

Het gelijkheidsbeginsel

Het gelijkheidsbeginsel

T. Loenen

***Ars Aequi Libri
Nijmegen 1998***

***Ars Aequi Cahiers
Rechtstheorie
deel 2***

Serie Ars Aequi Cahiers Rechtstheorie:

1 De filosofie van mensenrechten

P.B. Cliteur

2 Het gelijkheidsbeginsel

T. Loenen

© 1998 Ars Aequi Libri, Nijmegen

Behoudens uitzondering door de wet gesteld mag zonder schriftelijke toestemming van de rechthebbende(n) op het auteursrecht, (c.q. de uitgever, door de rechthebbende(n) gemachtigd namens hem (hen/haar) op te treden), niets uit deze uitgave worden verveelvoudigd en/of openbaar gemaakt door middel van druk, fotokopie, microfilm of anderszins, hetgeen ook van toepassing is op de gehele of gedeeltelijke bewerking.

De uitgeefster (uitgever) is met uitsluiting van ieder ander gerechtigd de in artikel 17, lid 2, Auteurswet 1912 en in het KB van 20 juni 1974 (Stb. 351) bedoelde vergoeding te innen en/of daartoe in en buiten rechte op te treden.

ISBN 90 6916 286 5

NUR 820

Omslagontwerp: Bea Oudejans

Voorwoord

Dit cahier¹ over het gelijkheidsbeginsel is bedoeld voor rechtenstudenten die zich in de (eind)doctoraalfase bevinden. Het onderwerp betreft een van de belangrijkste beginselen die aan ons recht ten grondslag liggen. Tegelijkertijd is het gelijkheidsbeginsel ook een van de moeilijkste en meest ongrijpbare rechtsbeginselen.

Het rechtstheoretische karakter van dit cahier brengt mee dat de lezer geen overzicht tegen zal komen van alle regelingen inzake gelijke behandeling en non-discriminatie en de daarop gebaseerde rechtspraak. Centraal staan de conceptuele aspecten van het beginsel van gelijke behandeling en non-discriminatie. Doel is om studenten een beter inzicht te verschaffen omtrent de inhoud en werking van deze fundamentele juridische concepten in onze rechtsorde. Daarbij wordt veel aandacht besteed aan het belang van de verschillende conceptualisering van het gelijkheidsbeginsel die mogelijk zijn en die het bereik ervan in sterke mate bepalen. In meer algemene zin bedoelt dit cahier de student bewust te maken van de voortdurende wisselwerking die er in het recht bestaat tussen meer theoretische noties en percepties en concrete rechtsoordelen zoals die bijvoorbeeld door de rechter worden gegeven.

In hoofdstuk een wordt een algemene typering gegeven van het gelijkheidsbeginsel in de sociale rechtsstaat en wordt ingegaan op de ontwikkeling die het heeft doorgemaakt, een ontwikkeling die nauw samenhangt met de overgang van de nachtwakerstaat in de verzorgingsstaat. Het tweede hoofdstuk wijdt een nadere beschouwing aan het gelijkheidsbeginsel en behandelt het belangrijke conceptuele onderscheid tussen formeel en materieel gelijke behandeling en de knelpunten en dilemma's die ieder van beide gelijkheidsbenaderingen meebrengt. Het discriminatieverbod is de meest gangbare vertaling van het gelijkheidsbeginsel in het positieve recht en komt aan de orde in het derde hoofdstuk. Daarbij wordt ingegaan op de wijze waarop discriminatie in de rechtspraak wordt vastgesteld en wordt aandacht besteed aan het concept van indirecte discriminatie, dat gezien kan worden als een manifestatie van een meer materiële benadering van het gelijkheidsbeginsel. In hoofdstuk vier gaan we in op voorkeursbehandeling. Een groot aantal lijnen uit de voorgaande hoofdstukken komen hier samen. De appreciatie van voorkeursbehandeling is onlosmakelijk verbonden met de onderliggende conceptualisering van het gelijkheidsbeginsel die men, im- of expliciet, omarmt. Het cahier wordt afgesloten met een slotbeschouwing (hoofdstuk vijf).

1 Met dank aan prof.dr. J.F. Bruinsma, mr. A. Henstra, mr. C.J.H. Jansen, prof.mr. C.W. Maris en mr. K. Wentholt voor hun bereidheid om een eerdere versie van dit cahier van hun constructieve commentaar te voorzien.

Inhoud

Voorwoord

Inhoud

Hoofdstuk 1 – Het gelijkheidsbeginsel in de sociale rechtsstaat.

Algemene typering.

- 1.1 Het gelijkheidsbeginsel als meta-juridisch beginsel
- 1.2 Ontwikkeling van het gelijkheidsbeginsel in de moderne staat
De paradox van de rechtsgelijkheid
- 1.3 Het gelijkheidsbeginsel als norm voor de burger

Hoofdstuk 2 – Formeel en materieel gelijke behandeling

- 2.1 Inleiding
- 2.2 Gelijke gevallen moeten gelijk behandeld worden
'Echte' verschillen
Ongelijke effecten
Ongelijke gevallen
- 2.3 Ongelijke gevallen moeten ongelijk behandeld worden naar de mate van hun ongelijkheid
- 2.4 Beperkingen en mogelijkheden van beide gelijkheidsbenaderingen
Verschil en differentiatie
Open-eind karakter
Dilemma's van een materieel gelijke behandeling: de NS-zaak
- 2.5 Het gelijkheidsbeginsel en andere open normen

Hoofdstuk 3 – Het discriminatieverbod

- 3.1 Inleiding
- 3.2 Wat is discriminatie?
- 3.3 Differentiatie in toetsing naar discriminatiegrond
De Amerikaanse toets van discriminatie
Toetsingsniveaus en 'misfits' van de classificatie
EHRM en 'very weighty reasons'
De CRvB en 'suspecte' criteria
Voor- en nadelen van een gedifferentieerde toetsing
- 3.4 Ongerechtvaardigd onderscheid: de keuzes van de AWGB
- 3.5 Indirecte discriminatie
De ontwikkeling van het concept
De betekenis van het concept van indirecte discriminatie
Beperkingen van het concept van indirecte discriminatie
- 3.6 Het discriminatieverbod in relatie tot het gelijkheidsbeginsel

Hoofdstuk 4 – Voorkeursbehandeling

- 4.1 Inleiding
- 4.2 Wat is voorkeursbehandeling?
- 4.3 Legitimiteit en legaliteit van voorkeursbehandeling
 - Legaliteit van voorkeursbehandeling
 - Hoe verdacht is voorkeursbehandeling?*
 - Symmetrische en asymmetrische benadering van discriminatie*
- 4.4 Voorkeursbehandeling en sociaal beleid
 - Voorkeursbehandeling bij werving en selectie

Hoofdstuk 5 – Slotbeschouwing en conclusies

HOOFDSTUK 1

Het gelijkheidsbeginsel in de sociale rechtsstaat.

Algemene typering

1.1 Het gelijkheidsbeginsel als meta-juridisch en juridisch beginsel

De Universele Verklaring van de Rechten van de Mens opent in artikel 1 met de zinsede dat alle mensen vrij en gelijk in waardigheid en in rechten worden geboren. Artikel 2 lid 1 bepaalt vervolgens dat een ieder aanspraak heeft op alle rechten en vrijheden die in de Verklaring zijn opgesomd 'zonder enig onderscheid van welke aard ook, zoals ras, kleur, geslacht, taal, godsdienst, politieke of andere overtuiging, nationale of maatschappelijke afkomst, eigendom, geboorte of andere status'. Daarmee reflecteren deze openingsbepalingen de dubbele betekenis van het gelijkheidsbeginsel als een meta-juridische en juridische norm.

In zijn meta-juridische betekenis refereert het gelijkheidsbeginsel aan een abstracte gelijkheidsidee, te weten de gelijke inherente waarde van alle mensen. Uit die essentiële gelijkwaardigheid vloeit voort dat alle mensen, zoals de Universele Verklaring het uitdrukt, gelijk in waardigheid en in rechten worden geboren. Historisch gezien is deze benadering van het menszijn beslist niet vanzelfsprekend. Zo meende Aristoteles dat vrouwen en slaven (die gerecruteerd werden uit vreemde volken) niet gelijkelijk deelnamen aan de rede in vergelijking met de vrije (Griekse) man en op die grond inferieur waren. En in de middeleeuwse feodale maatschappij stond het door God gegeven onderscheid tussen de standen in de weg aan de erkenning van de gelijkwaardigheid van alle mensen. Maar zelfs ook iemand als Lincoln, groot voorstander van de afschaffing van de slavernij, zag zwarten niet als gelijkwaardig aan blanken. De idee van de gelijkheid van alle mensen is dan ook een relatief nieuwe basispremissie die het (met name westerse) denken pas in de loop van de 20e eeuw is gaan domineren.

De grote mate van consensus die heden ten dage bestaat over de menselijke gelijkheid op het aangegeven abstracte niveau betekent geenszins dat de meningen niet zeer uiteen zouden kunnen lopen zodra men dit niveau verlaat en gaat nadenken over de meer concrete invulling die aan deze gelijkheidsidee moet worden gegeven. Op het terrein van de politieke filosofie en rechtsfilosofie is heel wat over gelijkheid geschreven.² Thema's die hier aan de orde komen betreffen bijvoorbeeld de vraag of een meer concreet gelijkheidsstreven überhaupt wel een nastrevenswaardig ideaal is³, de relatie tussen

2 Voor een verzameling van klassieke teksten over dit onderwerp, van Aristoteles tot hedendaagse auteurs, zie L.P. Pojman en R. Westmoreland (ed.), *Equality. Selected readings*, Oxford University Press, Oxford/New York 1997.

3 Voor de meer radicale liberale denkers is dit niet het geval, zie bijv. R. Nozick, *Anarchy, state, and utopia*, Oxford 1974 en F.A. Hayek, *Law, legislation and liberty, Part II: The mirage of social justice*, Londen 1976.

vrijheid en gelijkheid⁴ en de vraag welke *soort* gelijkheid (bijvoorbeeld gelijkheid van kansen ten aanzien van maatschappelijke ontplooiing of gelijkheid in concrete welvaart) men wil nastreven als men uitgaat van een egalitair ideaal⁵. Hoe interessant deze literatuur ook is, in het onderhavige cahier zullen we ons niet concentreren op gelijkheid op dit niveau, maar op de *juridische* gelijkheidsnorm. Dat wil overigens geenszins zeggen dat beide niveaus strikt te scheiden zouden zijn. Rechtsfilosofische en politiek-filosofische noties van en opvattingen over gelijkheid werken door in de interpretaties die het juridische gelijkheidsbeginsel in concrete situaties krijgt.⁶ Zo zal een rechterlijk oordeel over de rechtmatigheid van een concrete voorkeursbehandeling bij werving en selectie heel wel kunnen variëren al naar gelang de betrokken rechter gelijkheid meer ziet in termen van gelijkheid van kansen of van gelijkheid in resultaat.

Wat het juridische niveau betreft, zou men kunnen zeggen dat de abstracte gelijkheidsidee gepositieerd is in de formulering van de grond- of mensenrechten, waaronder het juridische gelijkheidsbeginsel.⁷ De klassieke en sociale grondrechten beogen tesamen immers te garanderen dat iedere mens een menswaardig bestaan kan leiden. Als grondrecht speelt het gelijkheidsbeginsel een prominente rol in het westerse rechtsbestel en rechtsdenken. De positionering van dit beginsel aan het begin van de Universele Verklaring getuigt daarvan. De kernidee van de mensenrechten verliest zijn betekenis als zij niet aan alle mensen gelijkelijk zouden toekomen.

1.2 Ontwikkeling van het gelijkheidsbeginsel in de moderne staat

Het gelijkheidsbeginsel is een dynamisch beginsel en heeft zich door de tijd heen ontwikkeld. Die ontwikkeling kan benoemd worden als de ontwikkeling van een zeer formele gelijkheidsbenadering naar een meer materiële benadering.

Karakteristiek voor een formele gelijkheidsbenadering is de gerichtheid op de gelijkheid van de behandeling als zodanig. Vanuit de gedachte van hun inherente gelijkwaardigheid dienen alle mensen *dezelfde* rechten en plichten te hebben, ongeacht bijvoorbeeld geboorte, status, ras of geslacht. In absolute zin zou een formele gelijkheidsbenadering betekenen dat men volledig abstraheert van alle individuele of groepskenmerken van mensen om daarmee een strikte rechtsgelijkheid te realiseren: alle mensen dienen altijd en overal *hetzelfde* behandeld te worden. Het mag duidelijk zijn dat een dergelijke absolute gelijkheid van behandeling in de rechtswerkelijkheid onmogelijk is. Zodra er sprake is van regelgeving is er immers sprake van classificatie en differentiatie: de verkeerswetgeving maakt onderscheid tussen automobilisten en fietsers, de belastingwet

4 Zie bv. J. Rawles, *A theory of justice*, Oxford 1972 en M. McMurrin (ed), *Liberty, equality, and law. Selected Tanner Lectures on moral philosophy*, Cambridge 1987.

5 Vgl. R. Dworkin, *What is equality? Part 1: Equality and welfare* en *Part 2: Equality of resources*, in *Philosophy and Public Affairs* 1981 p. 185-246 en 283-345.

6 Zie in dit verband ook de bundel C.W. Maris (red.), *Gelijkheid en recht*, Deventer/Zwolle 1988.

7 De termen grondrechten en mensenrechten worden hier verder door elkaar gebruikt. Waar ik in het vervolg spreek van het gelijkheidsbeginsel doel ik op het juridische beginsel, tenzij uit de context duidelijk anders blijkt.

differentieert tussen mensen met lage en hoge inkomens en de Kieswet maakt onderscheid tussen mensen boven en onder de achttien jaar. Formele gelijkheid in absolute zin is in de praktijk van het recht dan ook onbestaanbaar.

Een materiële gelijkheidsbenadering is niet gericht op de gelijkheid van de behandeling als zodanig, maar op de gelijke uitkomst van de behandeling. Dit kan betekenen dat differentiatie juist geboden is. Zo is een zieke niet gebaat bij eenzelfde behandeling als een gezond iemand, maar dient juist een specifieke behandeling te krijgen om weer gezond te worden. Ook deze benadering kan worden gebaseerd op de idee van de inherente gelijkwaardigheid van alle mensen: op grond van die gelijkwaardigheid dient men rekening te houden met de individuele behoeften en omstandigheden waarin mensen verkeren om zo voor een ieder een daadwerkelijke realisering van hun (gelijke) rechten te waarborgen. Je zou kunnen zeggen dat een materieel gelijke behandeling betekent dat indien gevallen *ongelijk* zijn er gedifferentieerd moet worden om zo gelijke behandeling op een hoger niveau (in het voorbeeld het gelijke recht op gezondheid) te realiseren.

In absolute zin zou een materiële gelijkheidsbenadering betekenen dat altijd en overal rekening zou moeten worden gehouden met alle individuele omstandigheden van iedere mens. Ook hier is duidelijk dat een dergelijke absolute materiële gelijkheid in de rechtswerkelijkheid onmogelijk te realiseren is gezien de complexiteit die dat mee zou brengen. Het zou betekenen dat alle regelgeving zou moeten voorzien in een stelsel van open normen die een op ieder individueel geval toegesneden behandeling mogelijk maken. Neem bijvoorbeeld een inkomstenbelastingstelsel dat uitgaat van het draagkrachtbeginsel en daartoe een progressief belastingtarief hanteert: wie meer financiële draagkracht heeft dient procentueel meer belasting te betalen. Deze regeling houdt dus rekening met wat in het licht van de belastingheffing relevante verschillen zijn. Toch zou een dergelijk tarief niet zonder meer door de beugel van een absolute materiële gelijkheidsbenadering kunnen, aangezien het niet voor ieder individueel geval een juiste maatstaf voor de draagkracht is. Hoewel het in zijn algemeenheid wel zo zal zijn dat iemand met een hoog inkomen meer draagkracht heeft, zijn er ongetwijfeld ook gevallen waarbij dit niet het geval is, bijvoorbeeld doordat iemand hoge kosten heeft in verband met een handicap. Om recht te doen aan deze specifieke individuele omstandigheden die van invloed zijn op de draagkracht zou het betreffende belastingstelsel moeten voorzien in aftrekposten met open normen, die een strikt individuele beoordeling van de feitelijke draagkracht mogelijk maken.

Uit het bovenstaande kunnen twee conclusies worden getrokken. In de eerste plaats kunnen zowel een formele als een materiële gelijkheidsbenadering gerelateerd worden aan de meta-juridische gelijkheidsidee van de gelijkwaardigheid van alle mensen. In de tweede plaats geldt voor beide benaderingen dat zij in de rechtswerkelijkheid onmogelijk in absolute zin door te voeren zijn. Mensen kunnen noch altijd en overal hetzelfde behandeld worden, noch altijd en overal overeenkomstig hun unieke, individuele omstandigheden. Tussen beide uitersten kunnen we dan ook een gelijkheidsbenadering onderscheiden die classificeert naar *groepskenmerken*: differentiaties worden gerelateerd aan *groepen* mensen en zijn daarmee gebaseerd op *generalisaties*. Het eerder gegeven voorbeeld van een progressief belastingtarief is daar een voorbeeld van. Op grond van de generalisatie dat een hoger inkomen gepaard gaat met een hogere draagkracht (een

generalisatie die voor een specifiek individueel geval geen geldigheid hoeft te bezitten) differentieert de regeling tussen de groep mensen met een hoog inkomen en die met een laag inkomen.

De paradox van de rechtsgelijkheid

Indien we de hierboven geschetste benaderingen in een historisch perspectief plaatsen, valt er een belangrijke verschuiving te constateren. In de 19e eeuw domineert een formele gelijkheidsbenadering. In reactie op de ongelijkheid van de standenmaatschappij, waarin status en rechten waren gekoppeld aan het behoren tot bepaalde sociale groepen, wordt de principiële gelijkheid van de burgers geproclameerd. Alle burgers zijn gelijk voor de wet en de wet moet allen gelijk behandelen. De burgers mogen niet worden aangesproken op individuele of groepskenmerken. Wetgeving dient gezien deze gelijkheid ‘algemeen’ te zijn, dat wil zeggen geen beperking te kennen naar rechtssubject.⁸ Uitzonderingen die deze regel bevestigden werden slechts mogelijk (en ook noodzakelijk) geacht voor diegenen voor wie het uit de ‘natuur der dingen’ voortvloeide dat zij niet in deze principiële gelijkheid konden delen, zoals kinderen, krankzinnigen en, in de toenmalige gedachtengang, vrouwen.

Absolute rechtsgelijkheid is, zoals eerder opgemerkt, onmogelijk zodra wetgeving ontstaat. Dat scheidt de zogenaamde ‘paradox van de rechtsgelijkheid’: hoewel alle burgers gelijk zijn voor de wet, differentieert de wet voortdurend tussen (groepen) burgers.⁹ Naarmate regulering door de staat toeneemt en aan het eind van de negentiende eeuw de nachtwakerstaat langzaam maar zeker wordt verlaten, wordt die paradox steeds groter. De staat classificeert steeds meer en vaker op grond van groepskenmerken: kinderen worden beschermd tegen de uitbuiting van werkgevers, er komen meer regels voor de regulering van het economisch verkeer en de eerste sociale verzekeringen worden geïntroduceerd voor bedrijfsongevallen en dergelijke. De oplossing die voor de paradox van de rechtsgelijkheid wordt gezocht, ligt in de eis dat de classificaties die worden gehanteerd redelijk zijn in de zin dat gelijke gevallen gelijk behandeld worden. Dat deze benadering nog steeds een sterk formeel karakter heeft, blijkt uit het feit dat het uitgangspunt blijft dat *dezelfde* behandeling de norm is, en dat differentiatie beargumenteerd moet worden. De vraag of ongelijkheid van gevallen niet ook zou nopen tot differentiatie om gelijkheid in resultaat te bereiken, waarmee dus een verschillende behandeling van verschillende gevallen de norm zou zijn, blijft buiten beeld. Een materiële benadering zou eisen dat de norm van dezelfde behandeling voor gelijke gevallen wordt aangevuld met de verplichting tot gedifferentieerde behandeling van ongelijke gevallen.

8 Zie voor een overzicht van de hier geschetste ontwikkeling B.P. Sloot, *Positieve discriminatie. Maatschappelijke ongelijkheid en rechtsontwikkeling in de Verenigde Staten en Nederland*, Zwolle 1986, p. 17 e.v.

9 J. Tussman en J.J. ten Broek, *The equal protection of the laws*, *California Law Review* 37(1949)3, p. 341-381.

Oordelen over relevante verschillen die een onderscheid in behandeling kunnen rechtvaardigen zijn in sterke mate waarde-oordelen en zijn in de praktijk vaak ingebed in de heersende waarden en normen. De uitsluiting van vrouwen van allerlei rechten op grond van hun 'natuurlijke' ongelijkheid is daar een voorbeeld van, maar ook bepaalde groepen mannen werden door de dominante ideologie uitgesloten. Zo duurde het nog tot 1917 voordat er een algemeen mannenkiesrecht tot stand kwam ter vervanging van het censuskiesrecht. Eerder relevante geachte verschillen in 'geschiktheid en maatschappelijke welstand', zoals onze toenmalige grondwet het formuleerde, werden niet langer gezien als een rechtvaardiging om het kiesrecht (althans voor mannen) te beperken.¹⁰

De paradox van de rechtsgelijkheid krijgt in de context van de verzorgingsstaat een geheel nieuwe dimensie. Meer dan in enige andere periode raakt de samenleving doortrokken van een streven naar sociale rechtvaardigheid, waarbij de *ongelijkheid* van allerlei groepen in de samenleving centraal staat. Ten behoeve van deze groepen wordt sociaal beleid gevoerd, waarbij het recht vaak wordt ingezet als instrument. Een kerngedachte van de verzorgingsstaat vormt de idee van ongelijkheidscompensatie. Van daaruit komen er allerlei regels om de rechtspositie van werknemers ten opzichte van werkgevers te versterken, om te voorzien in werkloosheidsprogramma's, om gehandicaptenvoorzieningen te treffen, om kinderen met leerproblemen speciaal onderwijs aan te bieden en om allochtonen meer kansen te geven op de arbeidsmarkt. In termen van gelijkheid gaat het hier om een streven naar een materieel gelijke behandeling.

In vergelijking met de 19e-eeuwse liberale staat kan de 20e-eeuwse verzorgingsstaat getypeerd worden als een staat waarin verschil in behandeling tussen de burgers niet langer de uitzondering is, maar eerder de regel. Dat creëert vervolgens zijn eigen problematiek. Die problematiek wordt versterkt door het verschijnsel van een voorheen ongekende stijging in de verwachtingen van de burger: technologische vernieuwingen, moderne medische technieken en sociaal-economische ontwikkelingen brengen mogelijkheden tot individuele ontplooiing en behoeftenbevrediging in het vizier van ongekende proporties. Die groeiende mogelijkheden worden ook in toenemende mate geclaimd: wat mogelijk is (bijvoorbeeld via kunstmatige voortplantingstechnieken een kind krijgen dat via natuurlijke weg nooit geboren had kunnen worden) moet ook gerealiseerd worden en de staat is daarvoor verantwoordelijk.¹¹ Typerend in deze ontwikkeling is dat dergelijke claims niet in termen van te verlenen gunsten worden geformuleerd, maar in termen van rechten.¹² Een probleem van deze ontwikkeling is vooral dat er geen rem is op de almaar stijgende verwachtingen ten aanzien van de vervulling van behoeften en de stijgende discrepantie tussen die verwachtingen en de werkelijkheid:

10 Het algemeen vrouwenkiesrecht kwam in 1919 tot stand, maar had aanzienlijk méér aanleiding gegeven tot discussie dan het mannenkiesrecht.

11 Een mooi overzicht van deze ontwikkeling is te vinden in L.M. Friedman, *Legal culture and the welfare state*. In: G. Teubner, *Dilemma's of law in the welfare state*, 1986 p. 13-27.

12 Aldus C.J.M. Schuyt, *Ongeregeld heden*. In: C.J.M. Schuyt, *Tussen macht en moraal. Over de plaats van het recht in verzorgingsstaat en democratie*, Alphen a/d Rijn 1983, p. 255-290.

‘De verzorgingsstaat paart een socialistisch rechtvaardigheidsstreven en drang tot sociale gelijkheid met de typisch liberale onderstroom dat er geen objectieve maatstaven bestaan voor de vaststelling van iemands behoeften, noden en wensen. De mens is heer en meester over zijn eigen behoeften en verlangens en deze verlangens zijn in principe onverzadigbaar, kennen geen grenzen en zijn op zoek naar steeds nieuwe ervaringen en bevredigingen. (...) En er is géén interne sleutel om de claims voor de ene groep wel en die van de andere groep niet te honoreren.’¹³

Veelal door te wijzen naar wat andere groepen hebben claimt men steeds meer voor zichzelf via allerlei pressie- en belangengroepen. Door dit ‘sociale-vergelijkingsmechanisme’ is de toevloed van claims en daaruit voortvloeiende regelgeving enorm. De toepassing van het juridische gelijkheidsbeginsel wordt in deze context dan ook alleen maar gecompliceerder. Welke classificaties en differentiaties zijn nog wel of juist niet geoorloofd? Wat is daarbij de rol van het verbod van discriminatie? En onder welke omstandigheden bestaat er ook een *gebod* tot differentiatie om recht te doen aan ongelijkheid? In de volgende hoofdstukken zullen we deze vragen uitdiepen. In hoofdstuk 2 wordt een nadere beschouwing gewijd aan het gelijkheidsbeginsel en het onderscheid tussen een formeel en materieel gelijke behandeling. Hoofdstuk 3 gaat in op het discriminatieverbod als *species* van het *genus* gelijkheidsbeginsel.

1.3 Het gelijkheidsbeginsel als norm voor de burger

In het voorgaande is ingegaan op de betekenis van het gelijkheidsbeginsel als norm in de verhouding tussen de staat en de burger. Daarin ligt ook de oorsprong van deze norm. Het gelijkheidsbeginsel stelt eisen aan het handelen van de staat ten opzichte van de burgers, zowel ten aanzien van de inhoud van wetgeving als de toepassing daarvan. Een en ander neemt niet weg dat ook het handelen van burgers onderling steeds meer onderworpen raakt aan het juridische gelijkheidsbeginsel. Er wordt in toenemende mate horizontale werking aan het gelijkheidsbeginsel verleend. Enerzijds komt dat tot stand door de toepassing van algemene gelijke-behandelingsnormen als artikel 26 IVBPR op burgers onderling, anderzijds door het ontwerpen van specifieke, ook op horizontale verhoudingen gerichte gelijke-behandelingswetgeving als de Algemene Wet Gelijke Behandeling (AWGB). Daarnaast kan het gelijkheidsbeginsel doorwerken in de interpretatie van allerlei privaatrechtelijke normen.¹⁴ Zo zal de verplichting van de werkgever om zich te gedragen als een ‘goed werkgever’ zich niet snel verdragen met discriminerend handelen van zijn kant.

Bij toepassing van het gelijkheidsbeginsel in horizontale verhoudingen kan gemakkelijk een spanningsrelatie ontstaan met de vrijheid van de burger en met diens andere

13 C.J.M. Schuyt, De fragmentering van bestuur en beleid in de verzorgingsstaat. In: C.J.M. Schuyt, Tussen macht en moraal. Over de plaats van het recht in verzorgingsstaat en democratie, Alphen a/d Rijn 1983, p. 227-239, p. 231.

14 Zie voor een gedegen studie over horizontale werking L. Verhey, Horizontale werking van grondrechten, in het bijzonder van het recht op privacy, Zwolle, 1992.

grondrechten. Moet bij een dergelijke *botsing van grondrechten* het gelijkheidsbeginsel voorrang krijgen of die andere grondrechten? Het betreft hier moeilijke vragen die zich niet lenen voor eenduidige en simpele antwoorden. We kennen in ons recht immers geen rangorde van grondrechten, zodat niet bij voorbaat aan te geven is welk grondrecht in geval van conflict dient te prevaleren.¹⁵ Daar komt bij dat de problematiek van botsing van het gelijkheidsbeginsel met andere grondrechten vaak buitengewoon gevoelig ligt. Het gaat het bestek van dit cahier dan ook te buiten om uitgebreid op deze complexe materie in te gaan.¹⁶ Volstaan wordt met het geven van een tweetal actuele voorbeelden.¹⁷

Het klassieke voorbeeld van botsing van het gelijkheidsbeginsel met andere grondrechten betreft de casus van de homoseksuele leerkracht en de bijzondere school: mag een school op streng-christelijke grondslag met een beroep op de vrijheid van godsdienst en vrijheid van richting weigeren een homoseksueel als docent aan te nemen, of handelt die school dan in strijd met het discriminatieverbod? Welk recht moet in deze situatie voorrang krijgen? Het is met name deze problematiek die verantwoordelijk is geweest voor de moeizame en zeer lange totstandkomingsgeschiedenis van de AWGB.¹⁸ Ironisch is dat ondanks de lange tijd die men heeft gehad om tot een voor alle partijen aanvaardbaar compromis te komen, de gekozen oplossing voor deze botsing van grondrechten meer vragen lijkt op te roepen dan te beantwoorden. Een bijzondere school mag blijkens de AWGB geen onderscheid maken op grond van 'het enkele feit' van de hetero- of homoseksuele gerichtheid van een sollicitant (art. 5 lid 2 AWGB). Grote vraag is echter wat dat nu precies omvat. Mag een bijzondere school wel onderscheid maken zodra betreffende persoon bijvoorbeeld samenwoont met een andere homoseksueel? Als dat het geval is, heeft de bescherming die de AWGB aan homoseksuelen te bieden heeft wel erg weinig om het lijf. Uit de parlementaire behandeling zijn geen eenduidige antwoorden af te leiden. Gezien het feit dat de formulering van de 'enkele feit'-constructie het resultaat is van een moeizaam compromis kan dit overigens niet echt verbazen. Een verdere invulling van de norm zal in de rechtspraak haar beslag moeten krijgen.

Een tweede, recenter voorbeeld van botsing van het gelijkheidsbeginsel met andere grondrechten dat veel stof heeft doen opwaaien betreft de SGP. Deze partij besloot in 1993 formeel geen vrouwen meer toe te laten als lid. Dit besluit was gebaseerd op de religieuze opvattingen van de SGP omtrent de positie van de vrouw in de maatschappij. Ook hier is de vraag: moet het verbod van discriminatie (in dit geval op grond van geslacht) prevaleren of het recht op godsdienstvrijheid in samenhang met het recht op vrijheid van vereniging? Wat moet het zwaarste wegen? Het lastige is opnieuw dat voor

15 Voor een uitgebreide studie over botsing van grondrechten zie Th.A. van Baarda, *Oordeelsvorming in casus van botsende grondrechten*, Arnhem 1992.

16 Er is overigens een apart *Ars Aequi* cahier over botsing van grondrechten, zie R. de Lange, *Botsing van grondrechten voor de rechter*, *Ars Aequi Cahiers Staats- en Bestuursrecht* deel 5, Nijmegen 1994.

17 Voor de relatie tot de vrijheid van meningsuiting en het gelijkheidsbeginsel zie T. Rosier, *Vrijheid van meningsuiting en discriminatie in Nederland en Amerika*, 1997.

18 Een eerste voorontwerp van wet is reeds in 1981 tot stand gekomen, maar het heeft tot 1 september 1994 geduurd voordat de huidige, ten opzichte van het voorontwerp sterk gewijzigde, AWGB in werking is getreden.

beide standpunten fundamentele waarden en normen in stelling kunnen worden gebracht. Voor de SGP gaat het om een handelwijze die voortvloeit uit een diep-gevoelde godsdienstige overtuiging. Waarom zou het in onze samenleving zo hoog aangeschreven respect voor godsdienstige opvattingen ineens minder gelding hebben omdat de inhoud van die opvattingen een meerderheid niet aanstaat? Daartegenover staat het feit dat het beleid van de SGP een ontkenning inhoudt van de principiële gelijkwaardigheid van man en vrouw. En stel je voor dat de SGP veel succes zou hebben en uit zou groeien tot een veel grotere partij dan nu: dan zouden vrouwen niet alleen worden uitgesloten van die partij, maar ook van allerlei politieke ambten die door leden van die partij zullen worden vervuld. Is een en ander dan nog wel verenigbaar met de fundamentelementen van onze democratie? De tot op heden gevoerde procedures met betrekking tot deze materie hebben nog weinig principiële antwoorden opgeleverd op deze principiële vragen. Wel is duidelijk geworden dat de SGP volgens het Hof Den Haag niet in strijd met een van de strafrechtelijke discriminatieverboden handelt. Gezien de aard van die verboden (onder andere een verbod van discriminatie in de uitoefening van een ambt, beroep of bedrijf en een verbod van aanzetten tot haat en discriminatie) kan dit niet echt verbazen.¹⁹

19 Zie voor een overzicht van deze procedures de annotatie van A. Woltjer bij de uitspraak van het Hof Den Haag van 30 november 1995, NJCM-Bulletin 21(1996)3, p. 428 e.v.

HOOFDSTUK 2

Formeel en materieel gelijke behandeling

2.1 Inleiding

Een veel gehanteerde algemene omschrijving van het gelijkheidsbeginsel grijpt terug op die van Aristoteles: gelijke gevallen moeten gelijk behandeld worden, en ongelijke ongelijk naar de mate van hun ongelijkheid. In de literatuur wordt nogal eens gesteld dat dit niet meer dan een lege formule is, aangezien in zichzelf immers niets wordt aangegeven over de *inhoud* van de behandeling. Zo kan men er bijvoorbeeld wel aan ontlennen dat twee moordenaars die eenzelfde misdaad plegen eenzelfde straf moeten krijgen, én dat moord in vergelijking met diefstal in beginsel zwaarder gestraft moet worden, maar het kan geen antwoord geven op de vraag of de moordenaar geradbraakt moet worden en de dief opgehangen, of dat de moordenaar gevangenisstraf moet krijgen en de dief een geldboete.²⁰ Hoewel dit op zich juist is, valt er toch wel het een en ander op af te dingen. Zoals het voorbeeld zelf al aangeeft: zodra er een inhoudelijke norm is (de moordenaar wordt geradbraakt of krijgt gevangenisstraf) krijgt de gelijkheidsnorm inhoud in de zin dat het inhoudelijke grenzen stelt aan de behandeling van andere gevallen: indien de ene moordenaar voor een bepaalde moord geradbraakt wordt, eist het gelijkheidsbeginsel dat een andere moordenaar voor een vergelijkbare moord ook deze straf ondergaat, en niet bijvoorbeeld 'slechts' gevangenisstraf krijgt. Verder verzet het gelijkheidsbeginsel zich er tegen dat, indien de moordenaar bedreigd wordt met gevangenisstraf, de dief voor een minder zwaar vergrijp zou worden gestraft met ophanging.

Het voorbeeld geeft aan dat de context waarin het gelijkheidsbeginsel opereert het beginsel inhoud geeft. Wat het juridische gelijkheidsbeginsel betreft vormt het geldende recht die context. Dat levert dan ook het weliswaar veranderlijke, maar niettemin gegeven referentiekader op waarbinnen het beginsel functioneert: van de grondrechten en de strafrechtelijke normering tot de regelgeving inzake sociale zekerheid of het verlenen van vergunningen en de toepassing daarvan door rechter en bestuur. De gegevenheid van het referentiekader betekent geenszins dat er bij de toepassing in ieder concreet geval geen discussies over de inhoud van het gelijkheidsbeginsel mogelijk zijn, maar wel dat die binnen dat kader plaatsvinden.

De Aristotelische omschrijving van het gelijkheidsbeginsel is opgebouwd uit twee zinsneden die gerelateerd kunnen worden aan het onderscheid tussen een formele en een materiële gelijkheidsbenadering. De eerste zinsnede eist gelijke behandeling van gelijke gevallen, de tweede eist differentiatie als er sprake is van ongelijke gevallen. In dit hoofdstuk zullen we nader ingaan op beide benaderingen en de dilemma's en beperkingen die zij kennen.

²⁰ Het voorbeeld is ontleend aan Radbruch, zoals aangehaald bij D.W.P. Ruiters, Het gelijkheidsbeginsel in het administratieve recht, preadvies VAR 1985, Alphen a/d Rijn 1985, p. 22.

2.2 Gelijke gevallen moeten gelijk behandeld worden

Dat gelijke gevallen gelijk behandeld moeten worden is erg vanzelfsprekend. Problematischer is echter om te bepalen wanneer er sprake is van gelijke gevallen en wanneer niet. Aan de hand van welke maatstaf bepalen we of gevallen al dan niet gelijk zijn? Een zinnig antwoord op deze vergelijkbaarheidsvraag kan alleen gegeven worden in het licht van het *doel* dat men voor ogen heeft. Zo zijn mensen met een hoog inkomen in het kader van de verlening van een vergunning voor de bouw van een dakkapel 'gelijke gevallen' als mensen met een laag inkomen, terwijl bij de toepassing van de Bijstandswet het hebben van een hoog inkomen juist een uitermate relevant verschil oplevert ten opzichte van mensen met geen of een zeer gering inkomen. In het gegeven voorbeeld is de (on)gelijkheid van gevallen evident, maar het is lang niet altijd zo eenvoudig. Oordelen over vergelijkbaarheid hebben dan ook veelal een sterk normatief karakter. Dat geldt in het bijzonder voor verschillen die extra gevoelig blijken te liggen, zoals verschillen die gebaseerd zijn op ras, huidskleur, geslacht, taal, godsdienst of politieke overtuiging, om er enkele te noemen.²¹ In het vorige hoofdstuk hebben we daar al een aantal voorbeelden van gezien. De uitsluiting van vrouwen van gelijke rechten in ons land, en van zwarten in de Verenigde Staten, was bijvoorbeeld gebaseerd op hun anders-zijn. Aangezien zij niet werden beschouwd als 'gelijke gevallen' hoefden zij ook niet gelijk behandeld te worden, met alle uitsluitende consequenties van dien.

Met onze moderne blik lijkt dit welhaast onvoorstelbaar. De uitsluitende werking van het bestempelen van sommige groepen als 'anders' is niet langer acceptabel. De nu heersende benadering gaat dan ook uit van de presumptie dat mensen ongeacht hun ras, geslacht, handicap en dergelijke 'gelijke gevallen' zijn en dus ook hetzelfde behandeld moeten worden. Differentiatie op deze gronden kan dan ook alleen in uitzonderlijke gevallen aan de orde zijn en niet dan na een overtuigende rechtvaardiging. Het zou echter een misvatting zijn om te concluderen dat daarmee de belangrijkste problemen zijn opgelost. Om te beginnen is het geen eenvoudige zaak te bepalen wanneer differentiatie, ook al is dit de uitzondering, gerechtvaardigd is. Zo moeten we niet de illusie hebben volledig vrij te zijn van vooroordelen. Er mogen gelukkig nog maar weinig mensen zijn die de overtuiging hebben dat blanken superieur zijn aan mensen met een andere huidskleur, maar kunnen we volhouden dat bij de huidige discussies over gelijke behandeling van homoseksuelen vooroordelen geen enkele rol spelen, bijvoorbeeld ten aanzien van hun geschiktheid om kinderen te verzorgen en op te voeden? Maar ook als er geen vooroordelen in het spel zijn blijven we zitten met een aantal moeilijke dilemma's.

21 Artikel 26 IVBPR noemt bijvoorbeeld ook nog taal, nationale of sociale afkomst, geboorte of andere status. Verder is de laatste jaren onderscheid op grond van leeftijd, seksuele oriëntatie en handicap in steeds sterkere mate als gevoelig aangemerkt.

‘Echte’ verschillen

Het eerste dilemma dat zich voordoet betreft de vraag wat we aanmoeten met verschillen die ‘inherent’ zijn aan bepaalde groepen mensen en daarmee ontegenzeggelijk ‘echte’ verschillen behelzen. Dit is een kwestie die wellicht het sterkste speelt bij het biologische verschil tussen mannen en vrouwen. Er bestaat nagenoeg consensus dat dit verschil niet relevant is als het gaat om het toekennen van gelijke politieke rechten. (Niettemin komt het ook nu nog voor dat een partij als de SGP vrouwen van haar lidmaatschap uitsluit.) Maar wat te denken van de werkgever die een zwangere sollicitante niet wil aannemen ook al is zij de beste kandidaat voor de functie? Dat is in Nederland een onderwerp dat nog steeds aanleiding geeft tot veel discussie. Vanuit het bedrijfseconomische perspectief van de werkgever bezien zijn zwangere werknemers geen ‘gelijke gevallen’ als andere werknemers. Zo moet de werkgever tijdens het zwangerschaps- en bevallingsverlof vervanging regelen en dat kan soms best lastig zijn. Vanuit zijn optiek kan dat een relevant verschil opleveren. Vanuit het perspectief van de betrokken vrouw echter ligt een en ander heel anders. Vanuit haar (gelijke) recht op arbeid bekeken zijn zwangere en niet-zwangere sollicitanten gelijke gevallen. Het feit dat alleen vrouwen kinderen kunnen krijgen mag geen reden zijn om dit gelijke recht aan te tasten. Gezien het verschil in perspectief dat mogelijk is zou men ook kunnen zeggen dat de vraag hier niet zozeer is of zwangere en niet-zwangere sollicitanten in descriptieve zin gelijk *zijn* (er zijn immers vanuit verschillende perspectieven verschillende beschrijvingen mogelijk) maar of zij in casu als zodanig dienen te *gelden*. In wezen betreft het hier een normatieve afweging van verschillende waarden. Wat Nederland betreft heeft de wetgever bepaald dat de (grond)rechten en belangen van vrouwen in dit geval zwaarder dienen te wegen dan de belangen van de werkgever. Onder de Wet Gelijke Behandeling van mannen en vrouwen bij de arbeid (WGB) is dit onderscheid verboden.

Een ander voorbeeld waarin ‘echte’ verschillen kunnen leiden tot lastige afwegingen betreffen kwesties met betrekking tot werving en selectie waarbij raciale kenmerken relevant kunnen zijn. Het uitsluitend werven onder zwarte mannen voor de rol van Shaka Zulu of onder blanke mannen voor Eric de Noorman lijkt weinig controversieel, maar wat te denken van een Hollandse poffertjeskraam die, om een authentieke ‘couleur locale’ te creëren, alleen blank personeel in Hollandse klederdracht aanneemt? In dit soort situaties ligt de geoorlooftheid van een ongelijke behandeling aanzienlijk minder voor de hand, al valt uit het perspectief van de betrokken restauranthouder best te beargumenteren dat het hier gaat om ongelijke gevallen. Ook hier is dan de cruciale vraag of, en zo ja tot hoever, verschillen in uiterlijke kenmerken gezien hun uitsluitende werking kunnen *gelden* als relevante verschillen. In de AWGB is in dit verband voorzien in een bij Algemene Maatregel van Bestuur op te stellen overzicht van gevallen waarbij raciale kenmerken relevant kunnen worden geacht. Dit is slechts zeer zelden het geval. De casus van de restauranthouder valt niet onder de toegestane uitzonderingen.²²

22 Zie artikel 2 lid 4 jo lid 6 AWGB en het Besluit Gelijke behandeling van 18 augustus 1994, Stb. 1994, 657.

Ongelijke effecten

Het uitgangspunt dat alle mensen ongeacht ras en geslacht en dergelijke gelijke gevallen zijn die hetzelfde moeten worden behandeld, en dat differentiatie slechts in zeer uitzonderlijke gevallen toegestaan kan zijn en rechtvaardiging behoeft, levert nog een ander knelpunt op. Het leidt namelijk ook tot de gedachte dat zolang er maar sprake is van dezelfde behandeling, er in termen van gelijkheid nooit een probleem kan zijn. Alleen ongerechtvaardigde *ongelijke* behandeling is de focus. En dat nu wreekt zich op het moment dat de behandeling op zichzelf weliswaar hetzelfde is, maar de *effecten* van de behandeling leiden tot uitsluiting van een specifieke groep mensen. Zo kan het zijn dat een werkgever bij de werving van personeel de eis stelt van een goede beheersing van de Nederlandse taal. Vanuit een formele gelijkheidsoptiek is hier weinig op aan te merken zolang deze eis aan alle sollicitanten wordt gesteld. Zij worden dan immers allen hetzelfde behandeld, ongeacht ras of geslacht en dergelijke? Gegeven sociaal-economische en culturele verschillen tussen mensen van Nederlandse en buitenlandse afkomst is het echter vrij evident dat een dergelijke eis naar zijn effect gemeten vooral de laatsten treft. Vanuit het *resultaat* van de (op zich gelijke) behandeling ligt hier dus wel degelijk een gelijkheidsprobleem. Maar is het stellen van de eis daarmee per definitie verboden? Dat lijkt ook weer erg ver te gaan. Voor de functie van schoonmaker is de eis wellicht niet erg relevant, maar voor die van receptionist? In Hoofdstuk 3 zullen we nader bekijken hoe deze problematiek in de rechtspraak wordt benaderd en getoetst aan het gelijkheidsbeginsel. Voor het moment volstaat het om te signaleren dat binnen een formele gelijkheidsbenadering de eis van een goede beheersing van de Nederlandse taal onzichtbaar blijft als een probleem van gelijkheid.

Ongelijke gevallen

Een beperking van het gelijkheidsbeginsel tot het adagium dat gelijke gevallen gelijk behandeld moeten worden brengt nog een derde knelpunt mee. Het verschaft namelijk geen duidelijkheid wat er moet gebeuren indien gevallen als *ongelijk* worden aangemerkt. Er is dan geen verplichting tot gelijke behandeling, maar wat dan wel? Dat is nu precies het punt dat een materiële gelijkheidsbenadering wél oppakt en dat men terugziet in de tweede zinsnede van de Aristotelische omschrijving van het gelijkheidsbeginsel: ongelijke gevallen moeten ongelijk behandeld worden naar de mate van hun ongelijkheid.

2.3 Ongelijke gevallen moeten ongelijk behandeld worden naar de mate van hun ongelijkheid

Een materieel gelijke behandeling betekent niet alleen dat gelijke gevallen gelijk behandeld moeten worden, maar tevens dat ongelijke gevallen ongelijk worden behandeld

naar de mate van hun ongelijkheid.²³ Daarmee heeft een materiële gelijkheidsbenadering een veel ruimere strekking. Het belang van het verschil met een formele benadering kan geïllustreerd worden met een voorbeeld betreffende het gelijke recht op onderwijs, een recht dat ook is vastgelegd in onze grondwet.²⁴ Om dit recht voor iedereen te realiseren draagt de staat zorg voor een stelsel van openbaar onderwijs, dat voor een ieder toegankelijk is. Stel nu dat de overheid zich zou beperken tot een netwerk van ‘gewone’ openbare scholen, dat wil zeggen scholen die zijn afgestemd op de gemiddelde schoolgaande jeugd. Het is evident dat dit voor leerlingen die niet in dat model passen problematisch is. Een blind kind bijvoorbeeld is niet gebaat met toegang tot zo’n school. Vanuit een formele gelijkheidsbenadering zou er op het handelen van de staat echter weinig zijn aan te merken zolang ieder kind maar *hetzelfde* wordt behandeld. Differentiatie in het onderwijssysteem ten behoeve van blinde kinderen zou binnen een formele gelijkheidsbenadering overigens wel toegestaan zijn (beargumenteerd kan worden dat er sprake is van een relevant verschil), maar, en dat is cruciaal, het formele gelijkheidsbeginsel verplicht op generlei wijze tot differentiatie om recht te doen aan het verschil. Maar dat is nu net wat een blind kind nodig heeft om zijn gelijke recht op onderwijs te kunnen realiseren. Anders gezegd: juist door differentiatie in de behandeling (specifieke schoolfaciliteiten) wordt gelijke behandeling op een hoger niveau (dat wil zeggen ten aanzien van het recht op onderwijs) bereikt. En dat is ook precies wat een materieel gelijkheidsbeginsel eist: ongelijke gevallen moeten ongelijk behandeld worden naar de mate van hun ongelijkheid.

Een klassiek, maar tegelijkertijd uitzonderlijk voorbeeld van de toepassing van een materiële gelijkheidsbenadering in de rechtspraak is te vinden in een zaak die in 1935 speelde voor het Permanente Hof van Internationale Justitie, de voorloper van het huidige Internationaal Gerechtshof. Het betrof een verzoek om advies over de verenigbaarheid van enkele bepalingen uit de Albanese grondwet van 1933 met de Albanese Verklaring inzake de rechten van minderheden uit 1921.²⁵ De in het geding zijnde grondwetsartikelen bepaalden dat de zorg voor het onderwijs van alle Albanezen was voorbehouden aan de staat en dat op die grond alle particuliere scholen zouden worden gesloten. Het voor alle kinderen verplichte lager onderwijs zou worden verzorgd in openbare scholen en gratis zijn voor alle onderdanen. De declaratie betreffende minderheden bepaalde dat Albanezen die tot minderheidsgroepen behoorden recht hadden op ‘the same treatment in law and in fact’ als andere Albanezen en ‘an equal right to

23 Voor een wat oudere maar nog zeer lezenswaardige studie over materieel gelijke behandeling zie E.W. Vierdag, *The concept of discrimination in international law*, Den Haag 1973. Een materiële gelijkheidsbenadering is verder met name uitgewerkt binnen juridische vrouwenstudies in de context van gelijke behandeling ongeacht sekse, zie K. Wentholt, *Arbeid en zorg. Een verkenning vanuit het gelijkheidsbeginsel van de rechtspositie van werknemers met gezinsverantwoordelijkheid*, Thesis, Amsterdam 1990; J.E. Goldschmidt, *Staats- en bestuursrechtelijke aspecten van positieve actie*, preadvies NJV 1989, Zwolle 1989; T. Loenen, *Verskil in gelijkheid. De conceptualisering van het juridische gelijkheidsbeginsel met betrekking tot vrouwen en mannen in Nederland en de Verenigde Staten*, Zwolle 1992. Specifiek voor ras zie L. Mulder, *Minderheden als nieuwe bevolkingsgroep. De verwezenlijking van gelijkheid en verscheidenheid*, *Ars Aequi Libri*, Nijmegen 1993.

24 Zie artikel 23 Grondwet.

25 Permanente Hof van Internationale Justitie, *Minority Schools in Albania*, PCIJ Series A/B, no. 64 (1935).

maintain, manage and control (...) schools and other educational establishments, with the right to use their own language and to exercise their religion freely therein’.

Vanuit een formele gelijkheidsbenadering, die de *dissenters* in deze zaak volgden, was er weinig op de grondwettelijke bepalingen aan te merken, aangezien alle Albanezen *dezelfde* behandeling zouden ontvangen, ongeacht of zij tot een meerderheids- of minderheidsgroepering behoorden. Het in de declaratie neergelegde recht op gelijke behandeling zou dan ook niet geschonden worden. De meerderheid van het Hof accepteerde een dergelijke formele benadering echter niet en eiste dat de te realiseren gelijkheid van meerderheid en minderheid ‘an effective, genuine equality’ zou zijn. Naar het oordeel van het Hof is het hebben van eigen scholen en andere instellingen

‘indispensable to enable the minority to enjoy the same treatment as the majority, not only in law but also in fact. The abolition of these institutions, which alone can satisfy the special requirements of the minority groups, and their replacement by government institutions, would destroy this equality in treatment, for its effect would be to deprive the minority of the institutions appropriate to its needs, whereas the majority would continue to have them supplied in the institutions created by the State. Far from creating a privilege in favour of the minority, as the Albanian Government avers, this stipulation ensures that the majority shall not be given a privileged situation as compared with the minority.’²⁶

Met name door de uitspraak dat de specifieke behandeling van de minderheden géén voorkeursbehandeling (‘privilege’) behelst, maar juist voorkomt dat de meerderheid bevoorrecht wordt, maakt het Hof duidelijk dat een materieel gelijke behandeling onder omstandigheden niet alleen differentiatie toestaat, maar ook vereist om ‘echte’ (‘genuine’) gelijkheid te bereiken. Centraal staat het resultaat van de behandeling in termen van de te realiseren rechten of doelstellingen van de regeling of behandeling. Daartoe is soms dezelfde behandeling nodig, soms juist differentiatie.

2.4 Beperkingen en mogelijkheden van beide gelijkheidsbenaderingen

De formele en materiële gelijkheidsbenadering kennen ieder hun eigen beperkingen en dilemma’s. Met betrekking tot de formele gelijkheidsbenadering zijn deze in het bovenstaande al de revue gepasseerd. Een formele gelijkheidsbenadering stelt de gelijke, in de zin van dezelfde behandeling van allen voorop en kijkt zeer kritisch naar ieder verschil in behandeling. Gezien de uitsluitende werking die het aanwezig achten van relevante verschillen tussen groepen mensen in het verleden heeft meegebracht, lijkt dit geen overbodige luxe. Tegelijkertijd is echter duidelijk dat dit ook de beperking van deze benadering is. Zij heeft geen oog voor de gelijkheidsproblemen die verborgen kunnen zitten achter een op zich gelijke behandeling, maar die naar het effect gemeten bepaal-

²⁶ idem, p. 19-20.

de groepen mensen onevenredig treft. Daarnaast hebben we gezien dat deze benadering geen betekenis heeft voor gevallen waarvan we constateren dat ze *ongelijk* zijn. De formele benadering vereist niet dat er recht wordt gedaan aan relevante verschillen door een differentiatie in de behandeling. Dat laatste is een eis die een materiële gelijkheidsbenadering wél stelt. Ook deze benadering brengt echter zijn eigen beperkingen en dilemma's mee.

Verschil en differentiatie

In de eerste plaats krijgt de vraag welke verschillen relevant zijn een nog sterkere nadruk dan bij een formele gelijkheidsbenadering, met alle complicaties van dien. De vraag is immers niet alleen meer welke verschillen, bij uitzondering, relevant genoeg zijn om een ongelijke behandeling in negatieve zin te kunnen rechtvaardigen, maar tevens welke verschillen juist tot een compenserende behandeling nopen om gelijke behandeling op een hoger niveau te bereiken. De analyse van de relevantie van verschillen wordt hierdoor nog een stuk gecompliceerder. Dat een materieel gelijke behandeling eist dat voor blinde kinderen specifieke onderwijsfaciliteiten worden geschapen om hun gelijke recht op onderwijs te realiseren, kan vermoedelijk op consensus rekenen, maar andere zaken liggen vaak veel controversiëler. Moet een uitkeringsinstantie bijvoorbeeld rekening houden met de Islamitische achtergrond van een werkloze als het gaat om de vraag welke arbeid als 'passend' kan worden aangemerkt, door bijvoorbeeld toe te staan dat een islamitische vrouw op grond van een verschil in cultuur en godsdienst anders dan andere vrouwen alle banen mag weigeren waarin zij nauw met mannen moet samenwerken? En moet de strafrechter strafvermindering toepassen of zelfs ontslaan van rechtsvervolging op grond van zelfverdediging als een Turkse man die zijn overspelige vrouw heeft vermoord het verweer voert dat hij niet anders kón omdat zijn eer en die van de familie op het spel stond en er zonder eer in de Turkse cultuur niet te leven valt?²⁷ Dat zijn controversiële vragen die niet iedereen hetzelfde zal beantwoorden.

Open-eind karakter

Een tweede dilemma doet zich voor doordat een materieel gelijke behandeling vaak een 'open-eind'-karakter heeft. De vraag is namelijk *hoever* een eventuele differentiatie in de behandeling dient te gaan, zowel in kwalitatieve zin als in kwantitatieve zin. Om het voorbeeld van kinderen met een handicap en hun recht op onderwijs nogmaals te gebruiken: waaruit dient een materieel gelijke behandeling in kwalitatieve termen te bestaan? Is het voldoende als de staat zorg draagt voor aparte scholen voor blinde kinderen, waarin zij enige scholing ontvangen onder het motto 'alles is meegenomen', of dient de staat een pakket aan onderwijsfaciliteiten te bieden dat zoveel mogelijk vergelijkbaar is met dat van een 'gewone' school? Dat laatste zou bijvoorbeeld betekenen dat

²⁷ Yesilgöz noemt in zijn proefschrift de nog schrijnender casus van een 17-jarige Turk die om vergelijkbare redenen zijn moeder heeft omgebracht. Zie Y. Yesilgöz, Allah, satan en het recht. Communicatie met Turkse verdachten, Gouda Quint, Arnhem 1995, p. 87 e.v.

al het lesmateriaal dat op de laatste scholen wordt gebruikt, in aangepaste vorm beschikbaar wordt gesteld aan blinde kinderen, bijvoorbeeld door vertaling in braille of door overzetting op geluidsband. In algemene zin zou men in dit verband kunnen zeggen dat hoe meer voorzieningen er worden geschapen, hoe meer er sprake is van een materieel gelijke behandeling. Gezien de schaarste aan middelen in een samenleving is het echter duidelijk dat daar een grens aan zit. Maar waar moet deze dan getrokken worden?

Eenzelfde probleem betreft de vraag naar de grenzen van differentiatie in kwantitatieve zin: hoe sterk moet er gedifferentieerd worden naar doelgroep? Is het voldoende om voor blinde en voor dove kinderen specifieke faciliteiten te scheppen of hebben kinderen met andere specifieke behoeften, zoals spastische kinderen of kinderen met dyslexie, daar evenzeer recht op vanuit hun gelijke recht op onderwijs? In onze verzorgingsstaat met zijn hoge onderwijsniveau lijkt dat vanzelfsprekend, maar ergens zal ook wat dit betreft een grens liggen. Wat bijvoorbeeld te doen met kinderen die een meervoudige of zeer specifieke handicap hebben die zeer gespecialiseerde (en dus zeer kostbare) onderwijsvoorzieningen behoeven? Kortom: hoever reikt de verplichting om rekening te houden met relevante verschillen tussen kinderen in relatie tot hun recht op onderwijs? Heeft ieder kind recht op een specifieke behandeling die tegemoet komt aan zijn unieke, hoogst individuele kenmerken en mogelijkheden? Dan zouden we uitkomen bij de in het vorige hoofdstuk geschetste 'absolute' materieel gelijke behandeling. Om dat voor alle kinderen te realiseren gaat de beschikbare middelen simpelweg te buiten. In de praktijk moeten we dan ook ergens weer een grens trekken en opnieuw is de vraag: maar waar?

Voor de rechter kan het hanteren van een materiële gelijkheidsbenadering gezien dit open-eind karakter nog een extra dilemma opleveren dat verband houdt met de grenzen die in de democratische rechtsstaat aan zijn rechtsvormende taak te stellen zijn. Een voorbeeld kan ontleend worden aan het zogenaamde verzorgingsforfait dat in de WW is opgenomen. Dit verzorgingsforfait houdt in dat voor het bepalen van de omvang van het arbeidsverleden, een belangrijk criterium om in aanmerking te komen voor een uitkering, het aantal jaren dat men de zorg voor een of meer kinderen heeft gedragen (gedeeltelijk) mag worden meegeteld: de jaren van zorg voor kinderen tussen 0 en 6 jaar zijn volledig gelijkgesteld aan arbeidsjaren, die voor kinderen tussen 6 en 12 jaar voor de helft.²⁸ De regeling is in de jaren tachtig opgenomen na een discussie in het parlement, waarbij werd gesignaleerd dat de bij de wijziging van de WW voorgestelde arbeidsverledeneis op indirecte wijze vrouwen discrimineerde, omdat juist vrouwen hun loopbaan vaak onderbreken om de zorg voor kinderen op zich te nemen en daardoor sterker door de arbeidsverledeneis worden getroffen. (Het concept van indirecte discriminatie komt in hoofdstuk 3 nog uitgebreid aan de orde.) Een meerderheid van het parlement achtte dit inderdaad in strijd met het gelijkheidsbeginsel en het verzorgingsforfait werd als oplossing bedacht. Het biedt een mooi voorbeeld van een materieel gelijke behandeling: aan de ongelijke positie van vrouwen, of liever: van mensen met zorgtaken, wordt recht gedaan door een op hen toegesneden differentiatie in de behandeling in de regeling op te nemen, zodat een gelijk resultaat wordt bewerkstelligd. Hoewel

28 Artikel 17b lid 2 WW.

de regeling in de praktijk vooral aan vrouwen ten goede zal komen, is zij sekseneutraal geformuleerd, zodat ook zorgende mannen er profijt van kunnen hebben. Maar stel je nu voor dat er in het parlement in het geheel geen discussie zou zijn ontstaan over het mogelijk discriminerende karakter van de arbeidsverledeneis en de wet in zijn oorspronkelijk vorm tot stand zou zijn gekomen. Zou men dan naar de rechter hebben kunnen stappen met de claim dat de regeling in strijd met het gelijkheidsbeginsel is en kunnen eisen dat de wetgever een bepaling opneemt op grond waarvan de aan zorg bestede tijd wordt gelijkgesteld aan arbeidstijd? Het eerste is heel waarschijnlijk, het tweede echter niet. En daarmee komen de grenzen van de rechter in beeld: deze kan in een situatie als hier geschetst wel oordelen dat een regeling in strijd met het beginsel van gelijke behandeling is, maar hij kan gezien zijn plaats in de *trias politica* geen nieuwe regeling bedenken en opleggen die de ongelijkheid van gevallen kan compenseren. Dat is een typisch aan de wetgever voorbehouden taak. Het maximale dat hij in zo'n geval kan doen is de wetgever opdracht geven de wetgeving aan te passen, zoals ook het Duitse Bundesverfassungsgericht wel eens heeft gedaan.²⁹ Veel waarschijnlijker is echter dat de rechter in zo'n situatie als oordeel zal geven dat het verstrekken van een voorziening zijn rechtsvormende taak te buiten gaat.³⁰

Dilemma's van een materieel gelijke behandeling: de NS-zaak

Een fraaie illustratie van een aantal van de hierboven geschetste dilemma's is te vinden in een uitspraak van de president van de Rechtbank Den Haag uit 1993.³¹ Het betrof een kort geding van een in Delft woonachtige, gehandicapte student tegen de NS. De student kon zich alleen verplaatsen in een rolstoel en was voor het reizen met de trein aangewezen op assistentie van de NS bij het in- en uitstappen. De NS voorzag in die mogelijkheid, maar op station Delft was dat beperkt tot de periode tussen 9.15 uur en 16.00 uur. De assistentie werd verleend door een op station Den Haag gestationeerde medewerker, die daarvoor naar Delft reisde, en bij diens verhindering door de groepsleider van station Delft. Voor de student was deze voorziening te beperkt aangezien hij voor zijn studie ook buiten die uren met de trein moest reizen en bovendien op deze manier nauwelijks een sociaal leven kon leiden. De student eiste, primair, dat de dienstverlening door NS zou worden verleend gedurende alle uren van de dienstregeling en, subsidiair, tussen naar redelijkheid en billijkheid vast te stellen uren, te weten tussen 8.00 uur en 22.00 uur. Als grondslag voor de eis beriep hij zich op zijn recht op gelijke behandeling. De NS schond naar zijn mening haar plicht tot gelijke behandeling doordat zij het scheppen van voorzieningen voor gehandicapte mensen te vrijblijvend opvatte en in te beperkte mate gestalte gaf. De NS verweerde zich met de stelling dat op haar

29 Zo stelde het Bundesverfassungsgericht in 1975 de Duitse wetgever 'op termijn' door te eisen dat de Duitse nabestaandenwetgeving, waarvan weduwnaren waren uitgesloten, vóór 1985 zou worden aangepast. Zie M. Westerveld, Nabestaandenpensioen in Engeland en Duitsland, SMA 1991, p. 346-361.

30 Zoals bv ook de HR als zijn oordeel gaf in HR 12 oktober 1984 (inzake discriminatie van vrouwen in het nationaliteitsrecht), NJ 1985, 230 en HR 23 september 1988, NJ 1989, 740 (inzake discriminatie van vrouwen in het naamrecht).

31 President Rechtbank Den Haag, 7 mei 1993, NJCM-Bulletin 18(1993)6, p. 685-693 m.nt. M. Kroes.

geen verplichting rustte om de student in of uit de trein te dragen of te rijden en dat het uitbreiden van de assistentie financieel niet verantwoord was gezien het zeer beperkte aanbod van rolstoelreizigers op station Delft.

De president ging niet mee in de eis van de student en wees diens vordering af:

‘De stelling van eiser dat eiser door gedaagde onrechtmatig want ongelijk wordt behandeld doordat de assistentieverlening aan gehandicapten op station Delft niet permanent beschikbaar wordt gesteld, althans niet aanzienlijk wordt uitgebreid, achten wij voorshands onjuist. Ten opzichte van gedaagde is eiser nu eenmaal niet gelijk aan reizigers die wel zelf kunnen instappen. Het onder meer in de Grondwet opgenomen gebod om gelijke gevallen gelijk te behandelen, brengt niet zonder meer een juridische verplichting met zich mee voor aanbieders van diensten om aan gehandicapten een aan hun handicap aangepast aanbod te doen van dien aard dat zij op gelijke voet als niet-gehandicapten van de betrokken dienst gebruik kunnen maken. Iets anders is dat de gemeenschap er terecht naar streeft dat voor gehandicapten zo veel mogelijk dezelfde faciliteiten beschikbaar zijn als voor niet-gehandicapten, welk streven ook door de gemeenschap wordt bekostigd. Bij deze stand van zaken mag naar voorlopig oordeel het feit dat gedaagde voor reizigers in een rolstoel reeds uit zichzelf instapfaciliteiten aanbiedt, die op sommige stations permanent of vrijwel permanent beschikbaar zijn, niet worden geconcludeerd dat zij op alle stations en dus ook te Delft tot een dergelijk (vrijwel) permanent dienstbetoon zou zijn gehouden.’³²

Het beroep van de student op het beginsel van gelijke behandeling kan alleen begrepen worden binnen een materiële gelijkheidsbenadering. Ongelijke gevallen dienen naar zijn mening ongelijk behandeld te worden naar de mate van hun ongelijkheid. De rechter interpreteert het gelijkheidsbeginsel echter primair in de formele zin dat gelijke gevallen gelijk behandeld dienen te worden. Aangezien gehandicapte reizigers ‘nu eenmaal’ niet gelijk zijn aan reizigers die wél zelf kunnen instappen houdt het min of meer op: de NS hoeft er niet voor te zorgen dat zij op gelijke voet als niet-gehandicapten van de trein gebruik kunnen maken. Er is dan ook geen sprake van een schending van het gelijkheidsbeginsel. Toch slaat de president de deur niet volledig dicht voor een materiële benadering van het gelijkheidsbeginsel. Hij stelt namelijk niet dat er *nooit* een verplichting kan zijn, maar dat deze niet ‘zonder meer’ bestaat.

Indien men anders dan de president een materiële gelijkheidsbenadering had willen volgen illustreert deze zaak goed het dilemma dat het open-eind karakter van een materieel gelijke behandeling in dit geval oproept. Feitelijk doet de NS al het een en ander voor gehandicapte reizigers en gaat daarmee verder dan een formeel gelijke behandeling, maar *hoeveel* dienstverlening is toereikend om vanuit een materiële gelijkheidsbenadering ook voldoende te zijn? De NS zelf vindt assistentie tussen 9.15 en 16.00 uur al mooi, de student acht hulp tussen 8.00 en 22.00 uur een minimum en gedurende de gehele dienstregeling als optimaal. En zou het niet nóg optimaler zijn als de dienstverlening op ieder station in Nederland beschikbaar zou zijn? Dat is ongetwijfeld het geval, maar ook evident onbetaalbaar. Er is hier sprake van een glijdende schaal.

32 Overweging 3.3.

2.5 Het gelijkheidsbeginsel en andere open normen

Tot slot van dit hoofdstuk is het nuttig er op te wijzen dat noties van formeel en materieel gelijke behandeling niet alleen kunnen opduiken als er rechtstreeks een beroep wordt gedaan op het gelijkheidsbeginsel, maar ook verborgen kunnen zitten in de toepassing van allerlei andere open normen in het recht. Een mooi voorbeeld biedt het zogenaamde Suikerfeest-arrest van de HR.³³

Het Suikerfeest is een islamitische feestdag die de afsluiting van de Ramadan, de vastentijd, markeert. In de betrokken zaak had een werknemster de werkgever verzocht om voor dit feest een snipperdag op te mogen nemen, maar dat was haar geweigerd. De werkgever voerde aan dat hij veel Turkse werknemers in dienst had en dat hij aan allen verlof tot het opnemen van een snipperdag had geweigerd, omdat de gang van zaken in het bedrijf dat niet anders toe liet. De vrouw was vervolgens op de dag van het Suikerfeest niet op haar werk verschenen en om die reden op staande voet ontslagen. De vraag die voorlag was of het ontslag rechtmatig was of dat de werkgever de snipperdag niet had mogen weigeren.

De Rechtbank Den Bosch was van oordeel dat mohammedaanse werknemers er in beginsel recht op hebben voor het vieren van hun godsdienstige feestdagen snipperdagen op te nemen, en dat hun dat alleen geweigerd mag worden op grond van dezelfde omstandigheden als die de werkgever ook het recht zouden geven van de werknemer te verlangen dat hij op een erkende christelijke feestdag op zijn werk aanwezig is. De HR gaat daar echter niet in mee:

‘Bij laatstgenoemde [=christelijke] feestdagen gaat het immers om feestdagen die door de Nederlandse samenleving zijn aanvaard als dagen waarop niet gewerkt hoeft te worden, ongeacht het geloof van de werknemer. Ook al hebben deze feestdagen hun oorsprong in het christelijke geloof, zij zijn tot algemeen aanvaarde vrije dagen geworden, die als zodanig gelden voor allen die aan de Nederlandse samenleving deelnemen, van welk geloof en welke nationaliteit zij ook zijn.

Om deze reden kunnen de volgens andere godsdiensten geldende feestdagen niet met de algemeen erkende christelijke feestdagen op één lijn worden gesteld voor de beantwoording van de vraag of een werkgever bevoegd is op die andere feestdagen werkzaamheden te verlangen van individuele, naar de betreffende godsdienst levende, werknemers.

Echter zal (...) in de regel de aanwezigheid op het werk in redelijkheid niet kunnen worden verlangd van een werknemer die tijdig tevoren, onder opgaaf van redenen, toestemming voor het opnemen van een snipperdag heeft gevraagd voor de viering voor een voor hem belangrijke godsdienstige feestdag. Dit zal anders kunnen zijn indien te verwachten valt dat de gang van zaken in het bedrijf van de werkgever ernstig zal worden geschaad door de afwezigheid van betrokken werknemer op die dag. Of dit laatste afwij-

33 HR 30 mei 1984, NJCM-Bulletin 9(1984)3, p. 253-258, m.nt. M. Biesheuvel.

king van vorenbedoelde regel wettigt, zal naar de omstandigheden van het geval moeten worden beoordeeld.³⁴

Hoewel de zaak draait om de vraag van de rechtmatigheid van het ontslag in het licht van de grondwettelijk gegarandeerde vrijheid de eigen godsdienst te belijden, springt de gelijkheidsproblematiek die hier aan de orde is in het oog. In formele zin worden mohammedaanse en andere werknemers gelijk, want hetzelfde, behandeld: alle werknemers hebben op dezelfde, erkende feestdagen hetzelfde recht op een vrije dag, ongeacht hun geloof. En ook bij de beoordeling van een verzoek om een snipperdag kunnen we er van uit gaan dat alle werknemers hetzelfde behandeld worden. Maar daarin ligt natuurlijk juist het probleem. De islamitische werknemers zijn helemaal niet gebaat bij eenzelfde behandeling. De regeling van de erkende feestdagen is geënt op de christelijke godsdienst en een gelijke behandeling leidt voor mensen met de mohammedaanse godsdienst tot een ongelijk resultaat doordat de gevallen niet gelijk zijn. Vanuit een materiële gelijkheidsbenadering laat zich dan ook de eis stellen dat er recht wordt gedaan aan het verschil in godsdienst, om een gelijk resultaat te bereiken. Als we naar de uitspraak kijken dan zien we dat alleen de Rechtbank bereid is een dergelijke materieel gelijke behandeling in optimale zin te realiseren door te eisen dat het weigeren van een snipperdag alleen is toegestaan in de situatie waarin ook van een werknemer verlangd zou kunnen worden op een erkende christelijke feestdag te werken. En dat kan alleen bij zeer hoge uitzondering.

De HR is niet bereid zover te gaan. We zien hier het dilemma van het open-eind karakter van een materieel gelijke behandeling weer opduiken. De HR vindt wel dat er rekening moet worden gehouden met de andere godsdienst van de werknemer, in die zin neemt de HR afstand van een strikt formele gelijkheidsbenadering, maar hij kiest, anders dan de Rechtbank, voor een belangenafweging in het concrete geval die meer ruimte laat voor het weigeren van een snipperdag.

Overigens moet worden opgemerkt dat er ook in de benadering van de Rechtbank nog wel degelijk een probleem van materieel gelijke behandeling resteert, dat echter niet door de *rechter* op te lossen valt gezien diens eerder aan de orde gesteld, in vergelijking met de wetgever beperkte, rechtsvormende taak. Het onderliggende probleem voor de islamitische werknemers wordt immers gevormd door de aanwezigheid van een impliciete, dominante standaard die verre van neutraal is. Het mogen opnemen van een snipperdag verandert niets aan het feit dat de hele regeling van de verplichte vrije dagen gebaseerd is en blijft op de christelijke godsdienst. Daardoor blijft voor niet-christelijke werknemers het nadeel bestaan dat zij voor de viering van hun godsdienstige feestdagen vrije dagen dienen op te nemen, terwijl christelijke werknemers op hun godsdienstige hoogtijdagen automatisch vrij hebben en daar bovendien geen vrije dagen voor hoeven in te leveren. Om een werkelijk materieel gelijke behandeling te realiseren zouden bijvoorbeeld een aantal christelijke feestdagen als tweede Kerst- Paas- en Pinksterdag ingewisseld moeten worden voor verplichte vrije dagen in verband met feestdagen van andere religies. Wijziging van deze dominante standaard kan echter alleen door de *wetgever* geschieden. De rechter kan een dergelijke voorziening (uiteraard) niet geven.

34 Rechtsoverweging 3.3.

De geschetste dilemma's maken duidelijk dat het hanteren van een materiële gelijkheidsbenadering complex is. Dit verklaart wellicht mede waarom een materiële gelijkheidsbenadering zowel in de doctrine als in de rechtspraak een marginale plaats inneemt. In de laatste vindt toepassing van het gelijkheidsbeginsel overigens veelal op een specifieke manier plaats, namelijk via toetsing aan het in verschillende wetten en verdragen neergelegde discriminatieverbod. In het volgende hoofdstuk gaan we daar nader op in.

HOOFDSTUK 3

Het discriminatieverbod

3.1 Inleiding

Het gelijkheidsbeginsel krijgt in het positieve recht vaak nader vorm in een verbod van discriminatie. Zo luidt artikel 1 Grw:

‘Allen die zich in Nederland bevinden, worden in gelijke gevallen gelijk behandeld. Discriminatie wegens godsdienst, levensovertuiging, politieke gezindheid, ras, geslacht of op welke dan grond ook, is niet toegestaan.’

Ook artikel 26 IVBPR eist dat gelijke bescherming door de wet wordt gegarandeerd zonder discriminatie, en

‘In dit verband verbiedt de wet discriminatie van welke aard ook en garandeert een ieder gelijke en doelmatige bescherming tegen discriminatie op welke grond ook, zoals ras, huidskleur, geslacht, taal, godsdienst, politieke of andere overtuiging, nationale of maatschappelijke afkomst, eigendom, geboorte of andere status.’

De toepassing van het gelijkheidsbeginsel in de rechtspraak vindt voornamelijk plaats via dit soort discriminatieverboden, die soms nader zijn uitgewerkt in specifieke non-discriminatieregelingen zoals de Algemene Wet Gelijke Behandeling (AWGB; een uitwerking van art. 1 Grw) en de Wet Gelijke Behandeling van mannen en vrouwen bij de arbeid (WGB; bedoeld ter implementatie van de tweede richtlijn van de EG inzake gelijke behandeling van mannen en vrouwen bij de arbeid). In de volgende paragrafen gaan we in op de vraag wat discriminatie is en vooral *hoe* dat in de rechtspraak wordt bepaald. In de laatste paragraaf bekijken we hoe het verbod van discriminatie zich verhoudt tot het gelijkheidsbeginsel zoals dat in de vorige hoofdstukken is behandeld.

3.2 Wat is discriminatie?

Hoewel er in onze samenleving grote overeenstemming bestaat dat discriminatie niet is toegestaan, is er aanzienlijk minder overeenstemming over de vraag wannéér er sprake is van discriminatie. De discussies in de media van de afgelopen jaren zijn illustratief: is het discriminatie dat homoseksuelen niet mogen huwen? Handelt de gemeente Leiden in strijd met het discriminatieverbod door het verlenen van een parkeervergunning te beperken tot personen boven de 27 jaar? En hoe moeten we het gedrag van een werkgever, die zijn islamitische werknemster verbiedt op het werk een hoofddoek te dragen, in termen van discriminatie beoordelen?

In deze gevallen gaat het telkens om *onderscheid* op grond van, respectievelijk, homoseksualiteit, leeftijd en godsdienst. Maar is daarmee ook per definitie sprake van

(verboden) *discriminatie*? Dat hangt er van af of men het gemaakte onderscheid wel of niet *gerechtvaardigd* acht, en daarover kunnen de meningen aanzienlijk uiteenlopen. Zo achtte de HR het ontbreken van de mogelijkheid voor twee mensen van hetzelfde geslacht om te huwen niet in strijd met art. 26 IVBPR en sauveerden de Haagse Rechtbank en de Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State het Leidse parkeerbeleid,³⁵ terwijl in de media vaak andersluidende oordelen te vinden waren. Bepalingen als artikel 1 Grw en artikel 26 IVBPR bieden in dezen niet veel houvast. Ze bepalen wel dat discriminatie verboden is, maar geven zelf niet aan wat discriminatie is. Dat brengt mee, dat het bij toetsing aan deze bepalingen uiteindelijk aan de rechter is om daar een oordeel over te vellen. Van groot belang is daarbij hoe de rechter tot zijn oordeel komt: hoe bepaalt de rechter of er sprake is van discriminatie?

In algemene zin kun je zeggen dat een verbod van discriminatie niet betekent dat ieder onderscheid verboden is, doch alleen *ongerechtvaardigd* onderscheid. Dit spoort ook met de pejoratieve lading die het begrip discriminatie heeft.³⁶ Zoals het Mensenrechtencomite dat toezicht houdt op het IVBPR het verwoordt: 'A differentiation based on reasonable and objective criteria does not amount to prohibited discrimination within the meaning of Article 26'.³⁷ In de Nederlandse rechtspraak wordt die toets bij toepassing van artikel 26 IVBPR door zowel de HR als de CRvB gevolgd.³⁸ Maar dat betekent nog steeds niet dat we er daarmee zijn, want wat is 'redelijk en objectief'? Zo vond men het in de eerste helft van deze eeuw zonder meer zeer redelijk en objectief om vrouwen die in het huwelijk traden te ontslaan, terwijl dat nu ondenkbaar zou zijn. Het voorbeeld geeft aan dat oordelen over discriminatie vaak sterk normatief bepaald zijn en naar tijd en plaats kunnen verschillen. Er is wat dat betreft voor de rechter die te oordelen krijgt over het discriminatieverbod van artikel 26 IVBPR of art. 1 Grw dan ook veel ruimte voor interpretatie van de norm. De rechter heeft in deze een zware verantwoordelijkheid.

Hoewel een discriminatieverbod als neergelegd in artikel 26 IVBPR voor de rechtvaardiging van ieder gemaakt onderscheid eist dat het op 'redelijke en objectieve gronden' berust, voelt iedereen intuïtief wel aan dat sommige vormen van onderscheid toch wat meer rechtvaardiging behoeven dan andere. Zo zal de klacht van de hondenliefhebber uit Heerjansdam, die tot aan de HR toe procedeerde aangezien hij meende door het moeten betalen van hondenbelasting gediscrimineerd te worden ten opzichte van bezitters van andere huisdieren, vooral op hilariteit kunnen rekenen.³⁹ Dit

35 Rechtbank Den Haag 4 januari 1996, Jurisprudentie Bestuursrecht 1996, 47 en ABRvS 10 februari 1997, Jurisprudentie Bestuursrecht 1997, 85.

36 Zie uitgebreider over het pejoratieve karakter van het discriminatieconcept E.W.Vierdag, *The concept of discrimination in international law*, Den Haag 1973. Kenmerkend voor discriminatie is zijns inziens dat er sprake is van 'wrongful' gelijke dan wel ongelijke behandeling, zie m.n. p. 58-60.

37 Mensenrechtencomite, 9 april 1987, zaak Broeks tegen Nederland, NJCM-Bulletin 12(1987)5, p. 377-389, overweging 13.

38 Voor een overzicht van de toepassing van artikel 26 IVBPR in de Nederlandse rechtspraak zie A.W. Heringa, *De toepassing van artikel 26 IVBPR door de Nederlandse rechter*, NJCM-Bulletin 19(1994)7, p. 855-864.

39 Deze zaak wordt door Wattel aangehaald in zijn preadvies voor de NJV van 1995, zie P.J. Wattel, *De reikwijdte van fundamentele rechten in belastingzaken*. In: *Reikwijdte van fundamentele rechten*, preadviezen NJV 1995, Zwolle 1995, p. 175-221, p. 186.

soort onderscheid ervaren we nauwelijks als problematisch, ook al is wellicht best vol te houden dat het gemaakte onderscheid tussen hondenbezitters en houders van andere huisdieren niet altijd sterk is; een dergelijk onderscheid ligt simpelweg niet gevoelig.⁴⁰ Indien de gemeente Heerjansdam echter een gemeentelijke belasting zou opleggen aan alle allochtone ingezetenen (en niet aan autochtonen) om te voorzien in de kosten van het gemeentelijke integratiebeleid ten aanzien van allochtonen, zouden we heel anders reageren. Onderscheid op grond van ras en etnische afkomst ervaren we onmiddellijk als gevoelig, als verdacht: dat kan niet zomaar.

In sommige jurisdicties heeft dit onderscheid tussen ‘verdachte’ en niet-verdachte gronden van onderscheid geleid tot een specifieke toetsingsmethodiek, die differentieert naar de in het geding zijnde discriminatiegrond om te bepalen of er sprake is van discriminatie. Het duidelijkste en meest bekende voorbeeld is te vinden in de Amerikaanse rechtspraak. Een uitstapje is op zijn plaats.

3.3 Differentiatie in toetsing naar discriminatiegrond

De Amerikaanse toets van discriminatie

De Amerikaanse grondwet beschermt burgers tegen discriminatie door zowel de federale overheid als de afzonderlijke staten. In de betreffende bepalingen worden, anders dan in bijvoorbeeld artikel 1 Grw of artikel 26 IVBPR, geen afzonderlijke gronden van discriminatie, zoals ras of geslacht, genoemd. Bij de toetsing aan het constitutionele discriminatieverbod maakt het Amerikaanse Hooggerechtshof niettemin onderscheid tussen verschillende discriminatiegronden, door bij sommige vormen van (vermeende) discriminatie een strengere rechtvaardigingstoets toe te passen om te bepalen of er sprake is van onrechtmatig onderscheid of niet. De zwaarste toets reserveert het Hooggerechtshof voor discriminatie op grond van wat het noemt ‘verdachte’ criteria. In ieder geval behoort ras daartoe. Classificaties op grond van dit soort criteria zijn slechts toegestaan indien ze een ‘compelling state interest’ dienen en ‘necessary’ ofwel ‘narrowly tailored’ zijn om dat doel te bereiken. Deze ‘strict scrutiny’, zoals de toets wordt genoemd, stelt dus zeer zware eisen aan de rechtvaardiging voor het gemaakte onderscheid. In termen van de jurisprudentie onder artikel 26 IVBPR zou je ook kunnen zeggen dat aan de aanwezigheid van ‘redelijke en objectieve gronden’ zeer strenge eisen worden gesteld. Toepassing van deze toets heeft er in de praktijk bijna telkens toe geleid dat het gewraakte onderscheid op grond van ras onrechtmatig werd geacht. In de Amerikaanse literatuur is dan ook wel opgemerkt dat deze strikte toets ‘strict in theory, but fatal in fact’ is.⁴¹

40 Wattel pleit in dit verband voor een ruime toepassing van het zogenaamde ‘kniesoorbeginsel’ om dit soort bagatelzaken snel af te kunnen doen; hij vraagt zich met recht af of het discriminatieverbod van art. 26 IVBPR wel voor dit soort zaken bestemd is. Wattel, Preadvies, zie *supra* noot 39, p. 221.

41 G. Gunther, The Supreme Court 1971 term. Foreword: in search of evolving doctrine on a changing court: a model for a newer equal protection, Harvard Law Review 86(1972/73), p. 1-48, p.8.

Voor gronden van onderscheid die het Hooggerechtshof van de Verenigde Staten als wat minder verdacht aanmerkt, de zogenaamde ‘semi-verdachte’ gronden, voorziet het Hooggerechtshof in een wat soepeler rechtvaardigingstoets. Bij toetsing van deze vormen van onderscheid is vereist dat het gemaakte onderscheid een ‘important’ overheidsdoel dient en ‘substantially related’ aan dat doel is. Het Hooggerechtshof heeft deze toets toegepast in gevallen van discriminatie op grond van geslacht en met betrekking tot onderscheid tussen wettige en onwettige kinderen. Sekse-onderscheid wordt door het Hof dus als minder verdacht aangemerkt dan onderscheid op grond van ras en minder streng getoetst. Toepassing van de toets heeft er dan ook aanzienlijk vaker dan bij onderscheid op grond van ras toe geleid dat een aangevochten onderscheid op grond van sekse in stand kon blijven.⁴²

Ten aanzien van gronden van onderscheid die in de ogen van het Hooggerechtshof in het geheel niet verdacht zijn, zoals bijvoorbeeld het al dan niet bezitten van een hond, maar ook onderscheid op grond van leeftijd, eist het Hooggerechtshof slechts een zeer lichte toets ter rechtvaardiging van het gemaakte onderscheid.⁴³ Het hanteren van deze vormen van onderscheid behoort welhaast geheel tot de discretionaire bevoegdheid van de overheid, de rechter dient zich hier zeer terughoudend op te stellen. Het Hooggerechtshof eist ter rechtvaardiging van dit soort classificaties dan ook niet meer dan dat er sprake is van ‘some reasonable differentiation fairly related to the object of regulation’. Dit betekent in de praktijk dat zolang er geen sprake is van volslagen willekeurige classificaties, de gehanteerde onderscheidingen door de rechterlijke beugel kunnen.

Toetsingsniveaus en ‘misfit’ van de classificatie

De hierboven geschetste toets op drie niveaus van striktheid bestaat telkens uit twee elementen. Het eerste element betreft een toets met betrekking tot het belang van het doel van de regeling. Bij ‘gewone’ dat wil zeggen in geen enkel opzicht ook maar enigszins verdachte classificaties worden er nauwelijks eisen aan het doel gesteld, bij (semi)-verdachte vormen van onderscheid is daarentegen vereist dat er sprake is van een belangrijk dan wel dwingend overheidsdoel. Deze eis geeft uitdrukking aan de gedachte dat hoe verdachter een classificatie is, hoe zwaarwegender de rechtvaardiging daarvoor dient te zijn wil zo’n classificatie nog door de beugel kunnen.

Het tweede element van de toets ziet op de adequaatheid van het gekozen middel in relatie tot het doel. Ook met betrekking tot die adequaatheid worden afhankelijk van het gehanteerde onderscheidingscriterium meer of minder strikte eisen gesteld, in de zin dat er een bepaalde mate van wat de Amerikanen noemen ‘fit’ moet zijn tussen mid-

42 Voor een overzicht van de Amerikaanse jurisprudentie in dezen kan men een van de vele handboeken raadplegen, zoals J.E. Nowak and R.B. Rotunda, *Constitutional Law*, West Publishing Co, St. Paul, Minnesota 1995 (fifth edition), p. 595 e.v.

43 Dit ligt overigens weer anders indien er een fundamenteel recht in het geding is; dan is ook een striktere toets aangewezen. Overigens moet men toetsing van leeftijdsonderscheid aan het algemene discriminatieverbod zoals neergelegd in de Amerikaanse constitutie niet verwarren met de toetsing van leeftijdsdiscriminatie onder de Age Discrimination in Employment Act. Deze kent een striktere toets die echter alleen van toepassing is in de sfeer van de arbeid. Zie hierover verder A.M. Gerritsen, *Onderscheid naar leeftijd in het arbeidsrecht*, Kluwer, Deventer 1994.

del en doel. Stel bijvoorbeeld dat een wettelijke regeling zou voorzien in een verbod van jongeren onder de achttien jaar om als stratenmaker werkzaam te zijn, aangezien dat beroep fysiek zeer zware eisen stelt. Het doel van zo'n regeling, te weten bescherming van de gezondheid van jonge werknemers, is ongetwijfeld een legitiem zo niet belangrijk overheidsdoel. Maar is het middel ook adequaat? Te constateren valt dat er ongetwijfeld jongeren onder de achttien jaar zullen zijn die fysiek sterker zijn dan menig stratenmaker van boven de achttien, en dat er anderzijds de nodige stratenmakers boven de achttien zullen zijn die niet aan de zware fysieke eisen voor het beroep van stratenmaker blijken te kunnen voldoen. De classificatie vertoont met andere woorden geen 'perfect fit', maar een zekere 'misfit', zoals de Amerikanen dat noemen. Er is sprake van zowel 'overinclusion' (jongeren van onder de achttien die fysiek wel sterk genoeg zijn worden onnodig beschermd) en van 'underinclusion' (jonge stratenmakers van boven de achttien die het fysiek ook niet aankunnen worden niet beschermd). De vraag is nu hoeveel 'misfit' is toegestaan. Vanuit pragmatisch oogpunt is het namelijk niet handig en bovendien kostbaar om voor ieder individueel geval vooraf vast te moeten stellen of betrokkene wel of niet fysiek voldoende sterk is om zonder nadelige gevolgen voor de gezondheid als stratenmaker werkzaam te zijn. Het leeftijds criterium biedt hier een makkelijk toepasbare, maar grove indicatie van fysieke kracht, die gebaseerd is op de generalisatie dat een bepaalde mate van fysieke ontwikkeling bij het bereiken van de achttienjarige leeftijd zijn beslag heeft gekregen.

Onder de lichtste toets die het Hoogerechtshof kent en toepast bij dit soort classificaties zijn de eisen niet strikt: als er een redelijk verband bestaat tussen de leeftijd van achttien jaar en de aanwezigheid van een bepaalde mate van fysieke kracht is de classificatie rechtmatig. Het zal er dus niet zo erg toe doen of het ontbreken van voldoende fysieke kracht voor 90% of wellicht voor slechts 60% van de jongeren onder de achttien jaar opgaat. De lichte toets laat een grote mate van 'misfit' toe.

Bij een striktere toets ligt dat anders. Stel bijvoorbeeld dat de fictieve regeling met betrekking tot stratenmakers niet gericht is op de bescherming van jongeren maar op die van vrouwen: gezien de zware fysieke inspanningen die het vak meebrengt verbiedt een wettelijke regeling vrouwen om stratenmaker te worden. De toets die in dit geval toegepast moet worden is strikter, aangezien het een verdacht(er) criterium betreft. Dat laatste vertaalt zich in de Amerikaanse jurisprudentie niet alleen in een striktere eis ten aanzien van het doel van de regeling (waaraan in dit geval wel voldaan lijkt), maar ook ten aanzien van de toegestane mate van 'misfit'. Naarmate een classificatie meer verdacht is, worden daar strengere eisen aan gesteld. Bij sekse-onderscheid spreekt het Hof van 'substantially related', bij classificaties op grond van ras van 'narrowly tailored'. Het laatste lijkt in de praktijk te betekenen dat het Hof in feite eist dat er een 'perfect fit' bestaat wil de classificatie door de beugel kunnen. Dat zou verklaren waarom deze toets 'strict in theory, but fatal in fact' is. Een 'perfect fit' is namelijk nagenoeg nooit aanwezig. Je zou dan ook kunnen zeggen dat onder 'strict scrutiny' zoals in deze zin opgevat eigenlijk iedere classificatie op grond van een groepskenmerk als ras verboden is, tenzij ieder individueel lid van de groep dat groepskenmerk vertoont. Dit is bijvoorbeeld het geval in het eerder gegeven voorbeeld van de filmregisseur die een acteur zoekt voor de rol van Eric de Noorman. *Iedere* zwarte is daarvoor per definitie niet geschikt. Van een 'perfect fit' zal dus veelal alleen sprake kunnen zijn als het gaat om *inherente* verschillen tus-

sen groepen. Bij ras betreft het dan voornamelijk uiterlijke kenmerken, bij geslacht kan het ook gaan om inherente biologische verschillen met betrekking tot de voortplanting. Biologische verschillen die alleen bestaan tussen mannen en vrouwen als groep, en niet tussen iedere individuele man en vrouw afzonderlijk, zullen de eis van een 'perfect fit' daarentegen niet kunnen doorstaan. Zo zou, vertaald naar het voorbeeld van de uitsluiting van vrouwen van het beroep van stratenmaker, een 'perfect fit' alleen bestaan als gezegd kan worden dat *alle* vrouwen fysiek niet in staat zijn om het beroep van stratenmaker uit te oefenen, dat wil zeggen dat het ontbreken van voldoende fysieke kracht voor *iedere* individuele vrouw geldt. Dat is evident niet het geval.

Zoals opgemerkt hanteert het Hoogerechtshof deze toets echter niet bij sekse-onderscheid. Bij de toetsing aan het discriminatieverbod op het 'tussenniveau' neemt het Hoogerechtshof genoegen met een mindere mate van 'fit' dan bij 'strict scrutiny', maar eist het aanzienlijk meer dan bij de lichte toets. In het voorbeeld van de stratenmakers zal dit vermoedelijk voldoende zijn om de classificatie te doen sneuvelen. Er zijn immers best behoorlijk wat vrouwen die dat werk fysiek aan zouden kunnen, terwijl er ook een grote groep mannen is voor wie dit werk fysiek te zwaar is. De classificatie lijkt met andere woorden onvoldoende adequaat, de 'overinclusion' en 'underinclusion' is te groot. Niettemin is duidelijk dat de rechter bij deze toets een grotere speelruimte heeft om de classificatie in stand te houden.

EHRM en 'very weighty reasons'

De expliciete keus voor een gedifferentieerde toets al naar gelang de in het geding zijnde discriminatiegrond lijkt weliswaar typisch Amerikaans, maar niettemin zijn er ook dichter bij huis wel aanzetten tot een dergelijke benadering te vinden. Om te beginnen is in dit verband de rechtspraak van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens het vermelden waard. Artikel 14 EVRM bepaalt dat het genot van de in dat verdrag opgenomen rechten en vrijheden verzekerd zijn zonder enig onderscheid op welke grond ook, zoals geslacht, ras, kleur, taal, godsdienst, politieke of andere overtuiging, nationale of maatschappelijke afkomst, het behoren tot een nationale minderheid, vermogen, geboorte of andere status. Door de koppeling die in deze bepaling wordt gelegd tussen het discriminatieverbod en de andere in het verdrag beschermde rechten is de betekenis van artikel 14 EVRM relatief beperkt gebleven. Toch verdient een aantal zaken hier vermelding.

De toetsing aan art. 14 EVRM is door het EHRM in de loop der jaren op een vrij eenduidige en consistente wijze vorm gegeven. Een verschil in behandeling is volgens vaste rechtspraak van het Hof discriminerend, indien 'it has no objective and reasonable justification'. Daarvan is sprake indien het onderscheid geen 'legitimate aim' dient of er geen sprake is van een 'reasonable relationship of proportionality between the means employed and the aim sought to be realised'.⁴⁴ In de zaak *Berrehab* lijkt het EHRM deze toets in relatie tot een klacht over seksdiscriminatie aan te scherpen. Het Hof refereert aan de eis van een 'reasonable relationship of proportionality', maar voegt daar aan toe:

⁴⁴ EHRM 23 juli 1968, Belgische taal, Publ. EHRM, Serie A, 6.

'As to the present matter, it can be said that the advancement of the equality of the sexes is today a major goal in the member States of the Council of Europe. This means that *very weighty reasons* would have to be advanced before a difference of treatment on the ground of sex could be regarded as compatible with the Convention.' (Cursivering T.L.)⁴⁵

Deze formulering duidt op een strikte(re) toets en in de betreffende zaak sneuvelt het gemaakte onderscheid op grond van geslacht dan ook. In de zaak *Van Raalte* uit 1997 hanteert het Hof met betrekking tot seksdiscriminatie nog een striktere formulering. Naar het oordeel van het EHRM is onder art. 14 EVRM eenzelfde behandeling van mannen en vrouwen geboden tenzij 'compelling reasons' een verschil in behandeling rechtvaardigen.⁴⁶

In hoeverre het EHRM deze striktere toets ook van toepassing acht bij de andere in artikel 14 EVRM genoemde discriminatiegronden is gezien de beperkte rechtspraak met betrekking tot dit artikel niet goed vast te stellen. In de zaak *Inze* zien we de eis van 'very weighty reasons' terug in het kader van een klacht over discriminatie tussen binnen en buiten huwelijk geboren kinderen.⁴⁷ Daarnaast is dezelfde formulering ook gebruikt in een zaak waarin onderscheid op grond van nationaliteit ter discussie stond.⁴⁸ Dit laatste is opmerkelijk in die zin, dat nationaliteit in tegenstelling tot geslacht en geboorte niet met zoveel woorden in artikel 14 EVRM wordt genoemd.

De CRvB en 'suspecte' criteria

Het dichtst bij huis heeft de Centrale Raad van Beroep (CRvB) in 1993 in de zaak *Van Maarseveen* bij toetsing aan artikel 26 IVBPR expliciet geopteerd voor een toets die differentieert al naar gelang de gehanteerde grond van onderscheid.⁴⁹ Aan de orde was het ontslag van de hoogleraar staatsrecht Van Maarseveen wegens het bereiken van de pensioengerechtigde leeftijd. Van Maarseveen maakte daartegen bezwaar aangezien hij graag door wilde blijven werken en daartoe ook nog zeer wel in staat was. Hij beriep zich op het discriminatieverbod van artikel 1 Grw en artikel 26 IVBPR.⁵⁰

De CRvB merkt op dat het gemaakte onderscheid op grond van leeftijd niet behoort tot de differentiatiecriteria die in art. 1 Grw en art. 26 IVBPR expliciet worden genoemd. Daaraan verbindt de CRvB de conclusie dat daarin toch 'enig waardeverschil' besloten ligt dat tot uiting kan komen in de toetsing, en wel 'in de eisen waaraan de genoemde redelijke en objectieve gronden moeten voldoen en ook enigszins in datgene wat van de verschillende partijen ten aanzien van de motivering van hun stellingen mag worden gevergd'. Meer concreet is de CRvB van oordeel:

45 EHRM 28 mei 1985, Abdulazziz, Publ. EHRM, Serie A, 94.

46 EHRM 21 februari 1997, Van Raalte tegen Nederland, NJCM-Bulletin 22(1997)4, p. 475-483 m.nt. A. Woltjer.

47 EHRM 16 september 1987, Inze, Publ. EHRM, Serie A, 126.

48 EHRM 16 september 1996, Gaygusuz, NJCM-Bulletin 22(1997)4, p. 461 e.v. m.nt. C.A. Groenendijk.

49 CRvB 4 november 1993, AB 1994, 213 m.nt. H.Ph.J.A.M. Hennekens.

50 Pikant detail is dat Van Maarseveen zich ook in zijn wetenschappelijke carrière met leeftijdsdiscriminatie heeft beziggehouden, zie bijv. H. Van Maarseveen, Discriminatie wegens leeftijd, NJB 1989, p. 1085-1086.

'Zo zal, wanneer het gaat om een rechtstreeks onderscheid naar bijv. geslacht of ras, de motivering van dat onderscheid aan vrij zware eisen moeten voldoen en een grote overtuigingskracht moeten hebben om als "redelijke en objectieve gronden" dat onderscheid te rechtvaardigen. Daarentegen kunnen, wanneer het gaat om rechtspositionele regelingen terzake van bijv. financiële en andere aanspraken en faciliteiten, welke aan de ene categorie van personen wel en aan de andere niet worden toegekend en waarbij de meest uiteenlopende beleidsnormen en -doelen als onderscheidend criterium worden gehanteerd, de genoemde redelijke en objectieve gronden reeds aanwezig geacht worden wanneer sprake is van beleidskeuzen waarvan met een nog marginalere toetsing dan gebruikelijk kan worden gezegd dat ze binnen redelijkheidsgrenzen liggen. Daarbij ligt het ook in de rede – en minder eenzijdig dan door eiser is betoogd – bij laatstgenoemde categorie, waar het dikwijls om "simpele" beleidskeuzen gaat, in meerdere mate van de ambtenaar te vergen de aanwezigheid van discriminatie dus de afwezigheid van redelijke en objectieve gronden hard te maken, terwijl het bij een onderscheid naar een van de in de art. 1 Gr.w en 26 IVBP met name genoemde "suspecte" criteria in meerdere mate aan het administratief orgaan is om de afwezigheid van discriminatie dus de aanwezigheid van redelijke en objectieve gronden hard te maken; waarbij zij aangetekend dat het hier om graduele verschillen gaat.'⁵¹

Aangezien leeftijd dus niet tot de 'suspecte' criteria behoort is de toets die in het geval van Van Maarseveen aan de rechtvaardigingsgrond voor het onderscheid wordt gesteld, licht. Die toets kan het leeftijdsonderscheid doorstaan. De CRvB verwijst daarbij naar de mede historisch bepaalde ontstaan- en bestaansgronden van het leeftijdspensioen, zoals het op gevorderde leeftijd afnemen van krachten en creativiteit, het bevorderen van doorstroming en het na een arbeidszaam leven verschaffen van een niet-arbeidsgebonden inkomen.

In vergelijking met de Amerikaanse benadering valt op dat de CRvB wel differentieert naar discriminatiegrond, maar geen rigide indeling in drie niveaus van toetsing maakt. De CRvB benadrukt juist dat het gaat om graduele verschillen. Daardoor kan de differentiatie in toetsing soepeler zijn. Verder is het aantal gronden dat aan een striktere toets wordt onderworpen aanzienlijk uitgebreider dan in de Amerikaanse rechtspraak door de koppeling die de CRvB legt met de in art.1 Grw en art. 26 IVBPR genoemde gronden.

Voor- en nadelen van een gedifferentieerde toetsing

Wat zijn nu de voor- en nadelen van een naar discriminatiegrond gedifferentieerde toetsingsmethodiek? Het belangrijkste voordeel lijkt te zijn dat een gedifferentieerde toets meer ruimte biedt voor een genuanceerde benadering van discriminatie en niet alle vormen van onderscheid over een kam scheert. Zij doet recht aan het feit dat sommige vormen van onderscheid inderdaad verdachter zijn dan andere en geeft daar een juridisch toepasbare invulling aan. Je zou kunnen zeggen dat een gedifferentieerde toets-

⁵¹ ibidem.

sing de specifieke functie van het discriminatieverbod als een *species* van het *genus* gelijkheidsbeginsel beter zichtbaar maakt. Het gelijkheidsbeginsel ziet in algemene zin op de toelaatbaarheid van classificaties die de overheid in het kader van wetgeving, beleid of ander handelen hanteert. In beginsel is de discretionaire bevoegdheid van de overheid in dezen zeer ruim; anders zou zij haar vele taken niet goed kunnen uitvoeren. Deze grote vrijheid van de overheid brengt mee dat door de bank genomen de toetsing aan het gelijkheidsbeginsel een vrij marginale toetsing op de redelijkheid van de gemaakte onderscheidingen zal zijn. Zodra echter classificaties worden gehanteerd die gevoeliger liggen, zoals het geval is bij ras en geslacht, komt het discriminatieverbod in beeld. Bij dit soort vormen van onderscheid volstaat een marginale toets niet meer en dienen aan de redelijkheid van het onderscheid zwaardere eisen te worden gesteld. Een striktere rechtvaardigingstoets doet daar recht aan.⁵²

Een gedifferentieerde toetsing levert ook een aantal knelpunten en dilemma's op. Om te beginnen is een vraag die bij beschouwing van de hierboven aangehaalde rechtspraak in het oog springt, *welke* gronden nu precies een striktere toetsing behoeven en welke niet. De CRvB zoekt aansluiting bij de in art. 1 Grw en art. 26 IVBPR genoemde gronden. Dat is op zich erg voor de hand liggend, maar niet vanzelfsprekend. Zo is het bijvoorbeeld de vraag of er niet ook andere dan de vermelde gronden zijn die 'verdacht' zijn en een hogere bescherming verdienen. Te denken valt aan seksuele orientatie. Dat is een discriminatiegrond die niet expliciet is genoemd in art. 1 Grw of art. 26 IVBPR, maar die wel in de AWGB is opgenomen. Hetzelfde kan worden opgemerkt ten aanzien van het criterium nationaliteit, een grond die zoals we hierboven hebben gezien overigens ook door het EHRM een grotere bescherming krijgt toegemeten, hoewel deze in art. 14 EVRM niet wordt vermeld. En wat te denken van discriminatie op grond van handicap? Kan daarbij worden volstaan met een zeer marginale toets?

Een tweede dilemma betreft de vraag naar het al dan niet erkennen van *gradaties* van verdachtheid tussen de discriminatiegronden onderling. Het Amerikaanse Hoogerechtshof acht ras bijvoorbeeld verdachtter dan onderscheid op grond van geslacht en toetst de eerste grond nog aanzienlijk strikter dan de tweede, de toets is bijna altijd 'strict in theory, but fatal in fact'. Onderscheid op grond van sekse wordt op haar beurt wel weer veel strikter getoetst dan 'gewone' classificaties. Hoewel de specifieke rangorde tussen ras en geslacht in het licht van de Amerikaanse geschiedenis niet onbegrijpelijk is, lijkt deze niet erg in de Nederlandse verhoudingen te passen. De CRvB noemt ras en geslacht dan ook in een adem. Daarentegen liggen andere rangorden tussen de verschillende discriminatiegronden ook in Nederland weer wel voor de hand. Zo lijkt onderscheid op grond van politieke overtuiging (zowel in art. 1 Grw als art. 26 IVBPR en de AWGB expliciet genoemd) aanzienlijk minder verdacht dan bijvoorbeeld ras of geslacht als we afgaan op de vele situaties waarin dit onderscheid een rol speelt (benoemingen van burgemeesters en andere hoge functies in de hele openbare dienst, samenstelling van commissies en adviesorganen, etc.). Indien we ten aanzien van deze grond

52 Zie uitgebreider T. Loenen, *Verskil in gelijkheid*, Zwolle 1992, p. 241 e.v. Een vergelijkbare benadering kan gevolgd worden ten aanzien van de werking van het discriminatieverbod tussen burgers. Ook in die situatie kun je zeggen dat de vrijheid van de burger om onderscheid te maken in beginsel zeer ruim is, maar dient te worden ingeperkt indien het onderscheid gebaseerd is op gevoelige criteria als ras en geslacht en dergelijke.

van onderscheid een zeer strenge toets zouden toepassen in termen van 'noodzakelijk voor het bereiken van een dwingend overheidsdoel' (zie de Amerikaanse rechtspraak) of de aanwezigheid van 'very weighty reasons' (EHRM) zouden de meeste van deze onderscheidingen vermoedelijk stuk voor stuk sneuvelen. Een wat lichtere toets ligt voor deze gevallen dan ook meer in de rede.

De conclusie die uit het voorgaande getrokken kan worden is dat een zekere differentiatie in toetsing al naar gelang de discriminatiegrond onontkoombaar lijkt, of dat nu heel expliciet gebeurt zoals in de Amerikaanse rechtspraak of meer impliciet. De benadering van de CRvB lijkt daarbij een aantrekkelijker aanknopingspunt voor zo'n verdere differentiatie te bieden dan de Amerikaanse, door de nadruk die de CRvB legt op het feit dat het gemaakte onderscheid tussen leeftijdsdiscriminatie en discriminatie op grond van in art. 1 Grw en art. 26 IVBPR genoemde gronden gradueel is. Dat biedt ruimte voor een flexibele toetsing van discriminatie al naar gelang de discriminatiegrond. Te denken valt aan een soort glijdende schaal van toetsing: hoe verdachter een onderscheidingscriterium, hoe strikter de toets of daar objectieve en redelijke gronden voor bestaan. Daarbij zou dan ook rekening kunnen worden gehouden met een derde knelpunt dat een naar discriminatiegrond gedifferentieerd toetsingsmodel oproept, te weten het gevaar van rigiditeit. Indien men namelijk de discriminatiegrond tot uitgangspunt neemt om te bepalen hoe strikt er getoetst moet worden of het gewraakte onderscheid door de beugel kan, dreigt men het zicht te verliezen op het belang van de *ernst* van de inbreuk. Men moet zich afvragen of een onderscheid op grond van een zeer suspecte grond, maar met slechts triviale gevolgen, niet aan een lichtere rechtvaardigingsgrond onderworpen dient te worden, en vice versa, of een onderscheid op grond van een minder verdachte grond, maar met ingrijpende gevolgen voor betrokkene, niet juist (toch) aan een striktere toets. Zo lijkt bij een oordeel over de vraag of een Bloedbank het bloed van homoseksuele donoren mag weigeren het feit dat de uitsluiting van homoseksuelen geen ernstige gevolgen voor deze groep heeft een belangrijke rol te spelen. Een flexibele toetsingsdifferentiatie in de vorm van een glijdende schaal zou ook met deze factor rekening kunnen houden.

In het verlengde van het voorgaande betreft een laatste knelpunt bij gedifferentieerde toetsing de vraag of het toepassen van een zeer strikte toets bij onderscheid op grond van ras en geslacht ook toegepast dient te worden als het gaat om onderscheid dat etnische minderheden c.q. vrouwen niet benadeelt, maar juist bedoelt te bevoordelen, zoals het geval is bij voorkeursbehandeling. In de Amerikaanse rechtspraak is lange tijd met deze vraag geworsteld en is bij voorkeursbehandeling van zwarten soms een andere toets gehanteerd dan de 'strict scrutiny' om niet alle vormen van voorkeursbehandeling bij voorbaat te frustreren. Ik kom hier in het volgende hoofdstuk nog op terug.

Het bovenstaande verhaal over toetsing van rechtvaardigingsgronden en het aanbrengen van differentiaties in de striktheid van die toetsing al naar gelang de discriminatiegrond, ziet op toetsing aan algemeen geformuleerde discriminatieverboden zoals neergelegd in art. 1 Grw en art. 26 IVBPR. Het gaat hier om sterk open normen, met een bijbehorende sterk open toetsing ten aanzien van de vraag wanneer onderscheid als discriminatie te bestempelen is. Dat ligt bij discriminatieregeling als de AWGB en de WGB heel anders. Bij deze non-discriminatieregelingen is de norm van gelijke behandeling door de wetgever reeds nader uitgewerkt. Deze heeft zelf al een aantal keuzen gemaakt

met betrekking tot de vraag wat wel of niet is aan te merken als discriminatie, met alle consequenties van dien voor de wijze waarop de rechter dient te toetsen of er sprake is van discriminatie en voor de beoordelingsruimte die hij daarbij heeft. Een kleine 'tour d'horizon' van de AWGB kan dit verduidelijken.

3.4 Ongerechtvaardigd onderscheid: de keuzes van de AWGB

De AWGB is primair bedoeld als een nadere uitwerking van het in art. 1 Grw neergelegde gelijkheidsbeginsel voor horizontale verhoudingen. Dat wil niet zeggen dat de AWGB niet ook op de overheid betrekking heeft of kan hebben, maar dat is niet de focus van de wet. *Grosso modo* bestrijkt de AWGB het terrein van de arbeid, het vrije beroep, en het aanbieden van goederen en diensten en het sluiten van overeenkomsten ter zake indien dat geschiedt in de uitoefening van een beroep of bedrijf, door de openbare dienst, door instellingen op het gebied van welzijn, cultuur, gezondheid, volkshuisvesting en onderwijs, of door natuurlijke personen, voorzover een en ander in het openbaar plaatsvindt. Gezien het rechtstheoretische karakter van dit cahier is het hier niet de plaats om uitgebreid in te gaan op de verdere inhoud en werkingssfeer van de AWGB.⁵³ We beperken ons tot de wijze waarop onder de AWGB getoetst wordt of er sprake is van discriminatie. De toetsingsystematiek kent namelijk een aantal interessante verschillen ten opzichte van toetsing onder art. 26 IVBPR en art. 1 Grw.

De AWGB spreekt niet van een verbod van discriminatie, maar verbiedt direct en indirect onderscheid op grond van een aantal limitatief opgesomde gronden: godsdienst, levensovertuiging, politieke gezindheid, ras, geslacht, nationaliteit, hetero- of homoseksuele gerichtheid en burgerlijke staat. Onderscheid op grond van leeftijd of handicap kan men dus niet op grond van deze wet aanvechten, deze vormen van onderscheid vallen simpelweg buiten de werkingssfeer van de AWGB.

Bij direct onderscheid gaat het om onderscheid dat rechtstreeks op grond van een van de genoemde gronden als ras en geslacht wordt gemaakt. In de systematiek van de wet is direct onderscheid op een van die gronden *altijd* verboden, tenzij er een expliciete uitzonderingsbepaling (waarin de wet zelf dus voorziet) van toepassing is. Met andere woorden, de AWGB bepaalt zelf uitdrukkelijk welke rechtvaardigingsgronden wel of niet kunnen worden aangevoerd. De wetgever heeft dat dus al bepaald, de rechter moet zich daar aan houden. Om een voorbeeld te geven: ten aanzien van direct onderscheid op grond van geslacht voorziet de AWGB in drie uitzonderingen op het verbod van onderscheid. In de eerste plaats is onderscheid op grond van sekse toegestaan in gevallen waarin het geslacht bepalend is. Te denken valt bijvoorbeeld aan de modeontwerper die modellen werft om zijn of haar collectie mannenkleding te showen. In die situatie mag hij of zij uitsluitend werven onder mannen. De tweede uitzondering op het

⁵³ Voor wie daar wel meer over wil weten zie A.W. Heringa, *De Algemene Wet Gelijke Behandeling*, Actualiteiten Sociaal Recht nr. 1, Kluwer, Deventer 1994. Voor de WGB van mannen en vrouwen bij de arbeid, die naast de AWGB van belang is voor discriminatie op grond van geslacht zie I.A. Asscher-Vonk en K. Wentholt, *De Wet Gelijke behandeling van mannen en vrouwen*, Serie Praktijk Sociaal Recht nr. 1, Deventer 1994.

verbod van direct sekse-onderscheid betreft gevallen die zien op de bescherming van vrouwen, en dan met name in verband met zwangerschap en moederschap. Deze uitzonderingsgrond is opgenomen met het oog op zaken als zwangerschaps- en bevalingsverlof. De derde uitzonderingsgrond tenslotte betreft voorkeursbehandeling van vrouwen.

Buiten deze drie rechtvaardigingsgronden is het maken van direct onderscheid op grond van geslacht onder de AWGB te allen tijde verboden, hoe redelijk zo'n onderscheid ook zou kunnen zijn. De rechter heeft buiten deze drie uitzonderingsclausules dus geen eigen vrije beoordelingsruimte ten aanzien van de vraag of een onderscheid gerechtvaardigd is of niet. Vandaar ook dat we hier in tegenstelling tot toetsing aan art. 26 IVBPR spreken van een 'gesloten' toetsing. Hier ligt dus een groot verschil met toetsing van discriminatie aan art. 1 Grw of art. 26 IVBPR, waarbij zoals we hebben gezien alle mogelijke rechtvaardigingsgronden kunnen worden aangevoerd, waarover vervolgens de rechter te oordelen heeft of zij als voldoende 'redelijke en objectieve gronden' kunnen gelden. (En afhankelijk van de striktheid van de toegepaste toets zal de rechter dit sneller of minder snel aannemen.)

Het belang van dit verschil kan geïllustreerd worden aan de hand van een voorbeeld. Stel dat een advocatenmaatschap op zoek gaat naar een nieuwe maat. De beste kandidaat is een vrouw. Deze vrouw blijkt echter zwanger te zijn. De maten bedenken zich om die reden alsnog en kiezen een andere kandidaat als hun nieuwe maat: de afwezigheid van de vrouw tijdens het zwangerschapsverlof is lastig en scheelt bovendien veel inkomsten. Verder is het maar de vraag of de vrouw de zorg voor een kind goed zal kunnen combineren met het werken in de maatschap. De maten nemen liever geen risico.

Getoetst aan de AWGB is het gedrag van de maten zonder meer onrechtmatig. Het betreft hier direct onderscheid op grond van geslacht, zodat onderscheid alleen is toegestaan indien een van de wettelijke uitzonderingsclausules van toepassing is. Dat is niet het geval. Er is immers geen sprake van een functie waarvoor het geslacht bepalend is, noch van bescherming van de vrouw, en al helemaal niet van voorkeursbehandeling. Onder art. 26 IVBPR daarentegen zou bekeken moeten worden of er sprake is van 'redelijke en objectieve gronden' voor het onderscheid. Aangezien er hier sprake is van een 'verdacht' onderscheidingscriterium mag je verwachten dat deze toets strikt zal worden ingevuld. Niettemin is er, anders dan onder de AWGB, op zich ruimte voor de rechter om de door de maten aangevoerde rechtvaardigingsgronden te honoreren. Onder de AWGB heeft de wetgever die ruimte weggenomen door zelf nadere invulling te geven aan de norm van non-discriminatie. De wetgever acht onderscheid op grond van zwangerschap per definitie onredelijk, tenzij een van de geformuleerde uitzonderingsgronden aan de orde is.

De voor- en nadelen van de 'gesloten' toetsing onder de AWGB en de 'open' toetsing onder art. 26 IVBPR zijn niet moeilijk te bedenken. De AWGB geeft meer duidelijkheid en de beantwoording van de vraag welke rechtvaardigingsgronden toelaatbaar zijn berust op het oordeel van de wetgever, niet op dat van de rechter. Gezien het verschil in democratische legitimatie tussen beide lijkt dat bij dit soort waardegevoelige oordelen een goede zaak. De AWGB is tegelijkertijd ook vrij rigide. In de wet geheel niet voorziene situaties kunnen door de gesloten toetsingsystematiek soms tot onbevredigende uitkomsten leiden. Zo handelt een werkgever die voor vier maanden een vervanger

zoekt voor een zwangere werknemster die met zwangerschapsverlof gaat in strijd met de wet, indien hij een eveneens zwangere sollicitante voor die zeer tijdelijke vervangingsplek zou weigeren. De wet voorziet niet in deze uitzonderlijke situatie, waarin onderscheid op grond van zwangerschap wel gerechtvaardigd lijkt. De open toetsing onder art. 26 IVBPR daarentegen is zeer flexibel en kan daarmee recht doen aan alle omstandigheden van het individuele geval, maar maakt de interpretatie van de non-discriminatie-norm ook veel gevoeliger voor de subjectieve opvattingen van de rechter(s) die over vermeende schendingen van het discriminatieverbod te oordelen krijgen.

De AWGB kent naast het verbod van direct onderscheid ook een verbod van indirect onderscheid. In de volgende paragraaf gaan we nader op dit belangrijke concept in, dat met name onder invloed van de rechtspraak van het Hof van Justitie van de EG een belangrijke plaats is gaan innemen in de Nederlandse rechtspraak met betrekking tot gelijke behandeling.

3.5 Indirecte discriminatie

De ontwikkeling van het concept

De ontwikkeling van het concept van indirecte discriminatie betekent een belangrijke uitbreiding van de bescherming die het discriminatieverbod kan bieden. Zoals opgemerkt is dit concept primair via de Europese rechtspraak van het Hof van Justitie van de EG inzake seksdiscriminatie de Nederlandse rechtsorde binnengekomen. Het HvJEG kon daarbij putten uit twee bronnen. Enerzijds was het Hof reeds vertrouwd met het concept van indirecte discriminatie in de context van het, voor het functioneren van het vrije verkeer van personen en goederen cruciale, verbod van discriminatie op grond van nationaliteit. Zo oordeelde het Hof al in 1974 in het befaamde arrest *Sotgiu* dat 'the rules regarding equal treatment forbid not only overt discrimination by reason of nationality, but also covert forms of discrimination which, by application of other criteria of differentiation, lead in fact to the same result'.⁵⁴ Anderzijds lijkt het Hof geïnspireerd te zijn door de Amerikaanse rechtspraak inzake rassendiscriminatie. In de eerste zaak met betrekking tot indirecte discriminatie op grond van geslacht die het Hof kreeg voorgelegd, de zaak *Jenkins*⁵⁵, verwijst Advocaat-Generaal Warner expliciet naar de beroemde Amerikaanse uitspraak *Griggs v. Duke Power Co.*⁵⁶ In deze zaak pakte het Amerikaanse Hoogerechtshof het beleid van een werkgever aan die voor promoties van werknemers en overplaatsing naar aantrekkelijker afdelingen onder andere de eis stelde dat zij beschikten over een *High School* diploma. In de praktijk betekende dit dat de zwarte werknemers van dit bedrijf, gezien de slechte schoolvoorzieningen voor zwarten, nagenoeg nooit in aanmerking kwamen voor promotie of overplaatsing. Het Hof oordeelde dat deze eis gezien dit onevenredig effect niet is toegestaan, tenzij de werkgever kan aantonen dat het bezit van een dergelijk diploma inderdaad noodzake-

54 HvJEG *Sotgiu* (zaak 152/73), Jur. HvJEG 1974, 153.

55 *Jenkins tegen Kingsgate* (zaak 96/80), Jur. HvJEG 1981, 911.

56 *Griggs v. Duke Power Company*, 401 US 424 (1971).

lijk is voor het functioneren in de betreffende functies. Ook hier was er dus sprake van een op zich neutraal criterium, dat naar het effect gemeten echter discrimineerde. Dit nu is de essentie van het concept van indirecte discriminatie.

De *landmark-case* van het Hof van Justitie inzake indirecte discriminatie op grond van geslacht mag hier niet onvermeld blijven. In deze zaak, *Bilka Kaufhaus* tegen *Karen Weber von Hartz*, stond een aanvullende pensioenvoorziening van een groot winkelbedrijf ter discussie die parttimers uitsloot van deelname aan de regeling.⁵⁷ Mevrouw Weber achtte dit in strijd met het recht op gelijke beloning van mannen en vrouwen, dat in artikel 119 van het EEG-verdrag wordt gegarandeerd. Hoewel de regeling op zich sekse-neutraal is, worden met name vrouwen in de praktijk uitgesloten, aangezien zij veel vaker dan mannen in deeltijd werken.

Het HvJEG is van oordeel dat indien een veel groter aantal vrouwen dan mannen wordt getroffen door een dergelijke regeling, deze uitsluiting van parttimers in strijd met art. 119 EEG-Verdrag is, tenzij de onderneming aantoont dat zij haar verklaring vindt in factoren die objectief gerechtvaardigd zijn en niets van doen hebben met discriminatie op grond van geslacht. Dit is volgens het Hof het geval, indien het bedrijf hard kan maken dat de regeling voldoet aan een *werkelijke behoefte van de onderneming* en ook *geschikt en noodzakelijk* is om dat doel te bereiken. Gezien de laatste eis is deze toets dus strikt. In latere zaken is de toets ook toegepast bij (potentieel) indirecte discriminatie door de staat. In dat geval eist het HvJEG dat het onderscheid met een onevenredig nadelig effect voor vrouwen een belangrijk overheidsdoel dient en, net zoals in *Bilka*, geschikt en noodzakelijk is om dat doel te bereiken.⁵⁸

De hierboven weergegeven toets is door het Hof over het algemeen consistent toegepast, zij het dat het Hof bij het vereiste van 'noodzakelijk' niet altijd even strikt lijkt te toetsen. Niettemin zijn met behulp van het concept van indirecte discriminatie de nodige voor vrouwen nadelige praktijken met succes aangevochten.

Het concept van indirecte discriminatie en de daarbij behorende door het HvJEG ontwikkelde toets heeft ook in Nederland ruime ingang gevonden. Gezien de rechtstreekse werking van de non-discriminatiebepalingen van art. 119 EEG-Verdrag en de EG-richtlijnen inzake gelijke behandeling van mannen en vrouwen is dat niet verwonderlijk. Met de inwerkingtreding van de AWGB, die zoals opgemerkt ook een verbod van indirect onderscheid kent, kan men verwachten dat de toepassing van het concept aanzienlijk wordt verbreed nu de AWGB niet alleen discriminatie op grond van geslacht verbiedt, maar ook discriminatie op een aantal andere gronden. In de oordelen van de Commissie Gelijke Behandeling is dit inderdaad reeds waar te nemen.⁵⁹ Zo heeft de CGB met betrekking tot ras geoordeeld dat het stellen van de eis van een goede beheersing van de Nederlandse taal bij het werven voor de functie van schoonmaker indirect-

57 HvJEG 13 mei 1986, *Bilka Kaufhaus GmbH* tegen *Karin Weber von Hartz* (zaak 170/84), Jur. HvJEG 1986, 1607 e.v.

58 HvJEG 13 juli 1989, *Rinner-Kühn* (zaak 171/88), Jur. HvJEG 1989, p. 2743 e.v.

59 De CGB is een instantie die specifiek belast is met het toezicht op de AWGB en de WGB, en sinds november 1996 ook met dat op de Wet inzake het verbod van onderscheid naar arbeidsduur (Stbl. 1996, nr. 391). Een ieder die meent in strijd met deze wetten behandeld te zijn kan bij de CGB een klacht indienen. De oordelen van de Commissie zijn niet bindend.

te discriminatie (in termen van de AWGB indirect onderscheid) op grond van ras oplevert.⁶⁰ Van indirecte discriminatie van homoseksuelen kan sprake zijn indien onderscheid op grond van huwelijk wordt gemaakt.⁶¹ En indirecte discriminatie op grond van godsdienst kan aan de orde zijn indien een werkgever zijn islamitische werknemers verbiedt om op het werk een hoofddoek te dragen.⁶²

Soms is ook samenloop van directe en indirecte discriminatie mogelijk. Zo kan direct onderscheid op grond van burgerlijke staat (bijvoorbeeld onderscheid tussen gehuwden en ongehuwden) indirect onderscheid op grond van hetero- of homoseksuele gerichtheid opleveren, aangezien homoseksuelen niet kunnen huwen. Verder is onderscheid op grond van leeftijd (bijvoorbeeld in personeelsadvertenties) vaak indirect discriminerend voor vrouwen, nu zij vaker dan mannen als herintreedsters de arbeidsmarkt betreden, en leidt onderscheid op grond van nationaliteit vaak tot indirect onderscheid op grond van ras.

De betekenis van het concept van indirecte discriminatie

Uit de voorbeelden kan men afleiden dat het verbod van indirecte discriminatie een belangrijke uitbreiding van het discriminatieverbod betekent. In de eerste plaats biedt het een handvat om verholde vormen van directe discriminatie aan te pakken. De werkgever die geen buitenlanders in dienst wil nemen en denkt het verbod van discriminatie op grond van ras te kunnen omzeilen door eisen te stellen omtrent een goede beheersing van de Nederlandse taal komt bedrogen uit. Verder, en dat is ongetwijfeld veel belangrijker, biedt het concept van indirecte discriminatie de mogelijkheid om meer structurele knelpunten waarmee achtergestelde groepen vaak te maken hebben en die vaak op verschillen in sociaal-economische positie terug te voeren zijn, ter discussie te stellen. Ook zonder boze bedoelingen kan er immers sprake zijn van indirecte discriminatie. Een nadelig effect is op zichzelf genoeg om een *vermoeden* van discriminatie op te leveren. Daarmee brengt het concept nadrukkelijk de vaak nadelige gevolgen van maatschappelijke verschillen in beeld en problematiseert die. Zo betekent de onderkenning van het nadelig effect van het stellen van taaleisen voor sollicitanten van niet-Nederlandse afkomst tevens de erkenning van de problematiek van taalachterstand bij deze groep, waar rekening mee dient te worden gehouden in plaats van dat dit leidt tot (verdere) benadeling.

Het potentiële bereik van het verbod van indirecte discriminatie is dan ook groot. Allerlei vanzelfsprekendheden kunnen ermee ter discussie worden gesteld, aangezien iedere behandeling met een nadelig effect moet worden verantwoord.⁶³

60 Zie CGB, Oordelenbundel 1994-95, oordeel 95-30.

61 Zie bv. CGB, Oordelenbundel 1994-95, oordeel 95-50 t/m 52. In deze pensioenzaken concludeerde de CGB echter niet tot strijd met de AWGB, aangezien de AWGB de betreffende materie van haar werkingssfeer uitsluit.

62 Zie CGB, Oordelenbundel 1996, oordeel 96-85. Overigens benadert de CGB deze materie afhankelijk van de specifieke context ook als directe discriminatie op grond van godsdienst, zie CGB, Oordelenbundel 1994-95, oordeel 95-31. Dit is echter niet onomstreden.

63 Vgl. C.M. Sjerps, Het concept van indirecte discriminatie, in: T. van Vleuten (red.), In concreto. Bijdragen over rechtsvorming gelijke behandeling, Min. van SZW, Den Haag 1994, p. 87-98

Beperkingen van het concept van indirecte discriminatie

Hoewel het concept van indirecte discriminatie een belangrijke uitbreiding van het bereik van het non-discriminatiebeginsel betekent, kent het ook een aantal belangrijke beperkingen. In de eerste plaats is het concept in de rechtspraak niet in alle opzichten even makkelijk en eenduidig toe te passen. Om te beginnen moet de hobbelen worden genomen van het vaststellen van een onevenredig nadelig effect. Dat lijkt misschien wel makkelijk, maar dat is het vaak niet. Het is namelijk niet altijd duidelijk welk referentiekader daarbij gehanteerd dient te worden. Zo kun je er bij de problematiek van de taaleisen vrij makkelijk van uit gaan dat taaleisen over het algemeen allochtonen aanzienlijk vaker nadelig zullen treffen dan autochtonen, maar bij een claim dat een werkgever indirect discrimineert door zijn deeltijdwerknemers bepaalde voordelen te onthouden die zijn voltijdwerknemers wel genieten, ligt dit al veel problematischer. De vraag is namelijk of je de werkgever mag aanspreken op het feit dat *in het algemeen* de meeste parttimers vrouwen zijn, zodat benadeling van parttimers automatisch een vermoeden van indirecte discriminatie op grond van geslacht meebrengt, of dat je de werkgever alleen mag aanspreken indien *in zijn onderneming* het onderscheid tussen parttimers en fulltimers inderdaad leidt tot een onevenredige benadeling van vrouwen. Afhankelijk van de specifieke samenstelling van zijn werknemerspopulatie hoeft dit namelijk niet het geval te zijn.

Voor beide benaderingen valt wel wat te zeggen. Indien men uitgaat van het algemene gegeven dat vrouwen vaker in deeltijd werken, hoeft verder niet aangetoond te worden dat een benadeling van deeltijdwerknemers een onevenredig nadelig effect voor vrouwen heeft. Indien men uitgaat van de werknemerspopulatie van de betreffende werkgever moet dat met behulp van statistisch materiaal wel eerst worden aangetoond en dat kan de nodige problemen opleveren.⁶⁴ Blijkt er geen sprake te zijn van een onevenredige benadeling van vrouwen (een werkgever heeft bijvoorbeeld relatief evenveel mannelijke als vrouwelijke parttimers in dienst, zodat de benadeling van deeltijdwerknemers mannen en vrouwen gelijkelijk treft) dan strandt de claim van indirecte discriminatie reeds om die reden. Dit kan dan echter de onbevredigende consequentie hebben dat precies dezelfde nadelige behandeling van parttimers in een ander bedrijf wel indirecte discriminatie oplevert, enkel en alleen doordat de samenstelling van de werknemerspopulatie bij die werkgever anders ligt. Daar staat echter tegenover dat een benadering die uitgaat van de populatie van werknemers bij de betrokken werkgever, de werkgever alleen verantwoordelijk stelt voor de behandeling van zijn eigen personeel. Overigens heeft deze problematiek op het terrein van de arbeid veel van zijn betekenis verloren door de totstandkoming van het wettelijk verbod op onderscheid naar arbeidsduur, dat sinds 1 november 1996 in werking is getreden. De betreffende regeling verbiedt ieder onderscheid op grond van arbeidsduur waarvoor geen objectieve

⁶⁴ Over alle problemen die dat mee brengt zie C.M. Sjerps, Tellen en tellen is twee, SMA 1985, p. 362-373 en J.R. Diercx en J.J. Siegers, Indirecte discriminatie van deeltijdwerkers, statistisch bewijs en objectieve rechtvaardiging, NJB 1990, p. 554-560.

rechtvaardiging kan worden aangevoerd, ongeacht de vraag of door het onderscheid meer vrouwen dan mannen worden getroffen.⁶⁵

Een tweede praktisch knelpunt bij de toepassing van het concept van indirecte discriminatie betreft de 'objectieve rechtvaardigingsgrond'. Deze blijkt in de praktijk, ondanks de op papier strikte formulering in de vorm van het noodzakelijkheidsvereiste, uiterst flexibel te kunnen worden toegepast. Zo is met name op het gebied van de sociale zekerheid de toepassing van de toets sterk verwaterd, zodat allerlei vormen van potentiële indirecte discriminatie op grond van geslacht alsnog in stand konden worden gehouden.⁶⁶ De reden daarvoor is overigens niet zo moeilijk te raden. Opheffing van discriminatie op dit terrein kost over het algemeen namelijk veel geld.

Een knelpunt van meer fundamentele aard betreft het feit dat het concept van indirecte discriminatie wel het oog kan richten op bepaalde nadelige gevolgen van maatschappelijke verschillen (bijvoorbeeld de verminderde kans voor allochtonen om een baan te krijgen als daarbij taaleisen worden gesteld), maar de oorzaken daarvan nog niet wegneemt. Daarvoor is vaak veel meer nodig. In het voorbeeld: verbieden dat taaleisen worden gesteld, tenzij die echt noodzakelijk zijn voor de betreffende functie heft het probleem van de taalachterstand van minderheden en alle consequenties die dat heeft niet op, maar verzacht slechts een deel van de gevolgen.

3.6 Het discriminatieverbod in relatie tot het gelijkheidsbeginsel

Aan het begin van dit hoofdstuk is aangegeven dat het gelijkheidsbeginsel in de rechtspraktijk veelal wordt toegepast in de vorm van het discriminatieverbod, dat op diverse plaatsen en in diverse vormen in het recht is geformuleerd. Hoe verhoudt dit verbod zich nu in conceptuele zin tot het gelijkheidsbeginsel zoals dat in de vorige hoofdstukken aan de orde is geweest, en met name tot het onderscheid dat is gemaakt tussen formeel en materieel gelijke behandeling?

Om te beginnen kan men zeggen dat het discriminatieverbod een belangrijke rol speelt bij de beantwoording van de vraag wanneer differentiaties geoorloofd zijn. Dat is een vraag die zowel bij een formele als een materiële gelijkheidsbenadering van groot belang is. Het discriminatieverbod geeft aan dat we sommige verschillen in behandeling met meer argwaan moeten bekijken dan andere. Welke verschillen dat precies zijn kan naar tijd, plaats en ook subjectieve appreciatie echter verschillen. Van de in art. 1 Grw en art. 26 IVBPR genoemde gronden zou je kunnen zeggen dat de geschiedenis ons geleerd heeft dat deze gronden in ieder geval vaak hebben geleid en/of nog steeds leiden tot uitsluiting en achterstelling, en dat we dat nu niet meer accepteren. De grote argwaan tegen dit soort onderscheidingsgronden brengt mee dat dat soort onderscheid ook strikt(er) dient te worden getoetst. De toevoeging in art. 1 Grw en art. 26 IVBPR dat discriminatie is verboden 'op welke grond ook' betekent tevens dat we dit soort genoemde gron-

⁶⁵ Zie S.D. Burri, *Gelijke behandeling en arbeidsduur: het wetsvoorstel tot verbod van onderscheid tussen voltijd- en deeltijdwerknemers*, *Nemesis* 1996, 18-26.

⁶⁶ Voor een overzicht van de ontwikkelingen op dit terrein zie W.S.R. Stoter, *Rechtvaardigingsgronden voor ongelijke behandeling van vrouwen in het gemeenschapsrecht*, *NJB* 1996, 1811-1815.

den niet als per se limitatief moeten zien. Dat is maar goed ook, want dat biedt ruimte om ook andere gronden, zoals bijvoorbeeld seksuele oriëntatie en handicap, en wellicht ook leeftijd, met meer argwaan dan voorheen het geval was te bekijken.

De ontwikkeling van het concept van indirecte discriminatie kan geduid worden als een belangrijke stap in de richting van een meer materiële benadering van het gelijkheidsbeginsel. In ieder geval gaat dit concept belangrijk verder dan een strikt formele benadering. Zoals we in hoofdstuk 2 hebben gezien is een formele gelijkheidsbenadering gericht op de vraag of iedereen wel hetzelfde wordt behandeld. Alleen ongelijke behandeling dient verantwoord te worden, eenzelfde behandeling niet. Dat levert problemen op als er sprake is van gelijke behandeling van ongelijke gevallen, zoals in het geval van de taaleis. In een formele gelijkheidsbenadering blijft dit probleem onzichtbaar als een probleem van gelijkheid. Er is toch sprake van dezelfde behandeling? Het concept van indirecte discriminatie daarentegen herkent en erkent het stellen van taaleisen bij een sollicitatie wel als een probleem van gelijke behandeling. De focus op het *effect* van een bepaalde behandeling plaatst het concept van indirecte discriminatie in de lijn van een meer materiële benadering van het gelijkheidsbeginsel. Relevant is immers niet zozeer of de behandeling in zichzelf wel gelijk in de zin van hetzelfde is, maar of de uitkomst gelijk is. Iedere behandeling die voor bepaalde groepen leidt tot ongelijke uitkomsten, behoeft een deugdelijke rechtvaardiging.

Met het signaleren en ter discussie stellen van nadelige effecten die het gevolg zijn van verschillen in positie lijkt de grens van het concept van indirecte discriminatie echter wel bereikt te zijn, zeker in de rechtspraktijk. Een materieel gelijke behandeling kan er veelal niet via de rechter mee worden afgedwongen. Zo zal het discriminatieverbod de gehandicapte student niet verder kunnen helpen in zijn claims ten opzichte van de NS. Zijn probleem is niet dat hij op een ongerechtvaardigde wijze anders wordt behandeld dan andere reizigers, en ook niet dat de NS een beleid voert waarbij 'handicap-neutrale' onderscheidingscriteria worden gehanteerd die naar het effect gemeten in het bijzonder gehandicapten treffen, maar dat er door de NS niet voldoende tegemoet gekomen wordt aan zijn specifieke behoeften. Het is juist het niet-handelen en het niet-differentiëren dat hier problemen oplevert. Wat de student nodig heeft zijn specifieke faciliteiten, zodat hij onder andere zijn gelijke recht op onderwijs en bewegingsvrijheid (beter) kan realiseren. Dat is een materie die bij uitstek behoort tot het domein van een materieel gelijke behandeling, maar niet goed gevangen kan worden in een discriminatieverbod, en in ieder geval niet simpel via de rechter kan worden afgedwongen. Hier ligt veeleer een taak voor de wetgever. Het is ook een materie die gerelateerd is aan het onderwerp waar we het laatste hoofdstuk van dit cahier aan wijden: voorkeursbehandeling.

HOOFDSTUK 4

Voorkeursbehandeling

4.1 Inleiding

Voorkeursbehandeling staat volop ter discussie en niet alleen in ons land. Zo heeft het *Kalanke*-arrest van het HvJEG uit 1995 in heel communautair Europa geleid tot een controverse over de geoorloofdheid ervan en zijn er overal lobby's op touw gezet om voorkeursbehandeling te redden dan wel juist voor eens en altijd uit te bannen.⁶⁷ En in de VS, bakermat van 'preferential treatment', lijkt voorkeursbehandeling van etnische minderheden en vrouwen definitief op zijn retour, met de uitspraak van het Amerikaanse Hoogerechtshof in de zaak *Adarand Constructors* als voorlopig hoogte- of dieptepunt, afhankelijk hoe je deze ontwikkeling beoordeelt.⁶⁸

De controverses rond voorkeursbehandeling hebben alles te maken met onderliggende percepties van gelijkheid en rechtvaardigheid op een meta-juridisch niveau, en met verschillen in de conceptualisering van het juridische gelijkheidsbeginsel en discriminatieverbod zoals we die in de eerdere hoofdstukken van dit cahier zijn tegengekomen. De discussie wordt verder vaak vertroebeld door terminologische en begripsmatige verwarring over voorkeursbehandeling. In dit hoofdstuk zullen we proberen wat orde en duidelijkheid in de discussie te scheppen, zodat de lezer beter inzicht krijgt in de relatie tussen voorkeursbehandeling en het gelijkheidsbeginsel en beter in staat is zich een gefundeerd oordeel over voorkeursbehandeling te vormen. Meer dan bij enig ander deelonderwerp dat in dit cahier aan de orde is gekomen zijn visies op voorkeursbehandeling verweven met waarde-oordelen. Na enkele opmerkingen over de gehanteerde terminologie gaan we in op de verschillende niveaus waarop discussies over voorkeursbehandeling gevoerd (kunnen) worden. We staan uitvoerig stil bij de legitimiteit respectievelijk legaliteit van voorkeursbehandeling en met name bij de vraag of voorkeursbehandeling als even 'verdacht' moet worden aangemerkt als 'gewone' discriminatie. Hierbij maken we ook een uitstapje naar de rechtspraak van het Amerikaanse Hoogerechtshof. Tot slot gaan we in op de relatie tussen voorkeursbehandeling en verschillende vormen van sociaal beleid en proberen we de vraag te beantwoorden waarom juist voorkeursbehandeling bij werving en selectie zoveel weerstanden oproept.

4.2 Wat is voorkeursbehandeling?

Hoewel de term voorkeursbehandeling niet altijd eenduidig wordt gebruikt, laat voorkeursbehandeling zich in algemene zin omschrijven als het gebruik maken van een

⁶⁷ HvJEG 17 oktober 1995, *Kalanke* tegen Freie Hansestadt Bremen (zaak C-450/93), NJ 1996, 507

⁶⁸ *Adarand Constructors v. Federico Pena, Secretary of Transportation*, US Law Week 13 juni 1995, p. 4523 e.v.

in beginsel verdacht criterium als ras of geslacht om een categorie mensen niet uit te sluiten (hetgeen het geval is bij 'negatief' discrimineren) maar hen juist in een gunstiger positie te brengen (dat wil zeggen 'positief' discrimineren). Het gebruik van de term 'positieve discriminatie' wordt in de literatuur soms bewust vermeden aangezien het eigenlijk een *contradictio in terminis* is. Als discriminatie gezien de pejoratieve lading van het begrip per definitie ongerechtvaardigd onderscheid behelst, is positieve discriminatie niet bestaanbaar.⁶⁹ In dit boekje zullen we voorkeursbehandeling en positieve discriminatie niettemin voor het gemak door elkaar gebruiken.

Positieve discriminatie of voorkeursbehandeling moet wel goed worden onderscheiden van 'positieve actie'. Positieve actie is een breder concept en omvat alle regelingen en maatregelen die er op gericht zijn om bepaalde categorieën personen in een betere positie te brengen. Zo kan een bedrijf een positief-actieplan bezitten waarin een heel scala aan maatregelen is voorzien om het aandeel van etnische minderheden, gehandicapten en vrouwen te vergroten en de doorstroming naar hogere functies te bevorderen. Het kan daarbij gaan om specifiek loopbaanbeleid voor deze groepen, om faciliteiten voor bijscholing of kinderopvang, betaald ouderschapsverlof, een snipperdagbeleid dat rekening houdt met Islamitische feestdagen, goede toegankelijkheid van alle werkplekken, etcetera. Veel van dit soort maatregelen kunnen ras-, sekse- en handicap-neutraal geformuleerd zijn. Alleen indien het gaat om maatregelen of faciliteiten die uitsluitend voor leden van etnische minderheden, gehandicapten of vrouwen zijn bedoeld spreken we van voorkeursbehandeling. Bij voorkeursbehandeling is er met andere woorden altijd sprake van *direct* onderscheid op grond van een in beginsel verdacht criterium.⁷⁰

De klassieke voorbeelden van voorkeursbehandeling die in het middelpunt van de discussies staan betreffen voorkeursbeleid bij werving en selectie: 'bij gelijke geschiktheid wordt de voorkeur gegeven aan allochtonen', 'bij voldoende geschiktheid gaat de voorkeur uit naar een vrouw', luidt bijvoorbeeld een advertentietekst. De discussies tussen voor- en tegenstanders van voorkeursbehandeling concentreren zich meestal op dit punt, zoals bijvoorbeeld ook blijkt uit de preadviezen voor de Nederlandse Juristen Vereniging van 1989 over positieve discriminatie.⁷¹ Andere vormen van direct onderscheid op grond van ras en geslacht, die gezien de omschrijving van voorkeursbehandeling daar evenzeer onder vallen, zijn veel minder controversieel. Over specifieke werkgelegenheidsprojecten voor Turkse en Marokkaanse jongeren of bijscholingscursussen voor herintredende vrouwen bijvoorbeeld vinden geen vergelijkbaar verhitte discussies plaats, hoewel ook hiertegen in toenemende mate weerstand lijkt te

69 Vgl. J.H. Wiggers, *Recht doen aan gelijkheid. Een beschouwing over voorkeursbehandeling en de betekenis van het gelijkheidsbeginsel in het grensgebied van recht en sociaal-politieke ethiek*, Nijmegen 1991, p. 9.

70 Anders Sloot, die bij sekse- of rasneutrale maatregelen in het kader van positieve actie voor deze groepen spreekt van indirecte positieve discriminatie, zie B.P. Sloot, *Positieve discriminatie. Maatschappelijke ongelijkheid en rechtsontwikkeling in de Verenigde Staten en in Nederland*, Zwolle 1986, p. 143 e.v.

71 W.P. Fase, J.E. Goldschmidt en B.P. Sloot, *Positieve discriminatie, preadviezen NJV 1989*, Zwolle 1989.

ontstaan.⁷² De vraag dringt zich op hoe dat komt. Ook op die vraag zullen we in het navolgende een antwoord proberen te vinden.

4.3 Legitimiteit en legaliteit van voorkeursbehandeling

In de discussies over voorkeursbehandeling lopen vaak een aantal niveaus van argumentatie door elkaar. Het is verhelderend deze te onderscheiden, al zijn ze zeker niet rigoreus te scheiden. Voor de juridische beoordeling van de rechtmatigheid van voorkeursbehandeling hebben ze namelijk een verschillende betekenis.

In de eerste plaats worden vaak argumenten voor en tegen voorkeursbehandeling aangedragen die op het niveau van de *instrumentaliteit* van voorkeursbehandeling liggen: bereikt men met voorkeursbehandeling ook datgene wat men voor ogen heeft, of overheersen potentieel negatieve effecten? Zo kan voorkeursbehandeling veel weerstanden oproepen, indien het als oneerlijk wordt ervaren. Dat kan er toe leiden dat discriminatie tegen de groep mensen voor wie de voorkeursbehandeling bestemd is alleen maar toeneemt, waardoor het eventuele positieve effect van de voorkeursbehandeling wellicht weer teniet gedaan wordt en/of de beoogde integratie wordt bemoeilijkt. Verder is het gevaar van stigmatisering een veel gehoord bezwaar tegen voorkeursbehandeling. Voorkeursbehandeling kan de indruk wekken of versterken dat leden van de betrokken bevoorrechte groep op eigen kracht niet in staat zijn hun positie te verbeteren. Blijkbaar zijn ze echt inferieur? Dit soort negatieve beeldvorming kan ook geïnternaliseerd worden en leiden tot een negatief zelfbeeld van de bevoorrechte groepen. Voorkeursbehandeling mist dan simpelweg haar doel.

Een tweede niveau van discussies over voorkeursbehandeling betreft de *legitimiteit*. Het is op dit niveau dat de meest principiële argumenten voor en tegen voorkeursbehandeling op tafel komen. Moeten we voorkeursbehandeling zien als een verwerpelijke inbreuk op het gelijkheidsbeginsel of juist als een realisering van een meer materieel gelijke behandeling? Kan voorkeursbehandeling gelegitimeerd worden met een beroep op de achterstelling waaronder bepaalde groepen hebben geleden, of is dat geen valide grondslag?

Een derde niveau waarop discussies over voorkeursbehandeling gevoerd worden, betreft het niveau van de *legaliteit* van voorkeursbehandeling. De legaliteitsdiscussie betreft de vraag of voorkeursbehandeling gelet op het positieve recht wel of niet is toegestaan (dan wel in hoeverre het is toegestaan). Aangezien discussies over legitimiteit en legaliteit voor de jurist het meest belangrijk lijken, gaan we daar in het navolgende wat uitgebreider op in.

72 Zo was bij de gemeenteraadsverkiezingen in 1994 voorkeursbehandeling een terugkerend issue in de media. Daarbij stond bijvoorbeeld ook het beleid van de gemeente Rotterdam ter discussie, die Turkse en Marokkaanse vrouwen subsidie verleende om van het zwembad gebruik te maken als een van de maatregelen om hun maatschappelijk isolement te doorbreken. Vormde dit nu wel of geen positieve discriminatie van deze vrouwen en negatieve discriminatie van Nederlandse vrouwen?

Legitimiteit van voorkeursbehandeling

Bij de argumentaties die de legitimiteit van voorkeursbehandeling ondersteunen wordt veelal onderscheid gemaakt tussen twee typen theorieën: theorieën die redeneren vanuit het verleden en die meer gericht zijn op de toekomst.⁷³

De eerste categorie, die van retrospectieve theorieën, gaat meestal uit van de gedachte dat het in het verleden door discriminatie van een groep aangedane onrecht gecompenseerd moet worden. Deze compensatietheorieën gaan daarmee uit van een soort collectief rechtsherstel dat via voorkeursbehandeling bereikt kan worden. Het grote strijdpunt dat deze benadering oproept is, in hoeverre het passend is om collectieve compensatie te geven.

De bezwaren tegen collectieve compensatie betreffen een aantal aspecten. In de eerste plaats bestaat er een discrepantie tussen de individuele leden van een groep die in het verleden gediscrimineerd zijn en die nu profiteren van de voorkeursbehandeling. Zo zijn bijvoorbeeld niet alle allochtonen of vrouwen die nu leven en baat hebben bij voorkeursbehandeling ook zelf als persoon slachtoffer van discriminatie geweest. Verder kun je ook niet zeggen dat alle autochtonen of alle mannen die nadeel ondervinden van voorkeursbehandeling zich schuldig hebben gemaakt aan discriminatie van etnische minderheden respectievelijk vrouwen. Als dat zo is, waarom zouden zij nu dan toch moeten boeten? Er is met andere woorden sprake van 'misfit' tussen degenen die van de voorkeursbehandeling profiteren of daar juist last van hebben en degenen die in het verleden slachtoffer respectievelijk dader zijn geweest. In het verlengde van dit bezwaar wordt er ook vaak op gewezen dat degenen die feitelijk profiteren van de voorkeursbehandeling veelal behoren tot diegenen binnen de betreffende achterstandsgroep die toch al het beste af zijn, en juist niet tot de zwakste leden van die groep. Voorkeursbehandeling komt dan ten goede aan personen die het eigenlijk niet nodig hebben.

Verdedigers van een compensatie-benadering zullen daar tegenover stellen dat het niet gaat om het compenseren van individuele gevallen van discriminatie die in het verleden hebben plaatsgevonden, maar van systemische discriminatie, dat wil zeggen discriminatie die als het ware verborgen zit in de structuren van de samenleving en niet herleidbaar is tot individueel en concreet discriminerend handelen. De schuldvraag is dan ook niet relevant, althans niet op het individuele niveau. Wel kan gesproken worden van een collectieve schuld van de samenleving ten opzichte van de betreffende groepen. Etnische minderheden en vrouwen hebben *als groep* te lijden gehad, en blanke meerderheden en mannen hebben daar *als groep* van geprofiteerd. In die benadering is het vervolgens niet meer dan logisch om etnische minderheden en vrouwen ook als groep compensatie te verschaffen. Compensatie-theorieën zullen gezien dit collectivistische aspect weinig weerklank vinden bij personen die een individualistisch mensbeeld hebben.

De tweede categorie van theorieën die voorkeursbehandeling proberen te legitimeren vertrekken niet uit het verleden, maar zijn gericht op de toekomst (prospectief). Vaak

⁷³ Voor een uitgebreid overzicht van deze benaderingen zie Wiggers, *Recht doen aan gelijkheid*, *supra* noot 69.

gaat het om theorieën inzake distributieve rechtvaardigheid. Voorkeursbehandeling wordt dan gezien als een instrument om een gelijkere, rechtvaardiger verdelingsresultaat tot stand te brengen ten aanzien van schaarse goederen, zoals banen. Deze benadering onderscheidt zich van retrospectieve benaderingen doordat ongeacht de vraag waar de ongelijke verdeling vandaan komt een meer gelijke verdeling als een na te streven doel wordt gezien.

Binnen de argumentaties die voorkeursbehandeling legitimeren op grond van distributieve rechtvaardigheid bestaan de nodige varianten. Om te beginnen kan men de te redresseren ongelijke verdeling zien in termen van het bestaan van ongelijke *kansen*. Een effectieve gelijkheid van kansen veronderstelt de afwezigheid van barrières om op gelijke voet mee te draaien in de samenleving en de eigen talenten te ontplooiën. Als die barrières er wel zijn, bijvoorbeeld in de vorm van maatschappelijke achterstelling of discriminatie, kan er reden zijn voor compenserende maatregelen als voorkeursbehandeling om die gelijkheid van kansen alsnog te scheppen. Een onderliggende gedachte hierbij is, dat werkelijke gelijkheid van kansen gezien de aan te nemen gelijke verdeling van talenten en capaciteiten over bijvoorbeeld etnische minderheden en meerderheden en mannen en vrouwen zal leiden tot een zekere gelijkheid in uitkomsten. Grote ongelijkheden in resultaat duiden erop dat de gelijkheid van kansen nog niet gerealiseerd is. Dat kan bijvoorbeeld komen door verschillen in macht tussen de dominante en niet-dominante groepen.⁷⁴ Voorkeursbehandeling kan dan een handje helpen.

De kritiek op deze rechtvaardiging van voorkeursbehandeling grijpt vaak aan op de vermeende causale relatie tussen 'echte' gelijkheid van kansen en een evenredig verdelingsresultaat. Spelen verschillen in talenten en individuele voorkeuren van mensen bij de uiteindelijke verdeling van maatschappelijke goederen niet ook een rol? Is inderdaad te verwachten dat bij werkelijk gelijke kansen vrouwen bijvoorbeeld min of meer evenredig vertegenwoordigd zullen zijn in technische beroepen, of zijn er gewoon ook verschillen in aanleg en voorkeuren tussen mannen en vrouwen ten aanzien van dit soort beroepen, die niets met ongelijkheid van kansen te maken hebben? In deze benadering worden ongelijke verdelingsresultaten niet gezien als het gevolg van ongelijke kansen, maar als uitvloeisel van ongelijke voorkeuren en talenten van individuele mensen. De grote vraag is vervolgens of die ongelijke resultaten dan nog wel geredresseerd dienen te worden of niet. Voor een liberaal in hart en nieren als Nozick is dit duidelijk niet het geval: het individu is heer en meester over zijn eigen capaciteiten, is verantwoordelijk voor zijn eigen keuzes en dient dan ook de vruchten te plukken van de inzet van die capaciteiten.⁷⁵ Iemand als Rawls stelt daarentegen dat niemand de talenten die hij of zij bezit en de startpositie die hij of zij in het leven krijgt toebedeeld, 'verdient'. Dat betekent zijns inziens dat niemand per definitie een recht bezit om vrijelijk over de vruchten van zijn inspanningen te beschikken, en dat degenen die, evenzeer onverdiend, door een gebrek aan talenten en/of een slechte startpositie in een zwakke maatschappelijke

74 Zo bv. J.E. Goldschmidt, Staats- en bestuursrechtelijke aspecten van positieve actie, in: Positieve discriminatie, preadviezen NJV 1989, Zwolle 1989, p. 57-117.

75 R. Nozick, Anarchy, state, and utopia, Blackwell, Oxford 1974. Besproken in Wiggers, Rechtdoen aan gelijkheid, *supra* noot 69, p. 187 e.v.

positie terecht komt, gecompenseerd moeten worden. Die compensatie betekent overigens niet dat er gestreefd moet worden naar een volledige egalisatie, maar aan een ongelijke verdeling van maatschappelijke goederen zijn vanuit die compensatiegedachte wel duidelijke grenzen te stellen.⁷⁶ Cruciaal is dus dat binnen deze benadering van distributieve rechtvaardigheid een zekere gelijkheid in *resultaat* als doel in zichzelf wordt gezien. In een dergelijke opvatting kan ook voorkeursbehandeling makkelijk worden ingepast.

Soms zijn prospectieve argumentaties die de legitimiteit van voorkeursbehandeling bedoelen te onderbouwen niet gericht op verdelingsresultaten, maar op andere overwegingen van rechtvaardigheid of groter welzijn van de samenleving als geheel. Bij deze utilistische benaderingen valt te denken aan een vergroting van de maatschappelijke integratie van bepaalde groepen, het grotere welbevinden van die groepen, maar ook meer concreet aan een betere dienstverlening aan consumenten: een gemeente kan bijvoorbeeld streven naar een groter aandeel van allochtonen in het ambtenarenbestand om de dienstverlenende functie van de gemeente voor de allochtone inwoners te verbeteren of hen meer het gevoel te geven dat de gemeente ook 'van hen' is. Een ander utilistisch argument tenslotte betreft de gedachte dat voorkeursbehandeling een gunstig effect op kan leveren doordat het meer rolmodellen biedt: leden van achterstandsgroepen kunnen zich aan de aanwezigheid van andere leden van de groep op hoge functies spiegelen en zo gestimuleerd worden zichzelf maatschappelijk op te werken. Cruciaal voor de validiteit van dit soort utilistische benaderingen is in hoeverre deze positieve effecten ook daadwerkelijk optreden. Hier ligt een duidelijk verband met de discussie over de instrumentaliteit van voorkeursbehandeling.

In de literatuur komen uiteraard ook combinaties van de hierboven onderscheiden benaderingen voor. Zo combineert Dworkin een utilistische argumentatie ten faveure van de legitimiteit van voorkeursbehandeling met het ideële argument dat een meer gelijke samenleving ook een betere samenleving is.⁷⁷ En in Nederland komt Wiggers vanuit een combinatie van een retrospectieve en prospectieve benadering tot een, restrictieve, acceptatie van bepaalde vormen van voorkeursbehandeling.⁷⁸

Legaliteit van voorkeursbehandeling

Bij de toetsing van de rechtmatigheid van voorkeursbehandeling aan de in ons recht neergelegde gelijke-behandelingsnormen komen we opnieuw terecht bij bepalingen als art. 1 Grw, art. 26 IVBPR en de AWGB. Zoals we in hoofdstuk 3 hebben gezien zijn art. 1 Grw en art. 26 IVBPR in algemene termen geformuleerd als een verbod van discriminatie. Ze zwijgen over de vraag of voorkeursbehandeling is toegestaan. Een antwoord op die vraag zal dus door interpretatie van deze normen moeten worden gevonden. In algemene zin kan men daarbij terugvallen op het algemene toetsingscriterium van deze non-discriminatiebepalingen: berust het gemaakte onderscheid op objectieve en redelijke gronden?

76 J. Rawls, *A theory of justice*, Oxford 1972.

77 Zie R. Dworkin, *Reverse discrimination*, in: R. Dworkin, *Taking rights seriously*, Duckworth, Londen 1977, p. 223-239.

78 Wiggers, *Recht doen aan gelijkheid*, *supra* noot 69, p. 231 e.v.

In een aantal meer specifieke non-discriminatieregelingen is voorkeursbehandeling nadrukkelijk geoorloofd. Zo kennen het Rassenverdrag en het Vrouwenverdrag een clause die voorkeursbehandeling toestaat⁷⁹, en biedt ook onze AWGB een uitzonderingsbepaling op het verbod van direct onderscheid ten behoeve van voorkeursbehandeling van etnische minderheden en vrouwen: 'Het in deze wet neergelegde verbod van onderscheid geldt niet, indien het onderscheid tot doel heeft vrouwen of personen behorende tot een bepaalde etnische of culturele minderheidsgroep een bevoorrechte positie toe te kennen ten einde feitelijke ongelijkheden op te heffen of te verminderen en het onderscheid in een redelijke verhouding staat tot dat doel' (art. 2 lid 3 AWGB). Toch is de discussie over de geoorloofdheid van voorkeursbehandeling ook bij deze specifieke bepalingen daarmee geenszins gesloten. Cruciaal blijft namelijk de vraag hoever voorkeursbehandeling mag gaan. Het maakt nogal wat uit of de overheid bijvoorbeeld een beleid voert dat allochtonen bij gelijke geschiktheid voorrang geeft, een uiterst zwakke vorm van voorkeursbeleid, of dat de overheid zou besluiten om de komende tien jaar uitsluitend personen van allochtone afkomst in dienst te nemen. Ondanks het bestaan van bepalingen die voorkeursbehandeling toestaan zou de laatste vorm van voorkeursbehandeling duidelijk te ver gaan.

Zowel bij toetsing van voorkeursbehandeling aan een open norm als art. 26 IVBPR, als bij toetsing aan de voorkeursbepaling in de AWGB, dient dus een uitspraak te worden gedaan over de vraag of de (gehanteerde vorm van) voorkeursbehandeling gerechtvaardigd kan worden. Dat hierbij onderliggende percepties van de legitimiteit van voorkeursbehandeling een belangrijke rol zullen spelen lijkt evident. Juridisch relevant is daarbij vooral in hoeverre een en ander zich vertaalt in de *striktheid* van de aan te leggen rechtvaardigingstoets. Bij een zeer strikte toets, zoals het Amerikaanse Hoogerechtshof die bij een 'strict scrutiny' hanteert, zullen welhaast alle vormen van voorkeursbehandeling sneuvelen. Bij een lichte toets op redelijkheid zullen ze veelal in stand kunnen blijven. En dat brengt ons dus bij de vraag: is positieve discriminatie even verdacht als negatieve discriminatie?

Hoe verdacht is voorkeursbehandeling?

Bij de vraag naar de legaliteit van voorkeursbehandeling is van groot belang in hoeverre voorkeursbehandeling als even 'verdacht' als 'gewone' discriminatie te beschouwen is en *daarmee net zo strikt getoetst moet worden*. Hoe cruciaal dit punt is kan ook hier heel fraai geïllustreerd worden met een uitstapje naar de rechtspraak van het Amerikaanse Hoogerechtshof, en meer specifiek naar de geruchtmakende uitspraak in de zaak *Adarand Constructors* uit 1995.⁸⁰

In de zaak *Adarand Constructors* stond een federale regeling met betrekking tot voorkeursbehandeling ter discussie. De regeling voorzag in een subsidie aan overheidscontractanten, indien deze bij de uitvoering van de betreffende overheidsopdrachten gebruik maakten van bedrijfjes van 'socially and economically disadvantaged individuals', zoals personen behorend tot etnische minderheden. Het bedrijf *Adarand*

⁷⁹ Zie respectievelijk art. 1 lid 4 Rassenverdrag en art. 4 lid 1 Vrouwenverdrag.

⁸⁰ *Adarand*, zie *supra* noot 68.

liep door deze regeling een subcontract mis, hoewel het bedrijf het scherpst geprijsde aanbod had gedaan. De hoofdcontractant koos met het oog op de subsidieregeling namelijk voor een andere subcontractant die in tegenstelling tot Adarand behoorde tot een etnische minderheidsgroep. Buiten discussie stond dat de hoofdcontractant zonder het bestaan van de subsidieregeling met Adarand in zee zou zijn gegaan. Adarand achtte de subsidieregeling in strijd met het constitutionele gelijkheidsbeginsel.

De rechters van het Hooggerechtshof werden in deze zaak geconfronteerd met de belangrijke vraag of het in de betreffende regeling gemaakte onderscheid op grond van ras langs de meetlat van 'strict scrutiny' gelegd moest worden of niet. Maakt het voor de toepasselijkheid van deze toets uit of de gehanteerde classificatie op grond van ras 'invidious' is, dat wil zeggen etnische minderheden nadelig treft, of 'benign', dat wil zeggen dat deze juist bedoeld is om hun positie te verbeteren? Een nipte meerderheid (vijf tegen vier) besliste dat in beide gevallen de toets inderdaad 'strict scrutiny' dient te zijn. Het Amerikaanse Hooggerechtshof ziet als fundamentele grondslag voor dit oordeel dat de constitutionele bepalingen waarin het gelijkheidsbeginsel is neergelegd.

'protect *persons*, not *groups*. It follows from that principle that all governmental action based on race – a *group* classification long recognized as in most circumstances irrelevant and therefore prohibited – should be subjected to detailed judicial inquiry to ensure that the *personal* right to equal protection of the laws has not been infringed ... Accordingly, we hold today that all racial classifications, imposed by whatever federal, state, or local governmental actor, must be analyzed by a reviewing court under strict scrutiny. In other words, such classifications are constitutional only if they are narrowly tailored measures that further compelling governmental interests'.⁸¹

Waar die toets veelal 'fatal in fact' is, lijkt er dus nauwelijks nog ruimte te blijven voor voorkeursbehandeling van etnische minderheden.

Met deze uitspraak geeft het Hooggerechtshof blijk uit te gaan van een *symmetrische* benadering van discriminatie: onderscheid op grond van ras is altijd verdacht en dient altijd zeer strikt getoetst te worden, of het nu etnische minderheden treft of de blanke meerderheid. Onderliggend is daarbij de gedachte dat mensen nooit op grond van een groepskenmerk als ras geassocieerd mogen worden, doch alleen op grond van hun individuele kenmerken. Herhaaldelijk benadrukt het Hooggerechtshof in zijn oordeel dat het recht op gelijke behandeling in die zin toch vooral als een 'personal' recht moet worden gezien. Dat sluit nauw aan bij de opvattingen over legitimiteit van voorkeursbehandeling die uitgaan van een individualistisch mensbeeld: voorkeursbehandeling kan niet gelegitimeerd worden door maatschappelijke discriminatie in algemene zin, maar alleen door de concrete discriminatie die het betreffende individu in het verleden heeft ondervonden. In feite is iedere 'misfit' die er bij voorkeursbehandeling bestaat tussen slachtoffers/plegers van discriminatie in het verleden enerzijds en degenen die van de voorkeursbehandeling profiteren/daaronder lijden anderzijds voor het Hooggerechtshof niet acceptabel. Alleen 'narrowly tailored' maatregelen, dat wil zeggen maatregelen die

81 Adarand, *supra* noot 68 p. 4530.

naadloos aansluiten op concrete uitingen van discriminatie tegen individuele personen, kunnen door de constitutionele beugel.

Tegenover de symmetrische benadering van discriminatie wordt door de *dissenters*⁸² in de zaak *Adarand* een asymmetrische gezet: er moet wel degelijk onderscheid gemaakt worden tussen classificaties op grond van ras die etnische minderheden treffen aan de ene kant en classificaties die hen beogen te helpen aan de andere. Alleen classificaties van de eerste soort zijn over het algemeen zo onacceptabel en per definitie verdacht dat ze aan de veelal fatale ‘strict scrutiny’ dienen te worden onderworpen. Dat is precies waartegen het verbod van discriminatie op grond van ras bescherming beoogt te bieden. Bij ‘benign’ onderscheid op grond van ras is een lichtere toets aangewezen, aldus deze rechters, want ‘there is no moral or constitutional equivalent between a policy that is designed to perpetuate a caste system and one that seeks to eradicate racial subordination’.⁸³ De *dissenters* verwijten de meerderheid van het Hooggerechtshof dan ook een a-historische en a-contextuele interpretatie van het discriminatieverbod te hanteren, waarbij onvergelykbare grootheden, te weten discriminatie van etnische minderheden en onderscheid dat hun positie bedoelt te verbeteren, op een lijn worden gesteld. De meerderheid gaat geheel voorbij aan de verschillen in positie tussen etnische minderheden en de blanke meerderheid en ziet daarmee bijvoorbeeld ook, zoals rechter Stevens opmerkt, ‘the special preferences that the National Government has provided to Native Americans since 1834 as comparable to the official discrimination against African Americans that was prevalent for much of our history’.⁸⁴ Overbodig te zeggen dat de *dissenters* dat een volstrekt onjuiste benadering vinden. Hun visie sluit duidelijk aan bij een meer collectieve benadering van voorkeursbehandeling, waarbij maatschappelijke discriminatie in het verleden de legitimatie vormt voor voorkeursbehandeling. Juridisch vertaalt zich dat in de conclusie dat er bij voorkeursbehandeling geen sprake hoeft te zijn van een welhaast ‘perfect fit’, zoals ‘strict scrutiny’ vereist, maar dat volstaan kan worden met een minder strenge toets. Verder wijzen de *dissenters* erop dat de symmetrische benadering van hun collega’s tot het vreemde resultaat leidt dat voorkeursbehandeling van etnische minderheden aanzienlijk moeilijker te rechtvaardigen is dan voorkeursbehandeling van vrouwen. Als het Hooggerechtshof immers als lijn kiest dat bij voorkeursbehandeling dezelfde toets moet worden toegepast als bij ‘gewone’ discriminatie, dan is dat bij voorkeursbehandeling op grond van geslacht een lichtere toets, namelijk de ‘tussentoets’ (zie paragraaf 3.3).

De zaak *Adarand* laat heel goed zien hoe cruciaal het oordeel is over de vraag of positieve discriminatie even verdacht is als negatieve discriminatie en dus even strikt getoetst dient te worden of niet, en dat dit juridische oordeel nauw verweven is met opvattingen over de legitimiteit van voorkeursbehandeling.

82 Net als bijvoorbeeld het Europese Hof voor de Rechten van de Mens doet het Hooggerechtshof van de Verenigde Staten uitspraak bij meerderheid en kan er daarnaast sprake zijn van ‘concurring opinions’ (opvattingen van individuele rechters die het wel eens zijn met het eindoordeel, maar een andere of aanvullende motivering hebben) en ‘dissenting opinions’ (opvattingen van individuele rechters die het niet met de uitspraak eens zijn).

83 *Adarand*, *supra* noot 68, p. 4535.

84 *Adarand*, *supra* noot 68, p. 4535.

Symmetrische en asymmetrische benadering van discriminatie

Het belang van het verschil tussen een symmetrische en een asymmetrische benadering van discriminatie mag duidelijk zijn. Hoewel in de Nederlandse rechtspraak niet op eenzelfde manier wordt gewerkt met drie toetsingsniveaus wordt de rechter met dezelfde onderliggende vraag geconfronteerd: is onderscheid op grond van ras en geslacht, dat de positie van etnische minderheden respectievelijk vrouwen beoogt te verbeteren, net zo verdacht en dus welhaast altijd onrechtmatig als onderscheid dat deze groepen benadeelt?

In de weinige rechtspraak over voorkeursbehandeling is hier nergens expliciet een antwoord op te vinden. Impliciet lijkt het erop of de rechter een asymmetrische benadering hanteert. In ieder geval is voorkeursbehandeling over het algemeen als rechtmatig geoordeeld, ook waar het vergaande vormen betrof. Zo kon het vestigingsbeleid ten aanzien van huisartsen in de gemeenten Tilburg en Leiden in stand blijven, waarbij de regel werd gehanteerd dat bij voldoende geschiktheid de voorkeur werd gegeven aan vrouwen.⁸⁵ En in de befaamde *Barlaeus*-zaak mocht de gemeente Amsterdam van de President van de Rechtbank aldaar voor de directiefuncties van openbare scholen uitsluitend onder vrouwen werven totdat 40% van die functies door vrouwen bezet zouden zijn.⁸⁶ Deze zaak geeft overigens heel goed aan dat de vraag naar de legaliteit van voorkeursbehandeling een ander karakter heeft dan die naar de legitimiteit. Stonden de kranten en andere media in die tijd bol van de principiële discussies over de legitimiteit van de handelwijze van de gemeente Amsterdam in wat al snel de 'Barlaeus-affaire' ging heten, in de juridische procedures die zijn gevoerd beperkte de discussies zich tot een aantal meer technisch-juridische vragen omtrent de bepaling van de achterstand van vrouwen en vragen omtrent de zorgvuldigheid van de gevolgde procedures. Het feit dat de wetgever al een principiële keus had gemaakt door in de toenmalige Wet Gelijke behandeling van mannen en vrouwen in de openbare dienst te voorzien in een bepaling die voorkeursbehandeling in beginsel toestaat, werd door de rechter zonder meer gerespecteerd. Ook over de vergaande vorm van voorkeursbehandeling die in het geding was (alleen werving onder vrouwen) werd verder geen principiële discussie gevoerd.

Het Hof van Justitie van de EG daarentegen lijkt met zijn uitspraken in de zaken *Kalanke* en *Marschall* inzake voorkeursbehandeling van vrouwen een andere kant op te gaan, die meer in de lijn ligt van de op het individu gerichte benadering zoals ook het Amerikaanse Hooggerechtshof hanteert.⁸⁷ Hoewel ook het in deze zaken toepasselijke EG-recht voorziet in een bepaling die voorkeursbehandeling in beginsel toestaat, heeft het Hof van Justitie gekozen voor een zeer restrictieve benadering van de toelaatbaarheid van voorkeursbehandeling. In beide zaken was een voorkeursregeling bij werving en promotie in het geding die aan vrouwen bij *gelijke* geschiktheid voorrang gaf. Dat is een zeer lichte vorm van voorkeursbehandeling. Een dergelijke regeling kan, aldus het

85 Respectievelijk Vz ARRS 5 nov. 1987 nr. R03.87.5728/S6399 en 18 febr. 1988, nr. R03.88.0491/S5136, ongepubliceerd.

86 Pres. Rb Amsterdam 29 nov. 1988 en 5 jan. 1989, TAR 1989, 22 en 63.

87 HvJEG *Kalanke*, zie *supra* noot 67 en HvJEG 11 november 1997, *Marschall* tegen Land Nordrhein-Westfalen, zaak C-409/95.

Hof in *Kalanke*, echter niet door de beugel indien deze vrouwen *absoluut* en *onvoorwaardelijk* voorrang verleent. Als de betreffende regeling daarentegen voorziet in de mogelijkheid om, rekening houdend met alle specifieke en individuele omstandigheden van de kandidaten, af te wijken van de voorrangsregel is zo'n regeling toegestaan, aldus het Hof in *Marschall*. Deze uitspraken duiden meer op een symmetrische dan een asymmetrische benadering van het discriminatieverbod. De toets is zeer strikt.

Ook in de Nederlandse literatuur zijn symmetrische en asymmetrische benaderingen niet onbekend. Een symmetrische benadering vinden we uitgewerkt door Sloot.⁸⁸ Sloot omschrijft positieve discriminatie en 'negatieve' discriminatie als twee zijden van dezelfde medaille. Positieve discriminatie van de ene groep betekent dan ook per definitie negatieve discriminatie van de andere groep. Ieder onderscheid op grond van ras dat etnische minderheden bevoordeelt, brengt negatieve discriminatie van de blanke meerderheid mee. Consequent doorgedacht betekent deze benadering ook, dat ieder op het oog neutraal beleid dat in overwegende mate aan etnische minderheden ten goede komt (en dat je dus kunt benoemen als indirecte positieve discriminatie) indirecte negatieve discriminatie van de blanke meerderheid behelst. Als voorbeeld geeft Sloot het treffen van allerlei voorzieningen in de oude stadswijken om verpaupering tegen te gaan. Dit beleid komt gezien de populatie van dit soort wijken voor het grootste deel ten goede aan etnische minderheden, en vormt daarmee 'indirecte' positieve discriminatie van deze groep en indirecte negatieve discriminatie van de blanke meerderheid.⁸⁹

De symmetrische benadering van discriminatie is niet onproblematisch. Zo kan men zich afvragen of het niet wat erg ver gaat, want daar komt het toch op neer, om alle minderhedenbeleid en vrouwenemancipatiebeleid te benoemen in termen van directe dan wel indirecte positieve discriminatie, en daarmee dus als iets dat 'verdacht' is en slechts bij hoge uitzondering rechtmatig. Is het voeren van dit soort beleid niet juist een verplichting voor een sociale rechtsstaat als Nederland, die op zoveel terreinen sociaal beleid voert om voor de burgers optimale kaders te scheppen waarin zij zich kunnen ontplooiën? Tegenover de symmetrische benadering wordt dan ook door sommige auteurs een asymmetrische benadering bepleit en uitgewerkt.⁹⁰

Grondslag van een asymmetrische benadering vormt een contextuele lezing van het discriminatieverbod. Uitgangspunt is de gedachte dat het discriminatieverbod een specifieke manifestatie van het gelijkheidsbeginsel vormt die bedoeld is om extra bescherming te bieden aan kwetsbare of gevoelige groepen. Daarmee worden groepen bedoeld waarvan gebleken is dat zij te maken hebben gehad of nog steeds hebben met stelselmatige vormen van benadeling of achterstelling, en niet met incidentele benadeling. Etnische minderheden, vrouwen, homoseksuelen en gehandicapten behoren zonder meer tot deze groepen. De bestaansgrond van het discriminatieverbod op grond van ras, geslacht en seksuele oriëntatie ligt in de behoefte deze groepen tegen benadeling te beschermen, en niet de blanke meerderheid, mannen of heteroseksuelen. Die laatsten

88 Sloot, Positieve discriminatie, *supra* noot 8.

89 Zie voor de uitwerking van deze benadering in het bijzonder *ibidem* p. 215 e.v.

90 Zie H. van Maarseveen, Discriminatie. Opmerkingen inzake juridische theorie en praktijk in Nederland, Coornhert-publicaties nr. 6, Alphen a/d Rijn 1990 en Loenen, Verschil in Gelijkheid, *supra* noot 23.

kennen geen geschiedenis van achterstelling en patronen van benadeling en behoeven als zodanig dan ook geen extra bescherming.

Consequentie van een asymmetrische benadering is dat onderscheid op grond van ras dat etnische minderheden bevoordeelt, of op grond van geslacht dat vrouwen in een betere positie brengt, niet even verdacht is, en dus ook niet even strikt getoetst hoeft te worden als onderscheid dat deze groepen benadeelt. Daarmee biedt de asymmetrische benadering een antwoord op de vraag die binnen de symmetrische benadering problematisch is: waarom wordt de overheid in onze samenleving over het algemeen zonder meer gerechtigd geacht allerlei vormen van sociaal beleid te voeren ten aanzien van bejaarden, langdurig werklozen, boeren, bijstandstrekkers, randgroepjongeren en gehandicapten, maar niet ten aanzien van Marokkaanse jongeren of herintredende vrouwen? Is er een verschil tussen de eerst genoemde vormen van sociaal beleid enerzijds en minderheden- en emancipatiebeleid anderzijds? Met deze vraag komen we eigenlijk weer terug bij het belangrijke onderscheid dat in hoofdstuk 2 is gemaakt tussen een formele en materiële gelijkheidsbenadering.

4.4 Voorkeursbehandeling en sociaal beleid

Jeugdwerkgarantieplannen, Melkert-banen, subsidieregelingen voor boeren, integratieprojecten voor gehandicapten, de 65+-pas en fiscale tegemoetkomingen voor alleenstaande ouders, het zijn allemaal voorbeelden van sociaal beleid die in een moderne welvaartsstaat als de onze gemeengoed zijn. Er mag al naar gelang politieke kleur verschil van mening bestaan of al dit soort maatregelen wel zo wenselijk en nodig zijn, maar de legitimiteit en legaliteit ervan staan niet wezenlijk ter discussie. Het feit dat er sprake is van verschil in behandeling van groepen mensen doet niemand wakker liggen. Het gaat bij al deze voorbeelden immers om ‘gewoon’ sociaal beleid, dat in termen van gelijke behandeling te benoemen valt als passend in een streven naar materieel gelijke behandeling: in verband met relevant geachte verschillen in positie wordt er voor sommige groepen iets extra’s gedaan (Vergelijk hoofdstuk 2). Twee zaken vallen hierbij op.

In de eerste plaats wordt in dit soort gevallen stilzwijgend geaccepteerd dat er sprake is van de nodige ‘over-’ en/of ‘underinclusion’. Zo lijkt niemand er problemen mee te hebben dat er bijvoorbeeld heel wat bejaarden zijn die de 65+-pas eigenlijk niet nodig hebben, zolang het voor het grootste deel van die groep inderdaad een goed hulpmiddel is om aan het sociaal-culturele leven te kunnen deelnemen. Gezien de energie en het geld die het zou kosten om voor iedere individuele gepensioneerde vast te stellen of er gezien de draagkracht wel of niet behoefte is aan de 65+-pas nemen we dit op de koop toe. Al dit soort overheidsbeleid zou anders immers onuitvoerbaar en onbetaalbaar worden. Om diezelfde reden accepteren we dat een aantal gepensioneerden jonger dan 65 jaar, die evenzeer behoefte kunnen hebben aan zo’n pas, buiten de boot vallen. Een tweede opvallend punt is, dat we bij al deze vormen van sociaal beleid niet spreken in termen van voorkeursbehandeling of positieve discriminatie van jongeren, uitkeringsgerechtigden, boeren, bejaarden of alleenstaande ouders. Op een positieve manier rekening houden met verschillen in positie is heel normaal in de sociale rechtsstaat. De vraag die zich gezien voorgaande opdringt is dan ook waarom dit anders zou liggen zodra het

gaat om sociaal beleid dat is gericht op etnische minderheden en vrouwen. Behoort het voorzien in specifieke werkgelegenheidsprojecten voor allochtone jongeren of herintredende vrouwen, het subsidiëren van Blijf-van-mijn-Lijf-huizen voor vrouwen en van gezondheidsprojecten voor allochtonen niet evenzeer tot de normale en legitieme taken van de overheid als er sprake is van een specifieke problematiek waarmee deze groepen te maken hebben? Passen dergelijke maatregelen niet evenzeer geheel in het streven naar materieel gelijke behandeling? Een cruciale vraag. Indien men die vraag met ja beantwoordt, impliceert dat een asymmetrische benadering van het discriminatieverbod, waarbij de rechtmatigheidstoets van het gemaakte onderscheid op grond van ras of geslacht lichter is dan bij onderscheid op die gronden dat etnische minderheden of vrouwen benadeelt. Indien men die vraag met nee beantwoordt is een zeer strikte toets op zijn plaats. De vraag naar de geoorloofdheid van voorkeursbehandeling is daarmee nauw verbonden met de vraag of men meer denkt in termen van formeel gelijke behandeling of materieel gelijke behandeling.

Voorkeursbehandeling bij werving en selectie

Bij het bovenstaande past nog een kanttekening. Eerder is opgemerkt dat de felste controverses over voorkeursbehandeling zich toespitsen op voorrangsregelingen bij werving en selectie en niet zozeer op zaken als werkgelegenheidsprojecten voor allochtonen. Er is wellicht wel een verklaring te vinden voor de heftigheid van de reacties ten aanzien van de eerstgenoemde materie in vergelijking met de hierboven gegeven voorbeelden van sociaal beleid, waarbij evenzeer direct onderscheid op grond van ras of geslacht wordt gemaakt. Twee verschillen lijken in deze relevant. In de eerste plaats bestaat er een belangrijk verschil als we kijken naar de vraag wie slachtoffer is van de voorkeursbehandeling. Bij werving en selectie gaat het om identificeerbare individuen, te weten de andere (potentiële) gegadigden voor de functie. De pijn van de voorkeursbehandeling is voor die personen direct voelbaar en concreet. Bij voorkeursbehandeling in de vorm van bijvoorbeeld specifieke werkgelegenheidsprojecten voor allochtonen zijn de benadeelden veel minder makkelijk individueel aanwijsbaar. De eventuele negatieve effecten voor anderen zijn aanzienlijk diffuser. Bij dit verschil komt een tweede belangrijk element: bij voorkeursbehandeling bij werkgelegenheidsprojecten en dergelijke is er, anders dan bij werving en selectie, nauwelijks de *verwachting* dat men uitsluitend als individu benaderd wordt. Dit soort vormen van sociaal beleid zijn welhaast per definitie groepsgericht. Bij werving en selectie bestaat echter de normatieve verwachting dat men als sollicitant uitsluitend op individuele capaciteiten en verdiensten wordt beoordeeld, en dat de beste kandidaat 'recht' heeft op de baan. De kern van de enorme weerstand tegen voorkeursbehandeling bij werving en selectie zou dan ook best niet zozeer kunnen liggen in het gemaakte onderscheid op grond van ras of geslacht op zichzelf genomen, maar in de overtuiging dat er in die situatie überhaupt niet naar andere dan strikt individuele kenmerken en kwaliteiten mag worden gekeken. Binnen het heersende normatieve verwachtingspatroon dient de meest geschikte kandidaat de baan te krijgen. Selectie dient daarbij te geschieden op een volstrekt geïndividualiseerde basis, generalisaties op basis van groepskenmerken mogen eigenlijk in het geheel geen rol spelen, of het nu gaat om verdachte criteria als ras en geslacht of andere criteria. Typerend

is in dit verband dat ook leeftijdonderscheid juist in deze context steeds meer en steeds heftiger weerstand oproept, hoewel het hier niet gaat om een even verdacht criterium als ras en geslacht. Die weerstand richt zich vooral tegen het feit dat op grond van een generalisatie die op zichzelf voor veel functies niet onwaar is, namelijk dat oudere werknemers gemiddeld genomen een ongunstiger 'prijs-kwaliteit' verhouding hebben, wordt tegengeworpen aan individuele werknemers voor wie dat helemaal niet hoeft te gelden. Op grond van een groepskenmerk worden jongere werknemers bevoordeeld en oudere werknemers bij voorbaat al uitgesloten en niet meer op grond van hun strikt individuele kenmerken beoordeeld. De pijn zit vooral in de gefrustreerde normatieve eis om alleen op individuele capaciteiten beoordeeld te worden. Bij vele andere leeftijdscriteria (kiesrecht, leerplicht, studiefinanciering, huwbare leeftijd etcetera) bestaat die verwachting niet en is er ook weinig verzet tegen het hanteren van leeftijdsgrenzen.

HOOFDSTUK 5

Slotbeschouwing en conclusies

De voorgaande hoofdstukken laten zien dat het gelijkheidsbeginsel een zeer dynamisch beginsel is. Het is een beginsel dat zich mee heeft ontwikkeld met de samenleving als geheel. In het bijzonder de opkomst en groei van de verzorgingsstaat is een belangrijke factor geweest. Onder invloed daarvan heeft het gelijkheidsbeginsel zich allengs ontwikkeld van een strikt formeel beginsel naar een meer materieel beginsel.

Als formeel beginsel eist het gelijkheidsbeginsel gelijke behandeling van gelijke gevallen. Vanuit de presumptie dat alle mensen voor het recht als gelijke gevallen te beschouwen zijn, is dezelfde behandeling de norm en moet differentiatie gerechtvaardigd worden. We hebben gezien wat de beperkingen van deze benadering zijn: zodra gevallen ongelijk zijn kan een gelijke behandeling leiden tot ongelijke effecten. Het stellen van de eis van een goede beheersing van de Nederlandse taal bij een bepaalde functie is daar een voorbeeld van. Een dergelijke eis behandelt allochtonen en autochtonen hetzelfde, maar het werkt voor de eerste groep aanzienlijk nadeliger uit. Indien het gelijkheidsbeginsel alleen in formele zin wordt begrepen blijft de gelijkheidsproblematiek die hier speelt onzichtbaar. Binnen een materiële benadering van het gelijkheidsbeginsel daarentegen kan het stellen van dit soort taaleisen wèl geproblematiseerd worden als een kwestie van gelijke behandeling. Een materieel gelijkheidsbeginsel richt zich op het resultaat, de uitkomsten van een behandeling, ongeacht de vraag of die behandeling nu hetzelfde is of niet. Een materieel gelijke behandeling brengt dan ook mee dat niet alleen gelijke gevallen gelijk behandeld dienen te worden, maar ook ongelijke ongelijk naar de mate van hun ongelijkheid. Zo heeft de gehandicapte student die met de trein wil reizen niets aan een zelfde behandeling als andere reizigers die wel in en uit de trein kunnen stappen. Hij heeft behoefte aan een specifieke behandeling (assistentie bij het in- en uitstappen) om eenzelfde resultaat (zich met de trein vervoeren) te bereiken.

We hebben gezien dat een materiële conceptualisering van het gelijkheidsbeginsel ook zijn problemen meebrengt. Met name het open-eindkarakter van een materieel gelijke behandeling is problematisch: hoe ver moeten we gaan met het rekening houden met verschillen in het creëren van voorzieningen die daarop inspelen? Heeft de gehandicapte student recht op hulp bij het instappen gedurende alle uren van de dienstregeling en op alle stations in Nederland? Gezien de schaarste van middelen kan nooit aan alle behoeften worden voldaan. Maar waar trekken we dan een grens? En wie moet die grens trekken: de rechter of de wetgever? Op dit soort vragen hebben we in dit cahier geen pasklare antwoorden gegeven. Die zijn simpelweg ook niet voorhanden.

Het discriminatieverbod, de vorm waarin het gelijkheidsbeginsel in het positieve recht vaak nader wordt uitgewerkt, vertoont evenzeer een grote dynamiek. In algemene termen is discriminatie te omschrijven als het maken van ongerechtvaardigd onderscheid. Cruciaal is dan uiteraard wat als rechtvaardiging kan gelden. In het voorgaande is aan de orde gekomen dat ten aanzien van onderscheid dat wordt bestreken door wetgeving als de AWGB de wetgever omtrent die vraag al een aantal belangrijke keuzes heeft gemaakt. Bij onderscheid dat daarbuiten valt, en dat wordt bestreken door algemeen geformuleerde discriminatieverboden als artikel 26 IVBPR, ligt dat anders. Bij dat soort sterk open normen heeft de rechter een zeer grote interpretatieruimte. Van groot

belang is hoe strikt de toets is die de rechter aanlegt om te bepalen of er sprake is van discriminatie. Hoe lichter de toets, hoe makkelijker een aangevochten vorm van onderscheid in stand kan blijven. In het bijzonder is hierbij interessant of de striktheid van de toets varieert al naar gelang de discriminatiegrond. Gebleken is dat over het algemeen inderdaad verschil wordt gemaakt tussen (meer) verdachte criteria als ras en geslacht en minder verdachte criteria als leeftijd. Soms gebeurt dat heel expliciet, zoals bij het Amerikaanse Hooggerechtshof en de CRvB in de zaak met betrekking tot leeftijdsdiscriminatie, vaak ook gebeurt het meer impliciet.

De dynamiek van het discriminatieverbod manifesteert zich ook in de ontwikkeling van het concept van indirecte discriminatie, een ontwikkeling die in het bijzonder onder invloed van de EG-rechtspraak inzake seksediscriminatie heeft plaats gevonden. Dat concept kan gezien worden als een uiting van een meer materiële benadering van het gelijkheidsbeginsel. Het gaat immers uit van de *uitkomsten* van een gegeven behandeling die op het oog sekse- of rasneutraal is. Als juridisch instrument om materieel gelijke behandeling te realiseren heeft het echter ook duidelijk zijn beperkingen. Het kan bepaalde nadelige gevolgen van maatschappelijke verschillen wel aan de orde stellen als een probleem van gelijkheid (bijvoorbeeld de nadelige gevolgen van het stellen van taaleisen voor allochtonen), maar de oorzaken niet zomaar wegnemen (de taalachterstand zelf). Daarvoor zijn heel andere maatregelen nodig. De rechter heeft hier slechts een beperkte rol.

Bij de beschouwingen over voorkeursbehandeling komen een aantal lijnen uit de daaraan voorafgaande hoofdstukken van dit cahier bij elkaar. Zoals opgemerkt heeft het gelijkheidsbeginsel zich in het kader van de opkomst en uitbouw van de verzorgingsstaat ontwikkeld van een zeer formeel beginsel tot een meer materieel beginsel. De ongelijkheid van allerlei groepen in de samenleving wordt niet alleen onderkend, maar dient ook erkend te worden door op allerlei manieren compensatie te bieden. Differentiatie op grond van groepskenmerken is daardoor eerder regel dan uitzondering. Voorkeursbehandeling van etnische minderheden, gehandicapten of vrouwen sluit op deze benaderingswijze aan. In de literatuur wordt soms ook betoogd dat voorkeursbehandeling in het licht van een materiële gelijkheidsbenadering niet alleen geoorloofd is, maar onder omstandigheden ook geboden.⁹¹ De uiteenzetting over het onderscheid tussen een formeel en materieel gelijke behandeling maakt duidelijk waarop deze stellingname is gebaseerd: materieel gelijke behandeling betekent dat niet alleen gelijke gevallen gelijk behandeld moeten worden, maar ongelijke ook ongelijk om gelijkheid op een hoger niveau te realiseren.

Tegelijkertijd is uit de bespreking van het discriminatieverbod duidelijk geworden dat dit verbod grenzen stelt aan de rechtmatigheid van classificaties, van onderscheid. Ook voorkeursbehandeling zal dus moeten worden getoetst aan dit verbod. Van groot belang wordt dan de vraag, *hoe strikt* deze toets dient te zijn. Zoals gezegd wordt in verschillende jurisdicties, al dan niet expliciet, met verschillende maten gemeten. Hoe verdachter het gehanteerde onderscheidingscriterium geacht wordt te zijn, hoe strikter de toets. In de context van voorkeursbehandeling doet zich vervolgens de vraag voor of een

91 Zie Goldschmidt, Preadvies positieve discriminatie, *supra* noot 71.

strikte toets onverkort toegepast dient te worden, indien een op zich verdacht onderscheidingscriterium de bedoeling heeft om de positie van (leden van) een structureel achtergestelde of benadeelde groep te verbeteren in plaats van hen uit te sluiten. Dient men het discriminatieverbod in symmetrische of asymmetrische zin te begrijpen? Het antwoord op die vraag is cruciaal voor de wijze waarop men voorkeursbehandeling in het licht van het gelijkheidsbeginsel zal beoordelen. Dit antwoord is ook in sterke mate verbonden met de onderliggende politiek-filosofische denkbeelden over mens en maatschappij die men bezit.

Het gelijkheidsbeginsel is, dat mag duidelijk zijn geworden, geen eenduidig in te vullen beginsel. Er zijn verschillende conceptualiseringën mogelijk die, toegepast op concrete casus, tot verschillende uitkomsten kunnen leiden. Dat is niet erg zolang dit maar wordt onderkend en de keuzes die bij de interpretatie van het beginsel gemaakt worden goed worden beargumenteerd en geëxpliciteerd. Door open discussies en argumentaties is het mogelijk om tot betere interpretaties te komen en daarmee verdere juridisch inhoud te geven aan de opdracht de gelijke behandeling van alle burgers te garanderen.