nodig.</u>	<u>998</u>	<u>8</u>	<u>37</u>	<u>33</u>	<u>20</u>	<u>2</u>	<u>5</u>
M	<u>Gelijke behandeling bevordert de emancipatie van minderheden.</u>	<u>998</u>	<u>12</u>	<u>60</u>	<u>22</u>	<u>6</u>	<u>1</u>	<u>5</u>
N	<u>Dat het huwelijk in Nederland is opengesteld voor homoseksuelen is een goede zaak.</u>	<u>1.028</u>	<u>23</u>	<u>40</u>	<u>20</u>	<u>10</u>	<u>6</u>	<u>3</u>
O	<u>In vergelijking tot andere landen komt er in Nederland weinig discriminatie voor.</u>	<u>957</u>	<u>1</u>	<u>16</u>	<u>36</u>	<u>42</u>	<u>5</u>	<u>9</u>
P	<u>Ik ben onder invloed van de AWGB anders gaan denken over (on)gelijke behandeling.</u>	<u>920</u>	<u>1</u>	<u>12</u>	<u>51</u>	<u>30</u>	<u>6</u>	<u>13</u>
	▪ <u>het antwoord weet niet/geen mening is buiten beschouwing gelaten bij de berekening van de andere percentages</u>							

VI. Afsluiting

(41) Hebt u behoefte aan meer informatie over de Awgb?

	aantal	in %
Ja	370	35
Nee	684	65
Totaal	1.054	100

(41) Hebt u behoefte aan meer informatie over de Awgb?, naar etniciteit

	Autochtoon	Allochtoon	Totaal
Ja	33	53	35
Nee	67	47	65
	100	100	100

($\chi^2 = 17,12$; d.f. = 1; sign. = 0,000; Cramer's V = 0,13)

Vraag 42 is alleen ingevuld door de personen die behoefte hebben aan meer informatie over de Awgb (n= 370).

(42) Hoe zou volgens u de informatie over de Algemene wet gelijke behandeling (Awgb) het beste kunnen worden verbeterd? (maximaal drie antwoorden)

	aantal	in %
door overheidsvoorlichting	252	68
door aandacht voor gelijke behandeling in de media	237	64
door aandacht voor gelijke behandeling op school	130	35
door aandacht voor gelijke behandeling op het werk	81	22
door de wetgeving minder ingewikkeld te maken	140	38
anders, namelijk door	4	1
weet niet/geen mening	5	1

(43) Wilt u, naar aanleiding van bovenstaande vragen, zelf nog iets toevoegen over de Awgb?

	aantal	in %
Ja	58	6
Nee	996	94
Totaal	1.054	100

(43) Wilt u, naar aanleiding van bovenstaande vragen, zelf nog iets toevoegen over de Awgb?, naar geslacht (in %)

	Man	Vrouw	Totaal
<u>Ja</u>	<u>4</u>	<u>7</u>	<u>6</u>
<u>Nee</u>	<u>96</u>	<u>93</u>	<u>94</u>
<u>Totaal</u>	<u>100</u>	<u>100</u>	<u>100</u>

($\chi^2 = 5,35$; d.f. = 1; sign. = 0,021; Cramer's V = 0,07)

Opmerkingen bij vraag 43

- bestand beschikbaar bij onderzoekers.

BIJLAGE IV

CASE-STUDIES BURGERS

CASUS B-1.

ONDERSCHIED OP BASIS VAN GESLACHT: ZWANGERSCHAP
 OORDEELNUMMER CGB 2005-126

Interviews afgenomen met verzoekster en verweerster

Samenvatting oordeel van de Cgb (van website)

“Onderscheid vanwege geslacht. Niet aanbieden van arbeidsovereenkomst na melding zwangerschap. Een vrouw werkt via een uitzendbureau als lasser bij een onderneming die bedrijfswagens ontwikkelt, produceert en verkoopt. Op 14 januari 2005, vier maanden voor het aflopen van de derde uitzendovereenkomst, vindt er een beoordelingsgesprek plaats. Het functioneren van de vrouw wordt als goed tot uitstekend beoordeeld. De vrouw dringt tijdens dit gesprek aan op duidelijkheid over een eventuele indiensttreding bij de onderneming. De onderneming zegt toe die duidelijkheid uiterlijk in februari 2005 te zullen geven. Op of omstreeks 24 januari 2005 meldt de vrouw dat ze zwanger is. Op 2 februari 2005 meldt de onderneming dat zij de vrouw geen arbeidsovereenkomst zal aanbieden. Het door de vrouw gestelde levert een vermoeden op van onderscheid. Verweerster stelt dat op 20 januari 2005 is besloten dat er geen nieuwe vaste medewerkers worden aangesteld op de afdeling waar de vrouw werkzaam was. Dit, op generlei wijze onderbouwde, standpunt vormt, mede gelet op de overige feiten en omstandigheden, onvoldoende om op grond hiervan te concluderen dat is bewezen dat er geen onderscheid is gemaakt. Onderscheid.”

Verslag interview verzoekster

Verzoekster vertelt in haar eigen woorden wat er is gebeurd, en waarom ze zich oneerlijk en niet gelijk behandeld voelde door verweerster. Ze had het idee dat zij vanwege haar zwangerschap geen vast dienstverband kreeg aangeboden. Ze vond dat onrechtvaardig, en wilde daarom stappen ondernemen.

Tijdens het interview vertelt verzoekster dat ze op het moment dat ze geen vast dienstverband kreeg aangeboden, niet op de hoogte was van het bestaan van de wetgeving ten aanzien van gelijke behandeling. Van de Commissie gelijke behandeling had ze evenmin gehoord. Omdat zij het gevoel had onrechtvaardig te zijn behandeld, zocht zij contact met haar rechtsbijstandverzekering. Die verwezen haar door naar het bureau Rechtshulp. Verzoekster kreeg de indruk dat het bureau niet veel voor haar kon doen, en niet goed raad wist met haar vraag. Wel adviseerde het bureau haar contact op te nemen met de Commissie gelijke behandeling. Dat deed verzoekster door een e-mail te sturen. Kort daarna kreeg zij bericht van de Cgb met het verzoek de zaak meer in detail uiteen te zetten. Het leidde ertoe dat zij een zaak aanspande tegen de werkgever. Hoewel verzoekster aangeeft eerder niet van de wetgeving of de commissie te hebben gehoord, viel aandacht in de media daarvoor haar later wel op: “Eigenlijk pas op het moment dat ik er zelf mee bezig was hoorde ik er hier en daar over op het journaal. Toen dacht ik wel, het is bekender dan ik dacht”.

Verzoekster vertelt dat zij naar aanleiding van het contact met de Cgb, contact zocht met een drietal vrouwelijke collega's bij haar werkgever. Die collega's waren volgens

verzoekster tegen vergelijkbare problemen aangelopen als zij zelf. Aanvankelijk wilde verzoekster samen met deze collega's een procedure aanspanen. Dat bleek praktisch niet haalbaar. Uiteindelijk diende verzoekster dan ook alleen een klacht in. Een van de drie collega's heeft korte tijd na haar ook een klacht ingediend, en is op moment van afname van het interview verwickeld in een procedure.

De mannelijke collega's van verzoekster reageerden positief op het feit dat ze haar beklag deed bij de Cgb. Verzoekster voelde zich door hen gesteund. Haar werkgever liet haar na indiening van de klacht weten het te betreuren dat verzoekster niet eerst bij P&O was gekomen, om te kijken of de zaak op die manier had kunnen worden opgelost. Verzoekster beaamt tijdens het gesprek dat ze haar ongenoegen niet bij de werkgever heeft kenbaar gemaakt. Daar had ze op dat moment geen zin in, wat mede te maken had met haar zwangerschap. De zwangerschap was, zo vertelt verzoekster, niet gepland en kwam onverwacht. Ondanks dat was ze er blij mee. Het viel haar dan ook zwaar toen de zwangerschap na 12 weken uitmondde in een miskraam.

VERZOEKSTER OVER DE PROCEDURE EN HET OORDEEL VAN DE CGB

Verzoekster heeft de procedure bij de Cgb als heel prettig ervaren, en is heel positief over de wijze waarop ze is behandeld. "Ik vond het [de procedure] heel duidelijk, en ze behandelen je gewoon heel goed. Zeker omdat ik wel een moeilijke periode doormaakte. Ze hebben echt wel begrip voor mij gehad, ze waren heel menselijk." Met de uitspraak, de Commissie stelde haar in het gelijk en oordeelde dat er sprake was geweest van onderscheid op basis van geslacht, is verzoekster heel blij, al was dat voor haar niet alleen belangrijk: "Of dat je nou gelijk krijgt achteraf of niet...ik vind het vooral heel belangrijk dat je merkt dat iemand achter je staat, en begrip voor je heeft."

Ze vertelt dat haar werkgever haar naar aanleiding van de uitspraak een andere functie heeft aangeboden, maar deze heeft zij niet geaccepteerd. De aangeboden functie betrof eenvoudig productiewerk (lassen). Gekeken naar haar laatst vervulde functie was dat in haar ogen een stap terug, wat niet voldeed aan haar wensen. Dat verzoekster met de uitspraak van de Cgb haar baan niet terug heeft gekregen, vindt verzoekster jammer. Ze weet dat zij met de uitspraak van de Cgb eventueel nog naar de rechter zou kunnen stappen. Maar zij is niet van plan dat te doen. "Als je dat wilt dan moet je verdere stappen ondernemen. Maar als je echt je baan terug zou willen, dan ben je wel heel veel tijd verder. Dat is voor mij gewoon geen optie". Verzoekster neemt genoegen en is ook tevreden met de uitspraak van de Cgb: "het is fijn gelijk te krijgen als je weet dat je gewoon gelijk hebt".

NATRAJECT

Zij hoopt dat andere vrouwelijke collega's in de toekomst iets aan zullen hebben aan het feit dat zij een procedure heeft aangespannen en dat de werkgever iets van de zaak heeft geleerd. Over het laatste is zij overigens wel sceptisch. Zij vermoedt dat de mannelijke cultuur in het bedrijf te sterk is. De uitspraak in haar zaak zal dat niet kunnen doorbreken, denkt zij.

Verzoekster geeft aan dat zij vermoedt dat andere mensen uit haar omgeving, met name vrouwen, net zomin als zij bij aanvang van de zaak veel weten van de gelijke-behandelingswetgeving. Van het bestaan van de Cgb zijn zij volgens haar al helemaal niet op de hoogte. Verzoekster geeft aan dat ze, nu ze zelf ervaring heeft met de

commissie, “veel meer berichtgeving opmerkt” over kwesties waarin gelijke behandeling en de Cgb een rol spelen. Zij noemt in dat kader een voorbeeld van een zaak die zij onlangs in het lokale nieuws zag, waarbij het ging om “een vrouw die een hoofddoekje droeg” op basis daarvan ongelijk behandeld zou zijn.

Verzoekster is van mening dat de Cgb “meer zou moeten doen aan naamsbekendheid”. Zij denkt dat als meer mensen van de Cgb afweten, er meer mensen baat bij zouden hebben op de manier waarop zij dat heeft gehad. Als zij in de toekomst het gevoel heeft ongelijk te worden behandeld, zal zij zich zeker weer tot de Cgb wenden. Ook geeft zij aan dat zij vrienden, kennissen of collega’s zal wijzen op het bestaan van de Cgb mocht zich in de toekomst een situatie voordoen waarbij zij ongelijk worden behandeld.

Verslag interview verweester

Het gesprek vindt plaats op het terrein waar de bedrijfswagens worden gefabriceerd. Circa 160 vrachtwagens rollen dagelijks van de band. De enorme fabriekshal heeft een indrukwekkend aanzicht. Uit het uitgebreide oordeel van de Cgb dat er van de 7.000 werknemers ongeveer 265 vrouw zijn. Tijdens het gesprek met de twee bij de zaak betrokken personeelsfunctionarissen (voortaan: ‘verweester’) vertellen zij dat het een echt “mannenbedrijf” is.

Verweester vertelt wat er is voorgevallen. Het eerste wat zij vertelt is dat de brief van de Cgb waaruit bleek dat verzoekster een klacht in had gediend voor haar als een volledige verassing kwam. Tijdens het gesprek benadrukt verweester diverse malen dat met name dat een ‘leerpunt’ is geweest. Verweester vertelt dat zij beschikt over een interne klachtenregeling, die in deze zaak dus niet heeft gefunctioneerd. Verweester overhandigt mij op verzoek een boekje dat alle werknemers bij aanvang dienstverband krijgen overhandigd. In het boekje is de klachtenregeling uiteen gezet, en wordt de werknemer daarnaast gewezen op de vertrouwenspersoon waartoe iemand zich kan wenden bij problemen. Er wordt in de regeling niet expliciet gewezen op (on)gelijke behandeling, maar ook voor die gevallen is de regeling bedoeld, aldus verweester. Zij vertelt dat er van verzoekster op geen enkele manier signalen zijn ontvangen dat zij zich ongelijk behandeld voelde, hetgeen in overeenstemming is met wat verzoekster tijdens interview vertelde.

Verweester geeft tijdens gesprek aan dat zij voordat deze zaak speelde, wel op de hoogte was van het bestaan van de gelijkebehandelingswetgeving al weten ze niet exact wat daarin staat. Ook kennen zij de Cgb. Deze kennis is opgedaan in de media (kranten, tv, nieuws). Zij hadden in het bedrijf, dat al vele decennia bestaat, nog nooit een dergelijke zaak gehad. Dit was de eerste. Verweester vertelt dat er kort daarna een tweede klacht werd ingediend door een collega van verzoekster, zoals ook verzoekster al vertelde. Die zaak loopt nog.

VERWEESTER OVER DE PROCEDURE EN HET OORDEEL VAN DE CGB

Zowel over het verloop van de procedure als over de uiteindelijke uitspraak van de Cgb is verweester kritisch. De procedure vindt verweester wel heel helder en inzichtelijk. Verweester is van mening dat de Cgb een laagdrempelige instantie is, misschien wel “te laagdrempelig”. Enerzijds vindt zij de lage drempel begrijpelijk, maar zij zien daarin ook een oorzaak van het probleem. Zij vermoeden dat zij het conflict ook intern hadden kunnen oplossen, als zij daartoe in de gelegenheid waren gesteld.

Zij vinden dat de Cgb daar ruimte voor had moeten laten, en de procedure niet direct had moeten inzetten. De Cgb had bijvoorbeeld een brief kunnen sturen met daarin de klacht, waarbij zij de mogelijkheid bieden de zaak eerst samen op te lossen. Verweerster noemt ‘mediation’ als een werkwijze die zij liever hadden gezien. In een recent nummer van het blad dat de OR van de onderneming uitbrengt, wordt ook uitgebreid ingegaan op ‘mediation’ als een alternatieve vorm van conflictbeslechting. Verweerster is het niet eens met het uiteindelijke oordeel van de Cgb - “die is waardeeloos” -, en geeft daarvoor een aantal redenen. Allereerst geeft verweerster aan dat “het gewoon niet waar is” dat verzoekster geen vast dienstverband kreeg aangeboden vanwege haar zwangerschap. Volgens verweerster werkte verzoekster eerst op een andere afdeling (X), waar zij eventueel wel een vast contract had kunnen krijgen. Verzoekster wilde indertijd zelf weg van afdeling X, en wilde naar afdeling Y, waar het werk afwisselender is en minder het karakter heeft van simpel productiewerk. Volgens verweerster is zij er bij overplaatsing voor gewaarschuwd dat zij op afdeling Y waarschijnlijk geen uitzicht zou hebben op een vast dienstverband, omdat daar eenvoudigweg geen plaats voor was. Verweerster geeft aan dat zij het onterecht vindt dat de Cgb dit niet heeft meegewogen in haar oordeel.⁹⁰²

Een tweede reden voor de lage waardering van verweerster voor het oordeel is dat verweerster aangeeft niet goed te begrijpen waarom ‘zwangerschap’ eigenlijk de aanleiding heeft gegeven tot onderscheid op basis van geslacht. Het was de verweerster niet direct duidelijk waarom en op basis waarvan ze nou zouden discrimineren. Uit de opmerkingen hierover blijkt dat verweerster niet bijzonder goed op de hoogte is van de gelijkebehandelingswetgeving. Zo zegt verweerster: “Bij onderscheid mannen en vrouwen denk je niet gelijk aan zwangerschap. Je behandelt vrouwen ongelijk als je iemand niet aanneemt omdat die zwanger is? Maar mannen kunnen toch niet zwanger worden? Dat is een lastige...”.

Een derde punt waar verweerster moeite mee heeft is dat verweerster niet de directe werkgever van verzoekster was en dat ook nooit is geweest. Verzoekster was een zogenaamde flexwerker, en in dienst van een uitzendbureau. Verweerster verwijst hier ook naar de lopende zaak, waarin een collega van verzoekster betrokken is. Ook daarbij gaat het om een flexwerker, die niet in directe dienst is van verweerster. Dat zij er desalniettemin op kan worden aangesproken iemand die niet bij hen in dienst is ongelijk te behandelen, verbaast verweerster. Inmiddels geeft verweerster aan dat zij inmiddels begrijpen dat “ook al ben je geen werkgever, je kunt iemand ook ongelijk behandelen door geen contract aan te bieden”.

Ten derde is verweerster verbaasd over de verdeling van de bewijslast in de zaak. Als de verzoekster er in slaagt “voldoende feiten aan te dragen die naar objectieve maatstaven onderscheid op grond van geslacht kunnen doen vermoeden” (citaat uit oordeel Cgb) is het aan de verweerster te bewijzen dat dat niet het geval is geweest. Verweerster beaamt dat zij inderdaad niet met harde bewijzen heeft kunnen aantonen wat het motief is geweest verzoekster geen vast dienstverband aan te bieden. Tijdens het gesprek houdt verweerster echter stellig vol dat dat niets met de zwangerschap te maken had. “Je moet kunnen bewijzen dat het niet zo is, en dat hebben we niet

⁹⁰² NB: dit punt wordt in volledige oordeel wél genoemd: onder 4.2. De Cgb heeft het dus wel meegewogen, maar heeft het te licht bevonden om te dienen als bewijs dat er geen onderscheid op basis van geslacht. Met name het feit dat er geen stukken konden worden overlegd om dat te bewijzen (zie 5.8 volledig oordeel), heeft de Cgb verweerster aangerekend.

kunnen doen. Maar het vervelende is, dat het écht niet zo is”, aldus verweerster. Dat verzoekster al bij overplaatsing naar andere afdeling was gezegd dat daar waarschijnlijk geen plaats was voor een vast dienstverband, werd “totaal niet meegewogen in het oordeel”, aldus verweerster.⁹⁰³

NATRAJECT

Verweerster is, zoals hiervoor is gebleken, niet erg te spreken over uitspraak en verloop van de procedure bij de Cgb. Zij geeft naar aanleiding van de uitspraak aan dat zij er in de toekomst meer en beter op wil gaan toezien dat de interne klachtenregeling goed verloopt. Daarover heeft verweerster ook gesproken in de ondernemingsraad. Zij zouden willen voorkomen dat dergelijke zaken extern moeten worden geregeld, en streven ernaar dat intern te doen.

Opmerkelijk is dat verweerster suggereert dat zij naar aanleiding van de zaak meer oog heeft gekregen voor of alerter is op de wijze waarop wordt omgegaan met en gesproken over vrouwen in het bedrijf. Zij beaamt “een mannenomgeving” te zijn. Het is echter moeilijk goed te controleren dat er zich nooit iets voordoet. Zo merkt verweerster op dat in het grote bedrijf waar duizenden mensen werken, er “niet steeds een lijntje is met alle leidinggevendenden”, en dat er soms wel eens een uitspraak wordt gedaan die zij liever niet zou zien. Zo zou een afdelingshoofd, in het kader van de nog lopende tweede zaak bij de Cgb, als reactie op het bericht dat een van de werknemers zwanger was hebben gezegd dat er “wel erg veel moedertjes” op zijn afdeling zitten. Verweerster stelt dat als dergelijke opmerkingen inderdaad worden gemaakt niet handig zijn, en beter kunnen worden vermeden. Maar ook toont verweerster begrip voor de uitspraak om de eenvoudige reden dat het voor iemand die een bepaalde productie moet halen lastig is daaraan te voldoen als dezelfde hoeveelheid werk met minder mensen moet worden gedaan.

Met betrekking tot de genoemde opmerking verwijst verweerster opnieuw naar de bewijslast, die het volgens verweerster lastig zal maken de zaak te winnen. Verweerster kan immers niet bewijzen dat deze opmerking níet is gemaakt. Zij vermoedt dan ook dat zij de nog lopende zaak zullen verliezen. Maar daarover is verweerster lachoniak: “de vraag is of dat erg is? Ik denk het eigenlijk niet zo. Ik denk, naar de commissie toe, dat als je uitspraken doet, dan moet je wel serieus genomen worden”. De wat onverschillige houding van verweerster lijkt te maken te hebben met het feit dat de uitspraak geen juridische binding heeft. “Anders ga je er even serieuzer mee om. Al moet je er rekening mee houden dat er altijd een juridische procedure kan volgen”.

⁹⁰³ NB: Dat is niet juist, het is wel in het oordeel opgenomen. Het feit dat verweerster dat niet met stukken kon bewijzen, wordt verweerster aangerekend.

CASUS B-2.

ONDERSCHEID OP BASIS VAN GESLACHT (ZWANGERSCHAP)
OORDEELNUMMER CGB 2005-77

Interview met verzoeker

NB: in deze casus is slechts één partij betrokken.

Samenvatting oordeel (van website Cgb)

“Verzoeker is voornemens een regeling in te voeren waarin is bepaald dat een medewerker eens per vier kalendermaanden een aanwezigheidsbonus kan verkrijgen in de vorm van extra verlofuren indien deze medewerker gedurende deze vier kalendermaanden niet afwezig is geweest als gevolg van ziekte, zwangerschap of sabbatical leave. De Commissie overweegt dat in de regeling afwezigheid wegens ziekte gelijk wordt gesteld aan afwezigheid wegens zwangerschap. Hierdoor is de regeling in strijd met de jurisprudentie van het HvJ EG en daarmee met artikel 7:646, eerste lid, BW. Er bestaat geen aanleiding om aan te nemen dat gehandicapten of chronisch zieken vaker zullen verzuimen dan andere werknemers en hierdoor de aanwezigheidsbonus mislopen. De voorgenomen regeling is dan ook niet in strijd met de WGBH/CZ. Dit neemt niet weg dat er in individuele situaties, waarin er wel een verband is tussen het verzuim wegens ziekte en de handicap of chronische ziekte, wel sprake kan zijn van strijd met de WGBH/CZ. Oordeel: Onderscheid op grond van geslacht door een voorgenomen regeling waarin geen recht bestaat op een aanwezigheidsbonus bij afwezigheid wegens zwangerschap of ziekte. Geen onderscheid op grond van handicap of chronische ziekte.”

Verslag gesprek met verzoeker

Het gesprek vindt plaats in het kantoor van verzoeker, die als secretaris werkzaam is in een onafhankelijk overlegorgaan van vertegenwoordigers van werkgevers, werknemers en gemeenten. Hij voerde het contact met de Cgb, en wordt hier verder aangeduid als verzoeker. Verzoeker geeft een korte voorgeschiedenis van de zaak en vertelt hoe hij bij de Cgb terecht kwam.

Vorig jaar kwam de Ondernemingsraad (OR) met het voorstel om het aantal vrije dagen van werknemers te vergroten. Op dat moment werkte verzoeker nog elders. Zijn voorganger vond het voorstel van de OR te ver gaan, en ging vervolgens met de OR in discussie. De uitkomst van de onderhandeling was het plan om een bonus te geven in de vorm van een vrije dag voor de mensen die zich weinig ziek melden. Het doel was om wat aan het hoge ziekteverzuim te doen. De OR koppelde dit plan vervolgens terug naar de werknemers. Een aantal werknemers vond het een goed plan. De werknemers die vaak ziek waren, (de ‘reguliere zieken’) waren er echter niet blij mee. Verzoeker zegt zelf ook moeite te hebben met het voorstel omdat je ermee suggereert dat mensen zich onnodig ziek melden. Desondanks is de regeling ingevoerd met het idee om de regeling na een bepaalde periode te evalueren. Dan zou worden gekeken of er een verband was tussen de regeling en het ziekteverzuim.

Toeval wil dat er in dezelfde periode een aantal vrouwelijke werknemers zwanger werd. Toen kwam verzoeker met het plan de regeling uit te breiden tot iedereen die langdurig afwezig is door ziekte, zwangerschap of een sabbatical. Verzoeker leek dit een goed idee omdat je dan niet de mensen die vaak ziek waren te kort zou doen vanwege de suggestie dat ze zich onnodig ziek zouden melden. Verzoeker stelt dat het hem puur om een regeling ging waarbij mensen die langdurig afwezig waren geen bonus zouden krijgen en de werknemers die door de afwezigheid van anderen wat harder moesten lopen, wel. De OR vond het echter geen goed idee. Volgens hen zou dit volgens discriminatie van vrouwen zijn. De ondernemingsraad bestond overigens uit drie leden, waarvan een bij de FNV gewerkt en in die hoedanigheid wellicht eerder met dergelijke kwesties te maken had gehad.

De Ondernemingsraad refereerde met haar bezwaar direct aan de Awgb. De personeelsfunctionaris kwam vervolgens met het idee om de vraag aan de Commissie gelijke behandeling voor te leggen. Verzoeker, die wel van de gelijkebehandelingswetgeving gehoord had maar aangeeft die “ook weer niet precies” te kennen, dacht zelf niet dat de regeling in strijd was met die wetgeving. Verzoeker beaamt dat er sprake was van een interpretatieverschil over hoe de Awgb zou moeten worden uitgelegd.

OVER DE PROCEDURE EN HET OORDEEL VAN DE CGB

Verzoeker is weinig positief over het verloop en het oordeel van de Cgb. Verzoeker vond ze “te langzaam”, wat de commissie volgens verzoeker ook zelf had toegegeven. Verzoeker illustreert dat met een beschrijving van het verloop van de procedure en de data erbij (er verstreek vier maanden voor het oordeel kwam). Verzoeker geeft aan dat de regeling zoals ze in eerste instantie hadden bedacht, namelijk dat mensen die weinig ziek zijn een bonus kregen, in de tussentijd werd voortgezet. Vooral ook daarom was het heel vervelend dat de Cgb zo langzaam reageerde.

Verzoeker kenschetst de behandeling van de Cgb als “heel formeel”. Na 2 maanden kreeg verzoeker een brief met een aantal vragen, waarin bijvoorbeeld werd gevraagd of verzoeker wilde dat de commissie zou gaan toetsen aan de wet chronisch zieken en gehandicapten en aan een regeling in het burgerlijke wetboek. “Dat maakte me helemaal niets uit”, zegt verzoeker. Hij wilde simpelweg weten of de bonusregeling wel of niet in strijd was met de gelijkebehandelingswetgeving. “Zo van, dit hebben wij bedacht. Mag dat?”

Ook over de uitspraak van de Cgb zegt verzoeker dat hij die “erg formeel en juridisch” vond. “Ik weet ook niet zeker”, zegt verzoeker, “of ik hem wel helemaal begrijp”, waarbij verzoeker verwijst naar de met juridische taal doorspekte oordeel. Zo begrijpt hij niet precies waarom er wel onderscheid op basis van geslacht, maar niet op basis van chronische ziekte werd gemaakt. Verzoeker bladert door het oordeel, en erkent wel dat hij er geen “juridische studie van heeft gemaakt”. De ongekreukte en maagdelijke witte blaadjes van zijn dossier doen inderdaad vermoeden dat hij het niet heel grondig heeft doorgenomen.

Dat verzoeker het idee heeft het oordeel niet helemaal te begrijpen, lijkt hij niet heel erg te vinden. “Ik ben geen jurist”, zegt hij op laconieke toon wijzend op het oordeel. Verzoeker lijkt zich wel aan de strekking van het oordeel te storen: “Ik heb helemaal niet het oogmerk om chronisch zieken, jongeren, ouderen, vrouwen, mannen of wie dan ook, te discrimineren. Ik zeg gewoon, als je evenveel wil doen met min-

der mensen, dan krijgen zij [degenen die door afwezigheid van anderen harder moeten werken] daar gewoon een extra dag voor”. Verzoeker vraagt zich af of de uitspraak wel hetzelfde was geweest als hij de vraag minder precies aan de commissie had voorgelegd, en daarbij de redenen voor eventueel afwezig zijn – zwangerschap, ziekte of sabbatical leave –, niet had vermeld. “Wat als ik gewoon had gevraagd of ik een regeling kon invoeren waarbij je extra verlof kunt krijgen als je vier maanden niet afwezig hebt gemeld?” Verzoeker geeft in dat opzicht aan dat hij niet echt het idee heeft dat de Cgb werkelijk antwoord heeft gegeven op de eigenlijke vraag.

Ondanks dat geeft verzoeker aan dat hij op zich met een ander probleem misschien weer naar de Cgb zou stappen. Een dergelijk extern oordeel geeft wel duidelijkheid. Anders ben je maar eindeloos intern aan het praten zonder dat je eruit komt, aldus verzoeker. Verzoeker toont zich uiteindelijk tamelijk onverschillig over de uitspraak van de Cgb. “Het ziekteverzuim was al laag”, en de verstandhouding binnen de organisatie is “harmonieus”. Verzoeker wilde het dan ook verder “niet op de spits drijven” en weer “tijd gaan verknoeien”. Dat zou bovendien kunnen leiden tot onnodige onrust in de organisatie. Op de vraag of er wel eens mensen hebben geklaagd over het feit dat zwangeren wel en zieken geen bonusdag krijgen, geeft verzoeker aan dat dat nooit is gebeurd.

Over de procedure bij de Cgb vertelt verzoeker nog dat het niet helemaal duidelijk was hoe het zat met de openbaarheid van de zaak. Hij wist niet wat de consequenties waren van een verzoek aan de Cgb om een uitspraak te doen. Verzoeker geeft aan liever niet met naam en toenaam in het nieuws te komen. De personeelsfunctionaris heeft geprobeerd te achterhalen of de zitting en de uitspraak openbaar waren. Dat werd haar niet echt duidelijk.

NATRAJECT

Achteraf gezien vertelt verzoeker over de zaak dat hij eigenlijk meer behoefte had gehad aan een soort advies van de Cgb in plaats van een formeel juridische uitspraak, al denkt hij ook dat dat misschien wat teveel is gevraagd en wellicht buiten de taak van de commissie komt te liggen. Hij heeft het gevoel dat hij de vraag te specifiek heeft gesteld, en vraagt zich nu af of een regeling voor mensen die weinig afwezig zijn een extraatje krijgen, wel op ander manier mogelijk zou zijn.

Hij denkt dat dat vermoedelijk kan, en refereert in dat kader aan de zogenaamde “oudelullendagen” [senioren dagen] waarmee ouderen meer vrije dagen krijgen dan jongere werknemers. Hoewel daarbij volgens verzoeker sprake is van leeftijdsdiscriminatie, wordt ook die regel volgens hem in de praktijk volop gebruikt. In bijna elk bedrijf waar verzoeker heeft gewerkt is zo’n regeling, vertelt verzoeker. De personeelsfunctionaris had in dat kader eens op de website van de Cgb gekeken en aan verzoeker gemeld dat daarbij sprake is van leeftijdsdiscriminatie. Verzoeker is echter niet van plan om nu ook de regeling van de ‘oudelullendagen’ voor te leggen aan de Cgb. Hij geeft aan dat het hem geen goed idee lijkt om op zijn beurt de OR een hak te zetten vanwege het feit dat zij hem “tuk hadden” doordat de regeling die hij had bedacht door de Cgb negatief werd beoordeeld. Het zou het belang van het bedrijf schaden “als we elkaar op die manier vliegen gaan afvangen”, vertelt verzoeker. Verzoeker stelt dat zij ernaar streven harmonieus met elkaar om te gaan en harmonieus problemen en conflicten op te lossen. Weer naar de Cgb gaan zou volgens verzoeker vooral voor onrust kunnen zorgen.

CASUS b-3.

ONDERSCHEID OP GROND VAN RAS
OORDEELNUMMER CGB 2005-143

Interview met verzoeker en met verweerder

Samenvatting oordeel Cgb

Verzoeker is afkomstig uit Ethiopië en heeft een donkere huidskleur. Verweerder is een supermarkt waar verzoeker zijn boodschappen deed. Verweerder heeft bij verzoeker twee diefstalcontroles uitgevoerd. Uit de controles bleek dat verzoeker niets had gestolen. Verweerder heeft verzoeker vervolgens een winkelverbod opgelegd. De Commissie is van oordeel dat nu vaststaat dat verzoeker de enige klant was met een donkere huidskleur en hij de enige was die door verweerder werd gecontroleerd, in samenhang met de sanctie die verweerder oplegde nadat bleek dat van diefstal geen sprake was er voldoende feiten naar voren zijn gebracht om onderscheid op grond van ras te doen vermoeden. Hoewel op zichzelf niet onder alle omstandigheden discriminerend, draagt de keuze van de typering van verzoeker als rastaman bij aan het vermoeden dat de huidskleur of afkomst van verzoeker een rol heeft gespeeld in de wijze waarop hij door verweerder is bejegend. Verweerder heeft de gebeurtenissen als zodanig niet ontkend maar heeft gesteld dat de tassencontrole niet plaatsvond vanwege de huidskleur van verzoeker maar vanwege een diefstal van 10 jaar geleden in een ander filiaal van verweerder en de omstandigheid dat verzoeker zich op dezelfde manier als toen gedroeg. Verzoeker heeft de eerdere diefstal echter ontkend en verweerder heeft niet aangetoond dat deze diefstal door verzoeker was gepleegd. De enkele stelling van verweerder dat niet de huidskleur van verzoeker maar zijn gedrag aanleiding gaf tot de vastgestelde bejegening, acht de Commissie onvoldoende en niet overtuigend. Voorts is het de Commissie onduidelijk waarop verweerder het winkelverbod baseert nu uit de tassencontroles bleek dat verzoeker niks had gestolen. De stelling dat het agresieve gedrag van verzoeker aanleiding gaf tot het winkelverbod, is niet nader onderbouwd. Verweerder heeft derhalve niet bewezen dat de huidskleur van verzoeker geen rol heeft gespeeld in de wijze waarop verzoeker is bejegend.

Verslag interview verzoeker

De ontmoetingsplaats is Stichting DIR in Amsterdam. Deze stichting richt zich op de belangen van Ethiopiërs in Nederland. Verzoeker blijft zijn muts en jas tijdens het interview dragen. Hij kijkt een beetje verwilderd uit zijn ogen en schaterlacht op vreemde momenten. Het is moeilijk om tijdens het gesprek bij het kernonderwerp van het interview te blijven. Verzoeker wijkt tijdens het gesprek telkens uit naar de naar zijn idee onbehoorlijk manier waarop de politie hem behandelt. De tolk is bij het begin van het gesprek aanwezig, maar vertrekt al snel. Een tolk blijkt ook niet echt nodig te zijn, aangezien verzoeker redelijk Nederlands en Engels spreekt.

Verzoeker vertelt dat hij al meer dan 10 jaar in Nederland woont. Het is vaak voorkomen dat politieagenten hem zonder reden op straat aanhielden. Hij zegt dat hij net als elke Nederlander belasting betaalt, maar dat de politie hem niet gelijk behandelt. Verzoeker vertelt dat hij twee jaar geleden aangifte heeft gedaan bij de politie

vanwege de manier waarop hij door verweerder is behandeld. (Tijdens het interview verwijst hij overigens telkens naar de uitspraak als ik hem vraag naar zijn versie van de gang van zaken. Veel vertelt hij er niet over.) Verzoeker vertelt dat de bedrijfsleider hem letterlijk uit de zaak heeft geduwd. Hij heeft gedreigd verzoeker in elkaar te slaan als hij weer terug zou komen in de winkel. Verzoeker heeft dit verhaal verteld aan een maatschappelijk werker die in die tijd vaak bij hem langskwam. Deze was heel verbaasd en stelde voor samen terug te gaan naar de supermarkt. Toen ze daar aangekomen waren, trommelde de bedrijfsleider alle winkeliers op uit de omgeving. Het was volgens verzoeker een enge situatie.

De politie heeft niets met zijn klacht gedaan. Verzoeker was daar heel boos over. Het was de druppel voor hem. Hij is toen naar een anti-discriminatiebureau gegaan in Utrecht. "Ik wilde stappen ondernemen om mijn recht te halen." Daar wilde men hem niet helpen, omdat verzoeker geen inwoner van de stad was. Verzoeker vindt dit een smoes. 10 jaar geleden is hij naar hetzelfde bureau gegaan. Hij werd destijds door een Surinaamse medewerker geholpen, die veel voor hem heeft gedaan. Verzoeker geeft aan dat hij niet wil discrimineren, maar dat het wellicht toch uitmaakt dat de huidige medewerker autochtoon is. Vervolgens is verzoeker naar een anti-discriminatiebureau in Amersfoort gestapt. Dit bureau gaf hem een lijst met adressen van advocaten. Verzoeker had het idee dat hij niet veel was opgeschoten. Het was voor hem een 'matter of survival' om alles te proberen wat mogelijk was. Hij heeft in zijn omgeving gevraagd, onder andere aan mensen op straat, wat hij verder kon doen. Iemand noemde de Commissie Gelijke Behandeling als optie. Verzoeker kende de Commissie niet, dus hij wist ook niet wat hij precies kon verwachten. De AWGB kent hij ook niet. 'Ik ken niet alle wetten in Nederland'.

Verzoeker vertelt dat de bedrijfsleider niet bij de zitting van de Commissie gelijke behandeling aanwezig was. Hij was naar het buitenland 'gevlucht' en na de uitspraak weer teruggekomen. Een ander van de supermarkt vertegenwoordigde hem.

Verzoeker is dankbaar voor het oordeel van de Commissie gelijke behandeling. Hij weet nu dat er in Nederland wat tegen discriminatie wordt gedaan. Hij geeft als punt van kritiek wel aan dat de Commissie gelijke behandeling niet gemakkelijk is te benaderen, zeker niet als je geen telefoon hebt, zoals hij. Verder is hij heel blij met de uitspraak en de wijze waarop de Commissie hem heeft geholpen. Hij zegt dat hij nu een soort garantie heeft dat hij net als elke andere Nederlander naar de supermarkt mag gaan. Dat verzoeker tevreden is over de Commissie gelijke behandeling blijkt uit het feit dat hij heeft besloten opnieuw naar de Commissie te gaan. Vier maanden geleden heeft een vrouw uit Zeist hem ervan beschuldigd dat hij haar arm heeft vastgepakt in het bos. Zij is naar de politie gegaan, terwijl hij, zo vertelt hij, haar helemaal niet kent. Hij voelt zich onterecht en valselijk beschuldigd. Twee politieagenten hebben een verklaring opgesteld en hem gevraagd deze te ondertekenen. Volgens verzoeker klopt het verhaal helemaal niet. Hij wil deze zaak ook voorleggen aan de Commissie gelijke behandeling.

Verzoeker laat een brief zien van de bedrijfsleider van de supermarkt, de wederpartij, aan de Commissie gelijke behandeling. Deze zegt dat hij het nog steeds niet eens is met de wijze waarop de gebeurtenissen zijn geschetst, maar dat hij de beslissing van de commissie moet respecteren. Hij biedt zijn excuses aan. Verzoeker zegt echter dat

hij niet meer naar die supermarkt gaat of zal gaan. Hij vertrouwt de bedrijfsleider niet, aangezien hij nog steeds racistisch is. Daar verandert de uitspraak van de Commissie gelijke behandeling niets aan. Verzoeker refereert aan de vrouw in Amsterdam die door supermarktmedewerkers in elkaar is geslagen. Hij is bang dat ook hem dat overkomt. Wanneer we naar buiten lopen, vraagt verzoeker aan de medewerkers van de stichting DIR of hij een folder die hij op het bureau zag liggen van de European Ethiopian Council for Human Rights mag houden. Hij denkt dat deze instantie hem misschien ook kan helpen.

Verslag interview verweerder

Het gesprek vindt plaats in het kantoor van de bedrijfsleider van de supermarkt. Het gaat om een middelgroot bedrijf in een nette buurt. Verweerder vertelt dat hij een aantal jaren geleden de leiding had over drie supermarkten. Verzoeker was in één daarvan boodschappen komen doen en heeft volgens verweerder artikelen gestolen. Verweerder heeft destijds niet de politie erbij gehaald. Dat was volgens hem geen doen, omdat diefstal in die tijd aan de orde van de dag was. Verweerder heeft verzoeker wel een winkelverbod opgelegd. Hij heeft hem nooit meer gezien, totdat hij verzoeker in februari 2004 in zijn andere filiaal zag lopen. Verweerder herkende verzoeker onmiddellijk. Het was volgens hem ‘de vieste’ man die hij ooit in zijn winkel had gehad. Volgens hem was het een onbetrouwbaar type. Op basis van zijn ervaring kan hij naar eigen zeggen direct zien of iemand een dief is of niet. “Ik haal ze er zo uit.”

Verzoeker ‘schopte een scène toen verweerder hem vroeg de tas te openen. Daar zat niets in. Volgens verweerder kwam dat doordat verzoeker door had dat hij in de gaten werd gehouden. Vervolgens, zo vertelt verweerder, gaf verzoeker de verweerder een kopstoot. De medewerkster die destijds achter de balie stond, bevestigt dit. (Zij gaat op gegeven moment deelnemen aan het interview.)

De bedrijfsleider kreeg ‘volstrekt onverwacht’ een oproep om voor de ‘rechtbank’ te verschijnen. Hij liet de Commissie tot twee keer toe weten dat hij niet ter zitting kon verschijnen. Hij kreeg vervolgens de waarschuwing van de Commissie gelijke behandeling dat hij een “strafrechtelijke aantekening” zou krijgen als hij niet zou komen. Hij heeft daarom een jurist, die hem vaker hielp met juridische kwesties, ingeschakeld, wat hem “een paar duizend euro” heeft gekost.

Verweerder kende de Awgb niet. Het verbaast hem echter niet dat een dergelijk wet bestaat. Hij kende de Commissie gelijke behandeling ook niet.

Verweerder vindt het belachelijk dat er ‘zoveel mensen aan het werk zijn gezet vanwege een ongegronde klacht van iemand die nog nooit in zijn leven één dag heeft gewerkt.’ Volgens verweerder “houden ze elkaar daar (bij de Commissie gelijke behandeling) allemaal aan het eten.” Op de vraag of hij goed was voorbereid voor de behandeling van de zaak door de Commissie Gelijke Behandeling antwoordt verweerder ontkennend. Hij had namelijk slechts één dag om de jurist het hele verhaal uit te leggen. Hij zegt dat het achteraf goed was dat hij niet zelf naar de zitting is gegaan, omdat hij heel kwaad was geworden. “Dan had ik vast een strafrechtelijke aantekening gekregen...Ik kan er niet tegen om ten onrechte beschuldigd te worden van discriminatie.”

Verweerder is heel verontwaardigd over de hoeveelheid werk en geld die deze zaak hem heeft gekost. Hij uit zijn ongenoegen over het feit dat hij allerlei brieven van de

Commissie gelijke behandeling moest beantwoorden. Het was voor hem een ander verhaal geweest als ‘een nette burger’ een klacht had ingediend. Behalve deze keer is verweerder, zo vertelt hij, nooit beschuldigd van discriminatie.

De bedrijfsleider vertelde dat de Commissie gelijke behandeling hem na de uitspraak gevraagd heeft om het winkelverbod op te heffen. Hij heeft dat niet gedaan want “het was een vraag en geen bevel.” Verweerder blijkt er overigens niet van op de hoogte te zijn dat de beslissing van de Commissie gelijke behandeling niet bindend is. Verweerder vertelt dat de zaak gedurende een paar dagen voor enorme commotie in het bedrijf heeft gezorgd. Dat neemt hij verzoeker ook kwalijk, wat een extra reden voor hem is om deze niet meer in de supermarkt toe te laten. Dat de zaak impact op het bedrijf heeft gehad blijkt ook uit het feit dat twee andere medewerkers tijdens het gesprek binnenlopen om hun hart over het gebeuren te luchten.

Verweerder vertelt dat als hij nog een keer voor de Commissie zou moeten verschijnen, hij er geen energie en geld meer in zou investeren. Hij neemt de negatieve consequenties van deze afzijdige houding voor lief. “Het maakt me niet uit of ik van discriminatie wordt beschuldigd, want ik weet toch dat ik gelijk heb.” Hij benadrukt dat hij een sterk rechtvaardigheidsgevoel heeft. Als hij wel had gediscrimineerd, zo stelt hij, dan had hij dat ook gezegd. “Recht is recht en krom is krom.” Verweerder geeft aan het einde van het interview aan blij te zijn dat hij zijn verhaal kon vertellen.

CASUS B-4.

ONDERSCHEID OP GROND VAN GODSDIENST (DREADLOCKS)

OORDEELNUMMER CGB 2005-162

Interview met verzoeker en met gemachtigde, Meldpunt Discriminatie Amsterdam

Samenvatting oordeel (van website Cgb)

Verzoeker heeft de Commissie gevraagd om te beoordelen of verweerder, een onderneming die sportkleding en aanverwante artikelen verkoopt, jegens hem onderscheid op grond van ras en godsdienst heeft gemaakt door hem vanwege zijn dreadlocks niet te bevorderen. Omdat dreadlocks en het rastafarigeloof over het algemeen worden geassocieerd met personen met een donkere huidskleur is er volgens verzoeker sprake van onderscheid op grond van ras. De Commissie oordeelt dat het dragen van dreadlocks niet is voorbehouden aan personen van een bepaalde afkomst. Nu verzoeker ook overigens geen feiten heeft aangevoerd waaruit onderscheid op grond van ras blijkt, is er geen sprake van onderscheid op grond van ras. Hoewel rastafari bepaalde aspecten van hun geloof op verschillende manieren beleven, is er in grote lijn sprake van een door de meeste rastafari gedeelde gemeenschappelijke overtuiging, onder andere inhoudend dat Haile Selassie wordt beschouwd als een goddelijke entiteit. De Commissie oordeelt dat het rastafarigeloof kan worden beschouwd als een godsdienst. Personen zoals verzoeker, die vanwege hun godsdienstige overtuiging lange dreadlocks dragen, komen door het beleid van verweerder niet in aanmerking voor bevordering tot (assistent) store manager, waardoor er indirect onderscheid op grond van godsdienst wordt gemaakt. Verweerder heeft als doel ge-

geven dat zij met de eis ten aanzien van verzoekers haardracht representativiteit en een uniforme uitstraling van het personeel wil bewerkstelligen. Voorts is als doel gegeven dat verzoeker de crewmembers moet kunnen aanspreken op hun representativiteit en daarom een voorbeeldfunctie heeft op dat gebied. Dit doel is legitiem. Verweerster hanteert een onduidelijke norm met betrekking tot de vraag wat representatief is en wat bijdraagt aan de uniforme uitstraling binnen de organisatie. Het inconsistente beleid is geen passend middel om het doel, in bijzonder voor zover het betrekking heeft op de uniforme uitstraling van het personeel, te bereiken. Klanten zullen, doordat verzoeker reeds twee jaar lang de kleding heeft gedragen die bestemd was voor (assistent) store managers en hij ook reeds vele werkzaamheden uitvoert die bij deze functie horen, in de veronderstelling zijn geweest dat verzoeker (assistent) store manager was. Dit was voor verweerster in de afgelopen jaren in het kader van de representativiteit en de uniforme uitstraling geen bezwaar. Het middel is kennelijk niet noodzakelijk voor het bereiken van de externe representativiteit. De Commissie acht de voorschriften ten aanzien van de haardracht voor (assistent) store managers evenmin noodzakelijk met het oog op het gegeven dat deze functionarissen de crewmembers moeten kunnen aanspreken op hun representativiteit en daarom een voorbeeldfunctie hebben op dat gebied. Het indirecte onderscheid op grond van godsdienst is derhalve niet objectief gerechtvaardigd en in strijd met de wet.

VERSLAG INTERVIEW: STANDPUNTEN VAN VERZOEKER EN MELDPUNT

Verzoeker vertelt dat toen hij werd aangenomen als verkoper, de mondelinge afspraak met zijn werkgever was dat hij in principe na zes maanden zou worden bevorderd tot assistent bedrijfsleider. Drie jaar lang heeft hij gevraagd wanneer dit eindelijk zou gebeuren en hij kreeg daarop vage antwoorden als ‘er is geen plek’ en ‘we zijn ermee bezig’. In de praktijk vervulde hij die functie al spoedig, zo vertelt hij, maar het bijbehorende salaris ontbrak.

In november 2004 hield hij voet bij stuk en vroeg een gesprek aan bij de regioleider, de directe baas van de bedrijfsleider. In dat gesprek vertelde de regioleider hem dat hij niet werd bevorderd tot assistent bedrijfsleider vanwege zijn haardracht. “Wanneer hij zijn haar mooi kort zou knippen, kwam hij in aanmerking voor de functie”. Verzoeker geloofde zijn oren niet. Hij stuurde daarna een brief met een verslag van de bijeenkomst naar zijn baas op met als doel deze uitspraken zwart op wit te krijgen. Hierop ontving hij een brief van het hoofd van de afdeling personeelszaken. Volgens verzoeker was dit een tactiek om het personeel te intimideren en af te schrikken, wat volgens hem negen van de tien keer werkte. Hij besloot echter meteen naar een meldpunt anti-discriminatie te stappen.

Verzoeker heeft niet geprobeerd het geschil eerst intern op te lossen. Hij had er geen behoefte meer aan hier direct met zijn leidinggevende over te spreken. De reden is dat het volgens hem “vechten tegen de bierkaai” zou zijn. Hij had immers al vier jaar zijn best gedaan bevorderd te worden of in ieder geval de reden te achterhalen waarom dit niet gebeurde. Verzoeker had het idee dat zijn werkgever helemaal niet opstond voor zijn persoonlijke verhaal. Dat blijkt volgens hem duidelijk uit het feit dat de regioleider direct het hoofd van de afdeling personeelszaken had ingeschakeld. Het was naar zijn idee anders geweest als de regioleider van mens tot mens met hem had willen praten en hem naar de reden van zijn haar had gevraagd. Verzoeker stelde zich toen op het standpunt: ‘Als zij officieel gaan doen, ga ik dat ook doen’. Toen het

standpunt van de werkgever zwart op wit stond en dus werd benoemd, kon verzoeker ‘zijn recht gaan halen’. Verzoeker kende het Meldpunt via de media en zijn omgeving. Volgens hem weten de meeste allochtonen wel dat het bestaat. “Als je fiets gestolen wordt, dan weet je ook wel de politie te vinden. Zo werkt dit ook een beetje”.

Volgens het Meldpunt noemde verzoeker, zoals de meeste andere cliënten van het Meldpunt, niet direct de Awgb en de Commissie gelijke behandeling. “Dat moet je de mensen uitleggen.” Verzoeker zei meer in het algemeen tegen het Meldpunt dat hij niet werd bevorderd vanwege zijn haardracht. Verzoeker had, zo vertelde hij in het interview, wel eens van de Awgb gehoord. Dat komt volgens hem omdat je als allochtoon of andere minderheidsgroepering, bezig bent met je positie in de maatschappij. Dan ken je volgens hem dit soort wetten. Als er een “item” is over discriminatie, dan “zap” je niet zo snel door als de autochtone Nederlander die in een dorp woont. Ook de Wet Samen (?) bevordert dit bewustzijn volgens hem. Als je namelijk solliciteert naar een baan, dan krijg je een formulier over deze wet. Er wordt dan gevraagd waar jij en waar je ouders vandaan komen. “Als je dat invult, zit je in dat traject.”

Het Meldpunt was volgens verzoeker een goede intermediair. Het vroeg aan verzoeker de gronden te benoemen op basis waarvan hij dacht dat hij werd gediscrimineerd. Hij dacht in eerste instantie aan discriminatie op grond van ras, omdat de meeste rastafari zwart zijn. De publieke opinie versterkt dit beeld volgens verzoeker. In satirische programma’s of stripverhalen wordt rasta altijd in verband gebracht met mensen die zwart zijn. Hetzelfde geldt voor reggae. Zijn idee dat ras een rol speelde werd gevoed door het beeld van verzoeker van de cultuur van zijn werkgever. Deze was volgens hem behoudend en het “Hollands gedachtegoed” overheerste. In het bedrijf, dat is opgericht in de negentiende eeuw, verkochten ze volgens verzoeker nog net geen klompen. Hij voelde zich dan ook net “Don Quichotte die tegen de molens vecht”. Die cultuur zag je volgens hem terugkomen in de hiërarchie van het bedrijf. De hoogste positie die een allochtoon in de praktijk had weten te verwerven was assistent bedrijfsleider.

Hij heeft op zijn werk nooit gesproken over zijn rastafarigeloof. Als reden geeft hij aan dat de cultuur binnen het bedrijf oppervlakkig is. “Je praat niet over religie, maar eerder over de nieuwe kleur verf van je huis.” Als je wel over dergelijke diepgaande persoonlijke kwesties gaat vertellen en je kennis erover tentoonspreidt, vertoon je volgens verzoeker afwijkend of zelfs extreem gedrag. Dat wilde hij niet. Ook tegen zijn directe baas heeft hij nooit gezegd dat zijn haardracht voortkwam uit zijn rastageloof. Uit het feit dat de baas tot het moment van de uitspraak van de commissie heeft volgehouden dat zijn haardracht een esthetische keuze was, blijkt volgens hem dat deze er niet voor open stond. Verzoeker had het idee dat het rastafarigeloof zijn baas boven de pet ging. Uit alle brieven komt volgens hem onbegrip en minachting ten aanzien van rastafari naar voren.

DE PROCEDURE BIJ DE COMMISSIE GELIJKE BEHANDELING

Voordat verzoeker naar het Meldpunt stapte, kende hij de Commissie gelijke behandeling niet. Volgens de medewerker van het meldpunt vond verzoeker het een beetje eng om naar de Commissie gelijke behandeling te gaan. Op mijn vraag of verzoeker direct naar de Commissie was gestapt als hij van het bestaan ervan had afge-

weten, antwoordt hij ontkennend. Volgens hem gaat dat namelijk niet zo makkelijk. Verzoeker koos voor de gang naar de Commissie omdat hij “met de rug tegen de muur” stond. Erger dan de situatie al was, kon hij volgens verzoeker niet meer worden. Hij vond de interventie van de Commissie belangrijk, omdat dit een officiële instantie was. De uitspraak van de Commissie was naar zijn idee goed, behalve op het punt van ras. Nu was er onomstotelijk bewijs dat hij ongelijk was behandeld vanwege zijn religie. Het is volgens hem een historische zaak, zowel voor het Meldpunt als voor de Commissie Gelijke Behandeling.

De uitspraak is volgens verzoeker van groot belang voor andere rastafari. Rastafari werken vaak achter de schermen, zo hoort hij tijdens de lezingen die hij over dit onderwerp geeft, om negatieve reacties op hun uiterlijk te voorkomen. Ze doen bijvoorbeeld magazijnwerk. Zelf heeft hij overigens nooit negatieve reacties gehad van klanten of collega's op zijn haardracht. Een punt van kritiek op de Commissie gelijke behandeling is dat de procedure volgens verzoeker erg lang duurde. Hoewel hij zich kan voorstellen dat de Commissie zorgvuldig moet werken, zou iemand in erbarmelijke omstandigheden naar zijn idee al lang overspannen thuis zitten tegen de tijd van de uitspraak. Omdat hij sterk in zijn schoenen stond en hij voor zijn zaak stond, heeft hij het volgehouden, zo vertelde hij. Als hij alles over mocht doen, zou verzoeker weer naar de Commissie gelijke behandeling stappen.

HET NATRAJECT

Op de datum van de uitspraak heeft de werkgever verzoeker gevraagd om achter de schermen te werken. Zo kon voorkomen worden dat verzoeker de aandacht van bijvoorbeeld journalisten zou trekken. Verzoeker voldeed aan dit verzoek omdat het anders, zo vertelt hij, werkweigering zou zijn. Het Meldpunt is verschillende malen benaderd door de media. Hij is niet op die verzoeken ingegaan omdat zijn werkgever hem dat had gevraagd. Verzoeker vond dat niet erg, omdat je volgens hem niet de sympathie wekt van het grote publiek door je zo op televisie te profileren. Bovendien moest hij ook denken aan zijn gezin. De bedrijfskleding van assistent bedrijfsleider is hem inmiddels afgenomen. Hij draagt weer de kleding van verkopers. Verder is hij op zijn hoede. Hij kijkt af en toe zijn tas na uit angst dat zijn werkgever diefstal enceneert. Verzoeker heeft er een hard hoofd in dat verweerder bijdraait. Als dat inderdaad niet gebeurt, is hij van plan naar de rechter te stappen om ook daar zijn gelijk te behalen.

TERUGBLIK VAN HET DE BETROKKEN MEDEWERKER VAN HET MELDPUNT OP DE ZAAK

De medewerker van het Meldpunt geeft aan dat vanaf het begin af aan haar doel is geweest om de zaak zo harmonieus mogelijk te laten verlopen. Daarom heeft ze de werkgever gevraagd om samen met het Meldpunt deze zaak aan de Commissie Gelijke Behandeling voor te leggen. Duidelijkheid over de vraag of rasta een religie was, zou namelijk in het belang zijn van beide partijen. Het Meldpunt probeert er in de meeste gevallen eerst zelf uit te komen met de wederpartij. In dit geval werd ervoor gekozen om vrij snel naar de Commissie gelijke behandeling te stappen omdat er geen jurisprudentie was over Rastafari. Het Meldpunt wilde voorkomen dat brieven aan de werkgever verkeerd zouden vallen en dat daardoor de verhoudingen zouden

verslechteren. Ook de Commissie gelijke behandeling had volgens de medewerker benadrukt dat het positief was dat deze zaak zo harmonieus verliep.

De medewerker beschouwt het als een groot nadeel dat de uitspraak van de Commissie gelijke behandeling niet bindend is. Ze vraagt zich af of de rechter tot dezelfde uitspraak zal komen in deze zaak, omdat de rechter een andere insteek heeft dan de Commissie. De rechter houdt zich, zo stelt zij, aan het burgerlijke recht en aan de Awgb, maar kan veel uitgebreider toetsen. Ook andere wet- en regelgeving en het functioneren van een werknemer kan bij het beoordelen van een zaak worden betrokken. De medewerker stelt dat de Commissie gelijke behandeling is gehouden aan een beperktere toets en nooit het inhoudelijk functioneren van een werknemer beoordeelt. Verder is de Awgb een beetje te strikt naar haar idee. Objectief gerechtvaardigd onderscheid als rechtvaardigingsgrond zou ze in een aantal gevallen waar sprake is van direct onderscheid toejuichen. Dit zou naar haar idee praktisch meer haalbaar zijn.

CASUS b-5.

ONDERSCHEID OP BASIS VAN GODSDIENST (GEZICHTSBEDEKKENDE SLUIER)
OORDEELNUMMER CGB 2005-86

Interview met verzoeker

NB: in deze casus is slechts één partij betrokken.

Samenvatting oordeel Cgb (van website)

“Verzoekster is een organisatie in een middelgrote stad in Nederland die sinds 1978 hulp biedt bij vragen op het gebied van huursubsidies, uitkeringen, studiekosten, belastingen en schulden. Verzoekster vraagt de Commissie te beoordelen of zij onderscheid maakt op grond van godsdienst door cliënten die een gezichtsbedekkende sluier dragen te vragen de sluier af te doen tijdens de gesprekken met de hulpverlener en, zo een cliënt dit niet doet, de hulpverlening te beëindigen. Verzoekster acht het noodzakelijk dat alle cliënten bijdragen aan een goede communicatie, waarbij het mogelijk dient te zijn kennis te nemen van zowel verbale als non-verbale uitingen. De Commissie concludeert dat er sprake is van indirect onderscheid omdat de gedragsregel in het bijzonder vrouwen treft die vanwege hun geloofsovertuiging een gezichtsbedekkende sluier dragen. Hiervoor is geen objectieve rechtvaardiging, omdat er een goed alternatief voor het beëindigen van de hulpverlening is: indien betrokkenen te woord worden gestaan door een vrouwelijke medewerker is oogcontact wel mogelijk. Ter zitting heeft verzoekster gemeld dat cliënten met een gezichtsbedekkende sluier voortaan worden geholpen door vrouwelijke medewerkers.”

Verslag gesprek met verzoeker

Relevante aanvulling bij de samenvatting is dat ongeveer driekwart van de cliënten van de organisatie van allochtone afkomst is. De organisatie probeert te voorkomen dat een van de cliënten zich ongelijk behandeld voelt of het idee kan hebben dat een andere cliënt een voorkeursbehandeling geniet. Cliënten worden daarom bij meerde-

re contacten niet verbonden aan een van de bij de organisatie werkzame raadsleden. Wanneer een mannelijke of vrouwelijke cliënt aangeeft liever te willen worden geholpen door een raadsman of raadvrouw, wordt dat verzoek niet gehonoreerd. Een uitzondering wordt gemaakt als het gaat om seksuele intimidatie. Dan kan een vrouw op verzoek worden geholpen door een raadvrouw. Maar in principe is degene die aanwezig en op dat moment beschikbaar is (man of vrouw), degene die de cliënt te woord staat. Er werken bij de organisatie zowel mannelijke als vrouwelijke raadsleden.

Het gesprek over de zaak vindt plaats met de directeur van de organisatie (voortaan 'verzoeker'). Hij werkt daar sinds anderhalf jaar. Opvallend voor aanvang van het gesprek, bij binnenkomst van het gebouw, is overigens dat er in de overvolle wachtruimte een duidelijk zichtbare poster hangt waarin wordt opgeroepen tot het melden van discriminatie (Discriminatie? 0900-belgisch / 0900-2354354 / www.belgisch.nl). Naast het genoemde beleid dat het vermoeden van voorkeursbehandeling moet voorkomen, blijkt ook daaruit dat gelijke behandeling en het vermijden van discriminatie hoog in het vaandel van de organisatie staat.

Verzoeker vertelt dat hij indertijd bij de zaak was betrokken en hij degene was die contact heeft gezocht met de Cgb. Verzoeker vertelt dat de aanleiding voor het verzoek een voorval was, dat zich eind 2004 voordeed. Een Marokkaanse vrouw meldde zich bij het loket met een vraag over het behoud van uitkering in geval van immigratie naar Marokko, een vraag waar de organisatie volgens verzoeker regelmatig mee te maken krijgt. De vrouw droeg een gezichtssluier, die zowel haar ogen als andere gelaatstreken geheel onzichtbaar maakte voor de baliemedewerker die haar op dat moment te woord stond. Om de vrouw goed te woord te staan vroeg de medewerker de cliënt de gezichtssluier te verwijderen, hetgeen zij op grond van religieuze overwegingen weigerde. Medewerker vroeg om advies bij de directeur (verzoeker), die er bij werd gehaald. Verzoeker was het eens met de medewerker. De vrouw zou natuurlijk kunnen worden geholpen, maar voorwaarde was wel dat zij de gezichtssluier tijdens het hulpverleningsgesprek af zou doen. Reden daarvoor is dat het grote belang dat de organisatie hecht aan verbale én non-verbale communicatie tijdens een hulpverleningsgesprek. Goede communicatie, zo meent de verzoeker, wordt door een dergelijke gezichtsbedekking gehinderd. De cliënt weigerde echter, en vertrok. De volgende dag kwam zij terug met de mededeling dat zij een klacht zou indienen wegens discriminatie. De klacht werd nooit daadwerkelijk ingediend, en de organisatie heeft niets meer van de vrouw vernomen.

Verzoeker geeft aan te zijn geschrokken van het voorval. Zowel de medewerker als de verzoeker zelf hebben de concrete situatie - de confrontatie met iemand wiens gezicht volledig onzichtbaar -, zelfs als enigszins bedreigend ervaren. Verzoeker vertelt onder andere telefonisch contact te hebben gezocht met het Landelijk Bureau ter bestrijding van Rassendiscriminatie. Daar werd hem verteld dat het mogelijk geen goed teken was dat de cliënt uiteindelijk niets meer van zich liet horen. Het voorval zou mogelijk op andere wijze gevolg zou kunnen krijgen. Zo zou het binnen de islamitische gemeenschap bekend kunnen worden. "Je zou op en zwarte lijst terecht kunnen komen, en dan word je een soort besmet bedrijf", en je denkt soms van "oh jee, blijven de ruiten wel zitten", aldus verzoeker.

Verzoeker nam de zaak dus hoog op, en besprak dat met het bestuur van de organisatie. Ook het bestuur was van mening dat de medewerker juist had gehandeld. De

organisatie overwoog de door de medewerker toegepaste ongeschreven gedragsregel om te zetten in formeel beleid. Het gaat om de volgende regel (ook opgenomen in volledig oordeel Cgb onder 2.3):

“De ervaring binnen het sociaal raadsliedenwerk heeft geleerd dat voor een goede hulpverlening essentieel is om minimaal oogcontact te hebben met cliënten. Dit oogcontact is vereist om te beoordelen of het nodig is door te vragen op de gestelde hulpvraag en om te kunnen inschatten of de verstrekte adviezen worden begrepen. Non verbale reacties bieden om deze reden essentiële informatie voor het voeren van een goed adviesgesprek. Geven cliënten geen gehoor aan het gemotiveerde verzoek van [verzoeker] om oogcontact mogelijk te maken dan wordt de hulpverlening beëindigd.”

Verzoeker geeft aan dat hij een zijn collega's er niet helemaal zeker van waren of ze met deze regel niet in strijd met gelijkebehandelingswetgeving zouden handelen. Verzoeker geeft aan zich te menen te herinneren dat of hijzelf of één van de bestuursleden tijdens de vergadering opperde bovengenoemde regel voor te leggen aan de CGB, met de vraag of die in strijd zou zijn met de gelijkebehandelings-wetgeving. Verzoeker was dus op de hoogte van het bestaan van de Cgb en van de gelijkebehandelingswetgeving, zij het dat hij benadrukt geen expert te zijn. “Ik heb er weinig verstand van”. De termen ‘direct’ en “niet direct onderscheid” kende hij niet, maar zijn voor hem wel begrijpelijk geworden.

OVER DE PROCEDURE EN HET OORDEEL VAN DE CGB

Over de procedure en het oordeel van de Cgb is verzoeker niet bijzonder positief. Wel vond hij de zittingen “heel zorgvuldig”. Maar verzoeker vond het erg lang duren. Tussen zijn eerste brief en het uiteindelijke oordeel verstreken ongeveer zeven maanden. Verzoeker had weliswaar het gevoel tijdens de zittingen de gelegenheid te hebben gekregen zijn verhaal goed voor het voetlicht te brengen, maar hij heeft ook kritiek: “Ik had de indruk dat gezocht werd naar motieven om discriminatie aan te tonen”. Zo werd er volgens verzoeker te weinig inhoudelijk ingegaan op sociaal raadsliedenwerk. Er werd bijvoorbeeld gesteld door de Commissie gelijke behandeling dat dit ook via telefonisch contact plaatsvindt, wat onjuist is.

De formulering van het uiteindelijke oordeel vond verzoeker “heel amateuristisch”. Dat heeft hij ook - in andere woorden - aan de Cgb laten weten en toegelicht. De Cgb gaf daar zelf aanleiding toe, door de verzoeker in de brief met het oordeel te vragen of zij van de verzoeker de aangepaste gedragsregels mochten ontvangen. Verzoeker schreef daarop een brief aan Cgb waarin hij bedankte voor het oordeel, maar stelde dat “de tekst van het oordeel zich op een aantal punten niet duidelijk uitsprekt waardoor er ruimte is voor ruis bij de concrete uitvoering van beleid”.

Verzoeker baseert zich in die brief op twee punten, die hij ook tijdens het interview toelicht. Ten eerste is verzoeker erg kritisch over het feit dat de Cgb bij haar oordeel heeft meegenomen dat verzoeker ook vrouwen in dienst heeft. In de meeste gevallen zou iemand die een sluier draagt bereid zijn die af te doen als het gesprek plaatsvindt met een vrouw. Het probleem zou dus zijn opgelost door vrouwen met een sluier te woord te staan door een vrouwelijke medewerker. Verzoeker stelt dat hij daarop “geen beleid kan maken”, want, schreef hij de Cgb “wat te doen als er op een bepaald moment geen vrouwen beschikbaar zijn?”

Daarnaast maakt verzoeker in de brief duidelijk dat hij vindt dat de Cgb onvoldoende op de hoogte is van wat het sociaal raadsliedenwerk precies inhoudt. Dat baseert hij vooral op een belangrijke zinsnede uit het oordeel die verzoeker tijdens het gesprek parafraseert als “een goed verstaander heeft genoeg aan een half woord”.⁹⁰⁴ Verzoeker heeft daarom bij de brief meer informatie gevoegd over de inhoud van het sociaal raadsliedenwerk.

Ook heeft verzoeker in de brief de aangepaste regel opgenomen. Die komt op het volgende neer. De regel geldt voor een specifieke cliëntsituatie, waarin vrouwelijke cliënten uit geloofsovertuiging een gezichtsbedekkende sluier dragen en een beroep doen op de dienstverlening. Verzoeker vraagt cliënt op zo’n moment de sluier af te doen. Als uit geloofsovertuiging niet aan dat verzoek wordt voldaan, dan wordt hulp aangeboden door een raadvrouw. Daarbij zou cliënt de sluier moeten afdoen. Is op dat moment geen raadvrouw beschikbaar, dan zal worden voorgesteld het gesprek voort te zetten op het moment dat er wel een raadvrouw aanwezig is. Als ook dat geweigerd wordt, wordt de hulpverlening beëindigd.

De Cgb heeft inmiddels op de brief gereageerd, en heeft aangegeven dat ook de nieuwe regel ongelijkheid op basis van godsdienst zou opleveren. Verzoeker heeft weinig begrip voor deze reactie, en is van plan de kwestie ook aan de brancheorganisatie (waarin bijvoorbeeld ook maatschappelijk werk is opgenomen) voor te leggen.

NATRAJECT

Terugkijkend op het hele verloop van de zaak stelt verzoeker ten aanzien van de gelijkebehandelingswetgeving dat je er “wel erg veel kanten” mee opkunt. Hij is van mening dat de Cgb de wet “heel goed kent en die ook heel letterlijk interpreteert, maar absoluut geen flauwe notie heeft van wat er in de samenleving aan de hand is”. Hij vindt dat de commissie het risico loopt zich “buiten de maatschappelijke context te plaatsen”, en merkt op dat zijn raadslieden (waarover verzoeker stelt dat ze “elke dag met veel liefde allochtone mensen helpen”, “mensen die je nou net niet van discriminatie kunt betichten”) “flipten” toen ze de uitspraak hoorden. Het werd als een “belediging” gezien. Collega’s uit andere steden deden wat “lacherig” over de uitspraak, aldus verzoeker.

Omdat het oordeel haaks staat op het algemeen gevoel dat hij tegenkomt, denkt de verzoeker niet dat de uitspraak van de commissie in de praktijk zal worden nageleefd. “Je moet er wel iets mee kunnen doen”, zegt hij. Maar als mensen het niet gaan toepassen, dan wordt de Cgb “een soort polit-bureautje”. Verzoeker benadrukt wel dat hij het zou betreuren als de commissie een dergelijke status zou krijgen, want hij onderstreept dat hij het op zich heel goed vindt dat er een instituut is als de commissie dat zegt van “jongens, we houden ons hier wel aan de spelregels (...) anders wordt het een zootje”. Hij benadrukt dan ook dat hij ondanks zijn kritiek de commissie op zich geen tekort zou willen doen.

Aan het slot herinnert verzoeker zich nog een advies van de commissie. De commissie had erop gewezen dat verzoeker zich zou kunnen beroepen op de identificatie-

⁹⁰⁴ Letterlijk staat in de tekst van het oordeel: “De voor de beoordeling van een zaak benodigde informatie hoeft bovendien voor een goed verstaander niet verborgen te blijven, ook niet als het gelaat van de gespreksgenoot bedekt is.”

plicht. Als iemand bij hen binnenkomt met een sluier, kunnen zij eisen dat de persoon zich identificeert waarvoor de sluier ten minste even af zal moeten. Voor verzoeker onderstreepte dit de verkeerde praktische inschatting van de Cgb andermaal. Verzoeker stelt geen drempels te willen opwerpen voor hulpverlening, en dat zou opvolging van dit advies nou juist in de hand werken. Het probleem dat zij hebben met de sluier, is niet dat ze willen weten wie zij precies voor zich hebben, het gaat erom een goed hulpverleningsgesprek te kunnen voeren.

CASUS 6.

ONDERSCHEID OP BASIS VAN GELOOFS-/LEVENSOVERTUIGING: NIET ONTVANKELIJK VERKLAARD.

ORDEELNUMMER CGB 2005-28

Interview met verzoeker

NB: verweerder weigerde mee te werken.

Samenvatting oordeel (van website Cgb)

”Verweerder heeft verzoeker de toegang tot zijn eetgelegenheid ontzegd omdat andere klanten hinder zouden ondervinden van verzoekers uiterlijk en/of lichaamsgeur. Verzoeker hangt oud-Joodse denkbeelden aan die hij kent onder de naam ‘Nazireeërschap’. Hij geeft uiting aan het Nazireeërschap door zich niet te scheren en zijn haar niet te knippen zonder zeer dringende noodzaak. Hij hanteert bij het reinigen geen onverantwoorde reinigingswijzen zonder duidelijke noodzaak. Volgens verzoeker maakt verweerder jegens hem onderscheid op grond van levensovertuiging of godsdienst door hem de toegang tot de eetgelegenheid te ontzeggen onder verwijzing naar zijn uiterlijke verschijning welke samenhangt met zijn levensovertuiging dan wel godsdienst. Met betrekking tot de vraag of verzoeker beroep kan doen op de grond levensovertuiging en/of godsdienst, overweegt de Commissie dat, los van het al dan niet aanwezig zijn van een opperwezen, bij zowel godsdienst als levensovertuiging sprake moet zijn van een existentiële gemeenschappelijke overtuiging, dat wil zeggen een min of meer coherent stelsel van ideeën, waarbij het gaat om fundamentele opvattingen over het menselijk bestaan die verzoeker niet slechts individueel huldigt. De Commissie oordeelt dat verzoeker niet heeft kunnen aantonen dat het Nazireeërschap een min of meer coherent stelsel van ideeën, waarbij het gaat om fundamentele opvattingen over het menselijk bestaan, omvat en dat daarbij sprake is van een gemeenschappelijke opvatting. Verzoeker heeft niet willen ingaan op het verzoek van de Commissie om informatiebronnen aan te geven en kan groepsgewijze beoefening niet aantonen. Verzoeker heeft derhalve niet kunnen aantonen dat het ‘Nazireeërschap’ als bedoeld in de bijbel of daarbuiten heden ten dage als godsdienst of levensovertuiging in de zin van de Awgb kan gelden. De Commissie heeft uit openbare bronnen ook voor het overige geen aanwijzingen gevonden voor het bestaan van een zodanige godsdienst of levensovertuiging. Nu verzoeker niet heeft kunnen aantonen dat er sprake is van godsdienst of levensovertuiging in de zin van de Awgb kan de Commissie niet beoordelen of de uiterlijke verschijning van verzoeker kan worden beschouwd als een gedraging die rechtstreeks uitdrukking geeft aan

een godsdienstige of levensbeschouwelijke overtuiging. Daarmee komt de Commissie tevens niet toe aan de vraag of er voor het bestreden handelen een objectieve rechtvaardiging bestaat, zoals door verweerder is aangevoerd, gelegen in de hinder die klanten van de cafetaria zouden ondervinden van verzoekers uiterlijk en/of lichaamsgeur. Dit brengt met zich mee dat het verzoek niet-ontvankelijk is.”

VERSLAG INTERVIEW VERZOEKER

Het interview vindt plaats onder ongewone omstandigheden. Verzoeker wil liever niet dat het interview bij hem thuis plaatsvindt. Gesprek vindt plaats bij het station van de kleine stad waar hij woont. Verzoeker draagt een enorme baard waarvan de strengen reiken tot ruim onder zijn middel. Zijn haar is verwilderd en samengeklit tot een warrige knoet achter op zijn hoofd. Zijn nagels zijn lang en bruingerand. Hij draagt een blauwe blouse en blauwe broek vol vlekken. Hij ruikt niet bijzonder fris. De meeste mensen zullen hem zonder twijfel aanzien voor een dakloze zwerver. Zijn taalgebruik staat in scherp contrast met zijn uiterlijk: nauwkeurig en verzorgd. Uit zijn volzinnen is af te leiden dat hij goed is opgeleid, wat ook blijkt uit de ingenieurstitel (ing.) in de gegevens die (met zijn toestemming) van de Cgb werden verkregen. Zijn blauwe ogen zijn helder en levendig. Het is, kortom, geen alledaagse man.

Verzoeker vertelt wat in zijn ogen aanleiding is geweest om naar de Cgb te stappen met een klacht over ongelijke behandeling. Vorig jaar bezocht verzoeker een cafetaria, waar hij voor die tijd ook vaker kwam. Die avond stond er iemand achter de balie die hij niet kende en nooit had gezien. Toen de medewerker hem zag, maakte hij duidelijk dat verzoeker niet welkom was en vroeg hem de zaak te verlaten. “Je gaat eruit want je stinkt. En wel zo verschrikkelijk, klanten die klagen”, zou de man hebben geroepen. Verzoeker probeerde een gesprek aan te gaan toen hij werd verzocht te vertrekken. Verzoeker vroeg ook aan een klant of hij iets aan hem rook, maar die zij nergens last van te hebben, aldus verzoeker. De man achter de balie werd echter heel boos, en kwam met opgeheven hand achter de toonbank vandaan, aldus verzoeker. “En nou eruit, anders sla ik je eruit”, zou hij hebben geroepen. Verzoeker voelde zich bedreigd en geïntimideerd, en vertrok. Hij was het zeer oneens met de gang van zaken, en vond dat “justitie zich hierover zou moeten buigen”.

Verzoeker erkent tijdens het gesprek dat hij inderdaad “wel eens een geurtje bij zich draagt”. Verzoeker had het vermoeden dat het hier niet ging om een “objectieve storing in de ruimte” maar om het feit dat de persoon in kwestie zich gewoon aan zijn uiterlijk stoorde. Verzoeker vindt dat niet terecht, zeker omdat de zaak in kwestie “een voedselleverancier” is. Hij vraagt zich af “in hoeverre mag een voedselleverancier bepalen hoe ik eruit kom te zien?” Verzoeker vindt dat hij recht heeft er anders uit te zien dan anderen, zonder dat hij daarmee het doel heeft te “shockeren of moeilijkheden te scheppen”. Hij zou op basis daarvan niet de toegang mogen worden ontzegd. Dat vindt hij vooral in dit geval. Hij geeft aan dat hij er zeker begrip voor zou hebben als hij een drie-sterrenrestaurant binnen zou wandelen, en daar zou worden geweigerd. Al zou dat “onvriendelijk” vinden. “Ik ben ook een mens, en ik snap ook hoe dat werkt”, aldus verzoeker. Maar in dit geval ging het om een cafetaria en niet om een net restaurant, aldus verzoeker.

Hij besloot na het voorval een brief te schrijven aan het cafetaria in de hoop zo de zaak te kunnen oplossen. Omdat hij vaker in het cafetaria kwam, vroeg hij zich af of de eigenaar achter het gedrag van zijn medewerker zou staan. Een paar dagen later

werd hij op straat aangesproken door iemand die zei de eigenaar van het cafetaria te zijn. Hij bleek de inhoud van de brief te kennen. In een gesprek zei de eigenaar dat verzoeker inderdaad niet meer welkom was in zijn zaak. Verzoeker gaf aan dat hij in dat geval nadere stappen zou gaan ondernemen, waarop het gesprek werd beëindigd. In een gemeentegids stuitte verzoeker vervolgens op informatie over het plaatselijke Anti-Discriminatie Bureau (ADB), waar hij contact mee opnam. Daar had hij een gesprek met een medewerker. Samen met de medewerker van het ADB kwam hij tot de conclusie dat dit een zaak was die ze aan de commissie gelijke behandeling zouden kunnen voorleggen. Verzoeker besloot dat inderdaad te doen “vooral in de hoop een gerechtelijke uitspraak te krijgen die beschermend werkt voor nazireeërs en rasta-mensen.” Hij noemt ook rastafari omdat die net als nazireeërs vaak lang haar en dreadlocks dragen.

Tijdens interview legt verzoeker uit hoe hij ertoe kwam zijn leven volgens het nazireeërschap in te vullen. Kort samengevat vertelt hij dat hij in 1998 langzaam maar zeker heeft besloten zijn leven te veranderen. Hij had nauwe banden met de plaatselijke protestantse kerk, waar hij zich op latere leeftijd liet dopen. Hij had een vrouw en kinderen, en werkte in de ICT. Hij raakte gefascineerd door teksten uit de bijbel en door joods-orthodoxe leefwijzen. Met name was hij gefascineerd door de op verschillende plaatsen in de bijbel beschreven nazireeërs, waarvan Simson de meest bekende is. Hoewel het niet over een nacht ijs ging, besloot hij langzaam maar zeker te breken met zijn oude bestaan, en zijn leven in te delen naar zijn persoonlijke uitwerking van het nazireeërschap.

Verzoeker omschrijft het nazireeërschap en wat dat voor hem inhoudt. Hij heeft een brief geschreven aan de CGB waarin hij dat ook uitlegt. Hij geeft aan dat de omschrijving die hij de commissie toezond, in het volledige oordeel door de commissie heel goed en nauwkeurig is samengevat.⁹⁰⁵ Als aanvulling daarop omschrijft verzoeker het nazireeërschap tijdens het gesprek als een “wetenschappelijke levensopstelling, een manier van in het leven staan die maakt dat je je gedrag op een bepaalde manier aanpast.” Verzoeker benadrukt dat dat een heel persoonlijke invulling kan krijgen. “Je kunt het ook beoefenen zonder dat het sterk in het oog loopt. Het hebben van lang haar is heel opvallend (...) Het draait bij nazireeërs om persoonlijkheidsontwikkeling. Het gaat erom dat je een persoonlijkheid ontwikkelt die is opgewassen tegen

⁹⁰⁵ Onder 3.2, 3.3 en 3.3 in het volledige oordeel van de Cgb staat: 3.2 Verzoeker hangt oud-Joodse denkbelden aan die hij kent onder de naam ‘Nazireeërschap’. Inzichten die samenhangen met deze overtuiging zijn niet algemeen en niet openbaar. Nazireeërschap is een bekend begrip in de bijbel. Er zijn veel mensen, vooral ook Joden, die het beoefenen, maar deze zijn niet op enigerlei wijze georganiseerd. Er is geen Nederlandse organisatie die overkoepelend werkt. Er is ook geen documentatie voorhanden die groepsgewijze beoefening kan aantonen. 3.3 Uitgangspunt van het Nazireeërschap is dat er een, voor directe, ongeofende waarnemers onzichtbare, rechtsorde scheppend en controlerend ‘wezen’ is. Dit is gewoonlijk een Schepperpersoon in de zin van de Bijbel, maar dit is niet noodzakelijk. Aanhangers van het Nazireeërschap handelen in overeenstemming met dit ‘wezen’ om zo levensgeluk te bevorderen en op lange termijn de bedoeling van het leven te beantwoorden. 3.4 Een Nazireeër gaat er van uit dat het lichaam in de bestaande vorm bedoeld is en gewoonlijk goed functioneert in overeenstemming met het ‘wezen’ mits niet oneigenlijk veranderd door het toedoen van scheermes of iets dergelijks. Nazireeërs kunnen onderling verschillen vertonen in hun gedrag of uiterlijk. Een belangrijk kenmerk is nagenoeg altijd het dragen van lang haar.

alle moeilijkheden die je in het dagelijks leven tegenkomt, en daar hoort ook het omgaan bij met dingen van onze civilisatie”.

OVER DE PROCEDURE EN HET OORDEEL VAN DE CGB

Verzoeker geeft met betrekking tot de klacht bij de Cgb aan, dat hij op de hoogte was van gelijkebehandelingswetgeving. Hij heeft zich er in het verloop van de procedure verder in verdiept. In het dossier, dat hij mee heeft genomen, heeft hij allerlei informatie verzameld. Zo laat hij artikel 1 van de grondwet zien. Hij vertelt dat hij bij aanvang “van mening was dat wat de cafetariahouder deed, onwettig was, en dat je daar normaal gesproken tegen beschermd wordt in Nederland”.

Over de procedure bij de Cgb is verzoeker, die in het gesprek vertelt enige ervaring te hebben met juridische procedures, vol lof. De procedure “is vlekkeloos” en “verdient beslist applaus”. Hij is veel minder te spreken over het gegeven dat de Cgb de klacht uiteindelijk niet ontvankelijk heeft verklaard, omdat het nazireeërschap volgens de Cgb niet kan gelden als godsdienst of levensovertuiging in de zin van de Awgb.

Verzoeker heeft Cgb zoals gezegd een uitgebreide brief geschreven waarin hij toelicht wat het nazireeërschap voor hem inhoudt (zie ook noot 1). Verzoeker vertelt dat de Cgb bronnen van hem wilde hebben waarin dingen over het nazireeërschap zijn na te lezen. Ze wilden bijvoorbeeld “een boek” zien waarmee hij zou aantonen “dat er een gemeenschap is die dat gezamenlijk zo uitoefent”. Verzoeker zegt zijn levensovertuiging echter nadrukkelijk niet te beschouwen als “kerkgenootschap” of “religie”. Er is niet zoals in andere godsdiensten een “heilig boek en een profeet” voorhanden. Hij vergelijkt het eerder nog met “vegetariërs of bewuste niet-rokers”. Hij kon of wilde de bronnen waar de Cgb om vroeg niet overleggen, en zegt daarbij ook dat hij “in de wetgeving nergens iets kon vinden waaruit blijkt dat de Cgb daarop zou mogen selecteren”. Volgens verzoeker vond de Cgb dat hij “in feite iets leuks zelf heeft bedacht, en behandeld wil worden alsof hij een echte levensovertuiging heeft. Maar zij gaan er eigenlijk van uit dat ik zelf dingen uit mijn duim zuig, al zeggen ze dat in beschaafd juridische taal”.

NATRAJECT

Verzoeker is het sterk oneens met de argumentatie van de Cgb om zijn overtuiging niet te beschouwen als levensovertuiging/godsdienst in de zin van de Awgb. In het oordeel beroept de Cgb zich daarbij op jurisprudentie (eerder oordeel van Cgb), waarin op dezelfde gronden een volgens hen vergelijkbare zaak werd afgewezen, aldus verzoeker. Verzoeker stelt dat de Cgb een invulling aan de wet heeft gegeven “die niet in de Nederlandse wet staat. En ik heb de wetgeving daar ook op nagekeken”.

Verzoeker heeft hierover contact gehad met zijn contactpersoon bij het ADB. Hij kwam er toen achter dat er “geen beroepsmogelijkheid bestaat om tegen de uitspraak in te gaan, of hun beslissing te laten controleren door een hogere instantie”. Wat wel kon is een schriftelijke klacht indienen bij de Cgb. Hij overweegt nu of hij dat inderdaad zal doen en heeft daarover overleg met de contactpersoon van de ADB. Hij denkt dat hij dat wel gaan doen uit persoonlijke redenen, maar ook “om voor de hele grote groep mensen die waarschijnlijk veel problemen zullen ondervinden in de samenleving op grond van hun aparte verschijning. Om daar in ieder geval wettelijk

iets duidelijk over te krijgen. Want volgens mij zijn die mensen wettelijk wel beschermd”.

Ten slotte maakt hij nogmaals duidelijk waarom hij vindt dat het criterium dat de Cgb naar zijn idee heeft aangebracht om te spreken van geloofs- of levensovertuiging (‘groepsgebonden beoefening’ en ‘informatiebronnen die dat aantonen’), onjuist is. Zijn keuze voor en invulling van het nazireeërschap heeft volgens hem “een ethische grondslag en dat zou in principe voldoende moeten zijn. Er is geen enkele reden om te geloven dat ik eerst een boek zou moeten schrijven en een paar mensen bij elkaar zou moeten vinden die hetzelfde denken als ik, om serieus genomen te worden in verband met onze wetgeving. (...) Volgens mij horen mensen die zoiets meemaken te worden beschermd door de wetgeving. (...) Mensen als ik zouden rustig een eetgelegenheden binnen mogen, tenzij ze heel expliciet overlast veroorzaken of iets dergelijks, maar dat ze niet op grond van hun uiterlijk of wat dan ook, mogen worden geweigerd. Al helemaal niet op de manier waarop dat gegaan is”.

BIJLAGE V

CASE-STUDIES PROFESSIONALS

CASUS P-1.
**HET ANTI-DISCRIMINATIE BUREAU
 HET NIET-VERPLICHTENDE OORDEEL VAN DE CGB**

“Verzoekers hebben de Commissie verzocht om een oordeel over de vraag of verweerder, een vereniging voor christelijk primair onderwijs, onderscheid op grond van ras maakt door het hanteren van een maximum toelatingspercentage van 15% voor NT2-leerlingen per groep en door haar toelatingsbeleid ten aanzien van leerlingen uit de Sinti- en Romagemeenschap.”⁹⁰⁶ Het oordeel van de Cgb luidt: “Verweerder maakt jegens NT2-leerlingen (...) indirect onderscheid op grond van ras dat niet is gerechtvaardigd. De Commissie constateert dat het gevoerde toelatingsbeleid ten aanzien van de leerlingen uit de Sinti- en Romagemeenschap rechtstreeks is gebaseerd op de afkomst van deze leerlingen, waarmee direct onderscheid op grond van ras wordt gemaakt. Strijd met de wet.”⁹⁰⁷

De ouderraad van een openbare school “de Prinsenhoef” in Ede heeft de zaak aangekaart en zich bij de Commissie laten vertegenwoordigen door het Landelijk Bureau ter bestrijding van Rassendiscriminatie (LBR) en Anti-discriminatiebureau (ADB) Veenendaal. In deze casusbeschrijving staat het handelen en de optiek van het LBR en het ADB centraal. Er zijn gesprekken gevoerd met de volgende personen: de heer D. Houtzager van het LBR; de heer T. Kürkcü van ADB Veenendaal; de heer K.J. Visser van ADB Ede; de heer H. Slabbekoom van CNS Ede; en de heer J.W. de Goey, voormalig voorzitter ouderraad “de Prinsenhoef”.

Het oordeel van de Commissie

De Commissie gelijke behandeling oordeelt dat door het maximum toelatingspercentage van 15 procent de Vereniging voor Christelijk Nationaal Onderwijs (CNS-Ede) indirect onderscheid maakt op grond van ras. Immers, het criterium van anderstaligheid, treft leerlingen van niet-autochtone Nederlandse afkomst onevenredig. Voor het gemaakte onderscheid bestaat volgens de Commissie geen objectieve rechtvaardigingsgrond. De school in kwestie, geeft weliswaar te kennen het toelatingsbeleid te voeren ter bevordering van de kwaliteit van onderwijs, maar, zo stelt de Cgb, de school heeft “op geen enkele wijze onderbouwd waarom voor de bewaking van de kwaliteit juist een percentage van 15% gehanteerd zou moeten worden”. Ook de andere door de school naar voren gebrachte rechtvaardigingsgrond, namelijk het bevorderen van integratie van leerlingen van allochtone afkomst, gaat volgens de Commissie niet op. Per definitie wordt volgens de Cgb niet bijgedragen aan integratie “omdat leerlingen aan wie toelating wordt geweigerd omdat het maximum aantal NT2-leerlingen is bereikt, om die reden geen onderwijs zullen kunnen volgen op de school van hun keuze.” Voor het toelatingsbeleid van Sinti- en Romakinderen overweegt de Commissie dat er sprake is van direct onderscheid omdat het de school uitvoering geeft aan een convenant (met de gemeente Ede) dat evenredige spreiding van deze leerlingen over verschillende basisscholen in Ede tot doel heeft.

⁹⁰⁶ NT2-leerlingen zijn leerlingen voor wie het Nederlands de tweede taal is.

⁹⁰⁷ Oordeel Cgb 2005-68, 18 april 2005

De betrokkenheid ADB Ede, ADB Veenendaal en het LBR

De zaak is via een omweg bij de Cgb terecht gekomen. Het initiatief is genomen door een andere school in de Ede, openbare school “de Prinsenhoef”. Deze school verandert eind jaren negentig in rap tempo in een zwarte school. Het gevolg hiervan is dat autochtone ouders steeds vaker ervoor kiezen om hun kinderen naar CNS Ede te sturen. De ouderraad van de Prinsenhoef is van mening dat CNS Ede met haar toelatingsbeleid bewust allochtone leerlingen buiten de deur houdt en daarmee discrimineert en stapt met deze klacht naar het Anti-Discriminatie Bureau (ADB) Ede. Dit Bureau past, zoals gebruikelijk bij klachten, het principe van ‘hoor en wederhoor’ toe. CNS Ede geeft daarbij te kennen dat zij haar beleid niet wenst aan te passen. Daarop beslist ADB Ede in overleg met de ouderraad van de openbare school om naar de Cgb te stappen. Daarbij speelt een aantal overwegingen een rol. Ten eerste dat er geen beweging in de opvatting van de school zit en bemiddeling door het ADB dus geen optie is. Ten tweede omdat er sprake is een structureel beleid waarbij veel leerlingen (potentieel) de dupe zijn.

Omdat ADB Ede is geen rechtspersoon kan dit bureau niet als verzoeker bij de Commissie optreden. Er wordt vervolgens besloten om “uit te wijken” naar ADB Veenendaal die, daartoe ondersteund door het Landelijk Bureau ter bestrijding van Rassendiscriminatie, uiteindelijk de ouderraad bij de Cgb vertegenwoordigt.⁹⁰⁸

Naleving door de school

Naar aanleiding van het oordeel van de Commissie, heeft CNS Ede haar beleid ten aanzien van Sinti- en Romakinderen gewijzigd. De school werkt niet langer volgens de afspraken zoals vastgelegd in het convenant ‘plaatsing woonwagen- en zigeuner-kinderen in het basisonderwijs’. Ook de gemeente heeft haar beleid aangepast.

Met betrekking tot het aanname-beleid van NT2-leerlingen, gaat de school minder voortvarend te werk. Op basis van het archief van het LBR kan het volgende worden gereconstrueerd:

- 29 juli 2003: brief van Cgb aan CNS Ede met oordeel en verzoek om voor 23 september aan te geven welke maatregelen zijn genomen
- eind juli 2003: brief van het LBR aan CNS Ede met het verzoek het aanname beleid aan te passen.
- 14 augustus 2003: brief van CNS Ede aan LBR dat zij in verband met de vakantie nog geen standpunt heeft ingenomen maar haar besluit voor 23 september kenbaar zal maken
- 11 september 2003: brief van CNS Ede aan Cgb (en afschrift aan LBR) met het verzoek tot uitstel van reactie tot 7 oktober 2003 omdat het algemeen bestuur besluiten en eventuele maatregelen moet nemen.
- 3 oktober 2003: brief van CNS Ede aan Cgb (en afschrift aan LBR) met het besluit van het CNS-bestuur om Roma- en Sintikinderen per direct en zonder restricties toe te laten. Verder schrijft CNS dat met betrekking tot het indirect onderscheid dat ten aanzien van NT2-leerlingen wordt gemaakt een extern bu-

⁹⁰⁸ Het LBR wordt wel vaker betrokken bij zaken als de lokale ADB's behoefte hebben aan ondersteuning.

- reau zal worden aangetrokken. Dit bureau zal de school adviseren over een toelatingsbeleid dat de objectieve rechtvaardigingstoets wel zal kunnen doorstaan. Op basis van dit advies zegt de school een definitief antwoord te zullen formuleren, waarbij zij het streven kenbaar maakt de besluitvorming in het voorjaar van 2004 te laten plaatsvinden. Tot die tijd stelt CNS haar beleid te handhaven.
- 24 oktober 2004: brief van de Cgb aan CNS Ede met het verzoek om op de hoogte te worden gehouden omtrent de besluitvorming van de school, in het bijzonder de aanpassing van het convenant met het college van B&W.

Na deze datum is er geen nieuwe informatie meer aan het dossier van het LBR toegevoegd. Bij het LBR, ADB Veenendaal en ADB Ede bestaat het beeld dat de school haar toelatingsbeleid voor NT2-leerlingen niet gewijzigd.

De school in kwestie is het overigens met deze conclusie niet eens. De directeur van CNS Ede zegt het oordeel van de Commissie over de 15-procentnorm te betreuren, maar wel te hebben gerespecteerd. Dit betekent echter niet dat kinderen altijd terecht kunnen op de school van hun ouders keuze. Bij het huidige beleid wordt rekening gehouden met het aantal zogenaamde “zorgleerlingen” in een klas. Op de vraag of “zorgleerlingen” niet een parafrasering van “NT2-leerlingen” is, antwoordt de directeur bevestigend. Later in het interview voegt hij daar aan toe dat er natuurlijk ook autochtone zorgleerlingen zijn.

Het oordeel van de professional

Het LBR en de anti-discriminatiebureaus zijn tevreden met het oordeel van de Commissie. Het wordt echter, met name door het LBR, betreurd dat het oordeel van de Cgb is niet bindend. Zo kan de Commissie geen boete kan opleggen of de eis tot schadevergoeding inwilligen. Binnen de huidige mogelijkheden, heeft de Cgb wel haar best gedaan om de naleving van haar oordeel te bevorderen. Houtzager van het LBR wijst in dit verband op de brieven van de Cgb aan de school.

Het oordeel van het LBR toegelicht

Het oordeel van de Commissie is, in tegenstelling tot het oordeel van de rechter, niet bindend. Toch is volgens het LBR een gerechtelijke procedure geen goed alternatief. Het feit dat toegang tot de Commissie kosteloos is, weegt voor het LBR zwaarder dan het feit dat het oordeel niet bindend is. Idealiter zouden deze twee elementen naar het oordeel van Houtzager verenigd moeten worden: een kosteloze, bindende procedure. Hij verwijst daarbij naar het Engelse systeem van ‘employment tribunals’ waar dit het geval is. Vertaald naar Nederland zou dit volgens Houtzager inhouden dat de wet op de Rechtsbijstand toevoeging regelt in alle zaken die over gelijke behandeling gaan.

Overigens is Houtzager van mening dat de wijze waarop de procedure bij de Commissie wordt gevoerd, bijdraagt aan de acceptatie van het oordeel. De dialoog die door de Commissie tot wordt gebracht draagt volgens hem bij aan een kritische reflectie op het eigen handelen. Vaak bespeurt hij bij verweerders de houding: “Als we iets fout hebben gedaan, dan horen we dat graag.” Een belangrijk argument voor verweerders om gevolg te geven aan het oordeel van de Commissie is dat het toch beschamend wordt gevonden om veroordeeld te worden tot discriminatie. Daar

komt bij dat de setting van de hoorzitting een open gesprek bevordert. Tijdens een rechtszitting is alles veel meer gejuridiseerd en “wordt het gesprek niet meer gevoerd door partijen maar door advocaten die elkaar met juridische argumenten om de oren slaan.”

Volgens Houtzager heeft de Commissie de mogelijkheid om naar de rechter te stappen als aan haar oordeel geen gevolg wordt gegeven.⁹⁰⁹ De Commissie heeft nog nooit van deze mogelijkheid gebruik gemaakt, maar zou dat volgens hem wel moeten. Daartoe zou de Commissie een zaak moeten selecteren die klip en klaar is en zij zeker zou winnen. “Laat zien dat de Awgb tanden heeft en bereid is de procedure desnoods tot de Hoge Raad te voeren!” Van deze strategie gaat naar verwachting van Houtzager ook een preventieve werking uit. Voorts zou de Commissie volgens Houtzager gebruik moeten maken van de mogelijkheid om prejudiciële vragen aan het Europees Hof van Justitie te stellen.

Implicaties voor het handelen van de professional

Het feit dat het oordeel van de Commissie niet automatisch wordt opgevolgd, betekent niet de betrokken ADB's en het LBR in een soortgelijke situatie niet opnieuw naar de Commissie zouden stappen. De toegang tot de Commissie is laagdrempelig en in veel gevallen wordt het oordeel van de Commissie wél opgevolgd.⁹¹⁰

Wat hadden de ADB's en het LBR zelf kunnen doen om naleving van de school te bewerkstelligen? Noch door ABD Veenendaal, noch door ADB Ede is na afloop van de uitspraak contact onderhouden de CNS Ede. Het LBR heeft hierop bij ADB Ede nog wel op aangedrongen. ADB Ede ziet het nut van een dergelijke follow up wel in, maar zegt als gevolg van een krappe bezetting daartoe praktisch gezien niet de mogelijkheden te hebben. Om in actie te komen moeten er concrete meldingen van discriminatie worden gedaan en die zijn er na het oordeel van de Cgb niet meer geweest.

Tot besluit

De Commissie besluit haar oordeel over het geschil tussen CNS Ede enerzijds en het LBR en ADB Veenendaal anderzijds met de overweging ten overvloede dat “een beroep op in onderwijskringen gesloten convenant gericht op integratie, wat er ook zij van de kring van convenantpartners, niet zo ver kan gaan dat daarmee in strijd wordt gehandeld met het beginsel van gelijke behandeling zolas uitgewerkt in de Awgb.”⁹¹¹

Daarmee ontstaat volgens het LBR een lastige situatie. Juist om integratie te bevorderen worden er tussen scholen afspraken gemaakt over spreiding van allochtone leerlingen. Hij verwijst daarbij naar de afspraken tussen scholen in de wijk ‘Leidse Rijn’ in Utrecht waarbij is afgesproken dat per school het aandeel allochtone leerlingen niet

⁹⁰⁹ De veronderstelling is niet juist; de Commissie kan niet naar de rechter stappen. Wel kan de rechter om een advies vragen bij de Commissie.

⁹¹⁰ Overigens resulteert maar een zeer klein percentage van het totaal aantal klachten dat bij de ADB's binnenkomt uiteindelijk in een zaak bij de Commissie: op jaarbasis krijgen de ADB's zo'n 3800 meldingen en naar schatting van het LBR belanden er zo'n 40 tot 50 zaken bij de Commissie. Het merendeel van de klachten die bij de ADB's binnenkomen wordt, na bemiddeling door het antidiscriminatiebureau in den minne geschikt.

⁹¹¹ Oordeel Cgb 2003-105

hoger mag zijn dan 30 procent. Maar stel dat Marrokaanse ouders hun kind naar een bepaalde school willen laten gaan, maar dat door toelating van de dit kind de 30-procentnorm wordt overtreden. In die situatie hebben ouders geen vrije schoolkeuze meer aldus Houtzager en vindt er discriminatie op grond van ras plaats. Het gaat hier volgens hem evenwel om “discriminatie uit goede wil”. Hij is van mening dat de Commissie in dat soort situaties zou moeten kunnen toetsen op redelijkheid en billijkheid. Dit is momenteel evenwel aan de rechter voorbehouden.

CASUS P-2.

DE VAKBOND (I)

HET EFFECT VAN DE AWGB OP HET VOEREN VAN SOCIAAL BELEID

“Verweerder is als vakorganisatie betrokken geweest bij het opstellen van een sociaal plan in verband met een reorganisatie bij een werkgever en heeft dit mede ondertekend. Verzoeker, 56 jaar oud, is in verband met deze reorganisatie boventallig verklaard. Het Sociaal Plan bevat een uitkeringsregeling bij vertrek. In geval van onvrijwillig vertrek ontvangt de boventallig verklaarde werknemer een uitkering op basis van de kantonrechttersformule. Het Sociaal Plan bevat voorts een ouderenregeling voor werknemers ouder dan 55 jaar, welke onder meer een aanvulling biedt op de werkloosheidsuitkering. (...) [T]oepassing van de ouderenregeling op verzoeker, [leidt] tot onderscheid op grond van leeftijd. Dit onderscheid is niet objectief gerechtvaardigd.”⁹¹²

Naar aanleiding van deze zaak is gesproken met mevrouw F. Madani van de CNV. De CNV was als verweerder bij deze zaak betrokken. Met betrekking tot het akkoord over een sociaal akkoord over een nieuw pensioenstelsel voor ambtenaren is gesproken met de heer Van Hulsen van de Vakbond voor Defensiepersoneel. Bij deze regeling doet zich namelijk een soortgelijk vraagstuk voor als in de zaak waarbij de CNV is betrokken.

Het oordeel van de Commissie

Verzoeker is een medewerker van 56 jaar oud die in verband met de reorganisatie boventallig is verklaard en verplicht valt onder de ouderenregeling. Hij kan geen beroep kan doen op de vertrekregeling op basis van de kantonrechttersformule. Na zijn gedwongen vertrek heeft hij een lagere uitkering ontvangen dan de boventallig verklaarde werknemer die hetzelfde aantal dienstjaren heeft maar jonger is dan 55 jaar.

De Commissie oordeelt dat de 56-jarige werknemer in kwestie financieel minder goed af is met het sociaal plan dan met de kantonrechttersformule en dat voor de overige garanties uit de ouderenregeling “niet per definitie zullen worden gematerialiseerd”. Immers, als de werknemer in kwestie een nieuwe baan vindt, dan gelden deze garanties niet “en wordt de lagere uitkering daardoor niet gecompenseerd.” De Cgb vindt dan ook dat voordeelt dan ook dat verzoeker de keuze had moeten krijgen tussen een vergoeding op basis van de kantonrechttersformule en vergoeding op basis de ouderenregeling:

Het is niet aan verweerder, maar aan de oudere werknemer zelf om te beoordelen of hij behoefte heeft aan de bescherming die het Sociaal Plan hem beoogt te

⁹¹² Samenvatting Cgb, 2005-129, 14 juli 2005

bieden. Als alternatief voor een regeling als de onderhavige ouderenregeling kan de oudere werknemer de keuze worden geboden om te kiezen voor de ontslagvergoeding bij onvrijwillig vertrek op basis van de kantonrechttersformule, zoals deze wordt toegekend aan werknemers die jonger zijn dan 55 jaar. Hoewel dit alternatief ook onderscheid maakt op grond van leeftijd (ten nadele van jongeren die geen keuzemogelijkheid zouden hebben), is het alternatief minder onderscheidmakend dan het verplicht toepassen van de ouderenregeling op werknemers die ouder zijn dan 55 jaar.

Het oordeel van de professional

De CNV was bij de totstandkoming van het sociaal plan betrokken en trad op als verweerder. Het algemeen oordeel van de CNV over Wet Gelijke Behandeling Leeftijd is positief. Bij ontslag van vakkenvullers bij supermarkten omdat ze te oud (en daardoor te duur) zijn, wordt de wet met succes ingezet. Maar in sommige situaties is de wet onrechtvaardig voor ouderen.

Deze zaak is daar volgens Madani een goed voorbeeld van. Bij de Commissie heeft de CNV ingebracht dat het sociaal plan een evenwichtig pakket van maatregelen betreft, waarbij ten aanzien van alle werknemers een aanvaardbare regeling is getroffen. De 56-jarige medewerker miskent volgens het CNV het collectieve karakter van het sociaal plan en de daaraan ten grondslag liggende uitgangspunten. Voorts brengt de vakbond naar voren dat het doel van de ouderenregeling is inkomenszekerheid te bieden aan oudere werknemers met een zwakke arbeidsmarktpositie. Het gaat daarom niet alleen om de uitkering als zodanig, maar ook voorziet het plan in gecontinueerde deelname aan de pensioenregeling van de werkgever en de collectieve ziektekosten.

Het oordeel van de vakbond toegelicht

Interpretatie door de Commissie

In een persbericht van 27 september 2005 geeft de CNV te kennen dat de gelijkebehandelingswetgeving te ver is doorgeschoten. In het interview geeft Madani te kennen dat niet zozeer de wetgeving een probleem is, maar de interpretatie hiervan door Cgb. Want, zo stelt ze, “je kunt te wet ook op een andere manier toetsen.”

Volgens de Commissie is er bij het in het geding zijnde sociale plan geen sprake van een objectieve rechtvaardigingsgrond voor het maken van onderscheid naar leeftijd. Dat is niet terecht volgens Madani. Volgens haar gaat de Cgb met dit oordeel voorbij aan de “collectieve werkelijkheid”. Immers, wat de optimale uitkomst voor het collectief is, hoeft dit niet voor individuen te zijn.

Volgens Madani is het van belang dat de Commissie goed in de gaten houdt wie er het slachtoffer wordt. Dat zijn de ouderen als groep. Als iedere werknemer boven de 55 de keuze zou hebben tussen het sociaal plan en de kantonrechterregeling, zou iedereen uiteraard de voor hem of haar beste regeling treffen. Maar daar zou de werkgever nooit meer akkoord gaan: die heeft immers maar één pot met geld. Madani vindt dan ook dat zelfs als de Commissie vindt dat zij niet anders dan tot het oordeel kan komen dat er sprake is van onderscheid, zij nog niet de oplossing had moeten kiezen waarbij de werknemer in kwestie de vrije keuze werd gelaten tussen de twee regelingen. Het zou goed zijn als over deze kwestie een heldere uitspraak van de rechter zou komen, aldus Madani.

De persoonlijke mening van Madani (en niet noodzakelijkerwijs het CNV-standpunt) is dat bij leeftijdsafhankelijke vakantiedagen zij wél kan voorstellen dat de Commissie tot het oordeel komt dat er geen sprake is van een objectieve rechtvaardiginggrond. Tenminste, als de leeftijdsafhankelijke vakantiedagen los staan van anciënniteit en als het niet gaat om zware beroepen.⁹¹³

Leeftijd als bijzondere discriminatiegrond

Niet alleen gaat de Commissie naar het oordeel van de Madani voorbij aan de collectieve werkelijkheid, de Cgb stelt daarnaast leeftijd ten onrechte op één lijn met discriminatiegronden als ras en geslacht. Bij de laatste twee gronden gaat het naar haar mening om veel fundamentele zaken. Ook bij de behandeling van de zaak door de Commissie heeft de CNV gewezen op het “anders zijn” van leeftijd: “Het maken van onderscheid op grond van leeftijd kan niet zonder meer op één lijn worden gesteld met het maken van onderscheid op grond van kenmerken als ras, godsdienst, geslacht en politieke overtuiging. Leeftijd is een in de maatschappij geaccepteerd ordeningscriterium en vervult een belangrijke rol waar het gaat om verworven rechten (HR 8 oktober 2004, JAR 2004/258, conclusie A-G Keus).

Implicaties voor het handelen van de professional

Madani verbaast zich er over dat de Commissie heel sec aan de gelijke-behandelingswetgeving heeft getoetst bij het geschil tussen de boventallige werknemster en verweerster. Ze had niet verwacht dat “de blik van de Commissie in dit geval zo beperkt was.” Op deze manier wordt het volgens haar lastig om goede collectieve regelingen te treffen zoals CAO’s, pensioenregelingen, sociale plannen. Ze geeft aan niet goed te weten hoe te handelen als zich in de toekomst een vergelijkbare situatie voordoet. “We kunnen niet net doen alsof de Commissie niet bestaat.”

Het liefst zou Madani zien dat de Commissie zich niet met dit soort zaken zou bezighouden: “laat dit soort zaken over aan werknemersorganisaties”. Zij hebben een achterban die hen op de vingers zal tikken als er ontoelaatbare afspraken met de werkgevers worden gemaakt. Om dit argument te onderstrepen is tijdens de behandeling van de zaak bij de Commissie door de CNV gewezen op het arrest van de Hoge Raad op 8 oktober 2004: “uit dit arrest [blijkt] dat betekenis moet worden toegekend aan het feit dat een regeling door sociale partners na collectieve onderhandelingen is overeengekomen en kennelijk voldoet aan de wens van een meerderheid van de betrokken werkgevers en werknemers. Uit HR 30 januari 2004, RvdW 2004, 26 (Parallel Entry) blijkt dat een regeling die na dergelijke onderhandelingen tot stand is gekomen met een zekere terughoudendheid dient te worden getoetst.”

Groot vraagstuk en grote consequenties

Mogelijke strijd van collectieve regelingen met de WGBL speelt niet alleen bij het opstellen van reorganisaties bij bedrijven, maar bij veel meer collectieve regelingen. Het is dan ook iets waar alle vakbonden mee worstelen. In aanvulling met Madani van de CNV is heeft een gesprek plaatsgevonden met Van Hulzen van de vakbond

⁹¹³ Bij zware beroepen bestaat er juist wel een objectieve rechtvaardigingsgrond. Immers bij zware beroepen zal men als men ouder wordt langere periodes nodig hebben om te herstellen van de (fysieke) inspanning.

voor defensiepersoneel. Ook hij wijst ook op de frictie het belang van het individu en het belang van het collectief. In bepaalde individuele gevallen kan sociaal beleid inderdaad betekenen dat er onderscheid wordt gemaakt. Maar dit komt dan wel collectief, de groep (ouderen) als geheel, ten goede.

Van Hulsen wijst op een belangrijke casus waarover de Cgb nu om advies is gevraagd: het akkoord dat door de Stichting Verbond Sectorwerkgevers Overheid (VSO) en de samenwerkende Centrales voor Overheidspersoneel (SCO) hebben gesloten over een nieuw pensioenstelsel in het kader van de VPL-wetgeving.⁹¹⁴ Dit akkoord is van toepassing op ongeveer 1 miljoen werknemers en geldt voor werknemers die op 31 december 2005 in dienst zijn en op dat moment jonger dan 56 jaar zijn. Voor de werknemers die op die datum 56 jaar of ouder zijn, blijft de huidige FPU-regeling gelden.⁹¹⁵

Als de Commissie van mening is dat er sprake is van ongeoorloofd onderscheid op basis van leeftijd, dan zal er erg goed naar de argumenten van de Commissie worden geluisterd. De belangen bij de regeling zijn erg groot. “Het gaat niet om iets dat je met een miljoentje hier of daar kunt corrigeren” aldus Van Hulsen. Het voorleggen van het akkoord aan de Cgb wordt mede ingegeven door de het feit dat de Cgb klachten heeft ontvangen over het vorige akkoord over de middel- en eindloonregeling en ook heeft geoordeeld dat er sprake is van verboden onderscheid op grond van leeftijd.⁹¹⁶

CASUS P-3.

DE VAKBOND (II)

DE BEPERKTE AFDWINGBAARHEID VAN HET OORDEEL VAN DE CGB

“Verzoekster is werkzaam als zelfstandige. Verzoekster heeft een assurantietussenpersoon verzocht een arbeidsongeschiktheidsverzekering voor haar te zoeken, die tevens voorziet in een uitkering in geval van zwangerschap, zonder wachttijd. De assurantietussenpersoon heeft verzoekster gewezen op een arbeidsongeschiktheidsverzekering bij verweerster, een verzekeringsmaatschappij, waarbij een wachttijd geldt van twee jaar voor een zwangerschapsuitkering. Verzoekster heeft geen arbeidsongeschiktheidsuitkering afgesloten bij verweerster. Verzoekster is van mening dat verweerster onderscheid heeft gemaakt op grond van geslacht door het hanteren van een wachttijd van twee jaar voor een zwangerschapsuitkering. (...) Zoals de Commissie reeds eerder heeft geoordeeld, maakt verweerster verboden onderscheid op grond van geslacht, omdat in de arbeidsongeschiktheidsverzekering andere voorwaarden worden gehanteerd bij zwangerschap dan bij arbeidsongeschiktheid.”⁹¹⁷

Ten behoeve van deze casus is gesproken met mevrouw L. Bijleveld van de FNV die namens haar leden discriminatie van zwangere zelfstandig werkende vrouwen aan de kaak stelt. Tevens is een gesprek gevoerd met de heer P. Loozen, beleidsmedewerker

⁹¹⁴ VPL staat voor Vut, Prepensioen en Levensloop.

⁹¹⁵ FPU staat voor Flexibel Pensioen en Uittreding.

⁹¹⁶ 2004-142 Verboden onderscheid op grond van leeftijd bij een beschikbare premierregeling, waarbij de beschikbare premie wordt vastgesteld op basis van een afgevlakte staffel.

⁹¹⁷ Oordeel CGB, 2005-80, 3 mei 2005

bij het ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid en projectleider van de afschaffing van de Wet Arbeidsongeschiktheidsverzekering Zelfstandigen (WAZ).

Oordeel van de Commissie

Het is vaste jurisprudentie van de Commissie dat afwezigheid van een werknemer tijdens zwangerschap- en bevallingsverlof moet worden gezien als een direct en onlosmakelijk gevolg van de zwangerschap. De Commissie volgt daarmee de jurisprudentie van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen.⁹¹⁸ In haar oordeel van 29 april 2004 heeft de Commissie daaraan toegevoegd dat er geen reden is om aan te nemen dat dit anders zou zijn bij zelfstandigen en vrije beroepsbeoefenaars.

Het is tevens vaste jurisprudentie van de CGB het aanbieden van een arbeidsongeschiktheidsverzekering aan vrije beroepsbeoefenaars, zonder dat in geval van zwangerschap tot een uitkering wordt overgegaan, verboden onderscheid op grond van geslacht inhoudt.

Met betrekking tot het voorliggende geschil, oordeelt de Commissie dat de voorwaarden waaronder tot uitkering wordt overgegaan, voor verzekerden in het geval van zwangerschap ongunstiger zijn dan in het geval van arbeidsongeschiktheid.

“Verweerster hanteert immers voor het recht op een zwangerschapsuitkering de voorwaarde dat de vrouwelijke verzekerde tenminste twee jaar is verzekerd bij verweerster ten tijde van de vermoedelijke bevallingsdatum. Voor arbeidsongeschiktheid hanteert verweerster een wachttijd van dertig dagen.”

Dit neemt niet weg dat de verzekeraar maatregelen mag nemen om misbruik en oneigenlijk gebruik tegen te gaan, en een wachttijd zou in principe als zodanig opgevat kunnen worden. Maar, deze maatregelen mogen niet strijdig zijn met de Awgb en dat zijn ze in dit geval wel:

De onderhavige voorzorgsmaatregel is evenwel uitsluitend gericht op het tegengaan van misbruik en oneigenlijk gebruik door (zwangere) vrouwen en niet tegen andere mogelijke vormen van misbruik. Zoals de Commissie reeds eerder heeft geoordeeld maakt verweerster hierdoor verboden onderscheid op grond van geslacht (Cgb 15 juli 1987, oordeel 1997-87, Cgb 25 juni 2002, oordeel 2002-76 en Cgb 29 april 2004, oordeel 2004-44).

Ook kan de verzekeraar geen beroep doen op contractvrijheid omdat deze wordt beperkt door de Awgb.

Het oordeel van de professional

Per 1 augustus is de toegang tot de Wet Arbeidsongeschiktheidsverzekering Zelfstandigen (WAZ) gesloten. Daarmee is ook de publieke uitkering in verband met zwangerschap en bevalling voor zelfstandig werkende vrouwen komen te vervallen. Bij wijziging van de WAZ ging de minister ervan uit dat het “risico” op zwangerschap gedekt kan worden met een particuliere verzekering.

In de praktijk heeft de afschaffing van de WAZ volgens de vakbond FNV echter zeer ongewenste effecten. Het gaat daarbij om twee grieven:

1) *de wachttijden van de verzekeraars.* Verzekeringsmaatschappijen gaan pas tot uitkering over na twee jaar premiebetaling. Het gedrag van de verzekeraar in de hierboven be-

⁹¹⁸ Het Hof van Justitie is het onafhankelijke gerechtshof van de Europese Gemeenschappen, dat zorg draagt voor een uniforme toepassing van de Verdragen van de gemeenschappen.

schreven zaak is daarmee regel in plaats van uitzondering. Hoewel dit door de CGB strijdig is bevonden met de wetgeving, betekent dit niet dat verzekeringsmaatschappijen hun beleid hebben aangepast. Dit is extra schrijnend voor zelfstandig werkende vrouwen die binnen twee jaar na de afschaffing van de WAZ zwanger zijn geworden. Zij hebben in het geheel niet de mogelijkheid gehad zich te verzekeren voor een zwangerschapsuitkering.

2) *privatisering van de uitkering als zodanig*. Door het afschaffen van de publieke regeling kunnen zelfstandig werkende vrouwen geen beroep meer doen op een publieke uitkering maar zijn zij gedwongen om zich tegen het 'risico' op zwangerschap te verzekeren bij een particuliere verzekeraar. De premie is voor veel zelfstandig werkende vrouwen, met name in de creatieve beroepen, echter nauwelijks of niet op brengen.

Implicaties voor het handelen van de professional

Het standpunt van de FNV is dat de Nederlandse gelijke-behandelingswetgeving, maar ook Europese regelgeving en het vrouwenverdrag van de VN zich verzetten tegen het handelen van zowel verzekeraars als de staat. De vakbond voelt zich daarbij gesteund door het oordeel van de Commissie gelijke behandeling. Om de situatie te veranderen, bewandelt de FNV verschillende wegen:

- de FNV ondersteunt zelfstandige ondernemers zonder personeel (zzp-ers) om te procederen tegen discriminatie in de arbeidsongeschiktheidsverzekeringen bij de Cgb.
- de FNV (met behulp van het proefprocessenfonds Clara Wichmann) stapt samen met de zzp-ers naar de rechter als verzekeringsmaatschappijen geen gehoor geven aan het oordeel van de rechter
- de FNV spant (met behulp van het proefprocessenfonds Clara Wichmann) een proces aan tegen de staat bij het Europees hof van Justitie.

De Commissie gelijke behandeling

Bijleveld van het Vrouwensecretariaat van het FNV is van mening dat de uitspraken van de Cgb over het hanteren van wachttijden door verzekeraars erg belangrijk zijn. Zij stelt dat de kracht van de Cgb ligt bij het feit dat het om een gespecialiseerde Commissie gaat. Hierdoor neemt de kans toe dat alle ter zake doende feiten ook daadwerkelijk aan de orde komen. Volgens Bijleveld is de kans hierop geringer bij een niet-gespecialiseerde rechter.

Nadeel is evenwel dat het oordeel van de Commissie niet bindend is. Bovendien moet het gelijk door de FNV zaak voor zaak worden bevochten. De FNV kan de Commissie niet vragen om een algemeen oordeel over de wachttijden. Ook kan de FNV de Commissie niet vragen om een algemeen oordeel te geven over het afschaffen van de WAZ.

De rechter

Ook al stelt de Cgb een verzekeringsmaatschappij in het ongelijk, dan wil dit nog niet zeggen dat de verzekeraar gehoor geeft aan het oordeel van de Commissie. In dergelijke situaties ondersteunt de FNV haar leden bij de gang naar de rechter. Zo is onlangs een zelfstandig werkende advocaat in kort geding in het gelijk gesteld tegen verzekeraar Movir.⁹¹⁹ Volgens de rechter discrimineert deze maatschappij door een

⁹¹⁹ Uitspraak door de rechtbank Utrecht op 16 november 2005

wachttijd van twee jaar te hanteren voor een vervangende WAZ-uitkering bij zwangerschap. Maar ook is het volgens de rechter discriminerend dat de verzekeraar een lager daggeld uitkeert aan vrouwen die als gevolg van zwangerschap tijdelijk arbeidsongeschikt zijn en hetzelfde geldt voor het feit dat zwangere vrouwen geen aanspraak kunnen maken op een vaste kostenvergoeding voor onkosten die tijdens de zwangerschap gewoon doorlopen. Eerder had de Cgb en de rechter in eerste aanleg de desbetreffende advocate al in het gelijk gesteld.

Het Europees Hof

Hoewel de FNV de wachttijden bij de verzekeraars veroordeelt, is zij het meest ontwaardigd over het afschaffen van de publieke regeling als zodanig. “Want zelfs al zouden de verzekeraars geen wachttijden hanteren, dan nog zouden de meeste van onze leden een particuliere verzekering helemaal niet kunnen veroorloven.” Met het afschaffen van de WAZ handelt de staat volgens het FNV in strijd met Europese regelgeving en in strijd met het VN Vrouwenverdrag. “De Geus heeft internationale verdragen die ons verplichten om dit soort voorzieningen te treffen, naast zich neergelegd”. Dit betekent volgens Bijleveld dat zelfstandig werkende vrouwen in een nadelige positie ten opzichte van zelfstandig werkende mannen worden geplaatst. In feite wordt gezegd dat vrouwen een groter ondernemingsrisico moeten dragen dan mannen. Dit terwijl de kosten die gemoeid zijn met een publieke regeling relatief laag zijn: “Toen de WAZ nog bestond maakten elk jaar zo'n vijfduizend zelfstandig werkende vrouwen gebruik van de zwangerschaps- en bevallingsuitkering. Met de afschaffing van deze uitkering wilde minister De Geus structureel twintig miljoen euro besparen. Als de kosten worden omgeslagen over alle zelfstandige ondernemers, zou de kostendeckende premie ongeveer 0,3 procent van het premieplichtig vermogen (totaal 8 miljard) bedragen. Omslaan over alle ingezetenen van Nederland met een premieplichtig inkomen zou een premieverhoging vergen van 0,01 procent.”⁹²⁰

Het standpunt van de minister en de Commissie gelijke behandeling

Volgens het FNV verzet de afschaffing van de WAZ zich tegen internationale verdragen. Ook de Eerste en Tweede Kamer hebben hierover kritische vragen gesteld aan de minister. Uit een gesprek met de heer Loozen van het ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid blijkt dat de minister, ook vanuit zijn eigen ministerie, voorafgaand aan de afschaffing van de WAZ was gewaarschuwd voor mogelijke strijd met het principe van gelijke behandeling. De minister vond evenwel het belang van privatisering groter dan het belang van gelijke behandeling. In een vraaggesprek hierover met de vaste commissie Sociale Zaken en Werkgelegenheid van de Eerste Kamer stelt de minister bovendien dat de verantwoordelijkheid voor een discriminatiebestendige private regeling voor uitkering bij zwangerschap na afschaffing van de publieke regeling niet primair ligt bij de overheid maar bij de verzekeraars. In de discussie met de Eerste Kamer in juli 2004 zegt de minister hierover: “Het gaat er natuurlijk om in hoeverre wij de man/vrouwverschillen in het ondernemerschap tot een publieke verantwoordelijkheid rekenen om daarin een zeker solidariteit te waarborgen. Het gaat er dan natuurlijk ook om tot hoever je daarin wilt gaan. De rege-

⁹²⁰ www.fnv.nl/vrouwen

ring heeft aangegeven te kunnen leven met het feit dat het een aspect is dat in de polis kan worden opgenomen.”

Overigens is volgens Loozen, voorafgaand aan de afschaffing van de WAZ, goed uitgezocht of afschaffing van de WAZ niet in strijd was met internationale verdragen. Daartoe is onder andere het ILO geconsulteerd, en die deelden het oordeel van de minister dat niet het geval was.

Maar ook de Eerste Kamer maakt zich zorgen over de consequenties van de afschaffing van de WAZ. Naar aanleiding van de gedachtewisseling met de vaste commissie Sociale Zaken en Werkgelegenheid van de Eerste Kamer, zegt de minister in juli 2004 toe het oordeel te vragen van de ILO en de Cgb over gelijke-behandelingsaspecten waar wachttijden van de verzekeraars betreft. Het antwoord van de Cgb, dat de minister precies een jaar later aan de Eerste Kamer meedeelt, is dat er hierbij sprake is van discriminatie. Deze informatie was echter al lang bekend en de Eerste Kamer vraagt de minister dan ook om opnieuw naar de Commissie en de ILO te gaan. De Kamer wenst dat deze organen nu ook wordt gevraagd om de afschaffing van de publiek geregelde zwangerschapsuitkering voor zelfstandigen als zodanig te beoordelen tegen de achtergrond van Europeesrechtelijke aspecten.

CASUS P-4

DE RECHTER

EEN ANDER TOETSINGSKADER

“Verzoeker is werkzaam als postbode bij de wederpartij. De wederpartij verstrekt bedrijfskleding. Verzoeker stelt dat de wederpartij onderscheid naar geslacht maakt doordat in haar kledingpakket voor mannelijke postbodes geen korte broek of bermuda is opgenomen, terwijl voor vrouwelijke postbodes tevens een broekrok beschikbaar is. De wederpartij stelt dat zij de mogelijkheid heeft om aan mannen en aan vrouwen bij het uitvoeren van het werk het dragen van een korte broek te verbieden omdat zij dat in strijd acht met het door haar nagestreefde imago. (...) De Commissie concludeert dat niet aannemelijk is gemaakt dat het verschil in arbeidsvoorwaarden tussen mannelijke en vrouwelijke postbodes noodzakelijk en functioneel is, zodat de wederpartij direct onderscheid naar geslacht heeft gemaakt.”⁹²¹ Om het oordeel van de Commissie af te dwingen, is de AbvaKabo begin 2000 namens de mannelijke PTT-medewerkers naar de kantonrechter gestapt. De kantonrechter wijst de vorderingen van de AbvaKabo af en hetzelfde geldt voor de rechtbank die in mei 2001 uitspraak in hoger beroep deed.

In deze casusbeschrijving zal dieper in worden gegaan op de bermuda-zaak. Daartoe is onder andere gesproken met een van de rechters die in hoger beroep over deze kwestie oordeelde, mevrouw N.B. Verkleij. Ook is met deze rechter in meer algemene zin gesproken over het verschil tussen oordeelvorming door de Commissie en de rechter. Hierover is tevens een gesprek gevoerd met een advocaat-generaal van de

⁹²¹ Oordeel Cgb, 1999-56, 17 juni 1999

Hoge Raad die met enige regelmaat te maken heeft met de gelijke behandelingswetgeving, de heer L.A.D. Keus.

Het oordeel van de Commissie

De Commissie is van mening dat de PTT met het verbod dragen van een bermuda door mannelijk personeel direct onderscheid naar geslacht maakt. Volgens de vaste jurisprudentie van de Commissie, vallen kledingvoorschriften onder arbeidsvoorwaarden. Verschil in arbeidsvoorwaarden is alleen toegestaan als dit noodzakelijk en functioneel is (art. 7:646 lid 1 BW). Voor de verschillen tussen het kledingpakket voor mannelijke en vrouwelijke postbodes geldt, naar het oordeel van de commissie, dat deze noodzakelijk noch functioneel zijn. Het argument van de PTT dat zij het recht heeft om, uit overwegingen van representativiteit mannelijke medewerkers te verbieden een korte broek te laten dragen, snijdt volgens de Cgb geen hout. De PTT heeft geen motivering gegeven waarom een korte broek het imago zou schaden.

Het oordeel van de professional: de rechter

De kantonrechter en de rechtbank Den Haag in hoger beroep kunnen zich niet vinden in het oordeel van de Commissie.⁹²² Verkleij geeft te kennen dat bij het oordeel van de rechtbank, in tegenstelling tot het oordeel van de Commissie, het maatschappelijke oordeel over het dragen van korte broeken door mannen een belangrijke rol heeft gespeeld. Het is volgens haar nu eenmaal zo dat het wel algemeen geaccepteerd is dat vrouwen broeken, rokken en broekrokken dragen, terwijl dit niet voor mannen geldt. Het vonnis meldt daarover dat de broekrok een “maatschappelijk aanvaard kledingstuk [is], dat eerder met degelijkheid dan met vrije tijd of frivoliteit zal worden geassocieerd en als zodanig representatief kan worden genoemd.” Er is in dit opzicht geen equivalent voor mannen: “zij plegen nu eenmaal slechts broeken te dragen”.⁹²³

Tevens oordeelt de appelrechter dat kledingvoorschriften gezien de doelstelling van de gelijke-behandelingswetgeving geen wezenlijk element in de arbeidsverhouding zijn: het “dragen van bepaalde kleren in het algemeen, geen noemenswaardige invloed heeft op de mogelijkheid deel te nemen aan het arbeidsproces en daarin een behandeling te ontvangen, gelijkwaardig aan die van de leden van het andere geslacht.”⁹²⁴ Of mannelijke postbodes al dan niet een korte broek, c.q. bermuda mogen dragen, is dan ook geen vraagstuk van gelijke behandeling: “Het pakken van de pijpen van een lange broek en belemmeringen bij het fietsen en traplopen (...) kunnen redelijkerwijze niet als belemmeringen als bedoeld in de gelijke-behandelingswetgeving worden beschouwd.”

Samenvattend, de appelrechter oordeelt dat de bermuda-zaak geen betrekking heeft op de gelijke-behandelingswetgeving. Maar zelfs als zou de rechter het in dit opzicht met de Commissie eens zijn, dan nog zou het oordeel van de rechter anders uitvallen omdat zij bij het toetsingskader de maatschappelijke opvattingen over het dragen van korte broeken door mannen bij de uitoefening van hun werk betreft. Ook toont de

⁹²² We beperken ons bij de bespreking van deze casus grotendeels tot het oordeel van de rechtbank, omdat die als appelinstantie het laatste woord heeft gehad.

⁹²³ Vonnis rechtbank Den Haag, 23 mei 2001, rolnummer 00-1387.

⁹²⁴ Ibid.

rechter zich, in tegenstelling tot de Commissie gelijke behandeling, gevoelig voor het imago-argument van de werkgever.

Het rechterlijk oordeel toegelicht

Vershil in toetsingskader

De Commissie beoordeelt een zaak die aan haar wordt voorgelegd aan de gelijke-behandelingswetgeving. De rechter heeft een veel ruimer toetsingskader en heeft in de bermuda-zaak ook het maatschappelijk oordeel meegewogen bij zijn oordeel. Je bent als rechter niet met handen en voeten gebonden aan wat maatschappelijk al dan niet aanvaardbaar wordt gevonden, aldus Verkleij. Maar, zo voegt zij daar aan toe, “tegelijktijd weeg je andere belangen mee en zul je veel eerder dan de Commissie vinden dat gelijke behandeling niet over de rug van de werkgever dient plaats te vinden.” In het geval van de bermuda-zaak hield dit in dat de rechter gevoeliger was voor het imago-argument van de werkgever dan de Commissie gelijke behandeling. Een andere norm die de rechter vaak meeweegt in arbeidsconflicten waarbij een beroep wordt gedaan op de gelijke-behandelingswetgeving is ‘goed werkgeverschap’. In de bermuda-zaak heeft de AbvoKabo (die de mannelijke postbodes bij de Commissie en de rechter vertegenwoordigde) deze norm buiten beschouwing gelaten. Onterecht volgens Verkleij; als de vakbond had aangevoerd dat de PTT zich niet hield aan de eis van “goed werkgeverschap” door mannelijke postbodes te verplichten een lange broek te dragen, had dit mogelijk kunnen leiden tot een ander oordeel.

Interpretatie gelijke-behandelingswetgeving

In de bermuda-zaak oordeelt de rechter dat bij de beoordeling van het conflict, de gelijke-behandelingswetgeving niet het juiste toetsingskader is. Zowel Verkleij als Keus zijn van mening dat de Commissie conflicten eerder in termen van gelijke-behandelingswetgeving zal definiëren dan de rechter. Maar de verschillen moeten volgens Keus nu ook weer niet overdreven worden. Ondanks de focus op de gelijke behandelingswetgeving, laat de Cgb zich net als de rechter leiden door nationale en internationale jurisprudentie, zoals van het Europees Hof van Justitie. In veel gevallen is het toetsingskader van de rechter en de Commissie dan ook wel hetzelfde.

Consequenties

Het beperkte toetsingskader en het vertalen van het conflict in termen van gelijke behandeling, kan in de praktijk leiden tot een eenzijdige benadering van een conflict dat veel ruimer is. Volgens Keus, is een dergelijke eenzijdige benadering overigens niet ongewoon voor colleges die enkel voor één doel in het leven zijn geroepen.⁹²⁵ De implicatie kan evenwel zijn dat de Commissie het imago van pleitbezorger voor gelijke behandeling krijgt. Zowel Keus als Verkleij vinden niet dat er thans sprake is van een bevooroordeelde Commissie. Wel heeft de advocaat-generaal de indruk dat de Cgb “vriendelijker” is jegens verzoeker dan verweerder. Ook Verkleij geeft aan bij bepaalde oordelen van de Commissie wel eens haar wenkbrauwen te hebben gefronst en is van mening dat de Commissie er voor dient te waken geen beslissingen te nemen “die tegen het gevoel ingaan”. De indruk moet niet ontstaan dat de Commis-

⁹²⁵ Dat zie je volgens hem bijvoorbeeld ook bij de enquêtekamer van het Amsterdamse hof.

sie de gelijke-behandelingswetgeving er met de haren heeft bijgesleept en beslist in zaken die eigenlijk om een andersoortig conflict gaan. Dan is de Commissie niet meer serieus te nemen.

Meerwaarde

Met de Commissie en de rechter bestaan er twee instanties die oordelen over ongelijkheid. Wat is de toegevoegde waarde van de Commissie? Beide gesprekspartners noemen de laagdrempelige toegang tot de Commissie. Daarnaast heeft het beperkte toetsingskader van de Commissie volgens Verkleij ook een belangrijk voordeel. Door zich niet te hoeven bekommeren om andere belangen is het voor de Commissie gemakkelijker met haar oordeel bestaande (stereotype) opvattingen of gedragingen te doorbreken. Volgens Verkleij zou de Commissie er echter goed aan doen meer zaken te weigeren en zich uitsluitend ontvankelijk te verklaren in “echte” discriminatiezaken. De positie van de Commissie zou worden versterkt als zij zich exclusief bezig hield met de zaken als gelijke kansen tot de arbeidsmarkt en gelijke promotiekansen: “voor dit typen zaken is de Commissie toch ook bedoeld!”

Implicaties voor het handelen van de professional

Het oordeel van de Commissie is voor de rechter zeker waardevol. Verkleij stelt dan ook dat je als rechter in voorkomende gevallen altijd expliciet moet motiveren als je afwijkt van het oordeel van de Commissie. Dit is naar haar mening niet meer dan normaal: “Je moet als rechter sowieso goed uitleggen wat je doet, vooral als je afwijkt.

Maar hoe wordt dit oordeel van de Commissie gewogen? Keus kan zich vinden in de stelling dat het oordeel van de Commissie voor de rechter de betekenis van een deskundigenoordeel heeft. Belangrijk argument daarbij is de specifieke expertise die de Commissie op het terrein van de gelijke-behandelingswetgeving heeft opgebouwd. Verkleij daarentegen, vindt het Commissieoordeel van een andere orde. De redenering daarbij luidt dat deskundigen doorgaans over één, vaak technisch, aspect oordelen terwijl de Cgb, net als de rechter, oordeelt over het hele geschil. Als rechter ben je in dit soort zaken dan ook een soort hogerberoepsinstantie, aldus Verkleij.

Beide gesprekspartners zijn van mening dat de gelijke-behandelingswetgeving lastige wetgeving is, met name vanwege de link met Europese wetgeving. Verkleij is van mening dat het daarom een goed idee zou zijn als de rechter (op grond van artikel 12, lid 2 aanhef en onderdeel c, Awgb) bij de Cgb advies in zou winnen over de interpretatie van de gelijke-behandelingswetgeving. Toch verbaast het haar niet dat er tot op heden nooit van deze mogelijkheid gebruik is gemaakt. Door een oordeel van de Commissie te vragen, committeer je je hier tot op zeker hoogte aan, luidt daarbij haar redenering. Je hebt dan minder vrijheid om tot een afwijkend oordeel van de Commissie te komen. Keus is van mening dat als partijen voor de rechter staan, het onnodig tijdrovend is om alsnog het oordeel van de Commissie te betrekken.

De frequentie waarmee de rechter het oordeel van de Commissie volgt, in 61 procent van de gevallen, wordt door Verkleij “best hoog” gevonden. Het betekent volgens haar dat de rechter in toch aanzienlijk veel gevallen het oordeel van de Commissie volgt, juist gezien het gegeven dat de rechter een veel breder toetsingskader heeft. Ook Keus vindt het percentage van 61 procent heel acceptabel aangezien naar zijn mening met name complexe zaken waarover veel discussie bestaat voor de

rechter zullen worden gebracht – niet de zaken waarbij de Commissie evident gelijk heeft.

Beide gesprekspartners zijn het oneens met de stelling dat wanneer het rechterlijk oordeel afwijkt van de het oordeel van de Commissie, daarmee het gezag van de Commissie wordt aangetast. Het zou volgens Verkleij, gezien het ruimere toetsingskader, vreemd zijn als de rechter bijna altijd de Commissie zou volgen. Dan zou de rechter ook overbodig worden.

Tot besluit

Met het bindende oordeel van de appelrechter in de bermuda-zaak zou men verwachten dat de lijn voor toekomst, ook voor de Cgb, duidelijk is. In 2004 wordt een soortgelijke zaak voor de Commissie gebracht: mannelijke medewerkers van een openbaarvervoersbedrijf zijn van mening zijn dat er sprake is ongelijke behandeling omdat het slechts aan vrouwen is toegestaan een bermuda te dragen.⁹²⁶ De Commissie houdt evenwel vast aan de eerder door haar uitgezette lijn, niet aan het oordeel van de rechter:

“De Commissie stelt vast dat verweerster verschillende kledingvoorschriften hanteert voor mannen en vrouwen door uitsluitend vrouwen toe te staan een bermuda te dragen. Hierdoor zijn vrouwen beter dan mannen in staat zich te beschermen tegen de hitte tijdens hun werk. Bovendien stelt verweerster hogere representativiteitseisen aan mannen dan aan vrouwen. Dit is in strijd met artikel 5 van het VN-Vrouwenverdrag, dat vooroordelen, gewoonten en gebruiken verbiedt die zijn gebaseerd op stereotiepe ideeën over mannen en vrouwen. De Commissie is daarom van oordeel dat verweerster direct onderscheid maakt op grond van geslacht door het mannen niet net als vrouwen toe te staan een bermuda te dragen.”⁹²⁷

Ook voor deze zaak geldt dat de rechter het niet eens is met de Commissie. Maar dit betekent niet dat er geen hoop is voor de mannelijke medewerkers van het openbaarvervoersbedrijf. De PTT maakte, een jaar nadat de rechter deze organisatie in het gelijk had gesteld, trots bekend dat een afristbare broek onderdeel uitmaakt van de nieuwe zomerkledinglijn voor postbodes.

CASUS P-5

DE ADVOCAAT

VERSCHILLEN IN BEWIJSLAST EN ZOEKGEDRAG VAN DE CGB

“Verzoekster werkt in deeltijd bij verweerster, een vervoersbedrijf met ongeveer 10.000 werknemers. Vanaf 1999 verrichtte verzoekster, samen met een in voltijd werkende mannelijke collega, met name coördinerende taken. In 2002 heeft verweerster besloten dat deze mannelijke collega voortaan alleen de coördinerende taken uitvoert. Verzoekster werkt sedertdien op een lager functieniveau. (...) [De] werkgever maakt jegens (..) verzoekster onderscheid op grond van geslacht door zich niet voldoende in te spannen arbeid op haar niveau te vinden. Daarnaast heeft de werkgever haar klacht over discriminatie niet zorgvuldig behandeld. Verweerster heeft

⁹²⁶ Oordeel Cgb 2004-154

⁹²⁷ Samenvatting oordeel Cgb 2004-154

geen onderscheid gemaakt op grond van arbeidsduur. Evenmin heeft verweerster in strijd gehandeld met het verbod van victimisatie.”⁹²⁸ Verweerster werd bijgestaan door advocaat M.W. Pieters met wie naar aanleiding van deze zaak over het onderwerp bewijslast een nader gesprek heeft plaatsgevonden.

Het oordeel van de Commissie

De Commissie komt op grond van hetzelfde feitencomplex tot de conclusie dat er geen sprake is van verboden onderscheid naar arbeidsduur maar wel verboden onderscheid naar geslacht. De verklaring hiervoor is gelegen in het verschil in bewijslast met betrekking tot geslacht en arbeidsduur. De bewijslast voor arbeidsduur is geregeld in artikel 150 van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering dat bepaalt dat “de partij die zich beroept op rechtsgevolgen van door haar gestelde feiten of rechten, de bewijslast van die feiten of rechten draagt”.⁹²⁹ De bewijslast voor geslacht is geregeld in artikel 7:646, achtste lid van het Burgerlijk wetboek dat bepaalt dat “degene die meent dat te zijnen nadele (indirect) onderscheid op grond van geslacht is of wordt gemaakt in rechte feiten dient aan te voeren die dat onderscheid kunnen doen vermoeden. Indien de verzoekende partij daarin slaagt, dient de verwerende partij te bewijzen dat niet in strijd met de gelijke-behandelingswetgeving is gehandeld.”⁹³⁰

Ten aanzien van onderscheid op grond van arbeidsduur oordeelt de Commissie dat verzoekster hiervoor geen bewijs heeft aangedragen. Vervolgens is de vraag aan de orde of verweerster in de arbeidsvoorwaarden indirect onderscheid heeft gemaakt op grond van het vrouwelijk geslacht van de verzoekster. Bij beantwoording van deze vraag, overweegt de Commissie dat bij de sectie van verweerster 13 van de 26 vrouwelijke werknemers in deeltijd werken terwijl dit slecht voor 3 van de 124 mannelijke werknemers geldt. Tezamen met het feit dat verzoekster heeft aangevoerd dat haar direct leidinggevende heeft gesteld geen deeltijders te willen voor de coördinerende rol, brengt dit de Commissie tot het oordeel dat:

“verzoekers feiten heeft aangevoerd die kunnen doen vermoeden dat sprake is van indirect onderscheid op grond van geslacht bij arbeidsvoorwaarden. In deze feiten is immers een vermoeden gelegen dat het besluit, om verzoekster geen sectieteamlid te laten blijven en haar minder coördinatietaken te laten verrichten, mede is gelegen in haar deeltijdaanstelling.”⁹³¹

Er is derhalve sprake van indirect onderscheid op grond van de geslacht bij arbeidsvoorwaarden. De Commissie komt tot dit oordeel *via de weg van ‘arbeidsduur’*.

Het oordeel van de professional

Pieters, de advocaat van verweerder, kan zich niet vinden in het oordeel van de Cgb. Het bevreedt hem dat de Commissie enerzijds oordeelt dat niet bewezen is dat er sprake is van discriminatie op grond van arbeidsduur, maar anderzijds wel komt tot de conclusie dat er sprake is van indirect onderscheid op grond van geslacht via het criterium arbeidsduur. Immers, de Cgb acht het aannemelijk dat de reden waarom verzoekster minder coördinatietaken verricht, mede is gelegen in haar deeltijdaanstel-

⁹²⁸ Oordeel Cgb 2005-68, 18 april 2005

⁹²⁹ Oordeel Cgb 2005-68 (onder 5.4)

⁹³⁰ Oordeel Cgb 2005-68 (onder 5.12)

⁹³¹ Oordeel Cgb 2005-65 (onder 5.15)

ling. Pieters voelt zich in deze mening gesterkt door het oordeel van de rechter die de overwegingen van de Commissie als tegenstrijdig heeft gekwalificeerd.

Pieters is het hiermee eens en vindt bovendien dat de Commissie een denkfout maakt door te stellen dat, doordat het bedrijf in algemene zin onderscheid maakt naar arbeidsduur, het dus ook in het specifieke geval van verzoeksters zal gelden. Pieters doelt daarmee op de redenering van de Commissie dat omdat meer vrouwen dan mannen in deeltijd werken er derhalve sprake kan zijn van indirect onderscheid op grond van geslacht.

Al met al leidt het optreden van de Cgb in deze en in enkele andere zaken ertoe dat Pieters geen hoge pet opheeft van het functioneren van de Commissie. Hij ziet zich hierin bevestigd door een publicatie begin dit jaar in het tijdschrift *Arbeidsrecht* waaruit blijkt dat in 80 procent van de zaken de kantonrechter het oordeel van de Commissie niet volgt.

Het oordeel van de advocaat toegelicht

Zoekgedrag

De reden waarom de Commissie tot het oordeel is gekomen dat er sprake is van verboden onderscheid, is volgens Pieters dat de Commissie op zoek gaat naar discriminatie. Tijdens de hoorzitting kon verzoekster volgens hem absoluut niet aangeven waarom er sprake zou zijn van onderscheid. In plaats van het daarbij te laten, stelt de Commissie allerlei vragen aan de werkgever, zonder te motiveren waarom zij die vragen stelt. Uit de antwoorden destilleert de Commissie vervolgens dat er sprake is van discriminatie. Maar, volgens Pieters, als je lang genoeg zoekt, kun je altijd wel wat vinden. De Commissie moet er naar zijn mening dan ook voor te waken als gevolg van “zoekgedrag” niet meer serieus genomen te worden

Beperkt toetsingskader

Een belangrijke verklaring voor het “zoekgedrag” is, naar het oordeel van Pieters, het beperkte toetsingskader van de Commissie. De Cgb kan uitsluitend toetsen aan de gelijke-behandelingswetgeving. Een rechter kan ook toetsen aan andere normen, zoals bijvoorbeeld ‘goed werkgeverschap’. En daar zit volgens Pieters nu net het probleem: De Commissie dient zaken als goed werkgeverschap buiten haar toetsingskader te houden, maar als ze vindt dat deze norm is geschonden, zal dat in haar oordeel toch een rol spelen. Zo ook in de onderhavige zaak. De werkgever in kwestie had verzoekster naar het oordeel van Pieters onsympathiek behandeld en was niet zorgvuldig met verzoekster omgegaan. De insteek van de verzoekster om naar de Cgb te stappen was dan ook: “kijk eens wat een onrecht mij is aangedaan.” De Commissie was daar naar de mening van Pieters gevoelig voor en oordeelde in het voordeel van verzoekster. De rechter, die ook andere aspecten van het conflict kon meewegen, oordeelde echter dat er sprake was van een uit de hand gelopen arbeidsconflict. Kortom, de Commissie heeft maar één “wapen”, de gelijke-behandelingswetgeving, waardoor zij niet alle aspecten van het voorliggende conflict kan meewegen. De rechter kan dit wel en kan bovendien kan hij méér dan iemand in het gelijk of in het ongelijk stellen alleen, bijvoorbeeld het toekennen van een schadevergoeding.

In theorie zou de oplossing kunnen liggen in het uitbreiden van het toetsingskader van de rechter. Pieters is daar absoluut geen voorstander van: “Alsjeblieft niet zeg!” Hij vindt deze taak is voorbehouden aan de rechter. Om de toetsing door de Com-

missie helderder en eenduidiger te maken, zou het volgens hem wel goed zijn als de Cgb haar bewijslastnormen zou invullen en deze zou publiceren, conform de publicatie van de aanbevelingen van de kantonrechter. Dit zou naar zijn oordeel de geloofwaardigheid en de uniformiteit van de Commissie ten goede komen.

Implicaties voor het handelen van de professional

Pieters heeft vooral verweerders bijgestaan als advocaat. In dat soort gevallen heeft zijn cliënt geen andere keus dan zich te verdedigen voor de Commissie. Als daarentegen een werknemer bij hem zou aankloppen en er zou bij de voorliggende kwestie maar een zweem van discriminatie bestaan, zou hij zijn cliënt zeker adviseren om naar de Commissie te gaan. Verzoekers kunnen bij de Commissie volgens Pieters rekenen op welwillendheid en hulp: “je wordt als werknemer een behoorlijk handje geholpen.”

LEDEN BEGELEIDINGSCOMMISSIE TWEEDE EVALUATIE AWGB

mr. H.C.J.L. Borghouts, Commissaris van de Koningin Noord-Holland (voorzitter)
mr. M.M. den Boer, Ministerie van Verkeer en Waterstaat
prof. mr. J.H. Gerards, Universiteit Leiden
mr. M.M. van der Burg, Commissie Gelijke Behandeling
mr. A.G. Castermans, Commissie Gelijke Behandeling
prof. mr. M. Kuijer, Ministerie van Justitie
dr. E.J.H.M. Lousberg, Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid
mr. S.M. Koelman, Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties
mr. M.W. Rajmakers, Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties
drs. B.D. Baks, Ministerie van Volksgezondheid, Welzijn en Sport
mr. M.P. van Haren, Ministerie van Onderwijs, Cultuur en Wetenschap
drs. A. Tiems, Ministerie van Volksgezondheid, Welzijn en Sport
dr. H.L. Janssen, Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties (secretaris)

LIJST VAN GERAADPLEEGDE LITERATUUR

Alkermans, P.W.C., C.J. Bax, L.F.M. Verhey, *Grondrechten en grondrechtsbescherming in Nederland*, vierde druk, Deventer/Heerlen 2005.

Alkema, E.A. & A.C. Rop, Gelijk zijn en gelijk krijgen – aspecten van gelijkheid in de rechtspraktijk. In: M. Kroes, J.P. Loof & H.-M.T.D. ten Napel (red.), *Gelijkheid en rechtvaardigheid; Staatsrechtelijke vraagstukken rondom 'minderheden'* (Staatsrechtconferentie 2001). Kluwer, Deventer 2002, p. 31-77.

Alkema, E.A., Preadvies Nederlandse Juristen Vereniging, *De reikwijdte van fundamentele rechten*, Handelingen NJV 1995-I, Tjeenk Willink, p. 5-126.

Alkema, Evert, *Over implementatie van internationaal recht; de internationale rechtsorde is de onze nog niet*, Oratie Leiden, 18 oktober 2005.

Asscher-Vonk, I.P. en C.A. Groenendijk (red.), *Gelijke behandeling: regels en realiteit. Een juridische en rechtssociologische analyse van de gelijke-behandelingswetgeving*, Sdu: Den Haag 1999.

Asscher-Vonk, I.P. & A.C. Hendriks, *Gelijke behandeling en onderscheid bij de arbeid*, Monografieën Sociaal Recht, tweede druk, Kluwer Deventer 2005.

Asser, W.D.H., *Bewijslastverdeling*, Kluwer Deventer 2004.

Asser, W.D.H., *Bewijslastverdeling in het arbeidsrecht*, SMA 2004, p. 488-493.

Asser-Van der Grinten-Macijer, *Vertegenwoordiging en rechtspersoon 2-II*, Kluwer, Deventer 1997.

Barkhuysen, T., *Eenheid en coherentie van rechtsbescherming in de veellagige Europese rechts-orde*, Oratie Leiden, 9 december 2005.

Barnard, C., *The economic objectives of Article 119*; in: Hervey & O'Keefe (eds), *sex Equality Law in the European Union*, Wiley, Chichester / New York 1996, p. 101-141.

Bell, Mark, *Anti-Discrimination Law and the European Union*, Oxford University Press, Oxford 2002.

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

Bossuyt, Marc, *L'interdiction de la discrimination dans le droit international des droits de l'Homme*, ed Bruylant 1976.

Burri, Susanne & Philip Dorsemont, The transposition of the Race Directive (2000/43/EC) and the Framework Directive on Equal Treatment in Employment (2000/78/EC) into Dutch and Belgian Law, *International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations*, Volume 21/4, 2005, p. 537-570.

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

Damen, L.J.A., P. Nicolai, J.L. Boxum, K.J. de Graaf, J.H. Jans, A.P. Klap, A.T. Marseille, A.R. Neerhof, B.K. Olivier, B.J. Schueler, F.R. Vermeer en R.L. Vucsan, *Bestuursrecht 1. Systeem, bevoegdheid, bevoegdheidsuitoefening, handhaving*, tweede druk, Boom Juridische uitgevers, Den Haag 2005.

Damen, L.J.A., H.E. Bröring, A.T. Marseille, A.J.G.M. van Montfort, P. Nicolai, B.J. Schueler, H.B. Winter, *Bestuursrecht 2, Rechtsbescherming tegen de overheid. Bestuursprocesrecht*, Den Haag 2002.

Blom, J.A.H., *De effectiviteit van de Wet gelijke behandeling m/v. Tweede deelonderzoek*, VUGA: Den Haag 1995.

Burkens, M.C., 'Gelijke behandeling', in: A.K. Koekkoek, W. Konijnenbelt, F.C.L.M. Crijns (red.), *Grondrechten; commentaar op hoofdstuk 1 van de herziene Grondwet*, Jeukensbundel, Ars Aequi Libri, Nijmegen 1982.

Burri, Susanne, *Tijd delen; Deeltijd, gelijkheid en gender in Europees- en nationaalrechtelijk perspectief*, proefschrift, Kluwer, Deventer 2000.

Commissie Gelijke Behandeling, rapport: *Het verschil gemaakt; Evaluatie Awgb en werkzaamheden CGB 1999- 2004*, Utrecht 2005.

De Kluiver, H.J., *Gelijkheid in vereniging*, te verschijnen in *Gelijke behandeling: oordelen en commentaar 2005*, Wolf Legal Publishers, Nijmegen 2006.

De Prins, Dajo, Stefan Sottiaux en Jogchum Vrielink, *Handboek discriminatierecht*, Kluwer, Mechelen 2005.

De Schutter, Olivier, Three models of equality and European anti-discrimination law, in: *Northern Ireland Legal Quarterly*, 2006, vol 1. p. 1-56.

Ellis, Evelyne, The Definition of Discrimination in European Union Sex Equality Law, in: *European Law Review* 1994, p. 387-394.

Ellis, Evelyn, *EU Anti-Discrimination Law*, Oxford University Press, Oxford 2005.

Ewick, P. & S. Silbey, *The Common Place of Law: Stories from Everyday Life*, Chicago, 1998.

- Fase, W.J.P.M., *Positieve actie in het arbeidsrecht*, preadvies voor de Nederlandse Juristen Vereniging, Handelingen NJV 1989-I.
- Flinterman, C. en M. Shuteriqi, De SGP, vrouwen en het recht, NJCM-Bulletin 2002, p. 336-343.
- Gerards, J.H., *Rechterlijke toetsing aan het gelijkheidsbeginsel*, proefschrift Maastricht, SDU Den Haag, 2002.
- Gerards, J.H., Gelijke behandeling en het EVRM, NJCM-bulletin, Jrg. 29 nr. 2 (2004), p. 176-198.
- Gerards, J.H., Gelijkheidsbeginsel, in: E.C.H.J. van der Linden en F.A.M. Stroink (red.), *Jurisprudentie Bestuursrecht Select*, SDU uitgevers, Den Haag 2004, p. 419 e.v.
- Gerards, J.H., Botsende grondrechten, het gelijkheidsbeginsel en belangenafwegingen door de rechter, in: De Lange, Gerards & Stuurman, *Moderne Gelijkheid*, Boom Juridische Uitgevers, Den Haag 2005.
- Gerards, J.H., Implementation of the Article 13 Directives in Dutch Equal Treatment Legislation, *Maastricht Journal of European and Comparative Law* 2006, zomer/najaar 2006 (te verschijnen).
- Goldschmidt, Jenny, Het grote gelijk; alternatieven voor een destructieve verabsolutering van het gelijkheidsbeginsel, in: NJCM-bulletin, jrg. 29 (2004), nr 6, p. 782-792.
- Groenman, Van Vleuten, Holtmaat, Van Dijk & De Wildt, Het Vrouwenverdrag in Nederland anno 1997. Verslag van de rapportagecommissie Internationaal Verdrag tegen Discriminatie van Vrouwen, Ministerie SZW, Den Haag 1997.
- Groenman, L.S., C.E. van Vleuten, R. Holtmaat, T.E. van Dijk, J.H.J. de Wildt, m.m.v. L.Th.M. Willems en A.M. Mulder, Het Vrouwenverdrag in Nederland anno 1997, verslag van de commissie voor de eerste nationale rapportage over de implementatie in Nederland van het Internationaal Verdrag tegen Discriminatie van Vrouwen, z.p., februari 1997.
- Gerbranda, Tjetske & Marianne Kroes, *Grondrechten evaluatieonderzoek; Eindrapport*; NJCM-boekerij, Leiden 1993.
- Griffiths, J., De sociale werking van wetgeving, in: J. Griffiths & H. Weyers (red.), *De sociale werking van recht*. Nijmegen 2005, p. 467-505.
- Havinga, T. et al., 'De sociale werking van gelijke behandelingswetgeving,' *Recht der Werkelijkheid* 2000/2, p. 2 e.v.
- Heringa, Aalt Willem, Botsende systemen...Algemene wet gelijke behandeling en Vrouwenverdrag, Nemesis 1995 nr. 1.

Hertogh, M., “Geen gezeik, iedereen gelijk!” Tilburgse rechtenstudenten onderzoeken de maatschappelijke betekenis van de Algemene wet gelijke behandeling (AWGB), *NJB* 2005/30, p. 1565-1566.

Hes, J.C. en C.E. van Vleuten, m.m.v. C. Flinterman, E. Franssen, E. Lijnzaad, W. Meertens, W.C. Monster, J. van Stigt en L. Willems, *Het Vrouwenverdrag in de Nederlandse rechtsorde*, Vuga/SZW, Den Haag, augustus 1996.

Hirsch Ballin, E.M.H., Artikel 1 van de Grondwet als fundamentele constitutionele norm, in: *Rechtsstaat & Beleid, een keuze uit het werk van mr. E.M.H. Hirsch Ballin*, Zwolle 1991, p. 119-144.

Holtmaat, R. (red.), *De toekomst van gelijkheid; de juridische en maatschappelijke inbedding van de gelijkebehandelingsnorm*, Kluwer, Deventer 2000.

Holtmaat, Rikki, Uit de keuken van de Europese Unie: de gelijkebehandelingsrichtlijnen op grond van Artikel 13 EG-Verdrag, in: T. Loenen (red.), *Gelijke Behandeling: Oordelen en Commentaren*, Kluwer, Deventer 2001, p. 105-124.

Holtmaat, R., Het gelijkheidsbeginsel: van een vat vol dilemma's naar drie typen van gelijkerechtenwetgeving, in: *Gelijkheid en rechtvaardigheid; Staatsrechtelijke vraagstukken rondom 'minderheden'*. Publicatie van de Staatsrechtkring / Staatsrechtconferenties. Kluwer, Deventer 2002, pp 161-175.

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

Holtmaat, R., Stop de inflatie van het discriminatiebegrip! Een pleidooi voor het maken van onderscheid tussen discriminatie en ongelijke behandeling, *NJB* 2003-25, p. 1266-1276.

Holtmaat, Rikki (red.), *Gelijkheid en (andere) Grondrechten*, Kluwer, Deventer 2004.

Holtmaat, R., *Grenzen aan gelijkheid*, Boom Juridische Uitgevers, Den Haag 2004.

Holtmaat, Rikki, (Seksuele) Intimidatie en (on)gelijke behandeling: nieuwe normen, nieuwe praktijken? Enkele overwegingen bij de nieuwe EG-Richtlijnen op dit terrein en de wijze waarop deze in Nederland worden geïmplementeerd, in: D. de Wolff: *Gelijke behandeling, Oordelen en Commentaar 200*, Kluwer, Deventer 2004.

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

- Hoskyns, C., *Integrating Gender. Women, Law and Politics in the European Union*, Verso, Londen 1996.
- Hertogh, M., A European Conception of Legal Consciousness: Rediscovering Eugen Ehrlich, *Journal of Law and Society* (2004) 31, p. 457-481.
- Hertogh, M., “Geen gezeik, iedereen gelijk!” Tilburgse rechtenstudenten onderzoeken de maatschappelijke betekenis van de Algemene wet gelijke behandeling (AWGB), *NJB* 2005/30, p. 1565-1566.
- Irish, Leon E. and Karla W. Simon, Freedom of association. Recent developments regarding the “neglected right”, *International Journal of Not for Profit Law*, Volume 3, Issue 2 – December 2000.
- Jacobs & White, *European Convention on Human Rights*, 3rd Edition, bewerkt door Clare Ovey & Robin White, Oxford University Press, Oxford 2002.
- Janssen, H.L., *Constitutionele interpretatie. Een rechtsvergelijkend onderzoek naar de vaststelling van de reikwijdte van het recht op persoonlijkheid*, diss. Maastricht, Den Haag 2003.
- Jaspers, A.Ph.C.M. en M.T.C. van Kleinwee, *Gelijke behandeling: Je goed recht? Een onderzoek naar het functioneren van de Commissie gelijke behandeling mannen en vrouwen bij de arbeid*, Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid: Den Haag 1985.
- Jaspers, A.Ph.C.M., Y. Konijn en I.M. de Vries, *Door de ogen van anderen. Onderzoek naar de relatie van de Commissie gelijke behandeling van mannen en vrouwen bij de arbeid met haar omgeving*, Universiteit Utrecht: Utrecht 1995.
- Kabinetsstandpunt Evaluatie Awgb (1994-2000), Kamerstukken II 2001/02, 28 481, nr. 1.
- Kaderrichtlijn, richtlijn van de Raad van 2 december 2000, 2000/78/EG inzake een algemeen kader voor gelijke behandeling in arbeid en beroep op grond van godsdienst of overtuiging, handicap, leeftijd of seksuele geaardheid, PbEG 2000 L303/16.
- Kanne, M.J., Respect voor pseudo-religieuzen? in N.F. van Manen (red.), *De multiculturele samenleving en het recht*, Nijmegen 2002, p. 299-308.
- Kapteyn & VerLoren van Themaat, *Het recht van de Europese Unie en van de Europese Gemeenschappen*, 3^e druk, Kluwer, Deventer 2003.
- Keulen, B.F. & W. Wedzinga, Discriminatie op grond van ras, geslacht of seksuele gerichtheid: enkele kanttekeningen bij wetsvoorstel 20 239, *NJB* 1988, p. 1223-1230.

Kortmann, C.A.J.M., Wie van de drie. De algemene wet, de algemene wet of de bijzondere wet? In *De Awb en de bijzondere wetgeving*, Preadvies VAR – Vereniging voor Bestuursrecht nr. 124, Den Haag 2000, p. 7-43.

Kortmann, C.A.J.M., *Constitutioneel recht*, Kluwer, Deventer 2005.

Koukoulis-Spiliotopoulos, Sophia, *From Formal to Substantive Gender Equality. The Proposed Amendment of Directive 76/207. Comments and Suggestions*, Athens/Komotini: Ant. N. Sakkoulas and Brussels: Bruylant 2001.

Koukoulis-Spiliotopoulos, Sophia, The Amended Equal Treatment Directive (2002/73): An expression of Constitutional Principles / Fundamental Rights, in: *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2005, vol. 12.

Kroes, Marianne, *Werking en doorwerking van grondrechten*, dissertatie Leiden, NJCM boekerij, Leiden 1998.

Lanquetin, Marie Thérèse, La notion de discrimination en droit international et droit communautaire, *Droit Social* 1988, p.806.

Leenknecht, G.J., Het gelijkheidsbeginsel en de scheppingsorde: een staatsrechtelijke botsproef, *Ars Aequi* 54 (2005), nr. 9, p. 659-662.

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

Lochak, Danièle, Réflexions sur la notion de discrimination, *Droit Social* 1987.

Loenen, T., Artikel 1, in: A.W. Heringa, J. Hes en L. Lijnzaad: *Het vrouwenverdrag, een beeld van een verdrag...* Maklu uitgevers Antwerpen / Apeldoorn 1994.

Löwensteyn, F.J.W., Het recht van Vereniging/Het Verenigingsrecht, in: A.K. Koekkoek, W. Konijnenbelt, F.C.L.M. Crijns (red.), *Grondrechten. Commentaar op hoofdstuk 1 van de herziene Grondwet*, aangeboden aan mr. H.J.M. Jeukens, Nijmegen 1982, p. 191-208.

Meijers, A.P.H., Gelijke monniken, gelijke kappen. Algemene Wet Gelijke Behandeling, Rooms Katholiek Kerkgenootschap en canoniek recht, *Nederlands Juristenblad* 1994, p. 710-714.

Meijers, A.P.H., Een recht is een recht. Kerkelijk persioenfonds als burgerlijke rechtspersoon?, *Ars Aequi* 2003, p. 588-594.

Mijnssen, W.G.C., Discriminatie en strafrecht. De relevantie van de bedoeling en de betekenis van religie in zaken van discriminatie wegens ras, *NJB* 1987, nr. 33, pp 1053-1058.

- More, Gillian C., "Equal Treatment" of the sexes in European Community Law: what does "equal" mean?, *Feminist Legal Studies* 1993, p. 45-74.
- Nehmelman, R., Het algemeen persoonlijkheidsrecht. Een rechtsvergelijkende studie naar het algemeen persoonlijkheidsrecht in Duitsland en Nederland, diss. Utrecht, Kluwer, Deventer 2002.
- Oldenhuis, F.T., Kerkgenootschappen en zelfstandige onderdelen, WPNR 5865 (1988), p. 156 e.v.
- Onderwijsraad, Vaste grond onder de voeten. Een verkenning inzake artikel 23 Grondwet, advies nr. 20020284/674, Den Haag, juli 2002.
- Overkleef-Verburg, G., Artikel 10, in: A.K. Koekkoek (red.), *De Grondwet. Een systematisch en artikelsgewijs commentaar*, Deventer 2000, p. 155-178.
- Overkleef-Verburg, G., Het Handvest van de grondrechten in de rechtspraak van het Hof van Justitie, in: E.M.H. Hirsch Ballin e.a., *Getuigend staatsrecht, Liber amicorum A.K. Koekkoek*, Nijmegen 2005, p. 121-187.
- Prechal, Sacha, Equality of treatment, non-discrimination and social policy: achievements in three themes, CML Rev 2004, p. 533-551.
- Raad voor het openbaar bestuur, advies: *Vershil moet er zijn; Bestuur tussen discriminatie en differentiatie*, Den Haag, april 2006.
- Rapport van de Commissie rechtsgevolgen non-discriminatiegronden artikel 1 Grondwet, Den Haag, Ministerie van BZK, april 2006.
- Rasrichtlijn, richtlijn van de raad van 19 juli 2000, 2000/43/EG inzake gelijke behandeling op grond van ras en etnische herkomst, PbEG 2000 L180/22.
- Rongere, P., A la recherche de la discrimination introuvable, *DROIT SOCIAL* 1990, p. 99.
- Rodrigues, P., De bestrijding van rassendiscriminatie vanuit EU-perspectief, *Rechts-hulp* 2002-04, p. 17-25.
- Santing-Wubs, A.H., *Kerken in geding. De burgerlijke rechter en kerkelijke geschillen*, Den Haag 2002.
- Schick, Dagmar, A New Framework on Equal Treatment of Persons in EC Law?, *European Law Journal* 2002-8, p. 290-314.
- Schick, Dagmar, Broadening the scope and the norms of EU Gender-Equality Law; Towards a multidimensional conception of equality law, in: *Maastricht Journal of*

European and Comparative Law 2005, Special issue: Thirty Years of EU Sex Equality Law (compiled and guest-edited by Tamara Hervey), p. 427-466.

Schuyt, Kees, *Discriminatie en de dynamiek van sociale onderscheidingen*, lezing Universiteit Utrecht, 2004.

Sjerps, Ina, Het concept van indirecte discriminatie, in: C.E. van Vleuten (red), *In Concreto; bijdragen over rechtsvorming gelijke behandeling*. Den Haag: Commissie gelijke behandeling 1994, p. 87-98.

Smits, J.M., Constitutionalisering van het vermogensrecht, *preadvies Nederlandse Vereniging voor Rechtsvergelijking*, Kluwer, Deventer 2003.

Tobler, Christa, Het verdrag van Amsterdam. Relevante Wijzigingen in het kader van de rechtsgelijkheid van mannen en vrouwen, *Nemesis* 1998, p. 5-12

Tobler, Christa, Sex Equality Law under the Treaty of Amsterdam, *European Journal of Law Reform* 2000, p. 135-153.

Tobler, Christa, Rechtvaardiging van direct onderscheid in het EG-Recht. Het gesloten stelsel van discriminatiegronden in breder perspectief: discussie vervolgd, in: *Nemesis* 2001, p. 121-127.

Tobler, Christa, Positive action under the revised second equal treatment Directive, in: AFFJ & EWLA (eds.), *L'Égalité entre femmes et hommes et la vie professionnelle. Le point sur les développements actuels en Europe*, Editions Dalloz, Paris 2003, p. 59-92.

Tobler, Christa, *Indirect Discrimination; A case study into the Development of the Legal Concept of Indirect Discrimination under EC Law*, Habilitation, Intersentia, Antwerpen – Oxford 2005.

Trubek, D., Where the action is: critical legal studies and empiricism, *Stanford Law Review* (1984) 36.

Van Ballegooij, G.A.C.M., T. Barkhuysen, A.F.M. Brenninkmeijer, W. den Ouden, J.E.M. Polak, *Bestuursrecht in het Awb-tijdperk*, vijfde, geheel herziene druk, Kluwer, Deventer 2004.

Van Bijsterveld, A.C., Artikel 1, in: A.K. Koekkoek (red.), *De Grondwet. Een artikels-gewijs commentaar*, derde druk, Zwolle 2000, p. 63-74.

Van De Lanotte, Johan en Yves Haeck (eds.), *Handboek EVRM, Deel 1, Algemene beginselen*, Antwerpen/Oxford 2004.

Van De Lanotte, Johan en Yves Haeck (eds.), *Handboek EVRM, Deel 2, Artikels-gewijze Commentaar, volume I*, Antwerpen/Oxford 2004.

- Van De Lanotte, Johan en Yves Haeck (eds.) *Handboek EVRM, Deel 2, Artikelsgewijze Commentaar, volume II, Antwerpen/Oxford 2004.*
- Van den Brink, Marjolein e.a. (red), *'Een stuk zeep in de badkuip; Hoe zorg tot haar recht komt.'* Tjeenk-Willink, Deventer 1997.
- Van der Hoeven, J., De grenzen van de rechterlijke functie in de administratieve rechtspraak, in: *Staatsrecht en bestuursrecht. Opstellen van mr. J. van der Hoeven*, Zwolle 1984, p. 197-217.
- Van der Hoeven, J., *De drie dimensies van het bestuursrecht. Ontstaan en vorming van het Nederlandse algemene bestuursrecht*, Geschriften van de VAR 100, Alphen aan den Rijn 1989.
- Van der Mei, A.P., Het verbod van onderscheid op grond van ras bij sociale bescherming en sociale voordelen, in: *Gelijke behandeling: oordelen en commentaar 2005* (nog te verschijnen).
- Van der Meulen, B.M.J., Artikel 8, in: A.K. Koekkoek (red.), *De Grondwet. Een systematisch en artikelsgewijs commentaar*, Deventer 2000, p. 137-145.
- Van der Neut, J.L., *Discriminatie en Strafrecht*, Monografieën strafrecht, Gouda Quint, Arnhem 1986.
- Van der Vleuten, A., *Dure vrouwen, dwarse staten; een institutioneel-realistische visie op de totstandkoming en implementatie van Europees beleid*. (Proefschrift KUN, Nijmegen 2001).
- Van Dijk en Van Hoof, *De Europese Conventie in theorie en praktijk*, Nijmegen 1982.
- Van Klink, B., *De wet als symbool. Over de wettelijke communicatie en de Wet gelijke behandeling van mannen en vrouwen bij de arbeid*. Tilburg, 1998.
- Van Klink, Bart, Het hele symbolische schouwspel. De betekenis van de Commissie gelijke behandeling in concreto, *Recht der Werkelijkheid* 2000.
- Van Wijk/Konijnenbelt & Van Male, *Hoofdstukken van bestuursrecht*, bewerkt door Willem Konijnenbelt en Ron M. van Male, dertiende druk, Den Haag 2005.
- Veldman, A.G., *Effectuering van sociaal-economisch recht volgens de chaostheorie: Beleidsinstrumentering en rechtshandhaving van (supra)nationaal gelijke-behandelingsrecht*, W.E.J. Tjeenk Willink: Zwolle 1995.
- Veldman, Albertine, De bescheiden functie van het juridisch gelijkheidsbeginsel. Het fundamentele verschil tussen juridische leerstukken en wetenschappelijke concepten binnen vrouw en recht, *Nemesis* 1996, p. 31-36.

Vermeulen, B.P., *Constitutioneel onderwijsrecht*, Elseviers, Den Haag 1999.

Vermeulen, B.P., Commentaar op artikel 6 Grondwet, in A.K. Koekkoek (red.), *De Grondwet*, Zwolle 2000, p. 93-109.

Vermeulen, B.P. en M.J. Kanne, De verhouding tussen kerk en staat, gezien vanuit het gezichtspunt van de mensenrechten', in: L.C. van Drimmelen, T.J. van der Ploeg (red.), *Kerk en recht*, Utrecht 2004, p. 69-91.

Vermeulen, B.P., Commentary on Article 9, in P. van Dijk, G.J.H. van Hoof (eds.), *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, Antwerpen 2006, p. 774-776.

Verrijn Stuart, Heikelien, Hypocrisie, cynisme en kwade trouw; seksediscriminatie strafbaar, in: *Nemesis*, 1987, pp 278-283.

Vierdag, E., *The Concept of Discrimination in International Law*, Nijhoff Den Haag 1973.

Vrieling, Jogchum, Dajo De Prins en Stephan Sottiaux: 'Het kaartenhuis der Keuzes; Een rechtsvergelijkende analyse van de Nederlandse Awgb en de Belgische Antidiscriminatiewet', in: Rikki Holtmaat (red.), *Gelijkheid en (andere) Grondrechten*, Kluwer, Deventer 2004, p. 238-266.

Waddington, Lisa & Aart Hendriks, The Expanding Concept of Employment Discrimination in Europe: From Direct and Indirect Discrimination to Reasonable Accommodation Discrimination, *The International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations* 2002, p. 403-427.

Wentholt, K., Het verbod om onderscheid te maken (art. 1 en 2 lid 2 AWGB), in: I.P. Asscher-Vonk en C.A. Groenendijk (red), *Gelijke behandeling, regels en realiteit. Een juridische en rechtssociologische analyse van de gelijke-behandelingswetgeving*, SDU, Den Haag 1999.

Witteveen, W., Over de vermeende olieplekwerking van het gelijkheidsbeginsel, in: Holtmaat 2000, 179-192.

Woltjer, Aleidus, *Wetgever, rechter en het primaat van de gelijkheid*, proefschrift, Boom Juridische Uitgevers, Den Haag 2002.

Zijlstra, S.E., Stichtingen met een publieke taak als bestuursorgaan, *Gst.* (1995) 7016, p. 469-474.

LIJST VAN VERKORT AANGEHAALDE LITERATUUR

Akkermans/Bax/Verhey 2005

P.W.C. Akkermans, C.J. Bax, L.F.M. Verhey, *Grondrechten en grondrechtsbescherming in Nederland*, vierde druk, Deventer/Heerlen 2005.

Asser-Van der Grinten-Maeijer 1997

Asser-Van der Grinten-Maeijer, *Vertegenwoordiging en rechtspersoon 2-II*, Kluwer, Deventer 1997.

Bestuursrecht (1) 2005

L.J.A. Damen, P. Nicolai, J.L. Boxum, K.J. de Graaf, J.H. Jans, A.P. Klap, A.T. Marseille, A.R. Neerhof, B.K. Olivier, B.J. Schueler, F.R. Vermeer en R.L. Vucsan, *Bestuursrecht 1. Systeem, bevoegdheid, bevoegdheidsuitoefening, handhaving*, tweede druk, Boom Juridische uitgevers, Den Haag 2005.

Bestuursrecht (2) 2002

L.J.A. Damen, H.E. Bröring, A.T. Marseille, A.J.G.M. van Montfort, P. Nicolai, B.J. Schueler, H.B. Winter, *Bestuursrecht 2, Rechtsbescherming tegen de overheid. Bestuursprocesrecht*, Den Haag 2002.

Blom 1995

J.A.H. Blom, *De effectiviteit van de Wet gelijke behandeling m/v. Tweede deelonderzoek*, VUGA: Den Haag 1995.

Burkens 1982

M.C. Burkens, 'Gelijke behandeling', in: A.K. Koekkoek, W. Konijnenbelt, F.C.L.M. Crijns (red.), *Grondrechten; commentaar op hoofdstuk 1 van de herziene Grondwet*, Jeukensbundel, Ars Aequi Libri, Nijmegen 1982.

Burri 2000

Susanne Burri, *Tijd delen; Deeltijd, gelijkheid en gender in Europees- en nationaalrechtelijk perspectief*, proefschrift, Kluwer, Deventer 2000.

Commissie-Alkema 2006

Rapport van de Commissie rechtsgevolgen non-discriminatiegronden artikel 1 Grondwet, Den Haag, Ministerie van BZK, april 2006.

Cgb 2005

Commissie Gelijke Behandeling, rapport: *Het verschil gemaakt; Evaluatie Awgb en werkzaamheden CGB 1999- 2004*, Utrecht 2005.

De Kluiver 2006

H.J. de Kluiver, *Gelijkheid in vereniging*, te verschijnen in *Gelijke behandeling: oordelen en commentaar 2005*, Wolf Legal Publishers, Nijmegen 2006.

Ellis 2005

Evelyn Ellis, *EU Anti-Discrimination Law*, Oxford University Press, Oxford 2005.

Ewick & Silbey 1998

P. Ewick & S. Silbey, *The Common Place of Law: Stories from Everyday Life*, Chicago, 1998.

Fase 1989

W.J.P.M. Fase, *Positieve actie in het arbeidsrecht*, preadvies voor de Nederlandse Juristenvereniging, Handelingen NJV 1989-I.

Gerards 2002

J.H. Gerards, *Rechterlijke toetsing aan het gelijkheidsbeginsel*, proefschrift Maastricht, SDU Den Haag, 2002.

Gerards 2004

J.H. Gerards, Gelijke behandeling en het EVRM, *NJCM-bulletin*, Jrg. 29 nr. 2 (2004), p. 176-198.

Gerards 2006

J.H. Gerards, Implementation of the Article 13 Directives in Dutch Equal Treatment Legislation, *Maastricht Journal of European and Comparative Law* 2006, zomer/najaar 2006 (te verschijnen).

Gerbranda en Kroes 1993

Tjetske Gerbranda & Marianne Kroes, *Grondrechten evaluatieonderzoek; Eindrapport; NJCM-boekerij*, Leiden 1993.

Griffith 2005

J. Griffiths, De sociale werking van wetgeving, in: J. Griffiths & H. Weyers (red.), *De sociale werking van recht*. Nijmegen 2005, p. 467-505.

Hertogh 2004

M. Hertogh, 'A European Conception of Legal Consciousness: Rediscovering Eugen Ehrlich,' *Journal of Law and Society* (2004) 31, p. 457-481.

Hirsch Ballin 1991

E.M.H. Hirsch Ballin, Artikel 1 van de Grondwet als fundamentele constitutionele norm, in: *Rechtsstaat & Beleid, een keuze uit het werk van mr. E.M.H. Hirsch Ballin*, Zwolle 1991, p. 119-144.

Holtmaat 2000

R. Holtmaat (red.) *De toekomst van gelijkheid; de juridische en maatschappelijke inbedding van de gelijkebehandelingsnorm*, Kluwer, Deventer 2000.

Holtmaat 2001

Rikki Holtmaat, Uit de keuken van de Europese Unie: de gelijkebehandelingsrichtlijnen op grond van Artikel 13 EG-Verdrag, in: T. Loenen (red.), *Gelijke Behandeling: Oordelen en Commentaren*, Kluwer, Deventer 2001, p. 105-124.

Holtmaat 2003

R. Holtmaat, Stop de inflatie van het discriminatiebegrip! Een pleidooi voor het maken van onderscheid tussen discriminatie en ongelijke behandeling, *NJB* 2003-25, p. 1266-1276.

Holtmaat 2004a

Rikki Holtmaat (red.), *Gelijkheid en (andere) Grondrechten*, Kluwer, Deventer 2004.

Holtmaat 2004b

Holtmaat, *Grenzen aan gelijkheid*, Boom Juridische Uitgevers, Den Haag 2004.

Holtmaat 2004c

Rikki Holtmaat, (Seksuele) Intimidatie en (on)gelijke behandeling: nieuwe normen, nieuwe praktijken? Enkele overwegingen bij de nieuwe EG-Richtlijnen op dit terrein en de wijze waarop deze in Nederland worden geïmplementeerd, in: D. de Wolff: *Gelijke behandeling, Oordelen en Commentaar 200*, Kluwer, Deventer 2004.

Jacobs & White 2002

Jacobs & White, *European Convention on Human Rights*, 3rd Edition, bewerkt door Clare Ovey & Robin White, Oxford University Press, Oxford 2002.

Janssen 2003

H.L. Janssen, *Constitutionele interpretatie. Een rechtsvergelijkend onderzoek naar de vaststelling van de reikwijdte van het recht op persoonlijkheid*, diss. Maastricht, Den Haag 2003.

Jaspers en Van Kleinwee 1985

A.Ph.C.M. Jaspers en M.T.C. van Kleinwee, *Gelijke behandeling: Je goed recht? Een onderzoek naar het functioneren van de Commissie gelijke behandeling mannen en vrouwen bij de arbeid*, Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid: Den Haag 1985.

Jaspers, Konijn en De Vries 1995

A.Ph.C.M. Jaspers, Y. Konijn en I.M. de Vries, *Door de ogen van anderen. Onderzoek naar de relatie van de Commissie gelijke behandeling van mannen en vrouwen bij de arbeid met haar omgeving*, Universiteit Utrecht: Utrecht 1995.

Kabinetstandpunt

Kabinetstandpunt Evaluatie Awgb (1994-2000), Kamerstukken II 2001/02, 28 481, nr. 1.

Kaderrichtlijn

Richtlijn van de Raad van 2 december 2000, 2000/78/EG inzake een algemeen kader voor gelijke behandeling in arbeid en beroep op grond van godsdienst of overtuiging, handicap, leeftijd of seksuele geaardheid, PbEG 2000 L303/16.

Kortmann 2005

C.A.J.M. Kortmann, *Constitutioneel recht*, Kluwer, Deventer 2005.

Koukoulis-Spiliotopoulos 2001

Sophia Koukoulis-Spiliotopoulos, *From Formal to Substantive Gender Equality. The Proposed Amendment of Directive 76/207. Comments and Suggestions*, Athens/Komotini: Ant. N. Sakkoulas and Brussels: Bruylant 2001.

Koukoulis-Spiliotopoulos 2005

Sophia Koukoulis-Spiliotopoulos, 'The Amended Equal Treatment Directive (2002/73): An expression of Constitutional Principles / Fundamental Rights, in: *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2005, vol. 12.

Kroes 1998

Marianne Kroes, *Werking en doorwerking van grondrechten*, dissertatie Leiden, NJCM boekerij, Leiden 1998.

KUN-onderzoek 1999

I.P. Asscher-Vonk en C.A. Groenendijk (red.), *Gelijke behandeling: regels en realiteit. Een juridische en rechtssociologische analyse van de gelijke-behandelingswetgeving*, Sdu: Den Haag 1999.

Lochak 1987

Danièle Lochak, 'Réflexions sur la notion de discrimination,' *Droit Social* 1987.

Loenen 1994

T. Loenen, Artikel 1, in: A.W. Heringa, J. Hes en L. Lijnzaad: *Het vrouwenverdrag, een beeld van een verdrag....* Maklu uitgevers Antwerpen / Apeldoorn 1994.

Löwensteyn 1982

F.J.W. Löwensteyn, Het recht van Vereniging/Het Verenigingsrecht, in: A.K. Koekkoek, W. Konijnenbelt, F.C.L.M. Crijns (red.), *Grondrechten. Commentaar op hoofdstuk 1 van de herziene Grondwet*, aangeboden aan mr. H.J.M. Jeukens, Nijmegen 1982, p. 191-208.

Meijers 1994

A.P.H. Meijers, Gelijke monniken, gelijke kappen. Algemene Wet Gelijke Behandeling, Rooms Katholiek Kerkgenootschap en canoniek recht, *Nederlands Juristenblad* 1994, p. 710-714.

Meijers 2003

A.P.H. Meijers, 'Een recht is een recht. Kerkelijk persioenfonds als burgerlijke rechtspersoon?', *Ars Aequi* 2003, p. 588-594.

Overkleef-Verburg 2000

G. Overkleef-Verburg, Artikel 10, in: A.K. Koekkoek (red.), *De Grondwet. Een systematisch en artikelsgewijs commentaar*, Deventer 2000, p. 155-178.

Overkleef-Verburg 2005

G. Overkleef-Verburg, Het Handvest van de grondrechten in de rechtspraak van het Hof van Justitie, in: E.M.H. Hirsch Ballin e.a., *Getuigend staatsrecht, Liber amicorum A.K. Koekkoek*, Nijmegen 2005, p. 121-187.

Rasrichtlijn

Richtlijn van de raad van 19 juli 2000, 2000/43/EG inzake gelijke behandeling op grond van ras en etnische herkomst, PbEG 2000 L180/22.

Rob 2006

Raad voor het openbaar bestuur, advies: *Verschil moet er zijn; Bestuur tussen discriminatie en differentiatie*, Den Haag, april 2006.

Rodrigues 2002

P. Rodrigues. De bestrijding van rassendiscriminatie vanuit EU-perspectief, *Rechts-hulp* 2002-04, p. 17-25.

Santing-Wubs 2002

A.H. Santing-Wubs, *Kerken in geding. De burgerlijke rechter en kerkelijke geschillen*, Den Haag 2002.

Smits 2003

J.M. Smits, Constitutionalisering van het vermogensrecht, *preadvies Nederlandse Vereniging voor Rechtsvergelijking*, Kluwer, Deventer 2003.

Tobler 2001

Christa Tobler, Rechtvaardiging van direct onderscheid in het EG-Recht. Het gesloten stelsel van discriminatiegronden in breder perspectief: discussie vervolgd, in: *Nemesis* 2001, p. 121-127.

Tobler 2005

Christa Tobler, *Indirect Discrimination; A case study into the Development of the Legal Concept of Indirect Discrimination under EC Law*, Habilitation, Intersentia, Antwerpen – Oxford 2005.

Trubek 1984

D. Trubek, 'Where the action is: critical legal studies and empiricism,' *Stanford Law Review* (1984) 36.

Van Ballegooij c.s. 2004

G.A.C.M. van Ballegooij, T. Barkhuysen, A.F.M. Brenninkmeijer, W. den Ouden, J.E.M. Polak, *Bestuursrecht in het Awb-tijdperk*, vijfde, geheel herziene druk, Kluwer, Deventer 2004.

Van Wijk 2005

Van Wijk/Konijnenbelt & Van Male, *Hoofdstukken van bestuursrecht*, bewerkt door Willem Konijnenbelt en Ron M. van Male, dertiende druk, Den Haag 2005.

Van de Lanotte/Haeck (1) 2004

Johan Van De Lanotte en Yves Haeck, *Handboek EVRM, Deel 1, Algemene beginselen*, Antwerpen/Oxford 2004.

Van de Lanotte/Haeck (2,1) 2004

Johan Van De Lanotte en Yves Haeck (eds.), *Handboek EVRM, Deel 2, Artikelsgewijze Commentaar, volume I*, Antwerpen/Oxford 2004.

Van de Lanotte/Haeck (2,2) 2004

Johan Van De Lanotte en Yves Haeck (eds.) *Handboek EVRM, Deel 2, Artikelsgewijze Commentaar, volume II*, Antwerpen/Oxford 2004.

Van der Meulen 2000

B.M.J. van der Meulen, Artikel 8, in: A.K. Koekkoek (red.), *De Grondwet. Een systematisch en artikelsgewijs commentaar*, Deventer 2000, p. 137-145.

Van der Neut 1986

J.L. Van der Neut, *Discriminatie en Strafrecht*, Monografieën strafrecht, Gouda Quint, Arnhem 1986.

Van Klink 1998

B. van Klink, *De wet als symbool. Over de wettelijke communicatie en de Wet gelijke behandeling van mannen en vrouwen bij de arbeid*. Tilburg, 1998.

Van Klink 2000

Bart van Klink, Het hele symbolische schouwspel. De betekenis van de Commissie gelijke behandeling in concreto, *Recht der Werkelijkheid* 2000.

Veldman 1995

A.G. Veldman, *Effectuering van sociaal-economisch recht volgens de chaostheorie: Beleidsinstrumentering en rechtshandhaving van (supra)nationaal gelijke-behandelingsrecht*, W.E.J. Tjeenk Willink: Zwolle 1995.

Vermeulen/Kanne 2004

B.P. Vermeulen, en M.J. Kanne, De verhouding tussen kerk en staat, gezien vanuit het gezichtspunt van de mensenrechten', in: L.C. van Drimmelen, T.J. van der Ploeg (red.), *Kerk en recht*, Utrecht 2004, p. 69-91.

Vrieling, De Prins en Sottiaux 2004

Jogchum Vrieling, Dajo De Prins en Stephan Sottiaux: 'Het kaartenhuis der Keuzes; Een rechtsvergelijkende analyse van de Nederlandse Awgb en de Belgische Antidiscriminatiewet', in: Rikki Holtmaat (red.), *Gelijkheid en (andere) Grondrechten*, Kluwer, Deventer 2004, p. 238-266.

Wentholt 1999

K. Wentholt, Het verbod om onderscheid te maken (art. 1 en 2 lid 2 AWGB), in: I.P. Asscher-Vonk en C.A. Groenendijk (red), *Gelijke behandeling, regels en realiteit. Een juridische en rechtssociologische analyse van de gelijke-behandelingswetgeving*, SDU, Den Haag 1999.

Witteveen 2000

W. Witteveen, 'Over de vermeende olieplekwerking van het gelijkheidsbeginsel,' in: Holtmaat 2000, 179-192.

Woltjer 2002

Alecidus Woltjer, *Wetgever, rechter en het primaat van de gelijkheid*, proefschrift, Boom Juridische Uitgevers, Den Haag 2002.